

DIRECTORAS

Pilar Martín Ríos

María Ángeles Pérez Marín

Profesoras Titulares de Derecho Procesal (Universidad de Sevilla)

Coordinadores

Enrique C. Pérez-Luño Robledo

María Luisa Domínguez Barragán

Profesores Doctores de Derecho Procesal (Universidad de Sevilla)

LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA EN ESPAÑA Y EN AMÉRICA

José Martín Ostos
(Liber Amicorum)

ASTIGI
EDITORIAL

Sevilla • 2021

La publicación de esta obra ha sido sufragada con ayuda del Grupo de Investigación SEJ-308 “La Administración de Justicia en España y América”, de la Universidad de Sevilla, por lo que su distribución es gratuita.

Editorial Astigi
c/ Antioquía, 1. Bloque 5 – 9º B.
41007 – Sevilla (España).
Teléfono 954 25 42 46
info@editorialastigi.com
www.editorialastigi.com

Diseño de portada: Sara García
Maquetación editorial: Georgia Delena
www.maquetacionlibros.com

I.S.B.N.: 978-84-122971-5-7
Año de publicación: 2021

Todos los derechos reservados. No está permitida la impresión de parte alguna de este libro, ni tampoco su reproducción, ni utilización, en cualquier forma o por cualquier medio, bien sea electrónico, mecánico, químico o de otro tipo, tanto conocido como los que puedan inventarse, incluyendo la grabación, ni se permite su almacenamiento en un sistema de información y recuperación, sin el permiso anticipado y por escrito de Editorial Astigi.

ÍNDICE GENERAL

<i>Presentación</i>	13
<i>Palabras de despedida del Profesor Martín Ostos</i>	17
<i>Relación de autores</i>	23
<i>¿Expulsión o traslado de presos extranjeros de nacionalidad comunitaria? Una reflexión sobre las razones de la escasa aplicación del reconocimiento mutuo de resoluciones por las que se impone una pena o medida privativa de libertad en España, por Juan Manuel Alonso Furelos</i>	27
<i>Mediación penal sí, pero no así. Argumentos críticos en relación a su actual regulación en el proceso penal español, por Cristina Alonso Salgado</i>	65
<i>Proceso penal del menor y cambios exigidos por la Directiva (UE) 2016/800, relativa a las garantías procesales de menores sospechosos o acusados en los procesos penales, por Coral Arangüena Fanego</i>	77
<i>Tratamiento de datos en la tramitación judicial, por María Jesús Ariza Colmenarejo</i>	93
<i>La tutela colectiva en la Administración de Justicia (análisis comparado y perspectivas de futuro en Europa), por Teresa Armenta Deu</i>	115
<i>Consideraciones actuales sobre la consignación en el recurso de suplicación, por Marta Artacho Martín-Lagos</i>	145
<i>La prueba ilícita y su triste destino, por José María Asencio Mellado</i>	175
<i>La conciliación como alternativa a la solución jurisdiccional al conflicto en el ámbito civil: trayectoria legislativa y nuevas perspectivas, por Juan Manuel Bermúdez Requena</i>	197
<i>La masacre en la UCA de El Salvador. Entre la justicia y la impunidad 30 años después, por Sidney Blanco</i>	219

<i>Hacia una Administración de Justicia Electrónica en Iberoamérica: propuestas a través del análisis de la experiencia española,</i> por Federico Bueno de Mata	247
<i>Proceso penal de menores y Derecho comparado: Novedades y desafíos,</i> por Lorenzo M. Bujosa Vadell	275
<i>Origen y evolución histórica de la jurisdicción de menores en Colombia,</i> por Lorena Elizabeth Cabrera Izquierdo	311
<i>Aspectos relevantes de la litigación civil en los acuerdos del proceso de paz en Colombia. Una visión comparada con España,</i> por Rafael Cabrera Mercado y Pedro Manuel Quesada López	325
<i>Peregrinaje de James Goldschmidt por las Universidades españolas acosado por el nazismo,</i> por Manuel Cachón Cadenas.....	345
<i>La oportunidad de erradicar el encarnizamiento procesal en la jurisdicción civil,</i> por Sonia Calaza López.....	375
<i>Contribuciones de la Administración de Justicia a la calidad normativa,</i> por Julia Carceller Stella.....	405
<i>Garantías constitucionales de la jurisdicción española,</i> por Ana María Chocrón Giráldez	413
<i>Intrumentos procesales para la protección de la víctima en el ámbito familiar,</i> por Gonzalo M. Cobo de la Torre.....	433
<i>El proceso penal y la verdad,</i> por Jorge A. Coussirat.....	455
<i>Las partes en el Código de la Niñez y la Adolescencia de Nicaragua,</i> por María Milagros Cuadra Chiong.....	487
<i>La intervención sobre menores de 14 años en conflicto social,</i> por Elisabet Cueto Santa Eugenia	511
<i>Un litigio de 1816 desde la visión procesal del siglo XXI: exposición y análisis de un pleito civil en la ciudad de Écija,</i> por María Luisa Domínguez Barragán.....	527
<i>El embargo y sus incidencias,</i> por Julio José Elías Baturones.....	551
<i>La cuestión de la eficacia de la denuncia penal interpuesta mediante firma electrónica,</i> por Lucana Estévez Mendoza.....	575

<i>¿Expulsión o traslado de presos extranjeros de nacionalidad comunitaria? Una reflexión sobre las razones de la escasa aplicación del reconocimiento mutuo de resoluciones por las que se impone una pena o medida privativa de libertad en España</i> , por Patricia Faraldo Cabana y M. ^a Ángeles Catalina Benavente.....	589
<i>Proceso penal, principio acusatorio y sentencia en Centroamérica</i> , por María José Fernández-Fígares Morales.....	601
<i>De los juicios telemáticos y otras medidas procesales a propósito de “ser diligentes para mejor proveer el colapso de la administración de justicia”</i> , por Jackeline Flores Martín.....	631
<i>La entrega de la persona reclamada en caso de condena a la pena de muerte en el acuerdo de extradición entre Unión Europea y los Estados Unidos de América</i> , por Leticia Fontestad Portalés.....	641
<i>La anotación preventiva de embargo y los titulares de derechos reales anteriores no inscritos o inscritos con posterioridad a la anotación</i> , por Just Franco Arias	657
<i>Sobre los presupuestos de admisibilidad del recurso de amparo constitucional</i> , por José Garberí Llobregat.....	685
<i>Elección de los tribunales superiores e independencia judicial ad extra: un estudio comparado en América</i> , por María Dolores García Sánchez.....	697
<i>La reforma del proceso de modificación de la capacidad en España: su adecuación a la convención de la ONU sobre derechos de las personas con discapacidad</i> , por Regina Garcimartín Montero.....	719
<i>Algunas reflexiones sobre las atribuciones y competencias de la Fiscalía Europea</i> , por Francisco Salvador Gil García.....	731
<i>El principio de oportunidad y la mediación penal</i> , por Vicente Gimeno Sendra	747
<i>El uso del derecho comparado en el Derecho Procesal</i> , por Juan Luis Gómez Colomer	771
<i>Las costas y la tutela judicial</i> , por Elena Gómez de Liaño Diego.....	801

<i>Intervención en la mesa homenaje con motivo de la jubilación del Prof. José de los Santos Martín Ostos, en el I Congreso Internacional “La Administración de Justicia en España y en América”, el día 20 de septiembre de 2019, por Fernando Gómez de Liaño González.....</i>	809
<i>El procedimiento por aceptación de decreto, por Nicolás González-Cuéllar Serrano.....</i>	815
<i>Un examen crítico de los plazos en la investigación penal española en el marco de una perspectiva comparada, por Saúl González García</i>	829
<i>Ética e independencia judicial: breve consideración a propósito del código ético para la carrera judicial, por Piedad González Granda</i>	841
<i>Registros delictivos en el sistema penal juvenil: resabios de un derecho penal de autor, por Violeta González Valdez.....</i>	867
<i>Breves apuntes sobre el mecanismo de rectificación del laudo y las costas dentro del procedimiento arbitral (STSJ de Islas Baleares de 2/2019 de 20 febrero), por María Rosa Gutiérrez Sanz</i>	899
<i>Jurisdicción versus arbitraje: fundamento constitucional, por Isabel Hernández Gómez</i>	909
<i>Dificultades y denegaciones reiteradas en la ejecución de órdenes de detención europeas. Administrar justicia en el caso procés, por Alejandro Hernández López.....</i>	947
<i>La Ley 35/1995 frente a la violencia sexual, por Belén Hernández Moura.....</i>	961
<i>La ejecución no dineraria y la suspensión por vulnerabilidad social de los lanzamientos en el proceso civil, por Juan Luis Ibarra Sánchez.....</i>	973
<i>La responsabilidad penal del menor: un análisis comparado de España y Perú, por Sandra Jiménez Arroyo</i>	989
<i>La implementación de las sentencias de la Corte Interamericana de DH en México y su impacto en la Administración y Procuración de Justicia, por Elba Jiménez Solares y Luis Ernesto Orozco Torres.....</i>	1001
<i>La Administración de Justicia en la cooperación judicial europea, por Mar Jimeno Bulnes.....</i>	1019

<i>Los tribunales de tratamiento de drogas en iberoamérica: en especial, la experiencia chilena</i> , por M. ^a Pilar Ladrón Tabuena.....	1059
<i>Principio de proporcionalidad y tratamiento de datos personales en el proceso penal</i> , por María Elena Laro González.....	1075
<i>Génesis e involución de la regla de exclusión probatoria penal</i> , por Verónica López Yagües	1089
<i>Las víctimas necesitadas de especial protección en el estatuto de la víctima del delito: modificaciones introducidas en el anteproyecto de ley orgánica de garantía integral de la libertad sexual</i> , por Ana Isabel Luaces Gutiérrez ...	1131
<i>Justicia versus corrupción: la creación de la jurisdicción nacional anticorrupción en Honduras y la regulación de la responsabilidad penal corporativa en el nuevo código penal de 2019</i> , por Christa M. ^a Madrid Boquín.....	1155
<i>Una necesidad emergente en justicia: la figura del abogado del niño</i> , por Fernando Martín Diz.....	1171
<i>¿Es conveniente el enjuiciamiento conjunto de menores y mayores de edad involucrados en delitos conexos?</i> , por Pilar Martín Ríos	1195
<i>La mejora del nivel académico de la carrera de Derecho durante la Segunda República. Recurrentes propuestas hispalenses</i> , por Antonio Merchán Álvarez.....	1221
<i>Justicia Penal y Justicia Transicional: análisis del caso colombiano</i> , por Ricardo Molina López.....	1243
<i>Lenguaje jurídico: el derecho a comprender por legos y leguleyos</i> , por Lidón Montón García	1261
<i>Desigualdades masculinas: algunas reflexiones socio-legislativas</i> , por Mar Montón García.....	1283
<i>Implicaciones procesales del derecho a la protección de datos de carácter personal en el régimen jurídico relativo a la fiscalía europea</i> , por Juan Alejandro Montoro Sánchez	1293

<i>El plazo razonable en la investigación de los delitos. Una garantía de la presunción de inocencia</i> , por Víctor Moreno Catena	1307
<i>El “interés superior del menor” en la ejecución de la pena privativa de libertad de su cuidador/a principal</i> , por Carmen Navarro Villanueva	1349
<i>Seis conceptos en busca de un objetivo: jurisdicción, acción, proceso, derechos, pena y delito</i> , por Jordi Nieva Fenoll.....	1363
<i>A vueltas con el derecho a la ejecución y la tutela judicial efectiva</i> , por Virtudes Ochoa Monzó.....	1387
<i>Garantismo y presunción de inocencia en Europa</i> , por Francisco Ortego Pérez.....	1399
<i>Eficiencia de la justicia civil: evaluación y medios de mejora</i> , por Manuel Ortells Ramos.....	1417
<i>Comentario crítico de la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 6 de mayo de 2020, que ha revocado la paternidad de Julio Iglesias</i> , por Manuel Oteros Fernández	1463
<i>Letra y espíritu de las constituciones del colegio de la Asunción de Córdoba y del colegio San Bartolomé y Santiago de Granada (Ss. XVI-XVIII)</i> , por Manuel Peláez del Rosal.....	1477
<i>La prueba en el proceso de consumo: las facultades del juez y las normas de prueba como mecanismo de igualdad de las partes</i> , por Vicente Pérez Daudí.....	1499
<i>Deontología profesional para la abogacía</i> , por Antonio Enrique Pérez Luño	1523
<i>La tutela procesal de los datos personales en España e Iberoamérica</i> , por Enrique César Pérez-Luño Robledo	1545
<i>De nuevo sobre sobre las facultades de las partes en el proceso civil</i> , por M. ^a Ángeles Pérez Marín	1565
<i>La prueba ilícita: un concepto todavía por definir</i> , por Joan Picó i Junoy.....	1589
<i>La regla de exclusión probatoria y sus excepciones</i> , por María Paula Quiroga Corti.....	1607

<i>Revisitando a Sísifo en el Hades procesal</i> , por Francisco Ramos Méndez.....	1631
<i>La admisión de la solicitud de habeas corpus</i> , por Walter Reifarth Muñoz ..	1647
<i>Intervención en la mesa homenaje con motivo de la jubilación del prof. José de los Santos Martín Ostos, en el I Congreso Internacional "La justicia y la Administración de Justicia en España y en América", el día 20 de septiembre de 2019</i> , por Luis Revilla Pérez.....	1669
<i>Los Pacheco: ilustres juristas del siglo diecinueve</i> , por Consuelo Ríos Molina	1673
<i>La administración pública ante la jurisdicción civil. Del peregrinaje jurisdiccional a la acción directa</i> , por José María Roca Martínez	1691
<i>Novedades normativas en el cumplimiento del deber de información en el tratamiento de datos personales</i> , por Juan Francisco Rodríguez Ayuso	1711
<i>Espacios de consenso vs espacios de conflicto en el enjuiciamiento penal de la corrupción</i> , por Nicolás Rodríguez García	1723
<i>La Corte Internacional de Justicia</i> , por Alba Rosell Corbelle	1745
<i>La negociación y la mediación como nuevos ámbitos de los estudios procesales</i> , por Jesús Sáez González	1769
<i>El Consejo General del Poder Judicial y la selección y formación de jueces y magistrados</i> , por M. ^a Inmaculada Sánchez Barrios.....	1785
<i>El internamiento involuntario por razón de trastorno psíquico y su inapropiada extensión a supuestos de carácter asistencial o residencial</i> , por Ana Sánchez Rubio	1807
<i>Reflexiones sobre los derechos procesales del menor encausado en el contexto jurídico actual (la incidencia de la Directiva (UE) 2016/800 en el modelo español de justicia de menores)</i> , por Ágata M. ^a Sanz Hermida	1825
<i>Menores de edad juzgados en ausencia en el proceso penal: abordaje por la normativa de la Unión Europea y la legislación española</i> , por Mercedes Serrano Masip	1843
<i>Técnicas policiales utilizadas en la cibervigilancia</i> , por Manuel J. Távora Serra	1853

<i>Acerca de la conciliación como apuesta eficaz en la resolución de conflictos en el proceso contencioso administrativo</i> , por Almudena Valiño Ces.....	1869
<i>Conexión penal y tribunal del jurado</i> , por David Vallespín Pérez	1883
<i>Evolución de la justicia penal juvenil en Estados Unidos:</i> <i>¿Hacia un modelo respetuoso de los derechos humanos de los niños?</i> , por Carlos Vázquez González	1903
<i>El Derecho Procesal: de gran ciencia jurídica a la banalidad</i> , por José Luis Vázquez Sotelo.....	1931
<i>Los juicios de desahucio en la LEC de 1881 (1881-2000)</i> , por Antonio José Vélez Toro	1957
<i>El ciberagente en la lucha de la pornografía infantil</i> , por Rocío Zafra Espinosa de los Monteros	1973

JURISDICCIÓN VERSUS ARBITRAJE: FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL

Isabel Hernández Gómez
Profesora Titular de Derecho Procesal
(Universidad de Las Palmas de Gran Canaria)

Sumario: I. INTRODUCCIÓN. II. FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL DEL ARBITRAJE. III. EL CONVENIO FUNDAMENTO DE LA JURISDICCIÓN ARBITRAL. IV. JURISDICCIÓN Y ARBITRAJE, MÉTODOS COMPLEMENTARIOS: INTERVENCIÓN DEL JUEZ EN EL PROCEDIMIENTO ARBITRAL. 1. La Intervención en la Designación y Remoción de Árbitro. 2. La Adopción de Medidas Cautelares. 3. La Acción de Anulación del Laudo Arbitral. 4. La Ejecución del Laudo. V. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

A pesar de lo que pueda parecer, y más allá de que, en efecto, el auge de los ADR y, en concreto del Arbitraje se ha generalizado a partir de la segunda mitad del siglo XX y ha crecido exponencialmente en lo que va de siglo XXI, lejos de ser un método reciente de solución de conflictos, es un sistema histórico, que hunde sus raíces en la Grecia clásica¹.

