

# ÁRBITRO, JUEZ Y CONSTITUCIÓN

JOSÉ F. MERINO MERCHÁN (\*)

---

(\*) Prof. Titular Derecho Constitucional URJC. Letrado de las Cortes Generales y del Consejo de Estado (excedente)

## I. CUESTIONES ARBITRALES FISCALIZABLES CONSTITUCIONALMENTE

El arbitraje es una institución de larga y venerable historia, entregada a la voluntad de las partes que ahorman su contenido mediante el sometimiento a un tercero de sus disputas presentes o futuras, pero no por ello es algo ajeno al Derecho, sino que, aparece configurado mediante Ley aprobada por el Parlamento para cumplir funciones heterónomas o de composición en el seno del ordenamiento jurídico otorgándosele plena efectividad a los laudos dictados por aquellos terceros o dirimientes. Si el arbitraje, tal como se concibe hoy, es un producto de decantación histórica que ha hecho de la autonomía de la voluntad el fundamento último y más acabado de la llamada «jurisdicción convencional» o «juicio privado», no es menos cierto que su reconocimiento (que no su existencia) y efectos en el Derecho vigente se debe a la acción del legislador nacional (leyes internas) o internacional (tratados y convenios), para atender concretas exigencias que se demandan desde una sociedad asentada en la libertad de sus ciudadanos.

Se hace la anterior precisión –que debiera ser innecesaria, por otra parte– para salir al paso de quienes consideran el arbitraje como una suerte de remedio alternativo a los inevitables males sin fin que padecen los juzgados y tribunales del Estado, pero para el que se ha tenido que pagar como precio para su existencia el que su ámbito y decisión final (laudo) carezcan de control alguno (1).

---

(1) Véase al respecto el trabajo de ALBADALEJO GARCIA: *La ominosa tentativa de hacer irrecurrible el laudo de Derecho que infringe las normas debidas aplicar*, R. Derecho

El reducir el arbitraje a un mero sucedáneo del juez del Estado como simple medio para «desatascar» a los tribunales de justicia, constituye o puede constituir una banalización de la institución arbitral. El arbitraje es una institución capital en el mundo moderno, con independencia del exceso de trabajo que tengan los juzgados, cumple con un fin específico, que no debe vincularse a cometidos extraños a su propio perfil institucional; ahora bien, si como consecuencia de propia «eficiencia» como sistema garantista de solución de conflictos, se logra reducir el número de casos pendientes en los juzgados, bienvenido sea, pero sin que éste sea el fin primordial que el legislador le atribuye.

Al ser la institución arbitral esencialmente una figura del ordenamiento —como lo pueden ser, p. ej., la transacción, el testamento, la letra de cambio o el mandato—, reúne todos los requisitos para su expresa declaración de licitud constitucional, como reiteradamente ha proclamado el Tribunal Constitucional, al considerarle como un medio heterónimo 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 (SSTC 43/1988, 233/1988, 15/1989, 288/1993, 174/1995 y 176/1996).

Lo anterior, no empece para que los diversos aspectos o perfiles que integran al arbitraje como su propia fundamentación en determinados casos, no hayan dejado de ser objeto de atención por parte del Tribunal Constitucional. O dicho en otros términos, la legitimidad y genérica licitud y hasta bondad de la institución no ha impedido en alguna ocasión su control por el Tribunal Constitucional, incluso teniendo en cuenta que el arbitraje «*latu sensu*» es un conjunto de actos ajenos a los poderes públicos del Estado, y por tanto, de difícil enjuiciamiento por el Tribunal Constitucional.

En efecto, el Tribunal Constitucional, en términos generales se ha resistido a controlar por vía del recurso de amparo, salvo que, se cumplieran dos condiciones: la primera, que se produzca una violación de

---

Privado, nº 1990, pp. 171 y ss.; y la respuesta de MUÑOZ SABATÉ: *Sobre la irrecurribilidad del arbitraje de Derecho*, La Ley, 1990-4, pp. 982 y ss. Vid, también, YÁNEZ VELASCO, *Comentarios a la Nueva Ley de Arbitraje*, Tirant Lo Blanch, pp. 818 y ss, 2004.

un derecho fundamental con relevancia constitucional en sede arbitral, y que, la infracción haya sido advertida y denunciada en la sede por quien la padezca; segunda, que tal violación no haya sido reparada por las AAPP en el proceso jurisdiccional especial en que se sustancia la acción de anulación del laudo y que, asimismo, haya sido advertida y denunciada la infracción por el perjudicado. Sólo bajo estas premisas puede admitirse el control de la actividad arbitral por el Tribunal Constitucional.

Un examen de conjunto de cómo ha sido hasta ahora la fiscalización constitucional del arbitraje nos permite apreciar que la primera sentencia del Tribunal Constitucional en la que se examinó un problema arbitral fue la STC 43/1988, de 16 de marzo (2), y en ella se partió sin más de que el principio de autonomía de la voluntad permite a los particulares optar, «*renunciando a la jurisdicción estatal por la del árbitro o árbitros particulares de equidad*» que era su supuesto. Desde esa consideración se llega poco después a negar la extensión de las garantías del artículo 24 de la CE al «proceso arbitral», excluyéndose el amparo contra el laudo (AATC 701/1988, de 6 de junio y 179/1991, de 17 de

---

(2) Antes de esa sentencia se habían dictados dos autos, el ATC 954/1987, de 22 de julio, sin interés para nuestros efectos, y el ATC 701/1988, de 6 de junio, conforme al que: «*1. Para resolver el presente recurso de amparo constitucional, ha de señalarse, ante todo, que el derecho a la tutela judicial efectiva que reconoce y consagra el art. 24 de la Constitución se refiere a una actividad prestacional del Estado, que es la prestación de actividad jurisdiccional de jueces y Tribunales, es decir, por los órganos jurisdiccionales del Estado, integrados en el Poder Judicial, habiendo de destacarse asimismo que el recurso de amparo constitucional se da contra los actos de los poderes públicos que lesionan los derechos fundamentales. Ello significa que, si bien en algunos casos los pronunciamientos de los Tribunales de Justicia respecto de las decisiones de los árbitros pueden ser vulneradoras de tal derecho, esta regla no puede extenderse más allá de los límites que establece el precepto constitucional, pues, aunque pudiera admitirse con algún sector doctrinal que la actividad de los árbitros de Derecho privado es una actividad propiamente jurisdiccional, en la medida en que produce efectos de cosa juzgada, de ello no deriva necesariamente su sumisión a los preceptos constitucionales, especialmente en aquellos casos en que por ser el arbitraje de equidad, las partes, en virtud del juego de la autonomía de la voluntad, manifestada en el contrato de compromiso, o previamente en las cláusulas o pactos compromisorios, se han autoexcluido no solamente de la actividad jurisdiccional de los órganos jurisdiccionales del Estado, sino de la vinculación al ordenamiento jurídico, sometiendo sus conflictos y litigios a decisiones de equidad o, como suele decirse, al leal saber y entender de los árbitros*».

