

Constitución y Arbitraje. El Modelo Español



ANTONIO MARÍA LORCA NAVARRETE

Abogado por la Universidad de Granada – España.
Doctor en Derecho por la Universidad de Granada – España.
Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad del País Vasco.
Presidente de la Corte Vasca de Arbitraje.

SUMARIO:

- I. La Justificación Constitucional del Arbitraje en el Modelo Español de Arbitraje.
- II. ¿Es el Arbitraje un Derecho Constitucional?
- III. La relación del Derecho Constitucional a la Tutela Judicial Efectiva con el Arbitraje desde la vertiente de la justificación de sus garantías.



I. LA JUSTIFICACIÓN CONSTITUCIONAL DEL ARBITRAJE EN EL MODELO ESPAÑOL DE ARBITRAJE

Casi todo lo que se afirma son cosas y/o argumentos que —en el mejor de los casos— se entienden por sí solos y a los que el *sentido común* llega por sí mismo. A este respecto, adoptaré una perspectiva de *medio a fin*. O sea, si se *postula* como deseable un determinado *fin*, será *racional* utilizar los *medios* más idóneos para alcanzarlo, e *irracional* (en diversos grados) todo lo demás. Por tanto, el concepto de “razón” que defendiendo será *racional* en la medida que permita *lograr* la finalidad que deseo alcanzar sin mayores fisuras dialécticas. De ahí se sigue que el concepto de “razón” que postulo será *racional* en la medida en que permita lograr esa *finalidad* que anhelo. En otras palabras: de la *función* que asignemos a esa *finalidad* dependerá la *racionalidad* del instrumental que pongamos en acción. ¿Cuál es, pues, la meta hacia la que se orienta mi esfuerzo que permita *lograr* la *finalidad racional* que deseo alcanzar?

No es instantánea flor de ocurrencias sobrevenidas si digo que la *finalidad* que deseo alcanzar no es otra que la de *justificar* la actuación del ordenamiento jurídico. Pero, a lo que voy. *No cualquier* actuación del ordenamiento jurídico. ¡No! Sino *únicamente* —he de confesarlo— cuando exista la *patología jurídica* en los casos en que se plantean *controversias* sobre materias de [la] *libre disposición conforme a derecho* en las que no sólo es posible *concretar* la actuación del ordenamiento jurídico a través de la vertiente de la función jurisdiccional que llevan a cabo los órganos investidos de la potestad jurisdiccional estática y permanente, única e indivisible —son los estatales—, denominados *Juzgados y Tribunales* y mediante unas normas, que, con el carácter de *irrenunciables*, se regulan en el Código procesal civil español, sino que *también*

es posible que la actividad heterocompositiva de llevar a cabo la *resolución jurídica de las controversias sobre materias de la libre disposición conforme a derecho* pueda ser realizada a través de sujetos o personas llamadas *árbitros* que, sin hallarse investidas por el Estado de la potestad jurisdiccional constitucional, lleven a cabo la resolución de aquéllas [las *controversias*, se entiende, de la *libre disposición* para las partes *conforme a derecho*] con arreglo a *derecho* decidiendo —los árbitros, se entiende— solo en *equidad* si han sido autorizados “*expresamente para ello*” —por las partes, se entiende—.

Me concedo que la *finalidad racional* alcanzada y descrita es el horizonte que, por ahora, deseo enfatizar. Y la misma, además, concierne a una idea ya de antiguo difundida; o sea ni novedosa ni genialoide.

Es más, postulo que dejemos cegarnos por claridades no tan momentáneas, ya que el *vinculo* entre “*actividad heterocompositiva*” y “*arbitraje*” ha de ser, pienso yo, diáfano y pacífico.

Para empezar, el incordio —del *arbitraje* para algunos, se entiende— afecta al mismísimo texto *constitucional*. Y como creo que éste es momento de meterse en honduras, no deseo omitir el tratamiento *constitucional* del mentado *vinculo* por lo que me veo obligado a señalar que no comparto esa zafia y expeditiva “*verdad*” de algunos consistente en *no justificar* el arbitraje en el texto constitucional.¹ Así que, si por ahora no he razonado del todo mi postura, confío en que al menos haya aclarado por quien no tomo partido.

Reivindicada queda, pues, mi opción *tout a court*, en detrimento de ese títere verbal de la “*actividad heterocompositiva*” sin mayor justificación. Pero, con ello, no he agotado la materia de los desacuerdos; porque aflora entonces la

1. LORCA NAVARRETE, Antonio M^a. *¿Es posible el amparo constitucional frente al arbitraje? Reflexiones sobre la justificación del arbitraje y la aplicación al mismo del garantismo procesal. Relación del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva con el arbitraje desde la vertiente de la justificación de las garantías que se aplican tanto a ese derecho constitucional —el denominado “derecho a la tutela judicial efectiva”— como al arbitraje.* Publicaciones del Instituto Vasco de Derecho procesal. San Sebastián 2011, pág. 2.

verdadera opción con *appeal*, bastante menos trivial que la mentada “*actividad heterocompositiva*” y que comprimiré en un planteamiento simple como éste: el arbitraje es un ámbito heterocompositivo de resolución de controversias que *se justifica en la autonomía de la voluntad como valor superior del ordenamiento jurídico reconocido en la Constitución* (la norma constitucional establece que el Estado de Derecho propugna, como *valor superior del ordenamiento jurídico, “la libertad”*).

Del deslinde entre “*heterocomposición*” y “*libertad*” se sigue que son dos operaciones lógicamente distintas aunque relacionadas. Daré un pasito más, porque tanto en lo que atañe al control de esa “*heterocomposición*” como en lo referido a su proyección de “*libertad*” se requiere un plus de argumentación para defender que el *convenio arbitral* puede constituirse, perfectamente, en inspector crítico de la justificación en “*libertad*” de la “*heterocomposición arbitral*” sin por ello invadir esferas competenciales ajenas.

Entre los procesalistas (yo, el primero: 2005²) se entrevió la manera de catapultar la llaneza que supone relacionar “*heterocomposición*” y “*libertad*” en orden a que, como indica el ponente XIOL RÍOS³, (y, yo mismo, en 2005⁴) “*el arbitraje es un medio heterónomo de arreglo de controversias que se fundamenta en la autonomía de la voluntad de los sujetos privados, lo que constitucionalmente lo vincula con la libertad como valor superior del ordenamiento*” —énfasis mío—.

Por la senda constitucional transito, yo el primero⁵, cuando se desea trazar la raya hasta la que se extiende el control de la “*heterocomposición arbitral*” en “*libertad*”. No es necesario, pues, acudir

a la dialéctica erística a la que se le conoce como el arte de discutir, y de discutir de tal modo que uno siempre lleve razón, es decir *per fas et nefas* [justa o injustamente]. No se trata, pienso yo, de que se pueda poseer la razón objetiva y sin embargo carecer de ella a ojos de otros, incluso a veces a los propios ojos. Por tanto, la *verdad objetiva* de una proposición — la de la norma constitucional que establece que el Estado de Derecho propugna, como *valor superior del ordenamiento jurídico, “la libertad”* — y su validez no son dos cosas distintas y divorciadas porque simplemente no hay dialéctica. Lo innato —*constitucionalmente*, se entiende— es aquí, como en todos los casos, lo mejor: *doctrina sed vim promovet insitam*.

Pero al respecto, diré, además, —para salir al paso de algunos incautos— que, cuando existe resolución heterocompositiva *justificada* en la autonomía de la voluntad, *no se infringe* el “*derecho al juez ordinario predeterminado en la ley*”.

Voy a desmigalar, no tan ligeramente, la anterior afirmación. De entrada, no existe desencanto constitucional. No me hallo, en suma, en la postura del *sarebbe bello ma non è possibile*. No. Insisto, no existe desencanto porque *no es posible postular* en el arbitraje *infracción* del “*derecho al juez predeterminado en la ley*” por cuanto el valor *primario* a tener en cuenta es el de la *autonomía de la voluntad*. Es la *verdad objetiva* de una proposición —la de la norma constitucional que establece que el Estado de Derecho propugna, como *valor superior del ordenamiento jurídico, “la libertad”*— y su *validez* como dos cosas —lo he dicho renglones antes— que no son distintas y divorciadas. Me explico y mírese por qué.

2. LORCA NAVARRETE, Antonio M^a. *Comentarios a la nueva Ley de Arbitraje 60/2003 de 23 de diciembre*. 9^a reimpresión. Ediciones Instituto Vasco de Derecho Procesal. San Sebastián 2005, pág. 1.

3. XIOL RÍOS, J. A. Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de febrero de 2010, en Revista vasca de derecho procesal y arbitraje (en adelante, RVDPA), 3, 2010, 5 460, pag. 733. Se puede consultar en la web: www.cortevascadearbitraje.com, en la Sección: Base de datos de jurisprudencia arbitral.

4. LORCA NAVARRETE, Antonio M^a. *Comentarios a la nueva Ley de Arbitraje 60/2003 de 23*, cit., pág. 1.

5. *Loc. Cit.*

Ningún precepto legal ni constitucional impone a las partes la obligación de acudir a los órganos jurisdiccionales estatales para resolver sus controversias. A tal efecto, y sin dilatar me con mancas y atrevidas paráfrasis de propia cosecha, diré que el *derecho al juez ordinario predeterminado en la ley* lo ostentan las partes siempre que acudan a la jurisdicción estática o estatal, no cuando voluntariamente [*libremente*] han aceptado que sus controversias sean resueltas acudiendo a otros medios heterocompositivos como es el arbitraje previsto en el ordenamiento jurídico. Y aquí quería llegar: *la justificación constitucional del arbitraje se encuentra en el principio de autonomía de la voluntad.*⁶

Y no cambio de tercio porque deseo acometer la exposición de una serie de batería de motivos —esta vez jurisprudenciales— para reiterar que *la justificación constitucional del arbitraje se encuentra en el principio de autonomía de la voluntad*. Y por eso pasaré a tales argumentos jurisprudenciales. Para designarlos a todos ellos utilizaré la expresión de *pertinencia*.

A este respecto, señalaré que es *pertinente* que la ponente CARRASCO LÓPEZ diga⁷ “que si hubo acuerdo o voluntad de someter la cuestión litigiosa a arbitraje, *no se infringió el derecho al juez predeterminado en la Ley* —énfasis mío—, en tanto en cuanto en materia civil rige el principio dispositivo según el cual las partes pueden solventar sus conflictos acudiendo o haciendo uso del procedimiento arbitral sin acudir por tanto a los Tribunales; *ningún precepto legal ni constitucional impone a las partes en esta materia la obligación de acudir a los órganos judiciales para resolver las controversias existentes entre ellos* —énfasis, de nuevo, mío—. Es más, el derecho al juez predeterminado, lo ostentan las

partes *siempre que acudan a los órganos judiciales* —énfasis mío—, y no haya habido sumisión en su caso, para que resuelvan los litigios, *no cuando voluntariamente han aceptado que éstos sean resueltos acudiendo a otros medios como es el Arbitraje, derecho previsto en nuestro ordenamiento jurídico (...)* —énfasis mío—.

La segunda afirmación —la del ponente GONZÁLEZ GONZÁLEZ— es, incluso, más descarada. Se colocan en la bóveda axiológica, sin conmiseración alguna, *los valores de la libertad, la autonomía y la iniciativa de las partes* al decir que conviene⁸ “tener presente desde un principio que, como señala el Tribunal Constitucional en sentencia de 23 de noviembre de 1995 (...), el arbitraje es un medio para la solución de conflictos *basado en la autonomía de la voluntad de las partes*, y supone —dice el ponente GONZÁLEZ GONZÁLEZ— *una renuncia a la jurisdicción estatal por la del árbitro o árbitros* —énfasis mío—”.

Tomando el relevo de las objeciones, que acabo de despachar, surge una tercera que, por la misma pista, corre en pos de idéntica meta que la anterior: *el principio de autonomía de la voluntad engrosa el acervo del “mérito” del arbitraje y, por eso, se sustrae a la censura jurisdiccional*.

Sigo arguyendo —he de confesarlo—, no tanto en razón de las limitaciones del objeto controlado (la *no identificación* entre sistema arbitral y función jurisdiccional) sino, a la vista de los confines inherentes a la naturaleza del control (*el principio de autonomía de la voluntad*) sin que me sorprenda y me azore esta nueva remisión al claustro de la “*voluntad de las partes*”, pareciendo dar por sabido, sentado y pacífico a qué nos estamos refiriendo. Y no hay tal, en mi opinión. No obstante, veámoslo más despacio.

6. LORCA NAVARRETE, Antonio M^o. *¿Es posible el amparo constitucional frente al arbitraje? Reflexiones sobre la justificación del arbitraje*, cit., pág. 4.
7. CARRASCO LÓPEZ, R. M^o. Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 4 de abril de 2000, en RVDPA, 3, 2001, § 274, pág. 646. Se puede consultar en la web: www.cortevascadearbitraje.com, en la Sección: Base de datos de jurisprudencia arbitral.
8. GONZÁLEZ GONZÁLEZ, R. J. Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra de 15 de octubre de 2004, en RVDPA, 1, 2006, § 330, pág. 105. Se puede consultar en la web: www.cortevascadearbitraje.com, en la Sección: Base de datos de jurisprudencia arbitral.

