

**SOBRE LA RENUNCIABILIDAD DEL DERECHO A LA TUTELA
JUDICIAL EFECTIVA A PROPÓSITO DEL ASUNTO MUTU Y
PECHSTEIN c. SUIZA**

Guillermo SCHUMANN BARRAGÁN
Contratado predoctoral FPU
Departamento de Derecho Procesal y Derecho Penal
Universidad Complutense de Madrid
gschuman@ucm.es

ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0003-1934-7808>

Trabajo publicado en BUJOSA VADELL, L. M. (dir.), *Derecho procesal. Retos y transformaciones*, Atelier, Barcelona, 2021, pp. 553-564. ISBN: 978-84-18244-44-5.

SOBRE LA RENUNCIABILIDAD DEL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA A PROPÓSITO DEL ASUNTO *MUTU Y PECHSTEIN c. SUIZA*

Guillermo SCHUMANN BARRAGÁN
Contratado Predoctoral FPU
Departamento de Derecho Procesal y Derecho Penal
Universidad Complutense de Madrid

I. INTRODUCCIÓN

El arbitraje es una renuncia puntual al ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva. Tiene su fundamento en la autonomía de la voluntad de las partes como manifestación de la dignidad de la persona, del libre desarrollo de la personalidad (art. 10 de la Constitución Española) y de la libertad como valor superior del ordenamiento jurídico (art. 1 CE). Esta es la concepción que del arbitraje tienen el Tribunal Constitucional español y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.¹

El 2 de octubre del 2018 el TEDH dictó la sentencia del asunto *Mutu y Pechstein contra Suiza*. En este procedimiento se acumularon las demandas de dos deportistas que alegaban la violación del art. 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos en el seno de un arbitraje seguido ante el Tribunal de Arbitraje Deportivo (“TAD”) situado en Lausana.

Las presentes páginas tienen como finalidad analizar críticamente la sentencia, teniendo en cuenta la determinación que en ella se hace de los presupuestos de validez que legitiman la renuncia puntual al ejercicio del art. 6 CEDH y valorando las consecuencias que, según el TEDH, acarrea la inexistencia de estos presupuestos.

II. ANTECEDENTES

Adrian Mutu es un futbolista rumano que fue fichado en el año 2003 por el *Chelsea Football Club*. En el año 2004, y como consecuencia del resultado positivo en un control anti-drogas, el *Chelsea* dio por finalizado su contrato con el futbolista. En el año 2005 se inició un procedimiento arbitral que terminó con un laudo del TAD que declaró el incumplimiento del contrato por parte de Mutu. El *Chelsea* inicio un nuevo procedimiento arbitral en el que solicitó la indemnización por los daños y perjuicios derivados de tal incumplimiento. Se dictó un nuevo laudo en el que se condenó a Mutu. En el año 2009 Mutu presentó una demanda ante la Corte Federal Suiza solicitando la

¹ Por todas, la STC núm. 1/2018 de 11 de enero [RTC\2018\1]; STC núm. 174/1995 de 25 de noviembre [RTC\1995\174]; STC 176/1996 de 11 de noviembre [RTC\1996\176]; STC núm. 9/2005 de 17 de enero [RTC\2005\9]. STC núm. 75/1996 de 30 de abril [RTC\1996\75] o la STC núm. 136/2010 de 2 de diciembre [RTC\2010\136]. STEDH 28 de octubre de 2010 (Caso Suda contra Republica Checa) [TEDH 2010\105]: «[n]ada impide que los justiciables renuncien a su derecho a un tribunal a favor de un arbitraje, a condición de que dicha renuncia sea libre, lícita e inequívoca». En el mismo sentido la STEDH de 1 de marzo de 2016 (Caso Tabbane c. Suiza).

anulación de este último laudo, alegando que el TAD y alguno de los árbitros que intervinieron en el procedimiento no presentaban las suficientes garantías de independencia e imparcialidad. La demanda fue desestimada por la Corte Federal Suiza.

