

Procesal y Arbitraje

# Control judicial del laudo por incumplimiento de las exigencias del litisconsorcio pasivo necesario

Se examina el control judicial de excepción de litisconsorcio pasivo necesario en el proceso de anulación del laudo a la luz de la reciente doctrina del Tribunal Constitucional sobre el fundamento constitucional del arbitraje y los límites del orden público como motivo de anulación del laudo.

## FAUSTINO CORDÓN MORENO

Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad de Navarra

Consejero académico de Gómez-Acebo & Pombo

### Resumen

1. Son frecuentes ya las resoluciones judiciales que, siguiendo la senda marcada por la reciente doctrina del Tribunal Constitucional (SSTC 46/2020, de 15 de junio, 17/2021, de 15 de febrero, 65/2021, de 15 de marzo de 2021), abogan por una interpretación restrictiva del concepto de orden público como causa de anulación del laudo arbitral que se considera más respetuosa con el principio de autonomía de la voluntad de las partes, elevado a fundamento de la institución arbitral (art. 10 Constitución Española [CE]) con desplazamiento del artículo 24 CE. La doctrina parece que se impone, aunque subsisten

pronunciamientos que se apartan de ella; por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid 66/2021, de 22 de octubre, que (con el voto en contra del presidente) anula el laudo «por infracción del orden público [art. 41.1.ª Ley de Arbitraje] que trae causa de que el error iuris en la selección del Derecho aplicable vicia de raíz las premisas de enjuiciamiento asumidas por el Tribunal Arbitral y lleva aparejado como consecuencia un déficit absoluto de motivación, derivado de la exclusión del Derecho preferente de la Unión Europea y de la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea aplicable al caso, y de no haber justificado dicha exclusión normativa y jurisprudencial».

2. Traigo ahora a colación una de estas resoluciones, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco 2/2021, de 27 de abril (JUR 2021, 188038), que, apelando a la referida doctrina constitucional, excluye del orden público, entre otras, la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario, que tradicionalmente ha sido incluida por la jurisprudencia dentro del mismo porque su no apreciación «conculcaría el principio de que nadie puede ser condenado sin ser oído ni vencido en juicio» (STS 271/2008, de 17 de abril); las exigencias que impone el litisconsorcio necesario afectan, por tanto, al derecho de defensa y, por eso, esta excepción tiene relevancia constitucional (v. STS 29 febrero 2000, RJ 2000, 1301).

La sentencia no proporciona datos sobre la concurrencia en el caso del fundamento de esta excepción procesal, limitándose a rechazarla porque el demandante de anulación no identifica ni uno solo de los principios básicos integrantes del orden público, «más allá de la socorrida invocación del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, que, a diferencia de la jurisdicción, no constituye el núcleo del arbitraje, cuyo anclaje constitucional no se encuentra en el artículo 24, sino en el artículo 10 y el principio de libertad». Aunque, quizá no convencida de la procedencia de una exclusión tan radical, entra a enjuiciarla.

3. Llama la atención que la sentencia rechace el motivo de anulación, en primer lugar, por haber invocado el demandante la vulneración de la garantía constitucional del derecho a la tutela judicial efectiva. El desplazamiento del anclaje constitucional del arbitraje (del art. 24 CE a su art. 10) no impide, obviamente, que siga subsistiendo el orden público (como causa de anulación del laudo) y no se discute que forman parte de su contenido también las garantías consti-

tucionales procesales del artículo 24 CE. La sentencia lo dice con claridad remitiéndose a la Sentencia del Tribunal Constitucional 46/2020, de 15 de junio (FJ 4): «La acción de anulación, por consiguiente, 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». Parece, pues, que no debería incurrir en exceso de jurisdicción el tribunal que entre a juzgar si el laudo impugnado ha infringido la garantía constitucional procesal denunciada. La cuestión que se plantea no es si el tribunal competente para la anulación puede realizar ese enjuiciamiento, sino cuál es su alcance y cómo puede verse afectado por la interpretación restrictiva del orden público por la que aboga el Tribunal Constitucional.

4. Al respecto, me parece que tiene razón el voto particular formulado a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid 16/2021, 21 de abril, en la que, cumpliendo la STC 65/2021, de 15 de marzo, se desestima en definitiva la acción de anulación del laudo, cuando dice, por un lado, que ontológicamente la vulneración de la garantía constitucional por el árbitro y por el juez tiene la misma entidad, por lo que las posibilidades de su verificación jurisdiccional han de ser las mismas —«similares», dice la STC 65/2021— que en el caso de las sentencias, y por otro, que igualmente deben ser similares los parámetros para el enjuiciamiento, los que «conforman el contenido esencial del derecho fundamental implicado y, más ampliamente aún, el

contenido constitucionalmente declarado de ese derecho fundamental, precepto o principio constitucional concernido, o principio internacionalmente admitido» (STC 65/2021, FJ 5). La única diferencia es que la vulneración imputable al laudo, al provenir de un sujeto «privado» (el árbitro), no tiene —para su protección— acceso directo al recurso de amparo constitucional que solo cabe en nuestro sistema frente a vulneraciones causadas por un «poder público»; pero ello no excluye su protección por el tribunal ordinario, a cuya resolución será imputable, en su caso la vulneración del derecho fundamental en el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. No sería admisible una dispensa del monopolio constitucional del ejercicio de la función jurisdiccional que no respetara tales exigencias, que son indeclinables.

