

UN ANÁLISIS DE LAS GARANTÍAS PROCESALES EN EL ARBITRAJE DESDE UNA PERSPECTIVA NACIONAL Y EUROPEA A RAÍZ DE LA STC, 17/2021 DE 15 DE FEBRERO

AN ANALYSIS ON THE PROCEDURAL GUARANTEES IN THE ARBITRATION
FROM A NATIONAL AND EUROPEAN PERSPECTIVE FOLLOWING THE
JUDGMENT OF THE CONSTITUTIONAL COURT, 17/2021 OF 15 FEBRUARY

Guillermo SCHUMANN BARRAGÁN*

Profesor ayudante
Departamento de Derecho Procesal y Derecho Penal
Universidad Complutense de Madrid

RESUMEN: El trabajo analiza la naturaleza de los derechos y garantías procesales en el arbitraje desde una dimensión nacional y europea a raíz del comentario a la STC 17/2021, de 15 de febrero. En concreto, examina desde la perspectiva del art. 24 CE, del art. 47 CDFUE y del art. 6 CEDH la relación que existe entre el anclaje institucional del arbitraje y los derechos y garantías procesales que en él operan.

PALABRAS CLAVE: STC 17/2021, derecho a la tutela judicial efectiva, art. 24 CE, autonomía de la voluntad, art. 47 CDFUE, art. 6 CEDH.

ABSTRACT: This paper analyzes the nature of the rights and procedural safeguards in the field of arbitration from a national and European perspective, and this as a result of a commentary to the Spanish Constitutional Court ruling 17/2021. In particular, it addresses the relationship between the institutional anchoring of the arbitration and the procedural rights and safeguards from the perspective of Articles 24 CE, 47 CFREU and 6 ECHR.

* ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0003-1934-7808>

KEYWORDS: STC 17/2021, right to an effective judicial remedy, Article 24 of the Spanish Constitution, party autonomy, Article 47 CFREU, Article 6 ECHR.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. LA STC 17/2021 DE 15 DE FEBRERO; 2.1. Antecedentes de hecho; 2.2. Fundamentos de Derecho.—3. ALGUNAS REFLEXIONES ACERCA DE LA STC 17/2021: LAS GARANTAS PROCESALES EN EL ARBITRAJE DESDE UNA PERSPECTIVA NACIONAL; 3.1. El anclaje constitucional del arbitraje; 3.2. La naturaleza legal de las garantías procesales en el procedimiento arbitral; 3.3. El derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente a una resolución motivada y fundada en Derecho; 3.4. La «especial transcendencia» práctica de la Sentencia.—4. LAS GARANTAS PROCESALES EN EL ARBITRAJE DESDE UNA PERSPECTIVA EUROPEA; 4.1. La institución arbitral desde la perspectiva del art. 6 CEDH; 4.2. La institución arbitral desde la perspectiva del art. 47 CDFUE; 4.3. El distinto nivel de protección de los arts. 24 CE, 6 CEDH y 47 CDFUE; 4.4. Excurso: sobre la (posible) nulidad de un convenio arbitral incorporado como condición general de la contratación y la (posible) inconstitucionalidad del art. 9.2 LA.—5. CONCLUSIÓN.

1. INTRODUCCIÓN

El 22 de marzo del 2021 se publicó en el BOE la sentencia del TC (Sala Primera. Ponente: Dña. María Luisa Balaguer Callejón) núm. 17/2021, de 15 de febrero [ECLI:ES:TC:2021:17] (la “Sentencia”). En ella se resuelve el recurso de amparo interpuesto frente a la sentencia 1/2018, de 8 de enero, de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid dictada en un procedimiento de anulación de laudo arbitral y el auto de 22 de mayo de 2018 por el que se desestima el correspondiente incidente de nulidad de actuaciones. Los recurrentes consideraban que la sentencia había vulnerado su derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente del derecho a una resolución motivada, no incurso en irrazonabilidad, arbitrariedad o error patente (art. 24.1 CE), ya que se anuló el laudo arbitral con base en una interpretación patentemente errónea del orden público como motivo de anulación [art. 41.1 f) de la Ley de Arbitraje (“LA”)].

La Sentencia es de interés por cuanto consolida la doctrina del TC en relación con la naturaleza de las garantías procesales que operan en el procedimiento arbitral y, con ello, la propia naturaleza y anclaje constitucional del arbitraje. La Sentencia se enmarca en un escenario bien conocido por la práctica arbitral nacional. El TSJ de Madrid ha hecho desde hace unos años una interpretación expansiva del concepto de orden público como motivo de anulación que le ha servido de fundamento para entrar a controlar el contenido de los laudos. Esta línea jurisprudencial se ha percibido por parte de los operadores jurídicos como un riesgo para la consolidación del arbitraje en el foro. En este contexto, la Sentencia también tiene una especial transcendencia práctica por cuanto supone un límite a esa posición seguida por el TSJ de Madrid.

El objetivo de este trabajo es hacer un análisis de la relación que existe entre el anclaje institucional del arbitraje y la naturaleza de los derechos y

garantías que en él operan desde una perspectiva nacional y europea a raíz del comentario de la Sentencia¹.

2. LA STC 17/2021, DE 15 DE FEBRERO

2.1. Antecedentes de hecho

La sentencia 1/2018 del TSJ de Madrid anuló un laudo arbitral que tenía como objeto distintos conflictos societarios entre los socios de Mazacruz S.L. Como se desprende de los antecedentes de hecho de la Sentencia, los ahora demandantes en amparo interpusieron en su día una demanda arbitral en la que solicitaban que se declarase su derecho a la separación de la sociedad o, subsidiariamente, su disolución y liquidación. Se inició así un arbitraje de equidad que tuvo su origen en la cláusula de sumisión a arbitraje incorporada en los estatutos de la sociedad (art. 11 bis LA). La demanda arbitral fue estimada y, en consecuencia, el laudo declaró la disolución de la sociedad. Posteriormente, uno de los socios ejercitó una acción de anulación frente al laudo ante el TSJ de Madrid alegando, entre otros motivos, que este infringía el orden público por cuanto su motivación y la valoración de la prueba que en él se hacía vulneraban su derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE).

En su sentencia, el TSJ examinó la jurisprudencia del TC relacionada con el derecho a una resolución motivada (art. 24.1 CE) y el canon que debe llevarse a cabo para su control. Conforme a lo alegado, el TSJ consideró que el laudo «no pondera toda la prueba practicada en el arbitraje [...] no valora las pruebas en su integridad, y no contiene una motivación suficiente»². En concreto, reprochó la valoración de la prueba practicada y la correspondiente fijación de determinados hechos como ciertos³. Con base en ello, consideró

¹ Este trabajo se enmarca en el Proyecto de Investigación “Hacia un proceso civil convergente con Europa. Hitos presentes y retos futuros” (PGC2018-094693-B-I00), financiado por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades.

² Sentencia del TSJ de Madrid núm. 1/2018, de 8 enero [ECLI: ECLI:ES:TSJM:2018:46]: «Se alega por la demandante que el Laudo arbitral implica una violación del orden público por infringirse el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) y a la proscripción de la arbitrariedad (art. 9.3 CE) en la motivación y en la valoración probatoria [...] Tras una minuciosa revisión por este Tribunal de la motivación del Laudo [...] llegamos a la conclusión alegada por la demandante, que no se encuentra suficientemente motivado en equidad un laudo que no pondera toda la prueba practicada en el arbitraje [...] El Laudo, por tanto, 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 [...]»

En consecuencia, el motivo debe ser estimado y procede por tanto declarar la nulidad del Laudo impugnado, por apreciar la infracción del orden público pretendida por la demandante» (FJ 5º).

³ En concreto, en relación con la valoración de la prueba llevada a cabo en el laudo, el TSJ consideraba que «[t]al y como apunta la demandante, no se valora por el árbitro la actitud de las demandadas no impugnando los acuerdos sociales [...] *El Laudo no hace alusión alguna, pese a la acreditación documental en el arbitraje a la sentencia firme dictada por el Juzgado Mercantil nº 1 de Madrid, de 2 de marzo de 2016 que desestima la petición de D.ª Flora y sus hijas de remover a Paul Participaciones, S.L. como administrador de Mazacruz por “conflicto de interés”, y en cambio valora como acto abusivo el*

que el laudo era nulo por vulnerar el derecho a la tutela judicial efectiva que se integra en el concepto de orden público del art. 41.1 f) LA.

El resto de socios interpusieron frente a esta sentencia —y el posterior auto que desestimó el incidente excepcional de nulidad de actuaciones (art. 241 LOPJ)— un recurso de amparo ante el TC. Alegaron que la sentencia del TSJ vulneró su derecho a una resolución motivada, no incurso en irrazonabilidad, arbitrariedad o error patente (art. 24.1 CE). En concreto, consideraron que el TSJ impuso al laudo arbitral un canon de control de motivación que solo les es aplicable a las resoluciones judiciales, ya que el arbitraje tiene su fundamento en la autonomía de la voluntad de las partes y no en el derecho a la tutela judicial efectiva. Además, alegaron que la motivación es una cuestión que no se integra en la noción de orden público.

El socio que en su día ejercitó la acción de anulación del laudo solicitó la desestimación del recurso de amparo. Afirmó que el TSJ llevó a cabo el control que le impone la LA y que no podía considerarse que su sentencia fuera irrazonable o arbitraria, por mucho que su interpretación del orden público del art. 41.1 f) LA sea cuestionable. Defendió que el alcance del control judicial que debe llevarse a cabo cuando se conoce de una acción de anulación es una cuestión «de legalidad ordinaria reservada a la jurisdicción». Mazacruz S.L. también solicitó la desestimación del recurso de amparo. Sostuvo que la invocación del art. 24.1 CE por parte de las recurrentes en amparo era una invocación formal para atacar la indebida proyección del derecho a la tutela judicial efectiva en el procedimiento arbitral. Una cuestión que «no deja de ser una interpretación de legalidad ordinaria que no invade ningún derecho fundamental». Por lo cual, se consideraba que lo que pretendían los recurrentes en amparo es que el TC «actúe como una especie de tribunal de casación que fije la correcta interpretación de la legalidad ordinaria»; interpretación que solo podría llevarse a cabo cuando fuere claramente lesiva de algún otro derecho fundamental recurrible en amparo.

El Ministerio Fiscal interesó la estimación del recurso de amparo. Antes de entrar en el fondo, se advirtió la necesidad de delimitar con claridad su objeto

nombramiento como administrador de Paul Participaciones, S.L., sociedad vinculada a la demandante, acuerdo social que tampoco consta que haya sido impugnado por las demandantes. Tampoco se valora por el árbitro la sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 5 de Madrid de 11 de diciembre de 2006 (documento nº 18), que declara la nulidad del Acuerdo de remuneración del Consejo en el que la entonces Presidenta y Consejera Delegada, D.ª Flora madre, elevaba su retribución. En cuanto a la denegación de la información sobre sociedades filiales de Mazacruz, el Laudo hace mención a que vetar información a las demandantes sobre las sociedades participadas del Grupo, hecho que declara probado, se apoya en que no son socias directas lo que perfila como fraude de ley, pero sin valorar la prueba, ni razonar porque tal hecho se encuentra indubitadamente probado por la sola declaración extractada de D. Ángel Daniel, sin hacer mención alguna a la amplia documental aportada, que no se analiza, en concreto burofax de 8 de enero de 2016 (doc. 11 demanda arbitral). Tampoco se motiva en el laudo porque las modificaciones estatutarias de las filiales adoptadas por acuerdos de 15 de diciembre de 2015, resultan lesivas, que ni siquiera se examinan por el árbitro, ni se valora la documental aportada sobre el reparto de dividendos, pese a afirmar la existencia de una asfixia económica inducida por D. Ángel Daniel a D.ª Flora y sus hijas» (FJ 5º) (énfasis añadido).

y ceñirse en exclusiva a la alegada vulneración del derecho a una resolución motivada (art. 24.1 CE) *en la sentencia del TSJ*. En cuanto al fondo, considero que la motivación del laudo entra en el concepto de orden público, pero que «su exigencia no le viene dada por el art. 24.1 CE, aplicable únicamente a la tutela judicial y no a la arbitral, sino por la previsión legal del art. 37.4 LA, y, por ello, esa motivación podrá ser objeto de un control, pero no equiparable a la sentencia». Con base en esto, considero que el TSJ se extralimitó en su función de control externo del laudo y vulneró en su sentencia el derecho a la tutela judicial efectiva de las recurrentes «por errónea motivación al haber anulado el laudo tras un análisis de la motivación del mismo que excede del ámbito que le correspondía».

