

ARBITRAJE Y JURISDICCIÓN: UNA INTERACCIÓN NECESARIA PARA LA REALIZACIÓN DE LA JUSTICIA

JOSÉ CARLOS FERNÁNDEZ ROZAS
Catedrático de Derecho internacional privado
de la Universidad Complutense de Madrid

I. ÁMBITO DE ACTUACIÓN Y LÍMITES DEL JUICIO DE ÁRBITROS. 1. *El arbitraje y la función de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado*. 2. *Arbitraje y otros métodos alternativos de solución de controversias*. 3. *Un intrusismo controlado en el ámbito jurisdiccional*.—II. COMPATIBILIDAD DE LOS POSTULADOS DE UNIDAD JURISDICCIONAL Y DEL MONOPOLIO ESTATAL DE LA JURISDICCIÓN CON EL ARBITRAJE COMERCIAL. 1. *El arbitraje como «equivalente jurisdiccional»*. 2. *Alcance del monopolio jurisdiccional ad intra del Estado*.—III. ARBITRAJE Y TUTELA JUDICIAL EFECTIVA.—IV. EJERCICIO DE LA FUNCIÓN ARBITRAL. 1. *Consideración jurisdiccional o contractual*. 2. *Alcance de la autonomía de la voluntad de las partes*. V. *UBI PARTES SUNT CONCORDES NIHIL ABJUDICEM*.

RESUMEN

La labor de los árbitros no pretende suplantar el ámbito de actuación de la justicia estatal. El Estado confiere un amplio margen de libertad para el funcionamiento del arbitraje, pero impone unas exigencias que aseguren unas mínimas garantías a los particulares que eligen esta vía en el sentido de que están amparados por los principios de igualdad, audiencia y contradicción y que las actuaciones arbitrales están sometidas a una estricta confidencialidad. El arbitraje no vulnera los postulados de unidad jurisdiccional y del monopolio estatal de la jurisdicción pues el árbitro no posee una posición jerárquica por encima de las partes, su función es ocasional, su poder decisorio se mueve únicamente en los términos fijados por el compromiso y, además, los laudos precisan para su ejecución el concurso de la potestad jurisdiccional. La fuerza del laudo no deriva de una delegación estatal, sino que se trata de una facultad que proviene directamente de la ley y que emana directamente de la autonomía de la voluntad de las partes, que constituye la esencia y el fundamento de la institución arbitral, por cuanto que el arbitraje conlleva la exclusión de la vía judicial. Sin embargo, la mera existencia del convenio arbitral no elimina por completo el deber de abstención de los órganos jurisdiccionales del Estado.

PALABRAS CLAVE: Arbitraje comercial; Métodos alternativos de solución de controversias; Jurisdicción Estatal; Garantías constitucionales; Tutela judicial efectiva; Autonomía de la voluntad.

ABSTRACT

The functions assigned to arbitrators do not intend to replace national courts. The laws of the different states grant significant freedom as regards the shaping of the arbitral procedure and the applicable law, but arbitration must always respect rules which guarantee that the parties are protected and that some basic principles are safeguarded. Those principles include: non-discrimination, independence and impartiality, due process, reasonable time, public hearing and confidentiality. Arbitration does undermine neither jurisdictional unity nor the exclusive position of the national courts, because the role of the arbitrator depends on a previous agreement by the parties, applies only to specific cases and a municipal court must intervene to grant the enforcement of an arbitral award. The binding nature of the award comes from the content of the national laws on arbitration, the international conventions and the agreement of the parties to submit the dispute to arbitration which is a basic requirement for arbitration to take place. However, the existence of an arbitral agreement between the parties does not impose an obligation on national courts to abstain in any case, because national courts play an essential role as regards the support, supervision, challenge and enforcement of arbitral proceedings.

KEY WORDS: Commercial arbitration; Alternative dispute resolution; State jurisdiction, Constitutional guarantees; Due process; Parties autonomy.

I. ÁMBITO DE ACTUACIÓN Y LÍMITES DEL JUICIO DE ÁRBITROS

1. *El arbitraje y la función de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado*

1. Es muy posible que si se plantea ante un juez que el arbitraje es un proceso, que supone una privatización de la justicia, o que un tribunal arbitral no es otra cosa que un tribunal, en el sentido estricto de la palabra, a dicho juez se le pueda suscitar la duda razonable de si tal actividad invade el ámbito jurisdiccional que le es privativo y, por descontado, su contrariedad con a la Constitución (1), en la medida en que ésta establece que el «ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusi-

(1) A. PÉREZ GORDO, «La inconstitucionalidad de las Leyes de arbitraje», *Estudios de Derecho procesal*, Zaragoza, 1981, pp. 405-420.

vamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las Leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan» (art. 117.3º CE). Podría considerarse que esta norma prohíbe tajantemente la existencia de tribunales establecidos para juzgar, a cambio de unos honorarios (2), un caso individualmente determinado porque la función jurisdiccional del Estado es indelegable a los particulares, esto es, los órganos de la justicia estatal no pueden ejercer, como regla general, más funciones que las de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado y están sometidos a un rígido régimen de incompatibilidades (3). Por eso en su cometido actúan con desinterés objetivo y sus decisiones son de obligado cumplimiento (art. 18.2º LOPJ) (4); no en vano, la exclusividad y la integridad de la función jurisdiccional establecidas en el art. 117.3º CE poseen una vertiente positiva reconducible a que los Jueces y Magistrados sean los únicos que juzguen y hagan ejecutar lo juzgado, sin injerencias de los otros poderes del Estado o de otras instancias (5).

Para refutar este argumento debemos apresurarnos a señalar que la labor de los árbitros, cuyo resultado es directamente vinculante para las partes que se han sometido a ellos por mutuo acuerdo, no pretende suplantar en modo alguno el ámbito de actuación conferido a los órganos de la justicia estatal. De hecho el art. 39 LEC incluye la sumisión de la cuestión litigiosa a arbitraje como un supuesto de falta de jurisdicción de los juzgados y tribunales y dicha labor puede cumplirse de manera imparcial, independiente, inamovible, responsable y sometida al imperio de la Ley. Mas si esto acontece con la operación de «juzgar», que es una de las facetas de la función jurisdiccional, no ocurre lo mismo con la otra faceta, relativa a «hacer ejecutar lo juzgado» (art. 2.1º LOPJ). Dicho en otros términos, puede establecerse un procedimiento para que los particulares digan lo que es justo en relación con ciertas controversias que versen sobre materias de libre disposición de las partes, pero la función de ejecutar lo juzgado requiere inexorablemente la *potestas* del Estado a través de los órganos judiciales (6). Y son precisamente

(2) De acuerdo con el art. 21.2º Ley 60/2003, de arbitraje, «Salvo pacto en contrario, tanto los árbitros como la institución arbitral podrán exigir a las partes las provisiones de fondos que estimen necesarias para atender a los honorarios y gastos de los árbitros y a los que puedan producirse en la administración del arbitraje».

(3) J. MONTERO AROCA, *Independencia y responsabilidad del juez*, Madrid, 1990.

(4) V. GIMENO SENDRA, *Fundamentos de Derecho procesal*, Madrid, 1981, p. 52.

(5) STC 265/1988, de 22 de diciembre. *Vid.* L.Mª DÍEZ PICAZO, *Régimen constitucional del Poder Judicial*, Madrid, 1991. La jurisprudencia constitucional que se utiliza en este artículo ha sido extraída de la web: www.tribunalconstitucional.es.

(6) J. CARRERAS, «Las fronteras del juez», en M. FENECH y J. CARRERAS, *Estudios de Derecho Procesal*, Barcelona, 1962, p. 111

esos órganos judiciales quienes, por ministerio de la Ley, deben ejecutar lo acordado en el juicio arbitral cuyo valor es el de título de ejecución que lo equipara a una sentencia judicial. Por esta razón el art. 8.4º Ley 60/2003, de 23 de diciembre (LA/2003) establece que «Para la ejecución forzosa del laudo será competente el Juzgado de Primera Instancia del lugar en que se haya dictado, de acuerdo con lo previsto en el apartado 2 del art. 545 de la LEC y, en su caso, el previsto en el art. 958 de la LEC de 1881». La labor de los árbitros carecería de eficacia material si no gozase de la referida ejecutoriedad que corresponde a la jurisdicción (7).

2. Resulta un elemento recurrente el entendimiento de que con el arbitraje el Estado delega su función jurisdiccional y transmite las facultades reservadas a ciertos órganos especializados para conocer y resolver asuntos en los cuales se dirimen intereses que sólo trascienden a particulares; dicho acto de delegación genera una aptitud legal en favor de éstos, pudiendo elegir el procedimiento y someterse a un árbitro con objeto de dirimir sus controversias. Ello entraña que esa parte de la jurisdicción correspondiente a los tribunales del Estado es conferida al árbitro, y que esa delegación se agota con el pronunciamiento de un laudo, siendo devuelta sólo para obtener la ejecución ante la falta de cumplimiento voluntario. Pero al tiempo que el Estado concede un amplísimo margen de libertad para el funcionamiento del arbitraje, impone unas exigencias que aseguren una mínimas garantías a los particulares que eligen esta vía en el sentido de que están amparados por los principios de igualdad, audiencia y contradicción (8) y que las actuaciones arbitrales están sometidas a una estricta confidencialidad (art. 24 LA/2003). Como consecuencia, el laudo emitido vincula y obliga a las partes como si hubieran litigado ante un juez, puesto que una de las funciones del Estado es la de impartir justicia a los gobernados resultando irrelevante la forma que adopte con objeto de cumplir con tal postulado. En definitiva, si el propio Estado confiere a los árbitros atri-

(7) J. M^a CHILLÓN MEDINA y J.F. MERINO MERCHÁN, *Tratado de arbitraje interno e internacional*, 2ª ed., Madrid, 1991, p. 54. Vid. J.L. GOÑI, «Eficacia y ejecución del laudo arbitral», *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, vol. X, 1994, pp. 57-70.

(8) SAP Palma de Mallorca de 12 de marzo de 1990, SAP Barcelona de 13 de marzo de 1992, SAP Madrid de 22 de septiembre de 1992, SAP Castellón de 19 de septiembre de 1996. Las decisiones de la jurisdicción ordinaria que se citan en el presente estudio van referidas a los siguientes buscadores: www.westlaw.es y www.laley.net. Las decisiones que no figuran en los mismos se encuentran en las dos secciones de jurisprudencia, interna e internacional, que se incluyen en la *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, 1984 a 2004.

buciones y competencia para el ejercicio de la función jurisdiccional, resulta incuestionable que esta contingencia fue creada con la finalidad de satisfacer intereses de orden público, pero, no por ello, son de orden público los asuntos sometidos a su conocimiento, esa es la diferencia. Conforme a la tesis apuntada, el Estado delegaría su facultad de juzgar en particulares y precisamente de esa delegación estatal surge la fuerza jurídica del laudo.

Se trata, sin embargo, de un planteamiento que debe ser suficientemente matizado pues parte del presupuesto de que el arbitraje implica una función jurisdiccional delegada que desconoce que las facultades fundamentales y exclusivas del Estado no pueden tener tal carácter; no es dable, en efecto, «una división entre jurisdicción pública y privada» (9). La fuerza del laudo no deriva, pues, de una delegación estatal, sino que se trata de una facultad que proviene directamente de la ley y que emana directamente de la autonomía de la voluntad de las partes, que «constituye la esencia y el fundamento de la institución arbitral, por cuanto que el arbitraje conlleva la exclusión de la vía judicial» (10). Dicha autonomía de la voluntad adquiere un papel protagonista y sólo debe ceder ante ciertos preceptos de carácter imperativo o de obligada observancia por las partes que se contienen en la Ley de Arbitraje, preceptos que cada vez son menores y más reducidos como evidencia la redacción de la LA/2003. El dominio de las partes del procedimiento arbitral alcanza al hecho de que puedan consentir determinadas infracciones en el desarrollo del mismo siempre que afecten a aspectos dispositivos y de libre disposición. Se trata de un mecanismo previsto en el art. 6 cuya función no es otra que desactivar el empleo de la acción de anulación (11).