También el derecho romano reguló de alguna forma el arbitraje. Inicialmente era el *pater familias* el que trataba de conciliar a las partes. En una fase posterior, esta función se asignó a un árbitro ante el que se planteaban de forma voluntaria las discrepancias o enfrentamientos a través de una ordalía llena de ritos y con

¹ Así, señalaba Platón en su obra, Las Leyes, que «los primeros jueces serán los que el demandante y demandado hayan elegido de común acuerdo, a quienes el nombre de árbitro conviene mejor que el de jueces». Vid. Platón, Las Leyes. Ediciones Ibéricas, citado por HERRERA DE LAS HERAS, R. “La Autonomía de la Voluntad en el Arbitraje y en la Mediación. Jurisprudencia Constitucional Española y Experiencia en el ámbito del Consumo”, Revista de Derecho, Vol. XXV, Nº 1, 2012, pág. 176. Vid. también, ZAPPALÁ, F. “Universalismo Histórico del Arbitraje”, Universitas, nº 121, 2010, págs. 193-216.

un fuerte carácter religioso. Finalmente se reconoció a las partes la libertad de elección del tercero imparcial, investido de *auctoritas*, que debía resolver sus controversias².

En la Ley de las XII Tablas aparece reglamentado el procedimiento en el cual un magistrado impone pactos entre las partes de forma que la imposición de una sanción pecuniaria fija sustituye la venganza privada y obliga a las partes a someterse al arbitraje, en el cual se fallaría sobre las reclamaciones formuladas. Igualmente en esta ley se hace mención del *legis actio per iudicis arbitrive postulationem*, en el que se establece que en el caso de división de una herencia se designará un árbitro, considerada la primera fórmula legal de arbitraje en Derecho romano³.

En la Edad Media, el arbitraje fue la forma de resolución de controversias más utilizada, pues en ella la burguesía encontró el instrumento ideal para resolver los conflictos comerciales entre gremios y corporaciones. En esta etapa la justicia consular se forma como una jurisdicción distinta a la ordinaria gracias al desarrollo que alcanzaron las Corporaciones comerciales de mercaderes en Italia, Francia y España en los siglos XII y XIII. El Breviario de Alarico primero y el *Liber Iudiciorum* después, tienen una gran influencia del Derecho romano y reconocen el arbitraje como una institución jurídico privada, equiparando a los árbitros con los jueces en materia de responsabilidad y dotando de fuerza ejecutiva y carácter de cosa juzgada a la sentencia arbitral. La Ley de las Siete Partidas (1265) consolidó la función del arbitraje. Estas leyes son un antecedente importante en el desarrollo del arbitraje en nuestro país⁴.

² PUJADAS FREIXAS "Consideraciones procesales sobre la transacción en el derecho romano", en Revista I.D.A, 163, 1980, citado por GASPAS LERA, S. El Ámbito de aplicación del arbitraje, Edit. Aranzadi, Pamplona, 1998.

³ AGUDO RUIZ A. "Crítica bibliográfica a Antonio Fernández de Buján, Jurisdicción y arbitraje en Derecho Romano, Madrid Iustel, 2006", en Revista Electrónica de Derecho de la Universidad de La Rioja, nº 4, diciembre, 2006, págs. 215-227, accesible en <http://www.unirioja.es/dptos/dd/redur/numero4.htm>

⁴ Vid. MONROY CABRA, M.G. "Arbitraje", Edit. Temis, Bogotá, 1982; citado por VILLALBA CUÉLLAR, J.C./MOSCOSO VALDERRAMA, R.A. "Orígenes y Panorama actual del Arbitraje", *Prolegómenos. Derechos y Valores*, Vol. XI, nº 22, Colombia 2008, págs. 141-170, accesible en <http://www.redalyc.org/articulo.oa>

En España, en la época liberal de principios del siglo XIX, la Constitución de 1812⁵, paradigma de la filosofía liberal que inspiraba nuestro país por entonces, hacía mención en tres de sus artículos al sistema extrajudicial de resolución de conflictos⁶.

El Código de Saiz de Andino de 1889, en materia comercial, estableció el arbitraje como medio de resolución de conflictos de naturaleza mercantil. Por su parte, la Ley de Enjuiciamiento de los negocios y de las causas Comercio de 1830 estipuló el uso del arbitraje para las controversias relativas a sociedades mercantiles, y posteriormente, la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855 lo hizo extensivo a conflictos de cualquier naturaleza. El Decreto sobre Unificación de Fueros de 1868 derogó el procedimiento de la Ley de 1830 dejando vigente sólo la regulación que, respecto del arbitraje, se contenía en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855, que solo excluía del arbitraje aquellas controversias relativas a la capacidad y al estado civil de las personas o aquellos en los que intervenía el Ministerio Fiscal, es decir, aquella parcela del Derecho Civil con objeto indisponible. La Ley Procesal de 1881 derogó la anterior, pero siguió la misma tendencia, incorporando controversias susceptibles de arbitraje, reconociendo, al igual que lo hacía la legislación anterior, un recurso de apelación contra las sentencias resultantes de un procedimiento arbitral.

Posteriormente la Ley de Arbitrajes de Derecho Privado de 1953, supuso la unificación de la figura del Arbitraje, hasta ese momento dispersa en la Ley de Enjuiciamiento Civil, el Código Civil y el Código de Comercio, y que estuvo vigente hasta la promulgación de la Ley de Arbitraje de 1988⁷.

⁵ La Constitución de 1812, se puede consultar en la página web del Congreso de los Diputados: http://www.congreso.es/constitucion/ficheros/historicas/cons_1812.pdf

⁶ El artículo 280 de la Constitución de 1812 señalaba que «no se podrá privar a ningún español del derecho de terminar sus diferencias por medio de jueces árbitros, elegidos por ambas partes». Por su parte el artículo 281 establecía que «La sentencia que dieren los árbitros se ejecutará si las partes, al hacer el compromiso, no se hubieren reservado el derecho de apelar»; y el art. 282 señalaba que «El alcalde de cada pueblo ejercerá en él el oficio de conciliador, y el que tenga que demandar por negocios civiles o por injurias, deberá presentarse a él con este objeto». Cfr. MERCHÁN ÁLVAREZ, A., “La jurisdicción arbitral en la Constitución de Cádiz”, *Materiales para el Estudio de la Constitución de 1812*, CANO BUESO, J. (Ed.), Parlamento de Andalucía/Tecnos, Sevilla, 1989, págs. 465-479. ÍDEM, “La Constitución de 1812 y el Arbitraje”, *Revista de las Cortes Generales*, nº 85, 2012, págs. 29-46.

⁷ Cfr. VILLALBA CUÉLLAR, J.C./MOSCOSO VALDERRAMA, R.A., “Orígenes y Panorama actual del Arbitraje”, op. cit., pág. 146.

Aunque la Constitución española de 1978 no hace mención alguna al arbitraje⁸, el Tribunal Constitucional ha declarado en numerosas ocasiones, el carácter constitucional de este método de resolución extrajudicial de conflictos, señalando que 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 le vincula con la libertad como valor superior del ordenamiento"*⁹.

Así, pues, es un hecho incontestable que los ADR se han consolidado, a nivel mundial, como un sistema idóneo para resolver las discrepancias que puedan surgir en el ámbito civil de las relaciones entre particulares, como en el tráfico mercantil, tanto interno como internacional, de manera rápida, eficaz, y con las necesarias garantías de confidencialidad y especialización, facilitando así el desarrollo fluido de los intercambios comerciales y económicos al ajustarse a las nuevas y más complejas características que están presentes en las transacciones

⁸ Como concluye OTERO LASTRES, J.M., "El derecho fundamental a la tutela judicial efectiva", en *Abogados*, 2007, pág. 55, «si la Constitución de 1978 hubiera mencionado expresamente el arbitraje, como hacia la Constitución de Cádiz de 1812, el intérprete no se vería obligado a realizar todos estos esfuerzos para situar al arbitraje en el lugar que le corresponde dentro de la Constitución».

⁹ Vid. STC 176/1996, de 11 de noviembre, en su fundamento 4: «tal planteamiento, sin embargo, no puede ser compartido, ya que supondría tanto como privar al arbitraje, cuya licitud constitucional hemos declarado reiteradamente (SSTC 43/1988 [rtc 1988\43], 233/1988 [rtc 1988\233], 15/1989 [rtc 1989\15], 288/1993 [rtc 1993\288] y 174/1995 [rtc 1995\174]), de su función como medio heterónomo de arreglo de controversias que se fundamenta en la autonomía de la voluntad de los sujetos privados; lo que constitucionalmente le vincula con la libertad como valor superior del ordenamiento (art. 1.1 CE), de manera que no cabe entender que, por el hecho de someter voluntariamente determinada cuestión litigiosa al arbitraje de un tercero, quede menoscabado y padezca el derecho a la tutela judicial efectiva que la constitución reconoce a todos. Una vez elegida dicha vía ello supone tan sólo que en la misma ha de alcanzarse el arreglo de las cuestiones litigiosas mediante la decisión del árbitro y que el acceso a la jurisdicción (pero no su "equivalente jurisdiccional" arbitral, SSTC 15/1989, 62/1991 [rtc 1991\62] y 174/1995) legalmente establecido será sólo el recurso por nulidad del laudo. y no cualquier otro proceso ordinario en el que sea posible volver a plantear el fondo del litigio tal y como antes fue debatido en el proceso arbitral. pues como ha declarado reiteradamente este tribunal, el derecho a la tutela judicial efectiva no es un derecho de libertad, ejercitable sin más y directamente a partir de la constitución, sino un derecho prestacional, sólo ejercitable por los cauces procesales existentes y con sujeción a su concreta ordenación legal» (SSTC 99/1985 [rtc 1985\99], 50/1990 [rtc 1990\50] y 149/1995 [rtc 1995\149], entre otras). Más recientemente lo ha reafirmado la STC 9/2005 de 17 enero en su fundamento jurídico 2.

que se producen en el nuevo entorno configurado por la globalización de la economía y la nueva sociedad de la información¹⁰.

También en nuestro país en el ámbito Civil y Mercantil, los métodos alternativos de resolución de conflictos, como hemos puesto de relieve, están consolidados desde hace bastante tiempo.

La Ley de Arbitraje de 5 de diciembre de 1988 aportó un nuevo marco jurídico que permitió el desarrollo de la institución¹¹. La Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, vino a consolidar el desarrollo del arbitraje tanto nacional como internacional y a posibilitar especialmente la consolidación de este último en nuestro Ordenamiento Jurídico, y que fue posteriormente complementada, en materia de consumo, por el Real Decreto 231/2008 por el que se regula el Sistema Arbitral de Consumo, actualmente en vigor en España que ha comportado numerosas ventajas en dicho procedimiento¹².

Ahora, la Ley 11/2011, de 20 de mayo, de reforma de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje y de regulación del arbitraje institucional en la

¹⁰ Vid. CAPPELLETTI, M., *Alternative Dispute Resolution Proceses Within the Framework of the World-Wide Access-to-Justice Movement*, Modern Law Rewiew, 1993, p. 282, citado por BARONA VILAR, S. “La incorporación de la Mediación en el nuevo modelo de Justicia”, en BLASCO GASCÓ, F. de P., CLEMENTE MEORO, M. E., ORDUÑA MORENO, F. J., PRATS ALBENTOSA, L. y VERDERA SERVER, R., (Coordinadores), *Estudios jurídicos en homenaje a Vicente L. Montés Penadés*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, págs. 227 a 250.

¹¹ La promulgación de la vigente Constitución de 1978 exigía cambios radicales frente a la organización política y jurídica del régimen anterior. Los postulados sobre los que se asentaba la Ley de Arbitraje de 1953, basados en el monopolio jurisdiccional del Estado y la obstaculización del Arbitraje, no eran compatibles con los fundamentos de una España democrática. La entrada en vigor de la Ley de Arbitraje de 1988 daba al traste con los fundamentos anacrónicos de la Ley de Arbitraje de 1953, sirviendo como punto de partida del desarrollo del arbitraje en España. Para un iter histórico legislativo del Arbitraje puede consultarse MERCHÁN ÁLVAREZ, A. “El Arbitraje. Estudio Histórico-Jurídico”, Sevilla, 1981. Para un Estudio de la Jurisprudencia Española anterior a la Ley de 1988, Vid., CREMADES B. “Évolution récente du droit espagnol en matiere d’arbitrage”, *Revue de l’Arbitrage*, nº 2, 1988, págs. 223-236.

¹² Vid., sobre el particular, BONACHERA VILLEGAS, R. “El Real Decreto 231/2008, la anhelada modificación del sistema arbitral de consumo”, *Diario La Ley*, nº 7045, Octubre 2008.

Administración General del Estado, ha venido a introducir algunas mejoras que la práctica había señalado como convenientes¹³.

Finalmente, la regulación, relativamente reciente, introducida por la Ley de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles de 6 de Julio de 2012, que generaliza el uso de este instrumento en el ámbito del Derecho privado en sentido amplio¹⁴, y cuyo Acuerdo es susceptible de ejecutarse por la vía del Proceso Ordinario de Ejecución, cuando ha sido elevado a escritura pública u homologado ante el juez competente¹⁵.

Sin embargo, la resolución extraprocesal de los Conflictos no es ajena tampoco a la regulación Procesal Civil, toda vez que métodos alternativos de resolución de Conflictos y Proceso Civil comparten el objeto material sobre el que recaen, es decir los derechos subjetivos de las partes, regulados en el ámbito del Derecho Civil y Mercantil, en sentido amplio, con excepción de aquellas parcelas del Derecho Privado que tienen un objeto procesal indisponible (las relativas al estado civil y la capacidad de las personas), y que se sustraen tanto a los ADR como al poder de disposición de las partes en el Proceso Civil¹⁶.

