

Discurrir sobre el arbitraje requiere algo más que conocimientos jurídicos. No sobran ni los sociológicos, técnico-científicos, históricos, prácticos, morales ni, por supuesto, los económicos; pero, como mínimo, es preciso atender a la fenomenología o entraña de esta institución, que busca resolver un conflicto de intereses entre partes, sobre materias de “*libre disposición conforme a Derecho*”.

Saber, en definitiva, y así se ha dicho por la doctrina de los autores, tanto para el arbitraje interno como para el internacional, que es “una alternativa heterocompositiva a la solución jurisdiccional, fundada en la voluntad de las partes”. En ella se entrecruzan -estructurándolas o reforzándolas - las esferas jurídica y económica.

De modo suficientemente expresivo, el Tribunal Constitucional, en Sentencia 288/1993, de 4 de octubre, con cita de la STC 62/1991, aludiendo a su naturaleza, señaló que “*el arbitraje es un equivalente jurisdiccional mediante el cual las partes pueden obtener los mismos objetivos que con la jurisdicción civil, esto es, la obtención de una decisión que ponga fin al conflicto con todos los efectos de las cosa juzgada*”-

Si atendemos a la vigente Ley de Arbitraje 60/2003, de 23 de diciembre, objeto de pronta modificación, y básicamente a su artículo 9º, regulador del *convenio arbitral (que podrá adoptar la forma de cláusula incorporada a un contrato o de acuerdo independiente)*, sin merma de acercarnos a otros tipos de arbitraje, como el testamentario (art. 10 de la citada Ley), que busca solucionar las *diferencias entre herederos no forzosos o legatarios por cuestiones relativas a la administración y distribución de la herencia*, se trata de solventar “*todas o algunas de las controversias que hayan surgido o que puedan surgir respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual*”, sometiéndose a la decisión de uno o varios árbitros (o de una Institución arbitral), cuyo compromiso aceptan para que aquéllas sean resueltas a través de un laudo o sentencia arbitral y que va dirigido a producir los efectos de la *cosa juzgada*, con la significación propugnada por el artículo 222, 1 y 4, de la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil: “la cosa juzgada de las sentencias firmes, sean estimatorias o desestimatorias, excluirá un ulterior proceso cuyo objeto sea idéntico al del proceso en que aquélla se produjo ... Lo resuelto con fuerza de cosa juzgada vinculará al tribunal de un proceso posterior siempre que los litigantes de ambos procesos sean los mismos o la cosa juzgada se extienda a ellos por disposición legal sean los mismos...”, aunque en la anunciada reforma legislativa del actual artículo 43 se postula que “frente a él (al laudo) sólo cabrá ejercitar la *acción de anulación* y, en su caso, solicitar la *revisión* conforme a lo establecido en la Ley de Enjuiciamiento Civil para las sentencias firmes”.

-II-

En la Exposición de Motivos del *Proyecto de Ley de Reforma de la Ley 60/2003*, y que abarca la *regulación del arbitraje institucional en la Administración General del Estado y de sus Entes instrumentales*, así como la *modificación de la Ley Orgánica del Poder Judicial, de 1 de julio de 1985*, elevado al Consejo de Ministros en 16 de julio de 2010, aunque reconoce en el vigente Texto legal “un avance cualitativo de entidad en la regulación de esta institución, estableciendo un nuevo marco para el arbitraje interno e internacional que toma como referencia la Ley Modelo de la UNCITRAL, sobre el arbitraje comercial, aprobada el 21 de junio de 1985”, el legislador actual cree conveniente efectuar retoques de importancia. Entre los cuales cabe destacar las relativas al *arbitraje de equidad*, suprimido en los arbitrajes internos, pues solamente

