



TRIBUNAL
CONSTITUCIONAL

Voto particular que formula el magistrado don Juan Antonio Xiol Ríos respecto de la sentencia pronunciada en el recurso de amparo núm. 4731-2020

Con el máximo respeto a mis compañeros de la Sala, considero procedente hacer algunas consideraciones en relación con la argumentación formulada, con la que me encuentro parcialmente en desacuerdo, aun advirtiendo que estoy sustancialmente conforme con la sentencia y por ello la he votado favorablemente.

Mi discrepancia en cuanto a la argumentación se centra en determinados pasajes de la sentencia aprobada por la Sala en los que trata de definirse el concepto de orden público integrado en el artículo 41.1.f) de la Ley de Arbitraje como motivo para la anulación del laudo. Se citan, en efecto, algunos antecedentes jurisprudenciales de este Tribunal sobre el concepto de orden público que a mi juicio no son aceptables, al menos extraídos de su contexto, y se hace alguna afirmación original que puede entenderse en un sentido indefinido o extensivo del concepto de orden público, cosa que conduciría a ampliar el control jurisdiccional sin respetar el principio de intervención mínima en el arbitraje.

I. El concepto excesivamente amplio de orden público como fundamento de la acción de anulación.

(i) Creo que el principio del que debe partirse para perfilar el concepto de orden público, como hace la sentencia, es el contenido en las SSTC 46/2020, 17/2021 y 65/2021, cuando incluyen en el concepto de orden público los derechos fundamentales y las libertades garantizados por la Constitución, así como otros principios esenciales indisponibles para el legislador por exigencia constitucional o de la aplicación del ordenamiento internacional.

(ii) Sin embargo, me parece discutible, o cuando menos ambigua, la referencia a la STC 17/2001, FJ 2, en cuanto parece admitir la acción de anulación, sin especiales restricciones, a los casos en que el laudo “infrinja normas legales”.

(iii) Dentro de las argumentaciones originales de la sentencia aprobada me parece también excesivamente amplia la referencia que se hace al final del FJ 3 en el sentido de que el órgano judicial “debe controlar que se han cumplido las garantías del procedimiento arbitral y el respeto a los derechos y principios de defensa, igualdad, bilateralidad, contradicción y prueba.”

(iv) Tampoco estoy plenamente de acuerdo con la referencia, contenida en el FJ 5, y tomada de la STC 46/2020, en el sentido de que corresponde “al órgano judicial únicamente controlar si esa decisión es respetuosa con las exigencias del orden público”, en la medida en que, aun siendo sustancialmente correcta, fuera de su contexto pueda entenderse en un sentido indefinido o extensivo del concepto de orden público para justificar el control jurisdiccional más allá del principio de intervención mínima en el arbitraje.

(v) Finalmente, tampoco estoy de acuerdo con la referencia que se hace en el FJ 4, a), al final del primer párrafo, en la que se justifica la prejudicialidad penal como cuestión de orden público procesal con las palabras “en tanto que referencia prescriptiva o imperativa de la preferencia de una jurisdicción sobre otra”. (Debo advertir que, en el momento de formular este voto particular, no tengo la seguridad de que esta frase se haya incluido definitivamente en la sentencia).

II. Precisiones sobre el concepto de orden público

El concepto de orden público es especialmente polémico en la doctrina y en la jurisprudencia y, dada su especial trascendencia para el respeto al principio de mínima intervención judicial que garantiza la institución del arbitraje fundada en el principio de autonomía de la voluntad, creo que es urgente que sea precisado con la mayor exactitud por parte de la jurisprudencia constitucional.

Jurisprudencialmente ha sido abordado desde diversas perspectivas entre las que pueden destacarse las siguientes: (i) conjunto de normas de carácter jurídico no renunciables por las partes; (ii) derechos fundamentales y libertades públicas garantizados constitucionalmente; (iii) principios esenciales de nuestro ordenamiento jurídico procesal nacional e internacional; (iv) conjunto de los principios que inspiran el ordenamiento jurídico y que son absolutamente obligatorios para la conservación de un modelo de Estado, de sociedad y económico en un pueblo y época determinados; (v) conjunto de exigencias básicas derivadas de la ética y de la equidad;

(vi) preservación del interés general para el Estado o la colectividad frente al particular; (vii) protección de las minorías o de las personas que se hallan en inferioridad en el ámbito de las transacciones económicas.

