

MEDIOS ALTERNATIVOS Y CONSTITUCIÓN *

Pedro CRUZ VILLALÓN

LOS «medios alternativos de solución de controversias» tienen una pluralidad de puntos de contacto con la Constitución. Conviene comenzar observando cómo en la Constitución sólo cabe encontrar el verbo «arbitrar», y ello en una sede que nos invita a intentar una consideración de conjunto lo más amplia posible: la función arbitral del monarca (art. 56.1 CE).

La institución del arbitraje privado tiene que ver sobre todo con la parte *dogmática* de la Constitución, en cuanto expresión del principio general de libertad, a su vez «valor superior del ordenamiento» (art. 1.1 CE). Lo que ocurre es que su posición de imbricación, a la vez que de concurrencia, con el tercero de los poderes del Estado, el poder judicial, le lleva a proyectarse también sobre la parte *orgánica*. Más allá de esto, la idea de «arbitraje», en un sentido figurado, resulta también operativa en esta segunda parte de la Constitución. En realidad, es claro que es del arbitraje privado del que sobre todo corresponde hablar (III). Pero el enunciado no quedaría completo sin una referencia a la noción de «arbitraje» en el contexto de la distribución del poder que es propia del Estado constitucional (I). Igualmente, conviene prestar atención a la controversia que el arbitraje ha suscitado en tanto que «materia competencial» en el contexto de la distribución territorial del poder (II).

I. «ARBITRAJE» Y ESTRUCTURA DEL ESTADO

«El Rey... arbitra y modera el funcionamiento regular de las instituciones»: Así dice el artículo 56.1 de la Constitución con el que se abre el Título relativo a la Corona. En una aproximación muy elemental, este pasaje pone ante todo de manifiesto la evidencia de la pluralidad institucional que caracteriza siempre al arquetipo constitucional –la *separación de poderes*–, a la vez que apunta a un modo de encarar o de prevenir la conflictividad entre las instituciones. A su vez, en los Estados «compuestos», como es nuestro caso, la distribución vertical del poder incorpora una segunda dimensión a la conflictividad entre los poderes, a la que conviene hacer referencia. El lugar de «lo jurisdiccional» y el lugar de «lo alternativo» es distinto en cada caso.

* Trabajo realizado en el marco del proyecto de investigación UAM–CM CCG06–UAM/HUM–0112.

1.1 Situados en la disyuntiva medios jurisdiccionales/medios «alternativos» de solución de controversias, la distribución horizontal del poder derivada de la Constitución de 1978 se organiza más bien con arreglo a pautas alternativas que no con arreglo a pautas jurisdiccionales. Ello es consecuencia casi inevitable de un sistema de gobierno que es esencialmente el parlamentario, como todavía habrá ocasión de ver. Y, como no predomina la estricta separación de poderes, tampoco queda mucho espacio para su formalización, vale decir, su judicialización.

El punto de partida de esta vertiente bien podría ser el precepto con el que se abre la parte orgánica, más arriba reproducido: Un poder regio arbitral o moderador se encargaría de prevenir o de pacificar los conflictos entre las instituciones. Sin embargo, esta apariencia se disuelve pronto. La monarquía de 1978 es la «parlamentaria» declarada desde el artículo 1.º, y este principio se ha impuesto como cabía esperar sobre el lenguaje, en definitiva «doctrinario», del artículo 56.1 CE en los términos más arriba reproducidos.

Y es que la noción de un poder presidencial arbitral todavía podía ser presentada con ciertos visos de credibilidad en el contexto cuasicesarista de la Constitución gaullista de 1958, de la que procede de manera directa el pasaje en cuestión, con un Presidente de la República que no tardaría en ser elegido por sufragio universal directo (1). Por el contrario, en un contexto monárquico contemporáneo, la fórmula necesariamente queda eclipsada por la lógica de lo que la Constitución llama «monarquía parlamentaria». En definitiva, en nuestro sistema el Rey no está llamado a arbitrar en el sentido de que haya recibido la autoridad de zanjar de manera vinculante eventuales discrepancias entre los poderes públicos (2). Cosa distinta es que el monarca esté en situación de «mediar», lo que es innegable.

Frente a este diseño básico de 1978, el legislador de 1979, a la hora de articular la jurisdicción constitucional, y haciendo uso de la cláusula de apertura de la Constitución [art. 161.1.d)], tuvo a bien prever la judicialización de una eventual conflictividad institucional bajo la forma de un proceso constitucional no previsto en la Constitución, el «conflicto de atribuciones» o conflicto entre órganos constitucionales del Estado: Las relaciones entre parlamento (básicamente, la cámara baja) y gobierno podría encontrar un cauce formalizado, judicializado, a resolver ante el Tribunal Constitucional (3).

