

EL NUEVO ESCENARIO DEL ORDEN PÚBLICO EN EL ARBITRAJE.
COMENTARIO A LA STC DE ESPAÑA, SALA PRIMERA, NÚM.
17/2021, DE 15 DE FEBRERO (REC. 3956/2018)

*THE NEW SCENARIO OF PUBLIC ORDER IN ARBITRATION.
COMMENTARY TO THE SPANISH CONSTITUTIONAL COURT JUDGMENT,
FIRST CHAMBER, NO. 17/2021, OF 15 FEBRUARY (REC. 3956/2018)*

Rev. Boliv. de Derecho N° 32, julio 2021, ISSN: 2070-8157, pp. 1022-1031



Ana Isabel
BLANCO
GARCÍA

ARTÍCULO RECIBIDO: 26 de abril de 2021

ARTÍCULO APROBADO: 30 de abril de 2021

RESUMEN: El TC delimita el concepto y alcance de orden público, el deber de motivación y el control judicial en el marco de la acción de anulación de laudos arbitrales. Rechazo del TC a la línea jurisprudencial del TSJ de Madrid relativa al ensanchamiento del concepto de orden público y se impide la revisión del fondo del asunto a través de la anulación.

PALABRAS CLAVE: Laudo arbitral; nulidad; orden público; motivación.

ABSTRACT: *The Constitutional Court delimits the concept and scope of public order, the requirement to state the grounds and the judicial review within the framework of the action for annulment of arbitral awards. The Constitutional Court rejects the jurisprudential line of the High Court of Justice of Madrid regarding the broadening of the concept of public policy and prevents the review of the merits of the case through the action for annulment.*

KEY WORDS: *Arbitral award; nullity; public order; grounds for the outcome.*

SUMARIO.- COMENTARIO: I. EL ARBITRAJE COMO EQUIVALENTE JURISDICCIONAL, NO COMO IDENTIDAD.- II. LA MOTIVACIÓN DEL LAUDO Y EL CRITERIO DE SUFICIENCIA: LA NO APLICACIÓN EXTENSIVA DEL CONCEPTO DE “ORDEN PÚBLICO”.- III. EL LAUDO ARBITRAL A EXAMEN: LÍMITES DEL CONTROL JUDICIAL.

SUPUESTO DE HECHO

LA STC núm. 17/2021, 15 febrero 2021 (Rec. de amparo 3956/2018) resuelve sobre el recurso de amparo promovido el día 10 de julio de 2018, contra la STSJ Madrid, 8 enero 2018 y el ATSJ Madrid, 22 mayo 2018 (ambos, Rec. 52/2017), en procedimiento de nulidad de laudo arbitral, dictado en equidad el 6 de abril de 2017, aclarado con fecha 25 de abril de ese mismo año.

El motivo de impugnación del laudo fue la ausencia de justa causa para decretar la disolución y liquidación de la sociedad, con la consiguiente apertura de la sección de liquidación y el cese de los administradores, ahora contendientes en todo este proceso y, por ende, se alegaba la vulneración del orden público (económico) y del principio de autonomía de la voluntad por la extralimitación de los márgenes del convenio arbitral. Asimismo, mediante la acción de anulación se atacaba la motivación y valoración de la prueba del laudo, por arbitraria y parcial.

El TSJ Madrid declaró la nulidad del laudo impugnado el 8 de enero de 2018 mediante sentencia estimatoria, alegando la no vulneración del orden público por la disolución de una sociedad por abuso de derecho de un socio, pero sí a causa de la infracción del derecho a la tutela judicial en su vertiente de derecho a una resolución motivada y a la valoración de la prueba practicada ante el árbitro.

Con fecha 14 de febrero de 2018 se formula por las demandantes de amparo un incidente excepcional de nulidad de actuaciones, resuelto a través de ATSJ Madrid 22 mayo 2018, desestimándose al considerar que no existe ninguna vulneración de la tutela sino una discrepancia con la resolución objeto de impugnación.