¹³ Como consecuencia de ello también se modificó la Ley de Enjuiciamiento Civil y la Ley Concursal, e igualmente incide en la reforma la Ley Orgánica 5/2011, de 20 de mayo, por la que se reforma la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. Vid. Sobre la Reforma de la LA, HINOJOSA SEGOVIA, R. "La Nueva Ley de Arbitraje" en *Economist & Jurist*, julio-agosto de 2011, pág. 17. en https://www.cuatrecasas.com//media_repository/docs/esp/la_nueva_ley_de_arbitraje_739.pdf. OLIVENCIA RUIZ, M., "El arbitraje en España. Impacto de la Ley 11/2011, de reforma de la ley 60/2003", *Revista Jurídica de Catalunya*, Vol. 111, nº 4, /2012, págs. 1005-1030.

¹⁴ Transposición en el Derecho español de la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de Mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la Mediación en litigios transfronterizos en asuntos civiles y mercantiles.

¹⁵ ORTUÑO MUÑOZ, J.P./ HERNÁNDEZ GARCÍA, J. *Sistemas alternativos a la resolución de conflictos (ADR): la mediación en la jurisdicción civil y penal*, Ed. Fundación Alternativas, Madrid, 2007. GARCÍA ÁLVAREZ, R. "La mediación civil y mercantil en el Real Decreto-ley 5/2012, accesible en www.diariolaley.es, año XXXIII, nº 7828 29.marzo.2012. BUSTELO, D. /LAMM, C. "Acerca del nuevo Real Decreto-Ley 5/2012 de mediación en asuntos civiles y mercantiles", accesible en www.diariojuridico.com/opinion, 01 de abril de 2012.

¹⁶ No hay que olvidar que la Ley de Arbitraje 60/2003 es una norma de competencia exclusiva del Estado español La propia Ley expresamente establece en su disposición final segunda: «*Esta ley se dicta al amparo de la competencia exclusiva del Estado en materia de legislación mercantil, procesal y civil, establecida en el artículo 149. 1.6ª y 8ª de la Constitución*».

Así, la Conciliación extraprocesal Previa¹⁷, que se recogía, con carácter preceptivo, en la anterior Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 (como requisito de admisibilidad de la Demanda) y que en la de 1 de Enero de 2000, se reguló inicialmente, como una facultad dejada a las partes para intentar el arreglo de la controversia antes de su interposición, y que en la actualidad se regula en la Ley 15/2015 de 6 de Julio, de Jurisdicción Voluntaria¹⁸.

También la Conciliación intraprocesal que permite la resolución del conflicto, una vez iniciado el proceso, a presencia judicial. La Ley 1/2000 de 7 de Enero permite en el juicio civil ordinario ya iniciado la conciliación coetánea, ante el Juez de Primera Instancia, si bien, a partir de la Ley 13/2009 de 3 de Noviembre, de reforma de la Legislación Procesal para la implantación de la Oficina Judicial, encomienda la aprobación de la Conciliación acordada por las partes al Letrado de la Administración de Justicia, en detrimento del Juez, mediante la emisión del oportuno Decreto, resolución procesal que igualmente constituye título ejecutivo y que puede abrir el proceso ordinario de ejecución en caso de incumplimiento.

¹⁷ La Conciliación previa y preceptiva fue objeto de regulación material y procesal por los Códigos que precedieron a la LE Civil de 1881, a lo largo del siglo XIX. Así, el C. Civil de 1829 y el Proyecto de C. Civil de 1851; y en el ámbito procesal, la Ley de Enjuiciamiento de Negocios de Comercio de 1830, la LE Civil de 1855 y las normas procesales especiales –Reglamento Provisional para la Admón. De Justicia de 1835, Ley estableciendo el Juicio de Menor Cuantía de 1838, y la Instrucción del Marqués de Gerona del Procedimiento Ordinario de 1853– regulan la Conciliación Civil Previa y preceptiva, antes de la iniciación del Proceso, y cuyo Documento que acredita haberla intentado, debe acompañar a la Demanda (art. 524 LE Civil 1881). La LE Civil 1881 unificó la conciliación Civil y Mercantil, y asimiló, hasta 1984, su carácter preceptivo. Cfr. ALONSO FURELOS, J.M. “La Conciliación Previa al Proceso Penal por delito privado”, *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje*, Tomo XXVIII, 2016, págs. 337-338.

¹⁸ La Conciliación judicial civil regulada en la LE Civil, y vigente hasta el 22 de Julio de 2015, ha sido derogada por la Ley 15/2015 de 6 de Julio (BOE 3 de Julio 2015), de la Jurisdicción voluntaria, y trasladada de la LE Civil hasta la Ley de Jurisdicción Voluntaria (arts. 139-148). La Disposición Derogatoria Única de la LE Civil 1/2000 de 7 de Enero, derogó la LE Civil de 1881, pero dejó vigente la Conciliación regulada en ella, en los arts. 4.1; 10.1; 11 y 460-480 de la LEC 1881, hasta que entrase en vigor la futura Ley de Jurisdicción Voluntaria. Por tanto hasta julio de 2015, el régimen vigente de la Conciliación voluntaria previa es la establecida en la Ley de 1881 (regulación de su trámite en los arts. 460-480). El Texto originario de la LE Civil de 1881 fue objeto, posteriormente, de reformas sustanciales. Así, en 1984, la Ley 34/1984 de 6 de Agosto de Reforma Urgente de la LE Civil convirtió la conciliación históricamente preceptiva, en voluntaria; la Vigente LE Civil 1/2000 la permite en el juicio ordinario, y relega la Conciliación previa a la Jurisdicción Voluntaria.

O la relativa al contenido de la Audiencia Previa en la actual regulación del proceso ordinario, donde la primera obligación del Juez es instar a las partes a que lleguen a un acuerdo, que de alcanzarse pondría fin al proceso iniciado en esta fase, acuerdo que, igualmente, constituye título ejecutivo.

Pero, además, el Proceso Civil, en cuanto versa sobre derechos subjetivos privados, descansa sobre los principios de autonomía de la voluntad, Justicia rogada o a instancia de parte, Dispositivo y de aportación de parte, lo que supone que la libertad absoluta de los particulares no se circunscribe sólo a iniciar o no el proceso, sino que se extiende también a la pretensión y al propio proceso, pudiendo ponerle fin anticipadamente, sin que haya pronunciamiento sobre el fondo en los supuestos de la renuncia a los derechos que fundan la pretensión (art. 20.1 LE Civil) o el desistimiento del proceso entablado (20.2 LE Civil), sea por conformidad o allanamiento del interpelado (art. 21 LEC), o por satisfacción extraprocesal de aquélla (art. 22.1 LEC), sea por medio de concesiones mutuas entre las partes que conduzcan a una transacción judicial (arts. 19 y 415 LEC), mediante Acuerdo o Convenio alcanzado por las partes durante la sustanciación del proceso, que será homologado por el Tribunal que conozca del asunto, mediante Auto que también tiene fuerza ejecutiva.

También, el C. Civil define la transacción tanto judicial como extrajudicial, como un contrato por el cual las partes, dando, prometiendo o reteniendo cada uno alguna cosa evitan la provocación de un pleito o ponen término al que habían comenzado (art. 1809).

Y, además, y en definitiva, es la propia LE Civil la que establece en su art. 19 que: *"... los litigantes están facultados para disponer del objeto del juicio y podrán renunciar, desistir del juicio, allanarse, someterse a arbitraje y transigir sobre lo que sea objeto del mismo, excepto cuando la ley lo prohíba o establezca limitaciones por razones de interés general o en beneficio de tercero"*.

Es por ello que creemos que hay una íntima conexión entre el Proceso Jurisdiccional Civil y los Métodos alternativos de Resolución de conflictos, porque ambos derivan del principio de Autonomía de la voluntad y del poder de disposición de los ciudadanos en el ámbito de los derechos subjetivos privados, en el marco del Estado social y democrático de Derecho, con fundamento en el derecho fundamental a gestionar sus conflictos, sin la intervención del Estado,

en el ejercicio del valor superior de la libertad (art. 1 de la CE), mediante los instrumentos previstos en las leyes.

Finalmente añadir que en esta materia, el constitucionalismo emergente en el procesalismo español, sobre todo después de la Constitución de 1978, ha supuesto la irrupción del fenómeno de la constitucionalización del proceso civil¹⁹ y de su método constitucional de litigación en la medida en que *“la ley procesal sea fiel interprete de los principios de la Constitución”*²⁰ ya que ha permitido justificar constitucionalmente que son las partes y solo ellas quienes pueden disponer –y aportar– el cómo y el cuándo desean hacer uso de la tutela judicial efectiva que oferta el artículo 24 de la Constitución (art. 216 LE Civil), que además recoge las fuentes reguladoras del proceso civil²¹.

Ese mismo modelo de sujeción a la Constitución se exige, como vamos a analizar, a los Medios alternativos de resolución de Conflictos. El arbitraje se justifica en la autonomía de la voluntad, fruto de la libertad, valor fundamental que nuestro ordenamiento jurídico propugna en el artículo 1.1 CE. Tal y como ha reconocido el Tribunal Constitucional, el arbitraje es *«...un medio heterónomo de arreglo de controversias que se fundamenta en la autonomía de la voluntad de los sujetos privados (art. 1.1 CE)...»*²².

¹⁹ Como expresa LORCA NAVARRETE, A. M. “Constitución y litigación civil”. Publicación del Instituto Vasco de Derecho Procesal. San Sebastián 2018, págs. 1 y ss. «Superada la secular realidad de un Derecho Procesal Civil huérfano de concretos referentes constitucionales que justificó que fuera empaquetado recurriendo a la idea romana *iudicium est actus trium personarum, iudicis, actoris et rei* asumida por HEGEL, afirmada por BETHMANN-HOLLWEG y desarrollada por Oskar von BÜLOW (CHIOVENDA) así como también su inclusión en una “situación jurídica” –Gesetz als Rechtslage– germinada por GOLDSCHMIDT y surgida de los presupuestos metodológicos desarrollados por VON BÜLOW (GOLDSCHMIDT), el modelo de litigación civil que adopta la vigente ley de enjuiciamiento civil camina, en pleno siglo XXI, haciendo posible el mantenimiento del orden público constitucional».

²⁰ VALLESPÍN PÉREZ, D. Los nuevos retos del derecho a la tutela judicial efectiva en el proceso civil, Barcelona 2009, pág. 15.

²¹ SIERRA GIL DE LA CUESTA, I. “Principios del Proceso Civil”, Jornadas sobre práctica de Derecho procesal. Análisis actual y nuevas orientaciones. Servicios de publicaciones Centro UNED Melilla. 1994, pág. 82. Vid, también, ALMAGRO NOSETTE, J. Constitución y Proceso. Bosch, Barcelona 1984, pág. 75. IDEM, “Garantías Constitucionales del Proceso Civil”, Para un Proceso Civil eficaz. Barcelona 1982, pág. 11. CASTILLEJO MANZANARES, R. “Proceso civil y principio dispositivo”, Tratado sobre la disposición del Proceso Civil, Tirant Lo Blanch. Valencia 2017, págs. 21 y 22.

²² Vid. STC de 17 de enero de 2005, citando STC 176/1996, de 11 de noviembre, F. J. Primero.

II. FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL DEL ARBITRAJE

Así, pues, cuando existe una controversia o una patología jurídica en los casos en que se planteen "*controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho*" (art. 2.1. de la Ley de Arbitraje)²³, no sólo es posible proceder a 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, denominados por la LOPJ, Juzgados y Tribunales y mediante unas normas, que, con el carácter de irrenunciables, se regulan en la LE Civil (art. 1), sino que también es posible que la actividad heterocompositiva de llevar a cabo la resolución jurídica pueda ser realizada a través de personas llamadas árbitros que, sin hallarse investidas de la potestad jurisdiccional constitucional en los términos del art. 2 de la LOPJ, pueden resolver aquéllas controversias, con arreglo a Derecho (art. 34.1. Ley de Arbitraje), decidiendo los árbitros, solo en Equidad si han sido autorizados por las partes, "*expresamente para ello*"²⁴.

El Arbitraje es, pues, un medio alternativo de resolución de conflictos que se fundamenta en la autonomía de la voluntad de los sujetos privados, aunque cabe indicar que a pesar de que en la doctrina se discute que en sentido estricto no es una norma procesal, en general nadie niega su fuerte incidencia en

²³ En la actual Ley de Arbitraje de 2003, la patología jurídica que justifica el arbitraje se denomina «*controversia*», a diferencia de la L.A. de 1988 que aludía a ella como «*cuestión litigiosa*». Algunos autores (Lorca Navarrete) entienden que este término es más apropiado, en tanto cualquier controversia puede ser objeto de arbitraje, salvo que sea indisponible. Además ello permite dar cabida también dentro de la función arbitral no sólo a la resolución de un conflicto, sino a la de complementación e integración de una relación jurídica. En el mismo sentido de pronuncia CARAZO LIÉBANA, M^a. J. "Reflexiones sobre algunos aspectos constitucionales del Arbitraje", *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje*, Tomo XXIX, 2017, págs. 170-171. En contra de esta opinión, MONTERO AROCA, J. "Comentario Breve a la Ley de Arbitraje, Madrid, 1990, págs. 32-33; REGLERO CAMPOS "El Arbitraje (El Convenio Arbitral y las Causas de Nulidad de Laudo en la Ley 5 de diciembre de 1988)", Madrid, 1991, págs. 141-146.

²⁴ Cfr. LORCA NAVARRETE, A. M^a. "Constitucionalidad del arbitraje (Ponente: SUSANA POLO GARCÍA). STS de Justicia de Madrid de 24/3/2015", *Boletín de Noticias de la Corte Vasca de Arbitraje*, nº 55, 7 de Septiembre 2018. No obstante ello, y aunque la L.A. regula el arbitraje en equidad como excepcional, el Real Decreto 231/2008, por el que se regula el Sistema Arbitral de Consumo establece que, si las partes nada acordases de forma expresa, regirá el arbitraje en Equidad (art. 25).

esta esfera en la medida en que regula una actividad sustitutiva de los órganos jurisdiccionales²⁵.

Nada impide, por lo tanto, la aceptación constitucional del arbitraje como institución sustitutiva de la función jurisdiccional ejercida por los Jueces y Tribunales, sin que ello implique una suplantación por los árbitros de los órganos judiciales del Estado²⁶. El propio TC configura el arbitraje como «*un equivalente jurisdiccional*» mediante el cual las partes pueden obtener los mismos objetivos que ante los órganos jurisdiccionales del Estado²⁷.

La exclusividad jurisdiccional a que parece aludir el artículo 117.3 CE y 2 LOPJ no afecta a la validez constitucional del arbitraje, ni vulnera el artículo 24 CE, ya que el derecho a la tutela judicial efectiva puede ejercitarse tanto ante la jurisdicción ordinaria como mediante arbitraje, pues el derecho a dicha tutela «... *no impide la igualmente facultad constitucional de optar para dicha tutela por el cauce extrajudicial del arbitraje*»²⁸.

El arbitraje llega exclusivamente «*hasta donde alcanza la libertad, que es su fundamento y motor*»²⁹, y ese ámbito de libertad también tiene un respaldo constitucional, concretamente en el art. 33 CE, que reconoce el derecho a la propiedad privada, fundamentado en los postulados de la libertad económica y de la autonomía de la voluntad, y en el art. 38 que estatuye el principio de

²⁵ MERINO MERCHÁN, J. F. *El 'equivalente jurisdiccional' en el derecho público español*, Ed. CEPC, Madrid, 2002. págs. 30 y ss. ÍDEM, "Cuestiones de relevancia constitucional, parlamentaria y judicial en la nueva Ley de arbitraje (Ley 60/2003, 23 de diciembre)", *Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, 10, Servicio de Publicaciones, Madrid, junio 2004, págs. 160 y ss. ha venido siendo tradicional.