juno), y evidenciando que el árbitro no puede plantear cuestiones de inconstitucionalidad, ni cuestiones prejudiciales al Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (ATC 259/1993, de 20 de julio). No vamos a entrar aquí en la naturaleza contractual o jurisdiccional del arbitraje o de equivalente jurisdiccional al que se ha referido el Tribunal Constitucional [p.ej. SSTC 62/1991, de 22 de marzo (3) y 288/1993, de 4 de octubre (4) y ATC 326/1993, de 28 de octubre aunque sin precisión conceptual] (5).

## II. LA PROBLEMÁTICA FISCALIZACIÓN CONSTITUCIONAL DEL LAUDO: STC 9/2005, DE 17 DE ENERO

En la reciente STC 9/2005, de 17 de enero, recaída en el recurso de amparo 6836/2002, se ponen de manifiesto las ideas expresadas más atrás, al indicar el Alto Tribunal que *«Es necesario comenzar destacando que, conforme a nuestra reiterada jurisprudencia, el Laudo arbitral no puede ser objeto directo de impugnación por medio del recurso de amparo y que «este Tribunal carece de jurisdicción para enjuiciar el Laudo arbitral en sí mismo considerado, por cuanto, como acto no referible a ningún tipo de poder público (art. 41.2 LOTC), resulta extraño al ámbito y función del proceso constitucional de amparo» (SSTC 176/1996, de 11 de noviembre, FJ 1; 13/1997, de 27 de enero, FJ 2). «Sólo en la medida... en que las supuestas vulneraciones alegadas sean referibles a la actuación del órgano jurisdiccional que conoció del recurso frente al Laudo, estará justificado que este Tribunal enjuicie*

---

(3) BOE de 24 de octubre de 1991.

(4) BOE de 9 de noviembre de 1993.

(5) La STC 15/1989, de 26 de enero (BOE de 20 de febrero de 1989) dijo que el establecimiento de un sistema general de arbitraje es materia de la competencia estatal (art. 149.1.6 y 8 de la Constitución) y luego lo completó la STC 62/1991, de 22 de marzo (BOE de 24 de abril de 1991), estimando que *«la creación de órganos de naturaleza arbitral y el establecimiento de dicho procedimiento heterocompositivo es materia propia de la legislación procesal civil, relacionada, en cuanto a los efectos del laudo arbitral y al sistema de recursos, con la Administración de Justicia. Vid MONTERO AROCA y ESPLUGUES MOTA, Comentarios al Artículo 2 de la Ley 60/2003, de Arbitraje, ob. col. dir. por BARONA VILAR, Comentarios a la Ley de Arbitraje, Thomson-Cívitas, 2004, p. 105*

*una eventual lesión del derecho a la tutela judicial efectiva» (STC 176/1996, de 11 de noviembre, FJ 1). El cumplimiento de las exigencias del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión y de 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 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 éstas «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» (STC 13/1997, de 27 de enero, FJ 2)».*

Recuerda el Tribunal Constitucional el fundamento y fin del arbitraje, al indicar que éste es un «medio heterónomo de arreglo de controversias que se fundamenta en la autonomía de la voluntad de los sujetos privados, lo que constitucionalmente lo vincula con la libertad como valor superior del ordenamiento (art. 1.1 CE)» (STC 176/1996, de 11 de noviembre, FJ 4); y «aquello que, por voluntad expresa de las partes, se defiere al ámbito del proceso arbitral, por esa misma voluntad expresa de las partes queda sustraído al conocimiento del Tribunal Constitucional» (STC 176/1996, de 11 de noviembre, FJ 1) a través de un recurso de amparo en el que se invoquen las garantías del art. 24 CE, cuyas exigencias se dirigen, en principio, a la actividad jurisdiccional estatal (véanse, también, los AATC 701/1988, de 6 de junio, FJ 1; y 179/1991, de 17 de junio, FJ 2) y que, con respecto al arbitraje, sólo 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 relevantes, la formalización judicial del arbitraje (en esta fase se situó el conflicto que dio lugar, por ejemplo, a la STC 233/1988, de 2 de diciembre), el recurso o acción de anulación y la ejecución forzosa del laudo.

*Debe concluirse, en consecuencia, que sólo pueden examinarse aquí las vulneraciones alegadas en la demanda de amparo de diversas garantías del art. 24 CE con respecto a la Sentencia de la Audiencia Provincial impugnada, pero no con respecto al Laudo arbitral, que ha de quedar excluido del objeto de este proceso constitucional».*

Especial relevancia tiene el Fundamento 3, donde el Tribunal pormenoriza que el «derecho a la tutela judicial efectiva garantizado por el art. 24.1 CE tiene como contenido «obtener de los órganos judiciales una respuesta a las pretensiones planteadas, que debe ser motivada y fundada en Derecho, y no arbitraria o irrazonable, aun cuando dichas argumentaciones jurídicas puedan estimarse discutibles, pero no abarca el derecho consistente en que la resolución judicial mantenga determinada interpretación de la normativa aplicable, ya que el citado precepto constitucional no garantiza en ningún caso la estimación de las pretensiones deducidas, ni ampara... un concreto entendimiento del sentido y alcance de la legislación aplicable al caso concreto» (por todas, STC 50/1997, de 11 de marzo, FJ 3)».

