

SIN LIBERTAD NO ES POSIBLE EL ARBITRAJE

No se ha escrito demasiado sobre el convenio arbitral y lo que se ha escrito se ha proyectado por regla general hacia planteamientos muy recurrentes que posiblemente sólo sirven para el uso de tal o cual apelación a las teorías que comunmente se han utilizado para explicarlo.

Este libro desea abordar el estudio del convenio arbitral ante todo desde la vertiente de la *libertad* no solo *porque sin libertad no es posible el arbitraje* sino, sobre todo, *porque sin libertad no se puede negociar su realidad existencial*. La *negociación en libertad del convenio arbitral es*, por tanto, *clave para que exista arbitraje*. Porque, de igual modo que *no es posible* socializar la libertad, *tampoco es posible* socializar la base negociada del arbitraje *en libertad* justificada en el convenio arbitral.

Esa realidad existencial del arbitraje a la que otorga forma y contenido el convenio arbitral, posee el componente axial de su *negociación* reconducible a los parámetros de un *negocio jurídico* que por su naturaleza jurídica *impropia* por los efectos de evidente justificación *procesal* que origina, servirá, a su vez, para explicar el tipo de control judicial que recae sobre el laudo arbitral.

En el tránsito hacia el laudo arbitral, lo que se negoció en el convenio arbitral va a ser clave al irradiarse ese ámbito negociado a *todo* el arbitraje. Desde esa perspectiva, este libro desea hacer un recorrido desde el momento en que se negocia *en libertad* el convenio arbitral hasta el instante mismo en el que lo que se negoció se proyecta en el laudo arbitral del árbitro. Como se comprenderá son muchas las cuestiones que surgiran de ese tránsito a las que este libro modestamente pretende hacer frente con el fin de exponerlas tras los elementos doctrinales y de praxis jurisprudencial arbitral examinados y estudiados.

Para terminar deseo mostrar mi agradecimiento a Prof. Dr. Tomás J. Aliste Santos, Director Académico del Master Oficial de Arbitraje Comercial Internacional, Título Propio y Oficial de la Universidad Internacional de la Rioja (UNIR). De sus inquietudes académicas y docentes surgió una relación que espero sea imperecedera lo que me permitió, a su vez, que gran parte de lo que ahora puede leer el lector en este libro pudiera proyectarlo en las enseñanzas que tuve el placer de compartir con ocasión de la impartición de tan importante Master ofertado por la UNIR.

De igual modo, traslado mis afectos a la la Profa. Dra. Otazu Serrano del Claustro Académico de la Facultad de Derecho de la Universidad Internacional de la Rioja (UNIR) así como a la Profa. Dra. María Inmaculada

Rodríguez Roblero, Coordinadora Académica del Master Oficial de Arbitraje Comercial Internacional siempre atenta a su normal y correcto desarrollo.

Prof. Dr. Dr. Dr. h. c. mult. Antonio María Lorca Navarrete
Director del Instituto Vasco de Derecho Procesal
Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad del País Vasco/EHU
C. electrónico: secretaria @leyprocesal.com; alorca@ehu.eus;
institutovascoderechoprocesal@leyprocesal.com
Web: <http://www.institutovascoderechoprocesal.com/>
Presidente de la Corte Vasca de Arbitraje
C. electrónico: cortevascaarbitraje@leyprocesal.com
<http://www.cortevascadearbitraje.com/>

CAPÍTULO I

LA LIBERTAD DE NEGOCIAR UN CONVENIO ARBITRAL

1. No existe arbitraje sin libertad

La práctica del arbitraje se justifica en la existencia de relaciones comerciales nacionales/internacionales respecto de las que va a existir un modelo o arquetipo de resolución de controversias que es habitual que se muestre desparramado y, a veces, incompleto e, incluso, un tanto estrábico. Carencias que es posible que se proyecten en el arbitraje y que precisan ser subsanadas al poder provocar, en ocasiones, su eclipse y, en otras, su reelaboración aun cuando es preciso reconocer que ese modelo o arquetipo de resolución de controversias *se reinventa* con cada arbitraje que se tramita lo que justifica que siempre se conserve fresco y vital.

Porque todo lo que es posible contemplar a través del arbitraje admite ser observado desde diferentes perspectivas. Por esa razón, conviene indicar que se aludirá a la base *negocial* arbitraje en la que *se justifica* el convenio arbitral, así como a su *incidencia* en el modo en que esa base *negocial* afronta la resolución de las controversias mediante el *diseño* de su *forma* y *contenido* (rúbricas del artículo 9 de la ley del arbitraje).