3. El arbitraje llega exclusivamente «hasta donde alcanza la libertad, que es su fundamento y motor» (12) y ese ámbito de libertad también tiene un respaldo constitucional, concretamente en el art. 33 CE, que reconoce el derecho a la propiedad privada, fundamentado en los postulados de la libertad económica y de la autonomía de la voluntad, y en el art. 38 que estatuye el principio de libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Ambos preceptos son una manifestación

(9) STS 23 de diciembre de 1991.

(10) STC 75/1996, de 30 de abril.

(11) V. GUZMÁN FLUJA, «Art. 6: Renuncia táctica a las facultades de impugnación», en S. BARONA VILAR, coord., *Comentarios a la Ley de arbitraje (Ley 60/2003, de 23 de diciembre)*, Madrid, 2004, pp. 229-241.

(12) ATC 259/1993, de 20 de julio.

del sincretismo de la Constitución de 1978, que al igual que reconoce la propiedad privada y la propiedad pública, admite la iniciativa privada en un marco de economía de mercado y también la iniciativa pública en la actividad económica, no ligadas por el principio de subsidiariedad sino por el de compatibilidad (13). De esta suerte, la libertad de empresa está innegablemente unida a la propiedad privada y para el Tribunal Constitucional constituye más una «garantía institucional» que un derecho subjetivo, cuyo contenido esencial radica en la autonomía de la voluntad, entendida como libertad de contratación y poderes de dirección del empresario (14).

Únicamente a partir de este razonamiento puede entenderse que el árbitro no es ajeno a la actividad jurisdiccional que corresponde al Estado. En tanto que las competencias del juez provienen directamente de la ley, el árbitro no tiene una competencia delegada de la autoridad pública, más allá de la habilitación general que las leyes estatales realizan hacia la existencia en abstracto de la institución arbitral. Por lo demás, el árbitro está limitado por la voluntad de las partes a un determinado asunto, por la ley a un determinado tipo de controversias, no dispone de poder de ejecución y su función es, esencialmente, discontinua en el tiempo (15). Carece al efecto de la nota de permanencia que caracteriza a los miembros del poder judicial: el árbitro se nombra para un caso concreto. A este respecto, las instituciones arbitrales tienen, o al menos deberían tener, una especial cautela a la hora del nombramiento de árbitros en el sentido de no crear una «profesionalización» de los mismos (16).

4. Desde una perspectiva internacional, el árbitro no posee un orden jurídico estatal para administrar justicia (17). La prevalencia de esta tesis que pone en marcha un sistema de control por parte de los tribuna-

(13) L. DÍEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, «Algunas reflexiones sobre el derecho de propiedad privada en la constitución», *Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, vol. II, Madrid, 1991, pp. pp. 1257-1270; J. RODRÍGUEZ-ZAPATA PÉREZ, «La propiedad privada: de cenicienta a derecho fundamental», *RGLJ*, 2001, pp. 601-620.

(14) R. RIVERO ORTEGA, *Introducción al Derecho administrativo económico*, 2ª ed., Salamanca, 2001.

(15) Como pusiera de relieve la STS 28 de mayo de 1990 el arbitraje «sólo puede versar sobre conflictos planteados por personas que se comprometieron previamente a aceptar la decisión (...), y no puede extenderse a personas ni cuestiones ajenas al pacto».

(16) J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, «Le rôle des juridictions étatiques devant l'arbitrage commercial international», *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, t. 290, 2001, pp. 36-38.

(17) Mª V. CUARTERO RUBIO, *El recurso de anulación contra el laudo arbitral en el arbitraje comercial internacional*, Madrid, 1997, pp. 29-37.

les de la sede del arbitraje y la aplicación de su ley al convenio arbitral internacional. Si el convenio arbitral colocase a los árbitros en la estructura jurisdiccional de un Estado, la ley de éste regiría la mayor parte del arbitraje y, desde luego, el convenio arbitral; de esta suerte los árbitros aplicarían la *lex fori*, tal y como lo hacen los jueces de ese Estado. Por estas razones, dicha asimilación es excesivamente dogmática y parcial; pero si, además, el convenio de arbitraje, motiva un arbitraje privado internacional, esta concepción es irreal: provoca la incompetencia de los jueces y tribunales, no ya de ese Estado, sino de todos, de forma que la función del árbitro no tiene por qué estar sancionada por la ley de ese Estado, sino de cualquier otro conectado más directamente con el asunto y, finalmente, el control de laudo que se dicte, sólo de una manera casual, entrará en contacto con el ordenamiento jurídico y con la jurisdicción de ese Estado, en un potencial acción de anulación (18). Bien puede suceder que no se solicite la intervención del juez ni antes, ni durante, ni después del arbitraje, así que difícilmente puede aceptarse que la institución quede, necesariamente, integrada en tal ordenamiento jurídico y, menos aún, en tal jurisdicción (19). En el plano internacional son varios los ejemplos de que los tribunales arbitrales privados no se consideran jurisdicciones del Estado y ello implica, desde la perspectiva de la práctica, que la valoración de la validez y eficacia de los convenios arbitrales se debe realizar desde normas de Derecho internacional privado, materiales o de conflicto, pero dimanantes del Derecho de obligaciones.

Si se considera el convenio arbitral como una cláusula de *derogatio fori* se aplicarán las normas sobre derogación o prorrogación de competencia, olvidando la clarísima vertiente conflictual, que tiene su origen en el aspecto obligacional, no procesal, del convenio. No obstante, se puede esgrimir una diferencia fundamental entre los tipos de cláusulas que afectan a la competencia; mientras las de derogación o prorrogación de competencia transfieren la que podría tener un tribunal a otro, la de arbitraje «crea» esa competencia para un tribunal que, de no ser por ella, no existiría.

(18) J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, «Le rôle des juridictions étatiques...», *loc. cit.*, pp.43-44.

(19) E. ARTUCH IRIBERRI, *El convenio arbitral en el arbitraje comercial internacional*, Madrid, 1997, p. 52.

2. Arbitraje y otros métodos alternativos de solución de controversias

5. Con asiduidad se emplea el término «arbitraje» para denominar a figuras que no contienen los requisitos que son consustanciales a éste; a saber, la actuación de un tercero, como sujeto privado imparcial y su capacidad de imposición jurídica a las partes de la solución por él decidida. Conforme al primero de los elementos, la figura se integra en el conjunto de las manifestaciones de la resolución privada de los conflictos mercantiles, junto con la conciliación y la mediación. A través de estos últimos procedimientos se invita a las partes a que entablen o reinicien el diálogo, evitando confrontación; ellas mismas eligen la manera de solucionar el desacuerdo, desempeñando un papel activo para intentar descubrir por sí mismas la solución que les conviene mejor. Tales métodos ofrecen la posibilidad de superar el debate propiamente jurídico y de encontrar una solución personalizada y adaptada al conflicto. Y a partir de aquí se suele incorporar un tópico que no siempre es real: que una vez resuelto el conflicto, el enfoque consensual inherente a estos métodos incrementa para las partes la posibilidad de sigan manteniendo relaciones de carácter comercial o de otro tipo. Conforme al segundo, la figura se aproxima a la intervención de un Juez o Tribunal de Justicia.

A diferencia del árbitro, el conciliador o el mediador sólo poseen una mera facultad de acercamiento de posiciones o propuesta de soluciones, careciendo de la capacidad resolutoria que se le otorga al árbitro, de ahí que el arbitraje se presente como el procedimiento más importante en el que interviene un tercero en la resolución de los conflictos mercantiles (20). No obstante, el arbitraje es un tipo de resolución de litigios más cercano a un procedimiento judicial que a las modalidades alternativas en la medida en que el objetivo de la sentencia arbitral es sustituir a la decisión de justicia.

6. Los cauces de los «métodos alternativos de solución de conflictos» (MASC o ADR, en la terminología inglesa) no pueden suscitarse como fórmulas antagónicas a la actuación de los tribunales, ni pueden concebirse como herramientas exclusivamente privadas de solución de los conflictos; su desarrollo, en efecto, no debe contemplarse como una manera de remediar las dificultades de funcionamiento de los tribunales sino como una forma más consensuada de pacificación social y, en

(20) B. OPPETTIT, «Arbitrage, mediation et conciliation», *Rev. arb.*, 1984, pp. 307 ss.

muchos casos, más conveniente que el recurso al juez o a un árbitro (21). Al igual que en el arbitraje, la colaboración de los tribunales es fundamental para la consecución de la tutela de los intereses privados, por eso su desarrollo a partir del impulso de la Administración constituye un elemento esencial para que estos métodos evolucionen de manera eficaz (22). Los MASC se inscriben plenamente en el contexto de las políticas sobre la mejora del acceso a la justicia desempeñando un cometido complementario con relación a los procedimientos jurisdiccionales, en la medida en que, a menudo, las técnicas aplicadas en los MASC se suelen acomodar mejor al carácter de ciertos litigios y ello por permitir a las partes entablar un diálogo, que de otro modo hubiera sido imposible, y evaluar por sí mismas la conveniencia de dirigirse a los tribunales.

La autoridad judicial forma parte del poder estatal; es un poder público frente al árbitro que actúa como persona privada, por mucho que su decisión alcance una eficacia jurídica vinculante, incluso desde la perspectiva de lo público. Sin desdeñar el sistema judicial estatal de resolución de los conflictos jurídicos, se percibe la existencia de otros medios de tutela que pueden en ciertos ámbitos jugar una tarea mucho activa al servicio de los particulares que reclaman justicia. La institución arbitral se presenta, pues, como un medio de tutela que el ordenamiento jurídico pone a disposición de los ciudadanos como complementario de los tribunales y del proceso judicial. Mas la alternativa no termina aquí, coexiste con otros cauces de arreglo menos incisivos, como la mediación, la conciliación, el med-arb, etc. (23). Sin embargo en la puesta en marcha de los MASC, a diferencia de los anteriores sistemas, los ter-

(21) Como continuación del Plan de acción del Consejo y de la Comisión, de 3 de diciembre de 1998, sobre la mejor manera de aplicar las disposiciones del Tratado de Amsterdam relativas a la creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia y de las conclusiones del Consejo Europeo de Tampere, el Consejo de Ministros de Justicia e Interior invitó a la Comisión a presentar un Libro Verde sobre métodos alternativos de solución de conflictos en el Derecho civil y mercantil distintos del arbitraje (2002) cuya misión es recapitular sobre la situación existente y llevar a cabo una amplia consulta con el fin de preparar las medidas concretas que deban adoptarse. La prioridad debería concederse a la posibilidad de establecer principios fundamentales, en general o en ámbitos específicos, que ofrezcan las garantías pertinentes para que la solución de conflictos por instancias extrajudiciales ofrezca el nivel de seguridad requerido en la administración de la justicia.

(22) S. BARONA VILAR, *Solución extrajudicial de conflictos. ADR y Derecho procesal*, Valencia, 1999, pp. 172 ss.

(23) S. BARONA VILAR, «Introducción», en S. BARONA VILAR, coord., *Comentarios a la Ley de arbitraje...*, op. cit., p. 63.

ceros no adoptan ninguna decisión y las propias partes no se enfrentan sino que, al contrario, emprenden un proceso de aproximación, eligen el método de resolución del conflicto y desempeñan un papel más activo en este proceso para intentar descubrir por sí mismas la solución que más les conviene. Y, como se ha indicado, una vez resuelto el conflicto, este enfoque consensual facilita a las partes la posibilidad de que sigan manteniendo relaciones de carácter comercial o de otro tipo.