Señalando más adelante, a los efectos aquí perseguidos, en ese mismo Fundamento que «... este Tribunal ha declarado en otro caso de arbitraje sobre el que se pronunció por la vía del recurso de amparo— «no siendo [la] argumentación [de la Sentencia recurrida] irrazonable, arbitraria o patentemente errónea, supera el canon de control a que nos hemos referido. Este Tribunal no puede entrar a valorar la corrección jurídica de la interpretación de la legalidad ordinaria efectuada por el órgano judicial, cuestión en la que se extiende la demanda y que trata de cobijar en la aducida vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, pues tal función corresponde a los órganos de la jurisdicción ordinaria en el ejercicio exclusivo de la potestad que les reconoce el art. 117.3 CE» (STC 32/2002, de 11 de febrero, FJ 4).

Al hilo de esos razonamientos el Tribunal observa que acudir al arbitraje constituye cerrar sin más el acceso a la jurisdicción del Estado, recordando a este respecto lo que ya dijo en su STC 176/1996, de 11 de noviembre, en la que se señalaba que «...esa hipotética falta de acceso se ve desmentida por la misma sucesión de hechos de los que se ha dejado constancia en los antecedentes. Pues basta observar, en efecto, que tras dictarse el Laudo arbitral no se ha visto privado en modo alguno de la posibilidad de pretender su nulidad a través del procedimiento legalmente previsto a este fin; por el contrario, utilizó dicho remedio procesal, sin obstáculos de ningún tipo, que concluyó con una resolución judicial, si bien la Sentencia desestimó por entero las pretensiones anulatorias del recurrente. Por tanto, si el derecho a la tutela judicial

*efectiva no comprende el de obtener una decisión judicial acorde con las pretensiones formuladas (SSTC 9/1981 y 52/1992, entre otras) ni ampara una determinada interpretación de las normas aplicables al caso (STC 33/1988), pero sí a recibir una respuesta judicial a sus pretensiones, motivada y fundada en Derecho (SSTC 133/1989, 18/1990 y 111/1995 entre otras muchas), como ha ocurrido en este caso, no cabe estimar en modo alguno que el recurrente fuera privado de su derecho de acceso a la jurisdicción».*

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

En conclusión, no existe, por tanto, acceso directo desde el arbitraje al Tribunal Constitucional por vía del recurso de amparo, por ser aquél un medio heterocompositivo ajeno al orden judicial. Sólo en la medida en que se hayan vulnerado gravemente las garantías de las partes en el procedimiento arbitral y éstas se hayan advertido oportunamente en esta sede y no hayan sido reparadas ante el órgano judicial competente que entienda de la acción de anulación puede plantearse el recurso de amparo constitucional.

Fuera de ese supuesto el recurso de amparo se encuentra radicalmente vedado para denunciar presuntas irregularidades que puedan



plantearse en sede arbitral. Cuestión distinta es el alcance que pueda tener el recurso de amparo contra la sentencia resolutoria de la acción de anulación como ha puesto de manifiesto la Sentencia 176/1996, cuando resolvió el caso planteado por un recurrente que se quejaba de la imposibilidad de acceder a la jurisdicción ordinaria después de haber utilizado previamente el proceso arbitral. En este sentido, la citada Sentencia del Tribunal Constitucional expuso que *basta observar, en efecto, que tras dictarse el Laudo Arbitral no se ha visto privado en modo alguno de la posibilidad de pretender su nulidad a través del procedimiento legalmente previsto para este fin: por el contrario, utilizó dicho remedio procesal, sin obstáculos de ningún tipo, que concluyó con una resolución judicial, si bien la sentencia desestimó por entero las pretensiones anulatorias del recurrente. Por tanto, si el derecho a la tutela judicial efectiva no comprende el de obtener una decisión judicial acorde con las pretensiones formuladas (SSTC 9/1981 y 52/1992, entre otras), ni ampara una determinada interpretación de las normas aplicables al caso (STC 33/1988), pero sí a recibir una respuesta judicial a sus pretensiones, motivada y fundada en Derecho (SSTC 133/1989, 18/1990 y 111/1995, entre otras muchas), como ha ocurrido en este caso, no cabe estimar en modo alguno que el recurrente fuera privado de su derecho de acceso a la jurisdicción... Sentado lo anterior ha de precisarse que el núcleo de la queja del recurrente se basa en que, aún mediando un previo sometimiento del litigio al arbitraje, el órgano jurisdiccional no ha examinado, en el cauce del recurso contra el Laudo Arbitral, el fondo del asunto debatido ante el árbitro, pese a las causas de nulidad del mismo que fueron alegadas en dicho procedimiento. Lo que entraña, a su juicio, una limitación de su derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE)... 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, 15/1989, 288/1993 y 174/1995), de su función como medio heterónimo 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).*

### III. EL PROBLEMA DE «LA CUESTIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD» EN SEDE ARBITRAL

#### 1. POSIBILIDAD TEÓRICA DE PLANTEAR LA CUESTIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD EN UN PROCESO ARBITRAL Y DIFICULTAD PRÁCTICA Y TÉCNICA PARA LLEVARLA A CABO

Así como no ha faltado ocasión de plantearse en el curso de un procedimiento arbitral la cuestión de la prejudicialidad penal, e incluso la cuestión de prejudicialidad ante el TJCE (art. 177 del Tratado CEE, hoy 234 TUE), no ha ocurrido –hasta lo que nosotros sabemos– lo propio con la cuestión de inconstitucionalidad.

En el primer caso, existe una ya larga jurisprudencia en pro del apoyo del arbitraje cuando en vía del recurso correspondiente se ha planteado por alguna de las partes la infracción de los artículos 40 LEC 2000 y 114 LECri, apoyándose en que el arbitraje «*no es un pleito susceptible de ser suspendido con posible reanudación ya que no es sino cumplimiento de un compromiso... que crea sus efectos por el transcurso del tiempo... consideración a la que hay que agregar que el precitado artículo 514 LEC requiere que se acredite que la querella ha sido admitida*» (STS de 10 de mayo de 1941), o en que «*... la admisión de una querella criminal no sustrae el conocimiento y decisión de la cuestión al árbitro...*» (STS de 7 de julio de 1969), ni produce su suspensión (STS de 19 de diciembre de 1972); y, posteriormente, más acertadamente y aún en el caso extremo que por razones contundentes se acordase judicialmente la suspensión del procedimiento arbitral por una cuestión de prejudicialidad «*se libera al árbitro de la emisión del laudo de su término preclusivo que queda simplemente interrumpido*» (STS de 2 de julio de 1984).