El 16 de septiembre de 2019, el TC admite a trámite la demanda de amparo, instándose a las partes a presentar las alegaciones que estimaran pertinentes, quienes procedieron a hacer lo propio, tratando de argumentar a favor y en contra

• Ana Isabel Blanco García

Profesora Contratada Doctor del Departamento de Derecho Administrativo y Procesal de la Universitat de València. Secretaria académica del Máster en Derecho, Empresa y Justicia de la UV. Codirectora de la Maestría en Derecho Bancario, Seguros y Mercados Financieros en la Universidad San Carlos de Guatemala y miembro del Grupo MedArb. Entre sus líneas de investigación destaca la tutela del cliente bancario, las cláusulas abusivas en la ejecución hipotecaria y las ADRs, en especial, la mediación y el arbitraje. Correo electrónico: A.Isabel.Blanco@uv.es.

de la falta de motivación del laudo. Por su parte, el Ministerio Fiscal también formuló sus alegaciones al respecto, entregando su escrito el 20 de diciembre de 2019. La postura del Fiscal es favorable a la estimación del recurso de amparo a causa de la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva durante el procedimiento de nulidad del laudo arbitral ante el TSJ Madrid.

El Fiscal considera que el objeto o causa a enjuiciar versa sobre la vulneración del derecho constitucional de tutela judicial efectiva en su vertiente de derecho a obtener una resolución (judicial) motivada. Asimismo, partiendo del deber de los árbitros de motivar los laudos emitidos, se plantea si cabe control del mismo y, en concreto, cuáles son los límites del órgano jurisdiccional a la hora de ejecutar dicho control. En este asunto, concluye que el órgano arbitral y, posteriormente el judicial, no han tenido en cuenta durante la deliberación los resultados de los procedimientos judiciales preexistentes entre las partes, en los que se reafirmó el derecho del socio al voto múltiple. Un escrito de alegaciones crítico con el proceder del TSJ de Madrid.

El 17 de febrero de 2020 se solicita el acceso al escrito del Fiscal para asegurar la igualdad de armas procesales.

Finalmente, con fecha 11 de febrero de 2021 se señala para deliberación y votación de la sentencia, publicada el 15 de febrero y cuyas consecuencias jurídicas son: primera, la declaración de vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE) de las demandantes de amparo; segunda, la declaración de nulidad de la STSJ Madrid y del ATSJ Madrid, con el restablecimiento a las recurrentes de sus derechos y; tercera, la retroacción de las actuaciones al momento anterior al dictado de la STSJ Madrid impugnada.

DOCTRINA JURISPRUDENCIAL

1. El TC refrenda que el fundamento del arbitraje es la autonomía de la voluntad de las partes ex art. 10 LA, cambiando la visión de que se trataba del derecho a la tutela judicial efectiva ex art. 24 CE.

2. La expresión "equivalente jurisdiccional" se predica respecto del efecto de cosa juzgada coincidente en las resoluciones judiciales y arbitrales.

3. La naturaleza del deber de motivación difiere entre las resoluciones judiciales y arbitrales, de forma que en estas últimas se trata de un requisito de configuración legal, pero no parte del derecho a una tutela judicial efectiva ex art. 24 CE. Por tanto, el laudo debe contener los argumentos, debe estar motivado, pero en ningún caso la legislación alude a la necesidad de que esta motivación deba ser suficiente.

4. El hecho de que “orden público” sea un concepto jurídico indeterminado y poco nítido, no puede servir para llevar a cabo una interpretación extensiva que vulnere el derecho de disposición del objeto del proceso de anulación del laudo.

5. La impugnación del laudo debe realizarse solamente por motivos formales, contenidos expresamente en la legislación arbitral.

6. El órgano judicial debe realizar un control externo de la validez del laudo. Sin embargo, no está facultado para realizar una revisión del fondo del asunto sometido a arbitraje con la excusa de una pretendida vulneración de orden público, por cuanto ello excede del alcance de la acción de anulación.

