

Contornos de la autonomía de la voluntad en la configuración del arbitraje

Ana FERNÁNDEZ PÉREZ *

Sumario: I. La autonomía de la voluntad como valor supremo del ordenamiento jurídico. 1. Elementos constitutivos del dogma. 2. Proyección al arbitraje. II. Autonomía de la voluntad y tutela judicial efectiva. 1. Justicia estatal y potestad arbitral. 2. Posibilidad de renuncia a la acción de anulación. III. La autonomía de la voluntad como instrumento vertebrador del arbitraje. 1. El convenio arbitral como manifestación de la autonomía de la voluntad. 2. Renuncia a la jurisdicción estatal como manifestación de la autonomía de la voluntad.

Resumen: Contornos de la autonomía de la voluntad en la configuración del arbitraje

El arbitraje encuentra su principal esencia en la autonomía de la voluntad de las partes, como titulares de verdaderos derechos subjetivos privados, para integrar cualquier relación jurídica que sea de libre disposición. La autonomía de la voluntad comienza con la renuncia a la jurisdicción estatal como medio de solución de controversias, continúa con la redacción del acuerdo arbitral y aparecerá reflejada en todo el procedimiento arbitral que se desarrolle posteriormente. De hecho, la potestad de los árbitros para resolver controversias sobre materias de libre disposición para las partes conforme a Derecho se encuentra en la libertad y autonomía de la voluntad de los particulares, plasmada en el convenio arbitral. El convenio arbitral se instituye, por tanto, en la pieza clave del arbitraje. Dicha autonomía de la voluntad adquiere un papel protagonista y sólo debe ceder ante ciertos preceptos de carácter imperativo o de obligada observancia por las partes que se contienen en la Ley de Arbitraje.

Palabras clave: AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD – ARBITRAJE – PRINCIPIO DE IGUALDAD – CONVENIO ARBITRAL – JURISDICCIÓN.

Abstract: Contours of autonomy of the parties in shaping the arbitration

Arbitration is the main essence in the autonomy of the parties, as owners of real private individual rights, to integrate any legal relationship that is freely available. The autonomy begins with the renunciation of state jurisdiction in the settlement of disputes, continues with the drafting of the arbitration agreement and will be reflected in all arbitration proceedings hereafter developed. In fact, the power of arbitrators to resolve disputes on matters freely available to the parties under law is in the freedom and autonomy of individuals, embodied in the arbitration agreement. The arbitration agreement is establishing therefore the key piece of arbitration. Such autonomy is primordial and should only yield to certain mandatory provisions required or observance by the parties that are contained in the Arbitration Act.

* Profesora Doctora de Derecho internacional privado, Universidad de Castilla La Mancha.

Keywords: AUTONOMY – ARBITRATION – PRINCIPLE OF EQUALITY – ARBITRATION AGREEMENT – JURISDICTION.

I. La autonomía de la voluntad como valor supremo del ordenamiento jurídico

1. Elementos constitutivos del dogma

1. El arbitraje es un medio de solución de conflictos asentado en la autonomía de la voluntad de las partes, entendida como “aquél poder complejo reconocido a la persona para el ejercicio de sus facultades”¹, que constituye su esencia y su fundamento², con todo lo que supone de renuncia a la jurisdicción estatal por la función del árbitro o de los árbitros³. El paradigma de la autonomía de la voluntad privada simboliza una clara afirmación de los principios superiores o fundamentales que rigen en los ordenamientos jurídicos y en particular en el Derecho español.

Resulta imposible concebir un principio tan trascendental sin tener muy presentes los cimientos o presupuestos contractuales sobre los que se asienta. Esta dimensión contractual entraña en sí misma la capacidad que poseen las personas para establecer cómo quieren que se rijan las relaciones con sus semejantes en vistas a obtener la satisfacción de sus necesidades⁴. Al regular que los contratantes puedan establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, es claro que el Código civil conforma una amplia libertad no exenta de limitaciones⁵. En este contexto, 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 (arts. 1.254 ss). Por tanto, el principio de autonomía de la voluntad es, sin lugar a dudas, el principio básico en torno al cual gira el arbitraje, informándolo durante todo el procedimiento.

Si las partes han decidido concluir un contrato es porque lo han tenido por conveniente, es decir, simple y llanamente porque así lo han querido. Por ello se presupone que han contratado porque eran libres para hacerlo y porque nadie les ha forzado en su decisión. En otras palabras, lo que se confiere a los contratantes es un determinado margen de libertad para establecer una

¹ F. de Castro, *El negocio jurídico*, Madrid, 1967, p. 12.

² F.E. Klein, “Autonomie de la volonté et arbitrage”, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1958, pp. 255 ss y 479 ss; T.E. Carbonneau, *The Law and Practice of Arbitration*, 4ª ed., New York, Juris, 2012, pp. 47-48.

³ M. Pryles, “Limits to Party Autonomy in Arbitral Procedure”, *J. Int'l Arb.*, vol. 24, nº 3, 2007, pp. 327-339.

⁴ E. Lalaguna, “La libertad contractual”, *Revista de Derecho Privado*, 1972, pp. 884 y 885; M. García Amigo, *Lecciones de Derecho civil, II, Teoría general de las obligaciones*, Madrid, McGraw Hill, 1995, p. 130.

⁵ “El convenio arbitral está sometido a las normas generales de los contratos en todo lo no específicamente previsto en la LA” (SAP Sevilla 5ª 26 enero 2011, JUR 2011, 219201. *Vid.* D. Espín Cánovas, “Las nociones de orden público y buenas costumbres como límites de la autonomía de la voluntad en la doctrina francesa”, *ADC*, 1963, pp. 783-820; A. Amorós Guardiola, “Las limitaciones de la autonomía de la voluntad según el pensamiento de Federico de Castro”, *ADC*, 1983, pp. 1129-1147.

serie de reglas de conducta, a las que el ordenamiento confiere el valor de normas jurídicamente obligatorias, y que tendrán por finalidad permitirles la satisfacción de un objetivo determinado por ellos. Es lo que se conoce como “principio de autonomía privada”⁶; su importancia es tal para el Derecho de la contratación que, actualmente, no podría concebirse éste sin la existencia de aquélla. Y es que, en virtud del principio de la autonomía de la voluntad privada, el hombre debe ser libre para contraer las obligaciones contractuales que estime conveniente, de forma que nadie pueda obligarle a hacer lo contrario.

Nos hallamos ante un principio fundamental para el Derecho de la contratación⁷ y, por ende, para el desarrollo de las relaciones económicas y sociales de un país que incorpora una multitud de derechos y de libertades. Y aunque la Constitución de 1978 no lo recoge, ampara expresamente los derechos y libertades que lo conforman. No en vano la vocación de los contratos es materializar las exigencias constitucionales relativas a los derechos fundamentales⁸.

2. La propia evolución del arbitraje ha tropezado con ciertas objeciones desde la perspectiva constitucional, que están en trance de superación en los distintos sistemas⁹ al convenirse que la institución se incluye dentro del deber del Estado de administrar justicia ante el conflicto intersubjetivo de intereses. Desde esta especial perspectiva el arbitraje, en cuanto técnica jurídica de resolución de conflictos, se inserta en el postulado de la libertad como valor superior del ordenamiento jurídico¹⁰ y en sus ramificaciones más consolidadas dentro de la tradición privatista como la libertad negocial y el principio dispositivo en el Derecho de contratos. En definitiva, el principio de la autonomía de la voluntad.

En el Derecho español, la Constitución no realiza ninguna mención al arbitraje. No obstante, el TC ha afirmado en numerosas ocasiones la vinculación con el derecho a la libertad de este método de resolución extrajudicial de conflictos¹¹, considerando que no es un derecho de libertad ejercitable sin

⁶ L. Díez Picazo y A. Gullón entienden por tal “poder conferido o reconocido a la persona por el ordenamiento jurídico para que gobierne sus propios intereses o atienda a la satisfacción de sus necesidades. Cf. *Sistema de Derecho civil*, vol. I, 11ª ed., Madrid, Tecnos, 2004, p. 471.

⁷ L. Ferrí, *La autonomía privada*, traducción y notas de Derecho español de L. Sancho Mendizábal, Granada, Comares, 2001

⁸ B. Mathieu, “La promotion constitutionnelle de la liberté contractuelle en matière de droit du travail. Observations sur la décision du Conseil Constitutionnel n° 2002-465 DC du 13 janvier 2003”, *Recueil Dalloz*, 2003, p. 638. Como señala J. Alfaro Aguila-Real, “Autonomía privada y derechos fundamentales”, *ADC*, 1993, n° 1, p. 62, “las personas, en el ejercicio de su autonomía individual (pueden asumir) voluntariamente limitaciones a sus derechos en función de otros intereses, y dichas limitaciones no sólo son perfectamente constitucionales, sino que constituyen manifestaciones evidentes del derecho al libre desarrollo de la personalidad”.