Figura descolante en lo que ahora me entretiene parecer ser —en mi modesta opinión— el ponente CRUZ MORATONES al sostener que⁹ “qualitativament no poden identificar—se sistema arbitral i funció jurisdiccional. L'àmbit d'actuació de l'arbitratge queda reduït a les matèries de lliure disposició; els àrbitres ni gaudeixen de la singular potestat de fer executar el jutjat, ni deriven la seva potestat de la sobirania popular i el poder de l'Estat, sinó de la voluntat de les parts com a font de legitimitat i legalitat —énfasis mio—”.

Con su parrafada, el ponente CRUZ MORATONES parece sostener que¹⁰ “la voluntat de les parts” denota el ámbito al que se adscriben las valoraciones que realiza conforme a reglas o parámetros jurídicos por lo que, entonces, todo lo que atañe al procedimiento lógico de valoración técnica del arbitraje se convierte enteramente en un control sobre la existencia de¹¹ “la voluntat de les parts”.

Muchos son los argumentos que se prestan para abogar en favor de la que, antes, he denominado *pertinencia*. De ese surtido argumental he tomado unas cuantas piezas pero creo que han bastado para la finalidad anhelada. Y, ahí están.

Igualmente, está fuera de discusión que la “resolución de las controversias jurídicas” no se ejemplifica únicamente en los jueces. Hasta aquí todo en calma (más de la debida, por cierto). Pero, entre los términos “resolución” y “controversias jurídicas” introduciré dos más. Uno, alude al *ámbito constitucional del arbitraje*; el otro, a la *relación del derecho a la tutela judicial efectiva con el arbitraje desde la vertiente de la justificación de sus garantías*. Manos a la obra.

II. ¿ES EL ARBITRAJE UN DERECHO CONSTITUCIONAL?

No es precisa vista de lince para divisar la existencia de una *viva* polémica (por el *ingenio* y, sobre todo, por el *genio* que en ella se despliega) en torno a lo que denomino “*ámbito negocial—procesal del arbitraje*”; sin que, por ahora, haya perdido ese punto de vehemencia que tuvo en su origen y sin que aún haya sido reconocido el talante conciliador de quien pudiendo reunir en su persona la *auctoritas* y la *potestas* de las partes en liza —como es mi caso— haya sido receptor —todavía— de la galanura de su reconocimiento por los contradictores que expresan y defienden tesis contrarias.¹²

El calado de la disputa ha sido tal que acaba interpellando a un extenso contingente de estudiosos (bastante más amplio que la estricta congregación de los procesalistas) pues ha puesto a temblar estratos teóricos intermedios y cimientos que —como axiomas— se consideraban indiscusos y unívocos. Desde las filas del Derecho procesal —a cuya milicia me honra pertenecer— se ha sacado a la luz la trastierra de los fundamentos que teledirigen las posturas litigantes y que dialécticamente —como se estilaba decir no hace tanto— se ven afectados por el fragor de la batalla que se libra. Esta es precisamente la perspectiva que con atrevimiento deseo usufructuar. Y ahí va.

Mi atención ya quedó prendada de un aspecto bastante circunscrito. Y sin rodeos diré cual: la *libertad que comporta el arbitraje justificada en la autonomía de la voluntad* que se reconoce tanto a favor de las *personas físicas como de las jurídicas* tendente a dar solución, previo

9. CRUZ MORATONES, C. Sentencia de la Audiencia Provincial de Gerona de 27 de octubre de 2006, en RVDPA, 2, 2008, § 392, pág. 419. Se puede consultar en la web: www.cortevascadearbitraje.com, en la Sección: Base de datos de jurisprudencia arbitral.

10. *Loc. Cit.*

11. CRUZ MORATONES, C. Sentencia de la Audiencia Provincial de Gerona de 27 de octubre de 2006, en RVDPA, 2, 2008, § 392, pág. 419. Se puede consultar en la web: www.cortevascadearbitraje.com, en la Sección: Base de datos de jurisprudencia arbitral.

12. LORCA NAVARRETE, Antonio M^º. *¿Es posible el amparo constitucional frente al arbitraje? Reflexiones sobre la justificación del arbitraje*, cit., pág. 29.

convenio arbitral, de controversias disponibles, que poseen un indudable contenido patológico por medio de uno o varios árbitros.

Tomarse a pecho la búsqueda de esa verdad —¿empírica?—, no sólo no implica resistirse a las acechanzas de modas nuevas (en pos de la coherencia narrativa) o recuperadas (en pos, esta vez, de la retórica), sino algo más exigente de lo que a menudo se piensa. Por lo pronto y en contra de algún tópico reinante, no hay que recatarse en preterir la gráfica alusión a “medios extrajudiciales de resolución de controversias”. Su acierto en la preterición —pienso yo— es innegable.

Me explico. La expresión “medios extrajudiciales” es rancia y, además, se ubica en un contexto de *obligada heteroreferencia* respecto de la “judicialidad”. Y mírese por dónde que el arbitraje *no se construye frente o paralelamente a la judicialidad*. Muy al contrario: *no tiene nada que ver con la judicialidad*.¹³

La querencia hacia la denominada “judicialidad” significa desconocer la variedad, vastedad y complejidad del arbitraje. Erróneamente suele hablarse de “medios extrajudiciales” como si fuera un comodín que sirve indiferenciadamente para todo. Pero no todos los instrumentos de heterocomposición se revelan igualmente aptos para cualquier tipo de operación intelectual compositiva. Por ello, aunque sea galopando, dejo apuntado que no hay que conceptuar el arbitraje como *extrajudicial*. Es todo más simple. En limpio. El arbitraje no se construye o justifica en una “judicialidad” en positivo —que iguala el quehacer del juez y el del árbitro— sino al *margen de la judicialidad*.¹⁴

La observancia del susodicho esquema *deductivo—probabilista* me sirve para abundar en la idea de que la *judicialidad no sirve de referente para el arbitraje*. Esta propuesta o tesis posee

indudables consecuencias, puesto que confesadamente se pretende construir y justificar el arbitraje con criterios metodológicos *heteroreferentes que niegan su autoreferencia justificada en la expresión “medios extrajudiciales” que sojuzga su autonomía y lo aboca a la inesquivable contraposición respecto de lo judicial*. Nada de esto es posible postular y, por ello, el arbitraje no se justifica en razón de la omnipresencia del jurisdiccionalismo en una sociedad que tiende a la jurisdiccionalización total. Al arbitraje no le importa en lo más mínimo que el jurisdiccionalismo sea omnipresencial. El arbitraje *no es, por ello, un Derecho Jurisdiccional o un “medio extrajudicial”*.¹⁵

De ahí que convenga destacar que el tradicional y rancio estereotipo de “medios extrajudiciales” aplicado al arbitraje, no es, en absoluto, determinante en razón a que, en el arbitraje, la “judicialidad” *no es ningún referente que justifique la contraposición o la antítesis metodológica*. Consecuentemente, *el arbitraje ni modifica el orden general ordinario y común de la jurisdicción, ni justifica una propuesta metodológica en ese contexto*. Que yo sepa el arbitraje *no es una institución ubicable en la codificación general de la jurisdicción ordinaria como una parcela “especial” relativa a la existencia de “medios extrajudiciales*.

Y una vez embalado en esa dinámica, me interesa mostrar al estudioso y práctico en los temas del arbitraje una segunda tesis embridándola con la *operatividad en el arbitraje del principio* —ordinario o común— *de autonomía de la voluntad*. Es la que sigue: *el arbitraje no se condiciona —tampoco— a su expresa configuración o conceptualización como derecho constitucional*.¹⁶

Con el objeto de prevenir algún posible malentendido, conviene anticipar que históricamente

13. *Ibíd.*, pág. 30.

14. *Loc. Cit.*

15. *Loc. Cit.*

16. LORCA NAVARRETE, Antonio M^o. *Op. Cit.* pág. 31.

no siempre fue de ese modo. No pasa desapercibida, en tal sentido, la alusión del arbitraje como *derecho* que bien podría conectarse con el carácter de *derecho fundamental* con el que fue acuñado en las Constituciones que surgen a fines del siglo XVIII y principios del XIX, frente a la *inoperancia y arbitrariedad* de la justicia del *ancien régime* como fue el caso del artículo 5 de la Constitución francesa de 3 de septiembre de 1791, al declarar: “le droit des citoyens de terminer définitivement leurs contestations par la voie de l'arbitrage, ne peut recevoir aucune atteinte par les actes du pouvoir législatif” y del artículo 280 de la Constitución española de 1812, al declarar que “no se podrá privar a ningún español del *derecho* —énfasis mío— de terminar sus diferencias por medio de jueces árbitros, elegidos por ambas partes”.

Y ahí iba la puntilla. Adquiría plena claridad para los constituyentes revolucionarios franceses —y españoles— que el arbitraje *era un elemento esencial de la justicia natural cuya eficacia no podía ser cuestionada por el legislador mediante el empleo de recursos contra el laudo arbitral*. Y para no demorarme en semejante aseveración, vaya una referencia: la de CREMADES para el que¹⁷ “los Constituyentes —los franceses, se entiende— el arbitraje es un elemento *esencial* —énfasis mío— de la justicia natural, que traduce en el terreno judicial el ideal de fraternidad entre los seres humanos. La ley de 16 y 24 de agosto de 1790 proclamaba: “siendo el arbitraje el medio más razonable de acabar con las diferencias entre los ciudadanos los legisladores no podrán adoptar ninguna disposición que tienda a disminuir el favor o la eficacia de los compromisos”. Por ello, se prohibía apelar los laudos arbitrales, a menos que las partes se hubieren reservado en el compromiso el derecho de recurrir ante la jurisdicción ordinaria”.

Traigamos a la palestra algunos datos más. En el área hispanoamericana, posiblemente por

influencia de la Constitución española de 1812, queda aún la Constitución de Honduras en la que se consagra el arbitraje como un *derecho* [constitucional] en el artículo 110 al establecer, mediante una fórmula muy parecida a la del artículo 280 de la Constitución española de 1812, que “ninguna persona natural que tenga la *libre* administración de sus bienes puede ser privada del *derecho de terminar* —énfasis mío— sus asuntos civiles por transacción o *arbitramento*” —énfasis, de nuevo, mío—.

Bien. Al encarar esta cuestión y a fin de que las cosas queden en su punto, no está de sobra refrescar que en el momento presente no es posible conceptuar el arbitraje como un *derecho fundamental* [constitucional].¹⁸

Pero, vayamos por partes. En la normalidad de los casos, el texto constitucional asegura que someter a arbitraje una controversia disponible *no es un derecho de justificación constitucional*. Pero vista la literatura doctrinal existente hay argumentos para justificar que *históricamente* han existido Constituciones en las que se ha postulado justo lo contrario: *el arbitraje al no poseer justificación constitucional es inconstitucional*.

A ver si me explico sin tanto alambique. Hay quien ha entendido que el principio constitucional que se expresaba en el artículo 5º, XXXV de la Constitución Federal brasileña según el cual *la ley no podrá excluir del conocimiento del Poder Judicial ninguna lesión de un derecho* suponía la *inconstitucionalidad* del arbitraje en Brasil.

Así las cosas, en una breve revista de tan emblemática formulación, se percibe por AMIGO ROMÁN que¹⁹ “quizás el más importante problema arbitral de orden técnico, está en el principio constitucional expresado por el art. 5º, XXXV de la (...) Constitución Federal

17. CREMADES, J. A. Cuatro lustros de ley francesa de arbitraje comercial internacional, en Anuario. Justicia Alternativa. Derecho Arbitral, 1 de 2001, pág. 16.

18. LORCA NAVARRETE, Antonio Mº. *Op. Cit.* pág. 32.

19. AMIGO ROMÁN, C. El arbitraje en Brasil y Mercosur, en RVDPA, 1, 2002, pág. 8 y 21.

brasileña. Esta norma, que no existe en ningún otro sistema jurídico, expresa que la ley no podrá excluir de la apreciación del Poder Judicial, ninguna lesión a derecho. Y como se sabe, el juicio arbitral sólo podrá existir si se excluye de la consideración del Poder Judicial, una lesión de algún derecho individual disponible, porque la ley permite o autoriza esa actividad. El arbitraje es así en Brasil, a nuestro juicio, totalmente inconstitucional". Concluye AMIGO ROMÁN que "existe un obstáculo intrasponible en Brasil en lo concerniente al arbitraje: es su inconstitucionalidad, en nuestra opinión, por existir la prescripción legal del art. 5º, XXXV de la Constitución Federal (...). Este hecho es el gran problema arbitral brasileño. Y lo peor es que se hacen de sordos, con alegatos jurídicos y jurisprudencia intentando demostrar lo indemostrable, que el arbitraje es constitucional en Brasil, cuando en realidad bastaba para esto incluir la palabra "indisponible" después de "derecho", en dicho art. 5º, XXXV del texto constitucional, o sacarlo de la Constitución de una vez por todas, ya que no hace ninguna falta en un mundo moderno y democrático".