²⁶ Vid. MARTÍNEZ GARCÍA, E. *El arbitraje en el marco de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil*, Valencia, 2002, pág. 83.

²⁷ Reconociendo «...que la institución arbitral es compatible con la Constitución..., los árbitros, al igual que los Jueces y Tribunales,...prestan también tutela efectiva de los derechos e intereses legítimos en el sentido del artículo 24.1 CE, ya que su actividad –desarrollada por el cauce de un procedimiento respetuoso de los principios esenciales de audiencia, contradicción e igualdad entre las partes– conduce a la creación de un título ejecutivo con eficacia similar a la sentencia judicial, que abre la ejecución judicial forzosa» (STC 174/1995, de 23 de noviembre).

²⁸ STS de 9 de octubre de 1989 [RJ 1989, 6899]. Cfr. Sentencias del Tribunal Constitucional 92/1985 de 24 de julio; y 160/1991, de 18 de julio.

²⁹ ATC 259/1993, de 20 de julio.

libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Ambos preceptos son una manifestación del sincretismo de la Constitución de 1978, que al igual que reconoce la propiedad privada y la propiedad pública, admite la iniciativa privada en un marco de economía de mercado y también la iniciativa pública en la actividad económica, no ligadas por el principio de subsidiariedad sino por el de compatibilidad³⁰.

Pero al tiempo que el Estado concede un amplísimo margen de libertad para el funcionamiento del arbitraje, impone unas exigencias que aseguren una mínimas garantías a los particulares que eligen esta vía en el sentido de que están amparados por los principios de igualdad, audiencia y contradicción³¹ y que las actuaciones arbitrales están sometidas a una estricta confidencialidad (art. 24 LA/2003)³².

Se observa, pues, que la propia Ley de Arbitraje regula de forma directa el principio de igualdad (apartado 1º), y el de confidencialidad (apartado 2º). En este sentido entendemos que el Legislador ha establecido la estructura constitucional mínima. En el mismo principio de igualdad se encuentran inmersos los principios de contradicción y audiencia (*"suficiente oportunidad para hacer valer sus derechos"*)³³. El derecho fundamental del art. 24 de la CE conlleva, como una dimensión más de su contenido esencial, el derecho de las partes a no sufrir indefensión durante el proceso. Por tanto no puede sostenerse que la sumisión al arbitraje genere por sí mismo perjuicio o indefensión a las partes, al tratarse de un sistema legal y reconocido en Derecho y amparado constitucionalmente.

³⁰ DÍEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. «Algunas reflexiones sobre el derecho de propiedad privada en la Constitución», Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría, vol. II, Madrid, 1991, págs. 1257-1270. RODRÍGUEZ-ZAPATA PÉREZ, J. "La propiedad privada: de cenicienta a derecho fundamental", Revista General de Legislación Jurisprudencia, 2001, págs. 601-620.

³¹ Vid. SAP Palma de Mallorca de 12 de marzo de 1990, SAP Barcelona de 13 de marzo de 1992, SAP Madrid de 22 de septiembre de 1992, SAP Castellón de 19 de septiembre de 1996.

³² El artículo 24.1 LA (principios de igualdad, audiencia y contradicción) establece que «...deberá tratarse a las partes con igualdad y darse a cada una de ellas suficiente oportunidad de hacer valer sus derechos...». Este artículo es sustancialmente idéntico al artículo 18 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre arbitraje comercial.

³³ Cfr. GARCIA PITA Y LASTRES "El artículo 24 de la Constitución y el Arbitraje", El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho, nº 10, 2010, pág. 57. CARAZO LIÉBANA, Mª. J. "Reflexiones sobre algunos aspectos....", op. cit., págs. 176-178.

El derecho a la tutela judicial efectiva, según reiterada Doctrina Jurisprudencial, se fundamenta, de un lado, en el principio de contradicción y, de otro, en el principio de igualdad de las partes en el proceso jurisdiccional.

Aplicado al procedimiento arbitral, el principio de Contradicción exige la audiencia de la parte frente a la que se dirige la demanda arbitral a fin de darle la oportunidad de hacer valer los medios de defensa oportunos (vid. Art. 30.2 y 3 LA).

Por lo que respecta al Principio de Confidencialidad característico del arbitraje, parece no encajar bien con el principio de publicidad como parte integrante de la garantía del debido proceso. Sin embargo, y pese a que, en efecto, al versar el arbitraje sobre controversia entre sujetos privados y respecto de derechos disponibles, la publicidad puede moderarse, pero no hasta el punto de hacerla secreta. Entre otros motivos porque el Laudo Arbitral tiene efecto de cosa juzgada, y por lo tanto, tiene efectos frente a terceros, por lo que la publicidad del mismo debe existir. Y además, porque aunque las actuaciones arbitrales no sean públicas, en el sentido de celebrarse en audiencia pública, se aplica lo establecido en el art. 234.2 LOPJ³⁴.

En cuanto al derecho a la prueba, la necesidad de actos alegatorios y probatorios en el procedimiento arbitral se deduce también del art. 24 LA, pues aunque existe libertad en cuanto a la forma de sustanciación del procedimiento, han de respetarse los principios mínimos que garantiza el art. 24 de la CE, pues no cabe arbitrariedad en el cumplimiento de aquellos.

Los principios de igualdad, audiencia y contradicción son de aplicación inmediata al arbitraje que, en su caso, serán tutelados por los órganos judiciales que conozcan de la acción de anulación del laudo, o por el propio Tribunal Constitucional, mediante la interposición del recurso de amparo, frente a la resolución de la Audiencia Provincial que desestime la acción de nulidad, cuando

³⁴ «Las partes y cualquier persona que acredite un interés legítimo y directo tendrán derecho a obtener, en la forma dispuesta en las Leyes procesales y, en su caso, en la Ley 18/2011, de 5 de Julio reguladora del uso de las tecnologías de la información en la Administración de Justicia, copias simples de los escritos y documentos que consten en los autos, no declarados secretos ni reservados. También tendrán derecho a que se les expidan los testimonios y certificados en los casos y a través del cauce establecido en las leyes procesales».

en el arbitraje se hubiese efectivamente vulnerado el derecho fundamental al proceso debido³⁵.

De ahí que, la afirmación de algunos de que cuando las partes voluntariamente deciden que sea un árbitro y no un juez el que resuelva su controversia, se está haciendo dejación del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, no tiene justificación posible³⁶, pues cuando las partes deciden recurrir al arbitraje no están renunciando a ningún derecho fundamental, sino eligiendo, dentro de las posibilidades que la propia Constitución les da, un procedimiento y no otro, ambos revestidos de todas las garantías constitucionales ínsitas en el derecho a la tutela judicial efectiva, siendo una constante de la Doctrina Jurisprudencial del TC el trasladar las garantías constitucionales del proceso al arbitraje³⁷.

III. EL CONVENIO FUNDAMENTO DE LA JURISDICCION ARBITRAL

Nuestro Derecho configura el arbitraje como una institución de origen contractual pero con unos claros efectos procesales y jurisdiccionales al dotar al laudo en que concluye el procedimiento de los efectos de cosa juzgada. Esta es la posición mayoritaria de la Doctrina que aunque admite que el origen del arbitraje es siempre contractual, sin embargo su desarrollo es estrictamente jurisdiccional, al sustraer de la jurisdicción de los órganos judiciales el conocimiento de aquellas controversias que se encuentren afectadas por el convenio arbitral, como también apoya la Doctrina del TC.

³⁵ Cfr. CREMADES, B.M. “El Arbitraje en la Doctrina del Tribunal Constitucional”, Lima Arbitration, N° 1, 2006, págs. 185-220, especialmente págs. 185-187.

³⁶ Tal es la posición de LORCA NAVARRETE, A.M. “Tutela judicial Efectiva versus Tutela Arbitral Efectiva”, Boletín de Noticias de la Corte Vasca de Arbitraje, nº 104, Octubre 2019, pág. 1 al señalar que «el arbitraje se ubica al margen de la tutela judicial efectiva a que alude el art. 24 de la Constitución por cuatro razones esenciales. Primera, supone que cuando las partes acuden al arbitraje, han acordado y negociado actuar al margen de la tutela judicial del art. 24 CE. Segunda, las partes han negociado y acordado actuar al margen de del ámbito judicial, que regula el art. 24. Tercero porque las partes han negociado y acordado actuar al margen del ámbito de efectividad que tutela el art. 24 CE. Y, cuarto, porque el legislador ha deseado que lo resuelto por el árbitro en el Laudo produce efectos de cosa juzgada, aun cuando sea objeto de control judicial, ese efecto de cosa juzgada no puede ser atacado ni modificado por un control judicial que las partes ni acordaron ni negociaron».

³⁷ Vid. STC 43/1986.

La jurisdicción arbitral encuentra su fundamento en un negocio jurídico, el Convenio arbitral³⁸, dirigido a la liquidación de una relación jurídica controvertida, de modo que la voluntad de las partes, es la única fuente del arbitraje³⁹. La moderna doctrina constitucional ha consolidado al arbitraje en España como genuina expresión de la libertad contractual⁴⁰.

El convenio arbitral, piedra angular del arbitraje, que además delimita la potestad decisoria del árbitro, es un negocio jurídico por el que las partes expresan su voluntad de someter a arbitraje la solución de todas las cuestiones litigiosas, o de algunas de ellas, que se hayan planteado o que puedan plantearse respecto de una determinada relación jurídica.

En él las partes pueden configurar libremente el procedimiento, lo que le distingue de la rigidez del proceso judicial, si bien es cierto que en la actualidad

³⁸ Sobre el Convenio Arbitral, entre la abundantísima Bibliografía, desde el punto de vista del Derecho Civil, puede consultarse, MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L. *“La Cláusula Compromisoria en el Arbitraje Civil*, Madrid, Civitas, 1991. Vid., también, GARCÍA RUBIO, M^a. P. “El Convenio Arbitral en la Ley de Arbitraje de 5 de diciembre de 1988”, *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, VOL. V, 1988-1989, págs. 78-82. ARTUCH IRIBERRI, E. *El convenio arbitral en el arbitraje comercial internacional*, Madrid, 1997. VILLEGAS, E., “Convenio arbitral y rigidez formalista”, *Revista Jurídica de Catalunya*, 2000, nº 1, págs. 67-90. VIDAL RAMÍREZ, F. “El convenio arbitral”, *Derecho PUCP*, Vol. 56, 2003. CREMADES, B. M. “El Convenio Arbitral”. *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, 2003. IDEM, “Consolidación de la Autonomía de la Voluntad en España: El Convenio Arbitral”, *Tratado de Derecho Arbitral*, SOTO COAGUILA, C.A. (Dir.), Edit., Colección de Estudios, 2011, Tomo I, págs. 659-675. HERRERA DE LAS HERAS, R. “La Autonomía de la voluntad en el Arbitraje y en la mediación....”, op. citada, págs. 175-193. CAMPO ESBRI MONTOLIU, M. A. *El convenio arbitral en el Derecho Español*. Tesis Doctoral. Universitat Jaume I, Valencia, 2015.

³⁹ Sobre la naturaleza contractual del arbitraje, Vid., entre otros, GONZÁLEZ MONTES, J.L. “La excepción de Compromiso”, *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, 1075, págs. 418-428. SERRA DOMÍNGUEZ, M. “La naturaleza Jurídica del Arbitraje”, *Estudios de Derecho Procesal*, Edit. Bosch, Barcelona, 1969. FONT SERRA, E. “La nueva configuración del Arbitraje en el Derecho Español”, *Justicia*, 1989 II, págs. 344-345. BARONA VILAR, S. “Introducción”, en *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, BARONA VILAR (Dir.), Madrid, 2004, págs. 53-58. CORDÓN MORENO, F. *El Arbitraje de Derecho Privado (Estudios tras la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje)*. Edit. Aranzadi, Pamplona 2005, págs. 39-46. MALLANDRICH MIRET, N., “Los principios rectores del arbitraje: manifestaciones y límites de la autonomía de la voluntad”, PICÓ I JUNOY, J. (Coord.), *Principios y Garantías Procesales*, Barcelona, J.M. Bosch Editor, 2013.

⁴⁰ Vid. STS de 9 de octubre de 1989 (RJ 1989, 6899). Cfr. SSTC 92/1985 de 24 de julio; y 160/1991, de 18 de julio. STC de 17 de enero de 2005, citando STC 176/1996, de 11 de noviembre, F. J. Primero.

la tendencia se orienta el establecimiento de estándares más o menos globalizados, que son resultado de la propia practica arbitral y de la codificación en la materia (Reglas de la IBA en materia de pruebas, o de conflicto de intereses; Notas de la CNUDMI, sobre practica arbitral).

Configurado como un contrato, el convenio arbitral requiere consentimiento y objeto cierto que sea materia arbitral (art. 1.261 del Código Civil), así como el cumplimiento de determinados requisitos formales que la Ley establece⁴¹.

Tanto es así que la inexistencia del Convenio arbitral es causa de anulación del Laudo. Junto a ella, el artículo 41.1 a) se refiere a la invalidez del convenio arbitral. Aunque el convenio arbitral reúna los requisitos formales de todo negocio jurídico, no será válido si resulta contrario a una norma legal imperativa o de orden público, o cuando verse sobre una materia no arbitrable (artículo 2 LA), o traspase los límites de la autonomía privada (art. 1.255 LA), o esté viciado de causa ilícita (art. 1.275 C. Civil) o haya sido otorgado por representante que carezca del debido poder (arts. 1.713 y 1.259 C. Civil)⁴².

Si se considera el Convenio arbitral como una cláusula de *derogatio fori* se aplicarán las normas sobre derogación o prorrogación de competencia, olvidando la clarísima vertiente conflictual, que tiene su origen en el aspecto obligacional, no procesal, del convenio. No obstante, se puede esgrimir una diferencia fundamental entre los tipos de cláusulas que afectan a la competencia; mientras las de derogación o prorrogación de competencia transfieren la que podría tener

⁴¹ La LA establece en su art. 9.3 que «El Convenio arbitral deberá constar por escrito, en un documento firmado por las partes o en un intercambio de cartas, telegramas, télex, Fax u otro medios de comunicación que dejen constancia del acuerdo». En este sentido, la Ley española no hace sino recoger lo contenido en el art. II del Convenio de Nueva York que establece que los Estados contratantes reconocerán el acuerdo por escrito, indicando que existirá este, si así se dedujera de un canje de cartas o telegramas. La práctica además ha llevado a una flexibilización de este requisito, como así lo recoge la UNCITRAL en el planteamiento del problema, al concluir que la definición de forma escrita, tal y como figura en los Textos Internacionales (Convenio de Nueva York, Convenio de Ginebra, y la propia Ley Modelo UNCITRAL) no se adecua a las prácticas internacionales, por ser el requisito de la forma escrita excesivamente restrictivo.

⁴² CADALSO PALAU, J. «Comentario al Artículo 41 de la LA», Comentarios a la nueva Ley de Arbitraje 60/2003, de 23 de diciembre GONZÁLEZ SORIA, J. (Coord.), op. cit., pág. 418.

un tribunal a otro, la de arbitraje «crea» esa competencia para un tribunal que, de no ser por ella no existiría⁴³.