3. *Un intrusismo controlado en el ámbito jurisdiccional*

7. Al margen de los círculos jurídicos que han consolidado a lo largo de los años una vocación a que su territorio constituya una confortable sede de los arbitrajes internacionales (24), en la mayoría de los Estados, pese a haber incorporado reglamentaciones favorables a la institución, como es su día lo hizo la LA/1988, el panorama ofrece rasgos singulares. Dichos rasgos pueden sistematizarse como sigue. En primer lugar existe una notable indeterminación de los contenidos necesarios y dispositivos de las leyes de arbitraje, que puede ejercer efectos nocivos en la eficacia final del arbitraje; en segundo término, se observa una evidente desconexión entre las normas de contenido procesal-judicial y formal con la institución que regulan y, por último, se evidencia el carácter incompleto e inadecuado de las normas a la realidad del arbitraje comercial internacional. A partir de estos rasgos el arbitraje en estos sistemas no constituye un método seguro y eficaz de resolución de controversias comerciales, sino una auténtica sucesión de controles y obstáculos que, en última instancia, han terminado con la rapidez y con la eficacia que es inherente a la institución arbitral; predomina en todos ellos, la ineficacia del convenio arbitral, la inaplicación de textos convencionales y la intervención de control de las jurisdicciones nacionales son cuestiones a la orden del día en la práctica (25).

Esta actitud está determinada por un ambiente, tanto legislativo como judicial, de desconfianza hacia la institución que la LA/2003 ha desterrado (26), colocándose a la cabeza de las legislaciones del mundo

(24) E. VERDERA Y TUELLS, «La elección del lugar y el idioma en el procedimiento arbitral», *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, vol. XI, 1995, pp. 35-57.

(25) Estos tres vectores son los utilizados en P. FOUCHARD, E. GAILLARD y B. GOLDMAN, *Traité de l'arbitrage commercial international*, París, 1996, pp. 111-112 como definitorios de las tendencias legislativas modernizadoras del arbitraje.

(26) Dentro de la abundante bibliografía sobre la Ley 60/2003 *Vid.*, por todos, E.

en la acogida hacia el arbitraje comercial, pero que ha estado muy presente a lo largo de la práctica española en el último medio siglo. Una actitud que está también en trance de extinción en la actitud de nuestros Tribunales de justicia como apuntan los más recientes precedentes de la jurisprudencia española, mucho más favorable a la institución arbitral si examina con un carácter global que lo que se deduce de comentarios sesgados a decisiones muy concretas, que constituyen la excepción a la regla. Más concretamente, detrás de esta reticencia, en curso de desaparición, estaba una consideración del arbitraje como una institución intrusa en el ámbito jurisdiccional. Ello contrastaba con dos postulados de base, que se suelen afirmar con rotundidad pero que pocas veces se cumplen: la potenciación del arbitraje, señaladamente en materias mercantiles, donde demuestra su utilidad como alternativa eficaz al procedimiento judicial y la asimilación de que el arbitraje no es una técnica que trate de quitar poder a la jurisdicción del Estado, sino que es alternativa a ella. En definitiva, que la colaboración entre el juez y el árbitro no pretende otra cosa que dotar de mayor eficacia a la solución de las controversias de índole patrimonial que son inherentes a las exigencias del comercio internacional (27). Si los árbitros poseen la responsabilidad de resolver una controversia en justicia, los jueces deben prestar su apoyo controlando esta decisión dotándola de potestad ejecutiva. No debe existir, pues, confrontación ni superposición de ámbitos, sino ejercicio de los mismos derechos, dentro de un sistema de garantías constitucionales. Es este el sentido con el que debe interpretarse la compatibilidad técnica entre ambas instituciones (28).

8. Acaso uno de los problemas más serios que enfrenta en la actualidad a la institución que estamos estudiando es la reacción adversa de algunos particulares y de ciertos tribunales. En el primer caso se argumenta que siempre será mejor la decisión de un Juez predeterminado por la ley y sometido al principio de la doble instancia, que permite revisar por un Tribunal colegiado (la Audiencia Provincial) su mayor o menor acierto al resolver el problema de fondo sometido a su juicio. Dicho principio supone, según esta concepción, una garantía a que tiene derecho todo justiciable y que no puede sustituirse por un acción de

VERDERA Y TUELLS, *La Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje entre la tradición y la innovación*, Madrid, Real Academia de Jurisprudencia y legislación, 2005, pp. 59 ss.

(27) J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, «La colaboración entre jueces y árbitros como presupuesto de una cultura arbitral», *Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado*, n° 15, 2004, pp. 17-49.

(28) J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, «Le rôle des juridictions étatiques...», *loc. cit.*, p. 24.

anulación, basada en unas reducidas causales, que no permite examinar el fondo del asunto (29), es decir, que no habilita a comprobar si ha habido infracción de Ley o doctrina legal aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate. Se invoca así una eventual lesión del derecho a la tutela judicial efectiva, derivada de la imposibilidad de someter a revisión judicial el fondo de la cuestión resuelta mediante laudo.

La reacción de los Tribunales se manifiesta, por su parte, en una jurisprudencia a veces alejada de los postulados imperantes en este sector, e incluso directamente contraria a tales postulados, pese a desarrollarse en un contexto legal completamente favorable a la institución arbitral. Ello se ha manifestado de un modo distinto y más o menos grave en cada país pero, por ejemplo, se puede mencionar entre otras exteriorizaciones de esta jurisprudencia contraria al arbitraje: la declaración de inconstitucionalidad de principios claves de la institución como el principio de la competencia-competencia (30); la admisibilidad de vías oblicuas o indirectas para atacar un laudo arbitral distintas de la acción de anulación, como ocurre con el recurso de amparo (31), o bien la ampliación excesiva de los motivos del mismo recurso de nulidad por parte de los tribunales para revisar el fondo del laudo arbitral; la ambigüedad en el tratamiento de la noción de la arbitrabilidad de un convenio arbitral o del reconocimiento o ejecución de un laudo arbitral y la inconsistencia entre el concepto de orden público internacional y la de orden público nacional que los tribunales locales aplican (32). Ello sin

(29) M. MAYNÉS, «El derecho a la segunda instancia en el proceso arbitral y la imposibilidad de revisar el laudo en cuanto al fondo del asunto», *Actualidad Civil*, febrero de 2001, marginal 303 XII; J.L. GOÑI, «La revisión judicial del laudo en el arbitraje internacional», *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, vol. XI, 1995, pp. 103-111.

(30) *Vid.* un examen de la jurisprudencia en América Latina en nuestro estudio, «La Constitución mexicana y el arbitraje comercial», *Revista Mexicana de Derecho Constitucional* (en prensa).

(31) M. ALBALADEJO, «La ominosa tentativa de hacer irrecurrible el laudo de Derecho; las normas debidas a aplicar», *RDP*, 1990, pp. 171-186; en contra L. MUÑOZ SABATÉ, «Sobre la irrecurribilidad del arbitraje de Derecho», *La Ley*, 1990, pp. 982-984..

(32) Con motivo de la entrada en vigor de la Ley 36/1988 B. CREMADES mostró su preocupación por la incorporación del «orden público» dentro de los motivos de anulación, que «nos hace ser extraordinariamente cautelosos en su comentario y nos coloca en la obligación de esperar para ver lo que los jueces y tribunales indiquen en el futuro» (Cf. «España estrena nueva Ley de arbitraje», *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, vol. V. 1988-89, p. 25). Estas previsiones no se verían reflejadas en la práctica, aunque la cautela estaba justificada por la actitud anterior de nuestros Tribunales de Justicia. Un laudo será únicamente atentatorio al orden público, afirmó la SAP Madrid de 10 de diciembre de 1991, «cuando conculque alguno de los principios o derechos fundamentales de nuestra Constitución».

olvidar que la ausencia de reconocimiento del efecto negativo de la cláusula arbitral conduce a que, en ocasiones, se promueva un juicio paralelo al proceso arbitral; e, incluso, por sorprendente que pueda parecer, la interposición de acciones criminales en contra de árbitros (33).

9. La jurisprudencia española, tanto ordinaria como constitucional, ha ido paulatinamente dando respuesta a estas reticencias anti-arbitraje hasta admitir el juego de la institución en nuestro sistema en la línea de los más favorables al juicio de árbitros.

El impedimento de la jurisdicción ordinaria de revisar en fondo de la decisión adoptada por los árbitros ya había sido afirmado con anterioridad a la LA/1998 por la justicia constitucional, llegando la STC 43/1988, de 16 de marzo a anular parcialmente una Sentencia del Tribunal Supremo por haberse excedido en su función toda vez que el sistema de anulación de un laudo arbitral ni le atribuye jurisdicción de equidad, «no sólo la originaria, exclusiva de los árbitros, ni siquiera la revisora del juicio de equidad en si mismo»; y al haber procedido, a partir de tal intromisión, a la imposición de una condena «en un procedimiento inadecuado, sin alegaciones pertinentes de las partes, con violación, por tanto, de los principios de audiencia y contradicción integrados en el derecho a la tutela judicial efectiva que garantiza el art. 24.1º CE», a una infracción constitucional (34). Y esta tesis quedó reforzada, en relación con la supuesta indefensión por la imposibilidad de revisar el fondo del asunto por la jurisdicción ordinaria, por el ATC 231/1994, de 18 de julio que entendió que el desamparo no era tal «porque, de lo contrario, la finalidad última del arbitraje, que no es otra que la de alcanzar la pronta solución extrajudicial de un conflicto, se vería inevitablemente desnaturalizada (...). Ciertamente que, con el actual sistema de fiscalización judicial, es posible la atribución de efectos idénticos a la cosa juzgada a Laudos dictados en arbitraje de Derecho que, sin embargo, adolezcan de incorrecciones materiales. Con todo, ha de oponerse a lo anterior que queda garantizada, en todo caso, la corrección del Laudo desde la perspectiva del Derecho constitucional sustantivo, habida cuenta de que es posible, por vía de la causa de anulación (...), conceptualizar incorrecciones de esa naturaleza como contrarias al orden público» (35).

(33) La práctica del arbitraje en muchos países de América Latina es ilustrativa de estas tendencias. *Vid.* J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, *Teoría y práctica del arbitraje comercial en América Latina* (en prensa).

(34) *Vid.* nota de F. RAMOS MÉNDEZ en *Justicia*, 1988, pp. 964-965.

(35) *Vid.* la plasmación de esta doctrina constitucional en SAP Valladolid de 24 de marzo de 1994.

El carácter de cosa juzgada del laudo arbitral firme (36) ha sido afirmado por la STS 28 julio de 1995 al considerar que «... los laudos arbitrales firmes sólo son susceptibles de ejecución judicial por los trámites del procedimiento de ejecución de sentencias (...) dentro de cuyo procedimiento ejecutorio podrán plantearse todos los incidentes que legalmente sean procedentes hasta alcanzar la verdadera intelección de lo resuelto por el árbitro en el laudo arbitral firme que se trata de ejecutar, pero lo que en ningún caso puede ser procesalmente permisible es que trate de plantearse, a través de un procedimiento declarativo ordinario, la cuestión, verdaderamente insólita, atinente a la interpretación del repetido laudo, pues ello equivale, real y prácticamente, a que por esa vía indirecta, a plantear de nuevo ante el órgano jurisdiccional, con evidente infracción del principio de santidad de la cosa juzgada, la misma cuestión litigiosa que ya había sido resuelta por el expresado laudo arbitral firme, al que libre y voluntariamente se habían sometido las partes».

La eficacia del convenio arbitral ha quedado asegurado en el ATS 30 de enero de 1986 que, aplicando el Convenio de Ginebra de 1961 (CG), consideró que existía un acuerdo arbitral por el hecho de que el demandado había mantenido una dilatada relación contractual con la demandante y que, por tanto, «conocía las condiciones generales bajo las cuales operaba y que constantemente se consignan en la documentación empleada» (37). La prevalencia del convenio arbitral sobre las actuaciones de las partes ante los Tribunales ha sido sentada por la STS 25 de octubre de 2005 para la cual «no existe sumisión tácita a los Tribunales, aún contestando y reconviendo, si en el mismo escrito se plantea previamente la excepción, y se articulan *ad cautelam*, como aquí se ha hecho, las otras peticiones de fondo, pues, no aceptar esto sería mermar los derechos de la parte, concertados con la contraria, causándole indefensión (art. 24.1º CE), no produciéndose, respecto al mismo, la tutela judicial efectiva». Y en la misma dirección el AAP Barcelona de 21 de julio de 1992 consideró que el hecho de haberse solicitado y obtenido un embargo preventivo con ocasión de la presentación de la demanda «no supone la admisión por la demandada que ésta quedara so-

(36) «El laudo cuando es definitivo pero no firme, que es el supuesto en el que cabe su anulación, es un acto jurídico de evidente eficacia contractual pero que en modo alguno puede ser definido como un acto procesal» (SAP Asturias de 18 de febrero de 2003).