Se constata, por tanto, en estos supuestos el mantenimiento del principio «*favor arbitralis*», fundamentado en la naturaleza civil, mercantil, incluso administrativa se podría decir hoy, de la controversia sobre la que debe decidir el árbitro, que no puede decaer por el mero hecho de que pueda presentar ciertas connotaciones penales hasta el punto de hacer crisis en la marcha del proceso arbitral.

Estando así resuelto el problema con respecto a la prejudicialidad penal, surgen respecto al segundo supuesto que dejáramos planteado más atrás, –y que González Pérez no duda en calificar de «cuestión prejudicial constitucional» (6)– las dudas siguientes: ¿Es posible plantear en el curso de un proceso arbitral la cuestión de inconstitucionalidad? ¿Qué debe hacer el árbitro ante la misma?, y, en su caso, ¿quién o cómo se eleva la cuestión ante el Tribunal Constitucional?.

Para contestar estas preguntas –que a buen seguro llegarán a plantearse en algún momento, pues no son concesiones a la pura retórica de salón– hay que recordar que el control genérico de constitucionalidad de las leyes es un proceso a través del cual, se asegura la primacía de la Constitución sobre el resto del ordenamiento jurídico. La LOTC otorga un concepto legal de control de constitucionalidad en los términos siguientes: «*mediante los procedimientos de declaración de inconstitucionalidad regulados en este título, el Tribunal Constitucional garantiza la primacía de la Constitución y enjuicia la conformidad o disconformidad con ella de las leyes, disposiciones o actos impugnados*» (art. 27.1 LOTC).

Ya en temprana resolución (STC de 8 de abril de 1981), el TC determinó que la función primordial del mismo es la defensa objetiva de la Constitución como norma suprema. Debiéndose recordar, que esta competencia no es exclusiva del TC. Pues los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución (arts 9.1 CE y 5 LOPJ). Pero cuando se plantea una discrepancia entre Constitución y una Ley, en este caso el monopolio lo tiene el Tribunal Constitucional, bien a través del control constitucional directo o recurso de inconstitucionalidad, bien a través del control de constitucionalidad indirecto o de cuestión de inconstitucionalidad. El primero se plantea y se resuelve directamente ante el TC por las personas expresamente legitimadas para ello, según el artículo 162.1.a) CE. El segundo se suscitará ante el órgano judicial competente que esté entendiendo del proceso correspondiente, planteándose a continuación la cuestión ante el TC en los términos exigidos en el artículo 163 CE (7).

---

(6) GONZÁLEZ PÉREZ, *Derecho Procesal Constitucional*, 1982, p. 262.

(7) Véase BACHOF, *Jueces y Constitución*, Civitas, Madrid, 1985; GARCÍA DE ENTERRÍA, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, 1982; RUBIO

Sobre ese particular el Tribunal Constitucional ha declarado que «*la cuestión de inconstitucionalidad no es una acción concedida para impugnar de modo directo la validez de una ley... sino para conciliar la doble obligación de actuar sometidos a la Ley y a la Constitución*» (SSTC de 1 de junio y 2 de julio de 1981).

En efecto, para averiguar si es posible suscitarse la cuestión de inconstitucionalidad en el arbitraje es preciso partir del artículo 163 CE que determina que «*cuando un órgano judicial considere, en algún proceso, que una norma con rango de ley, aplicable al caso, de cuya validez depende el fallo, pueda ser contraria a la Constitución, planteará la cuestión ante el Tribunal Constitucional en los supuestos, en la forma y con los efectos que establezca la ley, que en ningún caso serán suspensivos*». La configuración legal de la cuestión de inconstitucionalidad se lleva a cabo en sólo tres preceptos de la LOTC (arts 35 a 37), lo que ha resultado ser insuficiente a todas luces para el problema de hondo calado que se plantea con una institución y un procedimiento del que no existen precedentes en nuestro ordenamiento jurídico; pero a pesar de ello, la utilización procesal de la cuestión de inconstitucionalidad se ha incorporado con gran vitalidad en la práctica forense.

Si esos perfiles complicados y difíciles se predicen del ordenamiento en su conjunto respecto al proceso judicial del Estado, más dudas aún se levantan a la hora de incorporar la cuestión de inconstitucionalidad en el arbitraje, siendo obstáculo añadido el escaso pronunciamiento que la doctrina española y la extranjera han hecho sobre la materia (8).

Es preciso para que la cuestión de inconstitucionalidad pueda suscitarse ante cualquier instancia judicial que concurren los tres requisitos a que se refiere el artículo 35.1 LOTC, a saber: a) que se trate de una norma con rango de ley; b) que esa norma sea determinante del

---

LLORENTE y JIMENEZ CAMPO, *Estudios sobre jurisdicción constitucional*, Madrid 1998; ALMAGRO NOSETE, *La justicia constitucional*, Madrid, 1980; ARAGÓN REYES, *La interpretación de la Constitución y el carácter objetivado del control jurisdiccional*, R. Derecho Constitucional nº 17; PEREZ TREMPES, *Tribunal Constitucional y Poder judicial*, CEC, Madrid 1985.

(8) En materia arbitral apenas se ha tratado este problema; PEREZ GORDO en su *Prejudicialidad Penal y Constitucional en el Proceso Civil*, Bosch, 1982, y en *La inconstitucionalidad de las leyes ante el arbitraje*, en *Estudios de Derecho Procesal*, Zaragoza, 1981,

fallo que ha de recaer sobre el conflicto y c) que pueda ser contraria a la Constitución.

El momento procesal para plantear la cuestión es una vez concluso el procedimiento y dentro del plazo para dictar sentencia, debiéndose concretar el precepto constitucional que se supone infringido y especificar y justificar en qué medida la decisión del proceso depende de la validez de la norma con rango de ley cuya constitucionalidad se cuestiona (art. 35.2 LOTC).

El órgano judicial adoptará libremente la decisión según su propio criterio a través de auto que no es susceptible de recurso y que deberá motivar suficientemente, ya que una motivación inadecuada, infundada o insuficiente puede ser rechazada en trámite de admisión por el Tribunal Constitucional (art. 37.1 LOTC).

