

## Nicholson en el TSJ de Madrid

(Versión revisada del artículo publicado en el blog de Fundación FIDE el 27 de julio de 2020)

El dolor de quien, autor de la que considera una obra maestra, tiene que contemplar o incluso protagonizar su voladura es el nudo de “El puente sobre el río Kwai” (1957), célebre película dirigida por David Lean, protagonizada por Alec Guinness (coronel Nicholson) y William Holden (Shears) y basada en una novela publicada en 1952 por el francés Pierre Boulle, antiguo prisionero en Indochina de las fuerzas de Vichy, quien prefirió, sin embargo, que el militar descarriado que la protagoniza fuera británico.

Ambientada en la Tailandia de la Segunda Guerra Mundial, la película narra las peripecias de una compañía de soldados británicos que, derrotada pero a las órdenes del coronel Nicholson, es trasladada a un campo japonés de prisioneros dedicado a construir un puente de la línea ferroviaria Rangún-Bangkok. Invocando la convención de Ginebra, Nicholson se niega inicialmente a que sus soldados trabajen en la obra y es confinado en una celda de castigo, pero, tras salir triunfante de la ordalía, decide que sus soldados den a los japoneses una lección de cómo construir un puente. Descontentos, algunos soldados se fugan –entre ellos Shears-, pero el puente es construido. Los americanos, preocupados por su valor estratégico para las comunicaciones niponas, envían un comando especial para volarlo, en el que acaba enrolado Shears. Cuando el puente está a punto de ser inaugurado, en una inspección final Nicholson descubre las cargas de dinamita y da la voz de alarma. Se inicia entonces una refriega en la que mueren casi todos los protagonistas, incluido Shears, pero el puente salta por los aires justo cuando llega el convoy japonés, gracias a que Nicholson, también herido de muerte, al reconocer el cadáver de Shears tiene un postrero momento de lucidez y, tras exclamar, “¿qué he hecho?”, se desploma sobre el detonador (esta última escena final, en la que Nicholson redime sus culpas, no aparece en la novela y fue, al parecer, añadida a la película para agradar al público anglosajón).

Apenas iniciada, hace 10 años, mi andadura como árbitro sufrí el que al instante reconocí y bauticé como “síndrome del Coronel Nicholson”, esto es, el que sufre quien, ya muy avanzado un procedimiento arbitral, tras profundas deliberaciones y un denodado esfuerzo por construir un laudo tan sólido como el puente de Nicholson sobre el río Kwai, ve cómo las partes alcanzan un acuerdo, provocan la inmediata conclusión del procedimiento y llevan a cabo la “voladura” del magnífico proyecto de laudo.

La novedad reciente ha sido que la sentencia del Tribunal Constitucional 46/2020, dictada el pasado 15 de junio (<https://hj.tribunalconstitucional.es/docs/BOE/BOE-A-2020-8130.pdf>) ha impuesto el “síndrome del coronel Nicholson” al Tribunal Superior de Justicia de Madrid (en adelante, TSJM) e iniciado la voladura de la construcción doctrinal en la que el TSJM ha fundado durante un quinquenio sus frecuentes anulaciones de laudos arbitrales con sede en Madrid.

En el caso objeto de la sentencia del Tribunal Constitucional (en adelante, TC), la sociedad arrendadora y el arrendatario de una vivienda concertaron el contrato siguiendo el modelo de la asociación ARRENTA, que incorporaba como cláusula predispuesta que cualquier disputa sobre el contrato quedara sometido a arbitraje administrado por la Asociación Europea de Arbitraje (AEADE).

Dictado el laudo en junio de 2016 a favor de la arrendadora, el arrendatario instó su anulación ante el TSJM aduciendo su condición de consumidor y el consiguiente carácter abusivo del convenio arbitral. La clave del asunto estuvo en que en febrero de 2017 la sociedad arrendadora y el arrendatario alcanzaron un acuerdo y, en consecuencia, ambas partes “presentaron un escrito conjunto, manifestando al órgano judicial haber alcanzado un acuerdo para la solución del litigio, solicitando la terminación del procedimiento de anulación por satisfacción extrajudicial”. Pues bien, mediante sucesivos autos el TSJM, con abundante cita de la doctrina sentada en casos anteriores, rechazó la petición de archivo, por entender que “el objeto del procedimiento de anulación de laudos no es disponible, ya que existe un interés general en depurar aquellos que sean contrarios al orden público”.

