

Publicado en “La Ley. Mediación y Arbitraje”. Nº16, Julio de 2023, Editorial LA LEY.

Autor: JAVIER JIMÉNEZ UGARTE.

Embajador de España y Of Counsel en Lupicinio International Law Firm.

**“DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL  
SOBRE ANULACIÓN DE LAUDOS Y VOTOS PARTICULARES DISCREPANTES  
DESDE EL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID”**

RESUMEN: El autor examina los procesos de impugnación de laudos arbitrales ante el “Tribunal Superior de Justicia de Madrid” durante el denominado “*quinquenio aciago*”. Recuerda su aprendizaje sobre esta cuestión de continua actualidad por los numerosos laudos anulados en interpretaciones heterodoxas sobre las causales previstas en el artículo 41.1 de la Ley de Arbitraje. A continuación, analiza las Sentencias del Tribunal Constitucional número 46/2020 y 17/2021 que han clarificado la doctrina del Alto Órgano, y que fueron elogiosamente recibidas por la Comunidad Arbitral. Añade referencias a las dos ulteriores sentencias coincidentes números 55/2021 y 65/2021. A continuación, examina de qué manera el TSJM ha ejecutado lo decidido en amparo por el TC, en unas primeras resoluciones de 2021 y en las tres primeras sentencias del 2023, a las que añade la 17/2023 sobre el caso “Aquamed” que le permite analizar más extensamente la posición actual del TSJM y la del Magistrado autor de múltiples votos particulares discrepantes, Jesús María Santos Vijande. Su conclusión es que la situación actual sigue siendo mejorable.

PALABRAS CLAVE: Arbitraje, laudos, anulación, Tribunal Constitucional, Tribunal Superior de Justicia de Madrid, votos particulares discrepantes.

**“DOCTRINE OF THE CONSTITUTIONAL COURT ON ANNULMENT OF AWARDS  
AND DISSENTING OPINIONS FROM THE HIGH COURT OF JUSTICE OF MADRID”**

ABSTRACT: In this contribution, the author examines the period (“*quinquenio aciago*”) in which the High Court of Madrid developed an expansive interpretation of the public policy for review of the awards through annulment action, in application of Art. 41.1 of the Spanish Arbitration Act. After that, the author analyses the Sentences of the Spanish Constitutional Tribunal 46/2020 and 17/2021 which fixed the limits of the public policy ground to set aside the awards, warmly welcomed by the Spanish Arbitration Community. References to the Sentences 55/2021 and 65/2021 of the Spanish Constitutional Tribunal, in the same way, are added. Next, the author examines how the High Court of Madrid has performed the mandatory interpretation established by the Spanish Constitutional Tribunal. High Court of Madrid decisions, from 2021 until 2023 have been analysed. Sentence 17/2023, rendered in “Aquamed” case, allowed the author a deep examination of the High Court of Madrid’s position and a critical perspective regarding Judge Jesus María Santos Vijande’s numerous dissenting opinions. The author concludes that the actual situation is still improvable.

KEY WORDS: Arbitration, awards, annulment, Constitutional tribunal, High Court of Madrid, dissenting opinion.

## ÍNDICE

### A.- CONSIDERACIONES INTRODUCTORIAS

### B.- LAS DOS PRIMERAS SENTENCIAS DEL TC EN LA NUEVA ETAPA

- La nº 46/2020, de 15 junio, ponente María Luisa Balaguer, caso “Arrenta”
- La nº 17/2021, de 15 febrero, ponente María Luisa Balaguer, caso “Mazacruz”

### C.- REACCIONES DOCTRINALES

- Número 6 de “La Ley. Mediación y Arbitraje”

### D.- DOS ULTERIORES SENTENCIAS COINCIDENTES DEL TC

- La nº 55/2021, de 15 de marzo, ponente Pedro González-Trevijano, (caso “Socialtech”)
- La nº 65/2021. de 15 de marzo, ponente Juan Antonio Xiol Rius, (caso “Casa Depot”)

### E.- TRES RESOLUCIONES DEL TSJM EN EJECUCIÓN DE LAS SENTENCIAS DEL TC

1. El Auto 7/2021, de 13 de abril, (caso “Socialtech”)
2. La nº 16/2021, de 21 de abril, (caso “Casa Depot”)
3. La nº 31/2021, de 21 de mayo, (caso “Mazacruz”)

### F.- LAS TRES PRIMERAS SENTENCIAS DEL TSJM EN EL 2023

1. La nº 1/2023, de 17 de enero, ponente José Manuel Suárez Robledano, (caso “Emvialsa”), y voto particular de Santos Vijande
2. La nº 2/2023, de 24 de enero, ponente José Manuel Suárez Robledano, (caso “D<sup>a</sup> Virtudes v. Price Waterhouse”)
3. La nº 3/2023, de 31 de enero, ponente Jose Manuel Suárez Robledano, (caso “Avanzalia v. Zarapicos Golf”)

**G.- LA SENTENCIA Nº 17/2023, de 27 de abril, (caso “Aquamed”), ponente Fco. José Goyena Salgado, y voto particular Jesús María Santos Vljande**

### H. CONSIDERACIONES FINALES

## A. CONSIDERACIONES INTRODUCTORIAS

Algo más de cuatro años han transcurrido desde que seguí un acertado “**Curso de Arbitraje**”, ofrecido en su sede de la calle Velázquez por la “**Asociación Europea de Arbitraje**”, que presidía **Javier Iscar**, siempre con el apoyo de **Sonia Hernando**.

Fuimos una quincena de afortunados alumnos, la mayoría con más experiencia que yo, enfrentados a un cuidado programa de diez módulos, impartidos por algunos de nuestros mejores especialistas, a los que he seguido escuchando en su generosa labor docente durante los años transcurridos desde entonces <sup>1</sup>.

Las correspondientes clases de 16 a 19 horas fueron las tradicionales, cubriendo los principales aspectos de esa figura del campo del Derecho que me había interesado estudiar, llegado el momento de mi jubilación <sup>2</sup>.

Hoy querría fijarme en el aspecto que quizás ha sufrido, y sigue sufriendo, mayores polémicas, cobrando creciente importancia por poder afectar no solo el presente sino también el futuro del arbitraje.

Me refiero al *módulo 7, “Impugnación del laudo arbitral”*, temática que me resultó especialmente novedosa, conocedor hasta entonces, casi en exclusiva, de la vía judicial. Le correspondió al profesor titular de Derecho Procesal de la UCM, **Rafael Hinojosa**. En mis ‘apuntes’ manuscritos leo que, junto a la rica doctrina expuesta sobre las sucesivas normas que estuvieron en vigor, el ponente nos sorprendió haciéndonos ver que existían ya *‘fuertes críticas a los procesos de anulación de laudos ante el Tribunal Supremo de la Comunidad Autónoma de Madrid, tantas que se empezaba a evitar dicho foro optando las partes, de común acuerdo, por fijar la sede en otras capitales cercanas como Toledo o Segovia, bajo jurisdicción de los T.S.J. de Castilla La Mancha, y de Castilla-León’*.

Tuvo tiempo incluso para hacer referencias al origen de tantas inesperadas anulaciones, que mucho dañaban la imagen de Madrid como atractiva sede de arbitraje, al poner en peligro principios claves del mismo como el de *‘la autonomía de la voluntad’*, y *‘la firmeza y ejecutabilidad del laudo’* salvo en los casos previstos en el **artículo 41** de la “Ley de Arbitraje” de 2003, única instancia existente para la anulación.

Habían pasado a ser cuestiones a debatir, a ojos de algunos magistrados del citado TSJM, enfrentados con agresivas demandas de anulación, enfoques hasta entonces pacíficos como *‘la revisión formal y no sobre el fondo’*, *‘la exclusión de hechos y elementos de prueba’*, *‘la interpretación estricta del orden público’*, *‘la mayor o menor motivación’*, el *‘número clausus de las causales de anulación’*, y alguno más.

---

<sup>1</sup> Por orden de intervención: Seguimundo Navarro; Miguel Ángel Malo; Josep María Juliá; Gonzalo Stampa; Miguel Ángel Serrano; Rafael Hinojosa; Jose Fernando Merino; Víctor Bonnin; y Margarita Soto.

<sup>2</sup> El convenio arbitral; Medidas cautelares y árbitros de emergencia; Los árbitros; El procedimiento arbitral; La prueba en el arbitraje; Terminación del procedimiento arbitral; Impugnación del laudo arbitral; Eficacia del laudo arbitral; Arbitraje de Inversiones. CIADI. UNCITRAL. CCI. TTIP; terminando con el habitual Análisis del caso práctico.

Debió ser en la habitual pausa para café cuando escuché por primera vez, aquel 20 de noviembre de 2018, el nombre del **Magistrado Jesús María Santos Vijande**, miembro de la **“Sala de lo Civil y de lo Penal” del TSJM**, competente para las demandas de anulación de laudos, y que terminará siendo protagonista de muchos de mis comentarios críticos a lo largo de estas páginas por su *reluctante*<sup>3</sup> comportamiento.

Al respecto, releí recientemente un trabajo de **2015** del Catedrático de Derecho Internacional Privado, **José Carlos Fernández Rozas**, de sugestivo título, **“Riesgos de la heterodoxia en el control judicial de los laudos arbitrales”**<sup>4</sup>.

Arrancaba con una objetiva observación: *“Varios fallos recientes del TSJM han encendido la voz de alarma del colectivo arbitral temiendo que, de consolidarse, la capital española pierda su papel de protagonista y que la práctica del arbitraje institucional pueda resentirse”*. Destacaba que se habían sucedido **cinco anulaciones de laudos** sin respetar ninguna de ellas ese principio básico de que el *“control judicial debe tener un contenido limitado para ser compatible con el desarrollo de la institución arbitral, pues si tuviera carácter exhaustivo correría el riesgo de su desnaturalización”*.

Planteaba, a continuación, el choque de estas sentencias con puntos esenciales del arbitraje, como el recogido en la **Exposición de Motivos de la Ley de Arbitraje**: *“las causas de anulación del laudo no han de permitir, como regla general, una revisión del fondo de la decisión de los árbitros”*.

Salían a relucir en aquel trabajo otras realidades como *“la necesidad de una verificación equilibrada de la causal de orden público”, “la inexistencia de una segunda instancia arbitral”, y “el carácter tasado de los motivos de anulación”*.

Ya entonces, aunque el autor evita mencionarlo, sin duda por el gran respeto que siente ante la independencia judicial, se sabía que al frente de esa incipiente y preocupante heterodoxia estaba el citado **Magistrado**, al parecer totalmente dispuesto a romper con los cánones establecidos por una práctica consolidada en la generalidad de los Tribunales de las distintas Comunidades autónomas, y anteriormente de las Audiencias Provinciales.

Afortunadamente, existían ya defensores de una mayor ortodoxia constitucional, como lo refleja el voto particular discrepante del Presidente de la Sala, **Francisco Javier Vieira Morante**, contra la Sentencia del **TSJM de 14 de abril de 2015**, al defender con claridad la diferencia entre una *“valoración errónea”*, que no causa vulneración del orden público, y una *“valoración irracional”* que sí podría hacerlo.

Tras acertar en el análisis factual, y no errar, visto desde hoy, en su labor de prospectiva, **Fernández Rozas** llamaba a la reflexión por una y otra parte, evitando toda actitud

---

<sup>3</sup> En su sentido de *“reacio, opuesto”* a posiciones mayoritarias según mi viejo “Diccionario Ideológico de la Lengua española” de Julio Casares, que me acompaña desde mis años de oposición.