⁹ Cf. E. Fazzalari, “Questione di legittimità costituzionale”, *Riv. arb.*, vol. XV, 2005, pp. 661-663.

¹⁰ Vid. F. Rubio Llorente, “La libertad de empresa en la Constitución”, *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, (L.J. Iglesias Prada, coord.), vol. 1, Madrid, Civitas, 1996, pp. 431-446.

¹¹ En este sentido, vid. SSTC 176/1996, de 11 de noviembre (RTC 1996/176), 43/1988 (RTC 1988/43), 233/1988 (RTC 1988/233), 15/1989 (RTC 1989/15), 288/1993 (RTC 1993/288) y 174/1995 (RTC 1995/174).

más y directamente a partir de la Constitución, sino un derecho prestacional sólo ejercitable por los cauces procesales existentes y con sujeción a su concreta ordenación legal. Ese marco de libertad encuentra respaldo en ciertos preceptos constitucionales. En particular, el art. 33 CE reconoce el derecho a la propiedad privada, fundamentado en los postulados de la libertad económica y de la autonomía de la voluntad y el art. 38 que estatuye el principio de libertad de empresa en el marco de la economía de mercado¹². Bien es verdad que ambos artículos no son otra cosa que expresión del sincretismo de la nuestra Constitución que, al igual que reconoce la propiedad privada y la propiedad pública, acepta la iniciativa privada en un marco de economía de mercado y también la iniciativa pública en la actividad económica, no ligadas por el principio de subsidiariedad sino por el de compatibilidad¹³. No en vano, en la doctrina del Tribunal Constitucional la libertad de empresa está innegablemente unida a la propiedad privada configurándose más como una “garantía institucional” que como un derecho subjetivo; una garantía, cuyo contenido esencial radica en la autonomía de la voluntad, entendida como libertad de contratación y poderes de dirección del empresario¹⁴.

2. Proyección al arbitraje

3. La libertad de los ciudadanos es un valor supremo de nuestro ordenamiento jurídico y, en este contexto, la potestad de los árbitros de llevar a cabo la resolución de controversias, sobre materias de libre disposición para las partes conforme a Derecho, encuentra precisamente su fundamento en la libertad y autonomía de la voluntad de los particulares, materializada en el convenio arbitral¹⁵. El principio de la autonomía de la voluntad, cabe insistir en ello, es el sustento de la institución del arbitraje y se erige en un principio capital en el mundo globalizado, en el que aspira a un papel propio, definidor de nuevas realidades jurídicas y de nuevos procedimientos de solución de conflictos a través de la armonización de los intereses en presencia¹⁶. La

¹² El art. 38 CE reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado y, a partir de este precepto, se afirma que nuestra Constitución se adscribe al modelo socioeconómico de una economía de mercado libre basada en la iniciativa privada. *Vid., inter alia*, J.I. Font Galán, *Constitución económica y Derecho de la competencia*, Madrid, Tecnos, 1987

¹³ L. Díez Picazo y Ponce de León, “Algunas reflexiones sobre el derecho de propiedad privada en la Constitución”, *Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, vol. II, Madrid, Civitas, 1991, pp. pp. 1257-1270; J. Rodríguez-Zapata Pérez, “La propiedad privada: de cienienta a derecho fundamental”, *RGLJ*, 2001, pp. 601-620.

¹⁴ R. Rivero Ortega, *Introducción al Derecho administrativo económico*, 2ª ed., Salamanca, 2001; A. Cidoncha, *La libertad de empresa*, Madrid, Civitas, 2006, p.116.

¹⁵ B.M. Cremades, “El convenio arbitral”, *RCEA*, vol. XVIII, 2003, pp. 43-70.

¹⁶ Como ponen de relieve L. Díez-Picazo y A. Gullón, “en el ejercicio de la autonomía de voluntad concurre el debate entre la calificación de acto jurídico y negocio jurídico. Si bien tanto el negocio como el acto jurídico participan de la misma naturaleza: son actos jurídicos porque derivan de una actuación humana realizada con conciencia y voluntad, la línea divisoria entre ambos se deriva en que en el negocio, el autor o autores autorregulan sus propios intereses, establecen una norma de conducta vinculante para su satisfacción. En cambio, en el acto jurídico se halla ausente todo contenido normativo, pues el agente no tiene el poder de configurar las consecuencias jurídicas, ya que estas

prueba fehaciente del reconocimiento implícito de una amplia autonomía en el arbitraje es la presencia, junto a otros principios como la admisión de la facultad para comprometer del Estado y las empresas públicas, de la autonomía de la cláusula arbitral¹⁷, del principio de “competencia–competencia” de los árbitros, del de la propia autonomía del arbitraje y de la reducción del control de las jurisdicciones estatales y, por último, de la admisión de la completa libertad de las partes en materia de nombramiento de árbitros, de procedimiento y de Derecho aplicable al fondo de la controversia.

A partir de aquí el arbitraje se configura como “un medio heterónomo de arreglo de controversias que se fundamenta en la autonomía de la voluntad de los sujetos privados, lo que constitucionalmente le vincula con la libertad como valor superior del ordenamiento”¹⁸. Incumbe pues a los poderes públicos garantizar el libre desarrollo de la personalidad o, dicho en otras palabras, el respeto a la autonomía individual, facilitando a los ciudadanos los instrumentos precisos para su participación en condiciones de igualdad en la vida política, económica, cultural y social. Más concretamente, el medio o instrumento del que libremente se servirá la persona para obtener la satisfacción de sus necesidades y crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas de contenido patrimonial con otros sujetos va a ser, sin duda alguna, el contrato. Con este instrumento en sus manos el individuo está en condiciones para adoptar sus propias decisiones, y materializar sus propias iniciativas económicas en la vida cotidiana.

4. Una cosa es que la ley confiera a las partes un amplio marco de acción para que dispongan sobre algunos temas sustantivos y procedimentales del arbitraje, y otra muy distinta que pueda existir un arbitraje que ignore completamente las normas imperativas dadas por el legislador. La autonomía de la voluntad no es un principio absoluto debido a que, aunque las partes pretendan resolver sus controversias a través de este procedimiento extrajudicial, no todas las materias son objeto del mismo¹⁹. Así, existen materias indisponibles, como las relativas a los derechos fundamentales (libertad, el derecho al honor, la seguridad, etc), las que ha recaído ya sentencia judicial firme o las que traten sobre la filiación, tutela o incapacitación, entre otras.

Bien entendido que aunque la voluntad de las partes debe ser respetada escrupulosamente, semejante libertad no puede llevarse al extremo de alte-

están predeterminadas por la ley. Bajo esa concepción se deja fuera del ámbito del negocio jurídico a los actos de autonomía de la voluntad que afecten a relaciones familiares o al estado civil de las personas. Se puede utilizar la autonomía para crear un estado civil, una relación familiar, pero, no se posee el poder para conformar el contenido, porque la ordenación de dichas relaciones ya está contenida en la ley. Es ella la que atribuye los efectos correspondientes en vista a los intereses generales de la comunidad” (cf. *Sistema de Derecho civil*, 5ª ed., vol. I, Madrid, Tecnos, 1984, p. 375).

¹⁷ L. Martínez Vázquez de Castro, *La cláusula compromisoria en el arbitraje civil*, 2ª ed., Madrid, Cívitas, 1991.

¹⁸ STC 9/2005 de 17 enero (RTC 2005/9); STS 23 junio 2010, RJ 2010\4907.

¹⁹ X. O’ Callaghan Muñoz, *Compendio de Derecho civil*, t. 2 (*obligaciones y contratos*), vol. 1, Madrid, Edersa, enero 1993.

rar la naturaleza misma del arbitraje ni los objetivos de sus normas reguladoras, esencialmente en la LA/2003 o las Convenciones de Nueva York de 1958 y de Ginebra de 1961. Debe distinguirse, a este respecto, entre aquellos aspectos sobre los que las partes cuentan con un gran margen de autonomía (*v.gr.*, el alcance del acuerdo arbitral, las potestades que se confieren a los árbitros para decidir sobre la arbitrabilidad de la controversia o sobre la aplicación de *punitive damages*, la sede del arbitraje o la legislación aplicable) y aquellos otros sobre los cuales la libertad contractual cede ante las normas imperativas²⁰.