(37) A.L. CALVO CARAVACA, «La eficacia del compromiso arbitral en el ámbito del exequátur», *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, vol. III, 1986, pp. 131-136.

metida a la jurisdicción ordinaria», pues la oposición al mismo no significa renuncia a la excepción 8ª del art. 532'' LEE/1881.

Las relaciones entre jueces y árbitros en el sector de las medidas provisionales han superado una larga etapa de reticencia que se traduciría en diversos obstáculos procesales (38). Un ejemplo ilustrativo lo ofrece la jurisprudencia española anterior a la LA/2003 que evidenció que el arbitraje ya era en nuestro país un método habitual de resolución de controversias; un método con el que es necesario, y más práctico, cooperar, lo que concluye en una normalización considerable de las relaciones entre las instituciones. Un importante precedente queda configurado por el AAP Cádiz de 12 de junio de 1992, que no tuvo inconveniente en conceder medidas provisionales aunque el arbitraje se desarrollara en el extranjero en aplicación del anteriormente citado art. 6.4º CG; de acuerdo con la mencionada decisión «dada la meridiana claridad con que está redactado dicho precepto, sin que por lo tanto deban hacerse comentarios o interpretaciones sobre el mismo, se deduce de una forma evidente la posibilidad de que un Juez español pueda adoptar determinadas medidas cautelares, aunque el procedimiento arbitral se siga en otro país, en este caso en Suiza» (39). Y, a título de *obiter dicta*, resalta la decidida toma de partida acerca de la admisión de las medidas efectuada por el AAP Barcelona de 25 de noviembre de 1994, según el cual, «este Tribunal se inclina (...) por la admisibilidad de la adopción de medidas cautelares por los órganos jurisdiccionales estatales en función de un arbitraje privado antes de haberse dictado el correspondiente laudo, y ello en razón de que no existe prohibición legal expresa de tal posibilidad ni la misma se deduce de los principios inspiradores y finalidades de la Ley de 1988. En efecto, esta Ley potencia la institución del arbitraje (...) de suerte que realmente crea una verdadera jurisdicción (...) privada, excluyente de la jurisdicción estatal; desde esta perspectiva, que tiene un armónico encuadre en nuestro ordenamiento jurídico procesal civil, puede sostenerse que esa jurisdicción privada debe gozar de iguales posibilidades tuteladoras que la jurisdicción estatal por cuanto que los ciudadanos pueden optar libremente por someterse a una u otra jurisdicción, lo cual lleva a la conclusión por la que se inclina este Tribunal, es decir, el que los órganos jurisdiccionales estatales podrán adoptar medidas cautelares instrumentales res-

(38) M. ORTELLS RAMOS, «Artículo 50», *Comentario breve a la Ley de arbitraje*, J. MONTERO AROCA, dir., Madrid, 1990, pp. 254-262.

(39) Nota de S. BARONA VILAR, *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, vol. III, 1992, pp. 224-230.

pecto de un arbitraje en el que aún no se ha pronunciado el laudo, y sólo ellos podrán adoptarlas en razón de que tales medidas siempre suponen un constreñimiento de derechos». Finalmente el AJPI nº 69 de Madrid de 28 de junio de 1999 se planteó la posibilidad de ordenar una medida cautelar solicitada por la sociedad A, contra la sociedad B, medida que debía ser ejecutada en territorio español. Ambas sociedades habían concluido en 1991 sendos contratos de construcción por parte de la sociedad A de dos fábricas de procesado y envasado de pescado en Libia y, en relación a estos pactos, la empresa A ordenó las negociadas garantías a primera demanda al Banco Árabe Español con sede en Madrid, de las que resultaba beneficiaria la sociedad B. Las posibles controversias que surgieran de la ejecución de los contratos estaban referidas mediante la correspondiente cláusula a arbitraje ante la CCI en París. Al surgir las diferencias entre las partes el arbitraje se puso en marcha mediante demanda de Sociedad A, la misma que actuaba como actora en la instancia de aseguramiento cautelar. En ese momento se apreció el riesgo de que la sociedad B intentase la ejecución de las garantías a primera demanda que, por su propia naturaleza, pueden ser hechas efectivas con independencia de la pendencia a arbitral o judicial; por esta razón la sociedad A solicitó del juez que ordenase al Banco Árabe Español que no abonase ningún importe a la sociedad B, petición de secuestro cautelar que fue convenientemente acogida (40).

Otras decisiones han abundado en la tendencia favorable al arbitraje y a la eficacia de los laudos arbitrales. La AAP Valencia de 30 de mayo de 2005 admitió un recurso promovido por una Asociación de Arbitraje contra una decisión de un juzgado Valencia que se declaró incompetente para ejecutar un laudo arbitral porque aunque éste se había firmado en Valencia el arbitraje había tenido lugar en Barcelona; debe dejarse constancia que la dualidad se justificaba en el ánimo de acercar y facilitar el ejercicio de las acciones oportunas al ejecutado a los efectos de no provocar indefensión, de conformidad con el art. 26 LA/2003.

(40) Vid. E. ARTUCH IRIBERRI, «La adopción de medidas provisionales por el juez español en relación con el procedimiento arbitral: un conflicto se diluye», *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, vol. XIV, 1999, pp. 149-153.

II. COMPATIBILIDAD DE LOS POSTULADOS DE UNIDAD JURISDICCIONAL Y DEL MONOPOLIO ESTATAL DE LA JURISDICCIÓN CON EL ARBITRAJE COMERCIAL

1. El arbitraje como «equivalente jurisdiccional»

10. El hecho de que el Estado se reserve el monopolio de la jurisdicción (41), el denominado monopolio de exclusividad *ad extra* del Estado, no implica que los particulares suplan dicha actividad a través de procedimientos de carácter privado, cuando estos últimos sean admitidos de forma voluntaria, incluso con fuerza de cosa juzgada si así lo determina la ley (art. 43 LA/2003). Ello implica la inatacabilidad de lo que a lo largo del proceso arbitral se ha obtenido (42). El empleo del arbitraje no supone una usurpación de las funciones jurisdiccionales que corresponden al Estado o, si se quiere, un desentendimiento de la función jurisdiccional. Se trata de una cuestión pacífica que dejó bien sentada la STS 9 de octubre de 1989; se debatía allí que la decisión recurrida en casación había infringido el art. 24.1º CE por haber aceptado erróneamente la incompetencia jurisdiccional de los Tribunales ordinarios, entendiéndolo el Alto Tribunal que «1) El ordenamiento jurídico español, concede a los particulares la posibilidad de optar para la solución de sus problemas socio-jurídicos entre el cauce o vía jurisdiccional y el extrajudicial (arts. 1809 y ss y especialmente a estos efectos el 1814 Cc); 2) Haciendo uso de esta facultad, y de lo dispuesto en el art. 1255 del citado Cuerpo legal, los aquí contendientes concertaron acudir al cauce extrajudicial-arbitraje para solventar las cuestiones que del cumplimiento del contrato entre ellos celebrado pudieren surgir; 3) El art. 24.1º CE, que se estima infringido por los recurrentes, se limita a señalar el derecho que todo ciudadano tiene a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, mas no impide la igualmente constitucional facultad de optar para dicha tutela al cauce extrajudicial —arbitraje en este caso— como aquí han hecho».

A mayor abundamiento la STC 288/1993, 4 de octubre afirmó que el arbitraje «... es un equivalente jurisdiccional, mediante el cual las partes pueden obtener los mismos objetivos que con la jurisdicción civil,

(41) Desde un punto de vista dogmático *Vid.* D. GUIMARAES RIBEIRO, *La pretensión procesal y la tutela judicial efectiva: hacia una teoría del Derecho procesal*, Barcelona, 2004, en concreto, el capítulo II dedicado a las consecuencias del monopolio de la jurisdicción.

(42) J.L. REQUEJO PAGÉS, *Jurisdicción e independencia judicial*, Madrid, 1989, p. 69.

esto es, la obtención de una decisión al conflicto con todos los efectos de la cosa juzgada». Y posteriormente la STC 176/1996 de 11 de noviembre reiteró que la función del arbitraje como medio heterónomo de arreglo de controversias «se fundamenta en la autonomía de la voluntad de los sujetos privados; lo que constitucionalmente le vincula con la libertad como valor superior del ordenamiento (art. 1.1º CE). De manera que no cabe entender que, por el hecho de someter voluntariamente determinada cuestión litigiosa al arbitraje de un tercero, quede menoscabado y padezca el derecho a la tutela judicial efectiva de la Constitución reconoce a todos. Una vez elegida dicha vía ello supone tan sólo que en la misma ha de alcanzarse el arreglo de las cuestiones litigiosas mediante la decisión del árbitro y que el acceso a la jurisdicción (...) legalmente establecido será sólo el recurso por nulidad del Laudo Arbitral y no cualquier otro proceso ordinario en el que sea posible volver a plantear el fondo del litigio tal y como antes fue debatido en el proceso arbitral» (43).

11. El arbitraje no vulnera, en efecto, los postulados de unidad jurisdiccional y del monopolio estatal de la jurisdicción pues el árbitro no posee una posición jerárquica por encima de las partes, su función es ocasional, su poder decisorio se mueve únicamente en los términos fijados por el compromiso y, además, como hemos apuntado, los laudos precisan para su ejecución el concurso de la potestad jurisdiccional (44); por descontado la ejecución corresponde siempre a un juez, determinándose la competencia, no por el criterio funcional, sino por los criterios objetivo y territorial; el primero varía según los países, aunque suele incumbir al juez de primera instancia; el segundo corresponde al lugar donde el laudo se haya dictado. Pero incluso este recurso a la *potestas* del Estado para la ejecución del laudo no está exento de dificultades. Por ejemplo en España la LA/1988 solamente ofreció esta posibilidad a los laudos «firmes», alejándose claramente de lo que acontecía con la ejecución provisional de las sentencias que se regulaba expresamente en los arts. 524-537 LEC. Y esta circunstancia fue uno de los factores que dispararon un inusitado recurso a las acciones de anulación pues el procedimiento podía dilatarse entre uno y cuatro años y así

(43) A.J. VALENCIA MIRÓN, «El derecho a la tutela judicial efectiva y la Ley de arbitraje. Comentario a la STC (Sala 2ª) nº 176/1996, de 11 de noviembre», *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, vol. XIII, 1997, pp. 152-159.

(44) J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, «La situación del arbitraje comercial en España. Perspectivas de futuro», *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, vol. III, 1986, pp. 29-52, esp. pp. 46-47.

deferir en el tiempo el cumplimiento del laudo caso de que este no fuera anulado. Esto es, el ejercicio de la acción de anulación como táctica dilatoria no sólo desvirtuaba por completo una de las notas inherentes al arbitraje cual es la de la rapidez, sino que dejaba al laudo arbitral en una incomprensible situación de inferioridad respecto de las sentencias judiciales. Por eso debe celebrarse la corrección del sistema efectuada por la LA/2003 que dedica el art. 45 a regular la ejecución provisional del laudo mientras se sustancia el procedimiento de anulación con el establecimiento de las garantías adecuadas para el ejecutado que podrá solicitar al tribunal «la suspensión de la ejecución, siempre que ofrezca caución por el valor de la condena más los daños y perjuicios que pudieren derivarse de la demora en la ejecución del laudo» (45).

Asimismo el árbitro no puede plantear una cuestión de inconstitucionalidad por estar reservada ésta a los órganos judiciales (art. 163 CE) (46), ni suscitar una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Luxemburgo, como puso de relieve oportunamente la STJCE de 23 de marzo de 1982 en el asunto «Nordsee» (47). La propia Exposición de Motivos de la derogada LA/1988 puso de relieve que el convenio arbitral no implica renuncia de las partes a su derecho fundamental de tutela judicial, sancionado en el art. 24 CE, al introducirse en la Ley la posibilidad de anular el laudo cuando este sea contrario al orden público, cuyo concepto deberá interpretarse a luz de los principios de nuestra Constitución.