<sup>4</sup> “Tribuna” del nº 8537 de “La Ley”, 12-5-2015.

agresiva, de cara a lo cual proponía “generalizar los encuentros entre jueces y árbitros para lograr un clima de entendimiento”.

Desgraciadamente, y como todos sabemos, la grave crisis iniciada continuaría, e incluso se agravaría, durante lo que **Manuel Conthe** denominó el “**quinquenio aciago**” en su trabajo de 2021, “**Los riesgos de la anulación de laudos y la doctrina del Tribunal Constitucional**”<sup>5</sup>.

Hacia una brillante distinción entre los “*falsos positivos*”, (anulaciones arbitrarias), y los “*falsos negativos*”, (anulaciones no dictaminadas), y, con buen criterio, advertía de la mayor gravedad que aquéllos tienen para el buen funcionamiento del arbitraje. De cara a ello, recordaba el viejo lema de **Blackstone**, “*es mejor que diez culpables escapen a que un inocente sufra*”. Con objetividad, el autor del citado trabajo llegaba a elogiar los aciertos de **Santos Vijande** al evitar algunos “falsos negativos”, pero lamentaba los errores cometidos con excesivos “falsos positivos”<sup>6</sup>.

En tanto que experimentado letrado y árbitro, **Conthe** afirmaba que, en todo caso, “*la firmeza de los laudos ante el TSJM había pasado a ser una verdadera lotería*”, dura expresión que supo justificar debidamente en su sesudo trabajo.

Escribía, finalmente, con lógico optimismo y conocimiento de causa, en sus ‘**Conclusiones**’ que “*las cuatro recientes sentencias del Tribunal Constitucional (SSTC 46/2020, de 15 de junio; 17/2021 de 15 de febrero; y 55/2021 y 65/2021, de 15 de marzo) han vacunado con eficacia al sistema arbitral español contra el virus de la arbitrariedad en la anulación de laudos que tantos estragos causó en los arbitrajes con sede en Madrid*”.

La realidad ha resultado ser peor de lo esperado por todos. El también abogado y árbitro internacional, **Francisco G. Prol Pérez**, - tristemente fallecido hace pocas semanas -, publicó un trabajo de sugerente título, “**A vueltas con la decisión del juez sobre el fondo del laudo y el procedimiento arbitral**” (*Sentencia del TSJM de 22 de octubre de 2021*)<sup>7</sup>.

En efecto, el TSJM, en su citada **Sentencia**, con **Santos Vijande** como ponente, anuló por mayoría el laudo del tribunal arbitral (integrado por **Luis Felipe Castresana**, como presidente, e **Ignacio Díez-Picazo** y **Juan Cadarso** como árbitros) en el caso “**Cabify v. Auro**”, ‘*por infracción del orden público que trae causa de que el error iuris en la selección del Derecho aplicable vicia de raíz las premisas de enjuiciamiento asumidas por el Tribunal Arbitral y lleva aparejada como consecuencia un déficit absoluto de motivación, derivado de la exclusión del Derecho preferente de la Unión europea y de la doctrina del TJUE aplicable al caso, y de no haber justificado dicha exclusión normativa y jurisprudencial*’.

---

<sup>5</sup> “Anuario de Arbitraje 2021”, Ed. Civitas.

<sup>6</sup> El propio Santos Vijande se refirió a dos de sus resoluciones en esta dirección como “novedosas e innovadoras” en el video entrevista como candidato a Magistrado en la Sala Primera del TS (turno juristas) ante el CGPJ el 17-11-2019.

<sup>7</sup> Número 10 de la Revista “La Ley. Mediación y Arbitraje”, 1 de enero 2022.

Creo que esta breve cita es suficiente para demostrar que **Santos Vijande** seguía en sus trece, dispuesto a entrar en el fondo del laudo y a anularlo tras invocar violaciones del orden público nacional o de la Unión Europea, como en este caso, al margen de todo lo que ha instruido el Tribunal constitucional.

Afortunadamente, la Sentencia cuenta con un **voto particular discrepante** del Presidente de la Sala, **Celso Rodríguez Padrón**, que justamente fundamenta su decisión, no concordante con la de la mayoría, en la doctrina que emana de la reciente Jurisprudencia del TC, que luego analizaremos con mayor detalle.

Sin duda, ello lleva al autor del artículo, al término de una exhaustiva exégesis de la Sentencia, a compartir la improcedencia de que el TSJM anule un laudo que invoca lo previsto en nuestra *“Ley de Defensa de la Competencia”* por no haber invocado como Ley aplicable la legislación europea, en concreto el *“art. 101 del TFUE”*, como sabido, totalmente coincidente con aquélla.

Tanta incoherencia formal y de fondo de la citada Sentencia, llevó a **Francisco Prol**, a concluir, sin renunciar a su optimismo, que *“las decisiones del TSJM sobre este punto se van a ir acomodando a la doctrina emanada del TC, y que en breve tiempo la doctrina mantenida por el TSJM de ampliar las facultades revisadoras del juez habrá sido desplazada por la establecida en las Sentencias del TC”*.

Un mes después <sup>8</sup>, **José Carlos Fernández Rozas** compartiría desde su **Blog** el extenso Voto particular arriba mencionado, tras titular su entrada *“Con eventual contravención de la doctrina del Tribunal constitucional, el TSJM anula un laudo en relación con el impacto de las normas de orden público derivadas del Derecho de la UE de la competencia”*.

Merece la pena recordar, además, el **Auto de 11-1-2022 del TSJM**, - también con **Santos Vijande** de ponente, y voto discrepante del Presidente de la Sala, **Celso Rodríguez Padrón** -, con que rechazó el **incidente de nulidad**, que contiene los respectivos razonamientos de uno y otro, totalmente enfrentados.

Sin duda, lo anterior ha llevado a que el **Tribunal Constitucional**, en providencia de **22-5-2023**, haya admitido a trámite en el caso **“Auro”**, un **Recurso de Amparo** al *“concurrir una especial trascendencia constitucional”* <sup>9</sup>.

Reconozco que ha sido esta temática de la impugnación y eventual anulación de laudos la que más me ha interesado, e incluso preocupado, desde mi óptica de sencillo observador, especialmente, como diplomático español, debido ello a los continuos, y siempre *in crescendo* arbitrajes contra nuestro país en el campo de las energías renovables., Mucho me agradó terminar descubriendo una estupenda **tesis doctoral** de **Enrique Linares Rodríguez**, abogado en ejercicio y árbitro, de descriptivo título, **“Ejecución en terceros Estados de Laudos emitidos en arbitraje de protección de**

---

<sup>8</sup> Blog de Fernandez Rozas, 15-2-2022.

<sup>9</sup> Blog de Fernández Rozas, 8-6-2023.

**Inversiones, especial referencia al sistema del CIADI**",<sup>10</sup> aprobada *cum laudem* ante la "Universidad Complutense de Madrid" en 2017.

Añadiré unas **últimas reservas** sobre este mi sencillo trabajo realizado. La **primera** tiene que ver con el protagonismo dado a la figura del Magistrado **Santos Vijande**, opción personal mía, arriba explicada, pero que podría ser objeto de justificadas matizaciones. Así, recientemente ha visto la luz, un interesante trabajo de dos destacados especialistas, **Sofía Vicente Mazzuz** y **Raúl Partido**, en la **Revista del "Club Español de Arbitraje"** <sup>11</sup>, fruto de un intenso esfuerzo de investigación que contiene **cuadros estadísticos** de enorme utilidad sobre los cinco años estudiados, **2018-2022**, (*número de casos, sentido de los mismos, Cortes administradoras, arbitrajes de derecho y de equidad*) entre los que destaco los referentes a los *distintos ponentes, el sentido de sus sentencias, el número de votos particulares, y el sentido de los mismos*. Todo ello permitiría ampliar mi estudio y reducir el gran protagonismo que atribuyo a Santos Vijande, añadiendo referencias a la labor llevada a cabo por otros ilustres magistrados como **Celso Rodríguez Padrón**, **Fco. José Goyena Salgado**, **Susana Polo García**, **David Suárez Leóz**, **Fco. Javier Vieira Morante**, **Ricardo Rodríguez Fernández**, **Jesús Gavilán López** y **José Manuel Suárez Robledano**.

Es cierto que el citado trabajo expresamente *"excluye el análisis de la vulneración del orden público como motivo de anulación de laudos arbitrales"*, dicho en más precisas palabras *"se han dejado al margen aquellas sentencias que se pronuncian única y exclusivamente, sobre la vulneración del orden público como motivo de anulación de laudos arbitrales sin analizar los restantes motivos de anulación"*, algo que sin duda ha excluido del cómputo algunas sentencias de nuestro Magistrado protagonista, dada su especial preocupación por este motivo, - en sus facetas material y procesal y en sus vertiente de derecho español y de derecho europeo -, que figura el último bajo la **letra f) en el art. 41.1 de la LA**, recogido también en el último cuadro estadístico, **"Motivos alegados y prosperabilidad"**.

Mi **segunda salvedad** busca reconocer las limitaciones académicas de mi trabajo que prefiero presentar como de mera divulgación, pero que, sin embargo, espero que lleve a otros entregados profesionales a profundizar en aspectos sugerentes no tratados en el mismo. Así ha sucedido, para mi satisfacción, con el trabajo también reciente, de **Álvaro Alarcón Dávalos**, dedicado a contestar a fondo a la pregunta que se hace en relación con la Sentencia del TC 65/2021, *¿Se puede anular parcialmente un laudo por vulnerar el orden público?* <sup>12</sup>.

---

<sup>10</sup> La tesis doctoral consta de 543 páginas, que incluyen los habituales apartados de "Resumen" e "Introducción" y cuatro capítulos: "Reconocimiento y Ejecución de Laudos arbitrales. Consideraciones generales y delimitación del estudio"; "Diversidad de regímenes y fuentes. Marco jurídico del reconocimiento y ejecución de Ludos": "Reconocimiento y ejecutabilidad de los Laudos dictados en virtud de la Convención del CIADI"; y "Ejecución forzosa y medios para asegurar el cumplimiento de Laudos CIADI"; más catorce páginas de sólidas "Conclusiones", hoy de especial actualidad.

<sup>11</sup> Nº 47/2023, de "Spain Arbitration Review", "Viabilidad de los motivos de anulación de laudos arbitrales invocados ante el Tribunal Superior de Justicia de Madrid", págs. 83-100.

<sup>12</sup> Nº 47/2023, "Spain Arbitration Review", Revista del Club Español de Arbitraje", págs. 102-112.

## B. LAS DOS PRIMERAS SENTENCIAS DEL TC (JUNIO 2020 Y MARZO 2021)

- **La Sentencia nº 46, de 15 de junio de 2020 (Recurso de Amparo 3130/2017), Ponente María Luisa Balaguer, (Caso “Arrenta”)**

Recuerdo bien aquella mañana, tomaba un café con **Javier Íscar** cuando éste recibió una llamada de su Despacho con la buena noticia de que la abogada responsable del Recurso, **Ana Barriga**, acababa de ganar la batalla. Pude leer días después las cuatro páginas del **Blog** donde se resumían los Antecedentes, los Motivos del amparo, y la Sentencia final, bajo el descriptivo título *“España da un paso de gigante y decisivo en su apuesta por el arbitraje”*<sup>13</sup>.