COMENTARIO

I. EL ARBITRAJE COMO EQUIVALENTE JURISDICCIONAL, NO COMO IDENTIDAD.

En el último año, el TC se ha convertido en el gran defensor del arbitraje como medio alternativo de resolución de controversias, blindándolo y aportando seguridad jurídica al mundo arbitral en España. Esta STC 15 febrero 2021 es la segunda de las tres sentencias dictadas recientemente, siguiendo la línea ya pautada por la STC núm. 46/2020, 15 junio 2020 (Rec. de amparo 3130/2017) y a la que se ha unido la STC núm. 65/2021, 15 marzo 2021 (Rec. de amparo 976/2020) que desmonta el escenario arbitral creado por el TSJ Madrid en los últimos años. Sentencias que se han convertido en un referente, un hito en el desarrollo del arbitraje en plazas españolas que, seguramente, servirá para generar confianza en el funcionamiento del mismo y aumentar el número de arbitrajes, tanto nacionales e internacionales. Todo ello redundará positivamente en el impulso del arbitraje, colocando a las instituciones arbitrales españolas en una posición ventajosa para convertirse en sedes seguras para la práctica arbitral.

Esta STC revoca las resoluciones del TSJ Madrid por vulnerar el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión ex art. 24.1 CE, vital para la supervivencia de los derechos y libertades de la ciudadanía. Ello conlleva, en consecuencia, la nulidad de actuaciones y la consiguiente exigencia de retroacción de las mismas hasta el momento anterior al dictado de la resolución, de forma que ésta sea emitida nuevamente, pero ahora con respeto a los derechos fundamentales.

La doctrina ya asentada del TC ha venido considerando al arbitraje como 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)” [STC núm. 174/1995, 23 noviembre 1995, F.J. 3. (Cuestiones de inconstitucionalidad 2112-1991,

2368-1995)]. Asimismo, “[L]a función que ejerce el árbitro es parajurisdiccional o cuasijurisdiccional y en ese “casi” está el *quid* de la cuestión. Efectivamente, la inexistencia de jurisdicción en sentido propio se traduce en la carencia de potestas o poder” [ATC núm. 259/1993, 20 julio 1993, F.J. 1. (Rec. de amparo 395-1993)].

Además, la expresión “equivalente jurisdiccional” se predica respecto del efecto de cosa juzgada coincidente en las resoluciones judiciales y arbitrales, pero no puede atribuirse una exigencia de identidad entre ambos tipos de procesos.

Con ello se logra reforzar el principio de autonomía de la voluntad de las partes, clave para el impulso del arbitraje. En este sentido, el TC refrenda que el fundamento del arbitraje es la autonomía de la voluntad de las partes ex art. 10 LA, cambiando la visión de que se trataba del derecho a la tutela judicial efectiva ex art. 24 CE. Esta apreciación resulta fundamental para comprender la importancia y repercusiones que acarreará esta Sentencia aquí comentada, especialmente en lo que concierne a la injerencia de los órganos judiciales en el criterio arbitral adoptado.

II. LA MOTIVACIÓN DEL LAUDO Y EL CRITERIO DE SUFICIENCIA: LA NO APLICACIÓN EXTENSIVA DEL CONCEPTO DE “ORDEN PÚBLICO”.

La línea jurisprudencial marcada por el TC desde la STC 46/2020 busca reordenar conceptos y restituir al arbitraje la seguridad que la aplicación extensiva e injustificada de orden público –concepto jurídico indeterminado- recogido ex art. 41.1.f) LA por parte del TSJ Madrid había menoscabado en los últimos años. Estamos ante la respuesta a este escenario creado por este tribunal cuyo resultado ha sido el incremento de las reticencias a considerar Madrid como sede de arbitrajes, lo que contraviene uno de los objetivos de la normativa propia arbitral.

Este nuevo panorama arbitral creado por el TSJ Madrid tiene como origen la interpretación particular y extensiva del concepto de orden público, que permitió a la Sala ordenar la anulación de laudos con base en la posible vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva. A tal fin, procedía con la revisión sobre el fondo del asunto, sobre los argumentos que componían la motivación de esta resolución arbitral. Este control judicial traspasa los márgenes del control formal del laudo, pues se trata de un control material del mismo. El TSJ Madrid consideraba aplicable el criterio de suficiencia de la motivación para apreciar arbitrariedad en la resolución arbitral y, en consecuencia, su nulidad.