Es por ello que no puede, por lo tanto, entenderse sólo como un mero contrato entre las partes, aunque formal y materialmente lo sea, ya que el Convenio arbitral constituye un negocio jurídico cuyos efectos implican la puesta en marcha de un proceso, a pesar de la eventual resistencia por una de las partes⁴⁴. El convenio arbitral genera la base procesal para eventuales medidas provisionales en garantía del cumplimiento final y efectivo de la sentencia arbitral, así como la imposición por los jueces en su caso, de la ejecución forzosa de lo establecido en el Laudo.

A diferencia de lo que ocurría en la regulación anterior, el convenio arbitral puede hoy referirse a aquellas controversias surgidas o que puedan surgir de relaciones jurídicas determinadas, sean o no contractuales, pudiendo las partes delimitar en el convenio arbitral la categoría de controversias que van a someter a la decisión de los árbitros, sean o no de naturaleza contractual⁴⁵.

De esta manera, la nueva LA ha ampliado el campo de la arbitrabilidad, produciéndose una absorción de la materia inarbitrable en la arbitrable. La nueva Ley parte únicamente del criterio general de la libre disposición, reputando la Exposición de Motivos innecesario que dicha Ley contenga un elenco de materias

⁴³ Cfr. FERNÁNDEZ ROZAS, J. C. "Arbitraje y Jurisdicción: Una interacción necesaria para la realización de la Justicia", *Derecho Privado y Constitución*, Nº 19. Enero-Diciembre 2005, pág. 61. Vid. también, MERINO MERCHÁN, J.F./CHILLÓN MEDINA, J.M. "La excepción de sumisión de la cuestión litigiosa a arbitraje", *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, 1989.

⁴⁴ Tanto es así que, sometida la cuestión a arbitraje no puede una de las partes rechazarlo, puesto que la competencia objetiva para resolver dicha controversia se atribuye exclusivamente a los árbitros, e impidiendo a los jueces conocer de las cuestiones contenidas en el Convenio Arbitral. Este efecto negativo del Convenio de excluir la intervención judicial ha sido recogido por diversos Instrumentos Internacionales, tales como el Convenio Europeo sobre Arbitraje Comercial Internacional –Convenio de Ginebra de 1961– (artículo VI); y el Convenio sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Resoluciones Arbitrales Extranjeras –Convenio de Nueva York de 1958– (artículo II). También el art. 11.1 y 2 de la L.A. española lo regula en estos términos, de tal forma que la interposición de la declinatoria para cuestionar la falta de competencia del árbitro no interrumpirá el proceso arbitral.

⁴⁵ El artículo 2.1 LA establece que «...son susceptibles de arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho...», eliminando la exclusión del arbitraje, que sin embargo efectuaba la L. A 1988, de «...las materias inseparablemente unidas a otras sobre las que las partes no tengan poder de disposición».

de no libre disposición, considerando que «...*en principio, son cuestiones arbitrables las cuestiones disponibles...*», dejando a las disposiciones específicas de otros textos legales la exclusión de determinadas materias⁴⁶.

En general, la L.A. ha introducido una concepción abierta y flexible, omitiendo establecer una lista cerrada que agote el ámbito de aplicación del arbitraje. Nada impide ahora que determinadas controversias, como las societarias, tradicionalmente apartadas del arbitraje, puedan resolverse mediante arbitraje.

Así, pues, existe en la actualidad una tendencia expansiva del arbitraje que se refleja tanto en las decisiones jurisdiccionales de los tribunales arbitrales como en las diferentes normas reguladoras del arbitraje.

Tal ha sucedido, por ejemplo en materia de propiedad industrial, donde queda claro que podrá someterse a arbitraje tanto las cuestiones litigiosas derivadas de las consecuencias mercantiles entre las partes, como aquellas surgidas en relación con el procedimiento para el registro de una marca, aunque no las relativas a la inscripción registral de su titularidad⁴⁷ siempre y cuando el arbitraje verse sobre las prohibiciones relativas establecidas en la Ley de Marcas.

En materia de Derecho societario, aunque se ha cuestionado por un cierto sector de la Doctrina y de la jurisprudencia, la validez del sometimiento a arbitraje de cuestiones litigiosas surgidas entre una sociedad mercantil y los socios, o entre los socios, en relación con la constitución, modificación, desarrollo, cumplimiento o extinción de la sociedad o sus Estatutos, y en particular en materia de sociedades anónimas, así como en relación con la posibilidad de someter a arbitraje la impugnación de un determinado acuerdo social, es lo cierto que el Tribunal Constitucional ha reconocido expresamente que no existe obstáculo legal alguno para someter el derecho de separación de un socio a un arbitraje de equidad, si así lo establecen los estatutos sociales⁴⁸.

⁴⁶ Cfr. PERALES VISCASILLAS, P. "Arbitrabilidad y Convenio Arbitral. Ley 60/2003 de Arbitraje y Derecho Societario", Thomson/Aranzadi. 2005, pág. 133. También, CORDÓN MORENO, F., Arbitraje y Jurisdicción: algunas cuestiones polémicas, Edit. Aranzadi, Navarra, 2010, págs. 164-166.

⁴⁷ Artículo 28 de la Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas.

⁴⁸ Vid. sentencia del TC de 17 de enero de 2005, en al asunto *Metaliberica S.A.* Cfr. CREMADES, B.M. "El Arbitraje en la Doctrina...", op. cit., págs.192-194. En relación con la regulación actual

Mención aparte merece la cuestión relativa a la exigencia de la voluntad concurrente de las partes de sometimiento al Convenio arbitral, que es la norma general en el arbitraje ordinario, en los supuestos del llamado Arbitraje Obligatorio, en los supuestos de Arbitraje Estatutario y de Arbitraje en Conflictos Colectivos.

El supuesto del Arbitraje obligatorio venía representado por la regulación del Seguro de Defensa Jurídica, contenido en los arts. 76 a) a 76 g) de la Ley de Contrato de Seguro, tras su reforma por Ley 21/1990, de 19 de Diciembre, sobre *libertad de servicios en Seguros distintos al de vida, y de actualización de la Legislación de Seguros privados*⁴⁹, y que recogía una modalidad contractual diferenciada dentro de la ley de Contrato de Seguro (art. 76 a) LCS)⁵⁰. El artículo 76 e) añadió, como un rasgo característico del contrato de defensa jurídica, “*el derecho a someter a arbitraje cualquier diferencia que pueda surgir entre él y el asegurador*

del Arbitraje Societario, Vid., entre otros, MUÑOZ PLANAS, J.M./MUÑOZ PAREDES, J. M.^º, “La impugnación de acuerdos de la junta general mediante arbitraje”, *Libro Homenaje al Profesor Fernando Sánchez Calero*, Tomo II, Edit. McGraw-Hill, Madrid, 2002, págs. 2021-2029. GÓMEZ PORRÚA, J.M., “La cláusula compromisoria estatutaria y su aplicabilidad a la impugnación de acuerdos sociales en las sociedades de capital”, en *Ibidem*, págs. 1971-1972. GARCÍA VILLARRUBIA, M., “¿Pueden someterse estatutariamente a arbitraje de equidad la resolución de conflictos societarios y, concretamente, la impugnación de acuerdos sociales?”, *El Derecho, Boletín de Mercantil*, nº 25, 2010. OLAVARRÍA IGLESIA, J., “Art. 11 bis. Arbitraje estatutario”, en *Comentarios a la Ley de arbitraje*, BARONA VILAR, S. (Coord.), op. cit., págs. 688-691. RODRÍGUEZ ROBLERO, M.^º I., “El arbitraje societario en la nueva Ley de arbitraje 11/2011, de 20 de mayo, de reforma a la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje y de regulación del arbitraje institucional en la Administración General del Estado”, *Revista de Derecho de Sociedades*, nº 37, julio-diciembre 2011. ARIZA COLMENAREJO, M.^º J. “La regulación del arbitraje estatutario”, en *La reforma de la Ley de Arbitraje de 2011*, DAMIÁN MORENO, J. (Director), Ed. La Ley, Madrid, 2011. MERINO MERCHÁN, J., “Configuración del arbitraje intrasocietario en la Ley 11/2011”, *Revista Jurídica de Castilla y León*, nº. 2, monográfico sobre arbitraje y mediación, 2013, págs. 99-135.

⁴⁹ La reforma se justificó en la necesidad de adaptar el Derecho español en esta materia a la Directiva 88/357/CEE, de 22 de Junio de 1988, sobre *Libertad de servicios en seguros distintos al de vida, y de actualización de la legislación de seguros privados*. Al mismo tiempo también se traspuso la Directiva 87/344/CEE, sobre *Coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas relativas al Seguro de Defensa Jurídica*, que fue posteriormente derogada por la Directiva 2009/138/CE, de 29 de Noviembre de 2009, del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre *el Seguro de Vida, el acceso a la actividad de Seguro y Reaseguro y su ejercicio*.

⁵⁰ El art. 76 a) de la LCS establece que «*El asegurador se obliga, dentro de los límites establecidos en la Ley y en el contrato, a hacerse cargo de los gastos en que pueda incurrir el asegurado como consecuencia de su intervención en un procedimiento administrativo, judicial o arbitral, y a prestarle los servicios de asistencia jurídica judicial y extrajudicial derivados de la cobertura del seguro*».

sobre el contrato de seguro”, en consonancia con la Directiva 87/344/CEE citada⁵¹, base de la reforma de 1990, artículo que ha sido derogado, después de 20 años de vigencia, tras haber sido declarado inconstitucional por la STC 1/2018, de 11 de febrero, por vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.

En la mencionada Sentencia el TC entendió que el Legislador español, al trasponer la Directiva citada, extralimitó el sentido de aquella, puesto que tanto la Directiva 87/344/CEE, como la 2009/138/CE, lo único que hacían era fomentar el arbitraje como medio idóneo y eficaz para la resolución de controversias⁵², pero en modo alguno una solución impuesta a una de las partes del contrato –en este caso al asegurador– dada la necesaria voluntariedad y el concierto de las partes en orden a la sumisión al Convenio y al procedimiento arbitral.

Así, pues, el TC volvió a aplicar la Doctrina sentada en la STC 174/1995, que declaró inconstitucional el art. 38.2 de la Ley de 16/1987, de 30 de Julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres, como contrario al derecho a la tutela judicial efectiva, al imponer el arbitraje obligatorio en los conflictos surgidos al amparo de esa Ley, cuando la cuantía del procedimiento no superara los 3.000 euros⁵³.

En el supuesto del Arbitraje en Conflictos Colectivos, la solución ha sido distinta, toda vez que, en la mencionada Sentencia 1/2018, el TC entendió que (FJ Cuarto) que la sumisión a arbitraje de la cuestión litigiosa no sería contraria al derecho fundamental a la Tutela judicial efectiva, sólo por su unilateralidad, siempre que no se cierre el ulterior acceso al proceso jurisdiccional, para un pleno

⁵¹ El art. 6 de la citada Directiva, derogada por la actual Directiva 2009/138/CE, que lo recoge en su art. 203, el derecho del asegurado de acudir a cualquier instancia jurisdiccional o arbitral.

⁵² Tanto el art. 6 de la Directiva 87/344, como el art. 203 de la Directiva 2009/138, establecen que: «Los Estados miembros preverán, con vistas a la solución de todo litigio que pueda surgir entre la Empresa de seguros de defensa jurídica y el asegurado y sin perjuicio de cualquier derecho de recurso a una instancia jurisdiccional que eventualmente hubiere previsto el derecho nacional, a un procedimiento arbitral u otro procedimiento que ofrezca garantías comparables de objetividad. El contrato de seguro deberá prever el derecho del asegurado a recurrir a tales procedimientos».

⁵³ Cfr. el excelente trabajo de GONZÁLEZ GARCÍA, J.M. “Arbitraje Obligatorio y Tutela Judicial Efectiva: El Arbitraje no es un negocio Jurídico Unilateral”, Derecho y Proceso, Tomo II, Libro Homenaje a Francisco Ramos Méndez, CACHÓN CADENAS, M. /FRANCO ARIAS, J. (Coords.), Atelier Jurídico, Barcelona 2018, págs. 113-1136, especialmente págs. 1125-1130.

conocimiento del asunto, matiz importantísimo, y que deviene precisamente de la Sentencia 119/2014, de 16 de Julio, en el que se desestimó el recurso de inconstitucionalidad contra el art. 82.3, párrafo octavo, del Estatuto de los Trabajadores, que establece, dentro del procedimiento de negociación colectiva, el compromiso de las partes de someter sus discrepancias a un arbitraje vinculante y obligatorio ante la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, u órgano autonómico equivalente, en tanto que el control judicial respecto de lo resuelto por el Órgano administrativo, es más amplio en esos supuestos que en los de mera anulación del Laudo.

Esta solución, al decir de la Doctrina más autorizada, lo que hace es establecer un sistema de arbitraje Público Obligatorio, que, no constituye genuino arbitraje, al faltarle el elemento de la voluntariedad, pues a falta de acuerdo de las partes, el arbitraje opera de manera inmediata; y si bien pudiera salvarse, desde el punto de vista del derecho a la tutela judicial, al poder el órgano jurisdiccional tener un conocimiento pleno posterior, sin embargo no responde al arbitraje regulado en la Ley 60/2003, es decir, no es un medio alternativo de resolución de conflictos, sino un medio preprocesal de solución de los mismos (como la conciliación previa o la reclamación administrativa previa)⁵⁴.

IV. JURISDICCIÓN Y ARBITRAJE, MÉTODOS COMPLEMENTARIOS: INTERVENCIÓN DEL JUEZ EN EL PROCEDIMIENTO ARBITRAL

Tal y como hemos expresado, el arbitraje aparece como un sistema heterocompositivo, alternativo al proceso judicial, por el que las partes pueden someter una controversia, previo *convenio arbitral*, ante un tercero (personas o entidad diferentes de las que integran el Poder Judicial), a fin de que resuelva dicha controversia de manera definitiva y con carácter de cosa juzgada.

En este sentido, el sometimiento de un conflicto a arbitraje, supone excluir tal asunto del conocimiento de los jueces ordinarios, quienes sólo excepcionalmente, por motivos preestablecidos, podrían decidir sobre la validez o nulidad del laudo.

⁵⁴ Cfr. GONZÁLEZ GARCÍA, J.M. "Arbitraje Obligatorio...", op. cit., págs. 1131-1134.

En este orden de ideas, salvo disposición distinta de la propia Ley de Arbitraje o pacto en contrario de las partes, al existir un convenio arbitral o durante el desarrollo de un proceso arbitral, ningún órgano jurisdiccional o administrativo puede admitir a trámite proceso, procedimiento, pretensión, acción o recurso que, de cualquier manera, impida el inicio del arbitraje o que lo suspenda. De hecho en la actual L.A. se percibe una tendencia a limitar la intervención judicial en el arbitraje, hasta quedar reducida a aquellos supuestos tasados en la Ley⁵⁵.

Lo que se busca es consagrar el principio de autonomía e independencia de la jurisdicción arbitral, principio que ha sido reconocido expresamente en muchos pronunciamientos del Tribunal Constitucional, ya citados.

Ahora bien, ello no implica desconocer que la actividad judicial resulta relevante para el arbitraje, en algunos aspectos⁵⁶.