Claudia Pechstein, por su parte, es una esquiadora profesional alemana federada en la *Deutsche Eisschnelllauf-Gemeinschaft*. En el año 2009, y como consecuencia del resultado positivo en un control anti-doping, la esquiadora fue suspendida por un plazo de dos años por la *International Skating Union*. Esta última decisión de la federación internacional fue recurrida por Pechstein ante el TAD. En este procedimiento arbitral se dictó un laudo desestimando la solicitud de Pechstein. Ese mismo año la esquiadora presentó una demanda ante la Corte Federal Suiza solicitando la anulación del laudo alegando que el TAD no era independiente e imparcial y que no existió una vista oral en el procedimiento arbitral. La demanda fue desestimada.²

En este contexto, Mutu y Pechstein presentaron una demanda ante el TEDH alegando la vulneración de su derecho a un proceso justo (art. 6 CEDH) en el seno del arbitraje ante el TAD.³

III. LA STEDH DE 8 DE OCTUBRE DEL 2018

1. La autonomía de la voluntad como elemento legitimador del arbitraje: el arbitraje obligatorio y voluntario

El TEDH recuerda que es posible que las partes, con base en la autonomía de su voluntad, renuncien puntualmente al ejercicio del derecho a un proceso justo. De este modo, renunciando a que sus pretensiones sean tuteladas jurisdiccionalmente, someten la resolución de sus controversias jurídicas a un árbitro. En estos casos estamos ante un *arbitraje voluntario*.⁴ Sin embargo, también es posible a juicio del Tribunal que el

² De forma paralela, Pechstein inició un procedimiento judicial en Alemania frente a la *International Skating Union* solicitando su condena a la indemnización de los daños y perjuicios sufridos como consecuencia de la sanción. En el seno de este procedimiento se discutió la validez de la cláusula de sumisión al TAD. En última instancia, el *Bundesgerichtshof* sostuvo que Pechstein era libre de someter la resolución de sus controversias al TAD y que no existía ningún abuso de posición dominante que suponga la nulidad de la cláusula. Para un análisis pormenorizado del procedimiento llevado a cabo en Alemania vid. HESS, B., *The private-public divide in international dispute resolution*, Pocketbooks of the Hague Academy of International Law, 2018, págs. 154-162, 208-216. GÓMEZ JENE, M., “Sobre la eficacia del arbitraje deportivo” en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 2015, núm. 902.

³ Ha comentado esta sentencia FERRERES COMELLA, V., “When arbitration is not voluntary: the case of Mutu and Pechstein v. Switzerland” en *Investment Arbitration Outlook*, Uría Menendez, 2018, Issue 4, págs. 3-6. GÓMEZ SANZ, S., “El «tribunal arbitral del deporte (TAS-CAS)»: ¿un procedimiento conforme a lo exigido por el convenio europeo de derechos humanos? Sentencia TEDH: Asunto «Mutu y Pechstein c. Suiza» (Demandas n° 40575/10 y 67474/10), de 2 de octubre de 2018” en *Revista Aranzadi de Deporte y Entretenimiento*, 2019, enero-marzo, núm. 62. JULIÀ, J.M., “Breve comentario de la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 3ª), de 2 de octubre de 2018, en los asuntos Mutu y Pechstein c. Suiza” en *Arbitraje: revista de arbitraje comercial y de inversiones*, Vol. XI, 2018 (3), págs. 817-821.

⁴ «[...] in the case of voluntary arbitration to which consent has been freely given, no real issue arises under Article 6. The parties to a dispute are free to take certain disagreements arising under a contract to a

arbitraje sea obligatorio. Y lo será en todos aquellos casos en los que la sumisión a arbitraje no sea fruto de la autonomía de la voluntad de las partes, es decir, en todos aquellos casos en los que el arbitraje venga impuesto.

La renuncia al ejercicio de los derechos fundamentales en general, y del derecho a un proceso justo en particular, según reiterada jurisprudencia del TEDH, debe formularse de forma libre e inequívoca —*free and unequivocal manner*—.

El primero de los requisitos, la libertad, presupone el poder real de renunciar o no al ejercicio del derecho fundamental. En este caso, la posibilidad real de decidir si someter determinadas controversias a la resolución de un árbitro. Así, la libertad se concibe como el poder de elegir entre dos *alternativas* posibles. Una renuncia inequívoca, por último, es aquella que es consciente, es decir, aquella en la que el titular del derecho se represente mentalmente la renuncia a su ejercicio.⁵ De esta manera, la autonomía de la voluntad se construye sobre dos pilares: la libertad y el conocimiento.

2. La proyección sobre el procedimiento arbitral del art. 6 CEDH en supuestos de arbitraje obligatorio

La consecuencia y diferencia principal entre un arbitraje voluntario y obligatorio es, según el Tribunal, la proyección que el art. 6 CEDH tiene sobre el procedimiento arbitral. En el caso de que se considere que estamos ante un arbitraje obligatorio, el TEDH sostiene que las garantías del art. 6 CEDH se proyectan directamente sobre las actuaciones arbitrales.⁶ En un arbitraje voluntario, por el contrario, en cuanto la parte renunció válidamente a su ejercicio, no existe ninguna proyección del art. 6 CEDH.⁷

3. Las circunstancias personales de Pechstein y Mutu: la existencia de autonomía de la voluntad material en el caso concreto

La estimación de la demanda presentada por Mutu y Pechstein dependía de (i) determinar si el arbitraje era voluntario u obligatorio y, por tanto, determinar si sobre el procedimiento arbitral se proyectaban las garantías del art. 6 CEDH; y, en caso afirmativo, (ii) determinar si en el caso concreto se han vulnerado las garantías del

body other than an ordinary court of law. *By signing an arbitration clause the parties voluntarily waive certain rights secured by the Convention*» (énfasis añadido).