Pero también aquí se ha impuesto la lógica parlamentaria, la lógica política, dejando al referido proceso constitucional en un limbo existencial. Apenas dos procesos de este tipo ha tenido ocasión de solventar el Tribunal Constitucional a lo largo de más de un cuarto de siglo de existencia (SSTC 45/1986 y 234/2000). De estos dos procesos, además, sólo el segundo de ellos resolvió el fondo del asunto,

(1) Artículo 5: «Le président de la République... assure, par son arbitrage, le fonctionnement régulier des pouvoirs publics... ». Cfr. Olivier Jouanjan, Frankreich, en: A. V. Bogdandy, P. Cruz Villalón, P. M. Huber, *Ius Publicum Europaeum*, Bd. 1: Grundlagen und Grundzüge staatlichen Verfassungsrechts. Heidelberg, 2007, pp. 87 ss.

(2) Sólo en una señalada ocasión un poder del Estado hizo el intento de tomar al pie de la letra la función arbitral del monarca ante la situación conflictual generada por la STC 7/1994: La Sala Primera del Tribunal Supremo se dirigió, sin éxito final, al Presidente del Tribunal Supremo y del Consejo General del Poder Judicial en solicitud de que se dirigiera a S. M. el Rey en solicitud a su vez del ejercicio de esta función de arbitraje.

(3) Al igual que, como es sabido, con el Senado y con el Consejo General del Poder Judicial, y de todos estos órganos entre sí.

habiéndose limitado el primero de ellos a precisar que no se estaba ante un conflicto de atribuciones propiamente dicho. Forzoso es reconocer cierta contribución del propio Tribunal Constitucional a esta evolución, como consecuencia del enfoque particularmente rígido de la *vindictio potestatis* que se hizo en la primera de las sentencias. De ahí que algo tuviera que suavizar su doctrina al respecto el Tribunal en la segunda de dichas sentencias, a fin de poder entrar en el fondo del asunto.

En resumen, la conflictividad institucional en su dimensión *horizontal* no se encauza por vías judiciales. Ello no autoriza sin embargo a calificarlos de «alternativos», ni siquiera en sentido figurado: pues en este contexto la alternativa a la justicia tiene un nombre propio, la política sin más (4).

1.2 En abierto contraste con la situación anterior, los conflictos más o menos previsibles suscitados por la distribución territorial de competencias propios de un Estado compuesto siguen en la Constitución de 1978 un modelo judicializado, y ello tanto en la letra como en la práctica política. La propia Constitución encomienda al Tribunal Constitucional el conocimiento de los conflictos competenciales territoriales, cosa que la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTIC) encauza esencialmente a través de dos procesos, el recurso de inconstitucionalidad de contenido «competencial», y el «conflicto positivo de competencia», completado con otros procesos secundarios. Por el contrario, falta en la Constitución un órgano con un diseño capaz de prevenir o aminorar el alcance de la conflictividad judicializada, en tanto que posible medio «alternativo» de solución de controversias: En este sentido, el Senado español tiene poco parecido con el Consejo Federal de Alemania, con frecuencia añorado entre nosotros (5). La práctica ha confirmado esta previsión: Desde el primer momento, Estado y Comunidades Autónomas acudieron al Tribunal Constitucional solicitando la delimitación de las respectivas competencias, sin que cupiera apreciar un acusado esfuerzo para resolver alternativamente el conflicto.

Hay que admitir, sin embargo, que no son comparables los conflictos previsibles en uno y otro ámbito, es decir, en el horizontal y en el vertical. Este último es el que de verdad está articulado sobre una formalizada «separación» de poderes, y ello a través de un complejo sistema de deslinde, ante el que, acaso paradójicamente, no parece sino que, a mayor sofisticación, mayor litigiosidad. Tanta conflictividad, sin embargo, ha conducido a la búsqueda de algunos elementos *alternativos* de solución de las controversias territoriales, habría que decir que bastante débiles. Es así como la Ley orgánica 1/2000 amplió el plazo para la interposición de los recursos de inconstitucionalidad de raíz competencial, a fin de permitir un mayor juego de la negociación entre el Estado y las Comunidades Autónomas, susceptible de evitar la interposición de algunos recursos de este tipo (art. 33, apartados 2 y 3 LOTIC). Por lo demás, y desde el inicio, la LOTIC ha exigido a las Comunidades

(4) De *autocomposición*, de nuevo en sentido figurado, cabría hablar en relación con los supuestos en los que la Constitución prevé comisiones mixtas Congreso/Senado llamadas a obtener un texto aceptable por ambas cámaras (arts. 74.2, 167.1 CE).

(5) La reciente reforma de la LOTIC (LO 6/2007, de 24 de mayo) ha dado cabida a una participación indirecta de las Comunidades Autónomas en el procedimiento de designación de los magistrados del Tribunal Constitucional, con alguna relevancia en el tema que nos ocupa: el nombramiento del árbitro del conflicto competencial. El párrafo segundo del artículo 16.1 LOTIC dispone ahora que «Los Magistrados propuestos por el Senado serán elegidos entre los candidatos presentados por las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas en los términos que determine el Reglamento de la Cámara».