En España por ejemplo el Tribunal Constitucional considera el arbitraje como «un proceso especial, ajeno a la jurisdicción ordinaria» con simplicidad de formas procesales y uso del arbitrio en el de equidad, sin necesidad de motivación jurídica, aunque sí, en todo caso, de «dar a las partes la oportunidad adecuada para ser oídas y de presentar las pruebas que estimen necesarias» (48). Y dicho proceso no es otra cosa, como se ha indicado, que un «equivalente jurisdiccional», sin que por ello se le pueda hacer derivar la extensión de las garantías del art. 24 CE (49). Como pusiera de relieve el ATC 259/1993, de 20 de julio, «la función que ejerce el árbitro es parajurisdiccional o cuasijurisdiccional y en

(45) L.-A. CUCARELLA GALIANA, *El procedimiento arbitral (Ley 60/2003, de 23 de diciembre)*, Bolonia, 2004, pp. 275 ss.

(46) ATC 259/1993, de 20 de julio.

(47) P. BLANCO-MORALES, «El arbitraje privado y el recurso prejudicial del art. 177 del Tratado CEE», *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, vol. III, 1986, pp. 123-129.

(48) STC 43/1998, de 16 de marzo.

(49) E. MARTÍNEZ GARCÍA, *El arbitraje en el marco de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil*, Valencia, 2002, p. 83.

este 'casi' está el quid de la cuestión. Efectivamente, la inexistencia de jurisdicción en sentido propio se traduce en la carencia de *potestas* o poder». De ello deriva que el arbitraje no queda amparado por el postulado del juez ordinario predeterminado por la ley pues este deriva de un acto volitivo de las partes que deliberadamente excluyeron de la posibilidad de una resolución judicial que pusiera fin a la controversia (50).

2. Alcance del monopolio jurisdiccional ad intra del Estado

12. Hasta ahora nos hemos referido al principio de exclusividad *ad extra* del Estado en relación con la posibilidad de ejercicio de la actividad jurisdiccional por los particulares. Ahora bien, las Constituciones también contemplan el monopolio *ad intra* en virtud del cual se excluye la posibilidad del ejercicio jurisdiccional de otros órganos del Estado que no ostenten la condición de Juzgados y de Tribunales. El propósito de este postulado es la supresión de las denominadas «jurisdicciones administrativas» que en muchos países están amparadas en una terminología arbitral que no responde a la realidad y que en España con anterioridad a la Constitución de 1978 habían adquirido un desarrollo tan extenso como poco conocido (51). Dicho en otros términos, la denominada actividad arbitral de la Administración puede encubrir el empleo de potestades administrativas para la realización de funciones jurisdiccionales que están vedadas al poder ejecutivo (52). En estas ocasiones nos hallamos ante un verdadero arbitraje obligatorio o forzoso, toda vez que una de las partes no puede eludirlo quedando excluida de la intervención de la justicia ordinaria o pública. Puede afirmarse con rotundidad que el denominado «arbitraje obligatorio» no es un verdadero arbitraje, porque no descansa sobre una base convencional, sino que es un procedimiento judicial de excepción: una institución de este tipo «pugnaría no poco con el derecho constitucional de libre acceso a

(50) «Trasladar estas garantías con el mismo rango de derecho fundamental al procedimiento arbitral para basar en determinadas irregularidades o vicisitudes ocurridas durante su tramitación la nulidad del laudo es algo que, en principio, resulta extraño a esta jurisdicción» (STC 13/1997, de 27 de enero).

(51) J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, «La situación del arbitraje comercial en España...», *loc. cit.*, pp. 48-51.

(52) J.M^a GIL-ROBLES Y GIL-DELGADO, «Unidad jurisdiccional y atribución de facultades arbitrales a órganos de la Administración», *El Poder Judicial*, vol. I, Madrid, 1983, pp. 1385 ss.

la Justicia estatal» (53). La STC 174/1995, de 23 de noviembre, declaró inconstitucional el art. 38.2.1º de la Ley de Ordenación del Transporte Terrestre de 1987 por establecer un sistema de arbitraje institucional e imperativo, en virtud del cual el acceso a la jurisdicción quedaba condicionado al consentimiento expreso, formalizado en un pacto, de todas y cada una de las partes implicadas en una controversia. Tal previsión vulneraba, a juicio del Tribunal Constitucional, el derecho a la tutela judicial efectiva que tienen todas las personas para obtener de los Jueces y Tribunales la protección de sus derechos e intereses legítimos (54).

13. Cosa distinta es que al lado del arbitraje comercial el legislador haya introducido la institución arbitral en el ámbito del Derecho público. El denominado «arbitraje administrativo», entendido como aquel medio resolución de controversias en el que, como mínimo, una de las partes es una Administración Pública y acuerdan someter las cuestiones litigiosas, surgidas o que puedan surgir en materia de libre disposición, a varios árbitros (55). Se trata de una institución que ha alterado sensiblemente las tradicionales relaciones entre las Administraciones públicas y los ciudadanos quebrantando el ámbito imperativo clásico de la actividad administrativa. Baste retener que el art. 107.2º de la Ley 30/1992, RJAP-PAC faculta al legislador para sustituir el recurso de alzada «en supuestos o ámbitos sectoriales determinados, y cuando la es-

(53) SAP Valladolid de 22 de marzo de 1994.

(54) De acuerdo con este fallo: «resulta contrario a la Constitución que la Ley suprima o prescinda de la voluntad de una de las partes para someter la controversia al arbitraje de la Junta que es lo que hace en el párrafo primero del art. 38.2º. La primera nota del derecho a la tutela consiste en la libre facultad que tiene el demandante para incoar el proceso y someter al demandado a los efectos del mismo. Quebranta, por tanto, la esencia misma de la tutela judicial tener que contar con el consentimiento de la parte contraria para ejercer ante un órgano judicial una pretensión frente a ella. Esto es exactamente lo que hace el art. 38.2º, párrafo primero, de la LOTT, que, al exigir un pacto expreso para evitar el arbitraje y acceder a la vía judicial, está supeditando el ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva de una de las partes al consentimiento de la otra, lo que, por las razones que han quedado expuestas, resulta contrario al art. 24.1º de la Constitución». *Vid.* los comentarios de J.F. MERINO MERCHÁN, *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, vol. XI, 1995, pp. 223-231; M.J. CARAZO LIÉBANA, «Sobre la constitucionalidad del arbitraje obligatorio en materia de transporte», *RDM*, 1996, pp. 1305-1319. Esta decisión tuvo la virtud de modificar el precepto controvertido a través de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre.

(55) J.M. TRAYTER JIMÉNEZ, «El arbitraje del Derecho administrativo», *RAP*, nº 143, 1997, pp. 75 ss. *Vid.*, asimismo, L.F. CASTRESANA SÁNCHEZ, «El arbitraje desde la perspectiva del sector público», *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, vol. X, 1994, pp. 43-56.

pecificidad de la materia así lo justifique, por otros procedimientos de impugnación, reclamación, conciliación, mediación y arbitraje, ante órganos colegiados o comisiones específicas no sometidas a instrucciones jerárquicas...». Y esta posibilidad, ciertamente limitada (56), se recoge por ejemplo en el art. 117.3º del RD-Legislativo 2/2000, de 16 de junio por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas que, en relación con los contratos con empresas extranjeras, entiende que deberá procurarse «cuando las circunstancias lo aconsejen, la incorporación de cláusulas tendentes a resolver las discrepancias que puedan surgir mediante fórmulas sencillas de arbitraje».

Por fin, debe distinguirse entre la modalidad de arbitraje descrita, el «arbitraje administrativo» y la denominada «actividad administrativa arbitral», que es aquella que realiza la Administración Pública, junto con la actividades de policía, fomento, servicio público, sancionadora, etc..., en la resolución de controversias entre los administrados. En el primer caso la Administración es una de las partes en el conflicto, mientras que en el segundo es la propia Administración la que interviene en la resolución del mismo: Tribunales Arbitrales de Consumo (57), Juntas Arbitrales de Transporte, Comisión Arbitral de la Propiedad Intelectual, etc...

III. ARBITRAJE Y TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

14. El ámbito propio en el que se desarrolla el derecho a la tutela judicial efectiva corresponde a la actividad jurisdiccional que llevan a cabo los jueces y los magistrados y no sobre el propio juicio de árbitros que cuenta con una vía impugnatoria específica a través del acción de anulación, que en ningún caso debe ser considerada como una segunda instancia. La jurisprudencia de las Audiencias Provinciales, tras cierta tendencia a entrar en la revisión de fondo, ha ido confirmando esta tendencia rechazando que la acción de anulación presente semejanza

(56) C. ESPUGUES MOTA, «Artículo 1º», en S. BARONA VILAR, coord., *Comentarios a la Ley de arbitraje...*, op. cit., pp. 94-95.

(57) S. DÍAZ ALABART, «Arbitraje especial de consumo», *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, vol. VI, 1990, pp. 25-42; L. NOVARRO LORENTE, «El sistema arbitral de consumo», *ibid.*, vol. IX, 1993, pp. 47-77; Mª P. GARCÍA RUBIO, «El arbitraje como mecanismo de solución de controversias en materia de consumo», *ibid.*, pp. 79-106; S. BARONA VILAR, «El laudo en el arbitraje de consumo», *ibid.*, vol. XIII, 1997, pp. 9-53.

alguna con el recurso de apelación (58) y aplicando restrictivamente las causales de la anulación (59). En la actualidad la anulación de un laudo arbitral se «configura como un medio de impugnación extraordinario, con motivos tasados de corte casacional restringido y *sui géneris*; y en el que el control jurisdiccional que pueda hacerse de la actividad del tribunal arbitral es muy limitado, sin que pueda analizarse la justicia del laudo o el modo más o menos acertado de resolver la cuestión litigiosa en cuanto a la aplicación de la ley material; pues los repetidos motivos no permiten al órgano jurisdiccional entrar a conocer del fondo del asunto, lo que es lógico dado que las partes prefirieron someter su contienda al juicio de los árbitros» (60). Sin embargo el laudo arbitral puede producir lesiones a la referida tutela como consecuencia de sus efectos de cosa juzgada, esto es, por la inexistencia de cauces procesales de impugnación que permitan modificar su contenido y, por tanto, no puede ser ajeno a la misma. La equivalencia jurisdiccional del arbitraje, al alcanzar las partes a partir de él objetivos similares que los que conseguirían ante los tribunales de justicia, tiene sus límites en lo que la ley de cada país permite.

Resulta oportuno insistir en la relación del arbitraje con el derecho a la tutela judicial efectiva. La opción por una perspectiva jurisdiccionalista inexorablemente haría entrar en colisión el convenio arbitral con el principio previsto en las Constituciones modernas de la competencia exclusiva del Estado para juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, que se encomienda a los jueces y a los tribunales (61). Si en virtud de aquél, el ár-

(58) Como puso de relieve la SAP Barcelona de 26 de enero de 1993, «los recurrentes han pretendido con su recurso de nulidad, plantear un auténtico recurso de apelación, lo que escapa totalmente a la función jurisdiccional de este Tribunal... en el sentido de que no puede el Tribunal entrar en el estudio de las cuestiones sometidas a la decisión del árbitro, como ocurre en la apelación de una resolución judicial». En el mismo sentido la SAP Madrid de 10 de diciembre de 1996 resolvió, ante el cuestionamiento de lo actuado por el árbitros, «que no nos encontramos ante un recurso de apelación ordinario en el que la Sala debe ver de nuevo la totalidad del asunto como si fuera el órgano de primera instancia y analizar la indebida aplicación de las normas jurídicas al caso concreto (...), sino por el contrario la posición de la Audiencia Provincial dentro del recurso de anulación del laudo se encuentra limitada a las causas de nulidad...». *Vid.* nota de S.B.V. en *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, vol. XIII, 1997, pp. 216-218. *Vid.*, asimismo, SAP Granada de 25 de enero de 199 y nota de S.B.V., *ibid.*, vol. XIV, 1999, pp. 164-166.