⁵ «[...] choice was “*unequivocal*” or in other words if, when opting, even freely, for CAS jurisdiction instead of that of a national court, the applicant *knowingly waived* his right to have his dispute with Chelsea settled by an independent and impartial tribunal» (énfasis añadido).

⁶ « In addition, a distinction must be drawn between voluntary arbitration and compulsory arbitration. If *arbitration is compulsory*, in the sense of being required by law, the parties have no option but to refer their dispute to an arbitral tribunal, *which must afford the safeguards secured by Article 6 § 1 of the Convention*» (énfasis añadido).

⁷ «[...] in the case of voluntary arbitration to which consent has been freely given, no real issue arises under Article 6». En términos similares se había pronunciado el Tribunal en la STEDH 28 de octubre de 2010 (Caso Suda contra Republica Checa) [TEDH 2010\105]. FERRERES COMELLA, V., “When arbitration is not voluntary: the case of Mutu and Pechstein v. Switzerland” en *Investment Arbitration Outlook*, Uría Menendez, 2018, Issue 4, pág. 4.

precepto. En estas líneas centraremos nuestro análisis únicamente en la primera cuestión.⁸

En relación con Pechstein, el TEDH constató que la sumisión a arbitraje formaba parte de los estatutos de la federación internacional y, por ello, era un requisito para federarse y participar en las competiciones.⁹ En el caso de que la esquiadora decidiera dedicarse profesionalmente a la práctica del deporte debía federarse y, por tanto, su única opción era someterse al arbitraje. No existía una alternativa razonable. Así, respecto de Pechstein se constató que no existió la libertad material que, como uno de los pilares de la autonomía de la voluntad, legitima la renuncia al art. 6 CEDH y, por tanto, se concluyó que era un arbitraje impuesto en el que se proyectan las garantías procesales fundamentales.¹⁰

En relación con Mutu, en cambio, el TEDH llega a la misma conclusión, aunque por un camino distinto. Las regulaciones de la *FIFA* no imponen la sumisión a arbitraje, sino que, como regla general, salvo que se pacte algo distinto en el contrato, contemplan la posibilidad de que los jugadores acudan a la jurisdicción ordinaria a resolver sus conflictos con los clubes.¹¹ El Tribunal considera, en consecuencia, que Mutu tenía

⁸ «In the present case, the question to be addressed by the Court is *whether the applicants' acceptance of CAS jurisdiction, in their two different situations, constituted a waiver of the safeguards under Article 6 § 1 of the Convention on which they relied in their respective applications* [...] That question is based on the assumption *that consent to CAS jurisdiction would amount to an implicit waiver of the application of all or part of the safeguards provided for by Article 6 § 1 of the Convention which are normally applicable to disputes before national courts*» (énfasis añadido) .

⁹ Las normas de la *International Skating Union* relativas a la resolución de conflictos (arts. 24-26) aplicables temporalmente determinaban: «Appeals against decisions of the DC [ISU Disciplinary Commission], and of the Council when allowed by explicit provision of this Constitution, *may be filed with the Appeals Arbitration Division of the Court of Arbitration for Sport (CAS), Lausanne, Switzerland.* [...] All ISU Members, their members, and all other persons claiming standing as present or prospective participants in the ISU or ISU Competitions, Championships, Congress or other activities, and the ISU, *agree to binding arbitration under the Rules of the Ordinary Arbitration Division of the Court of Arbitration for Sport (CAS), Lausanne, Switzerland, as the exclusive jurisdiction and method of resolution of all claims or disputes*» (énfasis añadido.)