2.2. Fundamentos de Derecho

La Sentencia se construye sobre la base del anclaje constitucional del arbitraje, la noción de orden público *ex art.* 47.1 f) LA y el deber de motivación del laudo.

En esta línea, se recuerda que el arbitraje es una renuncia puntual al ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva: «si bien el derecho a la tutela judicial efectiva tiene carácter irrenunciable e indisponible, ello no impide que pueda reputarse constitucionalmente legítima la voluntaria y transitoria renuncia al ejercicio de las acciones» (FJ 2.º). Es un mecanismo heterónomo de resolución de controversias que tiene su fundamento en la autonomía de la voluntad de las partes plasmada en el convenio arbitral (arts. 1.1 y 10 CE). Por ello, la repetida expresión de «equivalente jurisdiccional» del arbitraje no hace referencia a su naturaleza, sino a sus efectos de cosa juzgada: en el arbitraje «las partes obtienen los mismos resultados que accediendo a la jurisdicción civil, es decir, una decisión al conflicto con efectos de cosa juzgada» (FJ 2.º).

Que el arbitraje sea una renuncia puntual al ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva supone que las garantías procesales y mecanismos de control que respecto de él existen «deriv[e]n de la misma configuración legal del arbitraje como forma de heterocomposición de los conflictos [...] y no del art. 24 CE» (FJ 2.º). La concepción de la institución arbitral como una renuncia puntual al ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva supone que al arbitraje le sea «consustancial la mínima intervención de los órganos jurisdiccionales por el respecto a la autonomía de la voluntad de las partes (art. 10 CE), que han decidido en virtud de un convenio arbitral sustraer de la jurisdicción ordinaria la resolución de sus posibles controversias» (FJ 2.º).

En relación con la noción de orden público, el TC sostiene que esta cláusula general está integrada por una dimensión material y procesal que permite controlar «la legalidad del convenio arbitral, la arbitrabilidad de la materia y la regularidad procedimental del desarrollo del arbitraje» (FJ 2.º). Desde una dimensión procesal, la acción de anulación «solo puede tener como objeto

el análisis de los posibles errores procesales en que haya podido incurrir el proceso arbitral, referidos al cumplimiento de las garantías fundamentales, como lo son, por ejemplo, el derecho de defensa, igualdad, bilateralidad, contradicción y prueba, o cuando el laudo carezca de motivación, sea incongruente, infrinja normas legales imperativas o vulnere la intangibilidad de una resolución firme anterior» (FJ 2.^o).

En general, se considera que la motivación de una resolución es una garantía procesal que está formada por dos exigencias: la lógica y la racionalidad. La lógica, como sistema de relaciones formales entre premisas y conclusiones, va dirigida a mantener una coherencia interna en la resolución: que el fallo sea consecuencia de los antecedentes de hecho y fundamentos de Derecho sobre los que se construye lógicamente la sentencia. Además, y en la medida en que «es imposible construir el Derecho como un sistema lógico puro», se exige que la resolución desde una perspectiva jurídica no sea irrazonable. Y lo será siempre que «a primera vista y sin necesidad de mayor esfuerzo intelectual y argumental, se comprueba que parte de premisas inexistentes o patentemente erróneas» (FJ 2.^o). La relación formal entre los argumentos y la racionalidad jurídica de las premisas son así los pilares sobre los que se apoya el derecho a la motivación de las resoluciones —judiciales y, como enseguida se verá, también arbitrales—.

La garantía procesal de la motivación de los laudos arbitrales deriva del art. 37.4 LA y no del art. 24.1 CE⁴. Por ello, en el arbitraje la motivación es un requisito de «exclusiva configuración legal, por lo que resulta indudable que podría ser prescindible a instancia del legislador». De este modo, y en la medida en que el arbitraje es una renuncia puntual al ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva, la motivación no tiene su origen en el art. 24.1 CE a cuyo ejercicio se renuncia puntualmente, sino en el art. 37.4 LA, que integra tal obligación (FJ 2.^o).

Pese a su diferente naturaleza y fundamento —constitucional y legal— el TC considera que el enjuiciamiento de la motivación de los laudos arbitrales debe hacerse «con parecido canon de control» al de las resoluciones judiciales: el «enjuiciamiento de la motivación de ambos tipos de resoluciones debe valerse de parecidos criterios, de modo que se puede afirmar que sólo a aquel laudo que sea irrazonable, arbitrario o haya incurrido en error patente podrá imputársele un defecto de motivación vulnerador del art. 37.4 LA (y reiteramos, no del art. 24.1 CE)» (FJ 2.^o)⁵.

⁴ Art. 37 LA. Plazo, forma, contenido y notificación del laudo: «[...] 4. El laudo deberá ser siempre motivado, a menos que se trate de un laudo pronunciado en los términos convenidos por las partes conforme al artículo anterior».

⁵ STC 17/2021 de 15 de febrero [ECLI:ES:TC:2021:17]: «[...] la exigencia de motivación del laudo no viene dada por el art. 24.1 CE, aplicable únicamente a la tutela judicial y no a la arbitral, sino por la previsión legal del art. 37.4 LA [...] Decimos que el deber de motivación no posee la misma naturaleza en ambos tipos de resolución, porque tratándose de resoluciones judiciales es una exigencia inherente al derecho a la tutela judicial efectiva *ex* art. 24 CE. Sin embargo, para las resoluciones arbitrales, dicha obligación aparece recogida en el art. 37.4 LA, siempre con la salvedad de que las partes, además, no

Después de exponer la doctrina constitucional aplicable, se entra a resolver el recurso de amparo y a examinar si la sentencia del TSJ por la que se anuló el laudo vulneró el derecho a una resolución motivada y fundada en Derecho de las recurrentes (art. 24.1 CE). En relación con ello, se afirma que «la decisión impugnada es, cuanto menos, irrazonable» ya que, el «que no se obtengan las mismas conclusiones de la prueba practicada no significa otra cosa que la existencia de una mera discrepancia de pareceres entre el árbitro y el órgano judicial, pero en absoluto puede hablarse de una vulneración del deber de motivar el laudo o de una decisión irracional». Por ello, el TC considera que «la decisión del órgano judicial de anular el laudo por insuficiente motivación (art. 37 LA), fue contraria al canon constitucional de razonabilidad de las resoluciones judiciales (art. 24.1 CE)» (FJ 3.º). Y es que, «resulta manifiestamente irrazonable y claramente arbitrario pretender incluir en la noción de orden público *ex* art. 41 f) LA lo que simplemente constituye una pura revisión de la valoración de la prueba realizada motivadamente por el árbitro» (FJ 3.º). Se declara, en definitiva, que la interpretación del orden público realizada por el TSJ vulneró el derecho a la tutela judicial efectiva de los recurrentes en su vertiente del derecho a una resolución motivada no incurso en irrazonabilidad, arbitrariedad o error patente (art. 24.1 CE).

3. ALGUNAS REFLEXIONES ACERCA DE LA STC 17/2021: LAS GARANTAS PROCESALES EN EL ARBITRAJE DESDE UNA PERSPECTIVA NACIONAL

3.1. El anclaje constitucional del arbitraje

La Sentencia se integra en y consolida un *corpus* de doctrina constitucional que ha ido perfilando el anclaje constitucional del arbitraje. Este está integrado, entre otras, por las SSTC 46/2020, 1/2018, 8/2015, 119/2014, 136/2010, 352/2006, 9/2005, 13/1997, 176/1996, 75/1996, 174/1995 y 43/1988 y el ATC 259/1993⁶. Este cuerpo doctrinal se ha ido desarrollando progresivamente a raíz del control de constitucionalidad de arbitrajes obligatorios incorporados

hayan alcanzado un pacto sobre los términos en que deba pronunciarse el laudo. En las primeras, la motivación forma parte del contenido del derecho fundamental citado. En las segundas es un requisito de exclusiva configuración legal, por lo que resulta indudable que podría ser prescindible a instancias del legislador [...] Ahora bien, establecido lo anterior, no cabe duda de que la operación de enjuiciamiento de la motivación de ambos tipos de resoluciones debe valerse de parecidos criterios, de modo que se puede afirmar que solo a aquel laudo que sea irrazonable, arbitrario o haya incurrido en error patente podrá imputársele un defecto de motivación vulnerador del art. 37.4 LA (y reiteramos, no del art. 24.1 CE)».

⁶ STC núm. 1/2018, de 11 de enero [RTC/2018/1], STC núm. 8/2015, de 22 de enero [RTC/2015/8], STC núm. 119/2014, de 16 de julio [RTC/2014/119], STC núm. 136/2010, de 2 de diciembre [RTC/2010/136], STC núm. 352/2006, de 14 de diciembre [RTC/2006/352], STC núm. 9/2005, de 17 de enero [RTC/2005/9], STC núm. 13/1997, de 27 de enero [RTC/1997/13], STC 176/1996, de 11 de noviembre [RTC/1996/176], STC núm. 75/1996, de 30 de abril [RTC/1996/75], STC núm. 174/1995, de 25 de noviembre [RTC/1995/174], STC núm. 43/1988, de 16 de marzo [RTC/1988/43], ATC núm. 259/1993, de 20 julio [RTC 1993/259].

legalmente y de recursos de amparo frente a resoluciones *judiciales* dictadas en procesos de anulación de laudos arbitrales. La dimensión objetiva y subjetiva del derecho a la tutela judicial efectiva, así como el distinto objeto de enjuiciamiento y método que impone la resolución de un recurso o cuestión de inconstitucionalidad y de una demanda de amparo han permitido delimitar los contornos de la institución arbitral desde distintas perspectivas.

En efecto, por su objeto, no es el mismo el control que de la institución arbitral el TC puede hacer en el marco de un recurso de inconstitucionalidad —v.gr. STC 1/2018— que en el de un recurso de amparo en el que se examina la vulneración del art. 24.1 CE en una resolución *judicial* que directa o indirectamente está relacionada con el arbitraje —v.gr. la Sentencia que se comenta—. El objeto es distinto, así como lo es la eficacia que la dimensión objetiva y subjetiva del derecho a la tutela judicial efectiva despliega frente al legislador y los órganos jurisdiccionales en sus respectivas labores de creación, interpretación y aplicación del ordenamiento. Es justamente esta diversidad lo que dota de valor e interés al referido *corpus* jurisprudencial.

Debe señalarse que el arbitraje se funda en un contrato procesal de naturaleza obligacional y dispositiva —*Verpflichtungs- und Verfügungsvertrag*— que, por su objeto, supone una disposición contractual del derecho a la tutela judicial efectiva. En cuanto a su dimensión obligacional, en el convenio arbitral las partes renuncian puntualmente *al ejercicio* del derecho a la tutela judicial efectiva y se *obligan* a someter la resolución de sus controversias a un particular denominado árbitro (art. 11 LA). La declinatoria (art. 11 LA) y el nombramiento judicial de árbitros (art. 15 LA) son dos instrumentos procesales institucionalizados en el ordenamiento que permiten obtener los efectos procesales que se derivarían del cumplimiento voluntario de esas *obligaciones de hacer y no hacer*. En relación con su dimensión dispositiva, el convenio arbitral dota a la decisión de un *particular sin potestad jurisdiccional* de determinados efectos jurídico-procesales que se integran en el concepto de cosa juzgada (art. 43 LA)⁷. Se trata así de un contrato procesal complejo del que derivan una serie de efectos obligacionales y dispositivos que se relacionan entre sí para la consecución de su finalidad típica y que son el fundamento de la vinculación del laudo.