(59) S. BARONA VILAR, «Introducción», en S. BARONA VILAR, coord., *Comentarios a la Ley de arbitraje...*, *op. cit.*, p. 41.

(60) SAP Madrid, Sección 25ª, de 26 de junio de 2005.

(61) J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, «La situación del arbitraje comercial en España...», *loc. cit.*, pp. 46-48.

bitro ejerce la función jurisdiccional que la Constitución reserva a Jueces y tribunales, está en franca contradicción con lo preceptuado en aquélla. Si se concibe que, mediante el convenio arbitral y por prescripción de la ley se transfiere a los árbitros la potestad jurisdiccional, éstos tendrían la obligación, de respetar y cumplir los derechos constitucionales, lo cual no parece corresponder al árbitro en cuanto tal: el arbitraje no conculca tales derechos, ni implica que las partes renuncien a ellos. El convenio arbitral no comporta renuncia de las partes al derecho fundamental a la tutela judicial, esto es, el derecho a recurrir a los jueces y tribunales no desaparece en ningún momento, incluso se convierte en una garantía para las partes en cualquier momento. Cabe recordar que, como ha declarado reiteradamente el Tribunal Constitucional, «el derecho a la tutela judicial efectiva no es un derecho de libertad, ejercitable sin más y directamente a partir de la Constitución, sino un derecho prestacional, sólo ejercitable por los cauces procesales existentes y con sujeción a su concreta ordenación legal» (SSTC 99/1985, 50/1990 y 149/1995, entre otras).

A los efectos que nos interesan, de ser inválido o ineficaz el convenio arbitral, base del arbitraje, queda expedita la vía judicial, para asegurar el derecho a la tutela judicial efectiva; si durante el arbitraje se han conculcado los derechos fundamentales de defensa, también queda la posibilidad de impugnar el laudo, que no será inconstitucional, sino ilegal. Por el contrario el juzgador ordinario encontrará explicaciones más acordes con su concepción y experiencia de la práctica forense: si llega al convencimiento de que el arbitraje supone únicamente la posibilidad de que el consentimiento o acuerdo de voluntades de los interesados es susceptible de producir derechos y obligaciones o definir situaciones jurídicas, como todo acto jurídico; de que el nacimiento, modificación o extinción de derechos y obligaciones puede estar válidamente condicionado a la voluntad de un tercero que no necesariamente es una autoridad estatal, como puede la del árbitro; y, por último, de que no existe diferencia esencial entre hacer efectivo un contrato cualquiera o un laudo arbitral.

15. El Ordenamiento jurídico no queda limitado a la atribución de plenos efectos jurídicos a los actos realizados por sus órganos de carácter público; puede, por el contrario, conferir tales efectos a los actos realizados por los particulares siempre que quede garantizada la compostura jurídica de los mismos. Pero no debe olvidarse que los límites entre la justicia constitucional y la justicia ordinaria están claramente delimitados, de suerte que el art. 24.1º CE si no ampara el acierto de las resoluciones judiciales, tampoco amparará el acierto de las resoluciones

arbitrales en la selección e interpretación de la norma aplicable. El control del Tribunal Constitucional ha de limitarse a aquellos supuestos en los cuales la resolución judicial sea manifiestamente infundada, arbitraria, irrazonada, irrazonable o fruto de un error patente, supuestos éstos que constituyen una simple apariencia del ejercicio de la Justicia (SSTC 148/1994, de 12 de mayo, FJ 4 y 2/1997, de 22 de abril, FJ 2).

El asunto «Lamoga Balaña y Lamoga Colkorew / Filadors de Torredembarra, S.L.» que llegó a desembocar en la STC 32/2002, de 11 de febrero, ha tenido la virtud de precisar los ámbitos que estamos examinando. El origen fue un laudo arbitral de 1996 por el que se declaraban nulos determinados acuerdos de una junta general y se condenaba a una sociedad ciertas cantidades de dinero. Contra dicho laudo arbitral se recurrió en anulación siendo estimado tal acción por la AP de Barcelona en Sentencia de 13 de marzo de 1998 por entender que el laudo había recaído sobre materia que no podía ser objeto de arbitraje. Los perjudicados presentaron demanda de amparo reprochando a la Audiencia haber vulnerado su derecho a la tutela judicial efectiva, reconocido en el art. 24 CE, por infracción del derecho a la jurisdicción, al no apreciar la extemporaneidad del recurso de apelación y al infringir los límites de la congruencia, pero el amparo fue desestimado. Para el TC la anulación del laudo realizado por la Audiencia se había hecho «ofreciendo un razonamiento coherente, hilado y razonable..., estudiando la incidencia que en el estado de tal cuestión jurídica ha podido tener la Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de arbitraje de Derecho privado, llegando a la conclusión de que el laudo había recaído sobre materia que no podía ser objeto de arbitraje, y que por tanto tal laudo era nulo por imperio de los arts. 45.4º y 1 de la referida Ley. De ahí que, no siendo tal argumentación irrazonable, arbitraria o patentemente errónea, supera el canon de control a que nos hemos referido. Este Tribunal no puede entrar a valorar la corrección jurídica de la interpretación de la legalidad ordinaria efectuada por el órgano judicial, cuestión en la que se extiende la demanda y que trata de cobijar en la aducida vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, pues tal función corresponde a los órganos de la jurisdicción ordinaria en el ejercicio exclusivo de la potestad que les reconoce el art. 117.3º CE».

El recurso de amparo se ha extendido también a las decisiones sobre exequátur de laudos arbitrales extranjeros. Como es obvio los tribunales españoles no pueden conceder el amparo frente a lesiones de derechos fundamentales imputables a órganos de Estados extranjeros que afecten a un laudo arbitral, pero en cuanto a su ejecución posterior en España si es factible la impugnación de «ese acto de autorización o

exequátur por no haber impedido la ejecución de decisiones que, por ser lesivas a los derechos fundamentales que la Constitución garantiza, pudieran entenderse contrarias al Derecho público interno» (ATC 39/1987, de 13 de mayo). Se exige sin embargo, para que la acción prospere, que en las alegaciones de oposición del exequátur se invoquen los referidos derechos fundamentales.

16. Mas el ámbito del recurso de amparo en materia arbitral no se ha detenido aquí. El arbitraje ha desbordado el ámbito de esta acción para colocarse en el ámbito del recurso de constitucionalidad, no de la propia institución, sino de su reglamentación por el legislador español. Resulta curioso que tras una experiencia arbitral de casi veinte años en España (62), la Ley 63/2003 haya sido objeto de una cuestión de inconstitucionalidad promovida por Audiencia Provincial de Madrid respecto del art. 5, ap. a) LA/2003. A juicio de la Audiencia de Madrid tal precepto comportaba inseguridad jurídica, desigualdad de las partes y la vulneración del derecho de defensa, proscritos constitucionalmente, en virtud de los arts. 9 y 14, en relación con el art. 24 CE. El precepto impugnado señala que la notificación o comunicación se considerará recibida el día en que haya sido entregada personalmente al destinatario o en que haya sido entregada en su domicilio, residencia habitual, establecimiento o dirección, cualquiera que sea el medio utilizado (telex, fax u otro medio de telecomunicación electrónico o telemático); y añade que en el supuesto de que no se descubra, tras una «indagación razonable», ninguno de esos lugares, se considerará recibida el día en que haya sido entregada o intentada su entrega por correo certificado o cualquier otro medio que deje constancia, en el último domicilio, residencia habitual, dirección o establecimiento conocidos del destinatario (63). Precisamente se postulaba la constitucionalidad de este último inciso, aunque ha de recordarse que el TC había dejado bien sentado que no hay desconocimiento ni vulneración del derecho a la tutela cuando, además de haberse intentando por todos los medios la notificación, la falta, omisión o frustración de los actos de comunicación tienen su causa en la falta de diligencia del afectado en la defensa de sus derechos e intereses, porque se ha mantenido voluntariamente en una actitud pasiva con el fin de obtener una ventaja (SSTC 181/1985, 99/1997, 65/2000 y 145/2000).

(62) *Vid.* un balance en R. HINOJOSA SEGOVIA, «El arbitraje nacional: la experiencia española», *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, vol. XIV, 1999, pp. 352-368.

(63) El carácter problemático de este precepto fue puesto de relieve oportunamente por J. PICÓ I JUNOY, «El nuevo sistema de notificaciones y plazos en el arbitraje», *Anuario Justicia Alternativa*, nº 5, Especial Ley 60/2003, de 23 de diciembre, 2004, pp. 37-48.

Con estos antecedentes no puede sorprender que el Tribunal Constitucional, por Auto 301/2005, de 31 de julio, inadmitiese a trámite la referida cuestión de constitucionalidad. De acuerdo con esta decisión «supuesto que la indagación de la que habla el art. 5 a) LA hubiera sido realizada sin el rigor lógicamente exigible, es al propio órgano judicial, como garante inmediato de los derechos fundamentales de las partes, a quien corresponde concluir que no merece el calificativo de “indagación razonable” y que, por consiguiente, no ha surtido el efecto previsto en el art. 5 a) LA». El Auto añade que «en los arbitrajes no existe una representación causídica, necesaria para la mayor parte de los procesos y cuya intervención tiende a evitar los problemas que ocasiona la notificación personal de las resoluciones judiciales. A diferencia de lo que sucede con las resoluciones judiciales, los laudos no pueden ser ejecutados en ningún caso por el propio árbitro, precisando del auxilio judicial mediante el correspondiente proceso ejecutivo (art. 517 LEC y concordantes). A mayor abundamiento, hay que señalar que el laudo arbitral es el resultado de un procedimiento cuya legitimidad se ancla en el convenio arbitral; de tal suerte que lo dispuesto en el precepto cuestionado no sólo trata de salvar la posición de quien actúa de buena fe sino también la buena fe contractual o convencional (art. 1258 CC)».

IV. EJERCICIO DE LA FUNCIÓN ARBITRAL

1. Consideración jurisdiccional o contractual

17. La consideración en torno a los poderes de los árbitros está vinculada a la posición que se adopte en orden a la polémica acerca de la naturaleza jurídica de esta institución (64), por más que dicha polémica cada vez tenga menor interés pudiendo zanjarse con tópicos del tenor de la consideración del arbitraje como contractual en su origen y procesal en sus efectos (65) o como «contrato procesal» (66), o concluir

(64) H. MOTULSKY, «La nature de l'arbitrage», *Ecrits*, t. II, *Études et notes sur l'arbitrage*, París, 1974, pp. 5 ss; B. OPPETIT, «Sur le concept d'arbitrage», *Études offertes à Berthold Goldman*, París, 1982, pp. 229-239.

(65) R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, «Art. 1º», *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, Madrid, 1999, p. 18.

(66) *Vid.* M.A. FERNÁNDEZ BALLESTEROS y otros, *Derecho procesal práctico*, t. VIII, 2ª ed., Madrid, 1995, p. 762; A. BERNARDO SAN JOSÉ, *Arbitraje y jurisdicción. Incompatibilidad y vías de exclusión*, Granada, 2002, pp. 8-17.

en que «el arbitraje es arbitraje y ésta es su naturaleza» (67). Pero los planteamientos tradicionales aún subsisten en la jurisprudencia y en la doctrina. Y así, desde una posición jurisdiccionalista se entiende que el árbitro tiene la misión de juzgar y por esa razón su decisión, la sentencia arbitral queda asimilada a una sentencia y, en su virtud, puede ser objeto de un recurso ante la jurisdicción ordinaria (68), pues su actividad dimana de esta última. Según esta corriente el arbitraje es jurisdiccional, no por la función que desarrollan los árbitros, que no es jurisdiccional en sentido técnico-político, sino por la especial eficacia que el Derecho otorga a los efectos del arbitraje, efectos que emergen del Derecho contractual o privado y se trastocan en procesales, al otorgarles la misma ley, la tutela jurídica que a las sentencias judiciales, no obstante diferenciarse de ellas (69). No puede ignorarse que durante muchos años ha dominado la teoría defensora de la naturaleza jurisdiccional del arbitraje y tal posición se ha justificado frecuentemente en lo dispuesto en el Protocolo y en el Convenio de Ginebra de 1923 y 1927 y a partir, sobre todo, de la imposibilidad de admitir sentencias arbitrales no originarias de una sede estatal, esto es, supranacionales.