¹⁰ «[...] *the only choice* in the second applicant's case was between accepting the arbitration clause and thus earning her living by practising her sport professionally, or not accepting it and being obliged to refrain completely from earning a living from her sport at that level. 114. Having regard to the restriction that non-acceptance of the arbitration clause would have entailed for her professional life, *it cannot be asserted that she had accepted that clause freely* and unequivocally. 115. The Court thus concludes that, even though it had not been imposed by law but by the ISU regulations, *the acceptance of CAS jurisdiction by the second applicant must be regarded as "compulsory" arbitration within the meaning of its case-law* (contrast *Tabbane*, cited above, § 29). *The arbitration proceedings therefore had to afford the safeguards secured by Article 6 § 1 of the Convention* [...]» (énfasis añadido.) El TEDH sostiene que la renuncia no fue libre ni inequívoca. Sin embargo, a poco que mire, el Tribunal solo analiza la libertad como elemento de la autonomía de la voluntad. Es perfectamente posible que un individuo no tenga libertad material y que sea plenamente consciente de la renuncia al ejercicio de su derecho o viceversa — como en el supuesto de Mutu—. En el caso concreto, el análisis del conocimiento no fue necesario. La falta de libertad y, por tanto, la falta de uno de los elementos de la autonomía de la voluntad supone la existencia de un arbitraje obligatorio.

¹¹ *FIFA Regulations for the Status and Transfer of Players 2001*, article 42: «*Without prejudice to the right of any player or club to seek redress before a civil court in disputes between clubs and players, a dispute resolution and arbitration system shall be established which shall consist of the following*

varias posibilidades en caso de no querer someterse a arbitraje: intentar negociar con el *Chelsea* para eliminar la cláusula de sumisión a arbitraje incluida en su contrato o fichar por un equipo distinto. La falta de aceptación de la cláusula de arbitraje no suponía directamente la imposibilidad de dedicarse profesionalmente al deporte. Existían alternativas razonables para Mutu de modo que, a diferencia de Pechstein, puede considerarse que fue un sometimiento a arbitraje libre.¹²

Una vez constatada la renuncia libre al ejercicio del derecho fundamental, el Tribunal analiza el otro pilar de la autonomía de la voluntad: que se trate de una renuncia consciente —*knowingly waived*—. En este caso, y de una forma oscura y poco satisfactoria, el Tribunal considera que no existió una renuncia consciente. En concreto, considera que en la medida en que Mutu recusó a uno de los árbitros por falta de independencia e imparcialidad en el procedimiento arbitral, no puede entenderse que hubiera renunciado conscientemente a estas garantías.¹³ De esta manera, el Tribunal constata que no existió esa renuncia consciente que, como uno de los pilares de la autonomía de la voluntad, legitima la renuncia al art. 6 CEDH y, por ello, concluye que es un arbitraje impuesto en el que se proyectan sus garantías.

IV. UN ANÁLISIS CRÍTICO: LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD COMO FUNDAMENTO DEL ARBITRAJE Y LAS CONSECUENCIAS DE SU INEXISTENCIA

4. La autonomía de la voluntad como fundamento de la institución arbitral: la libertad y conocimiento

La autonomía de la voluntad es aquel poder de la persona de gobernarse a sí misma, de ordenar su esfera jurídica a través de la reglamentación de sus relaciones jurídicas. La autonomía de la voluntad es una manifestación del libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE) que tiene su proyección concreta en el Derecho privado (art. 1255 CC). A través de su reconocimiento e institucionalización, el ordenamiento dota al individuo

elements [...]». Por ello, el Tribunal sostiene que «[t]he applicant *was not obliged to accept arbitration, in view of the possibility under Article 42 of the 2001 Regulations for players to seek redress before a domestic court in any dispute with their clubs*» (énfasis añadido).

¹² «Unlike the second applicant, the first applicant has not therefore shown that he was faced with a binary choice between accepting the arbitration clause and earning his living by practising his sport at professional level, on the one hand, or not accepting it and completely abandoning the idea of competing at that level, on the other. The Court thus finds *no reason to suggest that “compulsory” arbitration is at issue in the first applicant’s case*» (énfasis añadido).

¹³ «In the present case, the Court notes that, on 22 September 2008, relying on Article R34 of the Code of Arbitration, the applicant brought a challenge against the arbitrator appointed by Chelsea, Mr D.-R. M., whose independence and impartiality he was disputing [...] Consequently, unlike the decision reached in *Suovaniemi and Others* (cited above), it cannot be considered that, by accepting the arbitration clause in his contract and by choosing to take his case to the CAS – and not to a national court, as authorised by Article 42 of the 2001 Rules –, the applicant had “unequivocally” waived his right to challenge the independence and impartiality of the CAS in any dispute that might arise between him and Chelsea».

del poder de regular su esfera jurídica: la forma en la que ordenará sus intereses y satisfará sus necesidades.