Autónomas una especie de conciliación previa, en forma de un requerimiento de incompetencia previo a la interposición de un conflicto positivo de competencia (art. 63.1). Para el Estado, sin embargo, este requerimiento previo se configura exclusivamente como potestativo (art. 62).

En conclusión de este somero repaso, cabe decir que, en lo que a la estructura compleja del Estado constitucional se refiere, la disyuntiva básica no se sitúa entre justicia y «medios alternativos», sino entre política y judicialización. Es más, la segunda opción tiende a verse con desconfianza, con frecuente recurso a la expresión «judicialización de la política». Con independencia de ello, en el ámbito más susceptible de reconducirse a la solución judicial, el de las reglas de la delimitación competencial territorial en el contexto de la distribución vertical del poder, puede generarse una reacción favorable a la promoción de mecanismos «alternativos» de solución de estos conflictos.

II. EL ARBITRAJE COMO «MATERIA» EN LA DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS

En la ordenación de un Estado compuesto como el español ninguna institución o sector de la actividad pública está libre de su calificación y adscripción desde la perspectiva de la distribución territorial del poder. El arbitraje e instituciones próximas tampoco escapan a esta regla. Y no debe extrañar el que en un modelo territorial tan judicializado como se ha comprobado que es el nuestro el Tribunal Constitucional haya debido abordar este problema. Muy resumidamente, y adelantando lo que se diga a continuación, cabe señalar que el Tribunal Constitucional, en ausencia de una mención expresa, en los frecuentes casos en los que se ha producido «entrecruzamiento» de títulos, ha dado preferencia a la materia «legislación procesal» que el artículo 149.1.6.^a CE atribuye en exclusiva al Estado (6), sobre una pluralidad de competencias autonómicas (consumidores y usuarios, publicidad, propiedad intelectual), susceptibles de una promoción de medios alternativos de solución de controversias.

Esta jurisprudencia arranca con la STC 15/1989, sobre la Ley de Defensa de Consumidores y Usuarios, donde el Tribunal razona en términos prácticamente apodícticos la adscripción de la competencia controvertida a la materia legislación procesal (7). Mucho más clara aparece la cuestión en el caso de la STC 56/1990, relativa a la Ley orgánica del Poder Judicial, cuya disposición adicional 6.^a procedía a la supresión de los Tribunales Arbitrales de Censos: La materia no cabría dentro de las «especialidades autonómicas» por cuanto estaría afectado el principio de unidad jurisdiccional.

La STC 62/1991 resuelve un recurso de inconstitucionalidad y un conflicto positivo de competencias, acumulados, interpuestos por el Estado frente a la Ley

(6) «... legislación procesal, sin perjuicio de las necesarias especialidades que en este orden se deriven de las particularidades del derecho sustantivo de las Comunidades Autónomas».

(7) FJ 9 b: «el establecimiento de un sistema general de arbitraje es materia que incuestionablemente ha sido atribuida a la competencia exclusiva del Estado (art. 149.1.6.^a y 8.^a CE), por lo que ninguna tacha de inconstitucionalidad cabe oponer al artículo 31».

de Galicia del Consumo y al Decreto creando la comisión correspondiente. El Estado impugnó la Ley gallega «*por encomendar funciones arbitrales a una “comisión Consultiva del Consumo” por contrario a la competencia estatal ex artículo 149.1.6.ª (“legislación procesal”)*», acogiendo el Estado el argumento con invocación de la STC 15/1989, por más que ésta no dice nada de “equivalente jurisdiccional”» (8).

Años más tarde, la STC 146/1996, sobre la Ley estatal de publicidad, repite la adscripción de la materia, de manera preferente, a «legislación procesal», con cita tanto de la STC 15/1989 como de la 62/1991: Es legislación procesal en tanto que «equivalente jurisdiccional» (9). Poco después, la STC 196/1997, sobre la Ley estatal de propiedad intelectual, desestima la impugnación autonómica de la creación por medio de la misma de un órgano arbitral en el Ministerio de Cultura con el mismo argumento (10).

El todavía reciente nuevo Estatuto de Autonomía de Cataluña (11), como en tantas otras ocasiones, ha procurado reaccionar frente a esta jurisprudencia consti-

(8) FJ 5: «No cabe duda que el establecimiento de un sistema de arbitraje, como dijimos en la STC 15/1984, FJ 9.º b), es materia atribuida a la competencia del Estado por los títulos competenciales del artículo 149.1.5 y 6, pues, siendo el arbitraje un “equivalente jurisdiccional”, mediante el cual las partes pueden obtener los mismos objetivos que con la jurisdicción civil (esto es, la obtención de una decisión que ponga fin al conflicto con todos los efectos de la cosa juzgada), es evidente que la creación de órganos de naturaleza arbitral y el establecimiento de dicho procedimiento heterocompositivo es materia propia de la legislación procesal civil, relacionada, en cuanto a los efectos del laudo arbitral y al sistema de recursos, con la Administración de Justicia, tal y como lo confirma la supletoriedad que respecto del artículo 31 de la Ley 26/1984 establece la disposición adicional primera de la Ley estatal 36/1988, de 5 de diciembre, de arbitraje, por lo que, tanto el segundo párrafo del artículo 31 de la Ley gallega como el artículo 6 del Decreto 37/1985 invaden la competencia estatal.»