En opinión de la Sala, el laudo impugnado “no da respuesta a todas las cuestiones planteadas en el arbitraje, no valora las pruebas en su integridad, y no contiene una motivación suficiente para llegar a una conclusión tan importante

como la disolución de una sociedad por una causa asimilada a la legal, el abuso del derecho, ya que si bien es cierto que el arbitraje de equidad tiene su base en las condiciones fácticas del caso específico, lo que implica una flexibilidad del mismo, incluso siendo posible apartarse de la aplicación de las normas jurídicas estrictas, cuando los hechos especiales del caso así lo requieren, tal y como acertada y extensamente trata el tema el árbitro, para que la resolución o resoluciones sean equitativas o justas, lo cierto es que en los arbitrajes de equidad el árbitro o tribunal arbitral debe evaluar las pruebas y justificar en el laudo arbitral de equidad la resolución o resoluciones contenidas en el mismo. De tal manera que las bases de equidad parten de los hechos, los que se evalúan y justifican una determinada decisión considerando inclusive las particularidades de la controversia planteada, por cierto muy prolija, lo que entendemos que no ha llevado a cabo el árbitro en el presente caso, por lo que la motivación del laudo debe ser considerada arbitraria por falta de motivación suficiente”.

Ahora bien, el TC viene a dar carpetazo a esta práctica arbitral, entendiendo que este tipo de actuaciones sobrepasan los límites constitucionales, esto es, el “canon constitucional de razonabilidad de las resoluciones judiciales (...) del deber de motivación y congruencia”.

Si bien hablamos de “equivalencia jurisdiccional” entre el proceso judicial y el procedimiento arbitral, debemos aclarar que la naturaleza del deber de motivación difiere entre las resoluciones judiciales y arbitrales, de forma que en estas últimas se trata de un requisito de configuración legal ex art. 37.4 LA, pero no parte del derecho a una tutela judicial efectiva ex art. 24 CE. En otras palabras, la motivación del laudo es un requisito de legalidad ordinaria, mientras que la motivación de la sentencia es requisito constitucional. A la vista de esta diferencia, todo laudo debe contener los argumentos que justifican la decisión arbitral (estimatoria o desestimatoria de acuerdo con el éxito o fracaso de las pretensiones), salvo que exista acuerdo en contrario de las partes o que el órgano arbitral lo estime inapropiado atendiendo a la conducta de las partes [STS] Madrid, 26 e abril 2017 (Rec. 88/2016)].

El laudo debe, pues, estar motivado, pero en ningún caso la legislación alude a la necesidad de que esta motivación deba ser suficiente o idónea a criterio del juzgador. En caso de que el laudo fuera irrazonable, arbitrario o incluyera un error patente, será un laudo con motivación deficiente, no siendo una vulneración del orden público, sino la infracción del deber del art. 37.4 LA. En este sentido se pronuncia con detalle el TC, pues entiende que la motivación no “requiere una argumentación exhaustiva y pormenorizada de todos los aspectos y perspectivas que las partes puedan tener de la cuestión que se decide, pues el derecho a obtener una resolución fundada, favorable o adversa, es garantía frente a la arbitrariedad

e irrazonabilidad y ello, en materia de arbitraje, implica que la resolución ha de contener los elementos y razones de juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos o de equidad que fundamentan la decisión, que no deben resultar arbitrarios”.

En suma, el art. 37.4 LA se limita a prever que “el laudo será siempre motivado”, pero en ningún momento interpreta este deber de motivación en los mismos términos que lo hace la legislación procesal civil respecto del papel de los jueces, dado que siempre se indica la equivalencia entre estos dos sistemas de solución de conflictos, pero nunca se ha impuesto la identidad. Al contrario, la legislación arbitral es parca en la regulación de este deber, limitándose a señalar un listado *numerus clausus* de motivos por los cuales un laudo arbitral podría ser anulado (art. 41 LA). En particular, alude a defectos en el desarrollo del procedimiento y, en cuanto al fondo, a la existencia de pronunciamientos sobre cuestiones no sometidas a su decisión o no susceptibles de arbitraje y a que el laudo en sí mismo contraría el orden público. Por tanto, se confirma que no existe una exigencia legal de motivación en los términos del proceso judicial, sino que se limita a instar al órgano arbitral a exponer los argumentos que sustentan su decisión final, sin que el criterio de suficiencia sea aplicable en el arbitraje como causa de anulación del laudo.