La actividad de los árbitros comporta una serie de limitaciones que les impone su origen convencional, la falta de *autoritas* y el orden público, de tal manera que el juez interviene, o bien porque los árbitros carecen de *imperium* para una concreta actuación, bien porque las partes o los árbitros consideran oportuna su intervención.

En efecto, el arbitraje nunca podrá restar protagonismo al Poder Judicial, ya que los jueces, están dotados por el Estado de la facultad de hacer cumplir forzosamente sus decisiones, y tienen la potestad de imponer coactivamente una conducta.

Es por ello que, lejos de estar enfrentados, existe una relación de cooperación indispensable. Veamos los supuestos en los que se hace necesaria la intervención de los órganos jurisdiccionales ordinarios al ejercicio de la actividad arbitral.

⁵⁵ En la regulación del arbitraje español se observa una progresiva desjudicialización, que se pone de manifiesto al comparar la situación normativa actual con otras anteriores. Así, por ejemplo, la necesidad de fedatario judicial (secretario) en las actuaciones judiciales; la formalización judicial del contrato preliminar de arbitraje; la cesación del arbitraje defiriendo al juez estatal la resolución de la controversia en los casos de discordia; la fiscalización por el Tribunal Supremo a través del recurso de Casación de la legalidad material y procesal que se considerase infringida etc., han quedado derogadas en la Ley 60/2003.

⁵⁶ MALLANDRICH MIRET, N., "La regulación del auxilio judicial en el arbitraje tras la reforma de la Ley de Arbitraje operada por la Ley 11/2011, de 20 de mayo", en *Diario la Ley*, nº 7903, 17 de julio de 2012, págs. 12 y ss.

1. La Intervención en la Designación y Remoción de Árbitro

El primer escenario en donde podemos observar la participación del juez nacional en el arbitraje es en la designación de los árbitros, cuando no haya acuerdo entre las partes para dicha elección⁵⁷.

Además especifica el Tribunal competente para prestar ese auxilio judicial⁵⁸, y el procedimiento adecuado para ello, que es el juicio verbal.

Designado judicialmente el árbitro o árbitros por el procedimiento adecuado, deberá este o estos comunicar su aceptación en el plazo previsto. En caso de no hacerlo, se entenderá que no aceptan el nombramiento, y habrá de procederse a nueva designación con arreglo a lo anteriormente indicado⁵⁹.

Ahora bien, en este trámite de auxilio judicial de designación de árbitro/os, la polémica doctrinal se suscita en relación al ámbito de conocimiento y control del órgano judicial; si se limita sólo a la designación, o puede extenderse a otras cuestiones.

En el Derecho arbitral español la solución es bastante clara, toda vez que la propia Ley prevé que, en este trámite de auxilio judicial, la intervención del órgano

⁵⁷ El art. 15.6 de la L.A. dice: «Si procede la designación de árbitros por el Tribunal, este confeccionará una lista con tres nombre por cada arbitro que deba ser nombrado. Al confeccionar dicha lista el tribunal tendrá en cuenta los requisitos establecidos por las partes para ser árbitro y tomará las medidas necesarias para garantizar su independencia e imparcialidad. En el supuesto de que proceda designar un solo árbitro o un tercer árbitro, el tribunal tendrá también en cuenta la conveniencia de nombrar un árbitro de nacionalidad distinta a la de las partes y, en su caso, a la de los árbitros ya designados, a la vista de las circunstancias concurrentes. A continuación, se procederá al nombramiento de los árbitros mediante sorteo».

⁵⁸ El art. 8.1 LA: «Para el nombramiento y remoción judicial de árbitros será competente la Sala de lo Civil y de lo Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma donde tenga lugar el arbitraje; de no estar éste aún determinado, la que corresponda al domicilio o residencia habitual de cualquiera de los demandados; si ninguno de ellos tuviere domicilio o residencia habitual en España, la del domicilio o residencia habitual del actor, y si éste tampoco los tuviere en España, la de su elección».

⁵⁹ RUIZ MORENO, J. M., "Nombramiento y aceptación de los árbitros. Imparcialidad, abstención y recusación", en GONZÁLEZ MONTES, J. L., "Estudios sobre el arbitraje: los temas claves", Madrid, La Ley (Wolters Kluwer), 2008, págs. 75-78.

judicial debe limitarse a la designación de árbitro/árbitros a falta de acuerdo de las partes, cooperando de esta forma al buen fin del arbitraje. Así, el juez solo podrá rechazar la petición formulada cuando aprecie que, de los documentos aportados, no resulta la existencia de un Convenio Arbitral, no pudiendo valorar la validez o eficacia del Convenio, ni la arbitrabilidad de la cuestión litigiosa, por entender que, de permitirse tal control, se ralentizaría la designación de los árbitros, como expresa la propia Exposición de Motivos de la Ley⁶⁰.

Designado el árbitro y aceptado el cargo, pueden las partes pretender su remoción, o renunciar el propio árbitro (en los supuestos en que se vea impedido para ejercer sus funciones, o, por cualquier otro motivo, no las ejerza en un plazo razonable).

También aquí la intervención judicial se limita al caso en que las partes no estén de acuerdo con la remoción, o no hayan previsto convencionalmente un procedimiento en caso de desacuerdo, siendo distinto el procedimiento según el arbitraje lo sea de un solo o de varios árbitros. Si se pretende la remoción de un solo árbitro, la parte que la pretenda deberá solicitar el auxilio judicial, que decidirá sobre esta petición. Si el arbitraje fuera de tres o más árbitros, serán los demás árbitros los que decidan sobre la remoción instada, y sólo en los casos en que no haya acuerdo, procederá el auxilio judicial en los términos ya referidos.

Finalmente, en cuanto a la intervención judicial en los supuestos de falta de imparcialidad del árbitro⁶¹, si el árbitro recusado no renuncia espontáneamente, serán los mismos árbitros los que decidirán sobre su propia recusación, por el procedimiento acordado por las partes. Para el caso de que la decisión de los

⁶⁰ La doctrina se muestra dividida: algunos autores creen que no cabe otra interpretación que proceder al nombramiento, MONTÓN REDONDO, A., Comentario breve a la Ley de Arbitraje, (coord. MONTERO AROCA, J.), Madrid, ed. Civitas, 1990, págs. 220 y ss.; otros como CUCARELLA GALIANA, L.A., El procedimiento arbitral, publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 2004, pág. 94, SENÉS MOTILLA, C., La intervención judicial en el arbitraje, Madrid, ed. Civitas, 2007, pág. 53, GONZÁLEZ MONTES, J.L., La asistencia judicial al arbitraje, Madrid, Ed. Reus, 2009, pág. 30, admiten el control superficial del convenio. En lo que parece haber acuerdo es que por esta vía en ningún caso se debe entrar a valorar la arbitrabilidad de la materia.

⁶¹ El artículo 17 LA establece las causas de recusación de los árbitros –que son similares en casi todas las legislaciones–, y que establecen una causa general: *«que concurran en el árbitro circunstancias que den lugar a dudas justificadas sobre su imparcialidad o independencia»*, y una causa específica de la función arbitral: *«que no posea el árbitro las cualificaciones convenidas por las partes»*.

árbitros sea contraria a la pretensión de recusación, la Ley Modelo UNCITRAL prevé la intervención judicial (art. 13), resolviendo el órgano judicial sobre la procedencia o no de la recusación, siendo su decisión inapelable. Sin embargo, la Ley de Arbitraje española (art. 18) se aparta en este punto de la Ley Modelo, pues no prevé intervención judicial alguna en la recusación de los árbitros, de tal forma que si concurre en algún árbitro causa de recusación y este no renuncia espontáneamente, serán los mismos árbitros los que decidirán sobre su propia recusación, siendo irrecurrible la decisión que adopten; de tal forma que si la recusación no fuere estimada, a la parte proponente solo le queda la posibilidad de volver a plantear la recusación, en el supuesto de ejercitar la eventual acción de anulación del laudo (art. 18.3 LA).

En los supuestos en que se hiciera necesaria la sustitución de los árbitros, por renuncia o recusación, entendemos que deberá procederse a nombrar árbitro sustituto por el mismo procedimiento previsto para la designación de árbitros⁶².

2. La Adopción de Medidas Cautelares

Uno de los temas más relevantes en el arbitraje es el tratamiento de las medidas cautelares dentro del proceso. Cada vez es más habitual que los tribunales estatales den más reconocimiento a las decisiones de los árbitros, referidas a remedios procesales. En este sentido, el arbitraje también viene incorporando figuras o procedimientos que refuerzan la jurisdicción cautelar.

Tal es el caso del árbitro de emergencia en el ámbito del Arbitraje Comercial Internacional⁶³.

⁶² Cfr., sobre el particular, TAPIA FERNÁNDEZ, I. "Arbitraje e Intervención Judicial", *Problemas actuales del Proceso Iberoamericano*; Actas de las XX Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, Tomo I, Málaga, 2006, págs. 235-275, especialmente págs. 246-250.

⁶³ La figura del árbitro de emergencia se regula, en términos generales, en el artículo 29 del Reglamento de la Cámara de Comercio Internacional (RCCI) vigente desde el 1/1/ 2012. Sin embargo, tales disposiciones se complementan, en lo procedimental, con las Reglas de árbitro de emergencia, previstas en el Apéndice V del Reglamento CCI. Vid., sobre el particular, RIVERA, I. "El árbitro de emergencia: una figura en crecimiento", GUZMÁN-BARRÓN, C.: (Dir.), *Revista de Arbitraje PUCP*. Año IV Nº 4, septiembre 2014, págs. 163-167. BORDACHAR URRUTIA, R. "Medidas cautelares en arbitraje y la incorporación del árbitro de emergencia", *Derecho y Ciencias Sociales*, nº 13, 2015, págs. 71-91.

En ese contexto, las reformas de las legislaciones arbitrales, partiendo por las de la Ley Modelo en 2006, y las que le siguieron, incorporando estas modificaciones, han permitido dotar de un mayor grado de autonomía a los tribunales arbitrales para conocer y conceder medidas precautorias, sin depender tanto de la judicatura estatal.

En un arbitraje, sea éste doméstico o internacional, las partes pueden requerir también de la aplicación de medidas cautelares. La prohibición de celebrar actos o contratos o ejecutar garantías, secuestro, retención de bienes, obtención anticipada de pruebas, son cuestiones todas ellas relevantes y necesarias en uno y otro proceso.

No obstante, hay algunos factores diferenciadores en la ejecución de medidas cautelares en uno u otro proceso. Por ejemplo, los tribunales arbitrales carecen de autoridad y requerirán generalmente el auxilio de la justicia estatal para ejecutar la medida, en caso de oposición de la parte contra la cual se quiere hacer valer⁶⁴.

Asimismo, la ejecución de una medida cautelar en un Estado distinto de la sede en que se sigue el arbitraje, podrá enfrentarse a dilemas prácticos, puesto que en no pocos países no se acepta la ejecución y, menos aún, reconocer resoluciones de tribunales arbitrales extranjeros, que recaigan sobre medidas cautelares, ya que no son sentencias definitivas.

⁶⁴ No obstante, las legislaciones comparadas y diversos reglamentos institucionales, paulatinamente han incorporado la posibilidad de que sean los propios árbitros directamente y sin pasar por la jurisdicción ordinaria, quienes conozcan y resuelvan la solicitud de las partes de otorgarles medidas cautelares. Los avances han sido importantes. Por ejemplo, en 2006 se modificó la Ley Modelo de la UNCITRAL sobre arbitraje comercial internacional para dotar a los tribunales arbitrales de mayor autonomía frente a la concesión de medidas cautelares (La LM en su artículo 17.1, señala que «*siempre el tribunal arbitral, a petición de parte, podrá otorgar medidas cautelares, a menos que ellas mismas hayan excluido esta facultad*»). Las legislaciones estatales en materia de arbitraje, sobre todo las inspiradas en la mencionada Ley Modelo han seguido esta tendencia, eso sí, algunas con mayor audacia que otras. Un análisis somero del comportamiento legislativo comparado, permite afirmar que hay una tendencia a dotar de forma explícita de jurisdicción a los árbitros en materia de medidas cautelares. Tal es el caso del artículo 183 de la Ley de Derecho Internacional Privado suiza y el artículo 39 de la Ley de arbitraje inglesa. En el lado opuesto, el Código de procedimiento civil italiano, en su artículo 818 impide a los árbitros dictar medidas cautelares, reservando competencia exclusiva para tal fin a los tribunales estatales.

En el Derecho Español, la Ley de Arbitraje de 1953 no contemplaba la posibilidad de que los árbitros pudieran adoptar Medidas Cautelares, cuestión que la Doctrina justificaba en tanto suponen una injerencia en la libertad o el patrimonio del sujeto, por lo que el árbitro carente *imperium*, no podía adoptarlas. Tampoco la Ley de Arbitraje de 1988 regulo esta posibilidad mientras se sustanciaba un procedimiento arbitral. Sólo se regulaba la eventualidad de poderlas solicitar del Juez de Primera Instancia competente para la ejecución del laudo, en el supuesto de que se hubiera impugnado el laudo y mientras se sustanciaba el procedimiento de anulación. No obstante ello, la Doctrina era unánime sobre la conveniencia de que se pudieran adoptar medidas cautelares en el procedimiento arbitral, así como también la Jurisprudencia de los Tribunales en el mismo sentido⁶⁵.

Esta situación se modificó con la actual Ley de Arbitraje prevé (art. 23) la posibilidad de que el Tribunal arbitral pueda adoptar medidas cautelares.

El criterio asumido por la ley en el sentido de que las medidas cautelares adoptadas por los tribunales estatales son compatibles con el convenio arbitral viene a poner punto final a las inquietudes que se plantearon en la doctrina, al apuntar que la solicitud de tales medidas ante la jurisdicción estatal, antes del inicio de un procedimiento o durante su pendencia, implicaba una renuncia

⁶⁵ Vid. BARONA VILAR, S. "Reflexiones en torno a las medidas cautelares en el arbitraje", *Libro Homenaje al profesor Eduardo Font Serra*, Tomo I, págs. 740 y ss. ORTELLS RAMOS, M. . «Artículo 50», *Comentario breve a la Ley de arbitraje*, MONTERO AROCA, J. (Director) Madrid, 1990, págs. 254-262. IDEM, *Comentarios a la Ley de Arbitraje (Ley 60/2003, de 23 de diciembre)*, BARONA VILAR, S. (Coord.), Madrid, 2004, págs. 220 y ss. ARANGUENA FANEGO, C. *Comentarios Prácticos a la Ley de Arbitraje*, GUILARTE GUTIERREZ (Dir.), Valladolid, 2004, págs. 415 y ss. SENES MOTTILLA, C. *La intervención judicial en el arbitraje*: Thomson-Civitas-Cizur Menor, Madrid, 2007. GONZÁLEZ LECUONA, M. M., "La potestad arbitral para adoptar y ejecutar medidas cautelares en España", *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, nº 2, 2009 págs. 2287-2318. FORTEA GORBE, J. L., "El marco procesal de la tutela judicial cautelar en los procesos arbitrales. Novedades introducidas por la Ley 11/2011, de reforma de la Ley 60/2003, de Arbitraje, y de la Ley de Enjuiciamiento Civil", *Práctica de Tribunales*, nº 100 (Edit. Wolters Kluwer), Sección Tribuna Libre, Enero-Febrero 2013. BARONA VILAR, S. *Medidas cautelares en arbitraje*, 2014, págs. 241-276. BORDACHAR URRUTIA, R. "Medidas cautelares en arbitraje y la incorporación del árbitro de emergencia", *Derecho y Ciencias Sociales*, nº 13, 2015, págs. 71-91. SÁNCHEZ POS, M. V. "Las Medidas Cautelares inaudita parte en el Sistema Arbitral Español" *Anales de Derecho*, Vol. 36, nº 1, pág. 1, 2018.

tácita al convenio arbitral. La nueva ley claramente dice que esto no es así (art. 11.3 LA)⁶⁶.