(9) FJ 6: «No cabe duda de que las normas recurridas, que configuran un único bloque normativo con el resto de los preceptos contenidos en el referido Título, se insertan en el ámbito de la legislación procesal, pues la implantación o establecimiento de un sistema o mecanismo jurisdiccional como medio de resolución de las controversias derivadas, en este caso, del desarrollo de la actividad publicitaria, mediante el cual las partes pueden obtener una decisión que ponga fin a los conflictos surgidos, es materia propia de la legislación procesal, reservada al Estado con carácter exclusivo por el artículo 149.1.6.ª CE, cuya atribución “responde a la necesidad de salvaguardar la uniformidad de los instrumentos jurisdiccionales” (SSTC 71/1982, FJ 20; 83/1986, FJ 2; 123/1988, FJ 3.)» En este sentido, no es ocioso recordar que el Tribunal Constitucional ya tuvo ocasión de declarar en relación con el establecimiento de un sistema de arbitraje, que, en tanto que equivalente jurisdiccional, a través del cual se pueden obtener los mismos objetivos que con la jurisdicción civil, era materia propia de la legislación procesal civil (art. 149.1.6.ª CE), relacionada, en cuanto a los efectos del laudo arbitral y al sistema de recursos, con la Administración de Justicia [SSTC 15/1989, FJ 9.b); 62/1991, FJ 5.].

(10) FJ 12: «La competencia de legislación que al Estado atribuye el artículo 149.1.9.ª CE permite a éste, según hemos razonado, establecer el régimen jurídico completo de la propiedad intelectual y, por tanto, la instauración de este mecanismo para la resolución de los problemas que en él puedan plantearse. Pero es que, además, la norma recurrida se inserta también a efectos competenciales, en el ámbito de la legislación procesal» (art. 149.1.6.ª CE) y en el de la «Administración de Justicia» (art. 149.1.5. CE), como ya ha tenido ocasión de señalar este Tribunal, pues «siendo el arbitraje un equivalente jurisdiccional, mediante el cual las partes pueden obtener los mismos objetivos que de la jurisdicción civil, esto es, la obtención de una decisión que ponga fin al conflicto con todos los efectos de la cosa juzgada, es evidente que la creación de órganos de naturaleza arbitral y el establecimiento de dicho procedimiento es materia propia de la legislación procesal civil, relacionada, en cuanto a los efectos del laudo arbitral y al sistema de recursos, con la Administración de Justicia» [SSTC 15/1989, FJ 9.b), y 62/1991, FJ 5.].

(11) LO 6/2006, de 19 de julio. Y, en idénticos términos, LO 2/2007, de 19 de marzo, de reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía. Artículo 150.2: *La Junta de Andalucía puede estable-*

tucional. Su artículo 106.2 declara: «La Generalidad puede establecer los instrumentos de mediación y conciliación en la resolución de conflictos en las materias de su competencia.» De este modo, el EAC busca desactivar la doctrina constitucional contenida en Sentencias como la 15/1989, la 62/1991, la 146/1996 o la 196/1997.

En resumen, puede decirse que la fórmula del «equivalente jurisdiccional» ha nacido en el contexto de la litigiosidad competencial, fundamentando la adscripción de cualesquiera institutos de arbitraje al título estatal «legislación procesal», con independencia de que se respete la ordenación estrictamente procesal del arbitraje.

III. EL ARBITRAJE PRIVADO

El arbitraje (12), eso puede afirmarse con seguridad, es una institución «constitucionalmente relevante», la mencione o no la Constitución expresamente. En términos absolutamente generales, la opción por dirimir una controversia civil acudiendo de común acuerdo a un tercero desprovisto de *potestas* conecta con el principio general de libertad, al igual que con el binomio estado/sociedad, consustancial al Estado constitucional. El arbitraje, por tanto, es constitucionalmente legítimo, lo que implica que el Estado no podría prohibirlo en todo lo que no sea ilícito *ratione materiae*. A otro nivel se situaría el deber positivo del Estado de reconocimiento de cosa juzgada, junto a la potestad de hacer ejecutar lo juzgado, con el auxilio de su «brazo secular»: en todo caso, la legitimidad constitucional de estas piezas, prácticamente consustanciales al arbitraje, resulta indudable.

A partir de lo anterior, la relevancia constitucional del arbitraje resulta de la capacidad del laudo arbitral, éste es el núcleo de la cuestión, para *desplazar* a la sentencia judicial, *anticipando* una declaración con fuerza de cosa juzgada. Optando por el arbitraje, los particulares renuncian a su derecho fundamental (art. 24.1 CE) a someter en el caso concreto su controversia a un órgano judicial, titular en exclusiva de la potestad de juzgar, por más que no se despoje a éste de la potestad de hacer ejecutar lo juzgado. El árbitro, por voluntad de los particulares, se pone *en el lugar* del juez.