5. En una primera etapa de la moderna regulación del arbitraje en España se exigía que la voluntad de las partes de someter la solución de todas las cuestiones litigiosas o de algunas de estas cuestiones, surgidas o que pudiesen surgir de relaciones jurídicas determinadas, a la decisión de los árbitros, así como expresar la obligación de cumplir tal decisión, debía ser “inequívoca” (art. 5 LA/1988)²¹, pues la práctica demuestra que la intención de las partes a este respecto es cuestionada con frecuencia²². Baste atender, de un lado, a la existencia de un convenio arbitral defectuoso, válido en lo esencial, pero con imprecisiones susceptibles de provocar su propia ineficacia del propio convenio arbitral²³; y, de otro lado, a que aunque las partes pretendan evitar la resolución judicial de la controversia (efecto negativo del convenio) no expliciten su decisión incuestionable de someterse al juicio de árbitros (efecto positivo del convenio); por ejemplo, porque la cláusula de arreglo de controversias futuras establezca con carácter previo al arbitraje otro procedimiento no jurisdiccional (*v.gr.* una conciliación), o la práctica de alguna pericia (*v.gr.*, el dictamen de un arquitecto o de un ingeniero)²⁴.

²⁰ K.M. Curtin, “Contractual Expansion and Limitation of Judicial Review of Arbitral Awards”, en Th. E. Carbonneau, *American Arbitration Association Handbook on commercial arbitration*, JurisNet, LLC, Nueva York, 2006, pp. 435 ss.

²¹ E. Font Serra, “La nueva configuración del arbitraje en el Derecho español”, *Justicia*, 1989, p. 351; M.C. Gete-Alonso y Calera, “La caracterización del convenio de arbitraje en la Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de arbitraje”, *La Ley*, 1999-2, p. 1031; F. Cordón Moreno, “Comentario a los arts. 5 a 11 de la Ley de Arbitraje”, *Comentario breve a la Ley de arbitraje*, Madrid, 1990, p. 50; L.F. Reglero Campos, *El arbitraje (El convenio arbitral y las causas de nulidad del laudo en la Ley de 5 de diciembre de 1988)*, Madrid, 1991, pp. 89-95. De conformidad con la STS 1ª 20 junio 2002 “lo que resulta importante, a efectos de la vinculación de los interesados a la estipulación, es que el convenio arbitral, debidamente formalizado por escrito, contenga (...) el consentimiento claro, preciso y determinante de las partes, como declaración de voluntades concordes de someterse a arbitraje, es decir que no cabe dejar abiertas puertas a la duda o imprevisión de lo que debe quedar bien explicitado” (RJ 2002, 5256).

²² Siendo expresivas de ello, entre otras, las siguientes decisiones: STS 1ª 18 marzo 2002, RJ 2002, 2847, SAP Sevilla 2ª 18 enero 1993, *RCEA* 1994, pp. 248-252 y nota de S.B., AAP Madrid 20ª 8 junio 1999, AC 1999, 1713, AAP Madrid 11ª 6 junio 2001, AC 2001, 1602, SAP Ávila 13 septiembre 2001, JUR 2001, 326630, SAP A Coruña 4ª 22 febrero 2002, JUR 2002, 136409, SAP Asturias 4ª 27 octubre 2003, JUR 2004, 49401.

²³ E. Artuch Iriberry, “El convenio arbitral defectuoso”, *RCEA*, vol. XI, 1995, pp. 415-421. *Vid.* SAP Madrid de 27 abril 1998 y nota de E. Artuch Iriberry, *ibid.*, vol. XIV, 1998, pp. 195-198.

²⁴ Como pusiera de relieve el AAP Madrid 11ª 6 junio 2001, lo destacable es que el pacto o la cláusula compromisoria vincule a las partes es una doble vertiente, tanto positiva como negativa. La “primera caracterizada por una voluntad inequívoca de compelerse a su formalización; y la segunda,

Los equívocos se producían en gran medida por la obligación, incluida en el art. 5.1º LA/1988, de que las partes debían cumplir la decisión de los árbitros²⁵. Pero, siguiendo una corriente doctrinal y jurisprudencial crítica este carácter inequívoco ha quedado eliminado en la LA/2003, así como la necesidad de expresar la obligación de cumplir la decisión a la que eventualmente arribasen los árbitros²⁶ pues, aun presumiendo que este último pacto estaba incluido en la voluntad inequívoca de las partes en someter la cuestión litigiosa a arbitraje, semejante voluntad debía incluirse, “sin lugar a dudas, y sin posibilidad de deducirse a través de una amplia y laxa interpretación de lo contenido en el contrato, o de la voluntad de los contratantes”²⁷. En otros términos, la “obligación de cumplir tal decisión” no se consideraba que fuese una “frase sacramental” que debía constar en el convenio arbitral, sino que “iba implícita e integrada en el consentimiento”²⁸.

De ello puede inferirse que de la indagación del alcance de la voluntad de las partes depende el pronunciamiento fundamental de si es apreciable o no dicha voluntad, por lo que ha de ser interpretada de manera restrictiva en el sentido de que no debe quedar duda alguna en torno a su intención de las partes de someterse al procedimiento arbitral. Incluso puede afirmarse que la cláusula arbitral no puede oponerse a otras en las que se deduzca una inequívoca intención contraria de las partes.

6. A diferencia de la función jurisdiccional de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado que emana del pueblo y está revestido de *imperium* (art. 117 CE), el árbitro carece de esta cualidad por lo cual su misión queda circunscrita al alcance de la autonomía de la voluntad que el ordenamiento dispensa a las partes para poner en marcha este procedimiento alternativo²⁹. Quedan, pues, fuera de su ámbito las cuestiones: a) en las cuales los interesados carezcan

caracterizada por la expresión de no querer un proceso judicial que entre a valorar el fondo del asunto para resolver la controversia” (AC 2001, 1602).

²⁵ Así se expresó la STS 1 de junio de 1999 interpretando el referido precepto al entender que el convenio arbitral “debe contener el consentimiento -declaraciones de voluntad concordes- de las partes, lo cual lo especifica el art. 5.1º al disponer que debe expresar la voluntad inequívoca de las partes, que no es otra cosa que el consentimiento contractual; al añadir el último inciso que también debe expresar la obligación de cumplir tal decisión (el laudo arbitral) no es más que una simple redundancia, que va implícita en la voluntad inequívoca de las partes y que integra el consentimiento contractual. Es decir, esta frase ‘obligación de cumplir tal decisión’ no es una frase sacramental que debe constar en el convenio arbitral, sino que va implícita e integrada en el consentimiento” (RJ 1999, 4284).

²⁶ Este inciso tiene su origen de la Enmienda 153 presentada por el Grupo Parlamentario Catalán en el Congreso de los Diputados “para evitar confusión con el arbitraje ritual o libre”; la Ponencia aceptó dicha enmienda y propuso un texto transaccional que fue aceptado por el Senado sin debate ni revisión alguna; en el Senado fue rechazada la Enmienda 85 propuesta por el CDS, que perseguía la supresión de la exigencia final del precepto.

²⁷ AAP Madrid 20ª 8 junio 1999, AC 1999, 1713.

²⁸ STS 1ª 1 junio 1999, RJ 1999, 4284.

²⁹ M. Serra Domínguez, “Naturaleza jurídica del arbitraje”, *Estudios de Derecho procesal*, Barcelona, 1969, p. 580.

del poder de libre disposición conforme a Derecho (art. 2.1º LA)³⁰; b) que no puedan ser objeto de transacción, por aplicación del art. 6.2º Cc, que niega validez a la exclusión voluntaria de la ley aplicable y a la renuncia de los derechos en ella reconocidos cuando sean contrarias al interés o el orden público o perjudique a tercero; y, c) sustraídas a los poderes arbitrales mediante la redacción de estipulaciones expresas en el compromiso arbitral, o mediante la elección de unas reglas de arbitraje que sirvan a este propósito. Aun cuando la voluntad expresa de las partes, reflejada en el convenio arbitral, predomine sobre las disposiciones existentes en las reglas de arbitraje³¹, en la práctica, éstas constituirán la principal fuente de interpretación a la hora de regular los poderes y límites del tribunal arbitral.

La referida autonomía de la voluntad puede también quedar afectada por la existencia en una relación contractual de una posición de dominio de una de las partes respecto de la otra que obligue a un determinado procedimiento arbitral no querido³². Es una situación susceptible de originarse cuando estamos en presencia de una actuación parcial o de interés directo en la controversia por parte de la institución de arbitraje encargada del mismo y a quien incumbe el nombramiento del árbitro. Lo que resulta censurable en estos supuestos, que durante una época caracterizaron ciertos arbitrajes de consumo en nuestro país, no es la posibilidad de acudir al arbitraje, sino las garantías esenciales del procedimiento seguido por la institución arbitral de referencia, toda vez que el convenio arbitral no conlleva renuncia de las partes a su derecho fundamental de tutela judicial. Al margen de la consideración de “cláusula abusiva”³³, como ha resaltado la jurisprudencia española con evidente corrección, en tales situaciones la tutela judicial queda seriamente menoscabada³⁴.