Resumiré primero los **HECHOS**. Por razón de impago de alquileres pendientes, la parte arrendadora, **“Arrenta”**, llevó a arbitraje la cuestión, de acuerdo con lo previsto en el contrato que preveía encomendarlo a la institución arbitral **“Aeade”**. La defensa de la demandada frente al recurso arbitral fue la invocación de *‘falta de independencia’* de la Corte mencionada, dados los varios puntos de vinculación existentes entre una y otra personalidad jurídica. Finalmente, pudo esta realidad haber llevado a que las partes alcanzasen un acuerdo y decidiesen *terminar con el proceso arbitral iniciado*.

Sin embargo, la **Sentencia del TSJM**, 4 de mayo de 2017, estimó la demanda de nulidad del laudo *“por manifiesta pérdida de la imparcialidad”*. Se empecinó, a pesar del **recurso de reposición de las partes** desestimado por el Tribunal, en que *‘el procedimiento de anulación de un laudo no es disponible para las partes ya que existe un interés general en depurar aquellos laudos que sean contrarios al orden público’*, invocando, en apoyo de esta tesis, *‘la posición del Tribunal Europeo de Justicia que invita a apreciar de oficio la nulidad de convenios arbitrales abusivos’*. Incluso especulaba la Sentencia con la posibilidad de que hubiese detrás del desistimiento acordado por las partes una *‘cobertura en fraude de ley para evitar que el Tribunal cumpla con el deber de evitar arbitrajes prohibidos o violaciones del principio de igualdad’*.

Volviendo a la **Sentencia del TC, 46/2020**, afortunadamente, la ponente en el caso, **María Luisa Balaguer**, supo proponer para la firma a sus ilustres colegas de la Sala Primera del TC, - **Juan José González Rivas, Andrés Ollero, Santiago Martínez-Vares, Alfredo Montoya, y Cándido Conde-Pumpido**, rotundas y bien fundamentadas razones legales para hacer frente a esta decisión del TSJM, que consideró errónea por haber impedido obtener *‘una resolución motivada y razonable, según lo exige el principio de la tutela judicial efectiva, recogido en el artículo 24.1 de nuestra Constitución’*. De cara a ello, declaró que *‘no existe norma legal alguna que impida la terminación por satisfacción extraprocesal’*. Tras citar la Ley de Arbitraje, concluye que *‘el principio básico de disposición de las partes no busca disponer del objeto del procedimiento de anulación sino reflejar la ausencia de interés en proseguir el recurso’*, sin dejar de reiterar firmes criterios, ya recogidos en el pasado por el propio TC, *‘en contra del*

---

<sup>13</sup> Blog de “Íscar Arbitraje”, 25-6-2020.

*ensanchamiento del concepto de orden público, o de la revisión del fondo, de un asunto sometido a arbitraje´.*

Reproduzco finalmente el **punto tercero del Fallo**, obligando a *´retrotraer las actuaciones al momento anterior al dictado de la primera de las resoluciones citadas para que el órgano judicial resuelva de forma respetuosa con los derechos fundamentales de los actores cuya vulneración se declara´*, habitual pronunciamiento, que me pareció más que suficiente para dar por cerrado el *“aciago quinquenio”*.

No olvidaré el ingenioso trabajo que publicó el ya citado **Manuel Conthe** sobre esta primicia jurisprudencial <sup>14</sup>. Tras explicar lo que denominó, *“el síndrome de Nicholson”*, - que humildemente reconoce haber sufrido -, cuando *“ya muy avanzado el procedimiento arbitral, luego de profundas deliberaciones y un denodado esfuerzo por construir un laudo tan sólido como el puente 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”*, se pregunta si esta **Sentencia 46/2020 del TC** no viene a ser *“el prolegómeno de otras futuras decisiones que completen la demolición de tan arbitraria y dañina construcción doctrinal del ´orden público´ construida por el TSJM”*. Y, acertadamente, concluye *“Mi única duda, si el vaticinio se cumple, es qué hará el Coronel Nicholson (el magistrado Santos Vijande) al final”*.

- **La Sentencia nº 17 del 15 de febrero de 2021 (Amparo nº 3956/2018), ponente María Luisa Balaguer, (caso “Mazacruz”)**

Los **HECHOS** tenían que ver con la herencia de **“Mazacruz SL”**, importante sociedad del **Marqués de Paul**, sometida, por el art. 26 de sus Estatutos, a eventuales **“arbitrajes de equidad”**. Uno de los hijos del primer matrimonio poseía el 27,46 %, que, gracias al valor multiplicado por 5 de sus votos - polémica cuestión que tras sucesivos juicios se vio confirmado como *´cosa juzgada´* -, le concedían la mayoría frente a la segunda esposa y dos hermanastras también herederas, que solicitarían la disolución y liquidación de la sociedad *“por el uso perverso del voto fortalecido”* ejercido por el heredero principal.

El **laudo arbitral** de 6 de abril de 2017 y el **laudo aclaratorio** de 25 de mayo 2017 fueron redactados por el árbitro nombrado, **Rafael Jiménez de Parga**, y avalarían las posiciones de la parte demandante.

La otra parte solicitaría y obtendría la **anulación del laudo** ante el **TSJM**, en Sentencia de 8 de enero de 2018. Tras reconocer el texto que *´la noción de orden público societario y las peculiaridades del arbitraje de equidad no infringen por sí solas el orden público´*, afirmó que ello sí sucede si el laudo vulnera, *“en su vertiente de derecho, a una resolución motivada no incurso en arbitrariedad, así como a la valoración de la prueba efectuada por el árbitro”*. Describe la sentencia las razones por las que, en su opinión, *´el laudo está insuficientemente motivado´*, y denuncia hasta cuatro *´déficits*

---

<sup>14</sup> “Nicholson en el TSJ de Madrid”, publicado en su Blog, y en el de la fundación FIDE, el 27-7-2020.

*probatorios*, concluyendo que *“la motivación del laudo debe ser considerada arbitraria por falta de motivación”*.

El correspondiente **‘incidente excepcional de nulidad de actuaciones’**, fue resuelto por Auto desestimatorio de 22 de mayo de 2018, invocando el TSJM, *‘derecho a la motivación de las decisiones, incorporado como tal en la Carta de Derechos Fundamentales’*.

El 16 de septiembre se acordó por el **TC** la admisión a trámite de un **recurso de amparo**, *‘por afectar a una faceta de un derecho fundamental carente de doctrina constitucional’*, lo que llevaría a la Sentencia citada.

Fue ponente nuevamente **María Luisa Balaguer**, firmando con ella los mismos Magistrados del TC citados en la Sentencia de 2022. Con sus 27 páginas, más extensa que la anterior, desgana distintas cuestiones de gran interés jurídico, anulando finalmente la sentencia del TSJM.

Merece la pena recordar que ya el **Ministerio fiscal ante el TC**, tras escuchar las alegaciones de las partes y de la propia “Mazacruz”, *‘se interesó por la estimación del recurso de amparo y recomendó la nulidad de todo lo actuado’*, con pronunciamientos tan duros como el de que *‘el TSJM se inmiscuye en los distintos medios de prueba y su valoración, excediendo de esta forma de lo que es procedente en un caso de anulación de laudo por lo que incurre en la vulneración de la tutela judicial efectiva (art.24.1 de la CE)’*.

Pasando a los trascendentes FUNDAMENTOS DE DERECHO, la nueva Sentencia reproduce pronunciamientos de la anterior Sentencia 46/2020 sobre el orden público y deber de motivación, siéndole al arbitraje, *‘como mecanismo heterónomo de resolución de conflictos, consustancial la mínima intervención de los órganos judiciales por el respeto a la autonomía de la voluntad de las partes, (art. 10 CE)’*.

En lo referente a lo previsto en el art. 41 f) de la LA, sobre anulación de laudos por contravenir el **“orden público”**, escribe con diáfana claridad que *‘la valoración del órgano judicial competente sobre una posible contradicción del laudo con el orden público no puede consistir en un nuevo análisis del asunto sometido a arbitraje, sustituyendo el papel del árbitro en la solución de la competencia’*, y añade que *‘la acción de anulación, por consiguiente, solo puede tener como objeto el análisis de los posibles errores procesales en que haya podido incurrir el proceso arbitral, referidos al cumplimiento de las garantías fundamentales, como lo son, por ejemplo, el derecho de defensa, igualdad, bilateralidad, contradicción y prueba, o cuando el laudo carezca de motivación, sea incongruente, infrinja normas legales imperativas o vulnere la intangibilidad de una resolución firme anterior’*.

A continuación, hace ver cómo ha sido *‘la valoración de la suficiencia de la **motivación del laudo arbitral** y la valoración de la prueba realizada por el árbitro, donde el TSJM estima que se ha producido la violación del orden público ex art 41 LA’*. Añade a

continuación, tras citar que el art.37.4 de la LA solo dispone que *“el laudo será siempre motivado”*, y que *“no dispone que el árbitro deba decidir sobre todos los argumentos presentados por las partes o que deba indicar **las pruebas** en las que se ha basado para tomar su decisión sobre los hechos, o motivar su preferencia de una prueba sobre otra”*.

En un gesto de irónico acercamiento al **TSJM**, cita la sentencia de éste de **23 de mayo 2012**, donde insistía en que debe quedar fuera de un posible control anulatorio *“la posible justicia del laudo, las deficiencias del fallo o el modo más o menos acertado de resolver la cuestión”*.

También aprovechó el TC para matizar la debida interpretación de los términos **“equivalente jurisdiccional”** dirigidos a esta figura jurídica, aclarando que *“tal equivalencia hace referencia especialmente al efecto de cosa juzgada que se produce en ambos tipos de procesos, jurisdiccional y arbitral”*, o a que, gracias a ello, *“las partes obtienen los mismos resultados que accediendo a la jurisdicción civil”*, concluyendo que *“la exclusividad jurisdiccional a que alude el art 117.3 CE no afecta a la validez constitucional del arbitraje ni vulnera el art. 24 CE”*.

Refiriéndose al **“arbitraje de equidad”**, elegido por las partes en base al sacrosanto principio de la autonomía de la voluntad, la sentencia destaca que , *“aunque ello no excluya necesariamente la posibilidad de que los árbitros refuercen ‘su saber y entender’ con conocimientos jurídicos, pueden prescindir de las normas jurídicas y recurrir a un razonamiento diferente al que se desprende de su aplicación, porque lo que se resuelve ‘ex aequo et bono’ debe ser decidido por consideraciones relativas a lo justo o equitativo”*.

Antes del **fallo final**, ya muy previsible para el lector, la sentencia del TC censura al **TSJM**, *“cuya decisión anulatoria es, cuanto menos, irrazonable y vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión”*, y defiende al **laudo** *“que no niega en momento alguno tal derecho reforzado de participación (valor superior del voto del accionista mayoritario), sino que afirma que se hizo un uso torticero del mismo”*.

Y concluye *“procede otorgar el amparo y reconocer el derecho de los recurrentes a la tutela judicial efectiva sin indefensión por lesión del art. 24 CE, debiéndose retrotraer las actuaciones para que por la Sala se proceda a dictar una nueva resolución que resulte respetuosa con el derecho fundamental vulnerado”*.

### **C. INMEDIATAS REACCIONES DOCTRINALES FAVORABLES**

Pocos días después de la publicación de la segunda de estas dos fundamentales sentencias, gracias a la capacidad de convocatoria de la Revista **“La Ley. Mediación y arbitraje”**, la editorial **Wolters Kluwer** pudo sacar a la luz un **número extraordinario** dedicado a la enriquecida doctrina constitucional <sup>15</sup>.

---

<sup>15</sup> Número 6, (Especial y monográfico) titulado “Nuevos Derroteros del Arbitraje en España a la luz de la doctrina reciente del Tribunal constitucional”.