La excepcionalidad de la cuestión de inconstitucionalidad ha sido resaltada por el Tribunal Constitucional al señalar que «no puede ser un instrumento en manos del juez para obtener pronunciamientos innecesarios o indiferentes para la decisión del proceso» (STC 17/1981, luego reiterada), o que «el juez no está obligado a promover la cuestión cuando la ley sea anterior a la Constitución, por resultar de aplicación la disposición derogatoria 3ª de la Constitución, ya que en este supuesto puede limitarse a inaplicar la ley por entenderla derogada por la Constitución» (STC 5/1981, también muy reiterada), ni se puede fundamentar un recurso de amparo en la violación del artículo 24 CE «ante

---

pp. 405 y ss. considera al igual que MARÍN PAGEO, *La cuestión de inconstitucionalidad en el proceso civil*, Madrid, 1990, pp. 168 y ss. que los árbitros de derecho pueden suspender el procedimiento arbitral y plantear la cuestión al TC; en cambio, ALMAGRO NOSETE, *La Justicia Constitucional*, 2ª ed. Valencia, 1989, pp. 216 y ss. y ROCA MARTINEZ, *Arbitraje e Instituciones Arbitrales*, entienden que ni la Constitución ni la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional autorizan a promover la cuestión de inconstitucionalidad por los árbitros. Tampoco el problema ha sido ajeno a la doctrina italiana encontrándose dividida, como puede verse en CARNACINI, *Le questioni di legittimità costituzionale nell'arbitrato viturale*, Riv. Trim. Dir. e Proc. Cir, 1958, pp. 881 y ss; CAPPELETTI, *La pregiudizialità costituzionale nel processo civile*, Milán, 1957, pp. 71 y ss; NACCI, A., *L'iniziativa nel processo costituzionale incidentale*, Nápoles, 1963; SCHIZZEROTTO, *Dell'Arbitrato*, Milán, 1958; BATTAGLINI y NOVELLS en *Codice di procedura civile e leggi complementari*, Milán 1979, recogen algunas Sentencias de la Corte Constitucional Italiana favorables al planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad en el arbitraje; entre otras.

*la negativa del órgano jurisdiccional a plantear la cuestión»* (STC 206/1990); si bien se admite que se suscite también en actuaciones judiciales sobre las que recaiga un auto (STC 54/1983).

El control de constitucionalidad indirecto (o simplemente cuestión de inconstitucionalidad) es al fin y al cabo un control de constitucionalidad cuyo rango diferenciador se encuentra en que se convierte en un instrumento más de la tutela judicial, si bien de carácter específico, pues las consecuencias que reviste la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la ley controvertida se agotan en la aplicación del caso concreto. La Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 23 de junio de 1993, pone de relieve la importancia del papel de las partes en una cuestión de inconstitucionalidad, cuando la ley que se aplica afecta a un restringido número de personas. La tutela judicial efectiva no se satisface solamente con admitir la cuestión, sino que las garantías del artículo 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos exige que se dé a las partes oportunidad de exponer sus argumentos (9). Lo que dicho sea de paso constituye una crítica directa a nuestro propio ordenamiento constitucional en esta materia, que como se sabe no da audiencia a las partes ante el TC, sino sólo a través de la jurisdicción ordinaria donde se plantea la cuestión de inconstitucionalidad.

Al emplear el artículo 163 CE la expresión «órganos judiciales», como únicos que pueden promover la cuestión de inconstitucionalidad, impide aparentemente cualquier aplicación extensiva de los conceptos de jueces o tribunales, quedando excluidos los órganos administrativos y las actuaciones parajudiciales de tribunales no jurisdiccionales (p. ej., tribunales económico-administrativos). Para Almagro Nosete la justificación de esta interpretación estricta se encuentra en la lógica del principio de unidad jurisdiccional proclamada constitucionalmente (10).

Nuestro punto de vista es coincidente en parte con ese autor, si bien consideramos que al ser el arbitraje según doctrina del propio Tribunal Constitucional un «*equivalente jurisdiccional*» (SSTC de 16 de marzo de 1988, Rec. amparo 508/87; 15/89, 62/91 y 174/1995), y «*sustitutivo de la*

---

(9) BALAGUER CALLEJÓN y otros, *Derecho Constitucional*, Vol. I, Tecnos, 1999, p. 221.

(10) ALMAGRO NOSETE, *ob. cit.*, p. 217.

*actividad jurisdiccional* del Estado» (SSTS 3 de julio de 1962, 7 de octubre de 1966, 27 de septiembre de 1975, 20 de mayo de 1982, 9 de febrero de 1984, 6 de octubre de 1987, entre otras muchas), cuyo laudo produce «*efectos de cosa juzgada*» (art. 43 LA), como si de una sentencia firme se tratara en sintonía con lo recogido en los artículos V de la Convención de Nueva York y IX del Convenio Europeo, ambos incorporados al ordenamiento interno español, autoriza todo ello a mantener la posibilidad de que en sede arbitral pueda plantearse y promoverse la cuestión de inconstitucionalidad.

Ello es tanto más cierto cuanto que al operarse por medio del arbitraje de Derecho (11) un «*apartamento ex officio iudicis*» cuya «*ratio decidendi*» es inmodificable por razones de fondo e inatacable respecto al derecho aplicado por los árbitros, se puede hacer cierto que la norma determinante del fallo arbitral plantee serias dudas sobre su constitucionalidad, haciendo válido el apotegma de Calamandrei de que «la ley es legítima e ilegítima para todos» (12).

En definitiva, la justificación final de que en sede arbitral no se encuentren reparos dogmáticos a plantear la cuestión de inconstitucionalidad se encontraría, además de en las razones expuestas, en que, a diferencia de los órganos administrativos o parajudiciales e incluso paraarbitrales, en todos estos últimos siempre es posible un control ante el órgano judicial competente en un recurso de «*plena cognitio*» sobre la resolución que dicten, mientras que, como hemos expuesto, ello no es posible en el arbitraje por ser el laudo intangible a un control de plena jurisdicción, pudiéndose dar el supuesto que el fallo arbitral dependa únicamente y sin otra opción posible que la de fundamentar el mismo en una ley sobre la que surjan recelos o incertidumbres lógicas sobre su adecuación al orden constitucional vigente.