³⁰ “Para esclarecer si [...] es una cuestión disponible para las partes [...] o si, por el contrario es materia objeto de norma imperativa e indisponible, debe examinarse la legislación a que se somete esa cuestión” (SAP Madrid 29 mayo 2007, AC 2007, 1495).

³¹ J. Lew, L. Mistelis y S. Kroll, *Comparative International Commercial Arbitration*, Londres-La Haya, Kluwer Law International, 2003, p. 29.

³² Por ejemplo la SAP Madrid 11ª 16 febrero 2004 (AC 2004\1224) declaró la nulidad de un laudo arbitral administrado por una Asociación de Arbitraje, que imponía a una de las partes el pago de una cantidad en concepto de daños y perjuicios ocasionados por el incumplimiento de un contrato de telefonía; *vid.*, asimismo, AAAP Barcelona 14ª 17 octubre 2003 (JUR 2003, 259572 y 259573), que entendieron que, en relación con la Asociación de Arbitraje, existía una previa relación de asesoramiento, incompatible con la imparcialidad que a los árbitros viene exigida por la LA. *Vid.* M.J. Marín López, “Consumidores y medios alternativos de resolución de conflictos”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, vol. 11, 2007, pp. 123-150.

³³ STJ 26 octubre 20006, as. C-168/05: *Mostaza Claro*; STJ 1ª 6 octubre 2009, as. C-40/08: *Asturcom Telecomunicaciones, S.L.*; AAP Madrid 8ª 28 junio 2010, JUR 2010, 312012).

³⁴ “Cuando la entidad administradora del arbitraje se constituye con carácter general en parte contratante con las empresas que solicitan el arbitraje, asesorándoles, facilitándoles impresos y contratos, garantizándoles prácticamente el cobro de lo que llama indemnizaciones por incumplimiento de los clientes con gestiones de dudosa licitud, incluso fuera de la esfera civil, consistentes ni más ni menos que en la averiguación de datos de solvencia previa de la parte demandada, lo que supone labores de investigación patrimonial de una de las partes, antes incluso de iniciarse el procedimiento arbitral”

II. Autonomía de la voluntad y tutela judicial efectiva

1. Justicia estatal y potestad arbitral

7. Con respaldo en el principio de autonomía de la voluntad, instituido como valor supremo del ordenamiento jurídico, los ciudadanos van a contar con diferentes opciones para solventar sus controversias, por lo que podrán legalmente preferir la vía arbitral cuando esta depare garantías similares o superiores al proceso jurisdiccional. Cuando se opta por la vía arbitral no se está renunciando al derecho a la tutela judicial efectiva, sino que se está sustituyendo, voluntariamente, el sujeto con el deber de prestarla. No resulta verosímil que, “por el hecho de someter voluntariamente determinada cuestión litigiosa al arbitraje de un tercero, quede menoscabado y padezca el derecho a la tutela judicial efectiva que la Constitución reconoce a todos”³⁵. El arbitraje debe considerarse, pues, como una manifestación del, igualmente constitucional, derecho de escoger la vía más conveniente para las partes por medio de la cual quieren resolver sus controversias³⁶.

La tutela efectiva de los derechos e intereses legítimos es aplicable en cualquier ámbito, incluido en el arbitraje³⁷. De ahí que la posibilidad de solicitar la tutela de determinados intereses jurídicos a través de la actuación de árbitros, tanto en el caso de requerirlo las partes de común acuerdo, como durante el procedimiento o bien antes de entablarse, así como en el caso de invocarlos una sola de ellas, cuando existe oposición de la otra, no puede ser contemplado más que como una suerte de expresión del derecho que tiene todo ciudadano, dentro de los límites impuestos por el ordenamiento jurídico, de obtener la satisfacción de su interés a través de medios no jurisdiccionales de justicia. Para el caso ya anotado en que deba solicitarse judicialmente la protección de ese derecho de acudir al arbitraje, justamente por resistencia de la otra, esa manifestación equivaldría a una invocación de tutela, precisamente dirigida a un órgano jurisdiccional, lo que permite concluir que, en ese particular supuesto, la solicitud de arbitraje, más que una variante del poder de la jurisdicción, puede ser considerada como un derecho o como una expresión del poder jurídico de la acción que corresponde a toda persona natural o jurídica. Precisamente la autonomía de la voluntad es el postulado sobre el que se desenvuelve la institución del arbitraje y puede ser

(SAP Madrid 11^a 16 febrero 2004, AC 2004\1224). Vid. J.C. Fernández Rozas, “Arbitraje y jurisdicción: una interacción necesaria para la realización de la justicia”, *Derecho privado y Constitución*, n^o 19, 2005, pp. 55-91, esp. p. 87.

³⁵ STC 2^a 176/1996, 11 noviembre, RTC 1996, 176.

³⁶ F. Cordón Moreno, *El arbitraje en el Derecho español: interno e internacional*, Pamplona, Aranzadi S.A., 1995, p. 61.

³⁷ La STC 174/1995, de 23 de noviembre ha insistido “en relación con el sometimiento de controversias al arbitraje, que si bien el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1^o CE) tiene carácter irrenunciable e indisponible, ello no impide que pueda reputarse constitucionalmente legítima la voluntaria y transitoria renuncia al ejercicio de las acciones en pos de unos beneficios cuyo eventual logro es para el interesado más ventajoso que el que pudiera resultar de aquel ejercicio” (RTC 1995, 174).

contemplado como el poder de autodeterminación de la persona que marca su propia independencia y libertad y que le faculta en todo lo relativo a la disposición, uso y goce de sus propios derechos y facultades, e incluso sobre la creación, modificación y extinción de los mismos.

8. El hecho de que el Estado se reserve el monopolio de la jurisdicción en el art. 117.3º CE no impide a los particulares sustituir semejante función por procedimientos de carácter privado, cuando estos últimos sean admitidos de forma voluntaria. Ahora bien, dicha sustitución únicamente será factible, en términos constitucionales, cuando se de cumplimiento a requisitos legales establecidos, marcando dichos requisitos junto a la autonomía de la voluntad de las partes, los límites del ejercicio de la potestad arbitral³⁸. Por eso el arbitraje no vulnera postulados constitucionales, toda vez que el árbitro no posee una posición jerárquica por encima de las partes, su función es ocasional, su poder decisorio se mueve únicamente en los términos fijados por el compromiso y, además, los laudos precisan para su ejecución el concurso de la potestad jurisdiccional³⁹. Ahora bien, dicho precepto ofrece dos importantes proyecciones en orden al contenido de la autonomía de la voluntad.

La primera es la exclusión de la posibilidad del ejercicio jurisdiccional de otros órganos estatales que no ostenten la condición de juzgados o Tribunales. El art. 117.3º tuvo la virtud de suprimir las denominadas “jurisdicciones administrativas” que, en ocasiones, estaban amparadas en una terminología arbitral que no respondía a la realidad. Sin embargo, en los últimos tiempos cada vez es más usual la atribución de funciones arbitrales a órganos de la Administración en controversias que involucran cuestiones materialmente de Derecho privado. Se trata de determinados arbitrajes patrocinados por la Administración, y con intervención de ella, en materia de consumidores y usuarios, de transportes terrestres, de telecomunicaciones, de hidrocarburos, etc..., y que en la actualidad ha cobrado una importancia especial con el denominado “arbitraje de las preferentes”⁴⁰. Bien entendido que pese a su denominación estos procedimientos de solución de controversias no constituyen genuinos arbitrajes toda vez que en ellos, al ser resultado de una imposición gubernativa, no se respeta el principio de la autonomía de la voluntad de las partes. Además, si se examinan sus múltiples variantes, en muchas de estas figuras no se determina la composición del órgano que ha de resolver la

³⁸ “La sustitución de la actividad jurisdiccional del Estado por la privada de terceros, a la que se someten las partes interesadas, sólo será eficaz y válida si se cumplen estrictamente los requisitos legales y convencionales establecidos, pues únicamente dentro de esos límites se desarrolla la potestad arbitral, respecto de la cual los compromitentes han manifestado el deseo de que sus diferencias sean resueltas, y cuya voluntad, al ser aceptada por los árbitros, se impone a éstos por virtud de la fuerza vinculante del contrato (compromiso)” (STS 1ª 10 abril 1991, RJ 1991, 2683)

³⁹ J.C. Fernández Rozas, “La situación del arbitraje comercial en España. Perspectivas de futuro”, *RCEA*, vol. III, 1986, pp. 29-52, esp. pp. 46-47.