A nadie se le oculta que la *inejecución* de semejante formulación —la brasileña— ha requerido, en pos del arbitraje, una ingente y puntual apoyatura de orden doméstico. Pero, al margen de ella, propongo una tarea bastante más modesta. Fijaré, de todos modos, mi atención en un dato ya unívoco: el *derecho* a someter a arbitraje la controversia disponible *ha dejado de ser constitucional* y ha pasado a ser de *conceptuación común*.²⁰ Y resulta, entonces, que damos con un hallazgo fascinante al que ya he tenido ocasión de aludir renglones antes: habíamos quedado en que merecía salir de ese orbe conceptual enrarecido y confuso que *condicionaba* el arbitraje a su expresa configuración o *conceptuación* como

derecho constitucional para embridarlo con la *operatividad del principio de autonomía de la voluntad* —para entendernos con la "libertad"—.

La fascinación viene de que es factible suscribir el acuerdo o convenio arbitral de sometimiento a arbitraje como expresión *libre* de la *autonomía de la voluntad* y tipificarlo como un *negocio jurídico*²¹ a pesar del criterio sustentado que alude a "*contrato de arbitraje*".

Cuando no se afina en establecer los límites de lo que sea, lo normal —es decir, salvo chiripa— es que el interpelado —sea quien fuere— se quede corto o se pase de la raya. Me explico. La opción *contractualista* ha de ser preterida en la medida en que su *propedéutica negocial* pueda acercarse al *contractualismo* y alejarse, por el contrario, de las soluciones atinentes a la *resolución* —procesal— de la controversia. Técnicamente la opción contractual o, en fin, el efecto típico de la *vinculación contractual* no basta. La corrección metodológica surge, por el contrario, del convenio arbitral conceptualizado como *negocio jurídico dotado de autonomía jurídica estructural y funcional*.²²

En limpio y ahí va mi tesis. El convenio arbitral, *antes que contrato*, es la expresión de la inequívoca voluntad de las partes —"libremente" expresada— de elaborar *estructuralmente un negocio jurídico* pero no con las consecuencias *propias* de un contrato [contractualismo], sino *impropias* de un ámbito *funcional tan alejado* del contractualismo como el de la *resolución* —lo diré ya sin complejos— *procesal* de la controversia.²³

A la vista de estos datos, que enuncio como inéditos, y a los que ya me he referido en otras ocasiones²⁴ me hallo en disposición para afanarme aún más —si cabe— en la *intrincada cuestión de la naturaleza jurídica del arbitraje*.

20. LORCA NAVARRETE, Antonio M^º. *Op. Cit.*, pág. 33.

21. LORCA NAVARRETE, Antonio M^º. *Op. Cit.*, pág. 34.

22. *Loc. Cit.*

23. *Loc. Cit.*

24. LORCA NAVARRETE, Antonio M^º. *Comentarios a la nueva Ley de Arbitraje 60/2003 de 23*, cit., pág. 15 y ss.

Y a lo que se ve es común aludir al *origen contractual* de ámbito resolutorio del arbitraje (naturaleza *contractual* del arbitraje), puesto que la decisión o laudo del árbitro o árbitros era el resultado de la relación contractual de mandato conferida a los árbitros, aunque luego a esa decisión era posible atribuirle —según algunos— un alcance estrictamente *jurisdiccional*, en la medida en que las partes cuando aceptan lo que dice el árbitro, aceptan *asimismo* lo que pronuncian, después de los árbitros, los Tribunales de Justicia a través de la vía de la petición de anulación del laudo arbitral [naturaleza *jurisdiccional* del arbitraje].

Surgía entonces, irremisiblemente embalada, la concepción *jurisdiccionalista* del arbitraje que, en el caso en que se propugne su *convergencia* con su conceptualización *contractual*, origina las denominadas *teorías mixtas* sobre la naturaleza jurídica del arbitraje.

Y creo que se ha braceado mucho para sostener a flote esa última teoría. En efecto, si la enmarcamos dentro de un contexto jurisprudencial la actitud del ponente BARRERA COGOLLOS es determinante. Canoniza las denominadas *teorías mixtas* al decir que²⁵ "(...) el planteamiento obliga a recordar la doble concepción que el arbitraje tiene en nuestra doctrina, entendiendo autores de prestigio en la Cátedra y en el foro (tesis procesalistas) que el árbitro es un juez (...), mientras que otras corrientes de opinión jurídica, de no menor altura científica en sus aplicaciones (tesis privatistas) sitúan la institución en el campo contractual. Optar por una y otra posición, que no son totalmente definitivas —énfasis mío—, tampoco parece que sea una decisión que venga a resolver la cuestión, pues el arbitraje *participa* —dice nuestro esforzado ponente BARRERA COGOLLOS— de una *doble esencia* —énfasis, de

nuevo, mío—, fundada en el contrato cuando se pacta privadamente el futuro decisorio de los problemas que puedan surgir y al tiempo, margina, evita o al menos suspende temporalmente la aplicación de un régimen de orden público como es el de acudir para dirimir la discordia al juez ordinario predeterminado por la ley a quien compete juzgar y hacer ejecutar lo juzgado".

Igualmente está de sobra insistir en que la jurisprudencia arbitral *no ha sido ajena* a la exposición de la naturaleza *contractual* del arbitraje y alude a ella expresamente. En concreto, el ponente ROSSELLÓ LLANERAS hace referencia a la²⁶ "institución del arbitraje, regulada (...) con un *marcado carácter contractual* (...) —énfasis mío—".

Pero repárese en un fenómeno peculiar: obsérvese que la voracidad de la teoría *jurisdiccionalista* acerca del arbitraje engulle incluso criterios tenidos por *racionales* —sí, es verdad— en el arbitraje. Un caso que lo expresaría sería, según MANTILLA SERRANO, el de la Corte Suprema de Justicia de Colombia que mediante decisión judicial de 21 de marzo de 1991 optaba por explicar el *ámbito resolutorio* del arbitraje mediante la adopción de la *teoría jurisdiccionalista* acerca de su naturaleza jurídica. Explica MANTILLA SERRANO²⁷ que, como la Constitución colombiana *reserva* a los colombianos el ejercicio de funciones jurisdiccionales, *solo los colombianos* pueden ser árbitros. Los extranjeros no pueden ser árbitros en Colombia. Sí. ¿Sería posible!!

Ahora me centro en la denominada doctrina española. En ella se confirman los criterios tradicionales al uso. Hasta el punto que, en el caso de MONTERO AROCA, su punto de partida metodológico como sus conclusiones le abocan a la²⁸ "*sorpresa metodológica*" —énfasis mío— que, acorde con su visión

25. BARRERA COGOLLOS, J. L. Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 30 de mayo de 1992, en RVDPA, 3, 1993, § 32 pág. 430.
 26. ROSSELLÓ LLANERAS, G. Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares de 17 de enero de 1995, en RVDPA, 1, 1997, § 89, pág. 129.
 27. MANTILLA SERRANO, F. Court Supreme de Justice de la Republique de Colombie (Chambre Plénière), en Rev. Arb. 4—1991, pág. 723 y ss.
 28. MONTERO AROCA, J. Comentario breve a la ley de Arbitraje. VV.AA. Madrid 1990, pág. 19.

panjurisdiccionalista del Derecho Procesal —o lo que el llama "Derecho Jurisdiccional"—, le impelen a decir que²⁹ "cuando se lee el artículo 117.3. de la Constitución española, en el que queda constitucionalizado el principio del monopolio judicial de la jurisdicción, y se le compara luego con la Ley de Arbitraje, que permite a las personas físicas y jurídicas someter determinadas cuestiones litigiosas a árbitros, atribuyendo al laudo efectos idénticos a los de la cosa juzgada y valor de título ejecutivo, puede surgir la sorpresa y con ella la duda sobre la constitucionalidad de toda la ley de arbitraje —énfasis mio—".

Bien. Sólo una puntualización: la "sorpresa metodológica" —énfasis mio— de MONTERO AROCA, justificada en que el arbitraje sería —nada menos— *inconstitucional* —¡qué barbaridad!— por afectar³⁰ al "principio del monopolio de la jurisdicción" (o, de lo que llama, "Derecho Jurisdiccional"; ¡qué más da!) —énfasis mio—, no se encuentra en el momento actual justificada por cuanto el arbitraje *no tiene nada que le vincule con la jurisdicción* y, por lo tanto, es totalmente inopinado no ya plantear la constitucionalidad del arbitraje sino su *paralelismo* con los cometidos del Estado—Juez tal y como los plantea MONTERO AROCA. No es mi deseo, una vez más, caricaturizar a nadie y si atenerme a la literalidad de las indicaciones realizadas. Por ello, quiero pensar que *tampoco* es asumible su conclusión metodológica por cuanto señala que, la imposición a las partes del laudo arbitral pronunciado por el árbitro, es de "componente jurisdiccional" —énfasis mio—.

La decrepitud de la metodología jurisdiccionalista de MONTERO AROCA es entonces, determinante al decir³¹ "que hay que concluir *que predomina el componente jurisdiccional sobre el contractual* —énfasis mio—". Pero, no nos llamemos a

engaño. Todo se explica: el inequívoco *final jurisdiccionalista* abocado por MONTERO AROCA no debe sorprender en tanto en cuanto postule la *convergencia* del Derecho Procesal con lo que denomina Derecho Jurisdiccional. Y no. Vamos, que no.

Pero, vayamos por pasos. Si ahora me centro en una específica y peculiar variante de la naturaleza jurídica del arbitraje —la "jurisdiccionalista"— es porque en ella se confirma la hipótesis (que a estas alturas ya no necesita más corroboración, es verdad) *de que la franquicia y el descontrol parece no poseer límites*. Resulta especialmente elocuente, en tal sentido, la postura mantenida por CALVO CARAVACA y FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA que incluso *trasladan* al ámbito del arbitraje internacional, la polémica doctrinal acerca de las teorías contractualistas, jurisdiccionalistas y mixtas. Para estos dos autores, de la denominada doctrina española, *tales teorías* parecen constituir el santo y seña de cualquier proceder razonable en el arbitraje cuando afirman, sin rubor alguno, que³² "las consecuencias de una u otra de estas concepciones [las contractuales y jurisdiccionalistas] *se dejan sentir en el Derecho internacional privado* —énfasis mio—. Para la primera de ellas —dicen— la primacía del carácter contractual del arbitraje sobre el laudo tendría obligatoriamente varias secuelas, la más importante de las cuales sería el necesario reconocimiento de un amplio margen a la autonomía de la voluntad; es decir, la admisión de la facultad de las partes de elegir el Derecho aplicable por los árbitros, tanto en los aspectos procesales como en las cuestiones de fondo. Para la segunda, la Ley del Estado donde se encuentre la sede del órgano arbitral vería justificada su vocación para regir, en principio, todas las cuestiones procedimentales —conforme a la regla *lex fori regit processum*, de honda raigambre en el Derecho procesal civil

29. *Loc. Cit.*

30. *Loc. Cit.*

31. MONTERO AROCA, J. *Op. Cit.*, pág. 23 y 24.

32. CALVO CARAVACA, A. L. y L. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA. *Arbitraje comercial internacional*, Madrid 1989, pág. 24.

internacional—, e incluso habría que admitir, al menos en defecto de autonomía de la voluntad, que estaría legitimada por un cierto título para regular también las cuestiones de fondo³³.

Y si bien a lo peor no logro aquí más que arañar un poco la cuestión, creo que mi enfoque es sustancialmente correcto —¡qué voy a decir yo!— ya que el planteamiento de CALVO CARAVACA y FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA parece desconocer que es *sumamente irreflexivo* justificar el arbitraje comercial internacional desde una perspectiva *jurisdiccionalista*. Me explico. Por su carácter internacional, *lo jurisdiccional es preterido* por ese tipo de arbitraje porque, si así no fuera, *las partes acudirían a las soluciones jurisdiccionalistas de cada Estado en particular*. Y, justamente, lo que se pretende —o debería pretenderse— a través de la construcción metodológica del arbitraje internacional es *preterir esas soluciones jurisdiccionalistas tan contrarias al internacionalismo*.

Muy distinto, en cambio, es que la *ajurisdiccionalidad* del arbitraje comercial internacional se ubique en soluciones *jurisdiccionalizadas*. En concreto, las de la *lex fori regit processum*. Pero, obsérvese que esa ubicación *no implica jurisdiccionalización del arbitraje*. No. Esto es, *los árbitros internacionales no actúan como jueces estatales provistos de jurisdicción*. La *ubicación geográfica* del árbitro internacional es *procesal* —no jurisdiccional— impuesta, por lo demás, por un derecho que, *a fuerza de ubicar*, convierte lo internacional en *privado de cada Estado* [Derecho Internacional y Privado]. Sin duda, todo un contrasentido.