En su editorial de presentación, el profesor **José Carlos Fernández Rozas** comentaba la evolución del Arbitraje en España desde la Ley de 2003, y los procedimientos de anulación de laudos a través de los 17 Tribunales Superiores de Justicia, para terminar elogiando *‘la citada doctrina del TC, despejando cualquier duda en torno a la seguridad jurídica de nuestro país como sede internacional del arbitraje, reforzando el principio de mínima intervención judicial en el arbitraje y delimitando el alcance del deber de motivación, el estándar de la prueba y el ámbito del orden público como motivo de anulación’*.

Tras destacar la respuesta mencionada, verdaderamente entusiasta, de los **cuarenta y dos expertos** que abordaron en sus contribuciones la materia acordada desde distintas perspectivas, reconoce que *‘ciertamente los últimos tiempos no han sido pródigos para las alegrías colectivas, pero, en este caso, los autores se han permitido una euforia totalmente legítima y justificada’*.

Sin dejar de reconocer los problemas que genera toda selección dentro del mundo español del arbitraje con tan numerosos y valiosos especialistas, optó, en cualquier caso, por protegerse bajo el viejo dicho *‘si bien no están todos los que son, sí son todos los que están’*.

Leí con especial interés los mencionados trabajos y, para mi satisfacción, vi publicados, a modo de recensión, mis esfuerzos de síntesis de los mismos en el **siguiente número de la “La LEY. Mediación y Arbitraje”** <sup>16</sup>. No podré esta vez mencionar a todos los autores y resumir sus aportaciones <sup>17</sup>. Me limitaré a destacar cómo muchos de los títulos corresponden a aquellos momentos de euforia: *‘pleno reconocimiento constitucional’*, *‘espaldarazo constitucional’*, *‘clara lanza en favor del arbitraje’*, *‘final de una anomalía arbitral española’*, y el *‘regreso a la normalidad arbitral’* del tristemente fallecido, y siempre recordado, **Carlos de los Santos**, todos en la línea del *‘buen año’* o del *‘soplo de aire fresco’* sacado a relucir.

El importante estudio exhaustivo de las dos Sentencias de amparo, - la 46/2020 y la 17/2021 -, permitió, además, aprender actualizados planteamientos del Tribunal Constitucional sobre otras cuestiones como la *‘doctrina del abuso de derecho’* y debatir temas *‘de lege ferenda’*, que habrán quedado en la mente de muchos de cara al futuro. Así, *‘la necesidad de armonizar las posiciones de los TSJ de las 17 Comunidades*

---

<sup>16</sup> “Una gran obra colectiva dedicada a la doctrina constitucional sobre el arbitraje”, nº 7, abril-junio 2021.

<sup>17</sup> Siguiendo el orden de la publicación: Pascual Sala Sánchez; José María Alonso Puig.; Santiago Álvarez González; Gonzalo Ardila; María Arias Navarro; José Antonio Caínzos; Luis Felipe Castresana; Fernando Castedo; Luis María Cazorla Prieto; Bernardo M<sup>a</sup> Cremades; Carlos de los Santos; Juli de Miquel Berenguer; Urquiola de Palacio; Juan Fernández-Armesto; Alba Brines Martín; Ana Fernández Pérez; Jose Carlos Fernández Rozas; Javier Fernández-Samaniego; Luis García del Río; José Daniel González Torres; Antonio Hierro; Rafael Hinojosa Segovia; Alfonso Iglesia; Lucía Montes; Javier Íscar de Hoyos; Josep M<sup>a</sup> Juliá Insenser; Luis Martí Mingarro; Santiago Martínez-Lage; María Jose Fernández Arias; José Fernando Merino Merchán; Félix J. Montero; Álvaro Villalón; Frédéric Munné Catarina; Jose Juan Pintó Sala; Francisco G. Prol Pérez; Jesús Remón; Iñigo Rodríguez-Sastre; Francisco Ruiz Risueño; Sixto A.Sánchez Lorenzo; Elena Sevilla Sánchez; Pedro Tent Alonso; Antonio Vázquez Guillén; y Rosa María Vidal Monferrer.

autónomas, (**Fernando Castedo**); a través quizás de un *‘mecanismo de coordinación y unificación de la jurisprudencia’*; o de un *‘recurso en interés de Ley ante el Supremo’*, (**Fernandez-Armesto y Alba Briones**); la *‘necesidad de perfilar con mayor claridad la noción del orden público material’* (**Martínez Lage**); o su denominación más precisa como *‘orden público constitucional’* (**Merino Merchán**), o, incluso, cuestiones más pedestres, pero igualmente importantes, como contar con un *‘seguro de responsabilidad civil en el arbitraje’*, como se exige ya a los mediadores (**Fernández-Samaniego**).

Pero quizás de cara a los restantes capítulos de este trabajo optaré por dar prioridad a los interrogantes que se planteaba ya en aquellos momentos **Rosa María Vidal**, en su contribución: *¿Qué va a ocurrir ahora?, ¿El TSJM respetará la doctrina constitucional sentada? ¿Cambiará el TSJM su criterio acogiendo la doctrina constitucional publicada en el BOE el 12 de marzo de 2021 o continuará con su criterio, previo a esa sentencia del Constitucional, obligando a las partes a tener que interponer un posterior recurso de amparo?*

No deja de profundizar la experimentada Abogada del Estado sobre los *‘efectos que producen, - o deberían producir diría yo a la luz de la experiencia que comentaremos más adelante -, las sentencias constitucionales’*, con lógicos argumentos en base a criterios esenciales como *‘cosa juzgada’*, *‘eficacia erga omnes* y *‘vinculación a la doctrina del TC’*.

#### **D. DOS ULTERIORES SENTENCIAS COINCIDENTES DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

Analizaremos brevemente en este apartado **dos sentencias** muy cercanas en el tiempo a las anteriores, fechadas las dos el mismo día, de la misma **Sala Segunda**, con mismos Magistrados, (**Encarnación Roca, Juan Antonio Xiol Rius, Antonio Narváez Rodríguez y Ricardo Enrique Sánchez**), y dos distintos ponentes, que a ojos de muchos deberían haber consagrado definitivamente las posiciones del Tribunal Constitucional sobre el arbitraje ante todos los Tribunales Superiores de Justicia.

- **La Sentencia nº 55/2021, de 15 de marzo de 2021, (Amparo nº 2563/2019), ponente Pedro González-Trevijano, (caso “Socialtech”)**

Resumiré los HECHOS que se iniciaron en 2013 a partir de la firma de un contrato de franquicia entre **Izo Corporate** con sede en Madrid, y la sociedad **Socialtech**, con sede en Buenos Aires.

Surgida una discrepancia entre las partes, y de acuerdo con la cláusula contractual, la misma fue sometida a arbitraje ante la **CCI** en París. El **árbitro único** designado dictó un **laudo** el **14 de abril de 2018**, condenando a la parte demandada argentina a pagar determinadas cantidades a la empresa española demandante por distintos conceptos.

Frente a ello, “**Socialtech**” interpuso una demanda de nulidad parcial de laudo en lo referente a la penalidad impuesta por contravención del orden público ex art. 41.2 de la LA y, más concretamente, por infracción de normas imperativas del derecho europeo de la competencia.

Antes de dictarse sentencia, las partes en un escrito conjunto hacían constar su *desistimiento del procedimiento*, interesando incluso que no se diera condena en costas.

Con fecha **13 de diciembre de 2018**, el TSJM dictó **Sentencia** argumentando que *‘el poder de disposición de las partes sobre el objeto del proceso se supedita, - obvio es decirlo -, a que el objeto del juicio, la “res in iudicio deducta” sea disponible, de forma que poner fin al proceso no contravenga una prohibición o limitación legal por razones de interés legal o en beneficio de tercero (art. 19.1 LEC)’*.

Contra la sentencia, se promovió **incidente excepcional de nulidad** por variados motivos, entre los que destaca, por su mayor originalidad, el que echaba en cara a la Sala, *‘al contrario de lo acaecido en otras ocasiones, haber considerado de oficio que el laudo era contrario al orden público, prescindiendo por lo demás del trámite de audiencia a las partes, con lo que se les privó de su derecho a realizar alegaciones’*, que quedó desestimado por **Auto de 5 de marzo de 2019**.

La recurrente “Izo Corporate” planteó **demanda de amparo** por concurrencia de varias vulneraciones de derechos fundamentales, que fue aceptada por Providencia de la Sección Cuarta del TC, de 29 de junio de 2020, al apreciar en la misma una especial trascendencia constitucional.

En el escrito de **alegaciones del Fiscal**, éste apoya el otorgamiento del amparo y cita la muy reciente **STC 46/2021**, *‘la decisión de no proceder al archivo de un procedimiento de anulación de laudo cuando las partes de común acuerdo así lo solicitan es, cuando menos, irrazonable y vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión’*.

Pasando a los FUNDAMENTOS JURÍDICOS de la Sentencia, cobra especial importancia lo defendido bajo el sub-epígrafe, *‘la posibilidad de desistimiento en el procedimiento de impugnación del laudo arbitral’*, ya que como indica el ponente si ello se hubiese reconocido por el TSJM, *‘las otras cuestiones que también figuran en el recurso de amparo no habrían existido’*. Tras citar la arriba estudiada sentencia 46/2020, califica de *‘motivación irrazonable’* del TSJM el no haber procedido al archivo de la causa tras el desistimiento de las partes.

Y argumenta que *‘ha sido, de nuevo, una interpretación extensiva e injustificada del concepto de orden público la que ha impedido a los recurrentes ejercer su derecho de disposición sobre el objeto del proceso de anulación del laudo arbitral’*.

Aprovecha el Tribunal para recordar que el proceso civil regulado en la **Ley 1/2000, de 7 de enero**, se inspira en *‘el principio básico de disposición de las partes para regular sus intereses privados’*. Y, fruto de ese poder dispositivo de las partes, *‘el proceso puede finalizar antes de dictarse sentencia a través de una resolución judicial que, sin entrar a*

*resolver sobre el fondo del asunto, refleje la voluntad de las partes de ponerle fin'. Y, coincidiendo con el Mº Fiscal y con la demandante de amparo, declara que 'en este caso no existe un interés público ni privado afectado por el desistimiento'.*

Descarta finalmente el Tribunal toda posibilidad de que, como sugerido en la sentencia del TSJM, hubieses detrás del desistimiento un '**eventual fraude de ley**' al intentar las partes '*eludir el control judicial de laudo y obstaculizar su deber de garantizar el cumplimiento de los derechos que integran el orden público*', concluyendo que '*el laudo resuelve un conflicto entre particulares y los criterios aplicados en el laudo, aunque fueran erróneos, no crean un precedente de obligado cumplimiento*'.

- **La Sentencia nº 65, del 15 de marzo de 2021, (Amparo nº 976/2020), ponente Juan Antonio Xiol Rius, (caso "Casa Depot")**

Recordando los HECHOS, éstos se remontan a un **contrato swap** celebrado el 20 de mayo de 2008 entre el Banco Popular y la sociedad mercantil **Casa Depot, S.L.** El contrato estaba sometido a *arbitraje de equidad* administrado por la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Madrid.

En diciembre de 2017, 'Casa Depot' inició el procedimiento arbitral y solicitó la declaración de incumplimiento de las *obligaciones legales de información pre contractual* por parte del **Banco de Santander** que entonces ya había adquirido el Banco Popular, y la consiguiente *indemnización* de los daños generados.