Existe un punto de partida homogéneo y circunscrito. *Es* la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional¹ a cuyas directrices normativas *se ahormó* la vigente ley de arbitraje. Se incurre en yerro cuando se afirma que *es* la ley de arbitraje de 1988 “y sus sucesivas reformas de los años 2003 y 2011” (ALONSO PUIG) *la* que ha *modelado* o *la* que ha *servido de modelo* para el arbitraje en nuestro país pues “la armonía internacional de las soluciones sólo es posible en realidad mediante la adopción, por parte de todos los Estados, de una *legislación idéntica en materia de arbitraje* y, sobre todo, de la *aplicación uniforme* por los tribunales de cada Estado de las soluciones adoptadas” (GAILLARD).

La vigente ley de arbitraje es una *adaptación* de la Ley Modelo CNUDMI/UNCITRAL cuya normativa sobre el denominado *acuerdo de arbitraje* (artículo 7 de la Ley Modelo CNUDMI/UNCITRAL) se proyecta *igualmente* en la regulación del *convenio arbitral* que realiza la vigente ley de arbitraje en la que su Título II al utilizar como rúbrica “*Del convenio arbitral y sus efectos*”, opta decididamente por los términos *convenio* y *arbitral*².

¹ Ley Modelo CNUDMI/UNCITRAL sobre Arbitraje Comercial Internacional (Documentos de las Naciones Unidas A/40/17, anexo I, y A/61/17, anexo I) (Aprobada el 21 de junio de 1985 y enmendada el 7 julio de 2006 por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional). Disponible en: https://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/ml-arb/07-87001_Ebook.pdf. Fecha de la consulta: 20/05/2021.

² Entre las legislaciones en lengua española que han adoptado la ley Modelo CNUDMI/UNCITRAL los términos *convenio* y *arbitral* se encuentran en la Ley de mediación, conciliación y arbitraje de 11/07/2002 de El Salvador (artículo 29). Disponible en: <https://elsalvador.law.pro/Leyes1/leyes%20>

La base negocial del arbitraje. El convenio arbitral

Para comprender qué se entiende por convenio arbitral conviene acudir a la exposición de motivos de la ley de arbitraje en la que se dice que cuando el “Título II regula los requisitos y efectos del convenio arbitral” lo hace según esa exposición de motivos, “sin perjuicio de la aplicación de las normas generales sobre contratos en todo lo no específicamente previsto en esta ley [es la ley de arbitraje]” (apartado III de la exposición de motivos de la ley de arbitraje).

Indicaciones que alejarían el convenio arbitral de su conceptualización *exclusivamente contractual* a la que sólo se acudirá *cuando sea preciso*, o lo que es lo mismo “en todo lo no específicamente previsto en esta ley [es la ley de arbitraje]” (apartado III de la exposición de motivos de la ley de arbitraje) pero que, no obstante, era *la única conceptualización normativa válida* en la denominada ley de arbitrajes de derecho privado de 1953 al asignársele al arbitraje *una naturaleza esencialmente contractual*.

En efecto, FERNÁNDEZ DE SORIA Y VILLANUEVA, con cita de GUASP, relata que “durante el primer trimestre de 1950, en el Instituto Español de Derecho Procesal, el Dr. GUASP fue ponente en el tema “*La vitalidad de la cláusula compromisoria*, donde, entre otras conclusiones, formulaba las siguientes:

“Tercera: El efecto fundamental positivo de dicha cláusula puede ser concebido de tres maneras distintas:

“A) Como el de cualquier contrato preliminar, quedando vinculados los *contratantes* a lo pactado. En caso de incumplimiento, el juez no podrá subrogarse de oficio en lugar de ellos, sino limitarse a imponer la correspondiente indemnización de daños y perjuicios.

“B) Como *un contrato* de posible cumplimiento específico, admitiéndose que el juez, en sustitución del *contratante* que incumple, pueda nombrar de oficio a árbitros o amigables componedores y determinar la controversia, cosa para la que no hay actualmente vía expedita en nuestra legislación

“C) Como mero contrato preliminar, si en la cláusula compromisoria no se verificó el nombramiento de los terceros dirimientes, o *contrato* de posible cumplimiento específico, si se verificó correctamente tal designación».