decidirán los árbitros en equidad “*si las partes les han autorizado expresamente para ello y se tratare de un arbitraje internacional*”, conforme a la nueva redacción del artículo 34.1 instaurada por el Proyecto de Reforma de la repetida Ley 60/2003, siquiera se mantenga que en los *arbitrajes de consumo* se “podrá establecer la decisión en equidad” (Disposición adicional única del propio texto legal), “al contar con una regulación propia”; la regulación de las “*controversias jurídicas en la Administración General del Estado y sus Organismos públicos*”; la exigencia de contratación, a los árbitros o a las instituciones arbitrales en su nombre, de “*un seguro de responsabilidad civil o garantía equivalente*”, en la cuantía que reglamentariamente se determine; y, en fin, la introducción de dos nuevos artículos (11 bis y 11 ter) referidos al “*arbitraje estatutario*”, con la posibilidad de que los estatutos sociales originarios de las sociedades establezcan que la “*impugnación de los acuerdos sociales por los socios o administradores quede sometida a la decisión de uno o varios árbitros, encomendándose la administración del arbitraje y la decisión de los árbitros a una institución arbitral*”.

El Derecho y la Economía – enseñaba Ortega y Gasset – son disciplinas de cautela. Hay que andar, pues con tiento, con el “buen tino” del clásico, y para ello basta observar al día de hoy la **imponente** importancia del territorio económico en un mundo globalizado, y que ha forzado, en la opinión que hace algún tiempo formuló el filósofo del Derecho Juan Ramón Capella (*Fruta prohibida, Ed. Trotta, Madrid, 1997*), la aparición de un “*nuevo Derecho económico y tecnológico... el autoimpuesto por un soberano difuso en forma de nueva lex mercatoria supraestatal... La globalización de los intercambios ha impuesto la realización de algunas actividades económicas mundiales en tiempo real. Así, las actividades financieras: las principales bolsas de valores del mundo se hallan intercomunicadas electrónicamente entre sí y con los operadores bursátiles, de modo que los desplazamientos de capital operan mundialmente en tiempo real...*” De ahí la afirmación de que “*los instrumentos estatales de mediación, y fundamentalmente la jurisdicción, que exigen tiempo y formas – condición de las garantías – para conocer y decidir, resultan inoperantes y obsoletos para los grandes agentes económicos actuales, los cuales han de recurrir a instancias de mediación privada*”.

-III-

La jurisdicción, como vemos, para cumplir adecuadamente su función, necesita tiempo (no demora) y forma (no formalismos) para que el justiciable sea atendido; pero el empresario, el industrial, el comerciante, el hombre de negocios, exige que, sin detrimento de ofrecerles las necesarias garantías, la resolución de sus problemas se haga de manera rápida, segura y eficaz. Eso pretende el arbitraje.

Y lo pretende con apoyo constitucional, toda vez que la Constitución de 1978 entroniza como *valores superiores de nuestro ordenamiento jurídico*, entre otros, y conforme dispone su artículo 1º. 1, *la libertad y la justicia*. Y así como *la verdad* - se ha dicho por respetables intérpretes - es la mayor virtud de los sistemas del pensamiento, *la justicia* lo es de las instituciones sociales. Una justicia que ha de ser referida a un supremo y fundamental valor, “el de más alto prestigio que cabe invocar para cualificar un acto”; en este caso, una decisión arbitral. “Todo árbitro – dice el artículo 17.1 de la Ley 60/2003 – “debe ser y permanecer durante el arbitraje independiente e imparcial”. Y una libertad, con apoyo en la autonomía de la voluntad a la que antes aludíamos, que permitirá a las partes, entre otras atribuciones, con sus correlativos deberes, “convenir

libremente el procedimiento al que hayan de ajustarse los árbitros en sus actuaciones”, según reza el artículo 25.1 de dicha Ley.

Al lado del llamado arbitraje *ad hoc*, nuestra legislación permite el *arbitraje institucional*, esto es, el que puede practicar la CORTE DE ARBITRAJE DE LA CONFEDERACIÓN DE EMPRESARIOS DE FERROLTERRA, EUME Y ORTEGAL (COFER), ya que, conforme al articulado del vigente Texto legal, también retocado por el Proyecto de Reforma de la Ley 60/2003, “*Las partes podrán encomendar la administración del arbitraje y la designación de árbitros (art. 14. 1 b) a: Asociaciones y entidades sin ánimo de lucro en cuyos estatutos de prevean funciones arbitrales, prescribiendo el número 2, que “las instituciones arbitrales ejercerán sus funciones conforme a sus propios Reglamentos”, añadiéndose en el citado Proyecto de Reforma un nuevo apartado 3 a este artículo por el que se dispone que “Las instituciones arbitrales velarán por el cumplimiento de las condiciones de capacidad de los árbitros y por la transparencia en su designación, así como su independencia”*. La institución arbitral – recordaba Cerdón Moreno (*El Arbitraje de Derecho Privado, Thomson Civitas, Ed. Aranzadi, 2005*) – “vigilará el procedimiento arbitral en todas sus fases, respaldando el laudo con la autoridad y prestigio no sólo del eventual árbitro que lo dicta, sino también de la institución en cuyo marco se ha llevado a cabo el procedimiento”.