En fin, *el arbitraje extraña la jurisdicción*. Frente a la *vexata quaestio* de la *jurisdiccionalidad* del arbitraje es preciso evidenciar como el arbitraje es *extraño* a los ámbitos de la soberanía estatal que presupone el ejercicio de la potestad

jurisdiccional constitucional *por cuanto es expresión de la libre autonomía privada de las partes*. Sostener la *jurisdiccionalización* del arbitraje supone desconocer la *originalidad metodológica que aporta justificada en la finalidad negocial que las partes pretenden conseguir a través de su procedibilidad*.³⁴

Veamos ahora lo que dice el Tribunal Constitucional español (en adelante, TC) al respecto. En España el Tribunal Constitucional opta no tanto por aludir a ámbito resolutivo *jurisdiccional* del arbitraje cuanto más bien a conceptuar ese ámbito como *equivalente jurisdiccional*. Existen variados ejemplos de lo que se indica. Así el Auto del TC de 28 de octubre de 1993 señala lo siguiente³⁵: "... el Arbitro que zanja una controversia mediante un laudo de Derecho actúa en ejercicio de una potestad de "iuris dictio", pues el arbitraje es un "equivalente jurisdiccional"—énfasis mío—, mediante el cual las partes pueden obtener los mismos objetivos que con la jurisdicción civil, esto es, una decisión que ponga fin al conflicto con todos los efectos de la cosa juzgada (STC 62/1991, FJ5, y 28/1993, 4 de octubre (RTC 91, 512), FJ 3). Su declaración de los derechos y obligaciones recíprocas de las partes de la controversia se encuentra revestida de *auctoritas*, por imperativo de la ley; y sólo carece del *imperium* necesario para ejecutar forzosamente su decisión, que la Ley vigente reserva a los Tribunales civiles".

Y como todo tiene un por qué, ahí va el que acarrea el denominado "equivalente jurisdiccional": la consecuencia que se deriva de la opción que adopta el TC consiste en que el árbitro *no puede*, en nuestro ordenamiento jurídico, personarse en las resoluciones que puedan derivarse con ocasión de la decisión que ha pronunciado. Para decirlo claro y diáfano —vamos para que se entienda—³⁵: "(...) esta configuración institucional que tienen los árbitros que dictan laudos,

33. LORCA NAVARRETE, Antonio M^a. *¿Es posible el amparo constitucional frente al arbitraje? Reflexiones sobre la justificación del arbitraje*, cit., pág. 39.

34. Auto del TC de 28 de octubre de 1993, en AJA número 126.

35. Auto del TC de 28 de octubre de 1993, en AJA número 126.

a los que la ley reconoce una fuerza jurídica específica, de tal modo que despliegan unos efectos en gran medida *equiparables* —énfasis mio— a los de sentencias judiciales, impide que este Tribunal —es el TC, se entiende— pueda entrar a conocer en el fondo del presente recurso de amparo. En efecto, el Arbitro como tal *no puede personarse y actuar como una parte más en los procesos que puedan desencadenarse con ocasión de su laudo* —énfasis, de nuevo, mio—. Y me pregunto *¿qué tiene que ver que el árbitro no pueda personarse y actuar como una parte más en los procesos “que puedan desencadenarse con ocasión de su laudo” con una supuesta equivalencia jurisdiccional?* A ver. El árbitro *no puede personarse y actuar como una parte más en los procesos “que puedan desencadenarse con ocasión de su laudo” no por que actúe como un “equivalente” jurisdiccional sino porque el mandato negocial que le otorgaron las partes para que resolviera la controversia se agota cuando pronuncia el laudo. A partir de ese momento es un “tercero” respecto del laudo.* Y, entonces, me pregunto *¿desde cuando un “tercero” se halla legitimado para ser parte, sin ser parte en el laudo, para actuar ante el TC?*

Pero, no desviemos la atención como parece sugerir el TC. En puridad, la opción por el “equivalente” *no rehuye* la opción *jurisdiccionalista*. La iguala. Aún cuando DE LA CUESTA SANZ *la enmascara* al decir³⁶ “que no es lo mismo jurisdicción que equivalente jurisdiccional” por cuanto añade que³⁷ “en este equivalente jurisdiccional, que es el arbitraje, los árbitros no están en la planta judicial, ni en

lo procesal están sujetos a las mismas normas que los Jueces”.

Para mí³⁸ que el “*equivalente jurisdiccional*” es *lo que resulta ser igual que lo jurisdiccional*. El “*equivalente jurisdiccional*” es un *subterfugio del TC de escaso mérito*. Según MERINO MERCHAN precisa ser³⁹ “*matizado*” ya que⁴⁰ “al insistirse [por el TC] en el arbitraje como “equivalente Jurisdiccional”, parece como si de forma resuelta el T.C. hubiera tomado de forma definitiva partido en la proverbial polémica sobre la naturaleza del arbitraje, afiliándose a la concepción eminentemente jurisdiccionalista del mismo. La cuestión no dejaría de ser baladí si no fuera porque precisamente la Ley de Arbitraje de 1988 pareció derrumbar definitivamente la concepción jurisdiccional del arbitraje (...). Esperemos —dice— que la idea del “equivalente jurisdiccional” se acabe *matizando mejor en la futura doctrina del T.C.*, —énfasis mio—”.

Con posterioridad MERINO MERCHAN [con CHILLÓN MEDINA] ha pasado de la necesidad de “*matizar*” la “*idea*” del “*equivalente jurisdiccional*” a *asumirla* plenamente hasta el punto de reclamar su uso. Dice que⁴¹ “en nuestra particular opinión constituye una omisión grave imputable a los redactores del Proyecto —se entiende que es el proyecto de la vigente LA— el que en su Exposición de Motivos no se haga referencia a la consideración del arbitraje como un auténtico “*equivalente jurisdiccional*” —énfasis mio—. Es olvido, o mejor un descuido de los redactores, no haber citado en la exposición de Motivos la importante y enjundiosa jurisprudencia del

36. DE LA CUESTA SANZ, J. M. *Introducción al Arbitraje de Consumo*, en RDPriv 1997, pp. 122 y 123.

37. *Loc. Cit.*

38. LORCA NAVARRETE, Antonio M^a. *¿Es posible el amparo constitucional frente al arbitraje? Reflexiones sobre la justificación del arbitraje*, cit., pág. 41.

39. MERINO MERCHAN, J. F. El “*equivalente jurisdiccional*” y la declaración de inconstitucionalidad del arbitraje previsto en el art. 38.2, párrafo 1º, de la Ley 16/1987, de Ordenación de los Transportes Terrestres (Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 174/1995, de 23 de noviembre), en RCEA 1995, pág. 230.

40. *Loc. Cit.*

41. CHILLÓN MEDINA, J. M^a. y J. F. MERINO MERCHAN. *Valoración crítica de la nueva Ley de Arbitraje*, en el Diario LA LEY, número 5945 de 2004.

Tribunal Constitucional salvando al arbitraje del escollo presentado en el art. 117.3. CE y otorgando a la institución un efecto de "equivalencia jurisdiccional" —énfasis mío—, según se proclamó con todo detalle, entre otras, en las SSTC 43/1988 y 62/1991, que liberaron al arbitraje de ser confundido con "apariencias arbitrales" más o menos camufladas y con "seudos arbitrajes", al faltarles a estos últimos la triple condición: a) sometimiento libre y voluntario al convenio arbitral; b) que el objeto de la controversia sea arbitrable; y c) que el arbitraje se tramite procedimentalmente bajo el manto de las garantías de la igualdad de partes, audiencia, contradicción, prueba y laudo motivado. Es el cumplimiento de estas condiciones lo que determina, a juicio del Tribunal Constitucional, el nacimiento del efecto de "equivalencia jurisdiccional" y, por tanto, su compatibilidad constitucional con el art. 24.1 CE —énfasis, de nuevo, mío—. En consecuencia, la Exposición de Motivos debió superar —dice— su visión estrictamente procesalista y mercantilista, para anclar la institución en la trascendente jurisprudencia del Tribunal Constitucional⁴².

Perdone el paciente lector la lectura de parrafada tan extensa pero de ella quisiera entrever una referencia que no deseo que le pase desapercibida. Para los referidos MERINO MERCHAN y CHILLÓN MEDINA el⁴³ "efecto de "equivalencia jurisdiccional"" supone en el arbitraje⁴⁴ "su compatibilidad constitucional" —énfasis mío—. Quédesse el lector con este dato y le ruego que lo empareje con lo que luego se dirá respecto de la "la relación del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva con el arbitraje desde la vertiente de la justificación de sus garantías" renglones después.

Bien. Sigamos. La jurisprudencia de las Audiencias Provinciales españolas también se han dejado

arrastrar por la subyugación del "equivalente" que supone ser *igual* una cosa [el arbitraje] a otra [ámbito de ejercicio funcional de la jurisdicción] en estimación, valor, potencia o eficacia. Pero insisto, para mí *no existen equivalencias*. No. Existen posturas metodológicas *autónomas* que no es preciso justificarlas mediante fórmulas aparentemente poco comprometidas como las del "equivalente" pero que, finalmente, *equivalen* a transportar el arbitraje al *jurisdiccionalismo*.

No. No es esa la opción metodológica correcta, y, a pesar de ello, la asume la ponente PUEYO MATEO cuando sostiene que el arbitraje es un⁴⁵ "equivalente jurisdiccional" al expresarse del modo siguiente⁴⁵: "la precedente cuestión ha de resolverse teniendo en cuenta con carácter previo que como se señalara en la Sentencia del Tribunal Constitucional 62/1991, de 12 de marzo el arbitraje debe reputarse como "un equivalente jurisdiccional, mediante el cual las partes pueden obtener los mismos objetivos que con la jurisdicción civil, esto es una decisión de conflicto con todos los efectos de la cosa juzgada" —énfasis mío—. Añadiendo la Sentencia del Tribunal Constitucional 28/1993, de 4 de octubre que la Ley prevé unos mecanismos específicos de revisión judicial de los laudo arbitrales, de forma que sólo podrán ser anulados en los casos expresamente previstos (...). En consecuencia, hay que concluir que cuando este efecto se produce por causa distinta a las taxativamente previstas o en virtud de recurso presentado fuera de plazo se está desconociendo, dice el Alto Tribunal, el efecto de *cosa juzgada* que la Ley les otorga vulnerando el principio de inmodificabilidad de las decisiones judiciales firmes que les es de aplicación y en última instancia desconociendo la tutela judicial efectiva del beneficiado por él".

Y, como no hay una sin otras más, no es de extrañar que la metodología del "equivalente jurisdic-

42. *Loc. Cit.*

43. *Loc. Cit.*

44. PUEYO MATEO, M. J. *Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de 16 de septiembre de 1998*, en RVDPA, 3, 1999, 5 198, pág. 542 y 543.

45. *Loc. Cit.*

cional, también sea asumida por el ponente PICÓN PALACIO, para quien mediante el arbitraje⁴⁶ "las partes pueden obtener los mismos objetivos que con la jurisdicción civil —énfasis mio— (...) y que se encuentra [se ha de entender la obtención de los mismos objetivos que la jurisdicción civil] revestida de "auctoritas" por imperativos de la ley". Se expresa así⁴⁷: " (...) Es objeto de este recurso la nulidad de un laudo arbitral dictado, a cuyo fin debe tenerse en cuenta la naturaleza del arbitraje, que es, como se ha reiterado en la doctrina del Tribunal Constitucional —v.g., SS. del TC. 15/1.989, de 26 enero; 62/1.991, de 22 de marzo; y, 288/1.993, de 4 de octubre— un equivalente jurisdiccional —énfasis mio—, mediante el cual las partes pueden obtener los mismos —énfasis, de nuevo, mio— objetivos que con la jurisdicción civil, esto es, la obtención de una decisión al conflicto con todos los efectos de la cosa juzgada, con la declaración de los derechos y obligaciones recíprocas de las partes de la controversia, y que se encuentra revestida de "auctoritas" por imperativo de la Ley".