A diferencia de la ley de arbitrajes de derecho privado de 1953, *la justificación normativa del convenio arbitral* que se regula en la vigente ley de arbitraje, *no responde a una estructura contractual* y sí (tal y como vengo sosteniendo desde 1989) a *la negocial propia de un negocio jurídico*³ como expresión y efecto *de negociar* la resolución de una

de%20el%20salvador/LEY_DE_MEDIACION_CONCILIACION_Y_ARBITRAJE.pdf. También en el artículo 37 de la Ley de conciliación y arbitraje. Decreto N° 161-2000 de Honduras. Disponible en: <https://www.tsc.gob.hn/biblioteca/index.php/leyes/149-ley-de-conciliacion-y-arbitraje>. En el artículo 7 del Decreto Ley N° 5 de 8 de julio de 1999 de Panamá (Gaceta oficial 23.837 de 10 de julio de 1999). Disponible en: <https://amp.gob.pa/wp-content/uploads/2019/02/16DAL-Decreto-Ley-5-1999.pdf>. Y, en fin, en el Título III rubricado “Convenio arbitral” del DL. N° 1071 Decreto Legislativo que norma el arbitraje en Perú. Disponible en: https://portal.osce.gob.pe/arbitraje/sites/default/files/Documents/Legislacion_aplicable/DL-1071-ley-que-norma-el-arbitraje.pdf. Fecha de consulta 13/06/2021.

³ La utilización del *negocio jurídico* como base del convenio arbitral surge cuando se alude a “la particular fisonomía del *negocio jurídico* constitutivo del arbitraje testamentario que puede sostenerse, *por relación* al convenio arbitral” (COLINA GARCÍA). De igual modo, se ha dicho que “la fundamentación del arbitraje, claramente voluntaria, se encuentra en la *autonomía negocial* de las partes” (PICCININI) pero “como *en cualquier negocio jurídico*, las cláusulas de arbitraje deben ser interpretadas con arreglo a las normas generales sobre interpretación contenidas en los preceptos del código civil que se refieren a los contratos” (FERNÁNDEZ PÉREZ).

La base negocial del arbitraje. El convenio arbitral

determinada controversia para que sea resuelta por un tercero (el árbitro) que *se integra* en la categoría de los negocios *que poseen consecuencias jurídico/procesales*⁴.

La metodología *procesal* respecto de lo que *se negocia* en un convenio arbitral *se encuentra presente* en la Nota explicativa de la secretaria de la CNUDMI acerca de la Ley Modelo de *particular valor interpretativo* si se tiene en cuenta que, como se indica en la exposición de motivos de la vigente ley de arbitraje (apartado I) la ley española de arbitraje asume como “su *principal criterio inspirado* el de *basar* el régimen jurídico español del arbitraje en la Ley Modelo elaborada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, de 21 de junio de 1985 (Ley Modelo de CNUDMI/UNCITRAL), recomendada por la Asamblea General en su Resolución 40/72, de 11 de diciembre de 1985”.

En base a ese “*principal criterio inspirador*” (apartado I de la exposición de motivos de la vigente ley de arbitraje), la metodología *procesal* respecto de lo que *se negocia* mediante un convenio arbitral se justifica en esa Nota explicativa de la secretaria de la CNUDMI aludiendo *expresamente* a lo que denomina como “*derecho procesal arbitral*” pues «la Asamblea General, en su resolución 40/72, de 11 de diciembre de 1985, recomendó “que todos los Estados examinen debidamente la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional, *teniendo en cuenta la conveniencia de la uniformidad del derecho procesal arbitral*». O, cuando alude a la existencia de un *proceso arbitral* al regular la Ley Modelo “todas las etapas del *proceso arbitral*, desde el acuerdo de arbitraje hasta el reconocimiento y la ejecución del laudo arbitral”. Incluso, la Nota explicativa de la secretaria de la CNUDMI *distingue* entre el *proceso arbitral* y “los litigios *ante* los tribunales estatales”. Un *proceso arbitral*, al que se le *caracteriza* por su “*conveniencia práctica*” e “*irrevocabilidad*”. Un *proceso arbitral*, al que se *protege* “contra toda *injerencia imprevisible* o