Con fecha 4 de diciembre de 2018, el **tribunal arbitral** dictó el laudo en equidad, que estimó parcialmente la demanda por dos votos frente a uno. Declaró por mayoría que el Banco de Santander incumplió las obligaciones legales de información en la fase pre contractual, pero denegó la indemnización de daños y perjuicios al entender que el contrato swap cumplió su función y 'Casa Depot' habría incurrido en deslealtad por el retraso en la reclamación.

Tras la correspondiente demanda interpuesta por 'Casa Depot', **el TSJM** dictó la *sentencia de 1 de octubre de 2019* anulando parcialmente el laudo. Consideró que infringía el '*orden público constitucional*' debido a una '*motivación arbitraria por incoherente*'. Según la Sala, resultaba contradictorio reconocer el incumplimiento de los deberes bancarios y, al mismo tiempo, negarle toda trascendencia o consecuencia a dicho incumplimiento. Se reprochaba por último al tribunal arbitral *haber convertido un arbitraje de equidad en uno de derecho*.

Tras la aceptación del correspondiente **recurso de amparo** el **Tribunal Constitucional** reiteraría en la citada sentencia una serie de FUNDAMENTOS JURÍDICOS. El abogado y árbitro, **Blas Piñar**, los resumiría y comentaría en un artículo publicado el 1 de julio<sup>18</sup>. Me fijaré en los siguientes dos subtítulos: "**Naturaleza y encaje constitucional del**

**arbitraje. El equivalente jurisdiccional” y “El deber de motivación de los laudos arbitrales”**<sup>19</sup>.

En lo referente al **primero**, reproduciré algunas de las principales citas de la citada Sentencia, que acertadamente selecciona: “*el laudo arbitral es máxima expresión de la libertad de las partes (art. 10 CE) y del ejercicio de su libertad (art. 1 CE)*”; el arbitraje es “*un medio de heterocomposición de las controversias inherente al principio de la autonomía de la voluntad (art. 10 CE) y, más genéricamente al de la libertad (art. 1 CE)*”; y finalmente, los laudos arbitrales y las resoluciones judiciales “*se asientan en derechos constitucionales diferentes (arts. 10 y 24 CE)*”.

En lo referente al **segundo**, selecciono las siguientes citas del texto de la Sentencia recogidas por **Blas Pinar**: En consonancia con el fundamento jurídico del arbitraje, “*el deber de motivación del laudo no surge del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), que solo es predicable de las resoluciones emanadas del Poder Judicial, sino de la propia Ley de arbitraje, que en su art. 37.4 así lo exige...*” Y, más adelante, “*la motivación del laudo no está prevista en la Constitución y no se integra en un derecho fundamental (art. 24. CE.) Es una obligación de configuración legal del que bien podría prescindir el legislador sin alterar la naturaleza del sistema arbitral*”. Remacha luego que “*el deber de motivación del laudo no se integra en el orden público exigido por el artículo 24 CE para la resolución judicial, sino que se ajusta a un parámetro propio definido en función del artículo 10 CE*”. Para concluir que “*la Sala de lo Civil y Penal del TSJ de Madrid no es una tercera instancia y sólo debe controlar si se han cumplido las garantías del procedimiento arbitral y el respeto a los derechos y principios de defensa, igualdad, bilateralidad, contradicción y prueba; así como que la resolución arbitral no sea arbitraria, irracional o absurda desde un mero control externo, sin entrar a valorar el fondo del asunto*”.

Por su parte, el abogado y árbitro **Jesús Almoguera** comentaba de manera sintética todo lo bueno sucedido en su Newsletter en lengua inglesa: “*The Spanish Constitutional Court has issued three relevant judgments clearing up the confusion on arbitral awards and public policy caused by several judgments rendered by the High Court of Madrid over the last years*”. Y tras dos páginas de interesantes valoraciones<sup>20</sup>, concluía: “*The judgment represent good news for arbitration in Spain, as they seem to clarify once and for all the doubts casted by a number of unfortunate judgments rendered by High Court of Madrid over the last years and confirm that Spain is an arbitration friendly jurisdiction for both domestic and international arbitration*”.

## **E. RESOLUCIONES ULTERIORES DEL TSJM EN EJECUCIÓN DE SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

---

<sup>19</sup> “Y el círculo se cerró. La motivación de los laudos arbitrales” en revista digital “La Ley. Mediación y Arbitraje”, nº 8, julio, septiembre 2021. Ed. Wolters Kluwer.

<sup>20</sup> Newsletter April 2021, “J. Abogados”, titulada “The Spanish Constitutional Court finally clears up the confusion on the annulment of arbitral awards on public policy grounds”.

Tras las dos primeras sentencias de **TC**, la 46/2020 y la 17/2021, y las dos inmediatas, la 55/2021 y la 65/2021, llegó el momento de su sucesiva ejecución por el **TSJM**, al que iban dirigidas. Como era de esperar, los pronunciamientos de este último asumieron la dura crítica proveniente de tan alta instancia contra los excesos que venían cometiendo en lo referente a la anulación de laudos, siendo objeto algunos de éstos de coherentes pronunciamientos y comentarios doctrinales.

Me fijaré en lo escrito por **Santiago Martínez Lage** sobre tres interesantes casos <sup>21</sup>. Escribe en sus palabras de introducción que *“como es sobradamente conocido por toda la comunidad jurídica la jurisprudencia del tribunal constitucional inicia una nueva época que repone el arbitraje en España en el lugar que nunca debió haber abandonado, como lamentablemente sucedió, en el último lustro, en el ámbito territorial del TSJ de Madrid”*. Retomaré sus comentarios y conclusiones sobre las tres:

### 1. El Auto 7/20 21, de 13 de abril de 2021, (caso “SocialTech”)

Se procede en el mismo, y como consecuencia de la revisión ordenada por el Constitucional de la sentencia previa anulatoria del TSJM, a sobreseer el procedimiento que había llevado a una anulación parcial de un **laudo** administrado por la **CCI**, encomendado a nuestro reconocido experto **Josef Fröhlingsdorf**. No reiteraremos aquí ni los hechos, ni los fundamentos jurídicos asumidos por el **TC** en su sentencia **55/2021**, antes comentada.

El **Auto** es breve, - solo 3 páginas -, y, como me parece debido, asume la esencia de los planteamientos del Tribunal Constitucional que revisó la sentencia del TSJM que había anulado el laudo arbitral. Redactado como Ponente por el Presidente de la Sala, **Jesús M<sup>a</sup> Santos Vijande**, ciertamente sorprende que se incluya al final del mismo un **voto particular**, muy discrepante y de mucha mayor extensión, - 16 páginas de dura lectura -, obra del mismo citado Magistrado.

Ello explica que vuelva a ser debatida una opción, ya totalmente desechada, pues no mereció mayor atención por parte del TC, como lo era la procedencia o no de que el TSJM hubiese planteado entonces, **una cuestión prejudicial ante el TJUE** sobre *‘si el tribunal nacional competente en un proceso de anulación debe pronunciarse sobre una eventual infracción del orden público, pese al desistimiento de las partes’*.

Cabría decir que el Magistrado *‘arrima el ascua a su sardina’*, sobre todo si se recuerda que el TC en su importante sentencia, había afirmado que *“el pronunciamiento judicial sobre el desistimiento precede necesariamente al análisis de una posible vulneración del orden público ex art. 41.2 LA”*.

---

<sup>21</sup> “Tres resoluciones de TSJM desestimatorias de acciones de anulación de laudos, que traen causa de tres sentencias del TC de 2020 y 2021 que anularon sendas resoluciones de aquel Tribunal recurridas en amparo”, en n.º 8 (julio-septiembre 2021, 1 de julio, revista digital “La Ley. Mediación y Arbitraje”, Ed. Wolters Kluwer, España.

Pero, dado que **Santos Vijande** decidió añadir toda una doctrina, ciertamente propia, en torno a esta cuestión que planteó en la Sentencia de origen del TSMJ en favor de la anulación del laudo, me agradecerá corresponder humildemente a su gran esfuerzo, leyendo con dedicación, y entresacando algunos de los principales pronunciamientos en su, quizás impropio, **réplica**, eso sí solo parcial y por vía indirecta, **al TC**:

- Se pregunta, por ejemplo, *“si en las circunstancias del caso, el desistimiento acordado por las partes es compatible con el **principio de primacía del derecho de la Unión**”*.
- Censura que *“el Alto Tribunal no entre a analizar en absoluto si la quiebra del Derecho de la Unión apreciada por esta Sala en el caso concernido constituye un **interés general** prevalente sobre la intención de las partes de poner fin al proceso”*.
- Formula **acusaciones contra la Sentencia del TC**, *“por su significado anfibiológico”,* declarando que *“aparte de las dificultades de comprensión que pudiera suscitar este aserto no se da explicación, - o al menos a mí no se me alcanza -, de por qué se discrimina donde la ley no lo hace...”*.
- También formula duras **críticas al laudo**, así escribe en la página 18: *“no está de más efectuar una anotación que evidencia la insuficiencia de la motivación del laudo: de un modo axiomático, asevera el árbitro que el pacto de no competencia post contractual que aplica no contraviene el tenor de las normas europeas desde un punto de vista meramente material”* o, in fine, *“el árbitro ha asentado su decisión sobre una premisa de enjuiciamiento tan patentemente errada como radicalmente insuficiente...”*.
- En lo referente a la cuestión prejudicial, afirma que *“la forma este voto particular, por razón de la propuesta que sustenta - **planteamiento de una cuestión prejudicial** - no ha de revestir, obvio es, la propia de una Sentencia; pero sí debe contener, - con el rigor formal característico de la formulación de la cuestión prejudicial cuyo planteamiento al parecer mayoritario ha desestimado - , aquellos alegatos que hubieran permitido al **TJUE** emitir un pronunciamiento Interpretativo sobre el alcance del Derecho de la Unión y de su compatibilidad, o no, con desistimientos como el aquí analizado”*.
- Defiende con rotundidad que la *‘ratio decidendi’ del laudo* debió apoyarse en saber *“si la competencia posterior al contrato efectivamente realizada por “Socialtech” podía entenderse amparada, o no, por las **Libertades Fundamentales de la Unión**”*.
- Hay algún otro pronunciamiento sobre **la motivación**, que querría destacar pues prueba que la reiterada, pero también nueva, doctrina del TC en absoluto ha llevado a Santos Vijande a modificar sus heterodoxos planteamientos y apunta, en mi opinión, que lo que le gustaría es elevar su desacuerdo personal con el TC al TJUE, por una u otra vía, y mejor antes que tarde. Así, afirma que: *“esta importante novedad de la vigente Ley de Arbitraje, (la **anulación de oficio** por el juez competente de un laudo contrario al orden público) está inspirada o, por mejor decir, es reiteración de lo establecido en el artículo 34.2.b) de la Ley Uncitral”,* y que *“la nulidad o la validez de un laudo, una vez, suscitada ante el Tribunal competente no es materia arbitrable”,* llegando a dar por existente

grandes riesgos, incluso propios del ordenamiento penal, al afirmar que *“estos acuerdos (de **desistimiento por las partes**) no pueden ser utilizados - sin perjuicio de la eficacia que puedan tener inter partes - como cobertura fraudulenta - en fraude de ley - para evitar que un tribunal cumpla con el deber indeclinable que le asiste, ope lege, de pronunciarse sobre si el objeto disponible que ante él se ha sometido, en nuestro caso la parcial nulidad de un laudo por lesión de derechos fundamentales, principios constitucionales y norma de ius cogens, debe entender existente o no”*.

