

## ADVOCACIA E FISCALIDADE ABOGACÍA Y FISCALIDAD



Por Ángel S. Freire e Iñaki Carrera\*

# España y Portugal: *arbitration user friendly*

**P**ara determinar si un país se puede calificar como “*arbitration user friendly*” es preciso analizar el control que hacen sus tribunales de justicia del laudo arbitral, bien sea en la resolución de una acción de anulación, en la concesión de un exequátur o bien en su ejecución. Si el control es objetivo y justo, despojado de cualquier prejuicio nacional, se puede concluir con casi toda certeza que ese país es una jurisdicción adecuada para la práctica del arbitraje.

## Introducción

La eficacia y celeridad de un procedimiento arbitral depende en gran medida del conocimiento y experiencia de los árbitros. Pero el éxito del arbitraje también necesita del apoyo de los órganos jurisdiccionales. En efecto, con posterioridad a la emisión del laudo puede ser necesaria la intervención de los jueces. Y sólo una intervención judicial que muestre un apoyo decidido por la institución arbitral puede permitir que el arbitraje se consolide en un Estado como medio fiable y eficiente de resolución de disputas. Así, la calificación de una jurisdicción como “*arbitration user friendly*” no la da tanto el nivel de sus árbitros o de sus instituciones arbitrales, sino de sus tribunales de justicia. De nada serviría que España y Portugal tuvieran los mejores árbitros y las más prestigiosas cortes arbitrales si llegados los laudos a los tribunales ordinarios

éstos no estuvieran a la altura de las circunstancias.

## I. El arbitraje en España

En primer lugar, en lo que respecta a la ejecución del laudo, la ley española no tiene ningún resquicio que deje abierta la posibilidad de control del juez ejecutor sobre el fondo del asunto. Lo contrario supondría frustrar la finalidad última del arbitraje, que en términos del Tribunal Constitucional español, auto de 18 de julio de 1994, no es otra que la de “*alcanzar la pronta solución extrajudicial de un conflicto*”, y violaría la finalidad del proceso de ejecución que supone dotar de efectividad y eficacia una decisión que resuelve una disputa.

En segundo lugar, la acción de anulación se rige por el principio de legalidad procesal, de modo que por la vía de la anulación no se controla la corrección o incorrección de la decisión de fondo, sino sólo los requisitos formales del laudo y del procedimiento. Por tanto, los jueces no pueden revisar el fondo de la decisión emitida por los árbitros cuando les sea sometido a su conocimiento la resolución de una acción de anulación contra el laudo arbitral.

El Tribunal Constitucional ya había afirmado esta premisa con anterioridad (Sentencia 43/1988, de 16 de marzo), al anular parcialmente una Sentencia del Tribunal Supremo por haberse extralimitado en sus competencias en una acción de anulación de un laudo arbitral al haber revisado el fondo del asunto, con la consiguiente

infracción constitucional. El respaldo del Tribunal Constitucional al arbitraje fue aún más expreso en su Sentencia 288/1993 en la que afirmó que el arbitraje “... *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*” y en la misma línea se pronunció mediante la sentencia 176/1996, de 11 de noviembre.

Los tribunales españoles, tras cierta inclinación inicial, y quizá innata de los jueces, a revisar el fondo de las disputas, han ido confirmando la tendencia a rechazar que la acción de anulación se convierta en un fraudulento recurso de apelación y aplicando, pues, restrictivamente, los motivos tasados de anulación. No obstante, no podemos dejar de señalar que el Tribunal Superior de Justicia de Madrid (TSJM) ha adoptado recientemente una serie de decisiones consecutivas favorables a la anulación de los laudos arbitrales. Nos referimos a las sentencias de 28 de enero, de 6 de abril y de 14 de abril de 2015, que han anulado tres laudos dictados en tres arbitrajes similares donde una sociedad demandaba al banco por entender que existió vicio en el consentimiento al contratar un *swap*. En los tres asuntos los árbitros desestimaron las demandas pero el TSJM anuló los laudos al concluir que sus razonamientos son arbitrarios por vulnerar el “orden público económico” de naturaleza sustantiva,

definido como las reglas básicas y el principio irrenunciable de buena fe en la contratación de productos financieros complejos necesitados de especial protección, como los *swaps*. Así, el TSJM ha considerado que los bancos no han aplicado escrupulosamente la normativa bancaria sobre contratación de productos financieros complejos, lo cual es claramente una desafortunada invasión en la valoración de la prueba efectuada por los árbitros que difícilmente encaja en los tasados motivos de anulación.