No cabe duda, nos están habituando a asociar arbitraje con un espacio de determinación esencialmente jurisdiccional que, *ex definitione*, parecería la verdad irrefutable. Sin embargo, el arbitraje no es un sucedáneo del jurisdiccionalismo. Ni un subsistema dependiente —equivalente— del mismo. No. El arbitraje se justifica solo en la autonomía negocial de quienes suscriben el convenio arbitral de someterse al mismo. Esa autonomía negocial se constituye en su justificación. Por tanto, no existe una "auctoritas" al modo de las fuentes romanas que implique la existencia de una "potestas" de justificación jurisdiccionalista.⁴⁸

Y de inmediato salta la objeción: la "auctoritas" del árbitro o árbitros es tan solo de justificación negocial porque la LA permite que la autonomía negocial de quienes suscriben un convenio arbitral posea consecuencias de resolución de controversias —yo diría que "procesales" ya que en derecho la única forma de resolver controversias de forma incruenta es "procesal"—. Pero, no jurisdiccionales o equivalentes a las jurisdiccionales porque ni el arbitraje se justifica en la jurisdicción, ni el jurisdiccionalismo es la metodología correcta para explicarlo.⁴⁹

Lo anterior me obliga a decir: ¡el arbitraje extraña la jurisdicción! Frente a la *vexata quaestio* de la jurisdiccionalidad del arbitraje es preciso evidenciar como el arbitraje es extraño —¡no equivale!— a los ámbitos de la soberanía estatal que presupone el ejercicio de la potestad jurisdiccional constitucional por cuanto es expresión de la autonomía privada —¡ojo! privada—. Sostener la jurisdiccionalización del arbitraje y su equivalencia supone desconocer la originalidad metodológica que aporta justificada en la finalidad negocial que las partes pretenden conseguir a través de su procedibilidad.⁵⁰

Digámoslo bien claro: lo que importa, es la actividad negocial de las partes que resuelve la controversia. Esa actividad es la que se corresponde, no con el equivalente jurisdiccional, si no con la existencia negocial de un debido —"debido" porque ha contraído una "deuda" con la aplicación de las garantías procesales— proceso sustantivo arbitral de resolución de controversias a partir del cual se puede establecer la más variada sofisticación de técnica procedimental a seguir en la sustanciación de las actuaciones arbitrales.

46. PICÓN PALACIO, A. Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos de 21 de julio de 2000, en RVDPA, 1, 2002, § 283, pág. 133. Se puede consultar en la web: www.cortevascadedarbitraje.com, en la Sección: Base de datos de jurisprudencia arbitral.

47. Loc. Cit.

48. LORCA NAVARRETE, Antonio M^a. *¿Es posible el amparo constitucional frente al arbitraje? Reflexiones sobre la justificación del arbitraje*, cit., pág. 44.

49. Loc. Cit.

50. *Ibid.*, pp. 44 y 45.

Por ello, el resultado final de la actividad negocial de las partes es procesal (sustantiva) y técnica o formal a la vez (procedimental).⁵¹

El engarce de ambos contextos actividad negocial/resolución procesal de la controversia profundiza en la conceptualización del arbitraje como institución netamente procesal pero, no tanto en una proyectada "institucionalidad procesal" globalizante de la explicación del arbitraje a través de una conceptualización exclusivamente "debida" a la única forma de resolver controversia: procesal, como que el arbitraje es —¡atención!—, ante todo, un negocio jurídico al que le adjetiva su finalidad funcional procesal: resolver controversias; y, en ese ámbito negocial—procesal, el arbitraje resuelve controversias a través de una vertiente garantista y sustantiva y, por tanto, autónoma sobre la estrictamente adjetiva y formal o procedimental.⁵² Y, por supuesto también, sobre la estrictamente jurisdiccionalista.

Me explico. El negocio arbitral⁵³ es, en todo caso, el resultado del principio de la autonomía de la voluntad, entendido exegéticamente extrarradio del régimen jurisdiccional —y de su equivalencia— estatalista y, por tanto, tipificador de una propuesta negocial de garantía procesal. Sí, de garantía procesal. No de jurisdiccionalidad.

La funcionalidad de garantía procesal, que despliega el arbitraje, se justifica en su carácter negocial que excluye los planteamientos adjetivos—procesales. Ya ALMAGRO NOSETE lo dijo: en el arbitraje⁵⁴ "el método de resolución es procesal —énfasis mío— y durante la sustanciación del mismo deben observarse unas formalidades esenciales —énfasis, de nuevo, mío—, de orden público procesal, que no pueden ni eliminarse ni conculcarse, so pena de provocar la nulidad de la decisión

final o laudo". Y apostilla⁵⁵ "el examen global arroja un claro balance procesalístico—énfasis mío—, perfectamente explicable si se tiene en cuenta que la heterocomposición del conflicto, presente en el arbitraje, es la razón misma del "ser procesal". En consecuencia, nuestra conclusión es clara: el arbitraje es una institución netamente procesal —énfasis, de nuevo, mío—, que no se confunde con el proceso jurisdiccional estatal y que necesita —dice— de una tutela jurisdiccional propia y diferenciada de la común y general dispensada a los contratos" —énfasis, de nuevo, mío. No parece existir, pues, para ALMAGRO NOSETE, ni la más mínima presencia de eso que algunos denominan Derecho Jurisdiccional.

Pero, a ver. Personalmente no me decanto por el panprocesalismo justificador del arbitraje que postula ALMAGRO NOSETE. Resueltamente, no. Es cierto —y lo reconozco— que en la LA, la función que asume el árbitro es procesal pero no jurisdiccional. Es más el arbitraje es un ejemplo de una actividad en la que se residencia la sustantividad del proceso a través de la técnica procedimental que se prefiera pero sin que ello suponga, en modo alguno, una conceptualización jurisdiccional ni del proceso ni de las actuaciones arbitrales por lo que la resultante es simple: no toda actividad procesal necesariamente ha de ser jurisdiccional (como sucede, insisto, con el arbitraje), ni toda actividad jurisdiccional ha de ser necesariamente procesal (como sucede con numerosos actos de jurisdicción voluntaria) y por tanto sujeta a "contestación" (pléñese por ejemplo en los denominados "expedientes" de jurisdicción voluntaria). Para mí, pues, el arbitraje resuelve "controversias" y esa finalidad no se alcanza mediante su adjetivación jurisdiccional. Sí, en cambio, en

51. *Ibid.*, pág. 45.

52. *Loc. Cit.*

53. *Loc. Cit.*

54. ALMAGRO NOSETE, J. La ejecución del laudo arbitral, en RUDP (UNED), núm. 0 de 1998, pp. 18 a 22.

55. *Loc. Cit.*

base a su conceptualización *negocial*. En este dato me aparto —está claro— del *panprocesalismo* de ALMAGRO NOSETE.⁵⁶

E indicado todo lo anterior, he de reconocer, al propio tiempo, que el *arbitraje resuelve controversias a partir de la suscripción de un convenio arbitral* conceptualizado como un *negocio jurídico*. Un *negocio jurídico que desea rehuir de las teorías contractualistas al uso para explicar la naturaleza jurídica del arbitraje por cuanto, en una proyectada teoría general del negocio jurídico, las opciones contractualistas han de ser preteridas en la medida en que la propedéutica negocial se acerca al contractualismo pero, en cambio, se aleja de las soluciones procesales de resolución de controversias*.

Y esa justificación procesal *aleja*, en puridad de principios, al [*negocio*] convenio arbitral del contractualismo y lo *ubica* en un ámbito *técnicamente negocial por sus consecuencias* por lo que me ubico —mejor diría: propugno— ante un *negocio jurídico impropio* respecto del cual es preciso subrayar la corrección metodológica insita en la consideración del convenio arbitral como un *instituto jurídico negocial dotado de autonomía jurídica, estructural y funcional*.

Y prosigo. El sometimiento a arbitraje mediante el convenio arbitral, *antes que contrato*, es la expresión de la inequívoca voluntad de las partes de construir *estructuralmente un negocio jurídico; pero no con las consecuencias propias de un contrato sino impropias de un ámbito funcional, tan alejado del contractualismo, como el procesal*. Vamos, para decirlo con la máxima concisión posible: el

panprocesalismo almagrista no es la solución sin el negocio arbitral. De nuevo: no al almagrismo.⁵⁷

A estas alturas, además, nadie niega que el desarrollo de las actuaciones arbitrales haya de tener una justificación *negocial*. Éste es un as que no me he sacado de la manga. Y que no se me malentiendan mis palabras, como si con ellas persiguiera adelgazar el grosor garantista de aquel desarrollo. Nada de eso. Ya que tengo algo más que la impresión de que, el tema de la justificación *negocial* del desarrollo de las actuaciones arbitrales, amen de que hasta el momento ha rendido fruto en orden a elevarlo como explicación metodológica del arbitraje⁵⁸, es trigo limpio del todo. De ahí que, hoy en día, pacíficamente prescriba un estándar *negocial* destacadamente alto en nombre de la eficacia del arbitraje.⁵⁹

Y de ahí se sigue que no nos extrañe que se comience a indicar, en este caso por la ponente OREJAS VALDÉS, que⁶⁰ “el desarrollo de la actuación arbitral posee un indudable origen negocial determinante de la misma—énfasis mío—. Y que se apostille que⁶¹ “el origen negocial en el desarrollo de la actuación arbitral deviene en que las partes a lo largo del procedimiento pueden variar alguna de las formalidades previstas en el mismo, dichas formalidades son las que las propias partes señalen o, en su caso, la correspondiente institución arbitral, siempre —dice la ponente OREJAS VALDÉS— sin vulnerar como ya hemos dicho, los derechos reconocidos en el art.24 del texto constitucional” —énfasis mío—. De modo que cuanto más se afirme el

56. LORCA NAVARRETE, Antonio M^a. *¿Es posible el amparo constitucional frente al arbitraje? Reflexiones sobre la justificación del arbitraje*, cit., pp. 46 y 47.

57. *Ibid.*, pág. 47.

58. LORCA NAVARRETE, Antonio M^a. *Comentarios a la nueva Ley de Arbitraje 60/2003 de 23*, cit., pp. 15 y ss.

59. LORCA NAVARRETE, Antonio M^a. *La anulación del laudo arbitral. Una investigación jurisprudencial y doctrinal sobre la eficacia jurídica del laudo arbitral*. Edición Instituto Vasco de Derecho Procesal en coedición con la Corte Vasca de Arbitraje, la Universidad Antonio de Nebrija y Dijusa (Libros jurídicos). San Sebastián 2008, pp. 22 y ss.

60. OREJAS VALDÉS, M. Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 17 de junio de 2008, en RVDPA, 1, 2009, § 421, pág. 217. Se puede consultar en la web: www.cortevascadearbitraje.com, en la Sección: Base de datos de jurisprudencia arbitral.

61. *Loc. Cit.*

ámbito negocial de desarrollo de las actuaciones arbitrales en idéntica proporción habré de consolidar el garantismo del referido ámbito. Y eso es lo que toca, ahora, legitimar.

Ciertamente —me reitero—, la *“fuente ordinaria del arbitraje”* es un *negocio jurídico entre las partes impropio por sus consecuencias de ámbito funcional proyectado procesalmente. No hay contrato. Solo negocio jurídico que no posee el abocamiento propio del contractualismo, sino el impropio de su funcionalidad procesal. No existe contrato. Ni, por tanto, es precisa esa adjetivación “procesal” del contrato —la de “contrato procesal”— pese al criterio de BERNARDO SAN JOSÉ⁶² o de SANTOS BELANDRO⁶³. ¡No! No nos hallamos ante un “contrato procesal”⁶⁴.*

Y a partir de la anterior tesis se me antoja —pienso para mí— que todo discurre como la seda. En primer lugar, porque, tras asumir la existencia de un *negocio arbitral*, éste sólo tiene sentido si el árbitro hace uso de las *garantías sustantivas “de aquí y ahora” del debido* —“devido” (insisto) porque ha contraído una “deuda” con la aplicación de las *garantías procesales —proceso sustantivo arbitral y las actúa mediante la técnica crítica y atemporal del procedimiento a seguir en la sustanciación de las actuaciones arbitrales.*

De ahí que, pienso de nuevo para mí, interese ante todo la *procedibilidad negocial* del arbitraje [que obviamente *no puede ser contractual* en la medida en que la *propedéutica negocial* del contractualismo *se aleja de la procedibilidad exclusivamente negocial del arbitraje*] y su perspec-

tiva *garantista* que hace posible la resolución de controversias que se hallan en el ámbito de la libre disposición de quienes, como personas físicas o jurídicas, les asiste el poder solucionarlas *procesalmente y negocialmente* cuando, previo convenio arbitral, se obligan a nombrar y aceptar la resolución de uno o varios árbitros.⁶⁵

Así pues y frente a las denominadas teorías *contractualistas, jurisdiccionalistas y mixtas* —y las *panprocesalistas* de ALMAGRO NOSETE— *la naturaleza jurídica resolutive del arbitraje es de procedibilidad negocial.*

Recapitulando: a través de mi aportación justifico la naturaleza jurídica del arbitraje en lo que BERNAL GUTIÉRREZ⁶⁶ ha denominado ya *teoría negocial—procesal* como metodología de mi autoría. Para mayor ilustración del lector reproduzco su sentir metodológico sobre el particular. Es el que sigue⁶⁷: “frente a los sistemas vistos (*passim*), el tratadista español Antonio María Lorca Navarrete, propone, para el caso de su país pero evidentemente con proyección a muchos otros sistemas jurídicos, el que más allá de las teorías vistas, *se da una naturaleza procesal en el arbitraje complementada con la visión de un negocio jurídico —énfasis mío—*”.

Y si lo anterior no bastara mi propuesta ha sido resueltamente acogida en el Informe al Anteproyecto de Ley de Arbitraje (año 2003) presentado por el Consejo General del Poder Judicial. En ese Informe se indica literalmente que “en cuanto a la naturaleza jurídica del arbitraje la doctrina, y en buena medida los tribunales, han defendido su carácter jurisdiccional lo que supone indudables ventajas prácticas. Frente a ello se ha defendido

62. BERNARDO SAN JOSÉ, A. *Arbitraje y jurisdicción, incompatibilidad y vías de exclusión*. Ed. Comares. Granada 2002, pp. 7 a 10.

63. SANTOS BELANDRO, R. B. *Seis lecciones sobre el arbitraje privado (interno e internacional)*. Asociación de Escribanos del Uruguay 2002, pág. 53.

64. LORCA NAVARRETE, Antonio M^º. *¿Es posible el amparo constitucional frente al arbitraje? Reflexiones sobre la justificación del arbitraje*, cit., pág. 49.

65. *Loc. Cit.*

66. BERNAL GUTIÉRREZ, R. *El arbitraje en Guatemala. Apoyo a la justicia*. Centro de Arbitraje y Conciliación. CENAC. Guatemala 2000, pp. 34 y 35.

67. *Loc. Cit.*

su carácter contractual, *mientras que algunos sectores defienden la procedibilidad negocial— procesal del arbitraje, pues la función que asume el árbitro es procesal pero no jurisdiccional aunque nace de un negocio jurídico* —énfasis mío—.

Las consecuencias de semejante propuesta no se dejan esperar. Por lo pronto, significa reafirmar el carácter *autónomo y procesal* del Derecho de arbitraje que deriva del planteamiento *garantista* que es posible atribuir al “proceso arbitral” mediante el *procedimiento* que adopte para la sustanciación de las actuaciones arbitrales; pues sólo en la medida en que aquél —el *proceso arbitral* (o sea, *las actuaciones arbitrales*), se entiende— ofrece un *sistema de garantías procesales* es posible que se resuelva *autónomamente*, la controversia sometida al conocimiento arbitral, y que, como no podía ser de otra manera, *no se hace depender* de la *instrumentalidad típica* de un procedimiento. Lo que justifica aún más que en el arbitraje se pueda *anteponer* la vertiente *garantista y procesal* [en definitiva, *sustantiva y autónoma*] sobre la puramente *adjetiva y formal* que pueda implicar la conceptualización del término “*procedimiento arbitral*” como mero *instrumento* atemporal de resolución de controversias de justificación *externa* al arbitraje mismo.

Pero, anticiparé que, una vez situados en las soluciones estrictamente *procedimentales*, el reclamo a un cuerpo general con tales características *no se hace esperar*. Por esa razón no sólo es posible conceptualizar al Derecho de arbitraje como *negocial—procesal*, en razón de su *sustantividad*, sino además es *procedimental* porque su *preceptiva negocial—procesal* en algún momento ha de *converger* con los ámbitos normativos que hacen posible aquella —la *procedimental*, se entiende—. En nuestro caso, la comprendida en el vigente código procesal civil español. Y lo que digo no es algo rayano en lo genialoide.

Para que se entienda. Existen razones de diversa índole para justificarme. Empecemos por las *históricas*. *Históricamente*, el arbitraje ha sido regulado en nuestro país integrado en el concepto de justicia que impartían los “jueces”. En la Partida III, Tit. IV así se indicaba cuando, en el Tit. IV, la ley I de la Partida III, aludía a “Que quiere dezir juez, e quantas maneras son de judgadores” e incluía entre aquellas a los “que son llamados en latin *árbitros*: que muestra tanto como judgadores de alvedrío, que son escogidos, para librar algún pleito señalado, con otorgamiento de ambas las partes.” Además, la *convergencia* del Derecho de arbitraje con la *preceptiva procedimental* era plena con el código procesal civil español de 1881 en cuyo Tit. V del Libro II, rubricado “*De la jurisdicción contenciosa*”, se regulaba *integrado* en su contexto normativo a través del denominado “*juicios de árbitros y de amigables componedores*”. Existen también *razones constitucionales*.

La jurisprudencia del TC ha venido a sancionar la anterior conceptualización de la legislación arbitral. Por poner un ejemplo, en la STC 62/1.991, de 22 de Marzo⁶⁸ se puede leer⁶⁹: “ (...) es evidente que la creación de órganos de naturaleza arbitral y el establecimiento de un procedimiento heterocompositivo es materia de la legislación procesal civil (...) —énfasis mío—. Asimismo existen razones legislativas ya que, admitido por el TC que la legislación sobre el Derecho de arbitraje es *legislación procesal*, no es posible eludir su calificación como *legislación procesal civil* y la aplicación a la misma del régimen *supletorio* que establece el artículo 4 LEC. En concreto la LA de 1988 se remitía a la LEC en lo que no tuviera previsto. Es la tesis que planteaba el ponente RIVES SEVA al decir que⁷⁰ (...) que aquella Ley especial [LA] remite a la Ley de Enjuiciamiento Civil en lo que no tenga previsto —énfasis mío— y especialmente

68. Cifr. Boletín de jurisprudencia constitucional (en adelante BJC) 120 [1.991], pp. 15 y ss.

69. Cifr. BJC 120 [1.991], pág. 23.

70. RIVES SEVA, J. M^º Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante de 26 de febrero de 1999, en RVDPA, 1, 2001, § 250, pág. 102. Se puede consultar en la web: www.cortevascadedarbitraje.com, en la Sección: Base de datos de jurisprudencia arbitral.

que sienta como principios del *procedimiento* —énfasis, de nuevo mío—, como no podría ser de otra forma, los esenciales de audiencia, contradicción e igualdad entre las partes”.

Término ya este recopilatorio. También la *doctrina ha evidenciado* la tal concepción a la que vengo aludiendo. Veamos que nos dice ROCA MARTÍNEZ⁷¹ en orden a contrarrestar los argumentos de CREMADES SANZ—PASTOR⁷² en torno al denominado “*peligro procesalista en el arbitraje*”. Indica ROCA MARTÍNEZ, aludiendo a la postura argüida por el referido CREMADES SANZ—PASTOR⁷³, “que demuestra un absoluto y total desconocimiento acerca de las actuales concepciones del Derecho Procesal, cuyas normas, en relación con el arbitraje (*igual que respecto al procedimiento judicial*), *le proporcionan las necesarias garantías para su correcto desenvolvimiento y eficacia* —énfasis mío—. Esta es la idea que preside la denominada *concepción garantista del Derecho Procesal (...)* y que se extiende al proceso arbitral —énfasis, de nuevo, mío—. Recientemente —sigue diciendo— [se] ha reclamado la pertenencia del arbitraje al ámbito del derecho procesal (...). Otro argumento —añade— importante para justificar la afirmación que defendemos lo constituye el R. Dto. 1.424/1.990, de 26 de Octubre (BOE, núm. 278 de 20 de Noviembre; R. A. 2.362), que establece las Directrices Generales Propias de los planes de estudios conducentes a la obtención del título universitario oficial de Licenciado en Derecho; en él se incluye el arbitraje privado *dentro* —énfasis mío— del contenido de la materia troncal Derecho Procesal, asignando su docencia únicamente al área de conocimiento Derecho Procesal”.

De todo lo indicado, y comenzando por lo menos anodino, me parece que no es del género

pedestre quedarme con la siguiente tesis: si hay una idea que pretende convertirse en perenne sobre el arbitraje y que no desea quedar desvaída por el tiempo, es que, aquel —el arbitraje—, debe tender a adoptar *sus propias formulas de actuación procesal*; algo, por lo demás, difícilmente refutable con la vigente LA si se parte de la idea, también incuestionable, según la cual todo ámbito heterocompositivo de resolución de controversias —como el arbitraje— *ha de conducirse mediante normas procesales*; ¡No conozco ningún ámbito de heterocompositivo de resolución de controversias que se no se justifique *procesalmente*! Sí. *Procesalmente*.

La conclusión no se hace esperar: la alusiva indicación al “*arbitraje como instrumento jurisdiccional*” —énfasis mío— se halla totalmente fuera de lugar.

No pretendo echar un pulso con nadie en una especie de desafío exegético ¡No! Rotundamente, no. El objeto de mi escrito consiste en contrastar ideas y no en buscar la confrontación (dialéctica, claro) con personas. No obstante, como poderosa suele ser la tentación de caricaturizar las opiniones no compartidas para así zurrarlas más a modo, adoptaré la precaución de respetar al máximo —en tanto no resulte desproporcionadamente oneroso— la literalidad con que se visten las ideas susodichas. Y, entonces, a nadie se le ocultará que ignorar todo lo que se ha indicado renglones antes y afirmar, como hace BARONA VILAR⁷⁴, “que *el arbitraje es arbitraje*” —énfasis mío y es, aunque parezca no serlo, literal— puede que sea —quizá o seguramente— del género pedestre. Pero, las cosas no quedan ahí.

Frente a concretos esfuerzos doctrinales por *consolidar el procesalismo* se ha indicado por

71. RIVES SEVA, J. M.^a Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante de 26 de febrero de 1999, en RVDPA, 1, 2001, § 250, pág. 102. Se puede consultar en la web: www.cortevascadearbitraje.com, en la Sección: Base de datos de jurisprudencia arbitral.

72. ROCA MARTÍNEZ, J. M. *Arbitraje e instituciones arbitrales*. Barcelona 1992, pp. 80 y 81.

73. CREMADES SANZ—PASTOR, B. *Estudios sobre Arbitraje*, Madrid 1977, pp. 190 y 191.

74. ROCA MARTÍNEZ, J. M. *Op. Cit.*, pp. 80 y 81.

RAMOS MÉNDEZ que el arbitraje se sitúa⁷⁵ "deliberadamente" fuera del código procesal y "en un espacio propio" que no reclama su aplicación como supletoria. Como mucho se admite, según RAMOS MÉNDEZ, que se contengan remisiones⁷⁶ "concretas y precisas" que integran el sistema arbitral en puntos a los que no se extiende la competencia de los árbitros o dónde ésta acaba con el fin de abortar desde el inicio tentaciones de invocar criterios interpretativos u operativos extraídos de las normas procesales comunes que rigen los juicios ante los tribunales de justicia.

La razón de esta actitud metodológica estriba, según RAMOS MÉNDEZ⁷⁷, en que el arbitraje se convierte en norma de referencia propia sin apoyaturas externas por lo que aspira a ser completa en sí misma. A tal fin, las eventuales lagunas del sistema se han de suplir con los principios en los que se inspira y, entre ellos, sobre todo, en el de la voluntad de las partes o, en su caso, en la decisión de los propios árbitros.

No voy a ubicarme en unos postulados metodológicos que cuestionen las apreciaciones de RAMOS MÉNDEZ ¡No! De nuevo, rotundamente no. Pero, aún cuando las comprendo, en modo alguno las comparto. Sus apreciaciones estigmatizan el Derecho procesal y se alinean con el llamado "peligro procesalista en el arbitraje" a que aludiera, renglones antes, CREMADES SANZ—PASTOR. En el arbitraje ese supuesto peligro no existe. El arbitraje, por el contrario, necesita del Derecho procesal porque sin él no existe arbitraje. O sea, sin fórmulas procesales de actuación arbitral, no existe arbitraje.

¡No! No nos engañemos. Es cierto que, como dice RAMOS MÉNDEZ⁷⁸, las "lagunas del siste-

ma se han de suplir con los principios en lo que se inspira [el sistema], y entre ellos, sobre todo, el de la voluntad de las partes o, en su caso, la decisión de los árbitros". Pero, no es menos cierto que esos principios son de justificación procesal. Admitamos [aunque yo personalmente no lo admito] que no se justifican en el código procesal. Pero, quienes hemos hecho arbitrajes sabemos perfectamente que es preciso permitirle a las partes alegar, sabemos que hay que ser tremendamente escrupulosos con las garantías procesales —sí, procesales— como las de audiencia, contradicción e igualdad de partes presentes en todas las actuaciones arbitrales para que no se produzca en ningún caso, indefensión. Y esas garantías ya las adopten las partes porque las conozcan [que no siempre las conocen] o los árbitros porque, de ese modo, lo decidan no son abstractas en el sentido de que no necesiten apoyaturas externas porque indique RAMOS MÉNDEZ que la⁷⁹ "ley arbitral se convierte (...) en la norma de referencia única —dice— en la materia". Semejante afirmación parece no ser cierta si, como indica el ponente GONZÁLEZ OLLEROS, hemos de admitir que⁸⁰ "rigen (...) en el procedimiento arbitral —énfasis mío— los mismos fundamentos que en los procedimientos comunes en orden a la salvaguarda de los principios de contradicción procesal y defensa (...)".