---

(11) Lo que también es desde luego predicable del arbitraje de equidad, pero aquí el árbitro al motivar su laudo no lo hace sobre parámetros legales -o puede no hacerlo-, la razonabilidad de su decisión puede argumentarse bajo contenidos alternativos a los estrictamente legales, tanto más cuando el árbitro no sea abogado en ejercicio como se requiere para el arbitraje de Derecho por imperativo del artículo 12.2 LA.

(12) CALAMANDREI, P., *La ilegitimidad constitucional de las leyes en el proceso civil*, en Derecho Procesal Civil, Tomo III, Buenos Aires, 1962, p. 66; también NACCI, G., *L'iniziativa nel processo costituzionale incidentale*, Nápoles, 1965.

¿Podrían en ese supuesto los árbitros separarse o cesar unilateralmente de la función que le tienen encomendadas las partes para resolver su litigio? o por el contrario, ¿deberían aplicar la norma con atisbos de inconstitucionalidad? Ni el árbitro puede separarse de la ley que le vincula sin escapar de la responsabilidad por daños y perjuicios por no cumplir fielmente con su cometido (art. 21.1 LA), ni tampoco –o menos aún– puede dejar de observar la Constitución como norma suprema de directa aplicación (art. 9.1 CE). Esta es la razón última por la que habría que concluir, al menos en la pura teoría, que es posible plantear la cuestión de inconstitucionalidad en sede arbitral, siempre, claro está, que se den los tres requisitos previstos en los artículos 163 CE y 35.1 LOTC, aunque como vamos a exponer, ello haya de hacerse mediante un procedimiento peculiar.

#### IV. NUEVO PLANTEAMIENTO: LA CUESTIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD EN SEDE ARBITRAL EN LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ITALIANO, Nº 376 DE 28 DE NOVIEMBRE DE 2001

El problema de la cuestión de inconstitucionalidad en sede arbitral ha sido muy debatido en la doctrina italiana (13) y también en su jurisprudencia constitucional (14); empero, parece que la tendencia actual, se decanta hacia un reconocimiento de la posibilidad de plantear la cuestión de inconstitucionalidad por parte de los árbitros, cuando

---

(13) CECHELLA, *I disegni di legge 5/XI/633 e 5/XI/873*, en *Scritti in onore di E. Fazalari*, Milán, 1993, pp. 384 y ss; SCHIZZEROTTO, *La questione di legittimità costituzionale nel giudizio arbitrale*, en *Giur. ir.*, 1961, IV, c. 65 y ss; Id., *Dell'arbitrato*, pp. 489 y ss; AULETTA, *L'arbitro: giudice a quo rispetto alla Corte costituzionale?*, en *Riv. arb.* 2000, pp. 820 y ss; BARILE, *L'arbitrato rituale e la Corte costituzionale*, en *Riv. arb.*, 1992, p. 232; BRIGUGLIO, *La pregiudizialità costituzionale nell'arbitrato rituale e la efficacia del lodo*, en *Riv. arb.* 2000, pp. 639 y ss; CAPPELETTI, *La pregiudiziale costituzionale nel processo civile*, Milán, 1957, pp. 78 y ss; FAZZALARI, en *Briguglio-Fazzalari-Marengo, La nuova disciplina dell'arbitrato*, Milán, 1994, pág. 141; Id., *L'arbitrato*, Torino, 1997, pág. 78; G. F. RICCI, en AA.VV., *Arbitrato a cura di Carpi*, Bologna, 2001, pp. 357 y ss; LA CHINA, *L'arbitrato. Il sistema e l'esperienza*, Milán, 1999 (rist.), p. 96; BARALDI, *La questione di legittimità costituzionale nell'arbitrato rituale*, en *Giur. It.* 1958, IV, c. 37 y ss. El debate de esta cuestión en la doctrina italiana contrasta con el silencio que sobre la misma existe en la doctrina científica española.

(14) Sentencias nºs 387 de 1996, 226 de 1976 y 83 de 1966.



éstos consideren que deben aplicar una norma contraria a la Constitución (15). En este sentido, debe ser citada la Sentencia nº 376 de 28 de noviembre de 2001, que marca un hito en el Derecho arbitral al reconocerse la legitimidad de un colegio arbitral para plantear la cuestión de inconstitucionalidad ante la Corte Constitucional italiana.

En efecto, mediante resolución de 3 de julio de 2000 un colegio arbitral de Nápoles, en el curso de un procedimiento de arbitraje entre el Consorcio de Reconstrucción (CORI) y el Área Funcional del municipio de Nápoles, formuló, de conformidad con los artículos 3, 24, 76, 77 y 97 de la Constitución italiana, una cuestión incidental de legitimidad constitucional en relación con algunos artículos de las Leyes de 3 de agosto de 1998, nº 267, y 17 de mayo de 1999, nº 144, que remitían exclusivamente a favor de la jurisdicción de los jueces del Estado la resolución de contenciosos en aquellos conflictos que recayesen sobre «obras de reconstrucción de lugares afectados por desastres naturales».

El colegio arbitral al plantear las dudas de inconstitucionalidad de algunos de los preceptos de las Leyes citadas, fundó su legitimidad en la moderna consideración que mayoritariamente le dan la doctrina y la jurisprudencia al árbitro, como juez «*a quo*», y la configuración del procedimiento arbitral como «alternativa a la actividad jurisdiccional», al punto de dotar al arbitraje como «equivalente jurisdiccional».

En apoyo de esa tesis, el colegio arbitral que promovió la cuestión de inconstitucionalidad adujo, entre otras razones, las siguientes:

1.<sup>a</sup> La profunda similitud normativa entre el órgano arbitral y la autoridad judicial, aún cuando el primero no pertenezca a la planta judicial ni sea un órgano adscrito a la estructura jurisdiccional del Estado.

2.<sup>a</sup> La equiparación del laudo a la sentencia judicial (Razón de equivalencia).

---

(15) Dentro de esta tendencia se encuentra FILIPPO DANONI, *Gli arbitri rituali come i giudici di fronte alla sospetta incostituzionalità della legge*, en *Giustizia civile*, (Giust. Civ.), volumen LII, Octubre 2002, pp. 471 y ss.

3.<sup>a</sup> La introducción en 1994 de la nulidad del laudo por violación del «principio contradictorio» (Garantía procesal de las partes).

4.<sup>a</sup> La nueva formulación del artículo 819 del Código Civil italiano, que según la mayoría de doctrina, deja abierta la posibilidad de formular tal planteamiento.