En tercer lugar, en lo que respecta a la fase de reconocimiento de un laudo arbitral extranjero, uno de los motivos para denegarlo que en España es más recurrente es, de nuevo, que ese reconocimiento resulte contrario al orden público, aplicando, en general, este concepto de forma restrictiva pues hay que evitar equiparar "orden público" y "regla imperativa", siendo lo primero necesariamente más restringido que lo segundo.

## II. El arbitraje en Portugal

En Portugal la ley y la jurisprudencia son muy similares a las existentes en España (salvo lo resuelto en las sentencias mencionadas sobre los *swaps*), quizás porque compartimos la misma península y tradición jurídica común.

En primer lugar, la ley de arbitraje portuguesa consagra fundamentos de anulación taxativos, siendo que en el apartado 9 del art. 46 establece que "el tribunal estatal que anule el laudo arbitral no puede conocer del fondo del asunto" y así lo respetan los tribunales en general. Lo mismo se puede decir del juez ejecutor del laudo puesto que los fundamentos de oposición a la ejecución son los mismos que los de anulación.

En lo que respecta al control de la conformidad del procedimiento arbitral con los principios fundamen-

tales de contradicción y de igualdad de las partes, el criterio es el de la esencialidad. Así lo dice la ley en el art. 46.3.a) ii) y los tribunales, citando una sentencia del Tribunal de Apelación de Coimbra que determinó que "la ofensa debe haber interferido, de forma decisiva o determinante, en la decisión del objeto de la causa". En cuanto a la validez del convenio arbitral, la ley da primacía a los tribunales arbitrales en esa averiguación, y así lo establece el art. 5.1, que dispone que los tri-



Foto DF

bunales ordinarios han de comprobar solamente que el convenio no es manifiestamente nulo, ineficaz o de ejecución imposible.

Teniendo en cuenta que la falta de fundamentación del laudo arbitral es causa de anulación, el criterio para juzgar ese defecto por los tribunales ordinarios es importante, pudiendo decir con alguna seguridad que el grado de fundamentación exigido es más reducido que el de los tribunales ordinarios.

Por último, en lo relativo a la violación del orden público, única forma de revisar indirectamente el fondo del asunto, en lo que respecta al reconocimiento de un laudo arbitral extranjero, el Tribunal Supremo portugués ha establecido recientemente que "la contrariedad al orden público internacional del Estado portugués se averigua en función del efecto jurídico al cual conduce el laudo arbitral, siendo irrelevante

los fundamentos", considerándose como orden público internacional "los pilares fundamentales y concepciones dominantes de índole social, ético, político y económico expresos en principios y en reglas que el aplicador debe, en cada momento histórico, interpretar y reconocer con el fin de apreciar si los mismos pueden ser puestos en causa por el resultado que un determinado laudo puede conllevar". Lo curioso es que, en la acción de anulación, el orden público relevante es asimismo el internacional (y no el interno, más ligado a las idiosincrasias nacionales), con la diferencia de que en el reconocimiento sólo importa los resultados manifiestamente incompatibles con dicho orden público internacional.

## Conclusión

La legislación española y portuguesa configuran supuestos restrictivos al control de la legalidad de los laudos, estando

prohibida la revisión del fondo del asunto, salvo indirectamente cuando se persigue averiguar su adecuación al orden público. A su vez, los tribunales ordinarios, en general, salvo los recientes y, esperemos excepcionales, casos de los laudos sobre *swaps* en España, siguen la línea de limitar cualquier tentativa de excesivo control, incluso en lo que respecta a la conformidad con el orden público (esos "pilares fundamentales") haciéndolo de forma restrictiva y atendiendo solamente al resultado de la infracción y no al fundamento en sí.

Podemos concluir, pues, que la tendencia de los juzgados y tribunales españoles y portugueses permite enmarcar a España y Portugal en el contexto de los países que apoyan decididamente al arbitraje. ■

\* Asociado Principal de Araoz & Rueda, Madrid (astfreire@araozrueda.com) y Asociado de PLMJ (Inaki.carrera@plmj.pt)