Suscrito un convenio arbitral, puede que antes de comenzar o iniciado ya el procedimiento arbitral una o varias partes crean conveniente solicitar la adopción de medidas cautelares para asegurar la efectividad de la eventual sentencia arbitral estimatoria que se dictare en su día. Las medidas cautelares pueden, pues, servir para garantizar la eficacia del futuro laudo arbitral, pero además, para garantizar y asegurar los medios de prueba a presentar en su día ante el tribunal de arbitraje o en general para conseguir un mayor aseguramiento de los medios de prueba⁶⁷.

En definitiva, las disposiciones que establece la ley de Arbitraje para la tutela cautelar en el arbitraje es uno de sus grandes aciertos. Con este régimen se despejan muchas de las interrogantes que se formularon bajo la vigencia tanto de la Ley arbitral anterior como de la actual Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000.

3. La Acción de Anulación del Laudo Arbitral

La L. A. configura la institución arbitral como un mecanismo de resolución de conflictos, al que es consustancial la mínima intervención de los órganos jurisdiccionales por virtud y en favor de la autonomía de la voluntad de las partes (STS de 15 de septiembre de 2008). Por ello la acción de anulación se configura como un proceso de control externo sobre la validez del laudo que no permite una revisión del fondo de la decisión de los árbitros⁶⁸.

⁶⁶ Por consiguiente, del contenido del artículo 11.3 de la ley se deduce: a) el reconocimiento de que la solicitud de medidas cautelares ante un tribunal no supone renuncia tácita al arbitraje; b) la convivencia del convenio con la posible tutela cautelar y; c) que la tutela cautelar judicial se puede adoptar con anterioridad o durante la tramitación de las actuaciones arbitrales y después de dictado el laudo.

⁶⁷ ORDOÑO ARTÉS, C., "Asistencia judicial para la práctica de la prueba en la Ley de arbitraje" en GONZÁLEZ MONTES, J. L., *Estudios sobre el arbitraje: los temas claves*, Madrid, La Ley (Wolters Kluwer), 2008, pág. 117.

⁶⁸ El «control judicial enderezado a verificar la conformidad o contrariedad del laudo con el orden público no debe confundirse con una segunda instancia ni con una tarea propiamente jurisdiccional de revisión de la valoración de la prueba efectuada por el arbitro» (SAP Barcelona de 30 de junio de 2009) y que debe evitarse que el empleo de esta causa de anulación se convierta en «una herramienta que se ofrece al tribunal para hacer viable, como causa de nulidad, la mera discrepancia con el ejercicio de valoración probatoria que pertenece a la esencia de la labor decisoria asumida por el arbitro por encargo de las partes, cuando la misma no sea absurda ni manifiestamente contraria a las reglas de la lógica» (SAP Barcelona de 11 de marzo de 2009).

Por esta razón uno de los problemas más serios que enfrenta en la actualidad a la institución arbitral es la reacción adversa de algunos particulares y de ciertos tribunales. En el primer caso se argumenta que siempre será mejor la decisión de un Juez predeterminado por la ley y sometido al principio de la doble instancia, que permite revisar por un Tribunal colegiado (la Audiencia Provincial) su mayor o menor acierto al resolver el problema de fondo sometido a su juicio. Dicho principio supone, según esta concepción, una garantía a que tiene derecho todo justiciable y que no puede sustituirse por un acción de anulación, basada en unas reducidas causales, que no permite examinar el fondo del asunto, es decir, que no habilita a comprobar si ha habido infracción de Ley o doctrina legal aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate. Se invoca así una eventual lesión del derecho a la tutela judicial efectiva, derivada de la imposibilidad de someter a revisión judicial el fondo de la cuestión resuelta mediante laudo⁶⁹.

Ciertamente el mecanismo de anulación del laudo arbitral aparece configurado en la L.A. mediante una acción de carácter extraordinario, ya que las posibilidades de revisión por parte de Jueces y Tribunales se encuentran limitadas por el legislador, evitando así que el proceso de impugnación de la validez del laudo se convierta en una segunda instancia contra el laudo arbitral⁷⁰. Esto

⁶⁹ Vid., al respecto, STC de 17 de Enero de 2005 que viene a decir que «el cumplimiento de las exigencias del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión y las demás garantías contenidas en el art. 24 CE puede ser objeto de examen por este Tribunal a través del recurso de amparo cuando la infracción alegada sea imputable de un modo inmediato y directo a un acto u omisión producido en el proceso judicial en el que han de observarse y son exigibles dichas garantías, pero trasladar estas con el mismo rango de derecho fundamental al procedimiento arbitral para basar en determinadas irregularidades o vicisitudes ocurridas durante su tramitación la nulidad del laudo... es algo que, en principio, resulta extraño a esta Jurisdicción».

La misma Sentencia en el Fundamento Jurídico Segundo añade que: «Con respecto al arbitraje, solo 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, entre las más relevante, la formalización judicial del arbitraje, el recurso o acción de anulación y la ejecución forzosa del laudo».

⁷⁰ Para conocer de la acción de anulación del laudo será competente la Sala de lo Civil y de lo Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma donde aquél se hubiere dictado. Así lo establece el art. 8.5 de la LA. La Ley Orgánica 5/2011, de 20 de mayo, complementaria a la LRA, acomoda la LOPJ a las nuevas competencias del Tribunal Superior de Justicia añadiendo una nueva letra c) al apartado 1 del artículo 73: «De las funciones de apoyo y control del arbitraje que se establezcan en la ley, así como de las peticiones de exequátur de laudos o resoluciones arbitrales extranjeros, a no ser que, con arreglo a lo acordado en los tratados o las normas de la Unión Europea, corresponda su conocimiento a otro Juzgado o Tribunal».

es, los motivos de anulación del laudo se encuentran tasados, no pudiendo el órgano jurisdiccional que conozca de la acción de anulación, revisar el fondo de la decisión de los árbitros, ni anular un laudo arbitral por causas no previstas expresamente por la L.A. De lo contrario, se vulneraría el efecto de cosa juzgada del laudo, constitucionalmente reconocido⁷¹.

Porque, en efecto, solo es susceptible de Recurso de amparo la vulneración de los derechos y libertades fundamentales consagrados en la Constitución «... *originadas por disposiciones, actos jurídicos o simple vía de hecho de los poderes públicos del Estado, las Comunidades Autónomas y demás entes públicos de carácter territorial, corporativo o institucional, así como de sus funcionarios o agentes*»⁷².

Por lo tanto, el laudo arbitral, como acto que no emana de ningún poder público, no puede ser objeto de impugnación directa mediante amparo. Sólo cuando la vulneración de los derechos y libertades fundamentales sean atribuibles al órgano jurisdiccional que conoció de la acción de nulidad contra el laudo, podrá el Tribunal Constitucional enjuiciar un eventual lesión del derecho a la tutela judicial efectiva, sin que quepa la revisión Judicial del Laudo Arbitral en vía amparo, que queda excluido en sí mismo del proceso de amparo constitucional.

Respecto de la cuestión de la revisión judicial del fondo del asunto, el artículo 41.1 f) L.A. establece precisamente como causa, al amparo de la cual puede ejercitarse la acción de anulación del laudo, que éste sea contrario al orden público. Sin embargo, la L.A. no otorga una definición de lo que constituye «orden público» que es, por su propia naturaleza, un concepto jurídico indeterminado. Por ello, el peligro de dotar a la noción de orden público de una excesiva amplitud ha venido siendo tradicionalmente advertido por la jurisprudencia y la doctrina⁷³.

⁷¹ Vid. Exposición de Motivos de la L.A, Apartado VIII. Y STC 288/1993, de 4 de octubre.

⁷² Artículo 41.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

⁷³ Cfr. El análisis crítico que efectúan VÉLEZ FRAGA, M./ GÓMEZ-IGLESIAS, ROSÓN, L. “La Anulación de Laudos Arbitrales por Vulneración del Orden Público en las recientes resoluciones del Tribunal Superior de Justicia de Madrid”, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, nº 43, 2016, págs. 85-89, respecto de alguna Jurisprudencia de dicho Tribunal, aplicando de forma exorbitante dicho concepto.

A partir de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 15 de abril de 1986⁷⁴, el concepto de orden público adquirió tintes netamente procesales, operando así, como causa de anulación del laudo, cuando los árbitros lo hayan dictado en un procedimiento que contravenga derechos fundamentales y libertades constitucionalmente reconocidos; y en particular, cuando el laudo haya sido dictado en un arbitraje viciado de indefensión para una de las partes, en contravención del derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24 de la Constitución.

El orden público ha adquirido un contenido procesal, que sustrae el procedimiento de anulación de la revisión de la decisión que sobre el fondo del asunto los árbitros han laudado. Sin embargo, junto a ese orden público procesal existe otro de carácter material, constituido por normas de *ius cogens*, que siempre deben ser aplicadas por el árbitro. Se trata de normas inderogables, de carácter imperativo, que el árbitro debe siempre aplicar cuando dicte un laudo en Derecho⁷⁵.

De esta manera el control ejercido por el juez irá más allá del mero control del orden público procesal, entrando a considerar cuestiones de fondo, incluyendo los mismos hechos que dieron lugar a la disputa objeto del arbitraje.

Por ello, en la actualidad, el examen por parte de los órganos jurisdiccionales, tanto en fase de ejecución como de anulación del laudo arbitral, de determinadas cuestiones de fondo que traigan a colación la vulneración del orden público, se configura como un mecanismo de control tendente a evitar el recurso al arbitraje como fraude procesal. De no ser así, bastaría un recurso a un procedimiento arbitral para evitar la aplicación de disposiciones básicas del ordenamiento jurídico⁷⁶.

⁷⁴ STC 43/1986 (Sala Primera), de 15 de abril.

⁷⁵ En el marco del Derecho de la competencia, el TJCE recordó a los jueces que un laudo que vulnere disposiciones de orden público comunitario deberá ser anulado.

⁷⁶ Cfr. CREMADES, B. M. "El Arbitraje en la Doctrina....", op. cit., págs. 214-215. Del mismo autor, "España estrena nueva Ley de arbitraje", *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, Vol. V, 1988-89, pág. 25. Vid. también, ALBALADEJO, M. "La ominosa tentativa de hacer irrecurrible el laudo de Derecho; las normas debidas a aplicar", *RDP*, 1990, págs. 171-186; en contra MUÑOZ SABATÉ, L. "Sobre la irrecurribilidad del arbitraje de Derecho", *La Ley*, 1990, págs. 982-984. CARAZO LIÉBANA, M^a J. "Reflexiones sobre algunos aspectos....", op. cit., págs. 182-185. MUNNÉ CATARINA, F., *El arbitraje en la Ley 60/2003*, Ediciones Experiencia, Barcelona, 2004, págs. 41 y ss.

4. La Ejecución del Laudo

En España la LA/1988 solamente ofreció la posibilidad de ejecución a los laudos «firmes», alejándose claramente de lo que acontecía con la ejecución provisional de las sentencias que se regulaba expresamente en los arts. 524-537 LEC. Y esta circunstancia fue uno de los factores que dispararon un inusitado recurso a las acciones de anulación pues el procedimiento podía dilatarse entre uno y cuatro años y así deferir en el tiempo el cumplimiento del laudo caso de que este no fuera anulado.

El ejercicio de la acción de anulación como táctica dilatoria no sólo desvirtuaba por completo una de las notas inherentes al arbitraje cual es la de la rapidez, sino que dejaba al laudo arbitral en una incomprensible situación de inferioridad respecto de las sentencias judiciales. Por eso debe celebrarse la corrección del sistema efectuada por la LA/2003 que dedica el art. 45 a regular la ejecución provisional del laudo mientras se sustancia el procedimiento de anulación⁷⁷, con el establecimiento de las garantías adecuadas para el ejecutado que podrá solicitar al tribunal *«la suspensión de la ejecución, siempre que ofrezca caución por el valor de la condena más los daños y perjuicios que pudieren derivarse de la demora en la ejecución del laudo»*⁷⁸.

A diferencia de la ejecución de las sentencias judiciales, cuya eficacia deriva del poder del Estado, la eficacia del laudo encuentra su origen, a través de la

⁷⁷ La posibilidad de ejecución del laudo aun cuando contra esté se hubiera interpuesto acción de anulación (art. 45 LA), ha suscitado igualmente la cuestión de si la norma contempla una verdadera ejecución definitiva de la resolución arbitral, o si, por el contrario, debemos hablar de ejecución provisional del laudo, a la manera de la antigua LA 1953. La cuestión no está exenta de debate, teniendo en cuenta que la propia redacción de la LA guarda silencio respecto a la naturaleza de la ejecución del laudo impugnado.

⁷⁸ Cfr. CUCARELLA GALIANA, L.A. *“El procedimiento arbitral (Ley 60/2003, de 23 de diciembre)”*, Bolonia, 2004, págs. 275 y ss. LORCA NAVARRETE, A.M. *“La ejecución del laudo arbitral en los supuestos en que se ha ejercitado acción de anulación ¿es definitiva o provisional?”*, *Revista La Ley* nº 2, 2005, págs. 1705-1711. FRANCO ARIAS, J. *“La ejecución del laudo y particularmente la ejecución provisional, según la nueva Ley de Arbitraje 2003”*, *Anuario de Justicia Alternativa*, nº. 5, 2004, págs. 177. MARCOS FRANCISCO, D. *“Las nuevas reformas proyectadas en materia de anulación y ejecución del laudo arbitral”*. *Diario La Ley* nº 7546, pág. 2, 2011. RIPOLL CARULLA, I. *“La Suspensión de la Ejecución del laudo: Estudio del art. 45 LA”*, *Poder Judicial*, nº 1, 2013, págs 373-406.

Ley, en la voluntad de las partes que se han sometido a la decisión de los árbitros. Por ello, dado el origen voluntario del proceso arbitral que concluye con el laudo, éste debería cumplirse de forma también voluntaria por las partes, que han aceptado que sea el árbitro quien dirima su controversia, sin embargo, no es menos cierto que a menudo debe acudir a la ejecución forzosa del laudo.

Ahora bien, los árbitros carecen de *imperium*. Si bien tienen jurisdicción para sustanciar y decidir las causas que versan sobre las cuestiones sometidas a su consideración, no pueden utilizar la fuerza coercitiva del Estado para garantizar el cumplimiento de sus decisiones⁷⁹. Esta circunstancia constituye una limitación para aquellos casos en que es necesario utilizar la fuerza legal para imponer alguna decisión, y, en definitiva para hacer cumplir lo ordenado en el laudo arbitral que, una vez dictado, si no se cumple libre y voluntariamente por el obligado, puede ser ejecutado por el procedimiento ordinario de ejecución de las sentencias de condena regulados en los arts. 527 y ss. de la L. E. Civil⁸⁰.

Son los órganos judiciales quienes, por ministerio de la Ley, deben ejecutar lo acordado en el juicio arbitral cuyo valor es el de título de ejecución que lo equipara a una sentencia judicial. Por esta razón el art. 8.4º Ley 60/2003, de 23

⁷⁹ En los debates seguidos en el seno de las Naciones Unidas para la reforma de la Ley Modelo, se cuestionó la viabilidad de la ejecución forzosa de los árbitros. Sin embargo se señaló que, si bien las coordenadas de un sistema procesal de garantías, en el que las injerencias en la esfera jurídica de una persona o en su patrimonio, a la postre, deben necesariamente realizarse por el órgano jurisdiccional, esta situación resulta impensable. Cfr. BARONA VILAR, S. *Medidas cautelares en el arbitraje*. Edit. Thomson Civitas, Navarra 2006, pág. 373.

⁸⁰ Sobre la ejecución del laudo, Vid. GONZÁLEZ SORIA, J. "La intervención judicial en el arbitraje. Recursos jurisdiccionales y ejecución judicial del laudo arbitral". *Cámara de Comercio e Industria de Madrid*, 1988. BARONA VILAR, S. "La ejecución del laudo arbitral", *Poder Judicial*, nº 21, 1991, págs. 9-30. GOÑI ETCHERVERS, J.L. "Eficacia y ejecución del laudo arbitral", *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, nº 1994, 1994, págs. 57-70. SANCHEZ POS, Mª V., *El Control Judicial en la Ejecución del Laudo Arbitral*, Edit. Aranzadi, Cizur Menor, Navarra 2009. PARDO IRANZO, V. *La ejecución del laudo arbitral*. Cizur Menor, Aranzadi, Navarra, 2010. ÍDEM, "Valoración crítica de la reforma del proceso de ejecución del laudo arbitral", *Revista General de Derecho Procesal*, nº 26, 2012, págs. 4 y ss. RIPOL, I., *La ejecución del laudo y su anulación. Estudio del artículo 45 LA*, JM Bosch Editor, Barcelona, 2013. CABRERO LÓPEZ, J., "La ejecución del laudo arbitral", *Práctica de Tribunales* nº 107, Sección Tribuna Libre, Marzo-Abril 2014, págs. 4 y ss. HINOJOSA SEGOVIA, R. "Atribución al árbitro de la competencia para la ejecución del laudo arbitral y de las medidas cautelares adoptadas en el procedimiento arbitral. El Juez de Garantías. Reformas legales necesarias", *Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones* nº 9, 2016, págs. 176-189.

de diciembre (LA/2003) establece que *«Para la ejecución forzosa del laudo será competente el Juzgado de Primera Instancia del lugar en que se haya dictado, de acuerdo con lo previsto en el apartado 2 del art. 545 de la LEC y, en su caso, el previsto en el art. 958 de la LEC de 1881»*.

La labor de los árbitros carecería de eficacia material si no gozase de la referida ejecutoriedad que corresponde a la jurisdicción, en tanto carecen de la atribución de ejecución, pues la facultad de ejecutar corresponde a los órganos estatales, y no puede derivarse a los árbitros, ya que dicha atribución implicaría hacer uso de la fuerza coercitiva que emana del atributo de soberanía del Estado, que sus órganos ejercen con carácter de monopolio, como ya se ha puesto de relieve.

V. CONCLUSIONES

Es muy posible que si se plantea ante un juez que el arbitraje es un proceso, que supone una privatización de la justicia, o que un tribunal arbitral no es otra cosa que un tribunal, en el sentido estricto de la palabra, a dicho juez se le pueda suscitar la duda de si tal actividad invade el ámbito jurisdiccional que le es privativo y, por descontado, su contrariedad con a la Constitución⁸¹, en la medida en que ésta establece que, el *«ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente los Juzgados y Tribunales determinados por las Leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan»* (art. 117.3º CE). Podría considerarse que esta norma prohíbe tajantemente la existencia de tribunales establecidos para juzgar, a cambio de unos honorarios.

Para refutar este argumento debemos apresurarnos a señalar que la labor de los árbitros, cuyo resultado es directamente vinculante para las partes que se han sometido a ellos por mutuo acuerdo, no pretende suplantar en modo alguno el ámbito de actuación conferido a los órganos de la justicia estatal. De hecho el art. 39 LE Civil incluye la sumisión de la cuestión litigiosa a arbitraje como un supuesto de falta de jurisdicción de los juzgados y tribunales y dicha labor

⁸¹ PÉREZ GORDO, A., «La inconstitucionalidad de las Leyes de arbitraje», *Estudios de Derecho procesal*, Zaragoza, 1981, págs. 405-420.

puede cumplirse de manera imparcial, independiente, inamovible, responsable y sometida al imperio de la Ley.

Durante bastante tiempo, en la mayoría de los Estados, pese a haber incorporado reglamentaciones favorables a la institución, existía una actitud de desconfianza hacia los MASC y, más concretamente respecto del arbitraje, como referente más próximo al proceso, determinada por un ambiente, tanto legislativo como judicial, de desconfianza hacia la institución que la LA/2003 ha desterrado⁸², colocándose a la cabeza de las legislaciones del mundo en la acogida hacia el arbitraje comercial, pero que ha estado muy presente a lo largo de la práctica española en el último medio siglo.

Estas reticencias, hoy en trance de extinción en la actitud de nuestros Tribunales de justicia como apuntan los más recientes precedentes de la jurisprudencia española, tenían detrás una consideración del arbitraje como una institución intrusa en el ámbito jurisdiccional. Ello contrastaba con dos postulados de base, que se suelen afirmar con rotundidad pero que pocas veces se cumplen: la potenciación del arbitraje, señaladamente en materias mercantiles, donde demuestra su utilidad como alternativa eficaz al procedimiento judicial y la asimilación de que el arbitraje no es una técnica que trate de quitar poder a la jurisdicción del Estado, sino que es alternativa a ella.

Así pues, no existe, o, al menos no debería existir, una contraposición o enfrentamiento entre ambas formas de solución de conflictos, en el ámbito que les

⁸² Dentro de la abundante bibliografía sobre la Ley 60/2003 *Vid.*, VERDERA Y TUELLS, E. "La Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje entre la tradición y la innovación", *Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, Madrid, 2005, págs. 59 y ss. También, CHILLÓN MEDINA, J.M./MERINO MERCHÁN, J.F., "Valoración crítica de la Nueva Ley de Arbitraje", *La Ley*, nº 5945, 2004. IDEM, *Tratado de Derecho Arbitral* (3ª edición), Thomson-Civitas, 2006. BARONA VILAR, S. (Coord.) *Comentarios a la Ley de Arbitraje* (Ley 60/2003, de 23 de diciembre), op. cit. HINOJOSA SEGOVIA, R. (Coord.), *Comentarios a la nueva Ley de Arbitraje*, Ed. Grupo Difusión, Barcelona, 2004. GONZÁLEZ SORIA, J. (Coord.), *Comentarios a la nueva ley de arbitraje 60/2003, de 23 de diciembre*, 2004. MUNNÉ CATARINA, F., *El arbitraje en la Ley 60/2003*, Ediciones Experiencia, Barcelona, 2004. GUILARTE GUTIÉRREZ, V., (Director), *Comentarios Prácticos a la Ley de Arbitraje*, Lex Nova, Valladolid, 2004. CORDÓN MORENO, F. *El Arbitraje de Derecho Privado / Estudio breve de la Ley 60/2003 de 23 de diciembre de Arbitraje*, op. cit. ARIAS LOZANO D. (Coord.) *Comentarios a la Ley de Arbitraje de 2003*, Edit. Thomson Aranzadi, Navarra 2005. DE MARTÍN MUÑOZ/HIERRO ANIBARRO (Coords.), *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, Marcial Pons, Madrid, 2006. BARONA VILAR, S. (Coord.), *Comentarios a la Ley de arbitraje*, 2ª Edic., Editorial Civitas, Navarra, 2011.

es propio. Entendemos, muy al contrario, que son alternativas que, aunque se excluyen, en el sentido de que el sometimiento al arbitraje impide la iniciación del Proceso Civil y viceversa, son métodos complementarios.

La potestad jurisdiccional del árbitro no tiene el mismo alcance que la otorgada por la Ley a los Juzgados y Tribunales, ya que frente a la del poder de los jueces de ejecutar lo juzgado, el árbitro necesitará del auxilio judicial, cuando la voluntad de las partes resulte insuficiente para llevar a buen fin el procedimiento, o para cumplir lo decidido en el Laudo⁸³.

Por lo tanto, Jueces y Tribunales desempeñan una función primordial en el éxito del arbitraje: en primer lugar, mediante el apoyo y control del arbitraje, configurado en el artículo 8.3 LA⁸⁴; y en segundo lugar, en el procedimiento de ejecución del Laudo arbitral, y el procedimiento de exequatur del laudo extranjero⁸⁵.

También el control judicial alcanza al procedimiento de impugnación del Laudo, cuando se de algunas de las causas señaladas en el art. 41 de la L.A.⁸⁶. El procedimiento está previsto en el art. 40 LA, en consonancia con lo establecido

⁸³ De este modo, la intervención judicial en el arbitraje, recogida en los arts. 7 y ss. de la L.A. se configura como un «...*corolario del denominado efecto negativo del convenio arbitral...*» limitándose dicha intervención «...*a los procedimientos de apoyo y control, expresamente previstos por la Ley*».

⁸⁴ El artículo 8 de la L A recoge los diferentes funciones de los órganos jurisdiccionales en el apoyo y control del arbitraje, a saber: nombramiento judicial de árbitros; asistencia judicial en la práctica de pruebas; adopción judicial de medidas cautelares; ejecución forzosa del laudo; acción de anulación del laudo; y exequátur de laudos extranjeros.

⁸⁵ Vid., sobre el particular, CALVO CARAVACA, A.L. “La eficacia del compromiso arbitral en el ámbito del exequátur”, *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, vol. III, 1986, págs. 131-136.

⁸⁶ El artículo 41.1 LA indica que el laudo podrá ser anulado, cuando la parte que solicita la anulación alegue y pruebe alguno de los motivos establecidos en dicho artículo: a) Inexistencia o invalidez del convenio arbitral; b) Indefensión por falta de notificación de la designación de un árbitro o por no haber podido una de las partes hacer valer sus pretensiones; c) Incongruencia *extra petita* del laudo arbitral; d) Designación de los árbitros o tramitación del procedimiento arbitral en contra de lo acordado por las partes, siempre y cuando dicho acuerdo no vulnere alguna norma imperativa de la LA; e) Resolución por los árbitros de cuestiones no susceptibles de someterse a arbitraje; f) Vulneración del orden público.

en la LE Civil⁸⁷. Si bien es cierto que, en sede de control judicial del laudo, este solo podrá referirse a los presupuestos material es y las condiciones de forma que han dado origen al laudo arbitral, garantizando los principios esenciales que permiten obtener la tutela judicial efectiva⁸⁸.

Tampoco estará legitimado el árbitro para formular cuestiones prejudiciales ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (art. 177 del Tratado de la Comunidad Europea)⁸⁹, ni Cuestiones de Inconstitucionalidad ante el T. Constitucional, por estar el planteamiento de éstas reservadas a los órganos judiciales (art.163 CE).

En definitiva, que la colaboración entre el juez y el árbitro no pretende otra cosa que dotar de mayor eficacia a la solución de las controversias de índole patrimonial que son inherentes a las exigencias del comercio, tanto nacional como internacional⁹⁰.

Si los árbitros poseen la responsabilidad de resolver una controversia en justicia, los jueces deben prestar su apoyo controlando esta decisión dotándola de potestad ejecutiva. No debe existir, pues, confrontación ni superposición de ámbitos, sino ejercicio de los mismos derechos, dentro de un sistema de

⁸⁷ GOÑI, J.L. "La revisión judicial del laudo en el arbitraje internacional", *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, vol. XI, 1995, págs. 103-111. ÁLVAREZ SÁNCHEZ DE MOVELLÁN, P. "La anulación del Laudo Arbitral. El Proceso Arbitral y su Impugnación", Comares, Granada, 1996. CUARTERO RUBIO, M^a V. *El recurso de anulación contra el laudo arbitral en el arbitraje comercial internacional*, Madrid, 1997, págs. 29-37. MAYNÉS, M. "El derecho a la segunda instancia en el proceso arbitral y la imposibilidad de revisar el laudo en cuanto al fondo del asunto", *Actualidad Civil*, 2001, marginal 303 XII. GONZÁLEZ-MONTES SÁNCHEZ, J.L. "La acción de anulación del laudo en el proceso Español de arbitraje (Ley 60/2003 de 23 de Diciembre)". *Estudios sobre el Arbitraje: Los temas claves*, 2008. FORTÚN GERMÁN, A. y ÁLVAREZ GARCILLÁN, G., "La impugnación de laudos arbitrales" en *Economist & Jurist*, junio de 2013, pág. 3.

⁸⁸ Cfr. HERRERA TAGUA, J., en LORCA NAVARRETE, A. M^a., *Comentario*, en *Revista vasca de derecho procesal y arbitraje*, Edit. id, 2014. y Alternativa.busac en ocasionesvez el arbitro posee mas competencias di de pruerba 1, 2010, §438, págs. 141-144.

⁸⁹ Sentencia de 23 de marzo de 1982, del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (caso *Nordsee*). Vid., sobre el particular, BLANCO-MORALES, P. "El arbitraje privado y el recurso prejudicial del art. 177 del Tratado CEE", *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, vol. III, 1986, págs. 123-129.

⁹⁰ FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. «La colaboración entre jueces y árbitros como presupuesto de una cultura arbitral», *Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado*, nº 15, 2004, págs. 17-49.

garantías constitucionales. Es este el sentido con el que debe interpretarse la compatibilidad técnica entre ambas instituciones.

De hecho los MASC se inscriben plenamente en el contexto de las políticas sobre la mejora del acceso a la justicia desempeñando un cometido complementario con relación a los procedimientos jurisdiccionales, en la medida en que, a menudo, las técnicas aplicadas en los MASC se suelen acomodar mejor al carácter de ciertos litigios y ello por permitir a las partes entablar un diálogo, que de otro modo hubiera sido imposible, y evaluar por sí mismas la conveniencia de dirigirse a los tribunales⁹¹.

No obstante, el tema no es ni mucho menos pacífico, toda vez que en la actualidad muchos hablan de una privatización de la justicia, una de cuyas manifestaciones sería la expansión de los MASC, especialmente el Arbitraje. Tal consideración puede considerarse, en primera instancia, negativa a la verdadera naturaleza de los MASC en la medida en que la misma, busca en ocasiones, más la descongestión judicial que la resolución pacífica del conflicto, lo que supondría descargar la responsabilidad de la jurisdicción sobre una vía que debe entenderse únicamente complementaria y no principal, habida cuenta que la correcta prestación del servicio de justicia constituye una responsabilidad del Estado⁹².

⁹¹ Cfr. BARONA VILAR, S. *Solución extrajudicial de conflictos. ADR y Derecho Procesal*, Valencia, 1999, págs. 172 ss. IDEM, "Arbitraje en España: a la búsqueda de un lugar adecuado en el marco de la justicia", en AA.VV.: BARONA VILAR, S., *Arbitraje y justicia en el siglo XXI*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2007, pág. 39.

⁹² Sobre el particular, BORDALÍ, A. Justicia Privada. *Revista de Derecho*, XVI, 2004, págs. 165-186. FARROW T. *Civil Justice, Privatization, and Democracy*. University of Toronto Press, 2014. BONET J. *Justicia de Paz y Alternativa*, Edit. Dyckinson, Madrid, 2014.