Sin desconocer que la posición que se adopte en orden a la naturaleza del arbitraje descansa muy directamente en cada uno de los sistemas estatales en presencia (70) y que existe una tendencia inequívoca hacia su confluencia, cabe inclinarse hacia una posición eminente contractualista que resulta más acorde con la realidad del actual comercio internacional y que no implica el mantenimiento de una supuesta supranacionalidad del arbitraje que no tome en cuenta su nacionalidad o su sede. La idea rectora no puede ser otra que el equilibrio entre una y otra posibilidad. La vida de cualquier arbitraje pasa por varias fases en las que entra en contacto con diferentes sectores jurídicos. En origen es esencialmente un contrato, cuya eficacia se manifiesta creando una

(67) S. BARONA VILAR, «Introducción», en S. BARONA VILAR, coord., *Comentarios a la Ley de arbitraje...*, pp. 58-59.

(68) E. LOQUIN, «Les pouvoirs des arbitres internationaux à la lumière de l'évolution récente du droit de l'arbitrage international», *Journ. dr. int.*, t. 110, 1983, pp. 294-295. La defensa de esta posición en España se puede encontrar muy bien sistematizada en F. CORDÓN MORENO, *El arbitraje de Derecho privado. Estudio breve de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre de arbitraje*, Cizur Menor (Navarra), 2005, pp. 39 ss

(69) Vid. L. MARTÍNEZ DE CASTRO, *La cláusula compromisoria en el arbitraje civil*, Madrid, 1984, p. 25.

(70) Vid. A. KASSIS, *Problèmes de base de l'arbitrage en droit comparé et en droit international*, t. I, París, 1987, pp. 135 ss. Por ejemplo, el carácter jurisdiccional del arbitraje se reconoce por la jurisprudencia belga: G. HORSMANS, «Actualité et évolution du droit belge de l'arbitrage», *Rev. arb.*, 1990, p. 799.

competencia especial hacia los árbitros (71). Lógicamente, la única forma de evitar que esa competencia y su juicio choque con la de los Tribunales estatales es evitar que éstos puedan entrar a conocer de ese asunto. Finalmente, la decisión que recaiga tiene efectos de cosa juzgada (72) y, por esa razón, debe estar sometida a control. Este control en vía de recurso responde, como se ha afirmado más arriba, al propio interés de las partes y, en ese sentido, es esencialmente garantista de sus derechos y de una correcta utilización de la vía arbitral. Nada de todo esto implica que los árbitros tengan relación alguna con la jurisdicción de los Estados. El método es de autocomposición y su regulación pretende la seguridad jurídica y las garantías de los derechos de las partes.

18. El arbitraje es un procedimiento de arreglo de controversias cuya esencia deriva directamente de reconocimiento del Estado y que discurre en el marco de los derechos renunciables. Los intereses de la denominada «sociedad de comerciantes» de una resolución privada de sus litigios se enfrentan a los intereses del Estado en orden a la correcta aplicación de las normas que afectan a los particulares que no tienen por que ser partes necesariamente en el arbitraje. La exteriorización de la voluntad de las partes mediante convenio de someterse a los árbitros y la posterior aceptación de éstos son condiciones que la ley impone para conferir el poder a los árbitros; por tanto, el arbitraje se sitúa en un ámbito de libertad de disposición y se basa en el uso por las partes de la libertad de pactos sobre derechos disponibles. Pero ello no implica que las partes renuncien a la protección que les brindan los tribunales (73): las actuaciones judiciales y arbitrales se desarrollan en dos dependencias diferentes de un mismo edificio. No es factible desvincular la institución arbitral de la actividad jurisdiccional del Estado y, en contrapartida, debe exigirse que los jueces que intervengan en asuntos arbitrales mantengan la corrección técnica precisa y cumplan estrictamente con las normas estatales para que el arbitraje se desarrolle con normalidad.

(71) Aún tienen validez las clásicas afirmaciones de L. DÍEZ PICAZO en torno a la noción de arbitraje y del compromiso arbitral que lo pone en marcha («El pacto compromisorio y la nueva Ley de arbitraje», *ADC*, 1954, pp. 1155-1173).

(72) De acuerdo a la STS 4 de junio de 1991: «Al quedar firme el laudo, las partes aceptaron sus declaraciones, por lo que éstas son cosa juzgada para las mismas y, por ello, no pueden volver sobre los remas en los que hubo pronunciamiento arbitral, por lo que será nulo todo laudo posterior que se pronuncia sobre las cuestiones controvertidas ya resueltas por un laudo anterior firme».

(73) E. ARTUCH IRIBERRI, *El convenio arbitral...*, *op. cit.*, pp. 46-47.

2. Alcance de la autonomía de la voluntad de las partes

19. Constituyendo el principio de autonomía de la voluntad de las partes el sustrato mismo del arbitraje quedan fuera de su ámbito las cuestiones en las cuales los interesados tengan poder de libre disposición (74). Mientras que el juez es el titular de la potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado que emana del pueblo y está revestido de *imperium*, el árbitro, desprovisto de tal cualidad únicamente ejerce su mandato en el marco de la autonomía de la voluntad de los interesados, dentro de una concreta contienda o controversia: el árbitro posee autoridad, pero carece de potestad que es atributo exclusivo del Estado (75). Se trata de un particular que ejerce una función pública como otros operadores jurídicos como el notario, el capitán de un buque mercante, el párroco de una iglesia, los agentes de aduana, los guardias jurados o los habilitados de clases pasivas (76), una función que tiene carácter cuasi-jurisdiccional y que ha que contar con el necesario apoyo de la jurisdicción para que su decisión tenga eficacia. Dado que el árbitro no es una entidad pública, no puede hacer cumplir coercitivamente sus resoluciones por sí. Sólo el Estado, en tanto que depositario del poder público soberano, puede imponer por la fuerza sus determinaciones, por esta razón, el árbitro requiere del órgano estatal para hacer cumplir coercitivamente sus resoluciones. El árbitro tendrá por sí la autoridad que las partes le confieran en forma contractual pero el Estado, y sólo el Estado, otorgará fuerza coercitiva a esa autoridad, de lo contrario la autoridad que contractualmente le dan las partes al árbitro, sería estéril e ineficaz. Por simple lógica, los sistemas jurídicos en donde existe la posibilidad de que las partes sometan sus controversias al juicio de un árbitro, necesariamente tendrán dispositivos legales que den eficacia a dicha actividad, pues no tendría razón de ser sin tales dispositivos. Este es el fundamento de la ayuda al arbitraje por parte de los jueces que se contempla en los tres primeros párrafos del art. 8 LA/2003.

20. Al configurarse la tutela jurisdiccional de los derechos e intereses legítimos de los justiciables como una de las funciones esenciales del Es-

(74) El ATS 25 de julio de 1989 denegó el exequátur de un laudo arbitral pronunciado en Italia sobre títulos nobiliarios «que por su semejanza a los derechos de la personalidad, en cuyo epígrafe han de incluirse, y dada su condición de inalienables, están excluidos de la libre disposición».

(75) M. SERRA DOMÍNGUEZ, «Naturaleza jurídica del arbitraje», *Estudios de Derecho procesal*, Barcelona, 1969, p. 580.

(76) ATC 259/1993, de 20 de julio.

tado, es lógico que se establezcan unos mecanismos de defensa de carácter riguroso de suerte que la posibilidad que tienen los particulares de sustraerse a la misma cuente con las debidas garantías. Como el arbitraje comporta una excepción al monopolio de la justicia estatal y una inevitable derogación de normas de carácter imperativo, la sumisión de las partes a tal procedimiento debe ser sometida a un estricto control para verificar la auténtica voluntad de las partes de renunciar a la tutela jurisdiccional, sobre todo cuando en la relación jurídica se encuentra una «parte débil». Estamos, pues, en presencia de unas cláusulas de carácter abusivo pues su finalidad no es otra que la elusión del principio de juez natural a favor y en beneficio de la parte que está en condiciones de imponer una determinada modalidad de arbitraje, o, si se quiere, nos hallamos ante la posibilidad de que los denominados contratos de adhesión incluyan una cláusula de arbitraje con una claro desequilibrio para las partes. No en vano llegó a afirmarse que «ninguna cláusula de las condiciones generales es más peligrosa que la cláusula compromisoria» (77). La frecuente presencia de cláusulas de arbitraje que son impuestas en determinados contratos: pólizas de seguros, contratos de transporte de mercancías o contratos bancarios han puesto la voz de alarma contra la institución arbitral por considerar que no existe una voluntad de aceptación por parte de quien los suscribe dado su carácter coactivo e insustituible y que, con ello, ésta queda despojada de su derecho de acudir a la jurisdicción estatal reclamando justicia. Se trata de situaciones en que se rompe el equilibrio entre las partes contratantes y donde pueden vulnerarse las exigencias de seguridad jurídica y que suponen una clara perversión de las reglas mínimas que deben inspirar la redacción de los denominados contratos tipo o cláusulas tipo y que únicamente puede ser corregida a través de la acción del Estado o de determinadas Organizaciones internacionales (78). No en vano ciertas legislaciones de arbitraje declaran nulo el convenio arbitral que coloque a una de las par-

(77) F. DE CASTRO, «Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes», *ADC*, 1961, p. 332, nota 142. El autor, en uno de los estudios más críticos respecto de la institución arbitral vaticinaba que esta posibilidad «será utilizada y aprovechada por los empresarios más poderosos y por las multinacionales, para introducir en las condiciones generales de los contratos impuestas de ordinario, la sumisión al arbitraje, y a favor de un árbitro que se encuentre en dependencia de aquéllas o al de una institución arbitral que le pueda ser favorable» Cf. «El arbitraje y la nueva *lex mercatoria*», *ADC*, 1979, pp. 621).

(78) Situación que hemos denunciado y sobre la que nos hemos detenido en su día. Vid. J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, *Ius mercatorum. Autorregulación y unificación del Derecho de los negocios transnacionales*, Madrid, 2003, pp. 130-135.

tes en una situación de privilegio con respecto a la designación de los árbitros y, aunque no prevista en la Ley modelo Uncitral, es también digna de destacar la innovación de algunas legislaciones al contemplar normas expresas relativas a la inclusión de un convenio arbitral en contratos de adhesión. De ello es buena muestra el art. 9.2º LA/2003 al establecer, siguiendo la anterior regulación del art. 5.2º LA/1988 (79), que cuando «el convenio arbitral está contenido en un contrato de adhesión, la validez de dicho convenio y su interpretación se regirán por lo dispuesto en las normas aplicables a ese tipo de contrato» (80). No resulta de recibo en este contexto la renuncia expresa a la jurisdicción y el sometimiento a una determinada modalidad de arbitraje que no garantice el equilibrio entre las partes como, por ejemplo, un contrato que coloque en una situación no equitativa a la parte compradora al hacer depender la resolución de los eventuales conflictos a un órgano arbitral del que forme parte la parte vendedora; es más, dicha estipulación debe ser considerada nula por abusiva.

Convine recordar no obstante, que el carácter de adhesión de un contrato no conlleva la nulidad del mismo, sino que es preciso que sus cláusulas comporten un carácter abusivo; esto es, que perjudiquen de manera desproporcionada o no equitativa al consumidor o que configuren en el contrato una posición de desequilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes en perjuicio de los consumidores y usuarios. El carácter abusivo de una cláusula o estipulación deviene del perjuicio desproporcionado para el consumidor o usuario, o del desequilibrio en el contenido obligacional de esta parte contratante (81). Por descontado no puede predicarse tal carácter de una cláusula compromisoria inserta en un contrato tipo (82).