En relación con su objeto, el convenio arbitral supone una disposición negocial del derecho a la tutela judicial efectiva que se concreta en la renun-

⁷ «[L]a opción por dirimir una controversia civil acudiendo de común acuerdo a un tercero desprovisto de potestas conecta con el principio general de libertad, al igual que con el binomio estado/sociedad, consustancial al Estado constitucional [...] Optando por el arbitraje, los particulares renuncian a su derecho fundamental (art. 24.1 CE) a someter en el caso concreto su controversia a un órgano judicial, titular en exclusiva de la potestad de juzgar, por más que no se despoje a éste de la potestad de hacer ejecutar lo juzgado. El árbitro, por voluntad de los particulares, se pone en el lugar del juez». P. CRUZ VILLALÓN, “Medios alternativos y Constitución”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 11, 2007, p. 20. En relación con el ejercicio de parte de la función jurisdiccional por parte de un particular, GASCÓN INCHAUSTI, F., *Derecho procesal civil. Materiales para el estudio*, p. 34. Disponible en: <https://eprints.ucm.es/id/eprint/62238/>

cia puntual a su ejercicio en relación con una o varias controversias de una relación jurídica de naturaleza contractual o extracontractual (art. 9.1 LA)⁸. Se renuncia a la tutela *judicial* para someter la resolución de la controversia a un particular. Como recuerda el TC, «si bien el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) tiene carácter irrenunciable e indisponible, ello no impide que pueda reputarse constitucionalmente legítima la voluntaria y transitoria renuncia al ejercicio de las acciones». Por ello, el arbitraje «correctamente entendido, no implica una renuncia general al derecho fundamental del art. 24 CE, sino a su ejercicio en un determinado momento, no quebrantándose principio constitucional alguno» (STC 1/2018).

Esta renuncia al ejercicio del derecho fundamental encuentra su fundamento constitucional en la autonomía de la voluntad como manifestación de la dignidad de la persona y el libre desarrollo de su personalidad (art. 10 CE) y en la libertad como valor superior del ordenamiento jurídico (art. 1 CE)⁹. Es la autonomía de la voluntad plasmada en el convenio arbitral lo que legitima constitucionalmente la renuncia puntual al ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva.

Por esta razón, se han considerado inconstitucionales aquellas normas que imponen un arbitraje obligatorio. Y es que, si la autonomía de la voluntad es el elemento legitimador del arbitraje, «[e]llo quiere decir que la falta de la necesaria concurrencia de la voluntad de ambas partes litigantes para someterse a este mecanismo extrajudicial de resolución de conflictos y su imposición a una de ellas, en principio, no se compadece bien con el básico aspecto contractual del arbitraje y con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva que garantiza el derecho de acceso a los órganos jurisdiccionales (art. 24.1 CE)» (STC 1/2018). Por ello, la imposición de la renuncia a su ejercicio ha de considerarse que objetivamente vulnera el derecho fundamental.

⁸ En términos similares, en relación con la disposición negocial del derecho a la tutela judicial efectiva que incorpora el convenio arbitral, se ha dicho en Alemania que «*Mit Abschluss der Schiedsvereinbarung verzichten die Parteien in zulässiger Weise auf ihren Justizgewährungsanspruch durch den (justiz-) grundrechtlich gewährleisteten gesetzlichen Richter (Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG mit § 16 S. 2 GVG)13 – Freiwilligkeit vorausgesetzt! (wobei unabweislicher wirtschaftlicher Druck mE schon gegenläufig wirkt. Es ist also konsequent, die speziellen (Grundrechts-)Verzichtskriterien anzuwenden*» MÜNCH “Vorbemerkung zu § 1025” en *Münchener Kommentar zum ZPO*. Band. 3, C. H. Beck, 5.^a ed., München, 2017, Rn. 4. «*Dabei ist jedoch zu bedenken, dass durch die Schiedsabrede auf Rechtsschutz durch staatliche Gerichte verzichtet wird [...] die Parteien durch die Schiedsvereinbarung auf den Justizgewährungsanspruch verzichten*» VOIT “§ 1029” en MUSIELAK, VOIT, *Zivilprozessordnung*, Franz Vahlen, 17.^a ed., München, 2020, Rn. 5, 16. En el mismo sentido en SAENGER, “Vorbemerkung zu §§ 1025–1066” en SAENGER, *Zivilprozessordnung*, Nomos, 8.^a ed., Baden-Baden, 2019, Rn. 7. WOLF, ESLAMI “§ 1025” en VORWERK, WOLF, *BeckOK ZPO*, C. H. Beck, 38.^a ed., München, Rn. 2.

⁹ J. A. XIOL RIOS, “El arbitraje en la Constitución” en J. C. FERNÁNDEZ ROZAS, (coord.), *Veinticinco años de arbitraje en España*, Madrid, CIMA, 2015, pp. 52-53. J. REMÓN PEÑALVER, “Orden público y acción de anulación” en M.^a J. MENÉNDEZ ARIAS (coord.), *Anuario de arbitraje 2017*, Aranzadi, Cizur-Menor, 2017, pp. 411-412. G. SCHUMANN BARRAGÁN, “Comentario a la STC 1/2018 de 11 de enero (Pleno) sobre la inconstitucionalidad del art. 73 e) de la Ley del Contrato de Seguro”, *FORO. Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales. Nueva Época*, vol. 21, núm. 1, 2018, p. 404. Disponible en: <https://doi.org/10.5209/FORO.61812>

Esta es la doctrina consolidada del TC desarrollada en la STC 174/1995, respecto del art. 38.2 LOTT; mantenida en la STC 352/2006, respecto de la nueva redacción dada a esa misma norma tras su declaración de inconstitucionalidad; y reafirmada en la STC 1/2018, respecto del art. 76 e) LCS.

Por eso, y como bien apunta la Sentencia, la llamada equivalencia jurisdiccional del arbitraje se predica respecto de sus efectos —«una decisión al conflicto con efectos de cosa juzgada» (FJ 2.º)—, pero no de su naturaleza. La institucionalización del arbitraje y el efecto dispositivo que deriva del convenio arbitral supone que a la decisión de un particular sin potestad de ningún tipo se la dote de unos efectos jurídico-procesales concretos asimilables a los de una sentencia judicial (art. 43 LA)¹⁰. Sin embargo, ello no cambia en absoluto la naturaleza privada de la institución.

Como apunta Cruz Villalón, es de interés destacar que la expresión «equivalente jurisdiccional» como tal nació en el contexto de recursos de inconstitucionalidad por conflictos competenciales entre el Estado y las CCAA¹¹. La expresión literal puede encontrarse por primera vez en la STC 62/1991¹². Y es que, siendo competencia exclusiva del Estado la legislación procesal *ex* art. 149.1.6.ª CE, la expresión equivalente jurisdiccional permitía atribuir a este título competencial la regulación del arbitraje y de otros mecanismos extrajudiciales de resolución de conflictos. De esta manera, el origen de esta expresión responde a una necesidad muy concreta de reparto competencial y distribución del poder territorial, pero no pretendía explicar la naturaleza de la institución.

En este sentido, la Sentencia se integra, actualiza y consolida la doctrina constitucional en relación con el anclaje del arbitraje en la CE.

3.2. La naturaleza legal de las garantías procesales en el procedimiento arbitral

Como se encarga de subrayar la Sentencia, las «garantías» procesales en el procedimiento arbitral derivan de la propia LA y no del art. 24 CE (FJ 2º)¹³. Los derechos a la imparcialidad del árbitro o la prohibición de indefensión son «derechos subjetivos» que se derivan de la configuración legal del arbitraje y «no son garantías derivadas —con el carácter de derechos fundamentales— del art. 24 CE» (STC 9/2015)¹⁴. Por ello, las garantías procesales *del*

¹⁰ J. A. XIOL RIOS, “El arbitraje en la Constitución”, *op. cit.*, pp. 52-53. STS (Sala de lo Civil) núm. 26/2010 de 11 febrero [ECLI: ECLI:ES:TS:2010:1669].

¹¹ P. CRUZ VILLALÓN, “Medios alternativos”, *op. cit.*, pp. 18-20.

¹² STC núm. 62/1991, de 22 marzo [RTC 1991/62].

¹³ J. REMÓN PEÑALVER, “El arbitraje ante el Tribunal Constitucional” en RUIZ RISUEÑO, FERNÁNDEZ ROZAS, (coords.), *El arbitraje y la buena administración de la justicia. Libro conmemorativo del 30 aniversario de la Corte Civil y Mercantil de Arbitraje (CIMA)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 59-61. También en J. REMÓN PEÑALVER, “Orden público y acción de anulación”, *op. cit.*, pp. 411-412. G. SCHUMANN BARRAGÁN, “Comentario a la STC 1/2018”, *op. cit.* p. 404. J. A. XIOL RIOS, “El arbitraje en la Constitución”, *op. cit.*, p. 53.

¹⁴ STC 9/2015, de 17 de enero [RTC 2005/9]: «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

art. 24 CE se proyectarán solo sobre aquellas actuaciones *judiciales* relacionadas con un arbitraje: el nombramiento judicial de árbitros, las funciones de apoyo al arbitraje o, como en la Sentencia que ahora se comenta, en relación con una acción de anulación del laudo¹⁵. En este sentido, la Sentencia consolida y clarifica la doctrina del TC en relación con la naturaleza de las garantías procesales en el procedimiento arbitral: son garantías *simplemente legales* —*einfachrechtlich*—.

Debe recordarse que el art. 24.1 CE es un derecho subjetivo de prestación cuyo único sujeto pasivo es el Estado, por cuanto solo él tiene atribuida constitucionalmente la potestad jurisdiccional que es imprescindible para desarrollar la prestación debida (art. 117.3 CE). Por ello, es imposible interponer un recurso de amparo ante una alegada vulneración de garantías procesales constitucionales *en el procedimiento arbitral*. Como sostiene el TC, «[a]quello que, por voluntad expresa de las partes, se refiere al ámbito del proceso arbitral, por esa misma voluntad expresa de las partes queda sustraído al conocimiento del Tribunal Constitucional» (STC 176/1996).

Desde luego, es posible que en algunos casos los derechos y garantías procesales en la LA incorporen el mismo contenido que los derechos fundamentales de naturaleza procesal. Son derechos y garantías legales que, en su caso, pueden configurarse a modo «reflejo» de aquellas constitucionales. Se incorporan y proyectan así sobre un sector del ordenamiento unos principios de justicia (procedimental) que en otros casos no serían aplicables. Que el contenido sea el mismo desde luego no supone que lo sea también su naturaleza.

la Ley de arbitraje de 1988 [RCL 1988, 2430 y RCL 1989, 1783] y art. 17 de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre [RCL 2003, 3010], 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 aquellos han sido vulnerados. Como ya se ha expuesto, sin embargo, *la imparcialidad del árbitro y la prohibición de indefensión en el arbitraje no son garantías derivadas—con el carácter de derechos fundamentales— del art. 24 CE, cuyas exigencias solo rigen, en lo que atañe ahora a las concretas alegaciones que se están examinando, para el proceso —actuaciones jurisdiccionales— en el que se pretende la anulación del Laudo y para el órgano judicial que lo resuelve»* (énfasis añadido). En el mismo sentido la STS (Sala de lo Civil) núm. 26/2010, de 11 febrero [ECLI: ECLI:ES:TS:2010:1669] y STC núm. 13/1997, de 27 de enero [RTC/1997/13].

¹⁵ El art. 24 CE solo se proyecta sobre aquellas actuaciones *judiciales* relacionadas con el arbitraje. En este sentido la STC núm. 136/2010, de 2 de diciembre [RTC/2010/136]: «las garantías contenidas en el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) solo pueden ser proyectadas respecto del control jurisdiccional que se desarrolle sobre las fases del procedimiento arbitral previstas en la legislación, entre las más relevantes, la formalización judicial del arbitraje, el recurso o acción de anulación y la ejecución forzosa del laudo». STC núm. 9/2005, de 17 de enero [RTC/2005/9]: «solo 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». Igualmente, la STC 176/1996, de 11 de noviembre [RTC/1996/176].