De este modo se produce, siempre como consecuencia de la libre voluntad de las partes, una intensísima interferencia en la eficacia del derecho fundamental a dirigirse al juez en obtención de una resolución que resuelva acerca de un derecho o interés legítimo: lo que llamamos derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE).

cer los instrumentos y procedimientos de mediación y conciliación en la resolución de conflictos en las materias de su competencia. No se entiende por qué este precepto es situado en la parte menos ventajosa, a efectos de enfrentarse con una consideración de constitucionalidad («Competencias sobre la Administración de Justicia»).

(12) El Tribunal Constitucional ha debido pronunciarse sobre el arbitraje tal como ha sido regulado en las tres sucesivas leyes de 1953, 36/1988, de 5 de diciembre, y 60/2003, de 23 de diciembre.

En lo que sigue, y en este contexto del binomio arbitraje/constitución, abordaremos brevemente tres problemas específicos: La inconstitucionalidad del «arbitraje obligatorio», lo que podríamos llamar el dilema de las leyes inconstitucionales y, por fin, el alcance del control del arbitraje a través del recurso de amparo.

a) *La proscripción del arbitraje obligatorio.* El ejemplo más claro de cómo la regulación legal del arbitraje puede vulnerar la Constitución es el supuesto del arbitraje obligatorio.

En la STC 174/1995 el Tribunal Constitucional resolvió la cuestión de inconstitucionalidad planteada frente al artículo 38.2 de la Ley de transportes terrestres. Este precepto establecía un arbitraje que tenía visos de obligatorio, es decir, no basado en la libre voluntad de las partes: «Siempre que la cuantía de la controversia no exceda de 500.000 pesetas, las partes, someterán al arbitraje de las Juntas cualquier conflicto que surja en relación con el cumplimiento del contrato, salvo pacto expreso en contrario». El Tribunal, por unanimidad, apreció en este precepto una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva: «*La autonomía de la voluntad de las partes –de todas las partes– constituye la esencia y el fundamento de la institución arbitral, por cuanto que el arbitraje conlleva la exclusión de la vía judicial. Por tanto, 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 artículo 38.2» (FJ 3).*

El legislador reaccionó pronto a esta Sentencia, modificando, por la mínima, la redacción del precepto declarado inconstitucional. En sustitución del apartado segundo declarado inconstitucional, se completó el primer de los apartados del artículo 38 de la Ley de transportes terrestres en los siguientes términos:

«Se presumirá que existe el referido acuerdo de sometimiento al arbitraje de las Juntas siempre que la cuantía de la controversia no exceda de 500.000 pesetas y ninguna de las partes intervinientes en el contrato hubiera manifestado expresamente a la otra su voluntad en contra antes del momento en que se inicie o debería haberse iniciado la realización del servicio o actividad contratado.»

Había pues todavía base para plantear una cuestión de inconstitucionalidad frente a esta segunda versión, de tal manera que la correspondiente cuestión también ha sido recientemente merecedora de una sentencia. La STC 352/2006, sin embargo, ha considerado suficientemente respetado el derecho a la tutela judicial con esta otra fórmula (13).

(13) FJ 3. «*b*) En cambio, la redacción del precepto aquí cuestionado permite evitar el arbitraje y acceder a la vía judicial, ejercitando pretensiones frente a la otra parte, por la mera declaración unilateral del interesado, sin necesidad de pacto y de consentimiento de la otra parte.» FJ 4: «hemos de concluir que la consecuencia jurídica cuestionada –sometimiento al arbitraje–, en cuanto puede ser excluida por la declaración de una sola de las partes, cuya formulación, además, puede producirse incluso después de la celebración del contrato, no resulta desproporcionada. De una parte, porque no merece tal calificación la vinculación por el silencio resultante de una disposición normativa referida a una actividad muy concreta (contratos de transporte terrestre) y en relación únicamente con las controversias de menor entidad económica. De otra, porque los contratantes no vienen obligados a formular aquella declaración en el momento mismo del perfeccionamiento o de la formalización del contrato sino que el *dies ad quem* para la expresión de su voluntad contraria a la intervención de las Juntas

b) *El dilema de las leyes inconstitucionales.* En efecto, tal carácter asume el problema de las posibilidades de los árbitros a la hora de enfrentarse con un precepto legal acaso inconstitucional. En nuestro sistema se viene invocando repetidamente el *obiter dictum* contenido en un Auto de inadmisión de 1993, de la Sección Primera del Tribunal Constitucional (14).

Desde luego, basta leer los términos en los que se expresa el artículo 163 de la Constitución, así como los correlativos preceptos de la LOTC para comprender que los árbitros no son jueces en el sentido de estos preceptos. Sólo los Juzgados y Tribunales integrantes del Poder Judicial pueden formalizar una cuestión de inconstitucionalidad.

La cuestión sin embargo permanece. Con independencia de que el árbitro no pueda plantear la cuestión de inconstitucionalidad, ¿qué se supone que debe hacer ante la norma de rango legal contraria a la Constitución? Pues la respuesta casi instintiva basada en el deber de aplicar la ley en ausencia de la posibilidad de elevar la cuestión es a estas alturas muy poco convincente. El problema de constitucionalidad puede afectar tanto al propio derecho sustantivo aplicable como al propio derecho procesal contenido típicamente en la Ley de Arbitraje.

La solución no parece que pueda venir sino por la vía del auxilio judicial. Ciertamente, produce cierta prevención un mecanismo que puede gravar tan intensamente una de las finalidades más relevantes del arbitraje, la obtención de una solución rápida de la controversia. Pero tampoco es algo que fuera a ocurrir todos los días. Siempre tendrá el juez que examinar la consistencia del argumento. En todo caso, lo que parecería inconcebible es que la propia Ley de Arbitraje no vinculase en todo caso al árbitro: La experiencia demuestra que el problema dista de ser académico.

c) *El alcance del recurso de amparo en el control del laudo arbitral.* La cuestión de mayor enjundia que ha venido ocupando al Tribunal Constitucional en relación con el arbitraje es la relativa a las posibilidades de plantear ante el Tribunal Constitucional eventuales vulneraciones del derecho a la tutela judicial efectiva en este contexto.

La circunstancia de que el Tribunal Constitucional español conozca por la vía del recurso de amparo de las vulneraciones del derecho a la tutela judicial efectiva a instancia de cualquier particular, de modo particular frente a las resoluciones judiciales, ha motivado una abundante y variada jurisprudencia de dicho Tribunal Constitucional en relación con el arbitraje.

Habría que comenzar especificando que no cabe acudir directamente en amparo frente a un laudo arbitral. El amparo sólo puede impetrarse en España frente a los actos de los poderes públicos. De ahí que el amparo se pida indefectiblemente

Arbitrales se pospone hasta el momento «en que se inicie o debería haberse iniciado la realización del servicio o actividad contratada» que es cuando ha de ponderarse especialmente la seguridad de las partes en la relación negocial, aquí en un aspecto tan relevante como es el mecanismo de resolución heterónoma de conflictos.»

(14) ATC 259/1993. «*El árbitro, que no nos puede plantear una cuestión de inconstitucionalidad por estar reservada a los órganos judiciales (art. 163 CE), ni tampoco está legitimado para formular cuestiones prejudiciales ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, por no ser órgano jurisdiccional (art. 177 del Tratado; Sentencia de 23 de marzo de 1982, caso Nordsee).*»

frente a la resolución judicial recaída en la «acción de nulidad» interpuesta frente a un laudo arbitral (15). Desde esta perspectiva, estos amparos no funcionan de manera distinta a como lo hacen los que se enfrentan con los supuestos de vulneración de derechos en las relaciones entre particulares (16).

Lo que ocurre es que, con ocasión del laudo, da la sensación de haberse producido en el seno del Tribunal Constitucional una disputa interna, casi una querrela de escuela, acerca de la naturaleza del arbitraje, entre «jurisdiccionalistas» y «contractualistas». La cuestión tiene alguna repercusión pues, si es auténticamente jurisdicción, en el arbitraje pueden vulnerarse derechos fundamentales procesales por parte de particulares revestidos de función pública. Si es un «equivalente», pero no es jurisdicción, si lo que se vulnera es solamente la legislación de arbitraje, entonces el acceso al amparo es bastante más restringido. La historia de la jurisprudencia constitucional española al respecto parece ser la de una vacilación finalmente vencida del lado de un alejamiento de la concepción jurisdiccional.

La «polémica» parece arrancar de la STC 43/1988, de la Sala Segunda (ponencia del Magistrado de la Vega Benayas). El FJ 4 utiliza en ella expresiones tales como «la jurisdicción en la que se ha resuelto la instancia», o «la jurisdicción dentro de la cual se ha resuelto el litigio, es decir, la de arbitraje» (17).

Una respuesta a dicho lenguaje parece descubrirse en el casi inmediato Auto 701/88, de la Sección Primera (de la Sala Primera): «... *de ello no se deriva necesariamente su sumisión* (es decir, del arbitraje) *a los preceptos constitucionales*»; el artículo 24 CE se proyecta sobre la jurisdicción del Estado (18). Y la polémica

(15) De hecho, la acción de nulidad funciona en buena medida como un primer amparo, dada la muy frecuente conexión del contenido de esta acción con una alegación de vulneración de los «equivalentes» derechos procesales (indefensión, audiencia, incongruencia) ATC 116/1992, FJ 3: «la cláusula de orden público se ha impregnado desde la entrada en vigor de la Constitución con el contenido de su artículo 24. Así las cosas, dado que en la Sentencia impugnada se razona de manera suficiente –al hilo de las restantes pretensiones de la ahora recurrente– la no concurrencia de causas de nulidad tales como la indefensión o la incongruencia, ha de entenderse que la decisión judicial de tener por no conculcado el orden público no puede ser tachada de atentatoria contra el derecho a la tutela judicial efectiva de la demandante».