- Su afirmación le permite pronunciarse también sobre su causal preferido para la anulación de laudos, el **orden público**, en el que, en su vertiente **nacional**, habría quedado totalmente desautorizado por el TC, lo que, al parecer no le impedirá invocar siempre que sea posible, como lo ha sido en este caso, el **orden público europeo**, que le llevará a manejar también, como vimos, el *“interés público”*, concepto jurídico incluso más indeterminado que el anterior.
- Así, frente a la declaración del laudo sobre *“lo no existencia de **intereses de terceros**”*, avalada por el TC, Santos Vijande afirma que sí existen : *“estando implicada una materia, el ámbito de aplicación de las normas de la Unión sobre la libre competencia, acerca de la que el TJUE ha declarado con reiteración su incidencia sobre los **derechos de los consumidores**, en tanto que normas indispensables para el recto funcionamiento del mercado interior”*, sin renunciar a devolver protagonismo a sus pronunciamientos desde el TSJM, al añadir, *“tal y como se desarrollaba en la Sentencia de esta Sala anulada por el Tribunal Constitucional”*, pero sin querer recordar que compartió el razonamiento del TC cuando éste afirmó que el conflicto dirimida vía arbitraje no correspondía a un **‘caso de consumo’** con desigualdad entre las partes y por ello necesitado de normas especiales de protección *ad hoc*.

Omito pues extenderme sobre las otras ocho páginas de su Voto particular dedicadas básicamente al **Derecho europeo**, entrando en temas tan específicos, y desconocidos para mí, como que *“la traslación de las reglas de minimis en el Derecho español y su armonización con el Derecho de la Unión resulta hoy inconcusa a la vista del art. 5 de la Ley de Defensa de la Competencia”*.

Opto, pues, por volver al artículo del admirado diplomático, abogado y árbitro, **Santiago Martínez Lage**, especialista en **cuestione de competencia en la UE**, para reproducir aquí sus dos importantes conclusiones: **la primera**, *“que si las normas procesales de nuestro ordenamiento , tal y como han sido interpretadas por el TC, impiden a los órganos judiciales nacionales entrar en el análisis de una posible infracción de orden público cuando ambas partes han desistido del procedimiento de anulación, el derecho comunitario no impone a dichos órganos la obligación de analizar si se ha producido tal infracción por violación de las normas del derecho comunitario de la competencia”*. Y **la segunda**, *“el régimen de competencia empresarial se construye en la Unión Europea mediante normas limitativas de la autonomía de la voluntad, aunque sea, - como bien sabemos -, para asegurar el buen funcionamiento del mercado interior. En consecuencia, si se tratara de enunciar una libertad (nacional o comunitaria) en este ámbito, el vértice correspondería a la libertad de empresa”*. Lo que le permite discrepar

de que el voto particular en cuestión califique la libre competencia como “una de las libertades fundamentales de la Unión Europea”.

## 2. La Sentencia 16/2021 de 21 de abril, (caso “Casa Depot”)

La sentencia del **TC 65/2021**, - admitida en proceso de amparo “*al no existir doctrina de este tribunal desde la perspectiva del derecho a la tutela judicial efectiva del 24.1 CE*” -, ordenó como vimos la nulidad de la anterior sentencia del TSJM sobre el caso de 2019 retrotrayendo las actuaciones al momento anterior.

El texto de la sentencia TSJM desestima la demanda de anulación parcial que anteriormente había estimado, con imposición de las costas del procedimiento a la parte actora. Escribe **Martínez Lage** que “*la decisión final del TSJM era la esperable, tras la clara y contundente Sentencia del TC 65/2021., de la que había sido ponente Xiol Rios. Sin embargo, pese a su certero fallo y convincente motivación, la nueva sentencia no alcanzó la unanimidad de la Sala, sino que dio lugar a un extenso voto particular del Magistrado Santos Vijande*”.

El ponente, **Rodríguez Padrón**, recordaba al efecto en su cuidado texto, que “*la vinculación que despliegan las resoluciones del Tribunal Constitucional sobre los órganos del Poder Judicial resulta de lo dispuesto en el Art. 164 de la propia Constitución, en el Art. 5.1 de la LOPJ, así como en el Art. 54 y concordantes de la Ley Orgánica 1/1979, de 3 de Octubre, que regula el Tribunal Constitucional*”, para concluir que “*hemos de partir de las bases que, en su labor interpretativa, nos indica el Tribunal Constitucional*”, añadiendo que “*ahora nos corresponde ejecutar la Sentencia del TC 61/2021*”, enérgicos términos que no lograron evitar el extenso, y ciertamente estéril, voto particular del magistrado en minoría.

**Blas Piñar**<sup>22</sup>, en sus citados comentarios sobre la Sentencia del TC 65/2021, se refiere también al final a esta **Sentencia de ejecución del TSJM**. Tras mencionar el voto particular de **Jesús María Santos Vijande** en favor de que “*se debería haber estimado de nuevo la demanda de anulación aunque sólo fuese en lo tocante sólo a la desestimación de la acción indemnizatoria*”, **Blas Piñar** destaca que ello parecería totalmente incoherente con lo comentado sobre la sentencia del **TC 65/2021**, pues el magistrado sigue soslayando que el laudo fue dictado “*en equidad*”, echándole en cara que imponga la vieja estampa de Goya, “*sostenella et no enmendalla*”, merecida crítica que comparto plenamente, como, sin duda, lo harían los especialistas que conozco en este complejo mundo del arbitraje.

## 3. La Sentencia 31/2021, de 21 de mayo (caso “Mazacruz”)

En su cuidadoso estudio del histórico caso, **Martínez Lage** recuerda los procesos vividos desde el lejano laudo de equidad dictado el año 2017 por **Rafael Jiménez de Parga**, que fue seguido por una demanda de anulación concedida por el **TSJM**, (ponente la magistrada **Polo García**), y ulteriormente sometida a recurso de amparo ante el **TC**, que

---

<sup>22</sup> Mis págs. 15 y 16, y mi nota a pie nº 15.

finalmente decidió revocar la sentencia del TSJM, por violación del mismo derecho constitucional que había invocado éste para anular el laudo, *‘el derecho a la tutela judicial efectiva’*, siendo ponente la Sra. **Balaguer Callejón** que ordenó retrotraer las actuaciones para que *“se resuelva el caso de forma respetuosa con los derechos fundamentales reconocidos”*.

Tras recoger los principales **FUNDAMENTOS JURÍDICOS** de la citada Sentencia, escribe el autor de la exégesis que *“ante pronunciamientos tan claros y contundentes, parece que podría esperarse una nueva sentencia del TSJM dictada por unanimidad de la Sala. Sorprendentemente, tampoco en este caso ha sido así: al igual que en las dos sentencias del TSJM comentadas más arriba, la nueva sentencia ha sido adoptada por mayoría, y cuenta, nuevamente, con un largo voto particular del magistrado Santos Vijande”*.

La sentencia del TSJM, de la que fue ponente el magistrado **Goyena Salgado**, desestimó finalmente la demanda de anulación del laudo aceptada en el pasado, e impuso las costas a la parte demandante de la anulación. Invoca de cara a ello no sólo la **Sentencia del TC 31/2021** que estimó el correspondiente recurso de amparo, sino también la **Sentencia 46/2020** y la **Sentencia 65/2021** comprendiendo que las tres constituyen una exposición exhaustiva de la doctrina actual del Tribunal constitucional.

**Martínez Lage** escribe que *“de un modo enormemente claro y ordenado la sentencia del TSJM vuelve a analizar los seis motivos que habían sido invocados para anulación del laudo”*. Coincide el ponente **Goyena** en el rechazo anterior de los tres primeros, pero también rechaza, de conformidad con lo decidido por el TC, el motivo cuarto **“violación del orden público por infringirse el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 de la CE) y a la proscripción de la arbitrariedad (art. 9.3 CE) en la motivación y en la elaboración de la prueba”.**

Añade la Sentencia una reflexión particular a la motivación de los **laudos dictados en equidad**, como lo es el del presente caso. *“Tras citar una STSJ de Asturias de 25 de abril de 2017, en la que se afirma que es el arbitraje de equidad el terreno adecuado para que la necesaria motivación no sea precisamente ni exhaustiva ni pormenorizada, con unos mínimos exigibles, pues los árbitros prestan también la tutela no judicial efectiva...”*, para terminar declarando que *“es el tribunal arbitral el único legitimado para optar por la solución que considere más justa y equitativa, incluso si tal solución es incompatible con la que resultaría de la aplicación de las normas del derecho material”*.

Es rotundo también el rechazo por el TSJM del último motivo alegado por la parte que pidió la anulación del laudo, **“violación del orden público por falta de imparcialidad del árbitro”**. Dice textualmente sobre una cuestión que estaba pasando a ser demasiado frecuente en los procedimientos de anulación: *“Más allá de los vínculos y circunstancias familiares que se indican por la parte demandante, entre el abogado Sr. Javier Juliani y otro letrado (hermano), que al parecer trabaja en el despacho de abogados en el que se integra el árbitro Sr. Jiménez de Parga, lo cierto es que no se formula la imparcialidad del árbitro sine en, permítasenos la expresión, trazos gruesos”*.

Discrepa también el autor del trabajo comentado de la rotunda afirmación de **Santos Vijande** en su voto particular, *“el laudo también infringe el orden público material tanto por lesionar la libertad de empresa del artículo 38 CE, - tal como es entendido por la propia CE-, como por permitir, en la práctica, que se lleve a cabo la disolución de una sociedad de capital sin concurrir una causa legal y estatutaria para ello”*.

Dado que esta afirmación parecía discrepar, más que con la sentencia del **TSJM**, con la doctrina del **TC** sobre cuando el orden público puede dar lugar a la anulación de un laudo, afirma **Martínez Lage** que *“se necesitaría todavía terminar de perfilar la doctrina constitucional al respecto de las infracciones de normas sustantivas de orden público”*. Pero, añade, *“me pregunto si el cauce más adecuado para lograr este objetivo son los votos particulares formulados para discrepar de las decisiones mayoritarias de una Sala, cuando estas decisiones se limiten a ejecutar, - así lo dice -, las sentencias del TC que han acordado, contundentemente en su fallo y con claridad en su motivación, la estimación de recursos de amparo”*.

## **F. LAS TRES PRIMERAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID DEL 2023 SOBRE ANULACIÓN DE LAUDOS**

Me ha parecido interesante fijarme ahora en cómo empezó el año en curso en el TSJM en lo referente a procedimientos de nulidad de laudos y estudiar las **tres primeras sentencias emitidas en el 2023**, todas del mes de enero, la Sala siempre presidida por el Magistrado, **José Manuel Suárez Robledano**.

### **1. La nº 1/2023, de 17 de enero, ponente, Jose Manuel Suárez Robledano, (caso “ENVIALSA”), y voto particular discrepante de Santos Vijande**

Se trataba de un procedimiento solicitando *anulación laudo de equidad*, administrado por la *“Corte de Arbitraje del Colegio Oficial de Arquitectos de Madrid”*, en demanda de la citada *“Empresa Municipal de Transportes de Alcobendas” S.A.* contra UTE *“30 ALOJ”*.

**La Sentencia** recoge la posición de la **parte demandada** inspirada en los últimos pronunciamientos del **TC**, *“los argumentos se referían al fondo de la controversia ya decidida por la institución arbitral que no podían ser objeto de revisión a través de la demanda de nulidad planteada, ya que no se trata de una apelación, estando vedada la pretendida revisión y debiendo ser rechazados todos los motivos de nulidad planteados”*.