⁴ Hay quien adopta esa misma justificación del convenio arbitral pero desde la perspectiva de lo que se denomina *acto jurídico* y que supone que *negocio jurídico* y *acto jurídico* son considerados “como sinónimos” (GARCÍA ASCENCIOS) por lo que “a fin de saber si el convenio arbitral es un negocio jurídico, se debe ir a la regulación del acto jurídico del código civil (peruano), el cual en el artículo 140 dice “*el acto jurídico es la manifestación de voluntad destinada a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas. Para su validez se requiere: 1. Agente capaz 2. Objeto física y jurídicamente posible 3. Fin lícito 4. Observancia de la forma escrita bajo sanción de nulidad*” En esa línea el acto jurídico es todo acto humano destinado a crear efectos jurídicos. Así, el acto jurídico es el género y el contrato es la especie, pues el primero es todo tipo de conducta que cumpla con los requisitos indicados por el artículo 140” (GARCÍA ASCENCIOS) de modo que «con relación a la denominación de la teoría “negocial”-procesal, si bien en España es adecuada (...) en el sistema local no es correcta, pues el código civil peruano acoge la denominación de acto jurídico. Por esta razón, sería apropiado nominar a esta tesis, en el país, como teoría acto-procesal» (GARCÍA ASCENCIOS). También se alude a «la “doble naturaleza” material y procesal del convenio arbitral» (VIRGOS).

En Colombia se ha sustentado que el arbitraje tiene “naturaleza dual, en el sentido de que, si bien tiene un *origen convencional*, genera igualmente obligaciones de *carácter procesal*” (CORREA ARANGO).

En Brasil se alude “a *cláusula compromissória é de essência convencional e produz seus efeitos na arena procesal. É esse o entendimento majoritário quanto à natureza desse pacto*” (BASTISTA MARTINS).

En la doctrina italiana “*la natura giuridica della convenzione arbitrale (...) è comunemente ritenuta contrattuale (...) perche consente in concreto di ricorrere alle norme generali sui contratti, sia per i problema di validità, che per quelli interpretativi*” (CARPI) por lo que «*neppure è esatta la definizione dei “negozio processuale”, perche in realtà la convenzione riguarda il modo di esercizio della tutela dei diritti, il regime di esecuzione delle azioni in senso sostanziali ed ha una mera rilevanza processuale, nel momento in cui è sollevata l’eccezione di compromesso*” (CARPI).

La base negocial del arbitraje. El convenio arbitral

perjudicial de un tribunal judicial” lo que *le avala* como “un *elemento fundamental* para que las partes *elijan* la vía arbitral”. O, cuando se alude a la existencia de una *justicia procesal* que se hace depender del artículo 18 de la Ley Modelo de CNUDMI/UNCITRAL al establecer “los *requisitos fundamentales de justicia procesal*” y en el que se contienen los “*Derechos procesales fundamentales de las partes*” en el arbitraje.

Por tanto, la estructura *negocial* del convenio arbitral *no se ahorma* a los efectos *propios* (*negocio jurídico propio*) de un negocio jurídico *contractual*⁵ aun cuando su ubicación natural sea la contractual, sino a los *impropios* (*negocio jurídico impropio por sus consecuencias jurídico/procesales*) que se asociación a la *resolución de una controversia mediante un tercero denominado árbitro del que se le exige que sea imparcial e independiente respecto de quienes negociaron el convenio arbitral*. No extraña, por tanto, que se le califique al convenio arbitral “como un *instrumento de heterocomposición* del conflicto derivado de la *ejecución de un contrato*” (FERNÁNDEZ ROZAS).

La *estructura negocial* del convenio arbitral *impide* que pueda justificarse en la teoría general del contrato y *si* en la proyección negocial que despliega *justificada* en la *libertad* de la autonomía de la voluntad siendo su régimen jurídico *diferente* al del contrato del que surge por lo que “el primer efecto directo de la autonomía del acuerdo arbitral con respecto al contrato principal *es que no es afectado* por la suerte del contrato principal” (DERAINS, REGIDOR).

La estructura *negocial* del convenio arbitral *es diversa* de la «“actividad negocial”» (HINOJOSA SEGOVIA) contemplada desde la perspectiva de la “negociación, en sí misma” (HINOJOSA SEGOVIA) porque “siempre se ha considerado -a la negociación- uno de los sistemas alternativos o adecuados de solución de conflictos” (HINOJOSA SEGOVIA). *A partir* de la estructura *negocial* del convenio arbitral, *se negocia* la actividad de resolución de la controversia por un árbitro. Pero, la negociación que justifica el convenio arbitral *no* es como tal un “sistema alternativo o adecuado de solución de conflictos” (HINOJOSA SEGOVIA). El convenio arbitral *no es* en sí mismo un “sistema” (HINOJOSA SEGOVIA). Es un negocio jurídico *justificado* en la *libertad* de la autonomía de la voluntad.