⁴⁰ J.M. López Jiménez, “El arbitraje de preferentes. Una medida para evitar la fuga de clientela no prevista en el Memorando de Entendimiento”, *Diario La Ley*, nº 8163, 2013.

controversia, ni queda excluida, muchas veces, la acción de los tribunales⁴¹. Mas precisamente en esta modalidad no se requiere el acuerdo previo de las partes en litigio, sino que la Administración interviene en virtud de una potestad que le es atribuida por la Ley: de ahí que sea habitual la alusión a que nos encontramos ante un “arbitraje obligatorio”.

Esto nos conduce a la segunda proyección apuntada, que atañe a la imposibilidad de que se establezcan supuestos de arreglo de controversias que eliminen la posibilidad de acudir a la justicia estatal o, si se quiere, la imposición de arbitrajes de carácter obligatorio. Salvo que las partes acepten voluntariamente el arbitraje, no se les puede impedir acudir si lo desean al correspondiente órgano judicial quien conozca de las pretensiones, pues de lo contrario se vulneraría su derecho a la tutela y esta facultad no puede quedar invalidada con el endeble argumento de que en todo arbitraje es factible ejercitar la correspondiente acción de anulación⁴². Resulta, pues, contrario a la Constitución que la Ley suprima o prescinda de la voluntad de una de las partes para someter la controversia al arbitraje⁴³.

2. Posibilidad de renuncia a la acción de anulación

9. Desde determinadas posiciones proarbitrales se insiste en que la autonomía de la voluntad que caracteriza al arbitraje debe posibilitar a las partes la decisión de si quieren o no estar protegidas por el instrumento de control que ofrece la anulación⁴⁴. Es bien sabido que el instrumento cardinal de impugnación del laudo arbitral es la acción de anulación que no es una instancia más en la que se haya de examinar el fondo del asunto sino una vía para comprobar que el laudo no va contra el orden público y se ajusta a los puntos sometidos a decisión arbitral y a las normas básicas a las que se refiere la institución (art. 41 LA). Consecuencia del postulado de instancia única, en principio todo laudo arbitral (tanto el pronunciado en equidad como el pronunciado en derecho) es irrecurrible, lo que no es óbice para que las partes soliciten su anulación.

Dicha acción, de carácter excepcional y por motivos tasados, no puede ser entendida, cabe insistir en ello, como una segunda instancia en la que se tenga que volver a discutir el fondo del asunto y por lo tanto se admitan nuevas pruebas o se vuelva a valorar las ya existentes. Pero al mismo tiempo la

⁴¹ A. Huergo Lora, *La resolución extrajudicial de conflictos en el Derecho administrativo*, Zaragoza, 2000, p. 235.

⁴² *Vid.* al respecto STC 75/1996, de 30 de abril que impidió la pretensión del legislador de establecer un arbitraje obligatorio en materia de transportes terrestres para contiendas de escasa cuantía. De acuerdo con esta decisión “Es evidente que un sistema como [...] el que consagra el art. 38.2º, pfo. 1º, de la LOTT, resulta contrario [...] al derecho a la tutela judicial efectiva que tienen todas las personas para obtener de los jueces y tribunales la protección de sus derechos e intereses legítimos” (RTC 1996, 75).

⁴³ “(R)esulta contrario a la Constitución que la Ley suprima o prescinda de la voluntad de una de las partes para someter la controversia al arbitraje de la Junta que es lo que hace en el pfo. 1º del art. 38.2º [LOTT]”, (STC 174/1995, de 23 de noviembre, RTC 1995, 174).

⁴⁴ *Vid.*, por todos, por M.V. Cuartero Rubio, *El recurso de anulación contra el laudo arbitral en el arbitraje comercial internacional*, Madrid, Eurolex, 1997, pp. 111-132.

acción de anulación tampoco ha de considerarse como un verdadero obstáculo al arbitraje. Desempeña, bien entendido, una función esencial: la garantía de que el proceso arbitral se ha llevado a cabo sin lesionar el derecho a la defensa por igual de las partes intervinientes, pero no es otra cosa que un mecanismo de control a fin de garantizar que el nacimiento, desarrollo y conclusión del procedimiento arbitral se ajusten a lo establecido en la ley. De admitirse la renuncia, el laudo quedaría eximido del control judicial en la fase post-arbitral. Bien entendido que una cosa es conceder a las partes la posibilidad de decidir libremente su renuncia a una eventual acción de anulación y otra muy distinta imponer la renuncia sin la existencia de un acuerdo previo entre ellas. La cuestión vinculada a si el “pacto de exclusión” se integra dentro de los denominados derechos renunciables⁴⁵ fue solventada en un *obiter dictum* de la STS 1^a 10 marzo 1986, bien es verdad que en aplicación de la vieja LA/1953, que no dio validez a una cláusula en la que las partes habían pactado la renuncia a impugnar judicialmente la decisión del arbitraje convenido⁴⁶.

10. La renuncia a interponer en su día una acción de anulación contra el laudo arbitral está prevista en ciertas legislaciones. Sin embargo, es una cuestión debatida pues nos movemos dentro del complejo alcance de los derechos renunciables y para ello se aduce que el contenido del convenio arbitral nunca puede implicar renuncia de las partes al derecho fundamental de la tutela judicial efectiva.

A partir de aquí se infiere una regla de base según la cual no se puede admitir la renuncia de las partes a la posibilidad de impugnar el laudo pues un acuerdo en tal sentido supondría la renuncia al derecho a la tutela judicial. Dentro de los problemas que suscita la intervención judicial en el arbitraje, y más concretamente, la acción de anulación, es la relativa a la posibilidad de su renuncia. Cada sistema estatal puede tener razones distintas para permitir la renuncia, ahora bien la eliminación de tal recurso por la voluntad de las partes no cabe duda que es un paso hacia la deslocalización del arbitraje lo que sin duda fortalece el desarrollo de la Convención de Nueva York de 1958⁴⁷. Resulta difícil admitir la renuncia de las partes a la posibilidad de impugnar el laudo; un acuerdo, en tal sentido, supondría la renuncia al derecho a la tutela judicial y ello, *prima facie*, no es tolerable jurídicamente.

⁴⁵ L.M. Díez-Picazo, *Sistema de derechos fundamentales*, 2^a ed., Madrid, Cívitas, 2005, p. 142.

⁴⁶ Para el TS “una estipulación como la transcrita desconoce el fundamental ‘derecho al proceso’ en el orden jurisdiccional civil, impidiendo el de obtener la tutela efectiva reconocido en el art. 24.1º CE y por lo tanto el de acudir a los Tribunales para alcanzar una resolución fundada, vicio determinante de la ineficacia de la renuncia de que se trata en cuanto vulnera una norma inserta en la *Lex suprema*, a cuyo mandato habrá de acomodarse lo prevenido en el art. 6.2º Cc sobre la carencia de validez de tal acto dispositivo cuando contraría el interés o el orden público” (RJ 1986\1168).

⁴⁷ D. Jiménez Figueres, “Renuncia al recurso de anulación contra el laudo: alcances y análisis comparativo”, C.A. Soto Coaguila (dir.), *El arbitraje en el Perú el Mundo*, t. 1, Instituto Peruano de Arbitraje, 2008, pp. 531–537.

A pesar de que existan cláusulas arbitrales que expresamente contengan la renuncia al recurso de anulación, dichos pactos no generan eficacia jurídica. Además, una cosa es dar a las partes la posibilidad de que sean ellas mismas las que deciden si quieren o no renunciar al recurso de anulación y otra muy distinta imponer la renuncia sin necesidad de acuerdo previo de la misma, al igual que acontece con los arbitrajes imperativos o forzosos. Finalmente, se trata de impedir que el juez pueda ratificar los errores de hecho y de derecho perpetrados por el árbitro. Ello constituye un punto de inflexión entre la justicia pública y la privada que evidencia hasta dónde llega la confianza en el arbitraje a través de sus lineamientos que discurren entre el respeto que implica la prohibición de la revisión y el orden público. No puede extrañar que las posiciones en esta materia sean extremadamente cautelosas, en el sentido de que en orden al pacto de renuncia a la acción de anulación en su conjunto o con base en ciertos motivos, o al pacto de exclusión de ciertos motivos de anulación la respuesta debe ser más matizada, en el sentido de que sólo serán posibles en la medida en que no supongan la exclusión de normas imperativas⁴⁸.