A continuación, se pronuncia el **TSJM** sobre *“la improcedencia del primer motivo de nulidad en base a las premisas contenidas en la importante sentencia del Tribunal Constitucional de 15 febrero 2021, según la cual la actuación del árbitro en la práctica y admisión de las pruebas en el expediente arbitral fue la adecuada, sin que tenga éste obligación de dar prioridad a documentos determinados o de efectuar una valoración individualizada de cada documento del expediente”*.

Cita textualmente luego la **STC 46/2020, de 15 de junio, FJ4**, para recordar que *“la institución arbitral es un mecanismo heterónomo de resolución de conflictos, al que es consustancial la mínima intervención de los órganos jurisdiccionales por el respeto a la autonomía de la voluntad de las partes (art. 10 CE)”*.

Sobre el **segundo motivo de nulidad** replica, en términos duros para la parte demandante al haber afirmado ésta que el laudo dictado atenta contra el orden público, que *“se hace preciso reiterar que no se atisba, ni por aproximación, cuál sea la infracción del orden público material o procesal que se infrinja”*, volviendo a citar la sentencia 46/2020 *“la noción de orden público, material o procesal, no puede ser tomada como un cajón de sastre”*.

Pasando al **tercer motivo de nulidad** invocado, - *extralimitación del laudo* -, se limita a aceptar la sentencia una reducción del número de días indemnizables por costes indirectos, lo que supone una rebaja proporcional en la cantidad final resultante, *“al no darse motivo de nulidad del laudo, como podría haber sucedido si los árbitros hubiesen resuelto sobre cuestiones no sometidas a su decisión, o por haber incurrido en incongruencia por defecto o por exceso, y por cosa diferente a la pedida en la demanda de arbitraje, tanto de derecho como de equidad, según lo previsto en la Ley de Arbitraje”*.

A pesar de estas sencillas y bien razonadas 4 páginas, conformes al criterio de TC, el **Magistrado Santos Vijande** añade otras 16 páginas, en su **voto particular discrepante**, dividido en tres Apartados, que no cabría resumir aquí en su totalidad, titulados por el mismo: *“criterios enjuiciamiento en los que debe fundarse la decisión del TSMJ”*; *“interpretación coherente, no fragmentaria ni descontextualizada de la más reciente jurisprudencia de TC sobre el deber de motivación del laudo”*; y, finalmente, *“error patente en la decisión arbitral”*.

En cualquier caso, seleccionaré una serie de juicios personales en los que el Magistrado busca la confrontación no ya con la sentencia de ejecución del **TSJM**, como correspondería, sino con el propio **TC**, algo que, en mi opinión, no resulta ni procedente ni positivo para la consolidación de una determinada jurisprudencia constitucional:

- *“Ni legal ni dogmáticamente se puede mantener con el debido fundamento la tesis de que la Sala de anulación en ningún caso pueda revisar el fondo de la controversia y/o de la argumentación del laudo”*.
- *“La acción de anulación, desde la perspectiva de la eventual infracción del orden público, tiene un objeto de enjuiciamiento que en absoluto consiste sólo en la comprobación periférica o formal de que laudo está motivado o de que en el procedimiento arbitral se han respetado los principios de contradicción, audiencia e igualdad”*.
- *“Cumple recordar, como hemos hecho en sentencias precedentes, que sí puede el Tribunal de anulación fiscalizar, desde la perspectiva del control del orden público, la motivación, en general, y la valoración probatoria, en particular, contenidas en el laudo que, incursas en arbitrariedad o sinrazón patentes, hayan de ser fiscalizadas por esta Sala so pena de que, de no hacerlo, fuera el Tribunal*

- de justicia quien lesionarse el artículo 21 40 24.1 CE por no reparar la infracción del artículo 37.4 LA cometida al laudar”.*
- *“Ello, no obstante, también hemos declarado, con no menor asiduidad, que del ámbito limitado de la acción de anulación no se sigue que el Tribunal no pueda examinar la racionalidad de la ponderación probatoria desde la perspectiva de la infracción del orden público”.*
  - *“Exigencias constitucionales de motivación de las resoluciones judiciales - concierna esa motivación a lo que concierna, valoración de la prueba, interpretación normativa...”- y, por extensión a la fiscalización por el tribunal de apelación “con un parecido canon de control del razonamiento de los laudos”.*
  - *“Una cosa es que en el seno del procedimiento arbitral no rija el derecho a la tutela judicial efectiva - los árbitros no son parte del Poder Judicial para poder vulnerar ese derecho” y otra, muy distinta, “que en el arbitraje no se puedan conculcar lo que podemos llamar garantías constitucionales del proceso jurisdiccional y/o arbitral, que son insoslayables si se ha de admitir que el Laudo goce de los mismos efectos que la sentencia firme, - eficacia de cosa juzgada -”.*
  - *“Lo que no es cuestionable -y no lo es tampoco por la más reciente jurisprudencia constitucional- es que un tribunal de justicia que no repara un déficit de motivación constitucionalmente relevante infringe el mismo el artículo 24.1 CE”.*
  - *“Creo evidente que postular una conclusión como la de que nuestro control se limite a constatar la mera existencia de motivación en el laudo no resiste el menor análisis sistemático y contextual de la propia jurisprudencia constitucional, y no digamos de la del TJUE”.*

El propio Magistrado, antes de pasar al tercer Apartado de su prolijo voto, escribe que *“En estas reflexiones he insistido en lo que me parece una evidencia: la necesidad de que la doctrina constitucional recientemente emitida sea ponderada en su conjunto y contextualmente, no en una literalidad a veces parcial y, por ello, sesgada, que llevaría justamente a desvirtuar, por entendimiento indebido, el efecto vinculante de esa doctrina”.*

Discrepa igualmente el Magistrado, con pretendida humildad, de la vinculación hecha por el TC del deber de motivación del laudo con el art. 10 CE, al añadir un *“afirmación cuyo eventual alcance general no acierto a precisar - reconozco mi limitación al respecto -”*, lo que deja bien claro que **Santos Vijande** dirige su voto particular al TC, su principal obsesión, y no al TSJM como debía ser, lo que queda nuevamente probado en otras discrepancias contra el TC como que *“no se puedan precisar motivos para oponerse al ‘laudo de conformidad’, o que ‘la motivación del laudo sería prescindible para el Legislador( STC 17/2021)’, o la de que ‘el déficit de motivación carece de incidencia en el orden público’, (STS 65/2021)”.*

Después del largo y ‘exhaustivo’ voto discrepante, que atendía más las necesidades de su propio ego que las de la Justicia, - dada la esterilidad de los planteamientos minoritarios frente a una doctrina de aceptación mayoritaria -, le resultó inevitable al Magistrado culminar la faena y redactar su propio FALLO que, y cito, *“debió ser de*

*estimación del motivo principal de la demanda de anulación ... y dar lugar a la condena en costas de las mercantiles demandadas”.*

**2. La nº 2/2023, de 24 de enero, ponente José Manuel Suárez Robledano, (caso Dª Virtudes v. PWC Landwell)**

Se trataba de un complejo proceso de anulación del laudo de equidad de 29 de abril de 2022, administrado por la Corte CIMA, que tenía antecedentes ante la **jurisdicción francesa**, - primero la ‘*Cour d’appel de Versailles*’ en 2018 y luego la ‘*Cour de Cassation*’ en 2020 -, que ratificaron su competencia jurisdiccional frente al rechazo de la misma por la parte demandada, una sociedad española de abogados, “*PWC Landwell*”, integrada en la gran multinacional “*Pricewaterhouse Coopers International Limited*”.

Aunque dichos precedentes tienen sin duda enorme interés práctico, me limitaré a comentar el proceso de anulación del citado laudo español requerido por la parte ganadora ante el TSJM, cargado de valiosas observaciones sobre el Derecho europeo y su aplicación al caso, que harán las delicias de todos nuestros especialistas.

Arranca la demanda de anulación de las causales contempladas en los apartados a) y f) del artículo 41.1 de la Ley de Arbitraje, afirmando que “*el laudo es nulo por el carácter abusivo de la cláusula arbitral, por la invalidez del convenio arbitral y por ser contrario al orden público*”.

El TSJM, antes de pronunciar su fallo final, invoca las Sentencia del Tribunal Constitucional **17/2020 de 15 de febrero de 2021**, y la **46/2020 de 15 de junio**, para avalar la “*consustancial mínima intervención de los órganos jurisdiccionales en los procesos arbitrales debido a la autonomía de la voluntad de las partes (art. 10 CE)*”.

Junto a ello, también aplica lo dispuesto en la **Directiva 93/13/CEE** en lo que tiene que ver con *la nulidad de las cláusulas reputadas como abusivas*, si bien añade ‘*sin perjuicio de que esta Sala sea consciente de la posible patología derivada de una aparente contradicción de una Sentencia de un Estado de la UE y de su Corte de Casación (República francesa) y de un Laudo en el que se rechazó por Laudo interlocutorio no impugnado y previo al Laudo final la ineficacia pretendida del convenio arbitral*’. Frente a ello, el **TSJM** afirma que “*debe ponderar los principios por los que el Ordenamiento Jurídico de la UE goza de primacía y debe tener prioridad armonizada siempre, en atención a lo que indica el propio Tratado de Funcionamiento de la UE en su art. 267, en relación con su misma ejecutividad y vinculación en los términos de los arts. 280 y 299*”.

Merece la pena, pienso, extraer también la declaración del propio TSJM, en la que afirma que “*se ha pasado de una ‘Europa de los mercaderes’ a una ‘Europa de los consumidores’, de tal manera que las cuestiones relacionadas con protección de los consumidores constituyen en gran medida principios esenciales del derecho de la UE y propio orden público de la misma, debiendo prevalecer en todo caso*”. Añade que “*la citada Directiva de 5-4-1993, dispone que se estimarán cláusulas abusivas las que tengan*

*por objeto o por efecto suprimir u obstaculizar el ejercicio de acciones judiciales o de recursos por parte del consumidor”.*

En consecuencia, pasa a ser prioritaria la lucha contra las cláusulas abusivas incluso en un caso que no es de consumo como el actual. Cita a continuación la **STJUE de 6-10-2009, asunto 40/2008**, según la cual *“la Directiva 93/13 debe considerarse una norma equivalente a las disposiciones nacionales que en el ordenamiento jurídico interno tienen rango de normas de orden público. De ello se desprende que en la medida en que el juez nacional, que conozca de una demanda de ejecución forzosa de un laudo arbitral firme, deba, con arreglo a las normas procesales internas, apreciar de oficio la contrariedad de una cláusula arbitral con las normas nacionales de orden público, está igualmente obligado a apreciar de oficio el carácter abusivo de dicha cláusula desde el punto de vista del artículo seis de la citada Directiva”.*

Luego de invocar lo dispuesto en el **Reglamento de la UE 1215/2012** en el sentido de que *“las resoluciones dictadas en un Estado miembro serán reconocidas en los demás estados miembros sin necesidad de procedimiento alguno...”* y en la **“Ley de cooperación judicial internacional en materia civil” de 30-7-2015**, - *“cuando el reconocimiento de una resolución extranjera se plantee de forma incidental en un procedimiento judicial, el juez que conozca del mismo deberá pronunciarse respecto a dicho reconocimiento según lo dispuesto en las leyes procesales”* -, el **TSJM** concluye: *“Procede dar en este proceso de Impugnación plena eficacia y reconocimiento a la Sentencia de la Corte de Casación francesa pues, como se dijo antes, la cláusula que contiene el Convenio arbitral violó flagrantemente el Orden Público contenido en el Derecho de la UE y en el español en atención a lo ya dicho antes, tratándose de Convenio Inexistente por nulo de pleno derecho, ineficaz y no oponible entre las Partes”.*

### **3. La nº 3/2023, de 24 de enero, ponente José Manuel Suárez Robledano, (caso “Zarapicos Golf” v. “Avanzalia”)**

Sobre esta tercera sentencia del presente año **Fernández Rozas** tituló su *crónica*,<sup>23</sup> *“El TSJ de Madrid verifica la coherencia interna, la lógica de la motivación de un Laudo CIMA y la inexistencia del menor atisbo de infracción del orden público material porque la cláusula penal aplicada en sus propios términos fuera abusiva, leonina o usurario”.*

En efecto, el citado ponente, además Presidente de la Sala, se pronuncia con rotundidad contra el procedimiento de nulidad iniciado por la parte perdedora contra *“un laudo final de 78 páginas con 10 apartados, extensa y ampliamente motivado”.*

Retrocediendo a los FUNDAMENTOS DE DERECHO, **rechaza** con facilidad **las tres causales** vinculadas a los apartados d), e) y f) del art. 41 de la Ley de Arbitraje. Sobre la primera, afirma el Tribunal *“que no existe duda alguna sobre la improcedencia del primer motivo de nulidad fundado en no haberse respetado el derecho de defensa de las sociedades demandantes”.* Sobre la segunda, referente a la valoración de las pruebas aportadas, declara que *“no existe obligación de practicar todas y cada una de las*

---

<sup>23</sup> Blog de José Carlos Fernández Roza, de 6 de marzo de 2023.