Y en la sentencia, la 33/2017, de 4 de mayo (disponible en <http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/56840f6b2ebabe0b/20170628>), de la que fue ponente D. Jesús María Santos Vijande, el TSJM declaró la nulidad del laudo, al entender de oficio que la institución arbitral, AEADE, carecía de la necesaria independencia y neutralidad para administrar la disputa, lo que resultaba contrario al orden público. El TSJM funda esa conclusión en que:

- Hay “mismidad” entre AEADE y ARRENTA, como puede inferirse de varias circunstancias: que ARRENTA siempre había tenido el mismo domicilio social que AEADE, y que lo cambió en dos ocasiones al tiempo que esta; que su presidente siempre fue el Secretario General de AEADE; que la demanda de arbitraje presentada por ARRENTA utilizaba el modelo preparado por la propia AEADE; y que quien redactó los Estatutos de ARRENTA copió tan literalmente los de AEADE que incluyó entre sus fuentes de ingresos “los derivados de la administración de arbitrajes” e hizo referencia a un “Consejo Arbitral” inexistente en ARRENTA (FJ Tercero, puntos 1º a 10º).
- “AEADE ha asesorado durante el procedimiento arbitral a la parte arrendadora-demandante, porque el documento de demanda presentado por ésta ante AEADE es un documento formulario, predispuesto, en cuyo encabezamiento consta impresa la identidad de AEADE y todos sus datos de contacto. AEADE ha elaborado y facilitado a la actora un formulario o modelo de demanda de arbitraje claramente dirigido o pre-ordenado a que actúen como demandantes los arrendadores que suscriben los modelos-tipo de contrato de arrendamiento proporcionados por ARRENTA. No consta que exista un formulario similar de contestación a la demanda” (FJ Tercero, punto 11º)
- “El arbitraje se inició, sustanció y finalizó sin que [los demandantes] hiciesen a AEADE provisión de fondos, y sin que AEADE formulase reclamación alguna al respecto”. (FJ Tercero, punto 14º)

El TSJ concluye, pues, que “están acreditados tanto la labor de asesoramiento de AEADE a una de las partes intervinientes en el procedimiento arbitral como la identidad de intereses entre la Corte de Arbitraje AEADE y la entidad comercializadora de los contratos de adhesión con cláusula de sumisión a arbitraje (ARRENTA), de tal modo que es fundado, conforme a la razón prudente, sostener que, en estas situaciones, falta la imparcialidad objetiva y/o la apariencia de neutralidad de la Corte de Arbitraje, con la consiguiente lesión del orden público por el laudo dictado en esas condiciones y con directa incidencia en la validez misma del convenio arbitral, consentido por una de las partes con clara quiebra del principio de igualdad a la hora de emitir el consentimiento”.

“La neutralidad de AEADE resulta comprometida tanto por su labor de asesoramiento a una de las partes durante el arbitraje como por el hecho de utilizar una entidad interpuesta, ARRENTA, que presenta una evidente mismidad con AEADE, para captar arbitrajes sin revelar esas vinculaciones entre la entidad que facilita el contrato de arriendo y promueve el arbitraje y la Corte llamada a administrarlo”.

En suma, en su sentencia 33/2017 el TSJM aplicó al fondo de la cuestión la acertada doctrina - que yo mismo glosé en “El gobierno de las instituciones arbitrales: mejorando que es gerundio” (disponible en <http://manuelconthe.com/wp-content/uploads/2019/10/El-gobierno-de-las-instituciones-arbitrales-Mejorando-que-es-gerundio-Liber-Amicorum-2018.pdf>) - de que en los arbitrajes la independencia e imparcialidad debe exigirse no solo a los árbitros, sino también a las instituciones arbitrales que los administran, saludable doctrina que el Club Español de Arbitraje ha reiterado y desarrollado con amplitud en su reciente y elogiado Código de Buenas Prácticas.

Cabe, pues, comprender que el TSJM tuviera interés en dictar sentencia a pesar del desistimiento de las partes -logrado, probablemente, a iniciativa de ARRENTA-, ya que la doctrina que en ella sentaba afectaba no solo al arbitraje concreto objeto del procedimiento de anulación, sino también, de forma indirecta, a todos los demás arbitrajes de ARRENTA administrados por AEADE.

Pues bien, el TC estima el recurso de amparo interpuesto por ambas partes contra las decisiones del TSJM que denegaron el archivo del expediente, al entender que en este caso se aplica la doctrina del TC de que “una resolución judicial vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva cuando el razonamiento que la funda incurren en tal grado de arbitrariedad, irrazonabilidad o error que, por su evidencia y contenido, sean tan manifiestos y graves que para cualquier observador resulta patente que la resolución de hecho carece de toda motivación o razonamiento”. El TC juzga la decisión del TSJM equivocada porque ignora el “principio básico de disposición de las partes” o principio de justicia rogada, ya que “la cuestión de fondo es jurídico-privada y disponible, por lo que, en nuestro sistema procesal civil, para que haya una decisión [judicial], se requiere que las partes acrediten su interés en litigar”.