No obstante, el Presidente del Consejo de Ministros italiano, representado por la Abogacía General del Estado, abogó por una declaración de inadmisibilidad y falta de fundamento de la cuestión de inconstitucionalidad, por entender que el tribunal arbitral no gozaba de legitimidad para promover la cuestión de inconstitucionalidad, se apoyaba esta postura en los artículos 25 y 102 de la Constitución italiana y en el artículo 23 de la Ley nº 87 de 11 de marzo de 1953, que reduce la legitimidad constitucional para promover la cuestión al órgano judicial, a una de las partes o al Ministerio Fiscal; invocándose, además, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, según la cual el árbitro no puede ser considerado como órgano jurisdiccional de los Estados miembros de la Unión Europea de conformidad con el artículo 234 TUE (antiguo art. 177 del Tratado CE) (16). En definitiva, que la Abogacía del Estado esgrimió como motivaciones de su oposición la teoría clásica de que exclusivamente tienen potestad o facultad para plantear la cuestión los órganos de carácter *strictamente jurisdiccional*, quedando excluidos todos los que no lo sean, y por tanto, los árbitros.

No ha sido sin embargo ésa la tesis finalmente mantenida por la Sentencia de 28 de noviembre de 2001 de la Corte Constitucional italiana,

---

(16) Artículo 237 CE: El Tribunal de Justicia será competente para pronunciarse, con carácter prejudicial: a) sobre la interpretación del presente Tratado. b) sobre la validez e interpretación de los actos adoptados por las instituciones de la Comunidad y por el BCE. c) sobre la interpretación de los estatutos de los organismos creados por un acto del Consejo, cuando dichos estatutos así lo prevean.

Cuando se plantee una cuestión de esta naturaleza ante un *órgano jurisdiccional de uno de los Estados miembros*, dicho órgano podrá pedir al Tribunal de Justicia que se pronuncie sobre la misma, si estima necesaria una decisión al respecto para poder emitir su fallo.

Cuando se plantee una cuestión de este tipo en un asunto pendiente ante un *órgano jurisdiccional nacional*, cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno, dicho órgano estará obligado a someter la cuestión al Tribunal de Justicia.

cuando en su Fundamento Jurídico Segundo razona de la manera siguiente: «En primer lugar se debe determinar, en relación con la inadmisibilidad propugnada por la Abogacía General del Estado, si, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley constitucional nº 1 de 9 de febrero de 1948, el colegio arbitral está legitimado para formular la cuestión de legitimidad constitucional que nos ocupa.

A este respecto, es necesario recurrir a la jurisprudencia de este Tribunal, según la cual para tratarse de un proceso a quo es suficiente con que exista un ejercicio de «funciones judiciales para la aplicación objetiva de la ley» por parte de sujetos «que, aun siendo ajenos a la organización jurisdiccional», «ocupen una posición super partes» (sentencias nº 387 de 1996, nº 226 de 1976 y nº 83 de 1966).

A los fines que atañen al presente asunto y sin entrar en la compleja problemática relativa a la naturaleza jurídica del arbitraje de derecho, baste con observar que el arbitraje constituye un procedimiento previsto y regulado por el Código Civil italiano para la aplicación objetiva del Derecho a un caso concreto, con vistas a la resolución de una controversia, con las garantías de contradicción e imparcialidad típicas de la jurisdicción civil ordinaria. En relación con el aspecto considerado, el proceso arbitral no se diferencia del que se desarrolla ante los órganos estatales jurisdiccionales, ni siquiera en lo que respecta a la búsqueda y la interpretación de las normas aplicables al caso concreto.

La duda sobre la legitimidad constitucional de la ley que se debe aplicar no difiere, en principio, de otros problemas que se plantean en el itinerario lógico que debe seguir el órgano decisorio para adoptar una decisión jurídicamente correcta, puesto que también las normas constitucionales, con sus efectos eventualmente invalidantes de las leyes ordinarias que se oponen a ellas, forman parte del Derecho que los árbitros deben aplicar, en cuanto que, como cualquier juez, tienen el deber de interpretar las leyes *secundum Constitutionem*.

En un ordenamiento constitucional en el que se impide a cualquier órgano judicial tanto no aplicar las leyes como dictar sentencia basándose en leyes de dudosa constitucionalidad, también los árbitros, cuyo juicio es potencialmente idéntico al de los órganos jurisdiccionales, deben aplicar el sistema de control de legitimidad de las leyes.

La tesis de la suspensión del proceso arbitral con objeto de que las partes puedan someter una cuestión de legitimidad constitucional al juez ordinario sólo es aparentemente coherente con la disposición

*recogida en el artículo 819 del Código Civil italiano en materia de cuestiones incidentales. Este artículo, de hecho, prevé que, una vez suspendido el procedimiento arbitral, el juez competente al que hayan acudido las partes decida sobre la cuestión incidental; en cambio, en el caso de la cuestión de constitucionalidad, únicamente se pediría al juez ordinario que reiterase la valoración de relevancia y de falta manifiesta de fundamento ya hecha por el árbitro para que pueda formularse ante este Tribunal una cuestión prejudicial en relación con una decisión de fondo que no compete al propio juez, sino al árbitro.*

*En conclusión, por tanto, se debe afirmar, a la luz de la citada jurisprudencia de este Tribunal, que también los árbitros pueden y deben formular incidentalmente cuestiones de legitimidad constitucional de las disposiciones legales que deban aplicar en aquellos casos en los que no resulte posible despejar las dudas existentes mediante una labor meramente interpretativa».*

Tan importante Sentencia no ha dejado de tener eco en la doctrina italiana, siendo paradigma de tal reflejo el trabajo de Filippo Danovi (17), quien no ha dudado en emitir un juicio laudatorio sobre esa resolución del Tribunal Constitucional italiano. Entiende el citado autor que la base argumental de la referida Sentencia se encuentra en los puntos siguientes:

1º) En la «sustancial equiparación del laudo a la sentencia judicial», considerando que esta afirmación puede compartirse siempre que el adjetivo «sustancial» se entienda más bien como «tendencial». Insiste en llamar la atención en que la comparación laudo/sentencia puede considerarse plenamente paritaria en lo que atañe al aspecto lógico-racional y al carácter decisorio que guardan ambos tipos de resoluciones. Siendo esta una de las razones por las que el laudo guarda las características propias de la *res iudicata*. Por esta razón, a juicio de DANOVI, el arbitraje y particularmente el de derecho constituye una expresión del *ius dicere*. Es desde este punto de vista, en el que podría establecerse una estrecha similitud entre la labor del juez togado y la del árbitro,

---

(17) FILIPPO DANOVI, *ob. cit.*, y la bibliografía allí citada.

siendo éste, a su vez, un juez de una concreta controversia, elegido en virtud de la autonomía privada de las partes y en uso de la disponibilidad que para ello le atribuye la legislación positiva previa.