El jurista romano Modestino enseñó, y su enseñanza pervive en la actualidad, que todo Derecho, además de ser confirmado por la costumbre, o lo estableció el consentimiento o lo constituyó la necesidad. El arbitraje, basado en la autonomía de la libertad de las partes (STC 43/1988), es decir, en el consentimiento de éstas, como institución que busca una pacífica solución para “todas o algunas de las controversias que hayan surgido o puedan surgir respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual”, puede ser un adecuado y renovado ejemplo al respecto.

La Corte de Arbitraje de la Confederación de Empresarios de Ferrolterra, Eume y Ortegal.

Pero hemos de seguir creyendo en el Derecho y en sus resortes para resolver conflictos, aunque – recordaba el fallecido sociólogo alemán Niklas Luhmann – “hemos positivizado nuestro Derecho; hemos hecho depender su validez de las decisiones del poder político; es decir, un determinado sector de la sociedad nos dice qué es Derecho. Desde el punto de vista sociológico es un milagro que esto funcione, ni siquiera los juristas creen en ello.

ALEJANDRO NIETO, catedrático de Derecho Administrativo y ex presidente del Consejo Superior de Investigaciones Científicas, escribió en el año 2006 un libro titulado “El desgobierno Judicial”, paradójicamente dedicado a los Jueces, y en donde se abunda a esas tardanzas: El 90% de los recursos de amparo ante el TC son inadmitidos, y más de 10.000 recursos ante el Tribunal Supremo de Justicia llevan igual suerte, cada año. La fisiología humano-social advierte de una desorbitada proliferación del Derecho, de leyes y esa obesidad se traslada a la Admón. de Justicia, impotente, en muchos casos, de resolver lo que ante ella se presenta.

Transcurridos 32 años desde la entrada en vigor de la Constitución de 1978, se constata que las aspiraciones de los constituyentes de articular *un sistema judicial sereno, equilibrado, garantista y eficiente (dice el Magistrado del TS don José Manuel Bandrés)*, consagrado a la realización material de la justicia y comprometido radicalmente con la defensa de los derechos fundamentales y libertades p'ublicas, capaz de generar la confianza de los ciudadanos, no han sido plenamente satisfechas. Incluso propugan “sistemas de resolución alternativa de conflictos. Busca lo que llama “implementación de la justicia cívica”, ya que “el sistema judicial no se agota con el ejercicio de la jurisdicción por jueces y magistrados..., porque la propia CONSTITUCIÓN dispone la conservación de Tribunales consuetudinarios y tradiciones para la resolución de conflictos en equidad. Cabe, por tanto, **desde la óptica constitucional** diseñar *mecanismos de mediación o conciliación – y así lo entendía también el Fiscal Jefe de la Audiencia Provincial de Coruña, que permita a los ciudadanos resolver con inmediatez los pequeños conflictos (y yo digo, y hasta los grandes). Evitando así los peligros de una Justicia corporativa, burocratizada, ineficiente, opaca y marginal: son palabras del referido magistrado.*

De interés es igualmente las Jornadas que la AGJy Legislación celebró en La Coruña sobre el arbitraje en las reuniones de las Academias Iberoamericanas y Filipinas, o el REAL DECRETO 231/2008, DE 15 DE FEBRERO, QUE TRAE CAUSA DE LA Ley 26/1984, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, POR EL QUE SE REGULA EL Sistema Arbitral de Consumo, con base en el art. 51 de CE (en donde se insta a los Poderes públicos a garantizar la defensa de los consumidores y usuarios protegiendo, mediante procedimientos eficaces, SU SEGURIDAD, SALUD Y SUS LEGÍTIMOS INTERESES.