Vayamos a los hechos. El arbitraje no es una normativa levitada que sin apoyaturas procesales —sí, procesales— de ningún tipo se ubique en una equidistancia totalmente inexistente ¡No! Semejante propuesta es una falacia. Las garantías en las que se inspira el "sistema" son de una gran [enorme] sustantividad procesal. Tienen nombres

75. BARONA VILAR, S. *Medidas cautelares en el arbitraje*. Thomson—Civitas. 2006, pág. 49.

76. RAMOS MÉNDEZ, F. *El arbitraje internacional en la nueva ley española de arbitraje*, en *Justicia Alternativa* N° 5 de 2004, pág. 12.

77. *Loc. Cit.*

78. *Loc. Cit.*

79. *Loc. Cit.*

80. GONZÁLEZ OLLEROS, R. J. Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 30 de mayo de 2005, en *RVDPA*, 2, 2006, § 347, pp. 333 y 334. Se puede consultar en la web: www.cortevascadedearbitraje.com, en la Sección: Base de datos de jurisprudencia arbitral.

y apellidos. Sus nombres y apellidos [su filiación] se hallan en el Derecho procesal. Si, en el Derecho procesal. Que esa filiación se proclame *putativa* al no quererla vincular con un código procesal pues puede que sea una opción. Es quizá la opción de RAMOS MÉNDEZ. Pero, no la mía. Yo acudiré sin complejo alguno al Derecho Procesal cuando exista "*laguna del sistema*" —procesal, se entiende— y con esa actitud soy consciente de que no va a peligrar el arbitraje. Muy al contrario, evitaré que exista un *error in procedendo* que es el único flanco [el procesal ¡ojo!] por el que el laudo arbitral puede ser anulado. Y, desde luego, esta propuesta la tengo clara.

En limpio: *para ser un buen árbitro es preciso ser antes un buen procesalista.*

Ahora sí que termino. En todas las facetas de la vida, y en la jurídica más, además de no existir la denominada "*verdad*" es sumamente irreflexivo arrogarse como postulador absoluto de ella. No se olvide que, según RAMOS MÉNDEZ, el sustrato *procesal* del código procesal civil⁸¹ "no es aplicable en ningún caso —énfasis mío— al arbitraje". Una afirmación excesivamente "*fuerte*" para la deseable ponderación de la que ha de hacer gala un Catedrático de Derecho procesal —énfasis lo de "Catedrático de Derecho procesal" — como lo es —o parece ser— mi querido amigo y colega RAMOS MÉNDEZ al que tengo en gran estima.

III. LA RELACIÓN DEL DERECHO CONSTITUCIONAL A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA CON EL ARBITRAJE DESDE LA VERTIENTE DE LA JUSTIFICACIÓN DE SUS GARANTÍAS

Para explicar el advenimiento del nuevo modelo de resolución de controversias que supone el arbitraje y su *engaste* en el denominado Poder Judicial se haría imprescindible —pienso yo— invocar un entramado de factores de variado orden. Pero, no es éste lugar ni momento para efectuar una exposición detallada y articulada de todos ellos, aunque sí para al menos aludir a uno de ellos en un nuevo ambiente jurídico: *la justificación garantista que puede aclarar aquel engaste.*⁸²

Para comenzar por esto último, aludo a algunos *aires constitucionales* en los que se ha enfatizado respecto de la *relación* del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva con el arbitraje desde la vertiente de la justificación de las *garantías* que se aplican tanto a ese derecho constitucional —el denominado "*derecho a la tutela judicial efectiva*"— como al arbitraje.⁸³

Bien. Me parecía aconsejable reconstruir, algo más que sumariamente, esa atmósfera *relacional* para lo que me viene pintiparada la sentencia del TC de 17 de enero de 2005.⁸⁴ Y para empezar sin rodeo alguno, el ponente de la misma —el magistrado constitucional DELGADO BARRIO— establece en ella, como tesis, que *las garantías del derecho fundamental —constitucional— a la tutela judicial efectiva no son trasladables al arbitraje.*⁸⁵

Pero fijémonos bien. En opinión del ponente DELGADO BARRIO las *garantías* que se aplican en el arbitraje⁸⁶ "se desenvuelven en el ámbito de la *legalidad ordinaria* —énfasis mío— y [que] se tutelan, en su caso, a través del recurso o acción de anulación [que es posible plantear contra el laudo arbitral una vez pronunciado por el árbitro]

81. RAMOS MÉNDEZ, F. *Op. Cit.* pág. 27.

82. LORCA NAVARRETE, Antonio M^o. *Op. Cit.* pág. 47.

83. LORCA NAVARRETE, Antonio M^o. *¿Es posible el amparo constitucional frente al arbitraje? Reflexiones sobre la justificación del arbitraje*, cit., pág. 107.

84. Se puede consultar en la RVDPA, 1, 2006, § 333, pág. 117 y ss.

85. LORCA NAVARRETE, Antonio M^o. *La anulación del laudo arbitral. Una investigación jurisprudencial y doctrinal*, cit., pág. 47.

86. En RVDPA, 1, 2006, § 333, pág. 128.

que la regulación legal del arbitraje —por medio de motivos de impugnación tasados— concede”; ya que, según el ponente DELGADO BARRIO⁸⁷, “el cumplimiento de las exigencias del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión y de las demás garantías —énfasis mío— (...) puede ser objeto de examen por este Tribunal [alude al TC] a través del recurso de amparo cuando —énfasis, de nuevo, mío— la infracción alegada sea “imputable de modo inmediato y directo a un acto u omisión producido en el proceso judicial —énfasis, otra vez, mío— en el que han de observarse y son exigibles” dichas garantías, pero trasladar éstas —apuntilla el ponente DELGADO BARRIO— “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 —énfasis, en fin, mío— a esta jurisdicción” [alude a la jurisdicción del TC] (STC 13/1997, de 27 de enero, FJ 2)⁸⁸.

Y una vez abierto el portillo, por el hueco se embala nuestro esforzado ponente DELGADO BARRIO que, tirando de repertorio doctrinal en aras de una ilustración más redonda, dice que⁸⁹ “el arbitraje es un “medio heterónomo de arreglo de controversias que se fundamenta en la autonomía de la voluntad de los sujetos privados, lo que constitucionalmente lo vincula con la libertad como valor superior del ordenamiento (...)” (...); y “aquello que, por voluntad expresa de las partes, se defiende al ámbito del proceso arbitral, por esa misma voluntad expresa de las partes queda sustraído al conocimiento del Tribunal Constitucional —énfasis mío—” (...) a través de un recurso de amparo en el que se invoquen las garantías del art. 24 CE, cuyas exigencias se dirigen, en principio, a la actividad jurisdiccional estatal (...) y que, con respecto al arbitraje,

sólo —énfasis mío— proyecta sus garantías con el carácter de derechos fundamentales a aquellas fases del procedimiento arbitral y a aquellas actuaciones para las cuales la ley prevé la intervención jurisdiccional de los órganos judiciales del Estado —énfasis, de nuevo, mío—, entre las más relevantes, la formalización judicial del arbitraje (...), el recurso o acción de anulación y la ejecución forzosa del laudo”⁹⁰.

Discúlpeme el benévolo lector la reproducción, inusualmente larga, de las anteriores parrafadas. Pero, a la vista de los datos que nos aporta el ponente DELGADO BARRIO, los criterios sustentados son determinantes para llegar a la siguiente conclusión: *las garantías del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva no son trasladables al arbitraje salvo que esas garantías se proyecten o se hagan valer en actuaciones arbitrales para las cuales la ley de arbitraje prevea la intervención jurisdiccional de los órganos judiciales del Estado.*⁹¹

Para disipar malentendidos sobre la pertinencia de la anterior cita jurisprudencial aquí y ahora considero precisas una serie de puntualizaciones. La primera atañe a que, con su actitud metodológica, el esforzado ponente DELGADO BARRIO desea transmitir al exegeta y práctico de la forensia el siguiente mensaje: *la vulneración de garantías en un arbitraje no tiene acceso al amparo constitucional por no integrarse esas garantías vulneradas en el derecho fundamental de la tutela judicial efectiva que reconoce la Constitución española.*⁹²

Y aquí es a donde yo quería llegar. Sin duda, la consecuencia conclusiva del concienzudo ponente DELGADO BARRIO no es otra que *cerrar el paso al amparo constitucional a las garantías que se vulneren en el arbitraje.*⁹³

87. En RVDPA, 1, 2006, § 333, pág. 126.

88. En RVDPA, 1, 2006, § 333, pág. 126.

89. LORCA NAVARRETE, Antonio M^a. *La anulación del laudo arbitral. Una investigación jurisprudencial y doctrinal*, cit., pág. 48.

90. *Loc. Cit.*

91. LORCA NAVARRETE, Antonio M^a. *¿Garantías ordinarias versus garantías constitucionales en el arbitraje?*, en

Destino la segunda precisión a lamentar que, entre el cúmulo de elementos a considerar, no se mencione ni de pasada —o al menos desprovista de relieve— la polémica atinente a que, en el arbitraje —y no en actuaciones para las cuales la ley de arbitraje prevé la intervención jurisdiccional de los órganos judiciales del Estado— se infrinja la Constitución, en tanto en cuanto esa infracción pueda implicar vulneración del orden público procesal como uno de los motivos que justifican la anulación del laudo arbitral en la legislación española puesto que, en los supuestos de vulneración del orden público por el laudo arbitral, y pese al criterio del ponente DELGADO BARRIO, las garantías del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva se trasladan, según constante jurisprudencia, al arbitraje.

Para salir del atolladero es, sin duda, urgente revisar la siguiente expresión: *¿la infracción de las garantías constitucionales por vulneración del orden público procesal como uno de los motivos de anulación del laudo arbitral se integra en el arbitraje?*

Me temo que el oxido del tiempo ha dejado, sin embargo, intacta la carga semántica y beligerante que transporta tal expresión.

Por tanto, la pregunta que inmediatamente surge es la siguiente: *¿la infracción de las garantías constitucionales por vulneración del orden público procesal se integra en el arbitraje interno y en el comercial internacional?*⁹²

Veamos. En el sistema normativo del arbitraje, se alude a que la parte que solicita la anulación del laudo arbitral alegue y pruebe que es *contrario al orden público*.

Tome el paciente lector como primera guía la anotación que sigue. La exigencia relativa a que el lau-

do arbitral no fuese contrario al orden público solo tuvo operatividad relevante en tanto en cuanto no se produjera vulneración del orden público procesal. En base a esa postura metodológica, la vulneración del orden público por el laudo arbitral se evidenció en la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales españolas como un *error in procedendo* en el que podía incurrir el laudo arbitral por cuanto el orden público afectaba a la efectividad de las garantías procesales en el arbitraje. Y para tal fin, en la sentencia del TC 43/1986⁹³ se abordaba, por el TC, el sentir metodológico que era preciso otorgar al orden público en el arbitraje. Según ella el orden público adquiere un contenido básicamente inspirado en la vulneración de los derechos fundamentales y libertades públicas garantizadas constitucionalmente.

La conclusión parece que no se hace esperar. La vulneración del orden público sólo es posible, por tanto, cuando el árbitro haya pronunciado su laudo arbitral con clara infracción de derechos fundamentales. En consecuencia, el orden público y su vulneración girarían en torno al cumplimiento o no por el laudo arbitral de las garantías procesales fundamentales recogidas en el texto constitucional. La dimensión constitucional de la alegación del orden público era, pues, incuestionable, sirviéndole para ello de base el propio texto constitucional.

Para no desarmar semejante emparejamiento todo nos lleva a concluir que, con el mismo, surgía un orden público procesal que se encontraba justificado en la aplicabilidad al arbitraje de la norma constitucional de la tutela judicial efectiva. No hará falta subrayar, espero, que el ámbito procesal de infracción del orden público podía implicar una actividad de laudar vulnerando los derechos fundamentales y libertades públicas garantizadas constitucionalmente. Lo que se ofertaba era una visión *garantista del arbitraje que se entroncaba con el mismísimo texto constitucional*. Nada menos.

ARBITRAGEM. Estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernando da Silva Soares. In Memoriam. Editora Atlas S.A. São Paulo 2007, pág. 233.

92. LORCA NAVARRETE, Antonio M^o. *La anulación del laudo arbitral. Una investigación jurisprudencial y doctrinal*, cit., pág. 48.

93. Cifr. ReCIVAr 1—1987, pág. 66.

Propósito parejos y similares conclusiones se pueden adoptar en los supuestos de *exequatur* en el Reino de España de laudos arbitrales extranjeros.

