

## Mesa redonda sobre “El arbitraje en un Estado de Derecho” en las Jornadas Académicas del 425 Aniversario del Ilustre Colegio de la Abogacía de Madrid (16 junio 2022)



Enmarcada dentro de los actos conmemorativos, del 425 Aniversario del ICAM tuvo lugar una mesa redonda el 16 de junio de 2022, titulada “El arbitraje en un Estado de Derecho” cuyo objetivo era doble. De un lado, poner de relieve que en una sociedad basada en el respeto al Estado de Derecho, los árbitros debe servir los intereses de la Justicia, así como a los derechos y libertades que se les han confiado para defenderlos y hacerlos valer. De otro lado, que una cosa es el carácter alternativo del arbitraje en un sistema de resolución de controversias y otra muy distinta su carácter contrario o competitivo con mecanismo jurisdiccional, toda vez que ambos contribuyen a la administración de la Justicia, en un Estado de Derecho, Actuó de presentador José Ignacio Monedero, Diputado y Secretario de la Junta de Gobierno ICAM, ejerciendo las funciones de moderador José Carlos Fernández Rozas, Catedrático y vocal de la Corte de Arbitraje del ICAM. Entre los intervinientes figuraron María José Menéndez, Socia de Ashurst LLP, José Fernando Merino Merchán, Letrado de las Cortes y del Consejo de Estado y Árbitro, Miguel Pasquau, Magistrado del TSJ de Andalucía y Catedrático de Derecho Civil y Elena Sevilla, Socia de Andersen, del Departamento de Litigación, Insolvencia y Arbitraje.

La premisa según la cual, el arbitraje ha de contribuir al mantenimiento del Estado de Derecho obligó desde un primer momento a los ponentes a pronunciarse sobre la doctrina del Tribunal Constitucional que ha contribuido de forma decisiva a la conformación de España como un Estado social y democrático de Derecho que, tal y como recoge el art. 1 de la Constitución, tiene como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político”. Cabe recordar que el Tribunal Constitucional completó en su Sentencia 17/2021, de 15 de febrero la tendencia iniciada en su decisión 46/2020, 15 de junio de 2021 contra la doctrina emanada del TSJ de Madrid, fijando, por una parte, el ámbito del orden público en el control de los laudos arbitrales y el alcance de la motivación del árbitro al pronunciar el laudo arbitral y estableciendo, por otra parte, nuevos parámetros en la configuración constitucional del arbitraje, superadores de la hasta ahora aceptada noción de “equivalente jurisdiccional”.

Entre los temas abordados figuraron en primer lugar las cuestiones derivadas del arbitraje y la Constitución y la superación de la recurrente calificación del arbitraje como “equivalente jurisdiccional” empleada por el Tribunal Constitucional tras la entrada en vigor de la Ley de Arbitraje de 1988, a partir de la 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). 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 periodo

Con el propósito de evocar las etapas por las que transcurrió en arbitraje en España a cargo del profesor Fernández Rozas se refirió éste a que el desarrollo de la institución en un determinado país requiere esencialmente una legislación adecuada, unas instituciones administradoras que actúen con profesionalidad y un marco de relaciones entre jueces y árbitros que no obstaculice el desarrollo de este procedimiento alternativo de resolución de controversias. Cumplido con creces en primer requisito a través de la Ley de Arbitraje de 2003, modificada en 2011, se ha reducido el número de centros de arbitraje que aparecieron en una primera etapa a una dimensión razonable. España cuenta hoy con una reglamentación de arbitraje homologable a nivel internacional, absolutamente favorable para el progreso del arbitraje nuestro país, y la labor efectuada por las instituciones arbitrales desde 1989 ha sido clave para la difusión y desarrollo de esta práctica en el mundo empresarial. También ha sido clave la articulación constitucional del arbitraje a partir, esencialmente, de la confluencia de dos factores: su eventual constitucionalización y el ascendiente de la doctrina constitucional.