2º) Establecido el carácter paritario del árbitro con respecto al juez, resulta evidente que las garantías públicas que se dan en el proceso del Estado han de ser equivalentes a las que concurren en el arbitraje. Por eso, según el autor que citamos, desde un punto de vista funcional, la actividad arbitral es equiparable a la actividad judicial. Tesis ésta que es recogida *expressa verbis* por la Sentencia de 28 de noviembre de 2001 del Tribunal Constitucional italiano. Este punto autoriza a la doctrina partidaria de la legitimidad del órgano judicial para plantear la cuestión de inconstitucionalidad, a mantener que aunque dicho incidente se promueva por sujetos que «aún siendo ajenos a la organización jurisdiccional» garantizan desde el punto de vista sustantivo la aplicación del derecho y desde el punto de vista procesal el principio contradictorio y, que, gracias a su «posición superpartes», ejercen sus funciones en el marco de la imparcialidad típica de la jurisdicción civil ordinaria. Atendiendo a que en todo caso el control de constitucionalidad se ejerce por un órgano único central (Tribunal Constitucional), resulta convincente que la posible incertidumbre acerca de la correspondencia del Derecho positivo con principios y preceptos de rango superior, sea suficiente para que los órganos y tribunales arbitrales se comporten ante este problema como si de jueces estatales se trataran.

En este marco, es cierto que los criterios de enjuiciamiento de los árbitros no son *in toto*, muy diferentes a los utilizados por los jueces ordinarios, sobre todo o principalmente cuando de árbitros de derecho se trata; pues la *auctoritas* reconocida a estos últimos es un estándar suficiente para suplir el *imperium* del cual carecen, pero que no hace en modo alguno desmerecer que el juicio arbitral (esto es, su decisión final o laudo) sea equiparable al juicio que emiten los jueces del Estado. Desde este punto de vista, el Tribunal Constitucional italiano en su Sentencia de 28 de noviembre de 2001 subraya correctamente que el proceso arbitral «es potencialmente equiparable al de los órganos de la jurisdicción», y lo que es más relevante indica ese Alto Tribunal que «la búsqueda y la interpretación de las normas aplicables al caso en litigio» se producen de forma similar a lo que sucede en la jurisdicción ordinaria. De este modo, el respeto debido al *ordo iudicii* constitucional puede

garantizarse únicamente si se admite en el proceso arbitral el mecanismo de la remisión directa de la cuestión al Tribunal Constitucional.

3º) Por consiguiente, se ha de compartir la opinión del Tribunal Constitucional italiano cuando considera suficiente, que existiendo un juicio *a quo* (y el arbitraje lo es), se pueda producir el ejercicio de «funciones jurisdiccionales con vistas a la *objetiva aplicación de la ley*»; y por tanto, si la aplicación y la interpretación de las normas jurídicas se deben producir (también por parte de los árbitros) necesariamente *secundum Constitutionem*, entonces habrá que aceptar de plano que también durante un juicio arbitral se puedan servir los árbitros de la cuestión de inconstitucionalidad.

4º) Finalmente, se ha de contemplar un aspecto nada desdeñable en esta materia. A saber: que es preferible atajar el riesgo de que se dicten laudos arbitrales sobre la base de una norma contraria a la Constitución. Y esto es así, aún en el supuesto de que las partes en el convenio arbitral hayan pactado *interna corporis*, la renuncia a plantear o promover la cuestión de inconstitucionalidad. Pues aún en este caso el árbitro no se encontraría vinculado por ese pacto y podría someter su duda sobre la constitucionalidad de una norma al Tribunal Constitucional; ya que, en caso contrario, negar el recurso a la cuestión de inconstitucionalidad de forma autónoma en sede arbitral, significaría ni más ni menos que dar por buena una potencial toma de decisiones desde un punto de vista de un Derecho no adecuado al ordenamiento constitucional, máxime cuando como ocurre, p. ej., en el ordenamiento español, en el que el laudo solo puede ser impugnado a través de causas o motivos extrínsecos.

Se ha aducido en contra del planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad en sede arbitral, la jurisprudencia que hasta hoy ha recaído por la jurisprudencia comunitaria en la llamada *cuestión de prejudicialidad comunitaria* (del antiguo art. 177 del Tratado CE), que indudablemente guarda perfiles parecidos a la cuestión de constitucionalidad *strictu sensu*, que fue puntualmente recordada por la Presidencia del Consejo de Ministros italiano en el asunto que resolvió la Sentencia de 28 de noviembre de 2001. En efecto, la jurisprudencia comunitaria ha venido rechazando –en una línea que cada vez es menos radical, todo hay que decirlo– que el árbitro pueda considerarse un

órgano jurisdiccional de los Estados miembros de la Unión Europea. Ahora bien, según DANOVI, se trata ciertamente de un caso diferente, tanto porque las dos cuestiones (la de *prejudicialidad comunitaria* y la cuestión de inconstitucionalidad) responden a naturalezas diferentes, con rasgos específicos en cada una de ellas, que aún siendo concurrentes en algunos aspectos participan de un fundamento y de una finalidad dispar. No puede olvidarse que el reenvío prejudicial comunitario encuentra su propia justificación, por un lado, en la variedad y falta de homogeneidad existente en el sistema comunitario, que por mucha armonización y homogenización de los ordenamientos, aún presentan éstos diferencias muy notables; y por otro lado, no es desdeñable considerar que no existe entre las instituciones de la Unión Europea un órgano de «centralización», que controle la constitucionalidad de las normas y resoluciones judiciales (y arbitrales) con respecto a una futura Ley fundamental única para todos los miembros UE.