Cuando *se negocia* un convenio arbitral *no se contrata* la resolución de una controversia (son las denominadas *teorías contractualistas*) *a cambio* de un precio con los efectos *propios* de un negocio jurídico *contractual* como pueda ser la compraventa (*negocio jurídico propio*). El convenio arbitral *no es un contrato por el que se compra y/o se vende un laudo arbitral*. El tercero denominado árbitro no resuelve la controversia que se negoció en el convenio arbitral *a cambio* de un precio. *No se compra* la resolución de la controversia *a cambio* del pago de un precio. Si así se actuara *peligraría* la independencia e imparcialidad del árbitro que tan celosamente desea patrocinar la exposición de motivo de la ley de arbitraje (apartado IV) al indicar que “se establece el *deber* de todos los árbitros, al margen de quien los haya designado, *de guardar la debida imparcialidad e independencia frente a las partes en el arbitraje*. *Garantía* de ello es su *deber de revelar* a las partes cualquier hecho o circunstancia susceptible de poner *en duda* su imparcialidad o independencia”. Exigencia de *independencia e imparcialidad* del árbitro que desde el primer

⁵ Se ha dicho que “la calificación contractual del arbitraje es incapaz, por sí sola, de dar respuesta a los interrogantes relativos a la fuente de la validez del convenio arbitral” (GAILLARD) pues “el polo contractual en realidad, parece ser traído a colación sólo para justificar la visión territorialista del arbitraje” (GAILLARD).

La base negocial del arbitraje. El convenio arbitral

momento planteó la Ley Modelo CNUDMI/UNCITRAL (artículo 12 de la Ley Modelo CNUDMI/UNCITRAL).

Los dos términos *-convenio y arbitral-* son deudores de un mismo recorrido: el arbitraje que no deja, ni al uno (*el convenio*) ni al otro (*el arbitraje*), maltrechos. Uno, el sustantivo *-convenio-*, el otro, el adjetivo *-arbitral-*, hacen del convenio arbitral un *doppione* que cuenta con un elemento de singular eficacia para su operatividad: *la libertad de las partes en orden a expresar su voluntad de negociar su sometimiento a arbitraje* y que el artículo 7 de la Ley Modelo CNUDMI/UNCITRAL desea exteriorizar del modo que sigue: *“las partes deciden”*⁶.

La condición mínima para un correcto entendimiento del convenio arbitral en clave de que las *“las partes deciden”* (artículo 7 de la Ley Modelo CNUDMI/UNCITRAL), *reside en la libertad* de esas mismas partes en orden a someterse a arbitraje. *A través de la libertad* con la que actúan y con ella, se hace arbitraje en modo tal que, *en ausencia de libertad* en orden a expresar las partes su voluntad de someterse a arbitraje, *no se garantiza el arbitraje. No existe arbitraje sin libertad.*

La praxis jurisprudencial arbitral ha indicado que, en efecto, *“la doctrina científica y la jurisprudencia ponen de relieve que lo esencial, para la eficacia de un convenio arbitral, es que conste la voluntad de las partes de someterse a arbitraje, voluntad, claro está, que ha de responder a un consentimiento válido. Dicha constatación de la voluntad se erige como requisito único del artículo 9 de la ley de arbitraje, siendo indiferente la expresión que se utilice para convenir la cláusula arbitral, al igual que la inclusión de disposiciones sobre el número de árbitros, lugar del arbitraje, etc.”* (GOYENA SALGADO).

En el desarrollo de las *actuaciones arbitrales* (la rúbrica del Título V de la ley de arbitraje es la siguiente: *“Sustanciación de las actuaciones arbitrales”*), *existe una justificación negocial* que será determinante para su desarrollo. Ese origen *negocial* se encontraba ya en la anterior ley de arbitraje de 1988. Y, ese origen *negocial*, deviene en *garantía* del arbitraje. De modo que, *cuanto más se afirme el ámbito negocial del arbitraje, en idéntica proporción habrá de consolidarse la garantía que ha de proyectar el arbitraje negociado en libertad.*