Precisamente a esta segunda dimensión se refirió José Fernando Merino Merchán, se concentró en las realizaciones del Tribunal Constitucional en su primera etapa que, en su opinión, tuvo un gran valor por establecer que el arbitraje debía desarrollarse a través de una ley estatal, en unos momentos en los que las comunidades autónomas ya tenían la vista puesta en la mediación para introducirla en el ámbito de sus competencias, como así fue. Dicha jurisprudencia declaró la competencia exclusiva del Estado en materia de arbitraje y, además, que no era necesario desarrollar la institución a través de una Ley Orgánica. Además, como aseveró Merino esta jurisprudencia había aportado otros elementos muy positivos como que el convenio arbitral debía ser libre, voluntario y asumido por ambas partes, que las actuaciones arbitrales debían ser garantistas y que el laudo debía de tener un carácter ejecutable. No obstante, a pesar de estas aportaciones del Tribunal Constitucional, la doctrina por él sentada en orden al “equivalente jurisdiccional”, no contribuyó precisamente al desarrollo de la institución pues la noción fue interpretada hasta extremos inasumibles por los Tribunales Superiores de Justicia y, en concreto, por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid con manifestaciones como la tendencia a entrar en el fondo de asunto, de pronunciarse acerca de la valoración de las prueba practicada por el tribunal arbitral, o aplicar los estándares de motivación de las sentencias a los laudos. Cuestiones como éstas hicieron en su opinión que la noción del equivalente jurisdiccional se viniese de abajo, precisamente por estar anclada el art. 24 de la Constitución y no en su art. 10.2º. Más concretamente consideró que la noción de equivalente jurisdiccional utilizada por el TSJ de Madrid (al margen de los múltiples votos particulares con la que contó) fue muy preocupante dando lugar a un periodo (2015-2020) que pudiera calificarse de “quinquenio ominoso”, lo cual obligó al Tribunal Constitucional a ir reconstruyendo toda una serie de casillas que estaban descolocadas.



Sin abandonar esta dimensión constitucional también Elena Sevilla se pronunció en torno a la cuestión de la eventual aplicación de los principios propios del procedimiento jurisdiccional a la hora de sustanciar las actuaciones arbitrales. Su punto de partida fue el contenido de una sentencia del Tribunal Constitucional de 1991 donde se consideró evidente que la creación de órganos de naturaleza arbitral y el establecimiento de dicho procedimiento heterocompositivo era 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. Y si bien la ley del 2003 intentó corregir esta afirmación muchos Tribunales Superiores de Justicia fueron, en su opinión, reticentes y hablaron de aplicación supletoria de las leyes procesales. Una situación que solo se empezó a corregir en el año 2015 y con más profundidad en las sentencias del tribunal constitucional del año 2020 y 2021.

Esta jurisprudencia constitucional fue también muy valorada y con carácter muy positivo por el magistrado Miguel Pascual Liaño, aunque mostró su preocupación por una supuesta radicalidad de esta línea jurisprudencial, tendente a desvincular principios o valores de libertad y autonomía inherentes al arbitraje del art. 24 CE sobre el derecho a la tutela judicial efectiva. Reconociendo la conveniencia de que el arbitraje se aparte totalmente de la Ley de Enjuiciamiento Civil, advirtió sin embargo que aunque en el mundo del arbitraje se ha celebrado mucho la reciente doctrina del Tribunal Constitucional dicha doctrina debería ser objeto de preocupación al menos un uno de sus aspectos: si realmente se desgaja el procedimiento arbitral del art. 24 CE, reforzando su carácter de exclusiva configuración legal, el control judicial del laudo se tendría que desplazar hacia el control judicial de la sumisión a arbitraje y esto puede implicar, en esta fase previa, el cuestionamiento de la renuncia a las garantías constitucionales previstas en precepto citado. No en vano 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 que se produce tanto en el proceso, jurisdiccional como en el arbitral.

