

LA LEY **Mediación** *y Arbitraje*

ESPECIAL MONOGRÁFICO

Abril 2021 | **06**

Nuevos derroteros del arbitraje en España a la luz de la doctrina reciente del Tribunal Constitucional

DIRECTOR:

JOSÉ CARLOS FERNÁNDEZ ROZAS



Wolters Kluwer

El Tribunal Constitucional restablece la ortodoxia en el control judicial de los laudos arbitrales

Constitutional Court restores orthodoxy in the judicial review of arbitration awards



José Carlos Fernández Rozas

Director de la Revista La Ley: Mediación y Arbitraje. Árbitro y mediador internacional

1. Ha sido factible la articulación constitucional del arbitraje a partir, esencialmente, de la confluencia de dos factores: su eventual constitucionalización y el ascendiente de la doctrina constitucional. Desde una dimensión comparativa la constitucionalización del arbitraje, explícita en los países de América latina, es un fenómeno generado no tanto por la inserción de disposiciones concretas en los textos constitucionales, inexistente en el caso español, sino por su reconocimiento jurisprudencial como una alternativa a la jurisdicción. Nunca ha sido imprescindible el entronque constitucional del arbitraje, o de un «derecho al arbitraje», para la conformación de la institución. Incluso se ha llegado a advertir que no deja de entrañar inconvenientes por propiciar un terreno abonado para la interposición de acciones «anti-arbitraje», sustentadas en una concepción amplia del derecho de acceso a la justicia, y por vincular a los árbitros con el orden jurisdiccional del foro con el consiguiente incremento de la «jurisdiccionalización» de la institución arbitral.

En ausencia de referencia directa existen otras técnicas que tienden a reforzar la institución arbitral en el propio contexto constitucional, bien desde el punto de vista de una declaración de intenciones, bien por una voluntad de regularla en el futuro o incorporándola al principio de libertad contractual, tomando claro partido por los verdaderos contornos de la institución. Y ello sin olvidar que mediante propia la exégesis constitucional el arbitraje adquiere un pleno acomodo mediante el ejercicio del derecho a la libertad y la igualdad del individuo, o en virtud del postulado de libertad de empresa que supone un freno al postulado del monopolio de la justicia estatal. A partir de aquí el arbitraje procedería del deber genérico y constitucional del Estado de administrar justicia ante el conflicto intersubjetivo de intereses, pero admitiendo que como obligación puede ser desplazada por los particulares, conforme la reglamentación determinada por el propio Estado. La cuestión no es un

mero ejercicio retórico, como se puso de manifiesto en el debate parlamentario que se suscitó en nuestro país en 1986 a propósito de una proposición de Ley sobre modificación parcial y urgente de la Ley de Arbitraje 1953 para adaptarla a la Constitución (*DSCD*, II Legislatura, n.º 273, 1986, p. 12252).

2. Habitualmente el desarrollo normativo y jurisprudencial del arbitraje se ha enfrentado con ciertas construcciones procedentes del plano constitucional pues, no en vano, en cuanto técnica jurídica de composición de intereses encuentra su fundamento en el ensalzamiento de la libertad como valor superior del ordenamiento jurídico y en sus derivaciones más arraigadas como la tradición privatista, la libertad negocial, la autonomía de la voluntad y el principio dispositivo en el Derecho de contratos... Por contra en España, desde sus inicios, la jurisprudencia constitucional proclamó la plena compatibilidad del arbitraje con la Constitución. Esto nunca ha sido discutido (J. Remón), concibiéndose como un proceso especial, ajeno a la jurisdicción ordinaria aunque con la ineludible exigencia de «dar a las partes la oportunidad adecuada para ser oídas y de presentar las pruebas que estimen necesarias» (ATC 20 de julio de 1993 y STC 43/1998, 16 de marzo). Ciertamente, el ámbito propio en el que se desarrolla el derecho a la tutela judicial efectiva incumbe a la actividad jurisdiccional que llevan a cabo los jueces y los magistrados y no sobre el propio juicio de árbitros, que cuenta con una vía impugnatoria específica por medio del recurso de anulación; sin embargo el laudo arbitral puede producir lesiones a la referida tutela como consecuencia de sus efectos de cosa juzgada, esto es, la inexistencia de cauces procesales de impugnación que permitan modificar su contenido y, por tanto, no puede ser ajeno a la misma.