Al afrontar la proyección teórica y práctica del arbitraje *negociado en libertad*, conviene enmarcarla en un horizonte de evidente fertilidad normativa. Y, de modo similar a como se indica en el artículo 7 de la Ley Modelo CNUDMI/UNCITRAL, el artículo 9.1. de la ley de arbitraje *confirma y reafirma la libertad* de las partes en orden a expresar su voluntad de someterse a arbitraje acudiendo a una propuesta de heterocomposición que *se justifica y garantiza en la existencia de libertad* de las partes en orden a *expresar su voluntad de negociar someterse a arbitraje a través del convenio arbitral.*

Precisamente en ese contexto *negocial* que deviene en *garantía* del arbitraje en orden a *explicar cómo se negocia*, pueden ser ilustrativas las indicaciones del ponente

⁶ El artículo 7 de la Ley Modelo CNUDMI/UNCITRAL rubricado *“Definición y forma del acuerdo de arbitraje”* (Aprobado por la Comisión en su 39º período de sesiones, celebrado en 2006) establece:

“1) El “acuerdo de arbitraje” es un acuerdo por el que *las partes deciden* someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual. El acuerdo de arbitraje podrá adoptar la forma de una cláusula compromisoria incluida en un contrato o la forma de un acuerdo independiente. Fecha de la consulta: 28/06/2021.

La base negocial del arbitraje. El convenio arbitral

RAMOS RUBIO. Por lo pronto, nos anuncia que “no le falta razón a la parte cuando crítica la cláusula arbitral *por no ser un dechado de redacción*”. Pero las iniciales dificultades, las franquea el ponente afirmando que “se halla *en consonancia* con la redacción del resto del Protocolo *en el que se enmarca y en el que se encuentran parámetros suficientes para concebirla como una verdadera y propia cláusula arbitral*” (RAMOS RUBIO). Y ¿por qué? A primera lectura el *por qué* se residenciaría en que “*expresa (...), con la suficiente claridad la intención de los firmantes del instrumento familiar de someter a arbitraje determinadas controversias*” (RAMOS RUBIO).

Pero, corresponde ahora encaminarse a la *auténtica razón* de peso del *por qué* es “*una verdadera y propia cláusula arbitral*” (RAMOS RUBIO). Para saberlo, el ponente RAMOS RUBIO dice que “*téngase en cuenta que, más allá de la literalidad del contrato, cuando esa literalidad, pese a sus deficiencias, se encuentra en consonancia con el propósito negocial plasmado por las partes, es posible, conforme a la teoría de la base del negocio, utilizar ésta como criterio de interpretación contractual*” (RAMOS RUBIO).

Y, “*con el propósito negocial*” (RAMOS RUBIO), se *concluye* que «en el presente caso, la previsión contenida en la cláusula E) del apartado VIII del Protocolo (“*Incidència del protocol en els estatuts de les entitats que integren el grup empresarial bon preu*”), por el propósito y alcance global del propio Protocolo, *sólo* puede tener como sentido (...) establecer una cláusula de arbitraje” (RAMOS RUBIO).

No llegar a comprender las anteriores afirmaciones conduce a que como es el caso del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, ese Tribunal *supra* el *correctivo* del Tribunal Constitucional en su trayectoria de anulaciones de laudos arbitrales *en detrimento lógicamente* de situar a Madrid como sede en la gestión y administración de laudos arbitrales no ya domésticos como también en el ámbito del comercio internacional.

No cabe duda, que con comportamientos *tan exquisitamente jurisdiccionales* como el que asume la ponente POLO GARCÍA y que es posible hallar en la *labor precedente* de su compañero de Sala SANTOS VIJANDE, no se favorece el arbitraje, aunque lo más grave es que, con tales ponencias, se justifica una *fundada duda* sobre si tales ponentes *saben o llegan a comprender* que es un arbitraje⁷.

En este caso, como en otros en que se ha acudido al Tribunal Constitucional, la lectura de la ponente BALAGUER CALLEJÓN *resulta hasta reiterativa* porque sus indi-