En determinados círculos jurídicos como en Francia⁴⁹, la posibilidad de renuncia se admite bajo ciertas condiciones. La posición más radical de la renuncia al recurso entiende que si en el método de reducción y armonización de las causales de anulación una de las que van a ser eliminadas es la causal del orden público, siendo ésta la principal causa de control, mejor es posibilitar las vías concretas para poder renunciar al recurso de anulación por completo y que sean las propias partes las que decidan si quieren o no estar protegidas por el instrumento de control que ofrece la anulación. Aparecen así los supuestos que otorgan la posibilidad de renuncia a los recursos, en nuestro caso, al recurso de anulación del laudo arbitral internacional, con el objetivo de liberar al arbitraje de una parte del control judicial en la fase post-arbitral. El primer ordenamiento que reguló la posibilidad de renuncia al recurso de anulación fue la Ley suiza de Derecho internacional privado de 18 de diciembre de 1987, disponiéndose las condiciones para que se dé la renuncia: que el arbitraje sea internacional y que las partes que impugnen el laudo no deben tener ninguna relación con el país sede del arbitraje⁵⁰. La renuncia es válida siempre y cuando no exista conexión territorial de las partes con Suiza en el momento de la renuncia.

11. En todo caso si la cuestión se suscita ante un juez, éste debe admitir de manera restrictiva las renunciaciones y exigir un lenguaje claro que refleje la in-

⁴⁸ B.M. Cremades, y A. Martín Blanco, "El pacto de renuncia o de ampliación de los motivos de la acción de anulación del laudo arbitral internacional en España", *Revista del Club Español del Arbitraje*, n° 3, 2008, pp. 5 ss.

⁴⁹ F.J. Montero y F. Bedoya, "La renuncia a la acción de anulación en la nueva Ley de arbitraje francesa", *Revista del Club Español del Arbitraje*, n° 11, 2011, pp. 145-152.

⁵⁰ A.-C. Cremades, "Suiza", *Arbitraje comercial internacional en Europa (Aspectos actuales y regímenes jurídicos)*, J.L. Collantes González y A.C. Cremades (dirs.), Lima, Palestra editores, 2012, pp. 1161-1200, esp. 1196-1197.

tención de las partes de excluir cualquier impugnación del laudo. La renuncia no puede ser indirecta, ha de figurar en el convenio arbitral mismo o en un acuerdo escrito posterior; no puede hallarse en un documento preexistente al que las partes reenvían. Conste, la simple elección de un reglamento de arbitraje que contenga una renuncia al recurso en anulación no parece que pueda ser considerada suficiente. La mera conformidad en el convenio arbitral de que el laudo será definitivo y no sujeto a apelación no constituye una renuncia al derecho a impugnar el laudo⁵¹. En cualquier caso, son plenamente convincentes los argumentos de J. Remón al insistir en las ventajas del control judicial del laudo porque, “rectamente entendida, permitirá a la jurisdicción de la sede fijar pautas uniformes de ordenación del procedimiento y servirá como un factor de garantía del arbitraje”⁵².

III. La autonomía de la voluntad como instrumento vertebrador del arbitraje

1. El convenio arbitral como manifestación de la autonomía de la voluntad

12. El convenio arbitral es la pieza maestra de la institución arbitral, pues a través de éste se da cumplimiento a lo establecido por las partes⁵³, las cuales otorgan competencia a los árbitros para que, además de resolver el conflicto, puedan examinar su propia competencia y suplir el procedimiento convenido. Cabe calificarlo como un instrumento de heterocomposición del conflicto que puede derivar de la ejecución de un contrato. Con ello, la autonomía de la voluntad de las partes constituye la esencia del arbitraje, tanto en el nacimiento del mismo como en la decisión arbitral reflejada en el laudo. Dicha autonomía, como acabamos de expresar, nace del convenio arbitral al que las partes se han sometido expresamente. En este sentido, compartimos el criterio de B. Cremades cuando afirma que “el arbitraje es manifestación de la autonomía de la voluntad y por lo tanto en la redacción del convenio arbitral cristaliza el procedimiento deseado por las partes”⁵⁴.

Como punto de partida, el convenio sólo establece el medio de solución de controversias que, en el plano internacional, puede consistir por ejemplo en que los árbitros actúen en uno o más Estados concretos⁵⁵, de acuerdo con Derecho o a equidad. Por eso, la estipulación de la cláusula arbitral suele

⁵¹ Vid. D. Baizeau y F. Stirnimann, “Renuncia al derecho de impugnar un laudo. Estudio práctico de la experiencia suiza”, *Lima Arbitration*, n° 4, 2010/2011, pp. 151–168.

⁵² J. Remón, “La anulación del laudo: el marco general, el pacto de exclusión y el orden público”, <http://www.uria.com/documentos/publicaciones/1900/documento/061laudoUM.pdf?id=1942>.

⁵³ “La autonomía de la voluntad de las partes –de todas las partes– constituye la esencia y el fundamento de la institución arbitral, por cuanto que el arbitraje conlleva la exclusión de la vía judicial” (STC 174/1995, de 23 de noviembre, RTC 1995, 174).

⁵⁴ B. Cremades, “Consolidación de la autonomía de la voluntad en España: El convenio arbitral” *Tratado de Derecho Arbitral*, en C.A. Soto Coahuila (ed.), *El Convenio Arbitral*, t. I, Instituto Peruano de Arbitraje, 2011, p. 665.

⁵⁵ E. Kanaan y J.I. El-Koury, “Domaine de la clause compromissoire: respect de sa mission par l'arbitre”, *Rev. dr. aff. int.*, 1993, pp. 113-119.

formalizarse en el mismo contrato, lo que constituye un verdadero acuerdo marco jurídicamente vinculante. La autonomía de la voluntad⁵⁶ inserta en la cláusula arbitral determina el sometimiento al arbitraje de cualquier cuestión susceptible de arbitrabilidad: el lugar del arbitraje, la ley aplicable al fondo y al procedimiento, el idioma o idiomas que se utilizarán, el plazo, el número, nombre del o de los árbitros o de la institución administradora o la manera de determinarlo, la forma de contribuir a las costas, la limitación de eventuales recursos, etc...⁵⁷

En el caso de que los litigantes estén de acuerdo en dejar sus asuntos al margen de la justicia estatal, por supuesto en ámbitos disponibles, no debe existir obstáculo alguno desde el punto de vista de un Estado de Derecho para que tenga lugar el arbitraje, siempre y cuando se respeten en su integridad una serie de valores mínimos fijados en el modelo de organización de la convivencia que determina la Constitución. Ahora bien, la posibilidad de acudir al arbitraje solamente puede ponerse en marcha cuando no quepa duda de que la voluntad de las partes exprese su sometimiento a este procedimiento de arreglo de controversias de todas las cuestiones litigiosas o de algunas de estas cuestiones, surgidas o que puedan surgir de relaciones jurídicas determinadas⁵⁸. Desde el momento en que las partes suscriben una cláusula de arbitraje en un contrato existe un entendimiento de que su propósito ha sido el de instaurar un mecanismo de utilidad para remediar los litigios previstos en la misma. Dicha elección no los priva en modo alguno de las garantías que les ofrece la organización de la justicia estatal, sino que dichas garantías son reemplazadas por otras; por eso la ausencia de cualquier clase de equívoco en la voluntad de las partes para someterse a arbitraje constituye un requisito indispensable para que los árbitros se consideren transmitidos de competencia plena para resolver la controversia⁵⁹. Lo contrario daría lugar a una auténtica desnaturalización del arbitraje y a un verdadero descrédito en relación con sus potenciales usuarios, sobre todo grandes empresas, agentes y operadores económicos, que podrían reducir su confianza en la institución o llegar a retirársela si dejan de atribuirle valor por no responder a sus expectativas ni reportarles la utilidad esperada.

13. La institución arbitral encuentra su fundamento en un negocio jurídico, el convenio arbitral, dirigido a la resolución de una relación jurídica controvertida, siendo la voluntad de las partes la fuente del arbitraje. Por tanto,

⁵⁶ Vid. F.E. Klein, "Autonomie de la volonté et arbitrage", *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1958, pp. 255 ss y 479 ss, esp. pp. 489-491 y H. Motulsky, "L'évolution récente en matière d'arbitrage", *Rev. arb.*, 1959, pp. 3 ss., esp. pp. 9-10.

⁵⁷ H. Verbist, "Le lieu de l'arbitrage dans le processus de négociation et de rédaction d'une clause d'arbitrage", *Rev. dr. int. dr. comp.*, 1993, pp. 220 ss; E. Verdera y Tuells, "La elección del lugar y el idioma en el procedimiento arbitral", *RCEA*, t. XI, 1995, pp. 35-57.

⁵⁸ F.E. Klein, "Autonomie de la volonté et arbitrage", *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1958, pp. 255 ss.

⁵⁹ J.C. Araúz Ramos, "Justicia constitucional y arbitraje comercial en la práctica panameña", *IX Congreso Panameño de Derecho Procesal*, 2012, pp. 361-394,

el arbitraje al lado de su carácter de equivalente jurisdiccional⁶⁰ es un acto de naturaleza contractual por el que se admite el carácter jurisdiccional de sus efectos como elemento principal de la institución dentro del marco legal. Así, tiene una doble perspectiva de naturaleza mixta⁶¹. Por un lado, ostenta un carácter procesal, debido al efecto de cosa juzgada que provoca un laudo arbitral. Desde otra perspectiva tiene naturaleza contractual, debido a que es necesaria la existencia de un convenio arbitral en el que expresamente las partes acepten el arbitraje. De este convenio, que no deja de ser privado, derivan las facultades, funciones y la relación entre las partes y el lugar donde las mismas podrán poner de manifiesto sus condiciones para resolver el conflicto.