Esta concepción de la naturaleza de las garantías procesales es acorde con la naturaleza y anclaje constitucional del arbitraje. Y es que, si el arbitraje es una renuncia puntual al ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva, difícilmente los derechos y garantías que forman parte de este se proyectarán sobre el procedimiento arbitral¹⁶.

Por ello, como explica la Sentencia, el deber de motivación de los laudos no nace del art. 24.1 CE —a cuyo ejercicio se renunció puntualmente—, sino del art. 37.4 LA, que integra esta garantía legal —o si se quiere, para subrayar su distinta naturaleza, «simplemente legal»¹⁷. Tal es su naturaleza legal que incluso estas garantías «podría[n] ser prescindible[s] a instancia del legislador» (FJ 2º).

Aunque un examen detenido de la cuestión desbordaría por completo el objeto de estas líneas, debe señalarse que no es del todo evidente que el legislador pueda prescindir de determinadas garantías procesales que, sin discutir su naturaleza legal, se integran en la LA. El arbitraje como una renuncia puntual al ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva es una disposición negocial de un derecho fundamental cuya validez está sometida a determinados juicios de ponderación objetiva. En este influyen cuestiones como el nivel de afectación de la dignidad de la persona, la delimitación objetiva y temporal de la renuncia al ejercicio del derecho fundamental, entre otros criterios. Por eso, es válida una cláusula de renuncia al ejercicio del derecho de huelga —cláusula de paz laboral—, de renuncia al ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva —convenio arbitral— y no un contrato de esclavitud. La autonomía de la voluntad plasmada en el convenio arbitral (art. 9 LA) y las garantías procesales *legales* del arbitraje influyen en este juicio de ponderación y adecuación de la institución arbitral con la CE. En síntesis, es legítimo renunciar a obtener la tutela judicial de los derechos e intereses materiales porque las partes se someten a un sistema heterónimo que integra determinadas garantías procesales que aseguran una resolución justa del conflicto. Por ello, la supresión de determinadas garantías procesales legales incorporadas en la LA impondría un medido examen de constitucionalidad de la institucionalización de la disposición negocial del derecho a la tutela judicial efectiva que esta incorpora.

Aunque la Sentencia no lo diga con la claridad deseable, ha de asumirse que este deber legal de motivación del art. 37.4 LA se integra en el concepto de orden público del art. 41.1 f) LA¹⁸. Como afirma la Sentencia, desde el punto de vista procesal, el orden público como motivo de anulación estaría integrado por «posibles errores procesales en que haya podido incurrir el proceso arbitral, referidos al cumplimiento de las garantías fundamentales [...] o cuando el laudo *carezca de motivación*, sea incongruente, infrinja normas legales imperativas o vulnere la intangibilidad de una resolución firme ante-

¹⁶ G. SCHUMANN BARRAGÁN, “Comentario a la STC 1/2018”, *op. cit.*, p. 405.

¹⁷ J. REMÓN PENALVER, “Orden público y acción de anulación”, *op. cit.*, pp. 417-419.

¹⁸ Con mayor claridad lo dice la Fiscalía: «[p]ara la fiscalía, la motivación del laudo entra en este concepto indeterminado que es el orden público, pero su exigencia no le viene dada por el art. 24.1 CE, aplicable únicamente a la tutela judicial y no a la arbitral, sino a la previsión legal del art. 37.4 LA, y, por ello, esta motivación podrá ser objeto de un control» (Antecedente de hecho 10.º de la Sentencia).

rior» (FJ 2º). La motivación sería —junto con el resto de principios jurídico-naturales— una garantía procesal que integra la noción de orden público.

Remón Peñalver sostiene, sin embargo, que debe rechazarse la noción de orden público procesal como parte integrante del art. 41.1.f) LA¹⁹. La razón es que todos aquellos derechos y garantías procesales de naturaleza legal deben integrarse en el motivo de anulación del art. 41.1.b) LA —cuando una parte «no ha podido, por cualquier otra razón, *hacer valer sus derechos*»—²⁰. Y es que, según el art. 24 LA —sobre los «[p]rincipios de igualdad, audiencia y contradicción— «[d]eberá tratarse a las partes con igualdad y darse a cada una de ellas suficiente oportunidad de *hacer valer sus derechos*». Debe destacarse que en ambos casos se está ante uno de aquellos motivos de anulación que pueden ser «apreciados por el tribunal que conozca de la acción de anulación de oficio» (art. 41.2 LA), por lo que la diferenciación conceptual no tendría consecuencias prácticas. Sin embargo, debe señalarse que técnicamente es correcta y, desde luego, ayudaría a delimitar con mayor claridad el contenido del orden público *ex art. 41.1.f) LA*.

En efecto, la Sentencia resulta un tanto oscura al considerar como cuestiones de orden público «la legalidad del convenio arbitral, la arbitrabilidad de la materia y la regularidad procedimental del desarrollo del arbitraje» (FJ 2.º). La legalidad del convenio puede reconducirse al motivo del art. 41.1.a) LA, la arbitrabilidad al del art. 41.1.e) y la regularidad procedimental del arbitraje al del art. 41.1 b) LA. No hay duda de que todos estos motivos también podrían verse como cuestiones de orden público —y por eso pueden ser apreciables de oficio *ex art. 41.2 LA*—. Ahora bien, una vez hecha la diferenciación por el legislador, la integración de todos esos motivos en el art. 41.1.f) LA desdibuja completamente los límites de cada uno de ellos. Si se quiere avanzar en el análisis técnico del concepto de orden público *ex art. 41.1.f) LA*, debe imponerse un esfuerzo de delimitación conceptual entre los distintos motivos. El principio *iura novit curia* permitiría al tribunal que conoce de la acción de anulación aplicar el motivo correcto, sin alejarse de la causa de pedir en sus dimensiones fáctica y jurídica —v.gr. la ilegalidad del convenio o la indefensión sufrida—, esto es, sin incurrir en incongruencia²¹.

Dicho lo cual, conforme a la Sentencia, la irrazonable aplicación del art. 41.1 f) LA por parte del TSJ no estaría en la incorporación del deber de motivación del laudo en el concepto de orden público, sino en el *alcance de este deber simplemente legal*: un control externo que debe limitarse a la existencia de una motivación lógica y racional (FJ 2.º). Su alcance puede determinarse «con parecido canon de control» al de las resoluciones judiciales, ya que el «enjuiciamiento de la motivación de ambos tipos de resoluciones debe

¹⁹ J. REMÓN PEÑALVER, “Orden público y acción de anulación”, *op. cit.*, pp. 416-422-423.

²⁰ Art. 41.1 LA: «1. El laudo solo podrá ser anulado cuando *la parte que solicita la anulación alegue y pruebe* [...] b) Que no ha sido debidamente notificada de la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales o *no ha podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos*».

²¹ Art. 218.1 LEC: «[...] El tribunal, sin apartarse de la causa de pedir acudiendo a fundamentos de hecho o de Derecho distintos de los que las partes hayan querido hacer valer, *resolverá conforme a las normas aplicables al caso, aunque no hayan sido acertadamente citadas o alegadas por los litigantes*» (énfasis añadido).

valerse de parecidos criterios». Es decir, que del laudo se puedan conocer las razones que sustentan el fallo por cuanto exista una *relación lógico-formal* entre este y los antecedentes de hechos y fundamentos de Derecho; así como que la motivación sea razonable —i.e. que no sea patentemente errónea desde una perspectiva jurídica—²².

3.3. El derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente a una resolución motivada y fundada en Derecho

Es oportuno incidir brevemente en la concreta vertiente del derecho a la tutela judicial efectiva cuya vulneración se imputa a la sentencia del TSJ: el derecho a una resolución motivada y fundada en Derecho. Es un aspecto que, aunque no tiene incidencia directa en la doctrina constitucional que sobre el arbitraje se desarrolla en la Sentencia, si lo tiene en relación con la resolución del recurso de amparo y con el desarrollo de este derecho en la doctrina constitucional. Se trata de la misma manifestación del derecho a la tutela judicial efectiva cuya vulneración se enjuicia en la STC 46/2020: un recurso de amparo interpuesto también frente a una sentencia del TSJ de Madrid en el seno de una acción de anulación.

En la STC 46/2020, de 15 de junio, se interpuso un recurso de amparo frente a varias resoluciones también del TSJ de Madrid que, desconociendo un escrito procesal presentado por ambas partes solicitando el archivo del proceso por haber llegado a un acuerdo extrajudicial, siguió conociendo del asunto hasta dictar una sentencia por la que se anuló un laudo. El TSJ sostenía que en el marco de un procedimiento de anulación se examinan cuestiones de orden público que limitan el poder de disposición que sobre el objeto del proceso y sobre el proceso mismo tienen las partes (art. 19 LEC). El orden público modularía también la exigencia de interés legítimo como fundamento y motor de la jurisdicción (art. 22 LEC)²³. El TC examinó en el recurso de amparo si la interpretación que del orden público *ex art. 41.1 f) LA* realizó el TSJ de Madrid supuso una interpretación irrazonable, arbitraria o patentemente errónea que vulneró el derecho

²² STC 17/2021, de 15 de febrero [ECLI:ES:TC:2021:17]: «[E]n 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 fundamental la decisión, que no deben resultar arbitrarios. En tal sentido, conviene señalar que “la validez de un razonamiento desde el plano puramente lógico es independiente de la verdad o falsedad de sus premisas y de su conclusión, pues, en lógica, la noción fundamental es la coherencia y no la verdad del hecho, al no ocuparse esta rama del pensamiento de verdades materiales, sino de las relaciones formales existentes entre ellas. Ahora bien, dado que es imposible construir el Derecho como un sistema lógico puro este Tribunal ha unido a la exigencia de coherencia formal del razonamiento la exigencia de que el mismo, desde la perspectiva jurídica, no pueda ser tachado de irrazonable. A tal efecto es preciso señalar, como lo ha hecho este Tribunal, que no pueden considerarse razonadas ni motivadas aquellas resoluciones que, a primera vista, y sin necesidad de mayor esfuerzo intelectual y argumental, se comprueba que parten de premisas inexistentes o patentemente erróneas o siguen un desarrollo argumental que incurre en quiebras lógicas de tal magnitud que las conclusiones alcanzadas no pueden basarse en ninguna de las razones aducidas” (STC 164/2002, de 17 septiembre)».

²³ F. GASCÓN INCHAUSTI, *La terminación anticipada del proceso por desaparición sobrevenida del interés*, Civitas, Madrid, 2003, pp. 135, 138.

a la tutela judicial efectiva de las recurrentes (art. 24.1 CE). En este contexto, TC hizo un examen del principio dispositivo sobre el que se construye técnicamente el proceso civil (art. 19 LEC), del interés legítimo como presupuesto material del que depende la estimación de la acción de anulación y del art. 41.1 f) LA. Con base en ello, la conclusión del TC es que la decisión del TSJ «fue contraria al canon constitucional de razonabilidad» por cuando «subvierte el sentido del proceso civil y niega los principios en que se basa, en concreto, el principio dispositivo o de justicia rogada»²⁴.

El derecho a una resolución motivada y fundada en Derecho forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE). Se trata de una obligación de los jueces y tribunales que integran el Poder Judicial (art. 120.3 CE y art. 218 LEC) que sinalagmáticamente se conecta con la eficacia que deriva de la dimensión subjetiva del referido derecho fundamental (art. 24.1 CE)²⁵.