Por su parte María José Menéndez consideró que no hay que escandalizarse por la afirmación de que el arbitraje supone una renuncia a la tutela judicial efectiva, pues éste deriva precisamente de que las partes han decidido someter su controversia a un sistema diferente. Si se entendiese que el judicial y el arbitral fueran procesos idénticos a los efectos del art. 24 CE el modelo caería de raíz: el control de los laudos es un control externo cuya práctica no supone la renuncia a la tutela judicial efectiva. Apuntó al efecto que el Tribunal Constitucional ha dictado sentencias muy esclarecedoras el control es externo pero la Ley de arbitraje habla de orden público por lo cual los Tribunales Superiores de Justicia no lo tienen fácil cuando han de pronunciarse sobre normas imperativas, aunque consideró sumamente esclarecedor el voto particular del Magistrado Xiol Ríos cuando habla de normas imperativas y se refiere al alcance del orden público. En su opinión una cosa es el orden público que obliga al legislador y otra cosa es el orden público que debe aplicarse al arbitraje poniendo el ejemplo de las prohibiciones que existían en la ley de sociedades que una vez que se fueron eliminadas por el legislador permitieron el libre juego del arbitraje en materia societaria.

El Magistrado Pascual quiso tranquilizar a la concurrencia diciendo que el art. 41 de la Ley de Arbitraje se limita al control externo de los laudos, pero insistió en que el Tribunal Constitucional exageró en su doctrina porque el efecto de cosa juzgada precisa un Estado y se corre el peligro de que el legislador vaya quitando garantías al procedimiento arbitral. Esta es la razón por la que sigue defendiendo la aplicación del art. 24 CE, bien entendido que no en su totalidad pero sí en lo que se refiere a la necesidad de que dejar bien claro el carácter imperativo del art. 24 de la Ley de Arbitraje. Y a esta idea se sumó Elena Sevilla abogando por dotar a este último precepto de una indiscutible imperatividad. Sin embargo resaltó el acierto del Tribunal Constitucional al excluir el arbitraje del ámbito del art. 24 CE. También se refirió a la polémica cuestión de la motivación de los laudos con una referencia a lo dispuesto en la materia por el Convenio de Ginebra de 1961.

Por último se abrió un debate en torno a la poca consistencia y a las pocas realizaciones del arbitraje administrativo introducido en la reforma de la Ley de arbitraje de 2011 consideraron los ponentes que no había tenido un gran éxito que las administraciones eran renuentes y que, en todo caso, como afirmó Merino Merchán no era un paso que realmente se hubiera querido dar por los actores implicados.

En todo caso existió unanimidad entre los ponentes en la valoración positiva que del entronque constitucional del arbitraje 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. A este debate se unió parte del público, que lo había seguido muy atentamente. Concretamente, Santiago Martínez Lage insistió en el ámbito del orden público en la acción de anulación de los

laudos arbitrales y Julio González Soria en la posibilidad de establecer recursos ante las decisiones de los Tribunales Superiores de Justicia que pudieran hacer una especie de unificación de doctrina, a lo que contestó el moderador haciendo referencia a las previsiones del informe del Club Español del Arbitraje sobre la situación del arbitraje en España. Por último Miguel Ángel Serrano puso el acento en el control judicial de la motivación de los laudos y en concreto a aquellas decisiones cuyo razonamiento es aberrante o que registran una total falta de motivación; asimismo, con referencia al orden público, alertó de los problemas que pudiesen suscitarse con la formulación un recurso prejudicial por una incorrecta aplicación de esta noción, vinculada al Derecho de la Unión, por parte de los tribunales arbitrales.

Cerrando la cesión, el moderador insistió en que 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, tal y como se concibe en los países de nuestro entorno. Con ello la institución del arbitraje experimentará un considerable refuerzo en beneficio de nuestra economía y nuestro Estado de Derecho..