Esta breve miscelánea me sirve para no perder de vista que, en el ámbito del comercio internacional, se confirma, además, el nuevo talante y tratamiento que se otorga al llamado “orden público del foro” y su específica alegación frente al *exequatur* del laudo arbitral extranjero. A partir de la sentencia del TC de 15 de abril de 1986—43/1986, se entiende— la vulneración del orden público sólo es procedente cuando el árbitro extranjero ha pronunciado su laudo *con clara infracción de los derechos fundamentales*—constitucionales— y *libertades públicas garantizadas* en la Constitución española. De este modo, se asiste también a la formulación de un concepto de *orden público del foro en el arbitraje comercial internacional que adquiere sustantividad propia a partir de la formulación constitucional por el que el orden público del foro y su posible vulneración gira en torno al cumplimiento o no por el laudo arbitral extranjero de las garantías constitucionales*.

Y si no he exasperado al lector con mi fijación sobre el *orden público español* me encantaría apuntillar que la polémica está servida ya que, cuando en el arbitraje—y no en actuaciones para las cuales el arbitraje prevé la intervención jurisdiccional de los órganos judiciales del Estado— *se vulnera el orden público, se vulnerarían garantías constitucionales por lo que, pese al criterio del concienzudo ponente constitucional DELGADO BARRIO, las garantías del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva se trasladarían al arbitraje cuando se vulnera por el árbitro el orden público al laudar según constante jurisprudencia española tanto interna o doméstica como comercial internacional*.

Pero, como ya se supondrá, existe la urgente necesidad de *replantear* la expeditiva y muy cruda dicotomía entre *garantías ordinarias versus garantías constitucionales en el arbitraje* a modo de samba que agrega la formación de una nueva pareja, que se superpone a la anterior dicotomía, cual es: natu-

raleza *negocial* del arbitraje y *garantías ordinarias* de aplicación en el mismo. Y precisamente, para dar curso a lo que pretendo esclarecer (la *radical exclusión del arbitraje de las garantías constitucionales*) me viene pintiparado tomar, como punto de partida de solución del embrollo en el que nos ha metido el esforzado ponente DELGADO BARRIO, la diádica equivalencia prospectada entre naturaleza *negocial* del arbitraje y *garantías ordinarias* de aplicación en el mismo.

El empeño del magistrado constitucional DELGADO BARRIO de poner coto a la taxonomía *garantías ordinarias/garantías constitucionales* y a su indiscriminada proliferación por quienes llanamente—*sans lettre*— aluden a ella puede parecer plausible en alto grado. Ahora bien, sorpresivamente el reconocimiento de ese empeño descalabra la construcción teórica de partida justificada en que *las garantías del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva se trasladan al arbitraje cuando se vulnera por el árbitro el orden público al laudar según constante jurisprudencia española tanto interna o doméstica como comercial internacional*. De ahí que la ecuación de todo el tinglado consistente en poner coto a la taxonomía *garantías ordinarias/garantías constitucionales* y a su indiscriminada proliferación, por quienes llanamente *sans lettre* aluden a ella, se consolida.

Así que la única salida para sortear semejante aporía consistiría en sostener la tesis—y es lo que pienso hacer— de la *diádica equivalencia prospectada* entre naturaleza *negocial* del arbitraje y *garantías ordinarias* de aplicación en el mismo.⁹⁴

Visto ya lo más relevante del panorama prospectado no me queda más remedio que admitir que, frente a la patología jurídica de la *controversia disponible*, el arbitraje responde mediante la adopción de un sistema de *garantías procesales comunes u ordinarias*, que han de ser asumidas por el árbitro, en la línea del *reconocimiento* de un común u ordinario “*derecho al debido proceso sustantivo arbitral*”. Esas *garantías* son las *comunes u ordinarias* que confluyen en el

94. LORCA NAVARRETE, Antonio M^a. *La anulación del laudo arbitral. Una investigación jurisprudencial y doctrinal*, cit., pp. 50 y 51.

proceso arbitral al que proyectan una realidad *sustantiva y material, dinámica y temporal*. El resultado final es *procesal*, con *garantías procesales comunes u ordinarias* —¡atención!: *no constitucionales*—, aunque el *proceso* deba servirse del *procedimiento* —arbitral— [las concretas *actuaciones arbitrales*] como *realidad técnica, acrítica, mecanicista y atemporal* que se conecta con la realidad *procesal sustantiva y garantista* del arbitraje de “*aquí y ahora*” que proyecta el proceso a *diferencia del procedimiento acrítico, mecanicista y atemporal* a seguir en la sustanciación de las actuaciones arbitrales.

En el problema puntual que me entretiene diré y añadiré que el *garantismo común u ordinario* que implica la “*sustanciación de las actuaciones arbitrales*” se distingue del *garantismo jurisdiccional* en general por la circunstancia de que el árbitro *no es un órgano jurisdiccional o que ejerza la función jurisdiccional en razón de hallarse investido de la potestad jurisdiccional constitucional*. Ergo, *existe un garantismo del arbitraje de desarrollo procesal común u ordinario que no es un garantismo jurisdiccional de justificación constitucional*.⁹⁵

En definitiva, se erigen *garantías procesales comunes u ordinarias*⁹⁶ de las actuaciones arbitrales a las que se ajustará el *procedimiento a seguir en la sustanciación de esas actuaciones en todo caso* ya que garantizado el respeto a esas *normas básicas*, las *reglas que sobre el procedimiento arbitral se establecen son dispositivas* y resultan, por tanto,

aplicables solo si, las partes [autonomía *negocial*] nada han acordado directamente o por su aceptación de un arbitraje institucional o de un reglamento arbitral. La *garantía procesal común u ordinaria* de esas “*normas básicas*” evidencia, por tanto, que *apenas* existen normas imperativas y que la normativa sobre arbitraje *se va a rendir*, sin compadecimiento alguno, al modelo *negocial* de autonomía de la voluntad de las partes.⁹⁷

Con este excursus no he buscado extenuar a nadie sino prevenir al paciente lector que *también* es cierto que las *garantías* de las actuaciones arbitrales se acomodan *bien* a las garantías constitucionales *jurisdiccionalizadas* y tanto es así que el ponente RIVES SEVA⁹⁸ conceptuaba el proceso arbitral como *sistema de garantías* que respondía al desarrollo de unos principios procesales *exigibles* también en el ámbito de la *tutela judicial efectiva*. Se decía que si la decisión del árbitro *es de justificación procesal los principios procesales que le son de aplicación eran los inherentes a la tutela judicial efectiva*.

Vuelvo a la carga. Y espero, no ser cargante. Las *garantías esenciales* de aplicación a las actuaciones arbitrales *equivalían*, pues, a los *contenidos o comprendidos* en la tutela judicial efectiva constitucional. Es la tesis que propugnó el ponente CERÓN HERNÁNDEZ.⁹⁹

Vuelvo de nuevo a la carga (y a ser cargante, seguro) remachando el mismo mensaje. El ponente GONZÁLEZ OLLEROS¹⁰⁰ decía incluso

95. *Loc. Cit.*

96. *Loc. Cit.*

97. LORCA NAVARRETE, Antonio M^o. *¿Es posible el amparo constitucional frente al arbitraje? Reflexiones sobre la justificación del arbitraje*, cit., pg. 116.

98. RIVES SEVA, J. M^o. Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante de 26 de febrero de 1999, en RVDPA, 1, 2001, § 250, pág. 101. Se puede consultar en la web: www.cortevascadearbitraje.com, en la Sección: Base de datos de jurisprudencia arbitral.

99. CERÓN HERNÁNDEZ, J. Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante de 22 de marzo de 1999, en RVDPA, 1, 2001, § 252, pág. 109. Se puede consultar en la web: www.cortevascadearbitraje.com, en la Sección: Base de datos de jurisprudencia arbitral.

100. GONZÁLEZ OLLEROS, J. Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 23 de septiembre de 2000, en RVDPA, 3, 2002, § 289, pp. 696 y ss. Se puede consultar en la web: www.cortevascadearbitraje.com, en la Sección: Base de datos de jurisprudencia arbitral.

que en el arbitraje se aplican *las mismas garantías de justificación constitucional*. El ponente MARTÍNEZ GARCÍA¹⁰¹ apostillaba que la decisión del árbitro *implicaba la realización del derecho a la tutela judicial efectiva*.

O sea, que se admitió que la *anulación del laudo arbitral por infracción de los valores fundamentales del arbitraje como proceso que es son los consagrados en la norma constitucional*. Era la tesis del ponente ROMERA MARTÍNEZ.¹⁰²

Me azoran tales remisiones al claustro de "lo jurisprudencial" por chocar frontalmente con las tesis del ponente constitucional DELGADO BARRIO. Si se acoge la impostación consistente en que en el arbitraje se aplican unas *mismas garantías de justificación constitucional* deberá sonar como estruendosa la afirmación de que en él *nada hay de* —¡atención!— *garantía común u ordinaria* y que, por tanto, la conclusión de orden práctico no sería otra que la de *no cerrar el paso al amparo constitucional a las garantías que se vulneren en el arbitraje*.¹⁰³ Pero seamos realistas, no es ese el mensaje que desea enviar nuestro esforzado ponente constitucional DELGADO BARRIO para el que, frente a la interrogante: *¿garantías ordinarias versus garantías constitucionales en el arbitraje? la respuesta ha de consistir en la prevalencia y afirmación, sin fisuras, de las primeras en el arbitraje*¹⁰⁴ frente al deseo de integrar en el arbitraje *garantías de justificación constitucional*.

Con todo, no nos dejemos ofuscar con el presunto resplandor de tal afirmación pues habrá que examinar con algún detenimiento esa, sin duda, importante conclusión que ha supuesto revisar la jurisprudencia arbitral existente sobre el tipo de *garantías ubicables* en el arbitraje. Por lo pronto, resulta que las inercias prejuiciosas, por las que a menudo nos dejamos llevar, pregonan la poca atención que se presta a cuestiones no exentas de importancia como las que afectan al *tipo de garantías* que se ejercen en el arbitraje. Así que tomaré como punto de referencia la proyección de *garantía común u ordinaria de origen negocial* de las actuaciones arbitrales (*garantismo*) basada en el *principio de autonomía negocial de la voluntad*.¹⁰⁵

Este punto de partida no me ha sido vano ni contraproducente. Al menos he conseguido aclarar algo: la proyección de *garantía común u ordinaria de origen negocial de las actuaciones arbitrales (garantismo) constituye la justificación del arbitraje*¹⁰⁶ —al margen de cualquier polémica en torno al mismo, ya sea *contractualista, jurisprudencialista o mixta*—; lo que significa que no basta con *la sola afirmación* de que a través del arbitraje se *garantiza* la resolución de la controversia, ya sea en equidad o en derecho, sino que es preciso, además, *conectar* la actividad de *garantía* que se lleva a cabo mediante la actuación del árbitro con el *sistema de garantías procesales comunes u ordinarias recogidas y asumidas, en nuestro caso, por la normativa arbitral*.¹⁰⁷

101. MARTÍNEZ GARCÍA, A. S. Sentencia de la Audiencia Provincial de Palencia de 10 de junio de 1999, en RVDPA, 2, 2000, § 227, pág. 441. Se puede consultar en la web: www.cortevascadearbitraje.com, en la Sección: Base de datos de jurisprudencia arbitral.

102. ROMERA MARTÍNEZ, J. M^a. Sentencia de la Audiencia Provincial de Ávila de 6 de septiembre de 1995, en RVDPA, 3, 1997, § 117, pp. 583 y 584.

103. LORCA NAVARRETE, Antonio M^a. *La anulación del laudo arbitral. Una investigación jurisprudencial y doctrinal*, cit., pág. 52.

104. *Loc. Cit.*

105. LORCA NAVARRETE, Antonio M^a. *¿Es posible el amparo constitucional frente al arbitraje? Reflexiones sobre la justificación del arbitraje*, cit., pp. 117 y 118.

106. LORCA NAVARRETE, Antonio M^a. *La anulación del laudo arbitral. Una investigación jurisprudencial y doctrinal*, cit., pág. 52.

107. *Ibid.*, pp. 52 y 53.

Pero, también he conseguido aclarar algo más: que nos hallamos en un entorno temático en el que bulle la preocupación por el control del orden público ya sea interno o doméstico como comercial internacional. Y acaso para hacer frente a él sería bueno concluir afirmando que mediante las *garantías comunes u ordinarias* que asume el arbitraje justificadas en el *principio de autonomía negocial de la voluntad* debe afrontarse la vulneración del orden público, tanto en el laudo arbitral interno o doméstico como co-

mercial internacional, *no tanto como infracción de garantías constitucionales comprendidas en el texto constitucional que impliquen el traslado al laudo arbitral de las garantías del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, cuanto más bien como un modelo garantista que responde al desarrollo de unas garantías procesales comunes u ordinarias —negociales— exigibles también en el ámbito de la tutela judicial efectiva. Pero ¡jojo! no integradas¹⁰⁸ en ese ámbito de tutela judicial efectiva constitucional.*

108. LORCA NAVARRETE, Antonio M^º. *La anulación del laudo arbitral. Una investigación jurisprudencial y doctrinal*, cit., pág. 53.