⁷ Se ha dicho que «por fortuna, un análisis de las sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Madrid dictadas en 2020 y ya publicadas revela que ese año ya no se produjo ninguna anulación injustificada: la mayor parte de las anulaciones fueron de laudos de instituciones arbitrales de escaso prestigio (...) o por causa concretas justificadas (...). Otras muchas corroboraron la validez de los laudos impugnados. Esa ausencia en 2020 de nuevos “falsos positivos” (anulaciones injustificadas) no parece debida al puro azar y parece corroborar que el que vengo llamando “Quinquenio Aciago” (2015-2019) de anulaciones indebidas es ya historia» (CONTHE GUTIÉRREZ). O que, en fin, “da la sensación que este viacrucis que amenazaba con señalar a Madrid como sede arbitral *non grata* y ha hecho temblar los cimientos del arbitraje en España, tan trabajosamente erigidos, ha llegado a término y que el Tribunal Constitucional ha escrito el fin de una historia imprimiendo un marchamo de madurez definitiva del arbitraje comercial en el Derecho español, sin visos de vuelta atrás... A buen fin no hay mal principio...” (SANCHEZ LORENZO). No obstante, respecto de la atribución competencial a los Tribunales Superiores de Justicia que tuvo lugar en 2011, se dijo que “se trata de una reforma que contribuirá a una mayor seguridad y certeza jurídica, y que servirá también como un motivo de atracción hacia España de arbitrajes internacionales al disminuir las incertidumbres relativas a la dispersión judicial y al fomentar una mayor unificación de criterios por parte de nuestros tribunales” (PERALES VISCASILLA).

La base negocial del arbitraje. El convenio arbitral

caciones *son tan obvias* que al final *sus argumentos vuelven a repetir lo que ya se había dicho*.

Pregunta ¿qué ha sucedido para que la sentencia de ocho de enero de 2018⁸ *sea abatida* por el Tribunal Constitucional? Respuesta: ***de igual modo que no existe la socialización del arbitraje porque no es posible socializar la libertad, tampoco es posible judicializar o hacer jurisdiccional el arbitraje*** en el que las partes *justificadas en su libertad de negociar* un convenio arbitral *“han decidido sustraer de la jurisdicción la resolución de sus posibles controversias y deferir a los árbitros el conocimiento y solución de sus conflictos, que desde ese momento quedan vedados a la jurisdicción por expresa voluntad de las partes”* (BALAGUER CALLEJÓN). ***La jurisdiccionalización del arbitraje supone la muerte del arbitraje.***

La jurisprudencia constitucional más reciente⁹ “ha supuesto la vuelta a la normalidad en un tema fundamental para la eficacia y seguridad jurídica del arbitraje como es la determinación de cuál es la naturaleza del arbitraje, la función de los órganos jurisdiccionales en relación con la acción de nulidad y la intervención mínima que les corresponde en línea con lo establecido en la ley de arbitraje que establece las causas tasadas que producen la nulidad y la prohibición de utilizar el motivo del orden público como excusa para revisar el fondo del laudo” (GONZÁLEZ-SORIA). En efecto, “*no hay acción directa contra lo resuelto por los árbitros en cuanto al fondo de la controversia*” (MUNNÉ CATARINA) porque «el fondo del asunto *no puede ser re-enjuiciado en la acción de anulación en ningún caso. Tampoco bajo el pretexto del “cajón de sastre” del orden público, puesto que en realidad no es un “cajón de sastre” omnicompreensivo, sino tan sólo una cláusula de cierre del ordenamiento para evitar que un laudo arbitral vulnere derechos fundamentales, del ordenamiento interno del Estado en el que se haya de ejecutar dicho laudo, en su vertiente formal*» (MUNNÉ CATARINA).

Basta con que la norma constitucional *acepte y admita la libertad* como valor superior del ordenamiento jurídico, para que exista arbitraje (artículo 1.1. de la Constitución española)¹⁰. No se precisa ningún añadido más. No es necesario acudir a la existencia de una *Jurisdicción arbitral* para justificar la existencia del arbitraje *en libertad*¹¹.

⁸ Consúltese Roj: STSJ M 46/2018 - ECLI:ES: TSJM: 2018:46 Id Cendoj: 28079310012018100001 Órgano: Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Civil y Penal Sede: Madrid Sección: 1 Fecha: 08/01/2018 N° de Recurso: 52/2017 N° de Resolución: 1/2018 Procedimiento: Civil Ponente: SUSANA POLO GARCIA Tipo de Resolución: Sentencia.

Su ponencia fue objeto del amparo constitucional que justificó la *Sentencia del Tribunal Constitucional de 15 de junio de 2020* Sentencia 46/2020, de 15 de junio (BOE núm. 196, de 18 de julio de 2020) ECLI:ES:TC: 2020:46, Ponente BALAGUER CALLEJÓN.

⁹ BALAGUER CALLEJÓN, M^a. L., *Sentencia del Tribunal Constitucional de 15 de junio de 2020* Sentencia 46/2020, de 15 de junio (BOE núm. 196, de 18 de julio de 2020) ECLI:ES:TC: 2020:46. BALAGUER CALLEJÓN, M^a. L., *Sentencia del Tribunal Constitucional de 15 de febrero de 2021*. Sentencia 17/2021, de 15 de febrero (BOE núm. 69, de 22 de marzo de 2021) ECLI:ES:TC:2021:17.