(16) «2. Es necesario comenzar destacando que, conforme a nuestra reiterada jurisprudencia, el laudo arbitral no puede ser objeto directo de impugnación por medio del recurso de amparo y que “este Tribunal carece de jurisdicción para enjuiciar el laudo arbitral en sí mismo considerado, por cuanto, como acto no referible a ningún tipo de poder público (art. 41.2 LOTC), resulta extraño al ámbito y función del proceso constitucional de amparo” (SSTC 176/1996, de 11 de noviembre, FJ 1; 13/1997, de 27 de enero, FJ 2).» (STC 9/2005, FJ 2).

(17) FJ 4: «... es fundamental el dato relativo a la jurisdicción dentro de la cual el litigio se ha resuelto en la instancia, es decir, la de arbitraje... renunciando a la jurisdicción estatal por la del árbitro o árbitros particulares de equidad, como es el caso del recurso.» FJ 5. En la vertiente procesal, esto se traduce en la previsión de un proceso especial, ajeno a la jurisdicción ordinaria, caracterizado por la simplicidad de formas procesales y el uso del arbitrio («saber y entender») por los Jueces árbitros designados por las partes, no obligados a la motivación jurídica, aunque sí, en todo caso, a «dar a aquéllas la oportunidad adecuada de ser oídas y de presentar las pruebas que estimen necesarias» (art. 29 de la Ley especial). A su vez, esta peculiaridad se refleja en el tratamiento del único y posible recurso: el de nulidad ante la Sala Primera del Tribunal Supremo (arts. 1.729 y ss. de la LEC), que habrá de fundarse en causas tasadas (art. 1.733: nulidad del compromiso, laudo dictado fuera de plazo, resolver puntos no sometidos al arbitraje y no oír o no permitir pruebas al recurrente).»

(18) FJ 1: «aunque pudiera admitirse con algún sector doctrinal que la actividad de los árbitros de Derecho privado es una actividad propiamente jurisdiccional, en la medida en que produce

mica parece tener continuación en la STC 288/1993, donde la bandera del jurisdiccionalismo la toma la Sala Primera (pero es de tener en cuenta que, un año antes, con motivo de la renovación parcial del Tribunal de 1992, los magistrados han cambiado de Sala).

Con estos antecedentes, cabe ya ocuparse de la mucho más reciente STC 9/2005, de la Sala Primera, por la que se resuelve un recurso de amparo promovido frente a un laudo arbitral. La Sentencia contiene un FJ 5, en el que se declara que no se pueden acoger las quejas relativas a la vulneración de los derechos del artículo 24 CE frente al laudo arbitral porque: *a*) quienes se someten a un arbitraje de equidad tienen derecho (un «derecho subjetivo») a la imparcialidad y a la no indefensión, pero; *b*) éstos son derechos que derivan de la configuración legal del arbitraje; *c*) tales derechos tienen el carácter de derechos que se desenvuelven en el ámbito de la legalidad ordinaria; *d*) se tutelan a través del recurso o acción de anulación (ante los jueces y Tribunales ordinarios), que la regulación legal «concede»; toda vez que *e*) estos derechos «no son garantías derivadas –con el carácter de derechos fundamentales– del artículo 24, cuyas exigencias sólo rigen para el proceso... y para el órgano» (19)

Por tanto, en la regulación legal del arbitraje quienes se someten al mismo tienen ciertamente un «equivalente» a los derechos fundamentales que reconoce el artículo 24.1 CE, pero en modo alguno se equiparan a esos últimos: no son «garantías derivadas, con el carácter de derechos fundamentales, del artículo 24». Por el contrario, son derechos (no ya de «configuración legal» como son con frecuencia los derechos derivados del derecho a la tutela judicial efectiva), sino derechos que «se desenvuelven en el ámbito de la legalidad ordinaria» (es la regulación legal quien los «concede»): en este caso los contenidos en

efectos de cosa juzgada, de ello no deriva necesariamente su sumisión a los preceptos constitucionales, especialmente en aquellos casos en que por ser el arbitraje de equidad, las partes, en virtud del juego de la autonomía de la voluntad, manifestada en el contrato de compromiso, o previamente en las cláusulas o pactos compromisorios, se han autoexcluido no solamente de la actividad jurisdiccional de los órganos jurisdiccionales del Estado, sino de la vinculación al ordenamiento jurídico, sometiendo sus conflictos y litigios a decisiones de equidad o, como suele decirse, al leal saber y entender de los árbitros».