Debe recordarse que el derecho a la tutela judicial efectiva no integra el derecho al acierto judicial. Como ha explicado De la Oliva, los justiciables tienen un derecho subjetivo a una sentencia favorable cuando concurren determinados presupuestos materiales de los que depende la concreta tutela judicial que pretenden. Este es el *derecho a la tutela jurisdiccional*²⁶. Ahora bien, este derecho no forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva²⁷. Es un derecho, también, de simple legalidad ordinaria — *einfachrechtlich* — que nace de la relación entre la posición jurídico-material del justiciable y del principio del Estado de Derecho (art. 1 CE) que vincula positivamente al tribunal al ordenamiento jurídico. Y, a poco que se piense, es lógico que esta sea su naturaleza. La integración del derecho a la tutela jurisdiccional en el art. 24 CE supondría, *de facto*, la constitucionalización de todos los derechos e intereses materiales. Por ello, el art. 24.1 CE en su vertiente del derecho a una resolución —de inadmisión o de fondo— fundada en Derecho incorpora (simplemente) la exigencia de que la motivación no sea ilógica o irracional (*vid. supra*). Es decir, que con independencia del desacierto o acierto judicial de la resolución, esta sea motivada, lógica y razonable²⁸.

²⁴ STC núm. 46/2020, de 15 junio [ECLI:ES:TC:2020:46]: «El ensanchamiento del concepto de “orden público” que realizan las resoluciones impugnadas para llevar a cabo una revisión de fondo del litigio por el órgano judicial, lo que pertenece en esencia solo a los árbitros, desborda el alcance de la acción de anulación y desprecia el poder de disposición o justicia rogada de las partes del proceso [...] En definitiva, de acuerdo con la doctrina anteriormente reproducida, entiende este Tribunal que debe reputarse contrario al derecho a la tutela judicial efectiva de los recurrentes el razonamiento del órgano judicial que niega virtualidad a un acuerdo basado en el poder dispositivo de las partes sin que medie norma prohibitiva que así lo autorice, imponiendo una decisión que subvierte el sentido del proceso civil y niega los principios en que se basa, en concreto, el principio dispositivo o de justicia rogada».

²⁵ I. BORRAJO INIESTA, I. DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, G. FERNÁNDEZ FARRERES, *El derecho a la tutela judicial y el recurso de amparo*, Civitas, Madrid, 1995, pp. 62-63.

²⁶ A. DE LA OLIVA SANTOS, *Sobre el derecho a la tutela jurisdiccional*, Bosch, Barcelona, 1980.

²⁷ A. DE LA OLIVA SANTOS, *Sobre el derecho a la tutela jurisdiccional, op. cit.*, pp. 132-143.

²⁸ «Ahora bien, carece de fundamento teórico alguno y de conexión con el resto de los contenidos dados al derecho a la tutela judicial efectiva el afirmar que todos tengamos un derecho fundamental a que ningún tribunal de este país, en ningún tipo de litigio, cometa un error patente o realice una aplicación del Derecho arbitraria o manifiestamente errónea. Porque, a fin de cuentas, esto es tanto como decir, con otras palabras, que todos tenemos derecho al acierto judicial, o, dicho en negativa, que

Dentro de la razonabilidad de la motivación se integra la exigencia de que la resolución no contenga errores patentes en la selección de la norma aplicable o de que no exista una desvinculación evidente del sistema de fuentes. Es identificable un reciente desarrollo de esta vertiente del derecho en la doctrina constitucional del TC. En concreto, en relación con la afectación que tiene en el derecho a la tutela judicial efectiva desconocer el principio de primacía del Derecho de la UE. En efecto, se considera que cuando no existe un acto claro o aclarado por el TJUE, la falta de aplicación de la norma o jurisprudencia comunitaria sin plantear una cuestión prejudicial cuando existe el deber de ello —i.e. cuando la resolución no es susceptible de ulterior recurso (art. 267 TFUE)— vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva. Y lo hace por suponer una interpretación irrazonable y arbitraria de una norma aplicada al proceso²⁹.

Esta vertiente del derecho a la tutela judicial efectiva trae consigo el riesgo —materializado en la Sentencia que se comenta— de convertir al TC en una instancia *quasi* casacional. No hacen falta excesivos desarrollos conceptuales para comprender que para que el TC pueda determinar si se ha hecho una aplicación *irracional* de una norma debe descender al plano de la (mera) legalidad ordinaria y examinar cuál es o puede ser una interpretación *racional* de la norma³⁰. Se trata de un análisis de legalidad ordinaria que se vincula de forma irremediable a esta faceta del art. 24.1 CE. Es un riesgo que, aunque no debe suponer necesariamente el rechazo de esta vertiente del derecho fun-

tenemos derecho a que el desacierto no sea patente ni arbitrario [...] En vez de constitucionalizar el derecho al acierto judicial *tout court*, se ha constitucionalizado el derecho a que los tribunales no cometa errores de bulto». I. BORRAJO INIESTA, I. DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, G. FERNÁNDEZ FARRERES, *El derecho a la tutela judicial*, op. cit., pp. 71-72.

²⁹ Por todas, la STC (Pleno) núm. 31/2019 de 11 marzo [ECLI:ECLI:ES:TC:2019:31]: «Doctrina constitucional [...] *el desconocimiento y preterición de una norma de Derecho de la Unión, tal y como ha sido interpretada por el Tribunal de Justicia, "puede suponer una "selección irrazonable y arbitraria de una norma aplicable al proceso", lo cual puede dar lugar a una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva* (STC 145/2012, de 2 de julio (RTC 2012, 145) , FFJJ 5 y 6)" [FJ 5 c)] [...] En definitiva, el Juzgado de Primera Instancia núm. 32 de Madrid, al no atenerse a la interpretación de la Directiva 93/13 que había sido realizada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la sentencia de 26 de enero de 2017 [...] (i) infringió el citado principio de primacía del Derecho de la Unión al prescindir por su propia, autónoma y exclusiva decisión, de la interpretación impuesta y señalada por el órgano competente para hacerlo con carácter vinculante; (ii) incurrió, por ello, en una interpretación irrazonable y arbitraria de una norma aplicada al proceso, y (iii) consiguientemente, vulneró, de este modo, el derecho a la tutela judicial efectiva de la recurrente (art. 24.1 CE)» (énfasis añadido). En términos similares la STC (Pleno) núm. 232/2015 de 5 noviembre [RTC 2015/232].

³⁰ «Así pues, en síntesis, la tutela judicial no es efectiva cuando un tribunal decide sobre la base de un error *patente* o sobre la base de una selección y/o interpretación de la norma aplicable *arbitraria* o *manifiestamente irrazonable*, porque en tales casos la decisión judicial no puede decirse que esté *fundada en Derecho* [...] Los riesgos de subjetivismo que esta doctrina entra nos parecen claros. Y pese a la afirmación de la STC 22/1994, en el sentido de que esta doctrina no implica convertir al Tribunal Constitucional en una instancia casacional [...] está desde luego muy próximo a ello y constituye una extensión desmesurada del contenido de la Constitución. Los errores fácticos o jurídicos, manifiesto o no, de los tribunales ordinarios, tiene su remedio, en la medida en que el ordenamiento procesal lo permite, en el sistema de recursos o, en último extremo, en la responsabilidad patrimonial del Estado por error judicial, respecto de la cual, por cierto, el Tribunal Supremo tiene declarado que solo abarca precisamente aquellos errores que sean patentes o manifiestos». I. BORRAJO INIESTA, I. DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, G. FERNÁNDEZ FARRERES, *El derecho a la tutela judicial*, op. cit., pp. 71-72.

damental, sí exige un esfuerzo para formularlo e integrarlo técnicamente en él, en la naturaleza del TC y del recurso de amparo.

Distinta es la cuestión si la resolución judicial versa directa o indirectamente sobre algún derecho fundamental cuya eficacia derive *ex constitutione* o de alguna norma que incorpore y proyecte su eficacia en el ordenamiento privado, penal, laboral o administrativo. En ese caso, puede afirmarse que sí existe el derecho al acierto judicial: constitucionalmente existe el derecho a una sentencia con un contenido concreto. Este derecho de protección no deriva en todo caso del derecho a la tutela judicial efectiva, sino del propio *derecho fundamental material* cuya tutela se pretende —que podría ser el del art. 24.1 CE o cualquier otro—.

Por eso, como defienden Borrajo Iniesta, Díez Picazo Giménez (Ignacio) y Fernández Farreres, «el control por parte del Tribunal Constitucional de la interpretación y aplicación de las normas infraconstitucionales referidas al fondo del asunto ha de quedar limitado a los casos en que se vulnere algún derecho fundamental»³¹. En este mismo sentido se expresa la referida STC 46/2020.³²

Dicho lo cual, y si bien se mira, la Sentencia lleva a cabo un examen de legalidad ordinaria sobre los arts. 37.4 y 41.1 f) LA. En la medida en que el arbitraje es una renuncia puntual al ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva, no hay ninguna proyección del derecho fundamental que realmente imponga entrar a controlar la aplicación de los referidos preceptos. En la Sentencia, el TC determina cuál es la interpretación racional de los arts. 37.4 y 41.1 f) LA para examinar si el TSJ de Madrid ha hecho una interpretación irracional de ellos. Este mismo examen se tuvo que hacer en la STC 46/2020 respecto del art. 41.1 f) LA relacionado con los arts. 19 y 22 LEC (*vid. supra*). Y es el mismo examen que debería hacerse ante una alegada aplicación irracional, por ejemplo, de los arts. 1124 CC, 1255 CC o 1961 CC.

Además de lo anterior, debe señalarse que en la Sentencia el *objeto del recurso de amparo* y el concreto *objeto de la sentencia del TSJ* hacen que se *sobrepongan conceptualmente* una y otra dimensión del deber de motivación. Debe hacerse el examen de (mera) legalidad ordinaria sobre el deber de motivación que es predicable del laudo arbitral y el examen constitucional sobre

³¹ I. BORRAJO INIESTA, I. DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, G. FERNÁNDEZ FARRERES, *El derecho a la tutela judicial, op. cit.*, p. 77. Por eso, «[d]esde luego, nada cabe oponer a que el Tribunal Constitucional fiscalice que la interpretación y/o aplicación de una norma pueda ser considerada contraria a alguno de los derechos fundamentales o libertades públicas susceptibles de amparo [...] Numerosos son los supuestos en que a través de la indebida aplicación o defectuosa interpretación de una norma infraconstitucional se puede vulnerar un derecho fundamental [...]» I. BORRAJO INIESTA, I. DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, G. FERNÁNDEZ FARRERES, *El derecho a la tutela judicial, op. cit.*, p. 66.

³² STC 46/2020, de 15 junio [ECLI:ES:TC:2020:46]: «Pues bien, para valorar si la decisión judicial recurrida vulneró el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE, en su vertiente de derecho a la motivación de las resoluciones judiciales, conviene recordar en primer término que, según es consolidada doctrina constitucional, el derecho reconocido en el art. 24.1 CE no garantiza la corrección jurídica de la interpretación y aplicación del Derecho llevada a cabo por los jueces y tribunales, pues no existe un pretendido derecho al acierto judicial en la selección, interpretación y aplicación de las normas, salvo que afecte al contenido de otros derechos constitucionales» (énfasis añadido).

el deber de motivación que le es exigido al TSJ al controlar el deber de motivación legal del laudo. El primer análisis es el derivado del art. 37.4 LA que, integrado en el art. 41.1 f) LA, constituye el objeto de la sentencia del TSJ. El segundo análisis, que es una proyección del art. 24.1 CE, constituye el objeto del recurso de amparo. Por ello, y debe insistirse en esta cuestión, para determinar si el TSJ ha hecho una aplicación irracional del art. 41.1 f) LA el TC debe examinarse cuál es el margen de aplicación racional del precepto.

El riesgo apuntado y materializado en la Sentencia de convertir al TC en una instancia *quasi* casacional desaparece si el motivo de anulación que hubiera apreciado el TSJ en su sentencia tuviera incidencia directa o indirectamente en el derecho a la tutela judicial efectiva —algo que sucedería si se hubiera alegado que el convenio arbitral no existía o no era válido [art. 41.1 a) LA]—³³.

En la medida en que el arbitraje es una renuncia puntual al ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva, solo una renuncia libre y con conocimiento justifica la limitación negocial del derecho fundamental. La inexistencia del convenio arbitral como fundamento y piedra angular de la institución supone que la imposibilidad de obtener una sentencia *judicial* sobre el fondo del asunto vulnera directamente el derecho a la tutela judicial efectiva del justiciable. Este extremo habría justificado sin ninguna duda un examen de fondo sobre el acierto judicial de la sentencia del TSJ por parte del TC.