En la regulación de nuestro Código Civil y, en general, en el Derecho privado europeo continental, la autonomía de la voluntad se sustenta en la libertad y el conocimiento.¹⁴ El consentimiento válidamente emitido será aquel que sea libre y con conocimiento del objeto sobre el que se proyecta. Por ello, los vicios del consentimiento en el CC van dirigidos a proteger estos dos elementos: el error —conocimiento— y la violencia o intimidación —libertad—.

Como es sabido, una de las cuestiones tradicionalmente discutidas por parte de la doctrina civilista es la relación entre la voluntad interna y la declaración de esa voluntad: teoría de la declaración o teoría de la voluntad. Cada una de ellas maximiza un bien jurídico distinto. La teoría de la voluntad da un valor predominante a la voluntad interna —i.e. a la libertad y conocimiento del individuo—. De este modo, se protege la voluntad como fundamento de la autorresponsabilidad y vinculación de los pactos (art. 1901 CC). La teoría de la declaración se centra en la exteriorización de la voluntad interna y, por lo tanto, protege la seguridad jurídica y el tráfico.¹⁵ Nuestro CC adopta una posición intermedia: no incorpora una teoría de la voluntad o declaración pura.¹⁶ Es decir, no cualquier falta de libertad o conocimiento supone un consentimiento viciado. Con el objetivo de mantener un equilibrio entre los intereses y bienes jurídicos en juego, cada ordenamiento privado determina en cada caso la libertad o conocimiento que se considera exigible.¹⁷ Por eso, no cualquier error —falta de conocimiento— es causa de anulabilidad, sino solo el que recae «sobre la sustancia de la cosa» (art. 1266 CC); y no cualquier violencia o intimidación sobre el individuo —falta de libertad—

¹⁴ «Un vicio de consentimiento existe siempre que la voluntad contractual se ha formado defectuosamente. Como presupone un conocimiento suficiente del alcance del negocio, de su objeto y de sus circunstancias y libertad para querer sus consecuencias, falta de conocimiento y falta de libertad, son como dice PUIG BRUTAU los dos grupos de causas por las que resulta posible pedir la anulación de un contrato y por ello, de hablar de vicio del consentimiento contractual» DIEZ PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial I. Introducción. Teoría del Contrato*, Editorial Aranzadi, 6ª ed., 2007, pág. 185. «La tradición jurídica ha sistematiza los vicios que pueden afectar a la voluntad de los contratantes con relación a la falta de conocimiento (error, dolo) y con relación a la falta de libertad (intimidación o violencia moral)» LACRUZ BERDEJO, *et al.*, *Elementos de Derecho Civil I. Derecho de obligaciones. Tomo II, Vol. I*, Dykinson, 5ª ed., 2011, pág. 358. En el mismo sentido, DE CASTO Y BRAVO, F., *El negocio jurídico*, Civitas, 2002, págs. 57-58.

¹⁵ DIEZ PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial I. Introducción. Teoría del Contrato*, Editorial Aranzadi, 6ª ed., 2007, pág. 182.

¹⁶ DIEZ PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial I. Introducción. Teoría del Contrato*, Editorial Aranzadi, 6ª ed., 2007, págs. 182-183

¹⁷ «En rigor, vicio del consentimiento tendría que existir cualquiera que fuera la naturaleza o el alcance del error, del dolo o de la intimidación. Sin embargo, los Derechos positivos ordena que, aunque se hayan producido tales vicios del consentimiento, solo bajo ciertas condiciones o bajo ciertos requisitos el contrato puede ser anulado» DIEZ PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial I. Introducción. Teoría del Contrato*, Editorial Aranzadi, 6ª ed., 2007, pág. 186. De especial interés es el análisis económico del Derecho que MORALES MORENO realiza sobre esta cuestión. En especial, sobre el error en el consentimiento como un criterio de distribución de los riesgos del contrato. MORALES MORENO, A. M., *El error en los contratos*, CEURA, 1988, págs. 88-94, 245-259.

supone una causa de anulabilidad, sino solo la violencia en la que se emplea una «fuerza irresistible» y la intimidación que acarrea un «temor racional y fundado de sufrir un mal inminente y grave» (art. 1267 CC).

Acierta plenamente el TEDH en construir la autonomía de la voluntad sobre los pilares en que se ha construido tradicionalmente en el Derecho privado. Ahora bien, y esta es la cuestión de interés, el Tribunal determina cuál es el «nivel» de libertad y conocimiento que se exige para considerar legítima la renuncia al ejercicio de derechos fundamentales. Y lo hace, cuando menos, en aquellas relaciones, como las que fueron objeto de enjuiciamiento en la sentencia, en las que existe una asimetría en el poder de contratación entre las partes.¹⁸ No basta un consentimiento válidamente prestado desde la perspectiva del Derecho privado; son exigibles una libertad material y un conocimiento cualificado que legitimen la renuncia.