En este sentido, la LA 60/2003 considera que la autonomía de la voluntad es el principio más importante de este proceso al señalar en su exposición de motivos que “esta ley parte en la mayoría de sus reglas de que debe primar la autonomía de la voluntad de las partes” y que

“... la ley vuelve a partir del principio de autonomía de la voluntad y establece como únicos límites al mismo y a la actuación de los árbitros el derecho de defensa de las partes y el principio de igualdad, que se erigen en valores fundamentales del arbitraje como proceso que es. Garantizado el respeto a estas normas básicas, las reglas que sobre el procedimiento arbitral se establecen son dispositivas y resultan, por tanto, aplicables sólo si las partes nada han acordado directamente o por su aceptación de un arbitraje institucional o de un reglamento arbitral. De este modo, las opciones de política jurídica que subyacen a estos preceptos quedan subordinadas siempre a la voluntad de las partes”⁶².

Estas afirmaciones constituyen la pieza fundamental para poder considerar el arbitraje como principal manifestación de la autonomía de la voluntad de las partes con la única limitación del respeto al derecho de defensa y al principio de igualdad entre las partes. Por otro lado, la limitación a la autonomía de la voluntad también queda reflejada en el art. II Convenio de Nueva York de 1958, al establecer un control judicial sobre ésta, respecto de la voluntad de las partes de pactar un convenio arbitral, constituyendo un elemento más de seguridad jurídica que permite el control judicial sobre la misma.

14. La autonomía de la voluntad de las partes determina el procedimiento arbitral, tanto si se trata de un arbitraje de Derecho como si se ha elegido un arbitraje de equidad, con sujeción al saber y entender de los árbitros y no a la legislación aplicable al caso y de carácter sumamente sencillo y desprovisto de rigorismo formal⁶³ y cuyo único límite está en la regulación de derecho necesario. Dicha autonomía puede expresarse de forma directa con precisión de las reglas a las que deben ceñirse los árbitros, o de forma indirecta, con

⁶⁰ “El arbitraje es un ‘equivalente jurisdiccional’, mediante el cual las partes pueden obtener los mismos objetivos que con la jurisdicción civil, esto es, una decisión que ponga fin al conflicto con todos los efectos de la cosa juzgada (SSTC 62/1991 (RTC 1991\62), FJ 5º, y 288/1993 (RTC 1993\288), FJ 3º).

⁶¹ B. Cremades, “El arbitraje en la doctrina constitucional española”, *Diario La Ley* 5432/2007, p. 1.

⁶² Preámbulo a la Ley 60/2003 de arbitraje.

⁶³ Que, “constituye, desde el plano sustantivo, uno de los supuestos excepcionales a los que indirectamente se refiere el art. 3.2º Cc, cuando al hablar de la equidad en la aplicación de las normas jurídicas sólo autoriza su uso de manera exclusiva en las resoluciones de los tribunales en el caso de que la Ley expresamente lo permita” (STC 43/1988, de 16 de marzo, RTC 1988, 43).

remisión a las reglas de procedimiento de un Reglamento modelo, a las reglas emanadas de la institución que administre, en su caso, el arbitraje o encomendar a los árbitros la redacción de unas reglas procesales *ad hoc* para ese arbitraje concreto. La flexibilidad con la que los árbitros efectúan sus funciones es de tal entidad que permite la aplicación, en función de las necesidades de las partes y de las circunstancias particulares del caso concreto, de un marco procesal “a medida”⁶⁴ caracterizado por su mayor flexibilidad e informalidad. Baste considerar aspectos tales como el contenido de la motivación, sobre todo cuando se trata de arbitraje de equidad, la práctica y la documentación de la prueba, o la posibilidad de que las partes puedan modificar o ampliar la demanda o contestación durante el curso de las actuaciones, salvo acuerdo en contrario de las partes; o que “los árbitros lo consideren improcedente por razón de la demora con que se hubiere hecho” (art. 29.2º LA). Aunque tales notas no impiden que se dejen de atender las cuestiones incidentales que pudieran plantearse, como las relativas a la validez de la cláusula arbitral o la competencia del árbitro.

En el arbitraje *ad hoc*, esto es, el arbitraje concreto para un caso determinado que las partes o los árbitros, o ambos conjuntamente, establecen en función del deseo expreso de aquellos o de las particularidades del caso, a falta de acuerdo entre las partes sobre la forma en que habrá de establecerse el tribunal arbitral, éstas deberán recurrir a la legislación aplicable al procedimiento y proceder a su integración en el caso concreto. Ello no implica menoscabo alguno a la autonomía de la voluntad, pues siempre las partes cuentan con la posibilidad de elegir una amplia gama de situaciones. Pueden, en efecto, delimitar y reglamentar los trámites del proceso arbitral, precisar los plazos e impulsar el procedimiento al ritmo que estimen más adecuado, según las peculiaridades del caso concreto, y en esto consiste la principal ventaja de esta modalidad, pues se acomoda mejor a las necesidades de las partes y a las especiales circunstancias de cada controversia.

El principio de autonomía de la voluntad, determinante de los únicos límites a la actuación de los árbitros, el derecho de defensa de las partes y el principio de igualdad, se erigen en valores fundamentales del arbitraje como proceso⁶⁵. Garantizado, pues, el respeto a estos postulados de base, las reglas que sobre el procedimiento arbitral se establecen son dispositivas y resultan, por tanto, aplicables sólo si las partes nada han acordado directamente en otro sentido. Como es sabido, el proceso arbitral no se rige por la LEC, se inspira en el más completo antiformalismo⁶⁶ y se cimienta “en los principios de libertad y flexibilidad para las partes y para los árbitros y no en los principios de preclusión y dispositivo más propio de los procesos judiciales”⁶⁷.

⁶⁴ Cf. Y. Derains, *Jurisprudencia arbitral...*, op. cit., p. 42.

⁶⁵ M. Pryles, “Limitis to Party Autonomy in Arbitral Procedure”, *J. Int'l Arb.*, vol. 24, nº 3, 2007, pp. 327-339.

⁶⁶ SAPMadrid 20ª 28 enero 2011, JUR 2011, 148163.

⁶⁷ SAP Madrid 9ª 13 junio 2007, JUR 2007, 321217. El ap. IV de la EM de la LA/2003 insiste en este extremo al afirmar que “no entran aquí en juego las reglas propias de los procesos judiciales en cuanto a requisitos de demanda y contestación, documentos a acompañar o preclusión”, y que “la fase

2. *Renuncia a la jurisdicción estatal como manifestación de la autonomía de la voluntad*

16. Los inconvenientes de la exclusión de la intervención judicial son compensados en el arbitraje con los beneficios de la rapidez y flexibilidad en el orden procedimental y sustantivo que constituyen la razón de ser de la institución⁶⁸. La contribución que habitualmente han hecho los Estados de Derecho en relación a los modelos de solución de controversias ha derivado hacia una procesalización del sistema y ello ha traído consigo que ante cualquier tipo de conflicto que se produzca, el legislador predetermina en cuál de los distintos juzgados y tribunales que pone a disposición la Administración de Justicia del Estado habrá que ir a buscar la solución, encontrando la respuesta tras haberse cumplimentado todos los cauces procedimentales que contemplan las leyes procesales previstas para los distintos tipos de juicio. Al Estado le resulta indiferente que los conflictos entre particulares se resuelvan por árbitros o por jueces, y con estas circunstancias exigir un mayor rigor en sus requisitos está fuera de lugar; el principio de libertad que preside la opción por el arbitraje o por la vía judicial debe ser respetado⁶⁹.

Pero la inferencia apuntada no implica una total desvinculación de las funciones de los jueces y de los árbitros, todo lo contrario, el procedimiento arbitral observa una vinculación muy estrecha con el proceso jurisdiccional, aunque también exterioriza diferencias significativas⁷⁰. Entre estas últimas cabe señalar que el proceso ante la justicia estatal se articula a través de la noción de jurisdicción que, en tanto que función estatal, resulta actividad específica que tiende a satisfacer pretensiones a través de los correspondientes cauces procesales⁷¹. Por el contrario, el juicio de árbitros queda regulado, esencialmente, por la autonomía de la voluntad de las partes⁷², aunque requiera la observancia de unos trámites mínimos y, en todo caso, el respeto a los principios de audiencia, contradicción e igualdad entre las partes; es una exigencia que suele figurar en todas las legislaciones de arbitraje, tanto las

probatoria está también presidida por la máxima libertad de las partes y de los árbitros –siempre que se respeten el derecho de defensa y el principio de igualdad– y por la máxima flexibilidad”, garantizando, en lo que respecta a la prueba pericial, la debida contradicción, y siempre con respeto al “derecho de defensa de las partes y el principio de igualdad”.