3.4. La «especial transcendencia» práctica de la Sentencia

Como se ha dicho, la Sentencia no se puede analizar sin atender al contexto en el que se integra. En concreto, en relación con la interpretación que desde hace años viene haciendo el TSJ de Madrid del concepto de orden público en sentencias que, como se sabe, no son recurribles a través de ningún recurso ordinario o extraordinario (art. 42.2 LA).

El TC ha aprovechado la Sentencia para consolidar su doctrina en relación con la naturaleza de la institución arbitral, para fijar con claridad la naturaleza de las garantías procesales que operan en el arbitraje y, con ello, para enviar un mensaje claro en relación con la errónea línea jurisprudencial seguida por el TSJ de Madrid.

Si bien se mira, la *ratio decidendi* del recurso de amparo no está en el indebido anclaje del deber de motivación en el art. 24.1 CE —y no en el art. 37.4

³³ Como se ha dicho más arriba, «nada hay que oponer al control por parte del Tribunal Constitucional de la interpretación y aplicación por parte de los tribunales ordinarios de normas infraconstitucionales que puedan vulnerar derechos fundamentales, incluido el derecho a la tutela judicial efectiva» (I. BORRAJO INIESTA, I. DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, G. FERNÁNDEZ FARRERES). Entre estas normas podrían identificarse aquellas procesales que regulan el ejercicio de alguna faceta del derecho a la tutela judicial efectiva o aquellas que impidan al justiciable obtener la tutela judicial efectiva de sus derechos e intereses materiales por un convenio arbitral inexistente o nulo.

LA, como deber ser—. Tampoco en la indebida inclusión de tal deber de motivación en el concepto de orden público *ex art.* 41.1.f) LA —que la Sentencia reconoce—. Y, por último, tampoco está en la indebida equiparación del control de motivación que en abstracto tiene que realizarse del laudo arbitral y de la sentencia judicial —dado que la Sentencia sostiene que debe hacerse con «parecidos criterios» o «parecido canon de control»—. La *ratio decidendi* está en el *alcance del control de motivación* que en el caso concreto ha hecho el TSJ de Madrid, que ha supuesto una irracional aplicación del art. 37.4 LA en relación con el art. 41.1.f) LA.

La «especial trascendencia» práctica de esta Sentencia —y de la STC 46/2020 antes mencionada— está en poner coto a una *interpretación errónea de legalidad ordinaria* llevada a cabo repetidamente por el TSJ de Madrid³⁴. El recurso de amparo frente a estas resoluciones era —y es, junto con el error judicial (art. 292 LOPJ)—³⁵ el único remedio para poner fin a una aplicación e interpretación patentemente errónea de la LA.

Es razonable plantearse, después de la experiencia de los últimos años, si no es oportuno incorporar algún recurso extraordinario que permita mantener una unidad jurisprudencial en torno a cuestiones arbitrales. Por un lado, podría plantarse la posibilidad de que las sentencias del TSJ sean susceptibles de ser recurridas en casación. El principal riesgo de esta opción, y por ello probablemente rechazada por la mayoría de operadores jurídicos, es la prolongación temporal de la acción de anulación. La otra opción pasa por articular un recurso en interés de ley —similar al diseñado en los arts. 490 y siguientes LEC— que permita al Ministerio Fiscal o a determinadas personas públicas o privadas interponer un recurso encaminado a mantener la unidad jurisprudencial en materia arbitral³⁶.

En definitiva, desde el plano del anclaje constitucional del arbitraje y la naturaleza de sus garantías procesales, la Sentencia se integra y potencia

³⁴ El recurso de amparo del que deriva la Sentencia fue admitido porque «plantea un problema o afecta a una faceta de un derecho fundamental sobre el que no hay doctrina de este Tribunal [STC 155/2009, FJ 2, a)], así como porque la posible vulneración del derecho fundamental que se denuncia pudiera traer causa de una reiterada interpretación jurisprudencial de la ley que este Tribunal pudiera considerar lesiva del derecho fundamental [STC 155/2009, FJ. 2, d)]».

³⁵ «Los errores fácticos o jurídicos, manifiesto o no, de los tribunales ordinarios, tienen su remedio, en la medida en que el ordenamiento procesal lo permita, en el sistema de recursos o, en último extremo, en la responsabilidad patrimonial del Estado por error judicial, respecto de la cual, por cierto, el Tribunal Supremo tiene declarado que solo abarca precisamente aquellos errores que sean patentes y manifiestos». I. BORRAJO INIESTA, I. DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, G. FERNÁNDEZ FARRERES, *El derecho a la tutela judicial*, *op. cit.*, p. 72.

³⁶ Debe recordarse que el recurso en interés de ley regulado en la LEC no está en vigor como consecuencia de la Disposición Final 16.^a. Como es conocido, en el régimen de recursos diseñado en la LEC los TSJ tenían la competencia para conocer de los recursos extraordinarios por infracción procesal (art. 468 LEC). Ante el riesgo de que existiera doctrina jurisprudencial contradictoria en materia procesal, se reguló un recurso extraordinario de revisión ante el TS que permitiera unificar la doctrina y, «cerrando el círculo», disipar los «criterios discrepantes sobre la interpretación de normas procesales» (art. 490 LEC). La falta de atribución de competencia a los TSJ para conocer de estos recursos en la LOPJ ha supuesto que el recurso en interés de ley no haya entrado nunca en operación.

en una buena dirección el *corpus* doctrinal del TC en relación con la dimensión constitucional de este particular contrato procesal complejo. Desde la perspectiva del derecho a una resolución motivada, la Sentencia todavía deja abierta la necesaria explicación e integración técnica de esta vertiente del art. 24.1 CE. Queda por aclarar cómo se compatibiliza e integra el análisis de legalidad ordinaria que es necesario para identificar la interpretación *racional* de la norma con la naturaleza del recurso de amparo y del propio TC.

4. LAS GARANTAS PROCESALES EN EL ARBITRAJE DESDE UNA PERSPECTIVA EUROPEA

La Sentencia del TC, como se ha dicho, se integra en una doctrina constitucional sobre el arbitraje que ha examinado su relación con la dimensión objetiva y subjetiva del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE). Ahora bien, este derecho fundamental se integra también, con un mayor o menor contenido, en otros instrumentos supranacionales que forman parte de nuestro ordenamiento jurídico interno. Entre ellos, el art. 47 CDFUE y el art. 6 CEDH.

En efecto, el anclaje institucional del arbitraje y la naturaleza de las garantías procesales que en él operan son cuestiones que también han sido examinadas por el TEDH y, en menor medida, por el TJUE. Por eso, es de interés analizar desde una perspectiva europea la Sentencia que se comenta y, con ello, las garantías procesales del arbitraje desde la perspectiva conjunta de los arts. 24 CE, 6 CEDH y 47 CDFUE.

4.1. La institución arbitral desde la perspectiva del art. 6 CEDH

El anclaje institucional del arbitraje en el CEDH y su relación con el derecho a un proceso equitativo (art. 6 CEDH) han sido objeto de análisis por parte del TEDH. El Tribunal reconoce que «[n]ada impide que los justiciables renunci[en] a su derecho a un tribunal a favor de un arbitraje»³⁷. Por tanto, se puede sostener que desde su perspectiva, el arbitraje supone también una renuncia puntual al ejercicio del art. 6 CEDH.

Ahora bien, conforme a la reciente doctrina contenida en la STEDH *Mutu y Pechstein c. Suiza* (asuntos 40575/10 y 67474/10) existen dos tipos de arbi-

³⁷ STEDH 28 de octubre de 2010 (Caso Suda contra República Checa) [TEDH 2010/105] y la jurisprudencia que en ella se cita. En el mismo sentido en la relevante STEDH de 27 de febrero de 1980 (Caso Deweer contra Bélgica) [TEDH 1980/1] que sostiene que: «el señor Deweer renunciaba a prevalerse de un derecho a un examen de su causa por un tribunal. En el sistema jurídico interno de los Estados contratantes semejante renuncia se encuentra frecuente y en el plano civil, concretamente bajo la forma de cláusulas contractuales de arbitraje».

trajes: voluntarios y obligatorios³⁸. En los primeros, las partes con base en la autonomía de su voluntad renuncian puntualmente de forma libre e inequívoca —*free and unequivocal manner*— a que sus pretensiones sean tuteladas judicialmente (art. 6 CEDH)³⁹. En los segundos la sumisión a arbitraje es impuesta por la ley o contractualmente.

La libertad como elemento legitimador del arbitraje supone el poder de renunciar al ejercicio del derecho fundamental, esto es, la posibilidad real de decidir si someter determinadas controversias a arbitraje. La libertad se concibe así como el poder de elegir entre dos *alternativas* posibles. En cambio, el arbitraje se considerará impuesto legal o contractualmente —y, por tanto, obligatorio— cuando el individuo no tenga una alternativa real al arbitraje.

La diferencia principal entre un arbitraje voluntario y uno obligatorio es, según el Tribunal, la proyección que el art. 6 CEDH tiene sobre el procedimiento arbitral. En el caso de un arbitraje obligatorio, el TEDH sostiene que las garantías del art. 6 CEDH se proyectan sobre las actuaciones arbitrales⁴⁰. En un arbitraje voluntario, por el contrario, en la medida en que la parte renunció válidamente a su ejercicio, no existe ninguna proyección de este⁴¹.

Como he dicho en otro lugar, aunque la proyección del art. 6 CEDH en el procedimiento arbitral parezca *a priori* una posición más garantista, en realidad no lo es: «La proyección del art. 6 CEDH o del art. 24 CE sobre el procedimiento arbitral es el “precio que hay que pagar” para considerar válidos los arbitrajes obligatorios —impuestos, no lo olvidemos, por ley o contrato—. A nuestro juicio es más garantista y acorde con la dignidad del individuo sostener que el arbitraje no puede ser impuesto en ningún caso»⁴². Y es que, si bien se mira, es más garantista que no se pueda imponer el arbitraje en ningún caso que aceptar su imposición legal o contractual a cambio de que se cumpla con las garantías procesales del art. 6 CEDH. Es una construcción

³⁸ G. SCHUMANN BARRAGÁN, “Sobre la renunciabilidad del derecho a la tutela judicial efectiva a propósito del asunto Mutu y Pechstein c. Suiza” en L. BUJOSA VADELL (dir.), *Derecho procesal: Retos y transformación*, Atelier, Barcelona, 2021.

³⁹ «[...] in the case of voluntary arbitration to which consent has been freely given, *no real issue arises under Article 6*. The parties to a dispute are free to take certain disagreements arising under a contract to a body other than an ordinary court of law. *By signing an arbitration clause the parties voluntarily waive certain rights secured by the Convention*» (STEDH de 2 de octubre de 2018, as. 40575/10 y 67474/10, *Mutu y Pechstein c. Suiza*) (énfasis añadido).

⁴⁰ STEDH de 2 de octubre de 2018, as. 40575/10 y 67474/10, *Mutu y Pechstein c. Suiza*: «In addition, a distinction must be drawn between voluntary arbitration and compulsory arbitration. *If arbitration is compulsory*, in the sense of being required by law, the parties have no option but to refer their dispute to an arbitral tribunal, *which must afford the safeguards secured by Article 6 § 1 of the Convention*» (énfasis añadido).

⁴¹ STEDH de 2 de octubre de 2018, *Mutu y Pechstein c. Suiza*: «[...] in the case of voluntary arbitration to which consent has been freely given, *no real issue arises under Article 6*». En términos similares se había pronunciado el Tribunal en la STEDH 28 de octubre de 2010 (as. 1643/2006, *Suda c. República Checa*). En este sentido, V. FERRERES COMELLA, “When arbitration is not voluntary: the case of Mutu and Pechstein v. Switzerland”, *Investment Arbitration Outlook*, Uría Menéndez, 2018, Issue 4, p. 4.