¹⁰ Una libertad que la Constitución reconoce y se interpreta “de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales (...) ratificados por España” (artículo 10.2. de la Constitución).

¹¹ Con acierto se ha dicho que “*la giurisdizione è giudizio, autorità, potere, sovranità: è, in sostanza, ordinamento e Stato, che si impone ai privati: l’arbitrato è giudizio che nasce invece dalla volontà dei privati che hanno preferito ed instaurato, senza altra forza che la loro volontà, e dunque senza potere, autorità, supremazia*” (LA CHINA).

La base negocial del arbitraje. El convenio arbitral

El ámbito *negocial* del convenio arbitral *excluye* el arbitraje del ámbito *jurisdiccional* y *también* de su conceptualización como *Jurisdicción de índole privada* para *contraponerla a la pública de Juzgados y Tribunales estatales* al quedar “*desechado* por la doctrina mayoritaria y aún por el propio Tribunal Supremo que existan dos clases de jurisdicción, la pública y la privada” (ALEGRET BURGÜES) por lo que es preciso admitir que «la facultad de los árbitros “*es consecuencia de la libertad de negociación* y les viene otorgada por la *voluntad* de los interesados conectados por una determinada relación jurídica» (ALEGRET BURGÜES).

Por tanto, *ni* el “*empoderamiento de la Jurisdicción arbitral*” (RÍOS PATIO) *ni* la afirmación relativa a que el arbitraje “*también es Jurisdicción*” (NIEVA FENOLL), son referentes que permitan justificarlo pues el arbitraje *ni modifica, ni incide* en el orden general ordinario y común de la Jurisdicción *ni justifica* una propuesta metodológica en ese contexto constitucional que permita incluirlo en la codificación general de la Jurisdicción porque el reconocimiento del arbitraje *no se condiciona* a su expresa configuración o conceptualización constitucional como Jurisdicción arbitral.

La ley de arbitraje *no ha medido* con criterios diferentes la *libertad de negociar* de las partes en orden a que expresen su voluntad de someterse a arbitraje y *su origen negocial* que deviene *en garantía* del desarrollo de las actuaciones arbitrales y, por tanto, *no ha procedido a disociar la libertad de negociar, de la garantía misma de la existencia del arbitraje*.

Si acudimos a las fuentes de nuestro sistema jurídico de indudable justificación romanista, se concluye que “tanto en el derecho romano como en la actualidad, el arbitraje es un mecanismo de resolución extrajudicial de conflictos que *se fundamenta* en la autonomía de la voluntad de las partes” (LÓPEZ HUGUET) lo que explicaría que la praxis jurisprudencial arbitral indique que el arbitraje permite “a las personas, sean naturales o jurídicas, y mediante una expresión *libre* de voluntad, someter las cuestiones litigiosas actuales o futuras de las que tengan libre disposición conforme a derecho a la decisión vinculante de uno o más árbitros, siguiendo el procedimiento arbitral” (POLO GARCÍA).

Ubicados *en esa implacable dinámica de libertad*, interesa mostrar una vez más que, a *falta de libertad* de las partes, *no se garantiza* el arbitraje. *No existe socialización del arbitraje porque no es posible socializar la libertad con la que acudir al arbitraje*.

Basten estas referencias para mostrar la *importancia de la libertad* y de la *actuación con libertad en el arbitraje* que atestigua que *no existe arbitraje sin libertad; libertad* que justifica que, en la escena de la heterocomposición arbitral, se pueda acudir al método de heterocomposición que, utilizado por el árbitro, le permita proceder a la resolución de la controversia que se le somete a su consideración. Comparece, entonces, el necesario deslinde entre *heterocomposición arbitral* (es el *proceso arbitral* a que alude Nota explicativa de la secretaria de la CNUDMI acerca de la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional) y *libertad* como actividades diversas pero *aunadas* por la metodología de la resolución de la controversia.

2. La libertad de negociar el arbitraje como valor superior del ordenamiento jurídico

Se requiere un plus de argumentación para justificar que el convenio arbitral *se constituye* en inspector crítico de la justificación *en libertad* del arbitraje. Ese plus de argumentación hay que ir a buscarlo a la Constitución.