(79) M^ºP. GARCÍA RUBIO, «El convenio arbitral en la Ley de arbitraje de 5 de diciembre de 1988», *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, vol. V, 1988-1989, pp. 78-82.

(80) Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios; Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación. La primera de estas disposiciones considera en el ap. 26 de su disposición adicional abusiva y por tanto nula de pleno Derecho la «Sumisión a arbitrajes distintos del consumo, salvo que se trate de órganos de arbitraje institucionales creados por normas legales para un sector o un supuesto específico».

(81) Por ejemplo, el art. 3 de la Directiva (CEE) 93/1913, de 15 de abril de 1993, establece que las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente se considerarán abusivas si, pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes, considerando que no se ha negociado individualmente cuando haya sido redactada previamente y el consumidor no haya podido influir en su contenido.

(82) SAP Vizcaya de 4 de junio de 1999.

21. La referida autonomía de la voluntad puede también quedar afectada por la existencia en una relación contractual de una posición de dominio de una de las partes respecto de la otra que obligue a un determinado procedimiento arbitral no querido. Acontece esto cuando existe una actuación parcial y un interés inequívoco y directo en la controversia por parte de la entidad de arbitraje que gestiona el mismo y a quien corresponde el nombramiento del árbitro (83). Lo que aquí se cuestiona no es la existencia misma del arbitraje, sino las garantías esenciales del procedimiento seguido, toda vez que el convenio arbitral no implica renuncia de las partes a su derecho fundamental de tutela judicial. Y tales garantías esenciales deben considerarse vulneradas, por ejemplo, «cuando la entidad administradora del arbitraje se constituye con carácter general en parte contratante con las empresas que solicitan el arbitraje, asesorándoles, facilitándoles impresos y contratos, garantizándoles prácticamente el cobro de lo que llama indemnizaciones por incumplimiento de los clientes con gestiones de dudosa licitud, incluso fuera de la esfera civil, consistentes ni más ni menos que en la averiguación de datos de solvencia previa de la parte demandada, lo que supone labores de investigación patrimonial de una de las partes, antes incluso de iniciarse el procedimiento arbitral» (84).

La jurisprudencia española pone de relieve la necesidad de realizar una ponderación adecuada de las circunstancias presentes en cada caso concreto. Por ejemplo, la SAP Girona de 6 de mayo de 2003 no consideró abusiva, en los términos establecidos en el art. 10.2º LGDCU, una cláusula contractual inserta en un contrato de comisión al amparo de la modalidad arbitral contemplada en un Reglamento instituido por la OM de 8 de julio de 1992, y que regula la composición, funcionamiento, operaciones y reglas de actuación del Mercado de Productos Financieros Derivados de Renta Variable, por ser meramente optativa para el cliente y, además, por tratarse de un arbitraje «institucional» creado «por normas legales para un sector o supuesto específico».

(83) La SAP Barcelona de 7 de julio de 1997 anuló un laudo tras haber comprobado que la institución arbitral que designó el árbitro tenía el mismo domicilio de una de las partes, amén de otras circunstancias que evidenciaban dicha vinculación.

(84) SAP Madrid, Sección 11ª, de 16 de febrero de 2004. *Vid.*, asimismo, SSAP Madrid de 1 y 11 de julio de 2003 y AAP Barcelona de 11 de diciembre de 2003.

V. *UBI PARTES SUNT CONCORDES NIHIL ABJUDICEM*

22. El postulado general según el cual, el acuerdo de arbitraje es exclusivo y excluyente de la jurisdicción ordinaria recoge, en términos generales, el principio *ubi partes sunt concordés nihil abjudicem* (donde las partes están de acuerdo, no hay necesidad de juez). Existe un sector doctrinal que defiende el desplazamiento de la jurisdicción afirmando que en el arbitraje, hay, efectivamente, un proceso jurisdiccional, a pesar de que los árbitros son particulares y no funcionarios del Estado. Y es precisamente la dimensión jurisdiccional del arbitraje la que permite delimitar la institución de otras que guardan con ella cierta relación con ella como la pericia, la mediación, la conciliación o el mandato. Según esta posición, los árbitros quedan investidos transitoriamente de jurisdicción a partir de la aceptación del cargo y hasta el fin del arbitraje. Como quiera que el arbitraje se pacta libremente por las partes resulta que, en virtud del compromiso o de la cláusula compromisoria, se produce un traslado o desplazamiento de la jurisdicción y la competencia, del juez al árbitro, en cada caso concreto. El árbitro tiene poder decisor acerca del asunto que se le encomienda como si fuera un juez, aunque nunca queda asimilado a él (85), pues, como se ha indicado, el árbitro está limitado por la voluntad de las partes a un determinado asunto, por la ley a un determinado tipo de controversias, no dispone de poder de ejecución y su función es, esencialmente, discontinua en el tiempo.

Sin embargo, la mera existencia del convenio arbitral no elimina por completo el deber de abstención de los órganos jurisdiccionales del Estado, toda vez que, como se desprende del art. 11.1º LA/2003, la exclusión de la jurisdicción para conocer de las controversias sometidas a arbitraje, únicamente opera a instancia de parte «mediante declinatoria». La consecuencia de ello es inexorable: si una parte, ignorando el convenio arbitral, presenta una demanda ante el juez y la otra no interpone la correspondiente declinatoria arbitral, dicho convenio pierde su eficacia (86).

A diferencia de la amplitud de contenido que, por vía legislativa y jurisprudencial, se reconoce al derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1º CE) en cualquier relación jurídico-procesal, el art. 24 LA/2003 sólo ordena la aplicabilidad de los principios de igualdad (87), audien-

(85) J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, «Le rôle des juridictions étatiques...», *loc. cit.*, p. 41.

(86) A. BERNARDO SAN JOSÉ, *op. cit.*, p. 69-71.

(87) La SAP Madrid de 22 de septiembre de 1992 estimó que en el asunto conside-

cia (88) y contradicción (89). Asimismo, la sumisión de la controversia a la decisión de los árbitros impide la intervención judicial (arts. 7 y 11), con excepción de determinadas funciones de apoyo y control (art. 8); esta diferencia resulta de la relevancia de la voluntad de las partes que, en todo caso, no tiene carácter absoluto pues únicamente cabe someter las controversias a arbitraje cuando versen «sobre materias de libre disposición conforme a Derecho» (art. 2.1^o) y siempre con las garantías del art. 24 CE. Existe una diferencia sustancial entre el convenio arbitral y la cláusula de prorrogación de foro: la derogación o prorrogación convencional transfiere una competencia de un foro a otro, pero no la crea, que es precisamente lo que sucede con el convenio de sumisión a arbitraje (90). Por último aparece otro elemento diferencial en lo que concierne a las infracciones de derechos fundamentales en los procedimientos arbitrales, no susceptibles de ser reparadas mediante el recurso de amparo (STC 9/2005, de 17 de enero). Cabe concluir que aunque exista semejanza entre el laudo arbitral y la sentencia, no son idénticos, ni siquiera equiparables a los efectos de exigir una misma regulación para los actos de comunicación de tales resoluciones, fundamentalmente, por la relevancia que en el primer caso debe atribuirse a la voluntad de las partes. Ello refuerza la licitud constitucional de la diferencia de tratamiento, pues se ampara en una distinción objetivamente justificada (STC 110/1993, FJ 4).

23. No es factible que entre jueces y árbitros exista un conflicto de jurisdicción o de competencia: en la base de toda la institución arbitral está la facultad de disposición de las partes sobre las controversias privadas que entre ellos surjan, ámbito de libertad de pactos que trae como consecuencia la actividad de los árbitros. Ello no significa que las

rado no se había observado la más mínima violación del principio de igualdad procesal, toda vez que se había respetado lo que tal principio establece, a saber «que las dos partes puedan utilizar los mismos medios de alegación o de oposición; que ambas puedan proponer las pruebas que crean puedan servir para justificar sus pretensiones y que el autor u el demandado puedan criticar y valorar las actuaciones practicadas»

(88) La SAP Barcelona de 13 de marzo de 1992 anuló un laudo arbitral por resultar de las actuaciones arbitrales no haberse concedido a las partes el trámite de audiencia que constituye uno de los principios fundamentales del procedimiento arbitral.

(89) Tampoco consideró la SAP Madrid de 22 de septiembre de 1992 que las actuaciones arbitrales conculcaran el principio de contradicción entendido como «el derecho que cada persona tiene en el proceso de poder hacer alegaciones en contra de los hechos por la otra parte», aunque reconoce que este derecho está mucho más desarrollado en el proceso jurisdiccional que en el arbitral.

(90) *Vid.* P.A. LALIVE, «Problèmes relatifs à l'arbitrage commercial international», *Recueil des cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, t. 120, 1967-I, p. 586.

partes renuncien a la protección que les brindan los Tribunales, antes al contrario, todo el proceso arbitral se apoya firmemente en la propia la actividad jurisdiccional del Estado, potencial en algunos casos (nombramiento de árbitros o acción de anulación), ineludible en otros (reconocimiento y ejecución del laudo) (91).

La imposibilidad de que haya conflictos de competencia entre jueces y árbitros es, sin embargo, una idea constante en las decisiones arbitrales, especialmente en dos supuestos. En primer lugar, en los asuntos en que interviene en el arbitraje un Estado o una entidad estatal, existe una preocupación fundamental de afirmar que los árbitros no son jueces, ni se sitúan, en el arbitraje internacional, en un ordenamiento jurídico concreto, puesto que lo contrario supondría, sin lugar a dudas, la activación de la excepción de inmunidad de jurisdicción (92). En segundo lugar, cuando se plantea una excepción de conexidad o de litispendencia ante los árbitros, éstos rechazan cualquier posibilidad de conflicto ya que sus competencias no dependen más que de un factor: la existencia, validez y extensión del convenio arbitral, dirigido, precisamente, a anular la competencia de los tribunales estatales. En este sentido, existe una imposibilidad esencial en la aparición de litispendencia o conexidad: jueces y árbitros no pueden conocer en igualdad de un mismo asunto, como si se tratara de legislaciones nacionales. La competencia de uno excluye naturalmente la de los otros.

24. La concepción que se adopte acerca de la naturaleza del convenio arbitral en las legislaciones conectadas debe ser conocida por los árbitros a la hora de examinar su validez como presupuesto de su competencia (93). De ahí la importancia de que en los Derechos nacionales se evite el establecimiento de conexiones innecesarias con la finalidad de que no produzcan una calificación negativa en la eficacia del convenio arbitral. La vertiente jurisdiccional del arbitraje tiene, por tanto, una importancia considerable en su conceptualización. De hecho, la posibilidad de que los árbitros decidan de manera vinculante una situación de Derecho que las partes no pueden establecer por sí mismas, es la diferencia básica entre el arbitraje y otras figuras que, podrían asimilarse

(91) E. ARTUCH IRIBERRI, *El convenio arbitral...*, *op. cit.*, p. 49.

(92) Posibilidad superada, no sin reticencias, en los primeros pronunciamientos CCI al respecto; *vid.* por todos Laudo núm. 3493/1983, de 16 de febrero, «SPP Middle East Ltd., Hong Kong Southern Pacific Properties Ltd. c. Republique Arabe d’Egipte-EGOTH», *Yearbook CA*, vol. IX, 1984, pp. 111 ss.

(93) G. KAUMANN-KOHLER, «Le lieu de l’arbitrage a l’aune de la mondialisation. Réflexions à propos de deux formes récentes d’arbitrage», *Rev. arb.*, 1998, pp. 517-536.

al mismo concepto. Mediante el convenio arbitral el árbitro adquiere los poderes de un verdadero juez, desde el momento en que decide un litigio con carácter definitivo; pero no es el único aspecto del convenio entre las partes y no es, desde luego, el que mejor postula su eficacia real. La disponibilidad de las materias sobre las que versa y la voluntad de las partes son ideas fundamentales: en ese espacio de materias y en la voluntad de las partes en someter un determinado asunto a la decisión de particulares está la esencia misma del juicio de árbitros.