⁴² G. SCHUMANN BARRAGÁN, “Sobre la renunciabilidad del derecho a la tutela judicial”, *op. cit.*

conceptual que legitima un resultado no acorde con la dignidad del individuo y que permite considerar satisfecho (artificialmente) el art. 6 CEDH.

Aunque el Tribunal no lo diga expresamente, puede deducirse que la proyección de las garantías del art. 6 CEDH al procedimiento arbitral no supone que este sea materialmente aplicable y que pueda ser directamente vulnerado por el árbitro. Simplemente impone que el sistema arbitral —nacional o internacional— incorpore legalmente y se cumplan en el procedimiento arbitral las mismas garantías procesales reconocidas por el art. 6 CEDH. En todo caso, quedaría sin explicar cómo se integra esta exigencia objetiva en el concreto proceso de anulación del laudo dictado en un arbitraje obligatorio en cuyo procedimiento tales garantías no estaban incorporadas o no se cumplieron. Queda sin explicar técnicamente cómo cohonstar la proyección del art. 6 CEDH sobre el procedimiento arbitral, de un lado, con la vulneración que, de otro lado, se imputa al Estado —pues ha de tenerse claro el marco de la jurisdicción *ratione materiae* y *personae* en que actúa el TEDH—.

Podría pensarse que en los arbitrajes obligatorios, ante la inexistencia de garantías legales que incorporen aquellas del art. 6 CEDH o ante su incumplimiento en el caso concreto, nace del art. 6 CEDH un deber de protección que impone al órgano judicial declarar la nulidad del laudo. Se estaría así ante la imputación de la vulneración al órgano *judicial* por aplicar una norma legal contraria al art. 6 CEDH —que no incorpora sus garantías— o ante una especie de *Dritt-wirkung* por no haber tutelado la vulneración de esas garantías legales cuya exigencia deriva del art. 6 CEDH por un particular —el árbitro—. En ambos casos se está ante construcciones conceptuales que desde luego no son explicadas por el Tribunal y que demuestran las dificultades de compatibilizar la naturaleza propia del arbitraje con su imposición contractual o legal.

En definitiva, parece que la proyección sobre el procedimiento arbitral de las garantías del art. 6 CEDH no es adecuada; no casa ni con la naturaleza de los derechos fundamentales de naturaleza procesal, ni con la naturaleza de la institución arbitral, ni con la naturaleza y jurisdicción *ratione materiae* y *personae* del TEDH.

4.2. La institución arbitral desde la perspectiva del art. 47 CDFUE

El anclaje institucional del arbitraje en el Derecho de la UE y su relación con el art. 47 CDFUE han sido analizados por el TJUE en su Dictamen 1/17 de 30 de abril de 2019 [Acuerdo Económico y Comercial Global entre Canadá y la UE y sus EE. MM. (CETA)]⁴³. En él se examina la compatibilidad del arbitraje de inversiones que incorpora el referido tratado internacional con el Derecho de la UE y con la CDFUE⁴⁴.

⁴³ Dictamen 1/17 del Tribunal de Justicia (Pleno) de 30 de abril de 2019 [ECLI:EU:C:2019:341].

⁴⁴ Para un examen más detallado del arbitraje de inversiones en el CETA vid. G. SCHUMANN BARRAGÁN, “El arbitraje de inversiones en los tratados de libre comercio de nueva generación: un análisis

Aunque se trata de un arbitraje de inversiones, lo desarrollado por el Tribunal reviste interés por cuanto permite identificar el anclaje institucional de la institución arbitral en el Derecho de la UE. En el Dictamen el TJUE opera al igual que lo haría el TC en el control previo de constitucionalidad de los tratados internacionales (arts. 96 CE y 78 LOTC), esto es, examinando el Tratado desde la proyección objetiva de las garantías del art. 47 CDFUE *ad extra* —*Externalisierung der Unionsgrundrechte*—(art. 218.11 TFUE)⁴⁵.

Debe señalarse que una de las características del CETA es la imposibilidad de ejercitar acciones fundadas en el Tratado —*treaty claims*— ante la jurisdicción ordinaria de cualquiera de las partes contratantes⁴⁶. Esto supone que la única vía que tiene el inversor para ejercitar sus pretensiones sea el «tribunal» permanente creado por el Tratado. Formalmente se sigue exigiendo el consentimiento del inversor para acceder al sistema de resolución de controversias entre él y el Estado (art. 8.22 CETA). Ahora bien, *de facto* este es el único medio que tiene para hacer valer los derechos materiales que se le reconocen. En la medida en que no existe otra vía para hacer valer las reclamaciones nacidas del Tratado, desaparece toda alternativa razonable al arbitraje de inversiones que incorpora⁴⁷. Lo anterior lleva a concluir de forma irremediable que, en relación con las reclamaciones que tengan su origen en el CETA, se ha creado un arbitraje de inversiones obligatorio⁴⁸.

Pese a la denominación y permanencia del «tribunal» del CETA, el sistema de resolución de controversias no abandona su naturaleza de arbitraje de inversiones. Las resoluciones del «tribunal» se denominan «laudos», se aplican el Convenio CIADI y el Convenio de Nueva York de 1958 y se identifica la Secretaría del «tribunal» con la Secretaría del CIADI. Por ello, como acertadamente concluye Iruretagoiena Agirrezabalaga, el «tribunal» del CETA «no llega a abandonar su naturaleza arbitral»⁴⁹.

El TJUE en el Dictamen examina si el «tribunal» permanente con competencia obligatoria creado por el CETA cumple con las garantías del art. 47 CDFUE. En concreto, con las garantías de imparcialidad e independencia de

nacional desde la perspectiva del derecho a la tutela judicial efectiva”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 12, núm. 2, 2020, pp. 1446-1469. Disponible en: <https://doi.org/10.20318/cdt.2020.5678>

⁴⁵ H. SAUER, “Europarechtliche Schranken internationaler Gerichte”, *JZ*, 2019, núm. 74, p. 928.

⁴⁶ Según el art. 30.6 del CETA «[n]inguna disposición del presente Acuerdo se interpretará en el sentido de que conceda derechos o imponga obligaciones a personas, distintos de los creados entre las Partes en virtud del Derecho internacional público, ni en el sentido de que el presente Acuerdo pueda invocarse directamente en los ordenamientos jurídicos internos de las Partes» (énfasis añadido).

⁴⁷ En el mismo sentido, V. FERRERES COMELLA, “The European Court of Justice Rules on CETA’s Investor-State Dispute Resolution Mechanism”, *Investment Arbitration Outlook*, Uría Menéndez, 2019, Issue 5, p. 10. E. FERNÁNDEZ MASÍ, M. SALVADORI, “Lo que se está discutiendo en la CNUDMI: evolución o revolución en el sistema de solución de controversias inversor-Estado”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, marzo 2020), Vol. 12, Num. 1, p. 214.

⁴⁸ En relación con la naturaleza arbitral del sistema de resolución de controversias que incorpora el CETA, I. IRURETAGOIENA AGIRREZABALAGA, “El capítulo sobre inversiones del Acuerdo Económico y Comercial Global de la Unión Europea y Canadá (CETA): análisis crítico de una iniciativa inacabada” en *Arbitraje*, vol. X, n° 1, 2017, pp. 82-86, 101. G. SCHUMANN BARRAGÁN, “El arbitraje de inversiones”, *op. cit.*, pp. 1456-1462.

⁴⁹ I. IRURETAGOIENA AGIRREZABALAGA, “El capítulo sobre inversiones”, *op. cit.*, pp. 82-86, 101.

los «miembros del tribunal» y en el acceso de todos los justiciables a este. Sin entrar a comentar críticamente las valoraciones del TJUE, una vez proyectadas objetivamente las garantías del art. 47 CDFUE, este llega a la conclusión de que el CETA es en este punto compatible con la Carta.

El Dictamen no afirma con la claridad que lo hace el TEDH la validez de los arbitrajes obligatorios —cuando menos de inversiones— ni desarrolla en qué casos y cómo opera la proyección del art. 47 CDFUE que se examina en el Dictamen. Se trata de la ambigüedad a veces tan propia del TJUE, acentuada en el marco de un procedimiento en el que están en juego compromisos internacionales ya asumidos por la UE y por el antecedente del Dictamen 2/15⁵⁰. No obstante lo anterior, es evidente la proyección que del art. 47 CDFUE hace el Tribunal a un sistema de resolución de controversias *de facto* obligatorio y de eminente naturaleza arbitral.

Por tanto, el TJUE proyecta las garantías del art. 47 CDFUE a un procedimiento de arbitraje de inversiones que, por la falta de efecto directo de los derechos materiales que se reconocen en el Tratado, es un arbitraje de inversiones obligatorio.

4.3. El distinto nivel de protección de los arts. 24 CE, 6 CEDH y 47 CDFUE

De lo dicho hasta ahora se constata que existe una distinta aproximación a la naturaleza de las garantías procesales en el arbitraje desde la perspectiva de la CE, el Derecho de la UE y el CEDH —al menos en lo que se refiere a los arbitrajes obligatorios—. En abstracto, esto puede ser una consecuencia de la equivocada posición del TJUE o TEDH o de los distintos niveles de protección que existen del derecho a la tutela judicial efectiva en cada contexto. Con la intención de hacer un análisis que atienda al ser y no al deber ser, se va a partir de esta segunda premisa.

Desde la perspectiva europea, la proyección de las garantías procesales de los arts. 6 CEDH y 47 CDFUE se delimita y tiene su fundamento en la aceptación de arbitrajes obligatorios impuestos legal o contractualmente. Un arbitraje obligatorio que cumpla con las garantías del art. 6 del CEDH o del art. 47 CDFUE es válido.

Desde la perspectiva nacional, en cambio, el arbitraje tiene su fundamento constitucional en la autonomía de la voluntad de las partes (art. 10.1 CE) que como valor superior del ordenamiento jurídico (art. 1.1 CE) se proyecta en el ordenamiento privado (art. 1255 CC) y, justificando la vinculación y responsabilidad (art. 1091 CC), se materializa en el convenio arbitral (art. 9 LA). Por ello, un arbitraje obligatorio supone una limitación del art. 24.1 CE que provocará la inconstitucionalidad de la ley o la nulidad del convenio. Y ello

⁵⁰ Dictamen 2/15 del Tribunal de Justicia (Pleno) de 16 de mayo de 2017 [ECLI:EU:C:2017:376].

con independencia de que en el procedimiento arbitral se asegure el cumplimiento de sus garantías procesales.

De esto puede deducirse que existe un distinto nivel de protección entre los arts. 24 CE, 6 CEDH y 47 CDFUE, que hace que se relacionen de distinta manera con la institución arbitral⁵¹.

Como se ve, en abstracto se puede sostener que son posibles los arbitrajes obligatorios con la condición de que se cumplan en ellos las garantías procesales constitucionales. Por otro lado, se puede decir que un arbitraje obligatorio no es válido, en la medida en que todo arbitraje es una renuncia puntual al ejercicio del derecho fundamental basada en la autonomía de la voluntad y, en consecuencia, que no se proyectará sobre el procedimiento arbitral ninguna garantía derivada del derecho fundamental abandonado. En definitiva, en función del modelo que se siga para legitimar la institución, se puede poner el «foco de atención» o en el *procedimiento arbitral* —proyectando sobre él las garantías constitucionales— o en el *convenio arbitral* —exigiendo que sea fruto de la autonomía de la voluntad—⁵².

En el plano constitucional interno la legitimación del arbitraje descansa sobre el convenio arbitral que, al suponer una renuncia puntual a su ejercicio, determina la ausencia de proyección del art. 24 CE. Las garantías son legales y, como sostiene la Sentencia, incluso «podría[n] ser prescindible[s] a instancia del legislador» (FJ 2.º). De este modo, el arbitraje se legitima por la *justicia contractual* del convenio. El art. 24 CE impone así dejar de lado el examen *constitucional* del procedimiento arbitral y poner el foco en el elemento que lo legitima e integra en el sistema: el convenio arbitral.