En relación con la primera, habrá libertad material cuando exista una *alternativa razonable*¹⁹, es decir, cual el individuo tenga la posibilidad real de renunciar o no al derecho. Por ello, no basta con que, desde la perspectiva del Derecho privado alemán, inglés o suizo, la adhesión de Pechstein a los estatutos de la federación internacional o la cláusula arbitral del contrato de Mutu con el *Chelsea* hubiera sido válida. El TEDH cualifica la libertad exigible —alternativa razonable— en función del concreto objeto sobre el que se proyecta la autonomía de la voluntad: la renuncia a ejercitar el derecho a un proceso justo en relación con una relación jurídica concreta.

En relación con el conocimiento, debe exigirse que el individuo se represente el objeto del negocio jurídico que está celebrando —la renuncia puntual al ejercicio de un derecho fundamental— y comprenda las consecuencias jurídicas de este.

Por ello, y con independencia de la aplicación de lo dicho anteriormente al caso concreto en la sentencia, en abstracto consideramos adecuada la construcción

¹⁸ «The Court would emphasise that, in those three cases, the applicants – a businessman and commercial companies – had been free to establish commercial relations with the partners of their choosing without affecting their freedom and capacity to engage, with other partners, in projects within their respective fields of activity [...] In the present case, the two applicants are high-level athletes who earn their living by competing in their respective sports on a professional level. Their respective situations are not comparable to those described above».

¹⁹ El criterio de la alternativa razonable en relación con la renunciabilidad de los derechos fundamentales ha sido explicada por ALFARO «[l]a renuncia o limitación de derechos fundamentales por contrato no es válida en los supuestos en los que *típicamente*, el “mecanismo contractual” que garantiza la “justicia” (*volenti non fit iniuria*) del contenido de los contratos no funciona correctamente» [...] el mecanismo contractual no funciona correctamente cuando *el contratante no tuviera como alternativa razonable disponible (a aceptar la limitación de sus derechos en el contrato)* la renuncia a contratar dirigiéndose a la competencia. Si el particular no actuó libremente, la limitación del derecho contenida en el contrato no está amparada por la libertad contractual, por lo que en estos casos no sólo está justificada la intervención de los poderes públicos, sino que, en la medida en que se vea afectado un derecho constitucional de la parte que no ha podido actuar libremente existe por parte de los poderes públicos un *deber* de intervenir» ALFARO AGUILA-REAL, J., *La autonomía privada y derechos fundamentales*, Anuario de Derecho Civil, 1993, pág. 97 (énfasis añadido).

conceptual sobre la que el Tribunal fundamenta la autonomía de la voluntad como elemento legitimador del arbitraje.

5. Las consecuencias de la falta de autonomía de la voluntad material

En consecuencia, deberá considerarse que en un arbitraje falta la autonomía de la voluntad —y, por tanto, es un arbitraje obligatorio— cuando es impuesto por ley —origen legal— o contractualmente —origen obligacional—. Las consecuencias que tendrá en uno u otro caso son distintas.

En relación con los arbitrajes impuestos por ley, como regla general en nuestro país una norma que incorpore un arbitraje obligatorio será inconstitucional.²⁰ Excepcionalmente, y como nos hemos pronunciado en otro lugar, la norma podría ser constitucional si se considera una limitación constitucionalmente admisible del derecho fundamental.²¹ En la medida en que un arbitraje obligatorio supone la imposibilidad de ejercitar el contenido del derecho —acceder a la jurisdicción y obtener una sentencia sobre el fondo del asunto—, sólo será válido un arbitraje obligatorio si cumple con los requisitos concretos sobre la limitación de los derechos fundamentales. Cuestión distinta será que para considerar constitucional la limitación impuesta por ley se exija que se incorporen determinadas garantías procesales —como se verá, de naturaleza legal— y un mecanismo judicial para su tutela.

En relación con los arbitrajes obligatorios de origen contractual, una cláusula de sumisión a arbitraje en la que no concurre el elemento legitimador de la renuncia debe ser nula de pleno de derecho por considerarse una vulneración objetiva del derecho fundamental contraria al orden público (art. 1255 CC).