Posterior a la doctrina anteriormente expuesta fue la recurrente calificación del arbitraje como «equivalente jurisdiccional», empleada por vez primera en la STC 62/1991, de 22 de marzo, a propósito de un recurso de inconstitucionalidad contra el Estatuto Gallego del Consumidor y Usuario, donde el ponente, el catedrático de Derecho procesal recientemente fallecido, Vicente Gimeno Sendra, declaró que «siendo el arbitraje un "equivalente jurisdiccional", mediante el cual las partes pueden obtener los mismos objetivos que con la jurisdicción civil (esto es, la obtención de una decisión que ponga fin al conflicto con todos los efectos de la cosa juzgada), es evidente 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». A partir de aquí el propio Tribunal Constitucional volvió en ocasiones a utilizar la noción, a propósito de la resolución de recursos de amparo, constituyendo un *leitmotiv* de la doctrina de la justicia ordinaria y de los estudios realizados durante este período, llegando incluso a ser acogida en diversos sistemas de América latina.

3. Semejante construcción, como pusiera de relieve en un lúcido estudio J. García Torres (en el colectivo *El arbitraje y la buena administración de la justicia*, CIMA / Tirant lo Blanch, 2019, pp. 67 ss.), dio lugar a una «infortunada» aplicación por el TSJ de Madrid extendiendo indebidamente al laudo un tipo de *test* constitucional improcedente, aplicable exclusivamente a las decisiones procedentes de los tribunales de justicia. Siguiendo al citado autor, de esto último el Tribunal Constitucional no es responsable más que, en su caso, por omisión, esto es, por no haber corregido este exceso en vía

de amparo insistiendo en que mediante el arbitraje «las partes pueden obtener los mismos objetivos que con la jurisdicción civil, esto es, la obtención de una decisión al conflicto con todos los efectos de la cosa juzgada» (STC 288/1993, 4 de octubre y 174/1995, de 23 de noviembre). Concretamente se abrió, a comienzos de 2015, una línea jurisprudencial localizada en el Tribunal Superior de Justicia de Madrid que, aunque era totalmente minoritaria en el contexto general del país, poseía un contenido cuantitativo extraordinario pues, no en vano, en la plaza de Madrid tiene lugar más del 40% de la actividad arbitral española. La Sala de lo Civil y Penal de dicho Tribunal Superior, a partir de la sentencia de 28 enero 2015, y decisiones posteriores adoptadas por mayoría con el voto en contra de su presidente, tomó en consideración el orden público económico, incluyendo dentro del mismo como paradigma el principio general de buena fe en la contratación, extensivo a los productos financieros complejos, para establecer «un claro carácter tuitivo de la parte débil en la contratación, de un modo similar a lo que sucede con la ordenación protectora de los consumidores y usuarios». Semejante planteamiento, que bien empleado pudiera tener una cierta justificación, fue utilizado para practicar una revisión de fondo del asunto en toda su amplitud inmiscuyéndose en la conformidad de la decisión adoptada por el árbitro, deslegitimando la institución arbitral y provocando la desconfianza de las partes contendientes en un litigio arbitral. Es más, adoptó una posición maximalista, soslayando la prohibición de revisión del fondo del asunto en lo que respecta al orden público para verificar si realmente se respetaron en el arbitraje normas imperativas de importancia trascendental para el foro. Y lo hizo a través del control de todos los elementos de hecho y Derecho que permitiesen contrastar si realmente se había alcanzado la referida observancia, lo que dio lugar no sólo el control del fallo alcanzado por el árbitro, sino también de la motivación empleada por éste.

Ello dio lugar a muchas decisiones anulatorias de laudos caracterizadas por la reiteración del mismo razonamiento y por la falta de unanimidad de los miembros del Tribunal de anulación con la consiguiente existencia de votos particulares. Dicha actitud amenazaba a que la plaza de Madrid no fuese considerada adecuada como sede de arbitrajes internacionales. La doctrina adoptada por el Alto Tribunal madrileño durante los últimos seis años contribuyó, en efecto, a incrementar la incertidumbre sobre la suerte de los laudos arbitrales pronunciados allí considerando, a grandes rasgos, que el juez de la anulación tenía un deber, respaldado en una determinada consideración del orden público, de revisar lo actuado por los árbitros entrando a valorar el fondo de la decisión adoptada por ellos. Una actitud respaldada en la redacción del párrafo 2º del art. 41 LA según el cual los motivos contenidos en los párrafos b) (indefensión), e) (arbitrabilidad) y f) (orden público) del párrafo 1º podrían ser apreciados por el tribunal que conociese de la acción de anulación de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal «en relación con los intereses cuya defensa le está legalmente atribuida» (expresión esta última sin equivalente en la Ley Modelo Uncitral). Precisamente la ignorancia de que sólo cabría estimar esta causal de oficio, cuando se constatare infringidas «manifiestamente» en el laudo normas de orden público fue uno de los argumentos esgrimidos en los numerosos votos particulares emitidos por el magistrado F.J. Vieira Morante frente a la opinión mayoritaria de la Sala.