El único límite que la doctrina constitucional impone al tribunal de anulación es la no revisión del fondo del laudo en sentido estricto en aquellos casos en los que existe una estrecha vinculación entre dicha revisión y el análisis sobre si se ha conculcado el orden público (en especial cuando se trata del control de la garantía constitucional de la motivación). En tales casos, como dice la sentencia analizada (recogiendo la doctrina constitucional), «(d)ebe quedar, por tanto, firme la idea de que (...) el posible control judicial del laudo y su conformidad con el orden público no puede traer como consecuencia que el órgano judicial supla al tribunal arbitral en su función de aplicación del derecho»; es decir, en la decisión del fondo de la controversia.

5. Pero tal problema no se presenta cuando ambos controles (fondo y orden público) se mueven en planos independientes, que es lo ocurre en el supuesto de la garantía constitucional amparada por las exigencias del

litisconsorcio pasivo necesario. Si así sucede, la cuestión que se plantea es si los límites que la doctrina constitucional impone al orden público impiden al tribunal enjuiciar, al amparo de este motivo, garantías constitucionales amparadas por el artículo 24 CE, cuya vulneración no está prevista como causa de anulación del laudo en los demás motivos del artículo 41 de la Ley de Arbitraje. La respuesta de la STC 65/2021 es afirmativa: dado que el arbitraje no es un procedimiento judicial, «el procedimiento arbitral no se puede ver sometido a las exigencias propias del derecho a la tutela judicial efectiva» y, por ello, los árbitros «no están sujetos a los deberes y garantías que impone el artículo 24 de la Constitución», deduciéndose de ello que, «si las partes del arbitraje tienen derecho a que las actuaciones arbitrales sean controladas judicialmente, es así porque de este modo está previsto en la norma rectora del procedimiento arbitral y solo por los motivos de impugnación legalmente admitidos para salvaguardar los principios constitucionales a que se ha hecho referencia (art. 41 LA)».

Consecuencia de esta doctrina es que los demás contenidos del derecho a la tutela judicial efectiva —incluido el derecho de defensa implicado en el incumplimiento de las exigencias del litisconsorcio pasivo necesario— no son trasladables al ámbito del arbitraje y, por ello, no pueden servir de fundamento a la impugnación del laudo por vulneración del orden público. Pero ya dije antes que no parece admisible una dispensa del monopolio constitucional del ejercicio de la función jurisdiccional que no respetara tales exigencias; así parece entenderlo el propio Tribunal Constitucional cuando dice que el orden público comprende los derechos fundamentales y las libertades garantizados por la Constitución, dentro de los cuales se encuentran los de su artículo 24,

y «solo el arbitraje que contradiga alguno o algunos de tales principios podrá ser tachado de nulo por vulneración del orden público» (STC 46/2020). Con palabras del voto particular formulado a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid 16/2021, 21 de abril, al que antes hacía referencia, el principio de autonomía de la voluntad, que —según el Tribunal Constitucional— sirve de fundamento a la institución arbitral, «admite la renuncia ocasional al derecho de acceso a la Jurisdicción, pero no tolera, dada la fuerza de cosa juzgada material (y ejecutiva) del laudo, dar un paso más y concluir que esa libertad de renuncia *in casu* a la jurisdicción acepta y da por buena una decisión que, totalmente análoga en su fuerza y efectos a una sentencia firme, no gozase, sin embargo, de las garantías constitucionales exigidas a todo juez en su labor de juzgar».

Sin duda porque la doctrina constitucional en este punto genera dudas, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco analizada entra a examinar la garantía cuya vulneración había sido denunciada, siquiera sea para desestimarla, y no solo porque el orden público «no se puede considerar vulnerado por la mera desestimación de lo pretendido por la demandante cuando no se ha producido inobservancia de ninguna de las garantías propias de la instancia arbitral», sino también porque «dicha desestimación aparece expresa y debidamente motivada en el laudo sin que dicha motivación pueda ser tachada por arbitraria, ilógica, absurda o irracional». Es decir, la vulneración de la garantía invocada no se rechaza solo por no estar incluida en ninguno de los motivos de anulación del artículo 41 de la Ley de Arbitraje.