6. Las garantías procesales del procedimiento arbitral

Las «garantías» procesales en el procedimiento arbitral derivan de las propias leyes arbitrales y no son una proyección del art. 6.1 CEDH o del art. 24 CE. Es decir, los derechos a la imparcialidad del árbitro o la prohibición de indefensión son «derechos subjetivos» o, si se quiere, «garantías procesales» legales que se derivan de la legislación arbitral y que se tutelan a través de la acción de anulación del laudo —art. 41.1 de la Ley de Arbitraje—: «no son garantías derivadas —con el carácter de derechos fundamentales— del art. 24 CE».²² El TC es claro al afirmar que «[a]quello

²⁰ En este sentido se ha manifestado de forma reiterada el TC desde la STC núm. 174/1995 de 23 noviembre [RTC 1995\174], respecto del art. 38.2 LOTT; en la STC núm. 352/2006 de 14 diciembre [RTC 2006\352], respecto de la nueva redacción dada a ese mismo precepto tras su declaración de inconstitucionalidad y en la STC núm. 1/2018 de 11 de enero [RTC\2018\1], respecto del art. 76 e) LCS).

²¹ SCHUMANN BARRAGÁN, G., “Comentario a la STC 1/2018 de 11 de enero (Pleno) sobre la inconstitucionalidad del art. 73 e) de la Ley del Contrato de Seguro” en *FORO. Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales*, Nueva Época, 2018, págs. 412-417.

²² STC 9/2015 de 17 de enero: «Es indudable que quienes someten sus controversias a un arbitraje de equidad tienen un derecho subjetivo a la imparcialidad del árbitro (art. 12.3 de la Ley de arbitraje de 1988 [RCL 1988, 2430 y RCL 1989, 1783] y art. 17 de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre [RCL 2003, 3010]

que, por voluntad expresa de las partes, se defiere al ámbito del proceso arbitral, por esa misma voluntad expresa de las partes queda sustraído al conocimiento del Tribunal Constitucional» (STC 176/1996).

Esta posición no supone negar la existencia de garantías procesales en el procedimiento arbitral; lo que supone es negar que estas tengan su origen en el art. 24 CE o en el art. 6 CEDH. El derecho a la tutela judicial efectiva es un derecho de prestación que tiene como sujeto pasivo al órgano jurisdiccional, el *único* que puede satisfacerlo ya que solo él ostenta la potestad jurisdiccional (art. 117.3 CE) que se configura como la prestación garantizada por el derecho fundamental. Las «garantías» procesales en el procedimiento arbitral son legales y, por ello, su vulneración no puede ser objeto de enjuiciamiento de forma directa por el TEDH o por parte del TC.

Las garantías procesales del art. 6 CEDH o del art. 24 CE se proyectarán sólo sobre aquellas actuaciones *judiciales* relacionadas con un procedimiento arbitral: el nombramiento judicial de árbitros, las funciones de apoyo al arbitraje o la acción de anulación del laudo arbitral (STC 136/2010²³ y STC 9/2005²⁴). A nuestro juicio, aceptar esta forma de plantear la proyección sobre el procedimiento arbitral de las garantías procesales que realiza el TEDH es incorrecta y desnaturaliza la naturaleza y el entendimiento de su propia jurisdicción, ya que supondría aceptar, lisa y llanamente, que son las actuaciones arbitrales directamente las que son objeto de enjuiciamiento por parte del TEDH o, a nivel interno, del TC.²⁵

, de arbitraje) y a que no se les cause indefensión en la sustanciación de las actuaciones arbitrales (art. 21.1 de la Ley de arbitraje de 1988 y art. 24.1 de la Ley de arbitraje de 2003), derechos que derivan de la misma configuración legal del arbitraje como forma de heterocomposición de los conflictos entre ellos. Pero esos derechos tienen precisamente el carácter de *derechos que se desenvuelven en el ámbito de la legalidad ordinaria y que se tutelan*, en su caso, a través del recurso o acción de anulación que la regulación legal del arbitraje –por medio de motivos de impugnación tasados– concede a quienes consideren que aquéllos han sido vulnerados. Como ya se ha expuesto, sin embargo, *la imparcialidad del árbitro y la prohibición de indefensión en el arbitraje no son garantías derivadas –con el carácter de derechos fundamentales– del art. 24 CE, cuyas exigencias sólo rigen, en lo que atañe ahora a las concretas alegaciones que se están examinando, para el proceso –actuaciones jurisdiccionales– en el que se pretende la anulación del Laudo y para el órgano judicial que lo resuelve*» (énfasis añadido). En el mismo sentido la STS (Sala de lo Civil) núm. 26/2010 de 11 febrero [ECLI: ECLI:ES:TS:2010:1669].