Extraño sería que la comunidad arbitral no se alzase ante una línea jurisprudencial excesivamente invasora a la hora de resolver acciones de anulación contra laudos arbitrales. No es el momento de

apuntar a las decenas de congresos, seminarios, estudios y notas que criticaron severamente dicho proceder, centrado, bien es verdad, en un concreto Tribunal y en un determinado período de tiempo. Pero sí debe dejarse constancia que se estudiaron muy seriamente fórmulas de reforma legal susceptibles de poner freno a esta tendencia minoritaria proyectada en el ámbito del control de los laudos hasta convertir la acción de anulación en un verdadero proceso apelación, como si de sentencias de primera instancia se tratara.

4. Paralelamente también se produjo en la doctrina constitucional un cierto debate en torno a las bondades de la construcción en torno al «equivalente jurisdiccional». De acuerdo con la STC Pleno n.º 1/2018, de 11 de enero, el hecho de que las partes opten libre y voluntariamente por el arbitraje no vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva. Mas la equiparación del laudo a la sentencia judicial no es suficiente para que el recurso de amparo constitucional se pueda dirigir contra los laudos, ya que sólo procede contra los actos de los poderes públicos (arts. 53.2º CE y 41.2º, 43.1º y 44.1º LOTC) y los árbitros no son poder público, de modo que el amparo solo cabe contra los actos de la jurisdicción en sus funciones de apoyo, ejecución o anulación de laudos arbitrales. Pero, junto a esta aportación, la referida sentencia seguía equiparando el arbitraje a un medio heterónomo de arreglo de controversias, que operaba «como» un equivalente jurisdiccional (efectos de cosa juzgada y susceptibilidad de ejecución forzosa como si se tratara de una sentencia judicial). Por consiguiente, una consideración extensiva era susceptible de:

- i) reforzar la aplicación a los laudos de exigencias de motivación análogas a las de las sentencias con la consiguiente pérdida de la necesaria especificidad e inmunidad del arbitraje y con ello se daba un respaldo a la «infortunada» tendencia del tribunal madrileño a anular el laudo si adolecía de un «déficit de motivación constitucionalmente relevante, por arbitrariedad, por contravención de las reglas del entendimiento humano y error patente (STSJ Madrid CP 1ª 2 febrero 2016), o por considerar, tras un largo razonamiento que hacía presagiar una solución contraria a la acordada, que la insuficiencia de motivación resultaba de aplicar a la motivación del laudo el mismo *test* de control que los tribunales aplican a las resoluciones judiciales, el conocido como «canon de la arbitrariedad» (STSJ Madrid CP 1ª de 8 enero 2018).
- ii) considerar que «la anulación de un laudo no era susceptible de allanamiento propiamente dicho ni de transacción, esto es, de decisión de las partes que pueda vincular al Tribunal al margen de la apreciación de si concurre y resulta probada una —o varias— de las causas a las que la Ley anuda la consecuencia de la anulación...» pues, «...existe un interés general —art. 21.1º LEC—, expresado de manera inequívoca por la Ley en defensa de la institución misma del arbitraje, en que la sola voluntad de las partes —su libre poder de disposición— no pueda dar lugar a la anulación del laudo... Postulado que representa tanto más evidente cuando se repara en la naturaleza que ostenta el Laudo, esto es, en su condición de «equivalente jurisdiccional» (entre otros, ATSJ Madrid CP 1ª 7 de diciembre de 2017, con voto particular del Presidente Francisco Javier Vieira Morante).

5. Afortunadamente, en esa misma STC 1/2018, de 11 de enero se registró un voto particular del magistrado y extraordinario jurista Juan Antonio Xiol Ríos, que disentía de la consideración del arbitraje como equivalente jurisdiccional para afirmar que es una institución con contenido propio, y

para subrayar algo que ya estaba en la jurisprudencia anterior: su fundamento en la autonomía de la voluntad. Y esto implicaba un entronque constitucional con el art. 10 CE (que se refiere a la dignidad de la persona y al libre desarrollo de su personalidad) y con la libertad como valor superior del ordenamiento jurídico, en relación con los arts. 33 CE (derecho a la propiedad privada) y 38 CE (principio de libertad de empresa en el seno de una economía de mercado). Así pues, en la medida en que el arbitraje se vincula a estos principios o valores de libertad y autonomía se desvincularía del art. 24 CE sobre el derecho a la tutela judicial efectiva.

El referido voto particular inició un derrotero seguido puntualmente por la STC 46/2020, de 15 de junio contra la referida doctrina en torno al «equivalente constitucional», solventando la incomprensible inadmisión del allanamiento en sede anulación de laudos. Y la senda fue continuada por la STC 17/2021, de 15 de febrero de 2021 al señalar, entre otras cosas, que «la valoración del órgano judicial competente sobre una posible contradicción del laudo con el orden público, no puede consistir en un nuevo análisis del asunto sometido a arbitraje, sustituyendo el papel del árbitro en la solución de la controversia ahora completa». Con ello la acción de anulación de los laudos volvió a recuperar sus perfiles habituales, disipándose cualquier reticencia en orden a un intervencionismo injustificado de la jurisdicción, pudiendo seguir el arbitraje desempeñando su importante papel en orden a una buena administración de la justicia.