III. EL LAUDO ARBITRAL A EXAMEN: LÍMITES DEL CONTROL JUDICIAL.

El TC deja claro en esta Sentencia su contrariedad con la opinión del TSJ Madrid sobre el alcance y contenido de orden público y la injerencia del tribunal en el resultado del arbitraje.

En este sentido, la doctrina del TC entronca con una máxima del arbitraje, que no es otra que la primacía de la voluntad de las partes y el principio de intervención mínima del Estado. De ahí que se dote al órgano arbitral de auctoritas, pero no de potestas, exclusiva de los tribunales jurisdiccionales. El arbitraje, por su propia esencia como medio extrajudicial de solución de conflictos, conlleva la imposibilidad de que los órganos jurisdiccionales intervengan en la decisión de la controversia. De esta forma, resulta una obviedad que en el arbitraje rige el principio de intervención mínima del Estado [“Se recoge en cierto modo el principio *ubi partes sunt concordēs nihil abjudicem* (donde las partes están de acuerdo, no hay necesidad de juez)”. FERNÁNDEZ ROZAS, J. C. y ARTUCH IRIBERRI, E.: “Validez y Eficacia del Convenio Arbitral Internacional”, en aa.vv.: Tratado de Derecho Arbitral. El Convenio Arbitral (dir. por SOTO COAGUILA, C. A.), Grupo Editorial Ibáñez, Bogotá, 2011, p. 769].

El órgano judicial no puede entrar a valorar la “idoneidad, suficiencia o la adecuación” de la argumentación del laudo, sino limitarse a comprobar la existencia

de tal argumentación (motivación). Es más, cualquier laudo que sea “irrazonable, arbitrario o haya incurrido en error patente” presentará un defecto de motivación que, a su vez, constituirá una infracción del requisito legal de motivación del art. 37.4 LA, pero no causa para una revisión judicial sobre el fondo del asunto.

Permitir este control exhaustivo conllevaría una habilitación del órgano judicial a suplir al órgano arbitral en sus funciones o, peor aún, crear una segunda instancia con facultades judiciales para entrar a conocer el fondo del asunto. Al respecto, no podemos desconocer la naturaleza del arbitraje ni el efecto negativo que sobre la ordenación del arbitraje deriva de todo convenio arbitral, cuyas consecuencias se reducen en la exigencia de la mínima injerencia de los tribunales ordinarios en la tutela arbitral.

Por tanto, con esta decisión de limitar el control judicial del laudo arbitral se busca garantizar la autonomía de la institución del arbitraje, eximiendo a las decisiones arbitrales de la apreciación de los hechos o de las pruebas aportadas, del derecho material o del razonamiento lógico seguido para resolver. Ahora bien, este impedimento no merma ni afecta al control formal de la aplicación de la normativa y de la adecuación del laudo al orden público.

Se puede afirmar que el papel de los órganos competentes de resolver las acciones de anulación de laudos arbitrales debe constreñirse a la comprobación de errores *in procedendo* o a la ausencia de motivación, pero no a la fiscalización del contenido o línea argumental del laudo. Lo contrario sería abrir una puerta para que el órgano jurisdiccional reexaminase el contenido del laudo arbitral, desvirtuando con ello la esencia del arbitraje, que no es otra que el principio de autonomía de la voluntad de las partes.

Por consiguiente, si antes hemos indicado que el arbitraje se asemeja a la vía judicial en cuanto a los efectos de cosa juzgada de sus resoluciones, ahora no podemos obviar la realidad de que las partes eligen someter su disputa a arbitraje, renunciando o rechazando las reglas propias de la vía judicial. Decisión que debe ser respetada, vetando la actuación de jueces y magistrados para entrar a conocer del fondo del asunto, resuelto en arbitraje, pues de lo contrario veríamos frustrada la eficacia de la cosa juzgada del laudo y de su fuerza ejecutiva y, con ello, se lesionaría el derecho constitucional a una tutela judicial efectiva sin indefensión.