²³ STC núm. 136/2010 de 2 de diciembre [RTC\2010\136]: «las garantías contenidas en el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) sólo pueden ser proyectadas respecto del control jurisdiccional que se desarrolle sobre las fases del procedimiento arbitral previstas en la legislación, entre las más relevantes, la formalización judicial del arbitraje, el recurso o acción de anulación y la ejecución forzosa del laudo.

²⁴ STC núm. 9/2005 de 17 de enero [RTC\2005\9]: «sólo pueden examinarse aquí las vulneraciones alegadas en la demanda de amparo de diversas garantías del art. 24 CE con respecto a la Sentencia de la Audiencia Provincial impugnada, pero no con respecto al Laudo arbitral, que ha de quedar excluido del objeto de este proceso constitucional». En el mismo sentido la STC 176/1996 de 11 de noviembre [RTC\1996\176].

²⁵ El tribunal considera que Mutu no renunció conscientemente al art. 6 CEDH porque denunció en el procedimiento arbitral la falta de independencia e imparcialidad de un árbitro. El razonamiento es incorrecto. Es perfectamente posible renunciar libre y conscientemente al art. 6 CEDH e impugnar en el procedimiento arbitral la falta de independencia e imparcialidad de los árbitros; estas son garantías legales y no proyecciones del derecho fundamental a cuyo ejercicio se renunció.

En abstracto existen dos modelos imaginables. Por un lado, se puede sostener que son posibles los arbitrajes obligatorios —y, por tanto, impuestos por la ley o contractualmente— con la condición de que se cumplan en ellos las garantías procesales del art. 24 CE o del art. 6 CEDH. Por otro lado, cabe sostener que un arbitraje obligatorio no es válido, en la medida en que en todo arbitraje es una renuncia puntual al ejercicio del derecho del derecho fundamental sustentada en la autonomía de la voluntad; en todo caso, como consecuencia de la renuncia, no se proyectará sobre el procedimiento arbitral ninguna garantía derivada del derecho fundamental abandonado. En definitiva, en función del modelo que se siga se puede poner el «foco de atención» o en el *procedimiento arbitral* —proyectando sobre él las garantías constitucionales— o en la *cláusula arbitral* —exigiendo que sea fruto de la autonomía de la voluntad—.

Aunque la primera opción parezca *a priori* la más garantista, en realidad no lo es. La proyección del art. 6 CEDH o del art. 24 CE sobre el procedimiento arbitral es el «precio que hay que pagar» para considerar válidos los arbitrajes obligatorios —impuestos, no lo olvidemos, por ley o contrato—. A nuestro juicio es más garantista y acorde con la dignidad del individuo sostener que el arbitraje no puede ser impuesto en ningún caso. Es decir, era más garantista sostener que a Pechstein y a Mutu no se les podía imponer el procedimiento arbitral en ningún caso —e indirectamente forzar en el futuro el cambio en los contratos o estatutos de las federaciones deportivas— que sostener que es posible la imposición siempre que el TAD cumpla con las garantías procesales del art. 6 CEDH.

Lo dicho anteriormente no supone defender la inadmisión o desestimación de la demanda presentada por Mutu o Pechstein, sino desarrollar de forma distinta la argumentación sobre la que se construye la sentencia.

En caso de no existir la autonomía de la voluntad material, el art. 6 CEDH no se vulnera en el procedimiento arbitral —en el que no tiene ninguna operatividad—; se vulnera directa y únicamente por parte del órgano jurisdiccional el cual, infringiendo su deber de protección y la dimensión objetiva de los derechos fundamentales, no priva de eficacia jurídica al laudo dictado como consecuencia de un arbitraje en el que no concurrían los elementos que lo legitiman. Es decir, de no existir autonomía de la voluntad material, la vulneración se imputa al Estado por no tutelar el derecho fundamental en el seno del procedimiento de anulación, de reconocimiento o ejecución del laudo arbitral extranjero.²⁶

²⁶ La inexistencia de autonomía de la voluntad supone la nulidad del convenio arbitral. Es motivo de anulación, no reconocimiento o ejecución el que el convenio arbitral no exista o *no sea válido* —art. 41.1.a) LA y art. 5.1.a) del Convenio sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras de 1958 —.

V. CONCLUSIÓN

La proyección sobre el procedimiento arbitral de las garantías del art. 24 CE o del art. 6 CEDH es errónea; no casa ni con la propia naturaleza de los derechos fundamentales, ni con la naturaleza de la institución arbitral, ni con la naturaleza y jurisdicción *ratione materiae* y *personae* de los tribunales constitucionales y el TEDH como garantes últimos de los derechos fundamentales y libertades públicas. Las garantías procesales en el procedimiento arbitral son de origen legal y no una proyección de los derechos fundamentales de naturaleza procesal.