El feliz retorno a la ortodoxia en el control judicial de los laudos arbitrales, propiciado por la reciente doctrina del Tribunal Constitucional español, permitirá que la acción de anulación desempeñe el importante papel que le es propio

6. Recapitulando: Hace seis años, tras una dogmática arraigada en España en torno el control judicial de los laudos a través de la acción de anulación, la Sala Primera del Tribunal Superior de Justicia de Madrid rompió, alejándose de la práctica seguida anteriormente de las Audiencias Provinciales, y más tarde por la generalidad de los Tribunales Superiores de Justicia de las distintas Comunidades Autónomas, con los cánones establecidos por una práctica consolidada, causando el natural desasosiego en los medios arbitrales. Yo mismo advertí de los «Riesgos de la heterodoxia en el control judicial de los laudos arbitrales» (*LA LEY*, n.º 8537, 12 mayo 2015) y he de reconocer que me quedé corto en la apreciación de los males que se avecinaban. Han sido años de denuncias, primero explícitas y más tarde veladas, en un intento de no magnificar los efectos negativos de la infortunada aplicación por el TSJ de Madrid del *test* constitucional a los laudos arbitrales. La esperanza estaba puesta en los recursos presentados ante el Tribunal Constitucional y ésta se ha visto recompensada con creces. Es de justicia felicitar a los que los pusieron en marcha.

La existencia de un régimen de control judicial específico para el laudo arbitral y los resultados de la aplicación del mismo constituyen sin lugar a dudas elementos esenciales para la elección de la sede de arbitraje. Dichos indicadores acostumbra a utilizarse como estrategia de promoción para consolidar a una localidad como plaza indiscutida para llevar a cabo tal función. Es algo que desde

hace muchos años viene practicándose en las plazas de arbitraje de mayor importancia a partir de mecanismos diversos que, en orden a la anulación de laudos arbitrales, amerita incluso la designación de un órgano especializado dentro de la estructura judicial para este menester. Con ello se procura consolidar una doctrina garante de la seguridad jurídica potenciando no sólo el desarrollo del arbitraje interno, sino la atracción de arbitrajes internacionales. La aparición de un fallo judicial que anula un laudo, en contradicción con los cánones de una práctica consolidada, produce una extraordinaria alarma incitando a un alejamiento de la plaza de arbitraje que puede llegar a ser considerada de alto riesgo, pese a los esfuerzos de los defensores locales.

Más allá de su talante excepcional o no excepcional, ningún sistema jurídico puede prescindir del control jurisdiccional de los laudos contándose para ello con un cauce casi exclusivo: la acción (o recurso) de anulación que es el medio de impugnación característico y específico del juicio arbitral, existente en la generalidad de legislaciones y conformador de una figura *sui generis* fundamentalmente distinta de las impugnaciones del proceso ordinario y sin parangón con las utilizadas contra las sentencias de los jueces. Los procesos de unificación internacional han intentado desde antiguo configurar la acción de anulación, instrumentada o no en un recurso, como único medio de anulación, con exclusión de los otros recursos. Tal eventualidad promovida por en el Derecho convencional confiere al tribunal que lo conoce un control extrínseco sobre la validez del laudo y sobre la contrariedad de las normas de orden público, excluyendo la revisión de asuntos relativos a los hechos o derechos juzgados. Asimismo, desde esta actividad unificadora, las causales para impugnar el laudo por el cauce de la anulación en el marco de la sede donde se ha desarrollado el arbitraje coinciden esencialmente con las causales para denegar un laudo extranjero y están referidas, básicamente, a aspectos relativos a la validez extrínseca del laudo, a la manera como se condujo el procedimiento arbitral, al nombramiento de los árbitros, a las notificaciones, al derecho a la defensa, a la congruencia del contenido del laudo con lo pedido por las partes y a la no contradicción del orden público.

El feliz retorno a la ortodoxia en el control judicial de los laudos arbitrales propiciado por la reciente doctrina del Tribunal Constitucional español, permitirá que la acción de anulación desempeñe el importante papel que le es propio. Fuerza es confesar que el control judicial de los laudos arbitrales responde a postulados constitucionalmente asumidos, como el de «promover la justicia», el respeto a los principios de igualdad, audiencia y contradicción y la garantía de su ejecutoriedad, equivalente a la de una sentencia judicial que el Estado dispensa. Un control, empero, siempre compatible con las peculiaridades de la institución arbitral, no corriendo su ejercicio heterodoxo el riesgo de desnaturalizarla.