(19) «5. El mismo pronunciamiento desestimatorio merecen las pretensiones que se formulan invocando la prohibición constitucional de indefensión (art. 24.1 CE) y el derecho al juez imparcial (art. 24.2 CE). Es indudable que quienes someten sus controversias a un arbitraje de equidad tienen un derecho subjetivo a la imparcialidad del árbitro (art. 12.3 de la Ley de arbitraje de 1988 y art. 17 de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje) y a que no se les cause indefensión en la sustanciación de las actuaciones arbitrales (art. 21.1 de la Ley de arbitraje de 1988 y art. 24.1 de la Ley de arbitraje de 2003), derechos que derivan de la misma configuración legal del arbitraje como forma de heterocomposición de los conflictos entre ellos. Pero esos derechos tienen precisamente el carácter de derechos que se desenvuelven en el ámbito de la legalidad ordinaria y que se tutelan, en su caso, a través del recurso o acción de anulación que la regulación legal del arbitraje –por medio de motivos de impugnación tasados– concede a quienes consideren que aquéllos han sido vulnerados.

Como ya se ha expuesto, sin embargo, la imparcialidad del árbitro y la prohibición de indefensión en el arbitraje no son garantías derivadas –con el carácter de derechos fundamentales– del artículo 24 CE, cuyas exigencias sólo rigen, en lo que atañe ahora a las concretas alegaciones que se están examinando, para el proceso –actuaciones jurisdiccionales– en el que se pretende la anulación del laudo y para el órgano judicial que lo resuelve.»

los artículos 17 y 24.1 de la Ley 60/2003. Por eso estos derechos legales se tutelan, en su caso, a través del recurso o acción de anulación ante los tribunales ordinarios.

La STC 9/2005 tiene desde luego la ventaja de la claridad. El «equivalente» arbitral de las garantías constitucionales no tiene el carácter de derechos fundamentales, ni siquiera de configuración legal: se mueven en un ámbito inferior. El amparo frente a las sentencias dictadas en acciones de nulidad se agota en ese propio proceso: Más allá de ello sólo hay que cuidar el canon de la manifiesta irrazonabilidad, de lo que es «mera apariencia de justicia».

Lo primero que habría que preguntarse, sin embargo, es por qué no se ha otorgado a los árbitros la posición de cualquier particular como sujeto pasivo u obligado por los derechos fundamentales. Si se reconoce que cualquier particular puede vulnerar el principio general de igualdad, o las prohibiciones de discriminación, o la libertad de expresión, o el derecho al honor, ¿por qué los árbitros no podrían vulnerar los derechos procesales cuando el ordenamiento les permite resolver una controversia con eficacia de cosa juzgada? ¿Por qué no puede funcionar la ficción que ha permitido imputar al juez que no corrige una vulneración de este tipo esa misma vulneración del derecho fundamental?

La primera explicación que se nos ocurre es que estos derechos fundamentales estarían tan inescindiblemente ligados al ejercicio de la potestad jurisdiccional que «no podrían» ser vulnerados por nadie que no fuese titular de dicha potestad pública. No se puede imputar a un árbitro la vulneración del derecho al juez imparcial porque el árbitro no «es» juez. Otra cosa es que el ordenamiento subconstitucional –la ley– imponga que el árbitro –cómo no– ha de ser imparcial. Pero eso no lo convierte en un derecho fundamental y, por lo tanto, no puede ser materia de amparo.

Da la impresión de que, una vez más, «lo procesal» ha mandado sobre «lo sustantivo». De forma parecida, aunque a la inversa, como se amplió el contenido del derecho a la libertad sindical por vía legal a efectos de extender el ámbito del amparo, ahora parece que se «degrada» a lo legal un derecho a fin de excluirlo de la tutela del amparo constitucional. Claro que, en esta ocasión no había alternativa: Si se hubiera predicado el carácter de derecho fundamental a las notas de independencia e imparcialidad de los árbitros, difícilmente se hubiera podido excluir al Tribunal Constitucional del conocimiento de dichas vulneraciones, a menos de echar por completo abajo la ficción que viene permitiendo conocer en amparo de los supuestos de vulneración por parte de los particulares.

La cuestión, desde luego no fácil, es ésta: ¿Tan imposible es negar que el arbitraje suponga ejercicio de la potestad jurisdiccional del Estado y, a pesar de ello, reconocer que los árbitros están en posición de vulnerar el derecho *fundamental* a un laudo arbitral dictado de manera independiente e imparcial? Quizá hubiera que resistirse a una concepción de «unión indisoluble» entre potestad jurisdiccional y sujeto pasivo de los derechos fundamentales procesales. Los árbitros son particulares pero están en una posición de vulnerar un derecho fundamental de forma mucho más característica a como cualquier particular con una determinada posición social puede discriminar o puede atentar a la intimidad de otra persona.

Da la sensación de que esto el Tribunal Constitucional no lo ha explicado. Desde luego esta doctrina constitucional es coherente con la intención que preside a toda la institución del arbitraje: La obtención de una solución definitiva de la controversia de manera relativamente ágil. Pero en términos de principio no acaba de convencer.