⁶⁸ STS 1ª 9 julio 2009, RJ 2007, 4960.

⁶⁹ SAP Las Palmas 17 mayo 2010, JUR 2011\9921.

⁷⁰ J.F. Merino Merchan, “El arbitraje privado y la potestad jurisdiccional del Estado”, en *Actualidad y Perspectiva del Derecho Público a fines del siglo XX (Homenaje al Prof. Garrido Falla)*, Madrid, Univ. Complutense, 1992, pp. 1070 y 1075; V.L. Montés Penadés, “Composición y jurisdicción en el convenio arbitral, *Libro homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*, Murcia, Universidad de Murcia, vol. 2, 2004, pp. 3351-3372.

⁷¹ L.M. Díez-Picazo, *La jurisdicción en España: Ensayo de valoración constitucional*, Madrid, Instituto de Estudios Económicos, 1994, p. 12. El Poder Judicial a diferencia de los otros poderes del estado, no está formado por un único órgano o por una pluralidad de órganos que actúan de manera unitaria, sino que se trata de un complejo orgánico policéntrico y descentralizado.

⁷² M. Venegas Grau, *Derechos fundamentales y Derecho privado*, Madrid-Barcelona, M. Pons., 2004, p. 43.

que han adoptado la Ley Modelo Uncitral como las que la siguen más o menos directamente, como acontece con el art. 24 LA/2003. Pero si bien es cierto que el árbitro carece de poder jurisdiccional, participa de alguno de sus elementos: a) la facultad de conocer el conflicto suscitado; b) la facultad de ordenar la comparecencia de las partes y de seguir el proceso en rebeldía y c) la facultad de sentenciar, o mejor dicho, de laudar. Únicamente los titulares de los derechos subjetivos privados están en posición de disponer de ellos realizando, modificando o extinguiendo las relaciones jurídicas; por consiguiente, la sumisión a arbitraje ha de entenderse como decisiva, excluyente y exclusiva, no concurrente o alternativa con otras jurisdicciones⁷³.

Desemejanzas aparte, el Estado no se desentiende de la actividad de los árbitros realizada conforme a la Ley⁷⁴. Por el contrario, ejerce una influencia apreciable a través del control de las actuaciones de los árbitros durante el proceso arbitral y una vez finalizado éste por medio de la acción de anulación. Por lo pronto, el juego de la autonomía de la voluntad de las partes configura una suerte de “principio contractual” que se añade al resto de los principios rectores del procedimiento arbitral y que confiere a éste toda la preferencia que permitan las exigencias de justicia que se desprendan de los otros principios. Las manifestaciones más destacadas de este principio atañen a la investidura de los árbitros y a la organización misma del procedimiento arbitral⁷⁵.

17. Sin embargo, no podemos olvidar que el hecho de acudir de forma voluntaria a un arbitraje conlleva la renuncia unilateral a un derecho, esto es, la exclusión voluntaria de la jurisdicción ordinaria competente, con los límites impuestos por el orden público o los derechos de un tercero⁷⁶. Por tanto, la aparente exclusividad jurisdiccional del art. 117.3º CE no afecta a la constitucionalidad del arbitraje⁷⁷. Efectivamente, podemos llegar a afirmar que la institución arbitral es compatible con la Constitución⁷⁸.

⁷³ STS 1ª 31 mayo 2003, RJ 2003, 5217.

⁷⁴ A.Mª Chocrón Giráldez, *Los principios procesales en el arbitraje*, Barcelona, 2000; J. Colombo Campbell, “Principios informativos del proceso arbitral”, *Estudios de arbitraje. Libro homenaje al profesor Patricio Aylwin Azócar*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2006, pp.121-125;

⁷⁵ *Vid.*, dentro de la doctrina francesa, G. Bolard, “Les principes directeurs du procès arbitral”, *Rev. arb.*, 2004, pp. 511-540.

⁷⁶ J.C. Fernández Rozas, “Arbitraje y jurisdicción...”, *loc. cit.*, pp. 55-91.

⁷⁷ Así lo ha afirmado la STC 288/1993 de 4 octubre 1993 al establecer que “la naturaleza del arbitraje, que es un equivalente jurisdiccional, mediante el cual las partes pueden obtener los mismos objetivos que con la jurisdicción civil, esto es, la obtención de una decisión al conflicto con todos los efectos de la cosa juzgada” (RTC 1993, 288). Por otro lado, la STC 176/1996, de 11 de noviembre, afirma que “el derecho a la tutela judicial efectiva puede ejercitarse tanto en la jurisdicción ordinaria como mediante arbitraje. De manera que no cabe entender que, por el hecho de someter voluntariamente determinada cuestión litigiosa al arbitraje de un tercero, quede menoscabado y padezca el derecho a la tutela judicial efectiva que la Constitución reconoce a todos” (RTC 1996/176).

⁷⁸ *Vid.* STC 174/1995, de 23 de noviembre (RTC 1995/174). En este sentido A. Hernández-Gil Álvarez, señala que “la Constitución, en la cúspide del ordenamiento, aun cuando no contenga una referencia explícita al arbitraje, sí debe habilitar la integración de la función arbitral, de configuración

A este respecto, pues, cualquier procedimiento arbitral ha de seguir los principios de igualdad, audiencia y contradicción amparados constitucionalmente. Estos principios deberán ser tutelados por los órganos judiciales a los que corresponda conocer la acción de anulación del laudo, o, incluso en aquellos casos en los que se hubiese efectivamente vulnerado el derecho fundamental al proceso debido por el Tribunal Constitucional⁷⁹. En este sentido, el principio de autonomía de la voluntad de las partes puede quedar limitado respecto de la existencia de estas mínimas garantías a las que se debe el procedimiento arbitral en la sustanciación de las actuaciones arbitrales consideradas esenciales y que se ubican por encima de la autonomía de la voluntad de las partes.

Dentro de las limitaciones a la autonomía de la voluntad y a la libertad contractual figura la presencia de los contratos de adhesión, susceptibles de originar resultados injustos en contra de la parte más débil de la contratación. Una de sus manifestaciones es, como se ha apuntado, a que la parte económicamente más poderosa proceda a designar a un árbitro carente de las condiciones de imparcialidad esenciales para su misión, imponiéndolo a la parte más débil. Por esa razón, la práctica muestra un decidido rechazo a los nombramientos unilaterales de árbitros en los contratos de adhesión tanto en el arbitraje de consumidores⁸⁰ como en el arbitraje comercial. La voluntad de las partes en este caso quedaría condicionada por la imposición de la parte económicamente poderosa en detrimento de la otra y tendría como consecuencia la escisión del convenio arbitral del resto del clausulado del contrato, requiriéndose para el primero un escenario de negociación en situación de equilibrio, en tanto que para el segundo bastaría una oferta aceptada mediante la adhesión expresa o tácita⁸¹.

legal, en el seno de una más amplia función jurisdiccional orientada a la defensa de los Derechos subjetivos a la realización de la justicia y, en fin a la preservación de la tutela judicial efectiva mediante una diversidad de procedimientos de configuración legal que comprenden la regulación del arbitraje”, en *Comentario a la ley de arbitraje*, A. de Martín Muñoz y S. Hierro Anibarro (coord.), Madrid, M. Pons, 2006, p. 40.

⁷⁹ A.M. Lorca Navarrete, “Las garantías del debido proceso de arbitraje”, *Diario la Ley*, nº 7111, febrero 2009.

⁸⁰ Bien entendido que las cláusulas que hayan sido predispuestas por la contraparte, no son automáticamente nulas, sino que lo serán cuando no cumplan los requisitos de validez establecidos por su legislación reguladora, que es la Ley 7/1998, de 13 de abril, de CGC (SAP Barcelona 15ª 26 enero 2006, JUR 2006, 232558). M.C. Giorgetti, “La dichiarazione di inefficacia delle clausole abusive nei contratti dei consumatori”, *Riv. dir. proc.*, vol. LIII, 1999, pp. 761-791.

⁸¹ Debería verificarse si la cláusula en cuestión reúne alguna de las siguientes características: a) predisposición unilateral; b) ausencia de negociación individual; c) estar insertas en una pluralidad de contratos, y d) figurar con un texto pro forma en un impreso normalizado que el predisponente (SAP Madrid 13ª 18 noviembre 2008, JUR 2009, 90952).