Considero que estos puntos de vista son válidos como punto de partida. Sin embargo, una mayor precisión en el concepto de orden público exige, en mi criterio, que este punto de partida se haga plenamente efectivo con la aplicación de tres criterios combinados: un criterio sustancial, un criterio cualitativo, y un criterio instrumental.

Desde el punto de vista sustancial, debe rechazarse que cualquier norma de carácter imperativo o prohibitivo puede enlazarse con el concepto de orden público sin más consideraciones. Solo pueden considerarse como cuestiones de orden público aquellas que implican una ordenación tendente a sustentar valores y principios irrenunciables, desde el punto de vista de la libertad de configuración legal, para la organización política, económica y social en el Estado y en el orden internacional, entre los que se encuentran la primacía del ordenamiento internacional y constitucional, la observancia de los principios democráticos y del Estado de Derecho y el respeto a los derechos fundamentales. Dentro de estos principios y valores están también los que tienen carácter procedimental, en los cuales deben incluirse las garantías esenciales del procedimiento: los derechos de defensa, igualdad y prohibición de la arbitrariedad en la resolución de los conflictos. Debe notarse que la irrenunciabilidad de los principios debe valorarse desde la perspectiva del legislador, no desde la perspectiva de la aplicación de la ley, pues lo contrario conduciría a la consecuencia de incluir como irrenunciables todas las normas imperativas y a poner en entredicho la posibilidad de su derogación o sustitución.

Desde el punto de vista cualitativo, es necesario que la infracción de estos principios tenga un carácter grave o sustancial cuando se trata de infracciones del orden público jurídico, económico, democrático, ético o social. En el caso de infracciones de carácter procedimental no basta con la consideración aislada de alguna de ellas; sino que es necesario que en el conjunto del procedimiento se advierta un quebrantamiento sustancial o grave de los derechos de defensa, igualdad o prohibición de la arbitrariedad. Por ello, debe tenerse en cuenta el principio llamado de efecto equivalente, según el cual, la existencia de una concreta infracción puede verse compensada por la observancia práctica de las garantías en el conjunto del procedimiento.

Finalmente, desde el punto de vista instrumental, debe exigirse, como requisito positivo, que la infracción sea manifiesta y no solo susceptible de ser deducida o argumentada con razonamientos jurídicos relativamente complejos; y, como requisito negativo, que la apreciación de la infracción pueda hacerse sin sustituir el criterio del árbitro, a quien corresponde la solución del conflicto.

III. *La argumentación contenida en la sentencia principal*

En mi opinión, la sentencia principal aplica con notable acierto el tercero de estos criterios, que he llamado instrumental.

Sin embargo, a mi juicio no precisa con claridad los criterios sustancial y cualitativo, sin cuya determinación el concepto de orden público amenaza permanentemente con una extensión indebida del control del arbitraje por la jurisdicción que conduciría paradójicamente a un efecto contrario al principio de orden público en que se apoya el arbitraje, el cual se cifra en la autonomía de la voluntad y tiene como consecuencia el respeto al principio de mínima intervención judicial.

Particularmente, me parece inaceptable la afirmación de que el carácter de orden público de la prejudicialidad penal pueda fundarse, directa o indirectamente, en la existencia de una “referencia prescriptiva o imperativa de la preferencia de una jurisdicción sobre otra”. En absoluto pueda afirmarse que las normas de competencia o de jurisdicción tengan un carácter absoluto de orden público; aunque solo sea porque en muchas ocasiones existen zonas grises o de interferencia entre ellas. Lo que realmente integra el concepto de orden público en el caso examinado es la efectividad de la jurisdicción penal y de sus pronunciamientos, como jurisdicción encargada de proteger el *minimum* ético de la sociedad, y solo en la medida en que se cumplan los requisitos de gravedad y carácter manifiesto de la infracción privando a la jurisdicción penal de su efectividad, junto con el de no sustitución del criterio de árbitro (criterio, este último, que la sentencia aplica correctamente), puede hablarse, a mi juicio, de una infracción del orden público.

Madrid, a cuatro de abril de dos mil veintidós.