En el plano supranacional de los arts. 6 CEDH y 47 CDFUE se permite un arbitraje obligatorio, siempre que en él se proyecten las garantías procesales exigidas por aquellos. Aunque no sea del todo evidente si esta proyección lo es material o a «modo reflejo» a través de garantías procesales de simple legalidad —*einfachrechtlich*—, la realidad es que es exigible su incorporación y cumplimiento. De este modo, el arbitraje se legitima por la *justicia del procedimiento*.

Así definidos los dos modelos posibles de relación entre el arbitraje y el derecho a la tutela judicial efectiva, la doctrina del TC se presenta como la más acorde con la naturaleza del derecho a la tutela *judicial* efectiva (art. 24 CE) y a la propia institución arbitral. Se sostiene en una posición liberal y técnicamente correcta, que no desnaturaliza ni la función jurisdiccional (art. 117.3 CE) ni la naturaleza eminentemente privada del arbitraje. E impide que la incorporación de determinadas garantías procesales en el arbitraje sirva de excusa o subterfugio para imponer que la resolución de una controversia jurídica sea resuelta por un *particular sin potestas* —denominado árbitro o de otro modo—.

⁵¹ G. SCHUMANN BARRAGÁN, “El arbitraje de inversiones” *op. cit.*, pp. 1462-1467.

⁵² G. SCHUMANN BARRAGÁN, “Sobre la renunciabilidad del derecho a la tutela judicial”, *op. cit.*

Al fijar el foco en lugares diversos —el convenio o el procedimiento arbitral— la relación entre el derecho a la tutela judicial efectiva y el arbitraje es objeto de análisis diversos, que desembocan a su vez en un distinto nivel de protección de los derechos fundamentales a nivel nacional, comunitario y supranacional. Esto impone examinar la jurisprudencia del TC, TJUE y TEDH en el contexto del nivel de protección que el derecho fundamental tiene en cada caso. Solo así podrá hacerse un análisis técnico de las sentencias desde perspectivas europeas y nacionales y de los eventuales choques que pudieran existir entre ellas.

4.4. Excurso: sobre la (posible) nulidad de un convenio arbitral incorporado como condición general de la contratación y la (posible) inconstitucionalidad del art. 9.2 LA

Lo expuesto hasta ahora, de hecho, da pie para reflexionar sobre la posibilidad de que un convenio arbitral pueda incluirse válida y eficazmente en un clausulado de condiciones generales de la contratación.

El convenio arbitral, en efecto, puede incorporarse como una condición general de la contratación (art. 9.2 LA). Dando por sentada la ausencia de intervención de consumidores y usuarios, ello impone examinar la validez de la cláusula desde los controles de incorporación que impone la Ley de condiciones generales de la contratación.

En Alemania, el convenio arbitral también se puede incorporar como una condición general de la contratación (§1029 ZPO). Ahora bien, existe una diferencia relevante entre el nivel de protección que la ley asegura en aquel ordenamiento. En el ordenamiento alemán las condiciones generales incorporadas en contratos están sometidas en todo caso a un control de contenido —*Inhaltskontrolle*—, con independencia de que algunas de las partes intervengan en calidad de consumidor o no. Se considera que este control asegura la justicia contractual de una cláusula en cuya naturaleza está la predisposición e *imposición*⁵³. Y que, por tanto, su legitimación no deriva de una autonomía de la voluntad real. En este contexto, es usual reconducir el examen de las garantías procesales que operan en un arbitraje concreto —v.gr. el sistema de elección de los árbitros— al referido control de contenido.

Conforme al art. 1 LCGC son condiciones generales de la contratación aquellas «cláusulas predisuestas cuya incorporación al contrato sea *impuesta* por una de las partes». Dicho esto, queda por determinar cómo se relaciona la imposición propia de las condiciones generales de la contratación con

⁵³ WURMNEST, “ § 307” en *Münchener Kommentar zum BGB. Band. 2*, C. H. Beck, 8.^a ed., München, 2019, Rn. 77-82. G. WAGNER, *Prozeßverträge: Privatautonomie im Verfahrensrecht*, Mohr Siebeck, Tübingen, 1998, pp. 128-130.

la autonomía de la voluntad que legitima constitucionalmente el arbitraje (arts. 1.1, 10.1 CE y 1255 CC)⁵⁴.

Como explica Alfaro, la adhesión a las condiciones generales de la contratación no es un verdadero acto de autodeterminación o, cuando menos, no lo es siempre. Solo existe un acto de autodeterminación en el proceso contractual cuando se tiene como «alternativa razonable» no contratar. Normalmente es el mercado el que pone a disposición del individuo distintas alternativas razonables —«contratar con A, B o C»—⁵⁵. El problema que se plantea es que, como regla general, el «mercado» de las condiciones generales no es competitivo —no existen incentivos en el mercado para ofrecer «mejores» condiciones generales—⁵⁶. Y, por tanto, no existen alternativas razonables para adquirir el bien o servicio con condiciones generales distintas de las impuestas⁵⁷.

El anclaje constitucional del arbitraje que en la Sentencia se reafirma justifica cuestionarse si la predisposición e imposición de un convenio arbitral, que es consustancial a la naturaleza de una condición general de la contratación, es válida. Y debe subrayarse, es la predisposición e imposición lo que cualifica una cláusula como condición general de la contratación. Si existe cualquier tipo de negociación sobre ella, deja de serlo.

Imagínese que en un sector económico concreto todas las empresas incorporan en sus contratos de suministro una cláusula de sumisión a arbitraje. Por mucho que la condición general supere los controles de incorporación, ¿qué alternativa razonable en el mercado tienen los contratantes? ¿Cuál es su alternativa si no quieren someter sus controversias a arbitraje? ¿No participar en ese mercado?

⁵⁴ Con razón se plantean MERINO MERCHÁN y CHILLÓN MEDINA que con esta definición de condición general de la contratación el convenio arbitral «no superaría los estándares de libertad e igualdad que constitucional (art. 24 CE) y legalmente (arts. 9.1, 15.2 y 24.1 LA) son exigibles». J. F. MERINO MERCHÁN, J. M.^a CHILLÓN MEDINA, *Tratado de Derecho arbitral*, Civitas, 4.^a ed., Madrid, 2014, p. 358.

⁵⁵ J. ALFARO ÁGUILA-REAL, *Las condiciones generales de la contratación*, Civitas, Madrid, 1991, pp. 54-56. En el mismo sentido J. ALFARO ÁGUILA-REAL, "Función económica y naturaleza jurídica de las condiciones generales de la contratación" en A. MENÉNDEZ MENÉNDEZ, L. DIEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN (dirs.), J. ALFARO ÁGUILA-REAL (coord.), *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación*, Civitas, Madrid, 2002, pp. 82-91.

⁵⁶ J. ALFARO ÁGUILA-REAL, *Las condiciones generales*, op. cit., pp. 60-76.

⁵⁷ ALFARO sostiene que «[e]l consentimiento vincula porque es un acto de autonomía privada. [...] El contrato ha de ser la expresión de *autonomía bilateral*, lo que exige que ambas partes hayan actuado autodeterminándose al celebrarlo. Puede afirmarse que *un contrato se ha celebrado en un acto de libre determinación cuando el sujeto celebra voluntariamente el contrato y siempre que le cupiera como alternativa razonable disponible, la renuncia a contratar*. La existencia de competencia efectiva en el mercado garantiza, a su vez, la existencia de alternativas razonables disponibles [...] De lo expuesto, debería deducirse que la imposición de condiciones generales por el predisponente al adherente no afecta a la libertad contractual de este último, ya que siempre tendría la opción de renunciar a contratar y acudir a los competidores que ofrezcan mejores condiciones, con lo que aquellos predisponente que ofrezcan condiciones generales "malas" perderán su clientela [...] Esta conclusión no es correcta [...] los adherentes, en general no seleccionan (no hacen "shopping") entre las condiciones generales, y ello hace que los predisponentes no se ven abocados a mejorarlas [...] Por tanto, puede afirmarse que la *renuncia a contratar por causa del contenido de unas condiciones generales determinadas no es una alternativa razonable a la celebración del contrato sometiéndose a las mismas y, por tanto, no puede afirmarse que el adherente, al aceptar las condiciones generales esté realizando un acto de autodeterminación*» J. ALFARO ÁGUILA-REAL, *Las condiciones generales de la contratación*, Civitas, Madrid, 1991, p. 469-470.

¿Puede considerarse realmente libre la sumisión a arbitraje por parte de un sujeto que desea acceder a suministros en este mercado? La realidad impone aceptar que el contratante no tiene ninguna alternativa razonable al arbitraje y, por tanto, que *de facto* se está ante un arbitraje *impuesto* contractualmente. A esta misma conclusión llegó el TEDH en su STEDH *Mutu y Pechstein c. Suiza* en el sector del deporte.

El fundamento constitucional del arbitraje supone que en todos aquellos casos en los que el convenio arbitral se incorpore como condición general de la contratación y no exista una alternativa razonable a su adhesión deben considerarse nulos de pleno derecho. Y ello por vulnerar la dimensión objetiva del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) que se proyecta, ahora sí, en la cláusula de orden público en el ordenamiento privado (art. 1255 CC). En caso de que se considere que el mercado y las estructuras de justicia contractual que incorpora el Derecho privado no aseguran la autonomía de la voluntad que legitima la disposición negocial del art. 24.1 CE, sería inconstitucional el art. 9.2 LA. Defender lo contrario supondría una libertad «*a beneficio de inventario*: desideologizo o ideologizo según lo que me interese retóricamente en cada momento»⁵⁸.

5. CONCLUSIÓN

La STC se integra y actualiza una constante jurisprudencia constitucional en relación con la naturaleza del arbitraje como una renuncia puntual al ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva. Su fundamento constitucional es la autonomía de la voluntad (arts. 1.1, 10.1 CE y 1255 CC) que se materializa en el convenio arbitral (art. 9.1 LA). La consecuencia de su anclaje constitucional es que todo arbitraje obligatorio vulnera el derecho a la tutela y que las garantías procesales que en él se proyecta no son las del art. 24 CE, sino las garantías procesales legales que el legislador incorpora en la LA. El convenio arbitral es un contrato procesal obligatorio y dispositivo a través del cual nacen determinadas obligaciones de hacer y no hacer y del que se dota de eficacia jurídico-procesal a la decisión de un particular sin *potestas* denominado árbitro.

Desde una perspectiva europea, se ha aceptado por el TEDH —e implícitamente por el TJUE— la validez de arbitrajes impuestos legal o contractualmente. Estos serán válidos siempre que en ellos se proyecten las garantías del art. 6 CEDH y art. 47 CDFUE. Aunque no es evidente si es una proyección material o una mera exigencia de incorporar legalmente a modo reflejo aquellas y cumplirlas, la validez de su imposición depende de ello. La proyección e incorporación de garantías procesales fundamentales al procedimiento arbitral es una construcción peligrosa y de difícil justificación técnica. Deja sin explicar cómo se relacionan la naturaleza de la institución arbitral, los dere-

⁵⁸ A. DE LA OLIVA SANTOS, *El papel del Juez en el proceso civil. Frente a ideología, prudentia iuris*, Aranzadi, Cizur Menor, 2012, p. 61.

chos procesales fundamentales y la jurisdicción *ratione materiae* y *personae* de los tribunales encargados de su protección en última instancia.

De esta manera, cuando menos, podría deducirse que existe un distinto nivel de protección en los arts. 24 CE, 6 CEDH y 47 CDFUE. En cada caso la legitimación de la institución arbitral derivará del convenio arbitral o de la justicia procesal del procedimiento arbitral. Desde luego, el anclaje constitucional del arbitraje en la doctrina constitucional del TC es la más acorde con la naturaleza del derecho a la tutela *judicial* efectiva, con la función jurisdiccional que constituye la prestación garantizada por aquel (art. 117.3 CE) y con la naturaleza contractual del arbitraje.

La autonomía de la voluntad como elemento legitimador del arbitraje supone que sean nulos todos aquellos convenios arbitrales incorporados como condiciones generales de la contratación en los que no exista una alternativa razonable para el adherente e, incluso, que sea inconstitucional el art. 9.2 LA.