En este mismo sentido, son varios los autores y tratadistas del Derecho en España (Cremades, Hernández Gil - Alvarz Cienfuegos, Otero Lastres y algún otro), que abogan por una JUSTICIA ARBITRAL. OTERO LASTRES recordaba en un reciente trabajo, febrero de 2007, que “una lectura superficial y apresurada de la CE de 1978 podría producir la sorprendente y errónea impresión de que el arbitraje no es una institución para administrar justicia. En efecto, el art. 117 CE dispone que “*La justicia*

emana del pueblo y se administra en nombre del rey por Jueces y Magistrados integrantes del Poder judicial, independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente al imperio de la Ley; y el art. 24. 1 CE también señala que el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva de los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos sólo puede obtenerse de “los jueces y tribunales”. Sin embargo, si de la CE descendemos a la legalidad ordinaria y tenemos a la vista la LEY De arbitraje 60/2003, DE 23 DE DICIEMBRE, NO EXISTE LA MÁS MÍNIMA DUDA DE QUE EL ARBITRAJE ES UN MEDIO DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS JURÍDICAS Y, CONSIGUIENTEMENTE, DE QUE ESTÁ INCARDINADO EN NUESTRO SISTEMA DE ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA. La misma tradición constitucional española recoge ejemplos expresos de ese mecanismo. En las Ordenanzas de Bilbao de 1737; en la **Constitución de Cádiz de 1812**, el art. 280 declaraba en su art. 280, que “No se podrá privar a ningún español del derecho de terminar sus diferencias por medio de jueces árbitros, elegidos por las partes, añadiendo en el art. 281 que “la sentencia que dieren los árbitros, se ejecutará si las partes al hacer el compromiso no se hubieren reservado el derecho de apelar”. Parece claro que, a pesar del art. 117 CE, todo ciudadano puede optar, para que se le administre justicia, por dos caminos: acudir a la jurisdicción estatal sometiéndose a lo que decidan jueces y magistrados o convenir, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, que sean uno o más árbitros (o institución adecuada (art. 14 encomendar la administración del arbitraje y la designación de árbitro a las Corporaciones de Derecho Público que puedan desempeñar funciones arbitrales, según sus normas reguladoras, o b) Asociaciones y entidades sin ánimo de lucro en sus estatutos prevean funciones arbitrales) las que decidan el conflicto. Tan es así que el propio TC lo ha admitido.

La Constitución de 1978 habla de la justicia y la libertad como valores superiores de nuestro ordenamiento jurídico.

Así como LA VERDAD es la mayor virtud de los sistemas de pensamiento; LA JUSTICIA lo es de las instituciones sociales.

La justicia no es mera *afectio animi* animi, ni expresión emocional, ni una pretensión declamatoria: En un supremo valor central, el de más alto prestigio que puede invocar el ciudadano para **calificar un acto EN ESTE CASO, EL REMEDIO DEL ARBITRAJE O** la defensa de sus intereses. A través del juego de la libertad se puede acudir al arbitraje.

EL TC, en S 174/1995, de 23 de noviembre señala que “el arbitraje es un medio para la solución de conflictos basado en la autonomía de la libertad de las partes, como declaramos en nuestra Sentencia 43/1988, y supone una renuncia a la jurisdicción estatal por la del árbitro o árbitros (y que) se considera un equivalente jurisdiccional mediante el cual las partes pueden obtener los mismos objetivos que con la jurisdicción civil (esto es, la obtención de una decisión que ponga fin al conflicto con todos los efectos de la cosa juzgada”. Ahora bien, al no ser los árbitros órganos del Estado, esto se refleja en dos importantes repercusiones. La primera, el **laudo arbitral** tiene cerrado el acceso al Recurso de Amparo (el TC solamente podrá revisar en amparo las eventuales vulneraciones que se hayan realizado en el recurso jurisdiccional de anulación del laudo; la segunda limitación reside en que los Tribunales arbitrales carecen de legitimación para plantear cuestiones de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional.