

## LA CONSTITUCION DE 1812 Y EL ARBITRAJE

JOSÉ FERNANDO MERINO MERCHÁN (\*)

*«El arbitraje es una manifestación de la libertad civil»*

**SUMARIO:** I. SIGNIFICADO HISTÓRICO POLÍTICO DEL ARBITRAJE EN LA CONSTITUCIÓN DE 1812.—II. TÉRMINOS DEL RECONOCIMIENTO DEL ARBITRAJE Y DE LA CONCILIACIÓN EN LA CARTA GADITANA Y SUS RASGOS DEFINITORIOS.—III. EL ARBITRAJE DE LA CONSTITUCIÓN GADITANA SE CONCEBÍA COMO UN AUTÉNTICO EQUIVALENTE JURISDICCIONAL.

---

(\*) Letrado de las Cortes Generales y del Consejo de Estado (excte). Titular de la Cátedra de Derecho Arbitral IDP-URJC. Arbitro.

## SIGNIFICADO HISTÓRICO POLÍTICO DEL ARBITRAJE EN LA CONSTITUCIÓN DE 1812

De la modernidad que aún en nuestros días tiene en muchos aspectos la Constitución de 1812, de la que este año estamos celebrando su bicentenario, da cuenta el reconocimiento del arbitraje como derecho de los ciudadanos a solucionar sus conflictos sin necesidad de tener que acudir a jueces y tribunales. Reconocimiento solo equiparable al encomiable tributo roussoniano del artículo 6, cuando afirma que los españoles han de ser justos y benéficos, y del que tampoco se encuentra parangón en la historia constitucional.

Este reconocimiento constitucional del arbitraje no deja de ser una muestra más de lo que manifestaba Díez del Corral (*El liberalismo doctrinario*, 4.<sup>a</sup> ed., CEC, 1984, p. 29), cuando afirmaba que en el siglo XIX se pergeñan todas las ideas e instituciones de las que ha vivido el siglo XX. Con todo no deja de ser insólito y novedoso que la Constitución gaditana de 1812 estableciera en su artículo 280 el inalienable derecho de los españoles a terminar sus diferencias por medio jueces árbitros, elegidos por ambas partes, otorgando a la sentencia que dictaran los árbitros eficacia ejecutoria, si las partes al hacer el compromiso no se hubieran reservado el derecho de apelar (art. 281).

Ciertamente la Constitución de 1812, reconocedora del arbitraje como derecho fundamental de los ciudadanos a resolver sus conflictos, era tributaria de la tradición histórica que la institución había tenido en el Derecho español desde tiempos inmemoriales, pero el

mérito fue precisamente rescatarla y constitucionalizarla, encontrándose su fundamento según el *Discurso Preliminar* en el *inconstrastable principio de la libertad natural*; añadiéndose en el mismo que *nuestra antigua Constitución y nuestras leyes le han reconocido y conservado en medio de las vicisitudes que han padecido desde la Monarquía goda*.

Pero además de ese fundamento histórico, el arbitraje surge en la Constitución gaditana como un instrumento de la incipiente burguesía, que veía en ese instrumento el mecanismo necesario para resolver de forma razonable y sencilla sus controversias, lo cual encontró en la ciudad de Cádiz, radicalmente liberal en esos años, un clima propenso para incorporarlo en los negocios que mantenía con los puertos francos ingleses, del norte de Europa, y aún más era la sede del monopolio comercial español con América desde el siglo XIX. Era, por tanto, una ciudad comercial y cosmopolita abierta al mundo donde la libertad, el pluralismo y la circulación de ideas se enseñoreaban por todos sus rincones. El arbitraje se convierte así en la Constitución de Cádiz de 1812 en el epítome de la libertad de comercio e industria.

En efecto, y sin ánimo de hacer ningún excursus histórico, el arbitraje en el Derecho español aparece ya en su forma más primitiva en el Derecho Romano postclásico a través del Breviario de Alarico y *Liber Iudiciorum*, y tampoco fueron ajenos a su reconocimiento, siquiera sea parcialmente, por los Derechos locales, tales como Sepúlveda, Soria, Salamanca, Zamora, Molina de Aragón, entre otros, o con más profusión de detalle el Fuero Viejo de Castilla. Con carácter más general es incorporado en el Fuero Real y Leyes de Estilo, encontrándose en estos dos cuerpos legislativos diluido entre las normas dedicadas a la Administración de Justicia, para alcanzar definitivamente en Las Partidas notable rigor técnico, que hizo se mantuviese en vigor su regulación hasta la promulgación de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855, que formalizó un único sistema arbitral, reforzado tras el Decreto de Unificación de Jurisdicciones de 1868, derogador de la Ley Procesal Mercantil de 1830, que dedicaba alguna atención a los «jueces avenidores» y al «juicio arbitral». La Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 no hizo sino seguir la misma sistemática de la Ley de 1855, distinguiendo entre el «juicio arbitral»

y el «juicio de amigables componedores». En este sentido la Ley de 1953 rompe con la tradición histórico-judicialista española, al otorgar al arbitraje carácter privado y contractualista, tendencia a la que tampoco se pudo sustraer por completo, como era de esperar, la Ley de Arbitraje de 1988, pero que aparece casi totalmente superado en la Ley 60/2003, con la que se inicia una nueva etapa de autonomía institucional, dejando atrás la dicotomía imperante de considerar al arbitraje o bien como un contrato o bien como un proceso.

La larga historia del arbitraje en el Derecho español encuentra, en efecto, como hito irrefutable la Constitución de 1812, siendo éste un dato insólito en el Derecho comparado histórico y contemporáneo salvando la Constitución francesa de 1791 (*Los legisladores no podrán dictar disposición que tienda a disminuir el compromiso*), que a su vez fue tributaria de la declaración programática de la Asamblea Constituyente, que concibió el arbitraje como *el medio más razonable de terminar los litigios entre ciudadanos*. Pero bien observado ninguna de esas dos declaraciones del país vecino atribuyen al arbitraje la categoría jurídico formal de derecho fundamental, como si ocurre en la Constitución *doceañista*, en donde no se limita a prohibir a los poderes públicos o privados el ejercicio del derecho a someter a arbitraje sino que al otorgarse a la Constitución valor normativo en su título X, hacía posible que cualquier español pudiese reclamar su observancia ante las Cortes.

Al reconocimiento de la institución arbitral en la Constitución de 1812, no fue ajena la concepción de un orden judicial libre e independiente (arts. 17, 242 y 243) como preocupación de los constituyentes de 1812, que siguieron las tesis de Locke y Montesquieu sobre la división de poderes (arts. 15, 16 y 170) y el papel axial de la libertad individual civil (art. 4). En congruencia con esa doctrina, el artículo 17 proclamó solemnemente que «la potestad de aplicar las leyes en las causas civiles y criminales reside en los tribunales establecidos por la Ley»; precepto que se volvía a repetir casi literalmente en el artículo 242, con el que comenzaba el título V de la Constitución rotulado «De los Tribunales y de la Administración de Justicia en lo Civil y Criminal», y será ese título V del Texto gaditano donde, además de constitucionalizar una serie de principios de trascendental importancia en el orden judicial, igualdad de fuero (art. 248), uni-

dad de Códigos (art. 258), uniformidad procesal (art. 244) y garantía procesal (art. 247), se articula el derecho de los españoles a acudir al arbitraje para resolver sus diferencias (Capítulo II, arts. 280 a 284).

Las anteriores consideraciones permiten observar que ese reconocimiento constitucional del arbitraje no es un simple «producto» que emerge de la historia sin más, sino que trae causa directa de la exaltación del individualismo decimonónico; por ello, el texto gaditano no se limitó a reproducir disposiciones anteriores sobre la materia, sino que modificó puntos neurálgicos de la institución como son el significado del laudo y su inapelabilidad, dando un sentido técnicamente irreprochable a la institución arbitral como juicio privado verdaderamente sustitutorio del proceso estatal.

El arbitraje se enmarca, como ya se ha advertido, en esa Constitución dentro de las normas destinadas a la administración de justicia, con lo que se mantiene la tradición procesalista española de la institución, sólo rota con la legislación especial ordinaria aparecida ya en el siglo xx, con la que se produce el giro hacia su privatización y contractualización de mano de la Ley de 1953. La Ley de 1988 rompió en lo que pudo los moldes contractualistas del arbitraje, objetivizando a éste como una técnica de solución de conflictos «paralela» y «sustitutoria» del juez del Estado, al tiempo que se abría al arbitraje internacional, tomando como fundamento la libertad individual (arts. 2, 9.2 y 17 CE). La Ley 60/2003 ha ahondado aún más en la libertad individual como parámetro de referencia, tanto en la asunción del arbitraje como en las actuaciones en que se sustancia el procedimiento arbitral. La originalidad, que la Constitución de 1812 otorga al arbitraje, se justifica en el reconocimiento de la libertad humana como *ius dispositivum*, lo que es trasunto de la doctrina liberal que empapa el texto gaditano, porque junto a ese reconocimiento los constituyentes no tuvieron ninguna duda en configurar la existencia de un poder judicial y el establecimiento de una planta, organización y competencia de los tribunales de justicia, cuestión ésta que enfrente de forma radical a los diputados gaditanos, en la medida que ese poder judicial representaba un mecanismo de contrapeso al poder central del monarca y una derogación del omnímodo Consejo Real de Castilla, como centro exclusivo de justicia. De aquí el valor y significado que toma el artículo 242, al proclamar que *la potestad*

*de aplicar las leyes en las causas civiles y criminales pertenece exclusivamente a los Tribunales.*

Pues bien, ese reconocimiento del poder judicial en términos tan nítidos y que se justifica en el *Discurso Preliminar* como remedio para que la aplicación de las leyes no se convierta en tiranía, no impidió que de forma paralela se incorporase el derecho de los ciudadanos a recurrir al arbitraje como medio de solución de sus conflictos. O dicho de otra manera, el establecimiento de un poder judicial independiente de las Cortes y del Rey y su corolario de unidad jurisdiccional, no oscureció el relieve que los constituyentes otorgaron al arbitraje, incorporándolo de forma natural tanto por ser un derecho de los ciudadanos y de la libertad individual como por tratarse de una institución de larga raigambre histórica.

Lo notorio fue que el instituto arbitral no se dejó a la configuración del legislador ordinario, sino que fue asumido por el propio constituyente, como un medio alternativo a la justicia de la Monarquía para resolver las controversias de los particulares. Seguramente en la relevancia constitucional que el arbitraje toma en la Constitución de 1812, se encuentre la idea firmemente asumida de que la jurisdicción convencional era, históricamente hablando, anterior en el tiempo a la potestad jurisdiccional del Rey, que en ese momento se levantaba como pieza maestra del edificio constitucional; y, asimismo, es posible también que el principio liberal progresista de unidad de códigos y jurisdicción, como salvaguarda del derecho primordial del ciudadano a obtener una tutela judicial frente a la arbitrariedad de las *jurisdicciones de privilegio*, y entre las que no se encontraba, por cierto, el arbitraje, hizo que el reconocimiento de este último no fuese otra cosa que un homenaje a la autonomía de la voluntad de los ciudadanos para que pudieran resolver sus litigios, por medio de un tercero no juez oficializado. De nuevo habrá que traer aquí las palabras de DÍEZ DEL CORRAL (*op. cit.*) cuando decía que *el liberal español de 1812 no se conformará con el ejercicio concreto y relativo de ciertas dosis de libertad, sino que la querrá poner en práctica de una manera absoluta guiado por una esperanza sin límites, en buena parte atemporal o supratemporal*. Pues así es como irrumpe el arbitraje en el constitucionalismo español de la mano del texto gaditano, como si tratara de rendir homenaje al inefable benthaniano

artículo 13 cuando proclama que el fin de la sociedad política no es otro que el bienestar de los individuos.

Es sabido que el reconocimiento constitucional del arbitraje en el Texto gaditano tuvo un poderoso influjo en las constituciones emergentes de Hispanoamérica en las que también quedó reflejada esa institución, lo cual no es extraño si se tiene en cuenta que en las Cortes constituyentes gaditanas el hemisferio americano estaba representado por sesenta diputados, que participaron muy activamente en las deliberaciones; sin embargo, en los años siguientes se creó un clima de desconfianza provocado paradójicamente por la inspiración que a su vez tuvieron sobre aquellas repúblicas las leyes procesales españolas y francesas resultantes de la codificación de cerrada concepción formalista y de claro recelo hacia el arbitraje; no obstante, a la postre y con el paso de los años se volvió a recuperar la tradición constitucional del arbitraje, reconociéndose actualmente en las constituciones de Costa Rica (art. 43), Ecuador (art. 191.3), Honduras (art. 110), Paraguay (art. 248.2), Peruana (art. 139.1), Colombiana (art. 116), El Salvador (art. 23), Boliviana (art. 366) y Venezolana (art. 258.2); ahora ya con gran pujanza y vitalidad y un alto grado de eficacia por su lograda formulación e integración en los ámbitos internacionales.

## II. TÉRMINOS DEL RECONOCIMIENTO DEL ARBITRAJE Y DE LA CONCILIACIÓN EN LA CARTA GADITANA Y SUS RASGOS DEFINITORIOS

Los términos de la formulación legal de los artículos 280 y 281 de la Constitución de Cádiz son los siguientes:

- Artículo 280. *No se podrá privar a ningún español del derecho de terminar sus diferencias por medio de jueces árbitros, elegidos por ambas partes.*
- Artículo 281. *La sentencia que dieren los árbitros se ejecutará si las partes, al hacer el compromiso, no se hubieren reservado el derecho de apelar.*

En esa formulación positiva se dejan sentir plenamente los principios capitales inspiradores de la Constitución. Por un lado, con-

curren los que afectan a la doctrina del régimen político, particularmente el de la división de poderes. Por otro, confluyen los principios que afectan al status del ciudadano, fundamentalmente los de libertad, igualdad y libertad jurisdiccional. Y, por último, los atinentes a los de orden económico, especialmente la libertad económica tan vinculada en aquellos días a la ciudad de Cádiz.

Por lo que se refiere a la división de poderes (arts. 15 a 17), es este un principio doctrinario sobre el que se fundamenta todo el andamiaje político de la Constitución de 1812; y, si la plasmación de la soberanía nacional (art. 3), cuestionó y supuso la quiebra de la tradicional legitimidad monárquica, el de división de poderes supuso una drástica limitación a los omnímodos poderes del monarca. Aquí la influencia de la obra de Montesquieu *L'Esprit des lois* (1748), y por esta vía de la Constitución francesa de 1791 es evidente, y sin entrar en mayores valoraciones de orden constitucional que rebasarían los límites de este trabajo, lo que se pretendía asegurar era la libertad de los ciudadanos dentro de la cual de forma primigenia se sitúa el arbitraje.

Junto a la seguridad jurídica de poder acudir a un medio alternativo de solución de conflictos, que queda cautelada con la división de poderes, también converge en la concepción del arbitraje la libertad reconocida en el artículo 4, en la medida que se mandata a los poderes públicos a *conservar* al arbitraje y *proteger* la libertad civil como justificación para el ejercicio del derecho de acceso al arbitraje. Esta libertad unida a la igualdad entre todos los españoles ante la justicia hacen del arbitraje una figura esencial en el texto gaditano como exaltación por excelencia de la autonomía de la voluntad, como se ha indicado más atrás, y a la que no resulta ajena la unidad de jurisdicción ni de códigos, pues con estos postulados se pretendía alzar una garantía a favor de las personas frente a la arbitrariedad de la justicia real, de los juicios por comisiones o de los señoríos jurisdiccionales, en donde la inexistencia de un proceso contradictorio con las debidas garantías era la norma general de funcionamiento.

Es destacable que será la incipiente burguesía la que tenga más interés en disponer de tribunales de justicia, independientes e iguales, dentro de un sistema normativo común e igual para todos los



ciudadanos, pero al mismo tiempo la libertad de comercio postulará por fórmulas alternativas a la jurisdicción del Estado como respuesta eficiente al tráfico económico y financiero emergente. Solo con la unidad jurisdiccional y legislativa y el reconocimiento del arbitraje se podría alcanzar plenamente la igualdad entre los ciudadanos.

Desde otra perspectiva, se configura el arbitraje como un derecho procesal, dada la ubicación que se le otorga al precepto (Título V, Capítulo II, *De la administración de justicia en lo civil*), que proclama de forma explícita el acceso a este medio heterocompositivo no jurisdiccional, en contraste con que, por el contrario, no existe una expresa proclamación del derecho de acceso a los tribunales, aunque puede inferirse del principio de plena jurisdicción y exclusividad para juzgar y ejecutar lo juzgado.

Establecidos los fundamentos doctrinales del arbitraje gaditano, conviene destacar los rasgos con los que el constituyente reviste la institución.

1. En primer lugar, y como rasgo más relevante, destaca su carácter constitucional, lo que significa que resulta inmune al legislador, para modificar o incluso para derogarlo por el procedimiento legislativo ordinario, si bien como sabemos, los acontecimientos políticos posteriores hicieron que el arbitraje estuviera sometido a los vaivenes de vigencia y abrogación del régimen constitucional de 1812. Se deroga con el Manifiesto Regio de 14 de mayo de 1814 vuelve aparecer con el Manifiesto Regio de 10 de marzo para quedar anulado definitivamente por el Decreto de 1 de octubre de 1823. Después de esta fecha su aparición se hará ya por vía legislativa ordinaria y su regulación quedará al socaire del proceso codificador procesal y civil.

2. Se trata de un arbitraje que al estar conectado con las leyes históricas españolas que, según el artículo 4 obligaba a la Nación a conservar y proteger la leyes sabias y justas en beneficio de la libertad civil y de los demás derechos legítimos de todos los individuos, admitía implícitamente tanto el arbitraje de derecho como de equidad; ya que la expresión *No se podrá privar a ningún español del derecho de terminar sus diferencias...*, no avoca necesariamente

al arbitraje de derecho sino lo que quiere decirse es que se dota a los españoles de la facultad primigenia para terminar sus diferencias por medio de árbitros, resolviesen estos en derecho o en equidad, terminología moderna pero que evoca nuestra nomenclatura histórica de *juicio arbitral* y *juicio de amigables componedores*.

3. En el arbitraje así concebido, se excluye cualquier forma o apariencia de falsos arbitrajes o pseudoarbitrajes, puesto que el artículo 280 formula en términos inequívocos que los árbitros han de ser elegidos (designados) por ambas partes. Es sorprendente el avance técnico que supone que en 1812 se excluyan por vía constitucional los *sedicentes arbitrajes*, que bajo una apariencia o fachada de medio heterocompositivo no jurisdiccional, se pretendan encubrir figuras en las que no se aprecia una voluntad libre de sometimiento a un tercero-árbitro. En este sentido el *Discurso Preliminar* es una buena muestra de ese consentimiento libre y espontáneo al considerar que *el derecho de los individuos a resolver sus controversias por medio de arbitraje, lo fundamente en el incontrastable principio de la libertad natural*.

4. También es destacable cómo el constituyente gaditano no limita el objeto o materias susceptibles de arbitraje —... *derecho de terminar sus diferencias...*—, lo que implica pura y llanamente una presunción *iuris et de iure* a que todas las materias (disponibles) puedan ser objeto de arbitraje. Es este rasgo, asimismo, un signo de modernidad frente a las limitaciones que se establecerán en las leyes procesales y civiles posteriores que se dictarán en aplicación de la unidad de códigos recogidos en la Constitución. He aquí una manifestación primigenia sobre el *principio pro arbitraje*, que tardará en establecerse casi dos siglos después en la legislación ordinaria española y aún en el ámbito de los tratados internacionales.

5. A diferencia de otros derechos reconocidos constitucionalmente en los que se habla del término ciudadanos el artículo 280 parece restringir la utilización del arbitraje a los españoles, como grupo o colectivo más reducido, pero esto seguramente se debe a la influencia que sobre el arbitraje gaditano tuvieron en esta materia las leyes tradicionales españolas, tales como, el *liber iudiciorum*, las Partidas y la Nueva y Novísima Recopilación, en las que la admi-

nistración de justicia, oficializada o convencional, tenía un sentido estrictamente territorial dirigido a los nacionales como súbditos del Rey. Ahora bien, sea cual fuere la razón de restringir el arbitraje a los españoles, lo que si resulta claro es que la pérdida de tal condición llevaba aparejada también la pérdida de la libertad a someterse a arbitraje (*vid.* arts. 24, 25 y 26).

6. No vamos a insistir más en el poderoso influjo exterior que tuvo el reconocimiento del arbitraje en las constituciones hispano-americanas, pero esto demuestra que el elemento subyacente al arbitraje en toda época y momento ha sido la libertad individual como derecho natural inalienable, pues es bajo esta bandera ideológica por la que se exporta y reconoce el arbitraje en el hemisferio americano, gracias al apoyo que a las constituciones emergentes dieron los representantes de esos territorios de la Corona en el proceso constituyente gaditano.

7. Es igualmente un signo remarcable de modernidad el reconocimiento que el artículo 281 hace de las sentencia que dicten los árbitros, al otorgarles carácter ejecutivo, *si las partes al firmar el compromiso no se hubiesen reservado el derecho de apelar*. Es claro que aquí el arbitraje retoma su vertiente procesalista, pero sin abdicar de la libertad sobre la que se asienta la figura, pues parece establecer el principio general a favor de la apelación, pero sin negar la posibilidad de eliminarla si en el compromiso las partes lo pactan o se aquietan al laudo o sentencia arbitral. Es posible que esta visión borrosa del papel del laudo o sentencia arbitral influyera en la legislación procesal posterior española, en la que se daba a las partes el derecho a alzarse contra la decisión del árbitro no solo por razones procesales o de procedimiento sino también por motivos de fondo. Solo la legislación especializada muy posterior —leyes de arbitraje españolas de 1988 y 2003—, acabarán con la apelación ordinaria incluso con el recurso de nulidad plenario como vías para alzarse contra el laudo.

8. Finalmente, la libertad y el derecho a acudir al arbitraje no se encuentra en el Texto gaditano sujeto a suspensión. Es conocido que la Carta de Cádiz abordó la suspensión de derecho constitucionales siguiendo las pautas marcadas en las Constituciones francesas de

1791 y 1795 y en la experiencia inglesa de interrupción del *habeas corpus* 1791-1808. En este sentido el artículo 308 del Capítulo III del Título V (*De la administración de justicia en lo civil*), limita la suspensión de derechos en circunstancias extraordinarias para la seguridad de la Monarquía, a los derechos reconocidos en el Capítulo III (*de la administración de justicia en lo criminal*), por lo que el arbitraje quedaba excluido de esa suspensión de derechos.

Pero la Ley Fundamental gaditana no solo constitucionalizó el arbitraje, sino que también hizo lo propio —y es este un dato que no ha sido suficientemente resaltado— con la configuración de una suerte de *conciliación-arbitraje*, sustanciada ante el alcalde de cada ciudad, como presupuesto procesal previo y obligatorio para demandar en *negocios civiles o por injurias* (art. 282). En este aspecto la Constitución de Cádiz va mucho más lejos que en el ámbito arbitral previsto en los artículos 280 y 281, conformándose los perfiles de este híbrido de conciliación y arbitraje y regulando el cauce procedimental: *El alcalde con dos hombres buenos citados, nombrados uno por cada parte, oirá al demandante y al demandado, se enterará de las razones en que respectivamente apoyen su intención, y tomará, oído le dictamen de los dos asociados, la providencia que le parezca propia para el fin de terminar el litigio sin más progreso, como se terminará en efecto, si las partes se aquietan con esta decisión extrajudicial* (art. 283).

Esta peculiar institución que echa sus raíces más profundas en el Derecho municipal del medievo español (p. ej.: Fueros de Sepúlveda, Salamanca y Ledesma, entre otros), tiene una triple faceta: por un lado, no se trata ni de una conciliación ni de un arbitraje sino de la suma de estas dos instituciones, puesto que en realidad el alcalde actúa como árbitro aunque judicialmente esté concebido como conciliación; por otro, el procedimiento se ejercita ante un órgano público pero sobre controversias de carácter privado; y finalmente, opera esta peculiar fórmula de solución de conflictos, como requisito obstativo para entablar pleito (art. 284).

En consecuencia, no se concebía tan extraña institución como un simple trámite procesal al ejercicio de acciones judiciales —como es propio de la conciliación— sino que si las partes se aquietaban con

la decisión dictada por el edil, entonces se evitaba el pleito civil. En cualquier caso su valor constitutivo estriba en que sin hacerse constar que se había intentado tal medio de conciliación, no se podía ejercer acción ante la jurisdicción ordinaria. Ante la ausencia de una regla constitucional al respecto, parece deducirse de tal conciliación ante el alcalde, que ésta solo operaba como presupuesto habilitante para entablar pleito ante los jueces y tribunales de justicia y no para las disputas sometidas al arbitraje del artículo 280.

La justificación que se da a esta singular figura de solución de conflictos judiciales en el *Discurso Preliminar* se encuentra en *el espíritu de concordia y de liberalidad que hacen tan respetable la institución de jueces árbitros, persuade cuan conveniente sea que los alcaldes de los pueblos ejerzan el oficio de conciliadores en los asuntos civiles o injurias de menor momento, para prevenir en cuanto sea posible que los pleitos se originen o multipliquen sin causa suficiente. Las reglas que han de observar los alcaldes en estos casos se dirigen a evitar que esta precaución no sea ilusoria.*

Sin duda en ese pasaje del *Discurso Preliminar*, late la manifestación positiva de que la Nación *está obligada a conservar y proteger por leyes sabias y justas la libertad civil y los demás derechos legítimos de todos los individuos que la componen*, proclamada en el artículo 4; siendo una de aquellas leyes de larga tradición en el Medievo español, precisamente la figura del alcalde-conciliador o avenidor.

### III. EL ARBITRAJE DE LA CONSTITUCIÓN GADITANA SE CONCEBÍA COMO UN AUTÉNTICO EQUIVALENTE JURISDICCIONAL

La concepción arbitral gaditana respondía al criterio de libre y voluntario sometimiento a un tercero la resolución de un conflicto, sin que existiese imperativo alguno para hacerlo, es decir, que en su configuración no había sombra de obligatoriedad de entregar a un tercero la resolución del conflicto. Y esto es verdaderamente reseñable.

Como hemos dicho más atrás la constatación de este fenómeno hunde sus raíces en las primitivas sociedades organizadas y tuvo en

el derecho histórico español un notable acogimiento como ya hemos expuesto. Sin embargo, el peso de la codificación procesal y civil desdibujó el arbitraje de su forma más prístina convirtiéndole no tanto en un recurso alternativo a la jurisdicción del Estado sino como un instrumento más del mismo, como demuestra el complicado sistema de recursos que se preveían contra el laudo arbitral en esas leyes procesales. Tampoco la Ley de Arbitraje de 1953 sirvió para rescatar la institución de su postergación y letargo, más aún la hundió dejándola en una situación crítica por la excesiva contractualización procedimental y el formulismo a la que le sometió esa ley, sin contar con el angosto ámbito de aplicación a la que quedó reducida.

Esa situación empezó a cambiar con la Constitución de 1978, que configuró la libertad de los ciudadanos como un derecho fundamental insoslayable, abriendo las puertas para asentar definitivamente una concepción moderna del arbitraje, acorde con una realidad política y social plena de garantías dentro de una actividad económica abierta hacia el exterior en un contexto internacional globalizado y volcado hacia el incesante mundo de los negocios. Esta es la razón por la que una vez alcanzada la democracia en España y aún antes de aprobarse la Constitución de 1978, el Reino de España ratificó en julio de 1978 la auténtica *Cata Magna* del arbitraje universal, que no es otra que el Convenio de Nueva York de 1958.

Con la Constitución de 1978, la jurisprudencia que había tenido hasta entonces de forma mayoritaria una visión de campanario de iglesia en cuanto la función y ámbito que había de tener el arbitraje, empezó a dar un giro copernicano a favor de la institución y de la ejecución en el territorio español de los laudos extranjeros, del que sin duda fueron hito los Autos del Tribunal Supremo, Sala Primera, de fechas 11 de julio de 1981 y 1 de octubre del mismo año, de los que fue ponente Don José Beltrán de Heredia, y a los que siguieron importantes sentencias del Tribunal Constitucional, dotando a la institución arbitral de la eficacia necesaria y de los elementos garantistas conformes a un Estado social y democrático de Derecho, sobre todo enfatizando su plena compatibilidad con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. Es así que se crearon las condiciones precisas para que se elaborase la Ley 36/1988, de Arbitraje, que, críticas aparte de las que no se puede dar cuentas en este momento, restable-

ció dentro del mas franco reconocimiento al *ius dispositivum* anclado en los artículos 1.1, 9.2 y 17 CE, el pleno poder de los árbitros para que, con apartamiento del *officium iudicis*, sus laudos produjesen efectos idénticos a la cosa juzgada y, al tiempo que produjo un notable ensanchamiento sobre las materias arbitrales con proyección incluso en el propio derecho internacional, lo que propicio que el Reino de España haya podido suscribir un sinfín de convenios bilaterales y multilaterales en materia de arbitraje y ejecución de laudos extranjeros. Pero con todo desde la perspectiva de este trabajo, lo verdaderamente relevante es que la Ley de Arbitraje de 1988 apelase en su Exposición de Motivos a la Constitución de 1978, en particular a la libertad personal como valor superior del ordenamiento (art. 1.1 CE), a los poderes públicos para ordenarles que remuevan los obstáculos que dificulten o impidan la libertad del individuo (art. 9.2 CE), como fundamento de la institución arbitral.

Veinticinco años después de la Constitución de 1978 y tras un amplio desarrollo legislativo sin precedentes en la historia de España, junto con la experiencia forense jurisprudencial acumulada en los quince años transcurridos desde que se publico la Ley de 1988, se promulgo la nueva Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, con el fin de propiciar un marco que dotase al arbitraje de mayor eficacia de acuerdo con las directrices marcadas por la Ley Modelo elaborada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, teniendo en cuenta en palabras de su Exposición de Motivos, las exigencias de la uniformidad del derecho procesal arbitral y las necesidades de la práctica del arbitraje comercial internacional. Ahora bien, la Ley 60/2003, de Arbitraje, con todo lo que supuso de avance, que fue mucho, no contenía ninguna referencia a la Constitución, como sí hacia, en cambio, la Ley 36/1988 en el último apartado de su Exposición de Motivos, en los términos que ya hemos expuesto más atrás. Esa omisión es como poco sorprendente, como lo es que el legislador guardase silencio sobre la importante y enjundiosa jurisprudencia del Tribunal Constitucional recaída precisamente en los años que transcurren desde la Ley de Arbitraje de 1988 y la de 2003; doctrina en la que se puso de manifiesto el autentico significado y valor del arbitraje como manifestación de la libertad personal, sin que tal opción elegida libremente por los particulares y ajena a la actividad jurisdiccional del Estado, ponga en

cuestión la tutela efectiva de los jueces y tribunales a que se refiere el artículo 24.1 CE, y menos aún la atribución exclusiva que se otorga a esos últimos para que se juzgue y ejecute lo juzgado en todo tipo de proceso (art. 117.3 CE).

Desde luego habría sido más correcto que el legislador de 2003, se hubiese referido en su Exposición de Motivos a la importante jurisprudencia dictada por el Tribunal Constitucional con el único fin de robustecer los cimientos de la reforma legislativa llevada a cabo por esa importante ley. Tampoco la reciente Ley 11/2011, de 20 de mayo, de Reforma de la Ley 60/2003, contiene mención alguna sobre el papel que el Tribunal Constitucional ha otorgado al arbitraje como *equivalente jurisdiccional*.

Ese silencio de los redactores sobre la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que había calificando a la institución arbitral de *equivalente jurisdiccional*, es censurable pues gracias a esa doctrina se liberó al arbitraje de las ataduras de ser confundido con «apariencias arbitrales» más o menos camufladas y con «seudoarbitrajes», al faltarles a estos últimos la triple condición: *a)* sometimiento libre y voluntario al convenio arbitral; *b)* que el objeto de la controversia sea arbitrable; *c)* que el arbitraje se tramite procedimentalmente bajo el manto de las garantías de igualdad de partes, audiencia, contradicción, intermediación probatoria y laudo motivado. Es precisamente el cumplimiento de estas condiciones lo que determina, a juicio del Tribunal Constitucional, el nacimiento del efecto de *equivalencia jurisdiccional* y por tanto su plena compatibilidad constitucional con los artículos 24.1 y 117.3 de la Constitución.

En definitiva, y para concretar que entiende el Tribunal Constitucional por *equivalencia jurisdiccional* y sin insistir más de lo necesario en este punto, considera el Supremo interprete de la Constitución que el arbitraje es algo más que un medio complementario de la actividad jurisdiccional es una *actividad sustitutiva de la función jurisdiccional*, coadyuvante de la justicia, siempre que en el mismo concurren los parámetros siguientes:

1.<sup>a</sup> Que el instituto arbitral esté regulado en una ley formal votada en Cortes Generales (STC 62/91, de 22 de marzo, por todas).



2.<sup>a</sup> Que la Ley de Arbitraje tenga carácter estatal al tratarse de una materia sobre la que tiene competencia exclusiva el Estado (art. 149.6.<sup>a</sup> y 9.<sup>a</sup> CE y STC 15/89, de 26 de enero).

3.<sup>a</sup> Que la voluntariedad del convenio arbitral se produzca sin sombra o penumbra alguna sobre la libertad de sumisión al mismo por las partes que pueda hacer resentirse la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 CE (SSTC 11/81, de 8 de abril, 2112/91, 2386/95 ó 174/95, por todas).

4.<sup>a</sup> Que concorra el carácter sustitutivo del arbitraje sobre el proceso judicial ordinario del juez del Estado. Es decir, que una vez aceptado voluntariamente el convenio por las partes, el arbitraje desplaza con todas sus consecuencias al proceso y recurso judicial ordinario, a través de la correspondiente declinatoria.

5.<sup>a</sup> Que por el efecto de equivalencia jurisdiccional, las partes asuman, no sólo dar un carácter preponderante y relevante a la autonomía de la voluntad sobre el modelo jurisdiccional preestablecido legalmente sino que aceptan asumir el laudo arbitral firme con efectos idénticos a la cosa juzgada (SSTC 43/88, 15/89 y 62/91, luego reiteradas).

Permítase la licencia del largo excurso anterior para llegar a la siguiente capital pregunta: ¿reunía el arbitraje reconocido en la Constitución de Cádiz los cánones necesarios para ser considerado *equivalente jurisdiccional*? La respuesta ha de ser, desde nuestro punto de vista, positiva, pues al configurarse constitucionalmente se cumplimentaban y de sobra las dos primeras condiciones, esto es que sea regulado por una ley formal votada en Cortes y que esta tenga carácter estatal. Al mismo tiempo al constituirse sin paliativos en el artículo 280 el arbitraje como un derecho es claro que concurría en el mismo la necesaria voluntariedad a que alude la tercera condición de *equivalencia jurisdiccional*. Y finalmente, al conferirse a la sentencia arbitral (laudo) plena ejecutoriedad (art. 281), se le dotaba de efectos de cosa juzgada, cumplimentándose así el efecto de equivalencia jurisdiccional sin reticencia alguna.

Rindamos, pues, doscientos años después, un merecido homenaje a la audacia con la que los constituyentes gaditanos reconocieron el arbitraje, adelantándose en el tiempo a lo que muchos decenios después iba a acabar siendo la institución en un Estado de Derecho,

al considerar éste, tanto al juez del Estado como al árbitro, constitucionalmente copartícipes de la administración de justicia: el primero como juez predeterminado por la ley y el segundo como irresistible manifestación de la libertad personal para designar al árbitro idóneo para resolver las controversias entre particulares.