En resumen, si nos atenemos a la *ratio decidendi* de esta primera sentencia del TC sobre los autos del TSJM objeto de anulación, su alcance es relativamente limitado y obligará al TSJM, y a los restantes Tribunales Superiores de Justicia, a concluir sin más los procedimientos de anulación de laudos cuando ambas partes soliciten su archivo. La gran paradoja de esta primera “voladura” por el TC de una de las doctrinas del TSJM es que en esta ocasión el TSJM, aunque se extralimitó en sus competencias al ignorar el principio dispositivo de los litigios civiles, acertó de pleno -en mi opinión- cuando declaró nulo el laudo por falta de independencia de la institución arbitral.

Pero la reciente sentencia del TC tiene un alcance mucho mayor que el relativo al principio dispositivo, pues, “aprovechando que el Pisuerga pasa por Valladolid”, anuncia de forma inequívoca lo que parece una “voladura” completa de la interpretación amplísima del concepto de “orden público” del artículo 41 de la Ley de Arbitraje en la que el TSJM ha basado en los últimos cinco años sus abundantes anulaciones de laudos arbitrales.

En efecto, a partir de su sentencia de 28 de enero de 2015 -de la que yo mismo hice una severa crítica en el diario La Ley disponible en

<https://www.fidefundacion.es/docs/sesiones2015/swaps.pdf> -el TSJM ha procedido a la indebida anulación de muchos laudos arbitrales invocando un concepto tan amplio del “orden público” que le permitía, en la práctica, entrar de lleno en el fondo de las decisiones arbitrales y, a menudo, anularlas utilizando un criterio sustantivo equivocado. En una primera fase las anulaciones se refirieron a laudos dictados sobre *swaps* y otros derivados concertados entre bancos y pymes, en los que el TSJM siempre se extralimitaba en sus competencias y entraba de lleno en el fondo de la controversia, aunque sus yerros tenían -en mi opinión- como atenuante que sirvieron para atemperar el sesgo pro-bancario que el frecuente uso del arbitraje por los mismos bancos frente a pymes siempre distintas introducía de forma indirecta en la composición de los tribunales arbitrales. Pero al TSJM se le “calentó la boca” y pronto entró sin complejos en asuntos de muy distinta naturaleza. Una técnica habitual, cuando discrepaba del criterio sustantivo aplicado por el árbitro, consistía en alegar que el laudo “carecía de motivación” y era, por eso, arbitrario, lo que intentaba reforzar acumulando un sinnúmero de descalificaciones sobre la actuación profesional del árbitro.

Aunque no es ni mucho menos el único caso, ilustra bien ese proceder la sentencia 49/2018, de 13 de diciembre (disponible en <http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/cc9c217ce6bae0b6/20190307>), de la que fue también ponente D. Jesús María Santos Vijande, en la que el TSJM no solo dictó sentencia a pesar de que en este caso -un arbitraje administrado por la prestigiosa corte de arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI)- también ambas partes habían solicitado el archivo del procedimiento de anulación, sino que la disputa versaba sobre un contrato de franquicia en Argentina y Uruguay entre un franquiciador español y un franquiciado argentino, en el que aquel reclamaba la penalidad prevista contractualmente por competencia desleal post-contractual y el árbitro la concedió, sin analizar si el pacto de no concurrencia post-contractual se ajustaba al Reglamento comunitario 330/2010, ya que, según el fundado criterio del árbitro, el Derecho de la competencia de la Unión Europea no era aplicable a un contrato de franquicia en Argentina y Uruguay.

El TSJM, sin embargo, adujo, entre otras lindezas, que “el árbitro ha asentado su decisión sobre una premisa de enjuiciamiento tan patentemente errada como radicalmente insuficiente”, sin dignarse justificar su enigmática tesis implícita de que el Reglamento 330/2010 tiene efectos extraterritoriales sobre un contrato de franquicia ejecutado en Sudamérica. Al árbitro, mi colega y buen amigo Josef Fröhlingsdorf, solo le cupo defender su laudo y buen hacer profesional, y criticar la sentencia del TSJM, en un artículo en la Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones, en el que subrayaba, con razón, que el proceder caprichoso del TSJM estaba “poniendo en grave peligro la consideración de España, en general, y de Madrid, en particular, como sede de arbitrajes internacionales”.

Por eso, creo que la comunidad arbitral española ha leído con alivio que en su reciente sentencia del pasado 15 de junio nuestro Tribunal Constitucional, desbordando el caso concreto que en ella resuelve, afirme:

- “Ha sido, en definitiva, una interpretación extensiva e injustificada del concepto de orden público contenido en el artículo 41.2 f) [de la Ley de Arbitraje] realizada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid lo que ha

impedido a los recurrentes ejercer su derecho de disposición sobre el objeto del proceso de anulación del laudo arbitral”.

- “El ensanchamiento del concepto de ‘orden público’ que realizan las resoluciones impugnadas para llevar a cabo una revisión del fondo del litigio por el órgano judicial, lo que pertenece en esencia solo a los árbitros, desborda el alcance de la acción de anulación y despreja el poder de disposición o justicia rogada de las partes del proceso”.
- “Efectivamente, la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, configura la institución arbitral como un mecanismo heterónomo de resolución de conflictos, al que es consustancial la mínima intervención de los órganos jurisdiccionales por virtud y a favor de la autonomía de la voluntad de las partes, que han decidido en virtud de un convenio arbitral sustraer 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.

Por consiguiente, es claro que la acción de anulación debe ser entendida como un proceso de control externo sobre la validez del laudo que no permite una revisión del fondo de la decisión de los árbitros ‘al estar tasadas las causas de revisión previstas en el citado art. [41] y limitarse éstas a las garantías formales, sin poder pronunciarse el órgano judicial sobre el fondo del asunto. Por todo ello, ninguna de las causas de anulación previstas en el art.41 puede ser interpretada en un sentido que subverta esta limitación, pues ‘la finalidad última del arbitraje, que no es otra que la de alcanzar la pronta solución extrajudicial de un conflicto, sería inevitablemente desnaturalizada ante la eventualidad de que la decisión de que la decisión arbitral pudiera ser objeto de revisión en cuanto al fondo”.

- “Es cierto que la contravención del ‘orden público’ se establece en el art.41.1f) de la Ley de Arbitraje como motivo de anulación y en el art.V.2b) de la Convención de Nueva York de 1958 como causa de denegación del reconocimiento de laudos extranjeros. Ahora bien, el problema que precisamente suscita este asunto es el de qué debe entenderse por orden público o si la interpretación llevada a cabo por el órgano judicial de lo que deba entenderse por orden público es arbitraria e irrazonable y con esa irrazonabilidad se ha vulnerado el derecho de las partes a la motivación razonable de las resoluciones judiciales.

Es jurisprudencia reiterada de este Tribunal la de que por orden público material se entiende el conjunto de principios jurídicos públicos, privados, políticos, morales y económicos, que son absolutamente obligatorios para la conservación de la sociedad en un pueblo y en una época determinada y, desde el punto de vista procesal, el orden público se configura como el conjunto de formalidades y principios necesarios de nuestro ordenamiento jurídico procesal, y solo el arbitraje que contradiga alguno o algunos de tales principios podrá ser tachado de nulo por vulneración del orden público. Puede decirse que el orden público comprende los derechos fundamentales y las libertades garantizadas por la Constitución, así como otros principios esenciales indisponibles para el legislador por exigencia constitucional o de la aplicación de principios admitidos internacionalmente.”

- “Precisamente porque el concepto de orden público es poco nítido se multiplica el riesgo de que se convierta en un mero pretexto para que el órgano judicial reexamine las cuestiones debatidas en el procedimiento arbitral desnaturalizando la institución arbitral y vulnerando al final la autonomía de la voluntad de las partes. El órgano judicial no puede, con la excusa de una pretendida vulneración del orden público, revisar el fondo de un asunto sometido a arbitraje”.

En “La paradoja de Bentham” (disponible en <https://www.expansion.com/blogs/conthe/2019/02/19/la-paradoja-de-bentham.html>) expliqué el fenómeno de que “personas honestas provoquen grandes males”. Es lo que ha venido ocurriendo con la doctrina del TSJM sobre anulación de laudos arbitrales por supuestas infracciones del orden público: aunque en algunas ocasiones el TSJM perseguía, con métodos a menudo cuestionables, un genuino interés público (como compensar el sesgo pro-bancario en los arbitrajes sobre *swaps* o garantizar la plena independencia de las instituciones arbitrales respecto de las partes), en otras parecía dispuesto a sujetar a su capricho y arbitrarios pronunciamientos el arbitraje en Madrid y a poner en peligro su uso.

Por eso, me alegra que esta primera sentencia del TC, además de llevar a cabo una voladura parcial, por exigencia del principio dispositivo, de la “doctrina del orden público” construida por el TSJM, parezca el prolegómeno de otras futuras que completen la demolición de tan arbitraria y dañina construcción doctrinal. Mi única duda, si el vaticinio se cumple, es qué hará Nicholson esta vez al final.