*propuestas por las demandadas en el procedimiento arbitral pues ello no les es exigible a los árbitros, sean de derecho o de equidad". Y sobre la tercera, referente a la mitigación solicitada de una cláusula penal en el convenio de arbitraje que pudiese ser contrario al orden público material, o al orden público procesal, destaca que "los demandantes no son consumidores minoristas ni tal calidad se hizo valer con anterioridad, sin que durante el procedimiento arbitral las demandantes alegaran el presunto carácter abusivo de la cláusula penal".*

Lo anterior lleva al ponente a incluir interesantes referencias sobre **"el concepto de consumidor"** en base a la doctrina jurisprudencial española, y también a la europea, - una y otra aplicables al caso -, con frases nítidas como la de que *"no se puede predicar de sociedades mercantiles tal consideración cuando se trata de inversiones lucrativas en los aprovechamientos fotovoltaicos en cuestión".*

Al pronunciarse sobre el **"recurso a la mitigación"** para la protección de las partes, declara que *"no procede en este supuesto donde el árbitro verifica que no hay el menor desequilibrio de prestación, y menos aún uno de tal entidad como para que pudiera ser calificado por esta Sala de abusiva, ... lo que ciertamente podía acarrear una infracción del orden público material".*

En su Fundamento final, la Sentencia concluye que: *"no concurriendo ninguna de las infracciones denunciadas a través de la demanda de nulidad articulada, tratándose los motivos examinados, de manera exclusiva y en la mayoría de los casos, de cuestiones referidas a la valoración probatoria realizada por el órgano arbitral que pronunció el laudo cuestionado o a cuestiones de apreciación en derecho, concretamente a la determinación fáctica tenida en cuenta... se está en el caso de rechazar la impugnación formulada en su integridad al carecer de un mínimo fundamento en derecho".*

Como no podía ser de otra manera la Sentencia remata: *"rechazadas totalmente las pretensiones de la demanda, es obligado, conforme al artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, imponer a las demandantes las costas causadas en este procedimiento, pues tampoco pueden apreciarse serias dudas de hecho o de derecho en el asunto planteado, sino que se ha pretendido reproducir el debate arbitral planteando cuestiones más propias de una pretendida apelación o revisión de la totalidad de lo debatido en el procedimiento arbitral y sin que exista base para la nulidad articulada en ninguno de los motivos opuestos, todos ellos incardinados en la indefensión el primero y en el orden público los siguientes, que, como es sabido, es de interpretación muy restrictiva en materia arbitral por la imposibilidad de incardinar en su concepto las cuestiones de hecho y de derecho apreciadas por los árbitros o colegios arbitrales en sus decisiones, salvedad hecha de la concurrencia de arbitrariedad evidente y patente".*

En opinión del que escribe, parecería que estas, **segunda y tercera Sentencia del 2023**, unánimemente aprobadas por la "Sala de lo Civil y lo Penal", presidida por **José Manuel Suárez Robledano**, que actuó de ponente en una y otra, acompañado por los Magistrados **Francisco José Goyena Salgado** y **David Suárez Leoz**, constituían una aplicación lógica y respetuosa con la Doctrina constitucional, enriquecida nuevamente

con los pronunciamientos en recursos de amparo que dieron pie a las Sentencias 46/2020, 17/2021, y que pasaría a ser reconocida y respetada por todos como la interpretación más coherente con las posiciones del Alto Tribunal. Sin embargo, ello no sucedió.

Sin embargo, la anterior **primera Sentencia del 2023** contenía un polémico voto discrepante, arriba comentado, en la línea de otros emitidos durante los años 2021 y 2022 <sup>24</sup> por el mismo **magistrado Santos Vijande**, posteriores ya a las Sentencias del TC, y muy en la línea de todos los votos discrepantes que viene firmando desde hacía ya cinco años. También cabría mencionar algunas Sentencias en las que ha sido ponente anulando laudos <sup>25</sup>, desde una posición, que parece dispuesto a mantener como regla general, aunque con algunas afortunadas excepciones. Recordaré abajo, por orden cronológico, algunas de las Sentencias del TSJM comentadas en el prestigioso bajo **expresivos títulos**, en el **Blog de Fernández Rozas**, contrarias a la anulación demandada de laudos, que se vieron acompañadas con votos particulares discrepantes del **Magistrado Santos Vjande**, por unos u otros motivos <sup>26</sup>.

---

<sup>24</sup> Citaré de nuevo, como ejemplo, la Sentencia del TSJM 13/2022, de 5 de abril sobre caso “Envac v. Urbaser”, con Celso Rodríguez Padrón como ponente y el discordante voto particular de Santos Vijande; así como sus votos discrepantes en la Sentencias del TSJM de 21-5-2021 y en el Auto de 9-9-2021 sobre el caso “Mazacruz”.

<sup>25</sup> Recordaré nuevamente, a título de ejemplo, la Sentencia anulatoria por mayoría sobre aplicación del Derecho de la competencia europeo, TSJM 66/2021, en la que fue ponente Santos Vijande, y Celso Rodríguez Padrón, el autor del ortodoxo voto discrepante; así como la Sentencia 24/2021 de 11 de enero de 2022, en el importante caso “Auro v. Cabify”, sometida hoy a un recurso de amparo, admitido a trámite el pasado 22 de mayo (comentadas en el citado Blog de Fernández Rozas los días 15-2-2022, y 8-6-2023).

<sup>26</sup> Blog 22-7-2021: “El TSJM sobresee un procedimiento de nulidad de un laudo arbitral CCI a partir de lo dispuesto en la STC 55/2021 del 15 de marzo (ATSJ Madrid CP 1ª, 13 de marzo de 2021)”.

- Blog de 22-7-2021: “En aplicación de la doctrina del Tribunal Constitucional el TSJ de Madrid desestima una acción de anulación contra un laudo arbitral de la LCIA (STSJM, CP 1ª, 4 de mayo 2021)”.

- Blog de 14-12-2021: “No es admisible que al amparo de un voto particular que sólo es eso particular, se pretenda que un juzgado de instancia examine y en su caso deje sin efecto la decisión adoptada por el TSJ confirmando un laudo arbitral, (AAP Madrid 14-12 de Julio 2021)”.

- Blog de 11-12-2021: “El TSJM acuerda la homologación de un acuerdo de transacción en una acción de anulación, (ATSJ Madrid CP 1ª 5 de octubre 2021)”.

- Blog de 2-4-2022: “El TSJM desestima un incidente de nulidad contra su Sentencia de 22 de octubre de 2021 (que anuló parcialmente un laudo arbitral) con el Voto particular de su Presidente (ATSJ Madrid CP 1ª, 11-1-202)”.

- Blog de 4-6-2022: “No puede admitirse un paralelismo controlable en torno a la motivación entre la jurisdicción y el arbitraje, ni mucho menos aceptar planteamientos que den pie a cuestionar la motivación de los Laudos sobre bases maximalistas, (STSJ Madrid CP 1ª, 5 de abril 2022)”.

- Blog de 9-5-2023: “La parte demandante en el presente procedimiento de anulación de un Laudo de la Corte de Arbitraje de la CAM no está legitimada para formular un litisconsorcio activo necesario u obligatorio, (STSJM CP 1ª 4 de mayo 2023)”.

- Blog de 9-5-2023: “En aplicación de la STC 4 de abril de 2022, el TSJM corrige lo resuelto en su sentencia de 4 de octubre de 2019, que había anulado un Laudo CIMA apreciando el instituto de la prejudicialidad penal (STSJ Madrid CP 1ª 27 de abril de 2023)”.

**G. LA SENTENCIA Nº 17/2023, de 27 de abril, ponente Francisco José Goyena Salgado, (caso “AQUAMED”), y voto particular de Jesús María Santos Vijande**

Pienso que esta Sentencia nos puede permitir resumir, **por un lado**, los razonamientos claves del **TSJM** tras los comentados y reiterados pronunciamientos del **TC** sobre la figura de la anulación de laudos por los Tribunales Superiores de Justicia de las distintas Comunidades Autónomas según lo previsto en el art. 41.1, con sus seis causales, de nuestra Ley de Arbitraje, y **por el otro**, lo que sigue pensando y haciendo **el mencionado Magistrado** desde el TSJM.

En efecto, la importante y muy reciente Sentencia contiene 17 páginas del texto asumido por los dos magistrados mayoritarios, y 19 páginas del voto particular discrepante.

El texto del **ponente**, en mi opinión ejemplar y exhaustivo, dividido entre los tradicionales FUNADAMENTOS DE HECHO, seis, y FUNDAMENTOS DE DEREHO, siete, más el breve FALLO final, dada su claridad y voluntad integradora de la doctrina del TC al respecto, permitió a **Fernández Rozas** titular su artículo en su Blog, *“Otra Sentencia del TSJ de Madrid que, en aplicación de una Sentencia del Tribunal Constitucional (79/2022), corrige lo resuelto en su Sentencia de 8 de noviembre de 2019, que había anulado un laudo CIMA apreciando el Instituto de la prejudicialidad penal (STSJ Madrid CP 1ª 18 mayo 2023)”*<sup>27</sup>, elemento clave sobre el que discrepa el Magistrado, a pesar de la rotunda afirmación de la Sentencia: *“una lectura atenta del laudo permite apreciar que los árbitros por tres veces llegaron razonadamente a la conclusión de que no concurrían los presupuestos exigidos en el artículo 40 LEC para declarar la prejudicial, toda vez que ‘Aquamed’ no había aportado prueba alguna, ni razonado de qué forma el pronunciamiento penal podría condicionar la decisión del procedimiento arbitral”*.

Me limitaré, pues, a destacar los pronunciamientos de la **Sentencia por mayoría** sobre el *“orden público”*, sobre el *“deber de motivación”*, sobre el *“contenido de las pruebas”*, y recoger su preocupación por que se pueda llegar a *“desincentivar el recurso a esta forma de heterocomposición de los conflictos, inspirada en el principio de la autonomía de la voluntad, al poder ser objeto de una íntegra revisión en cuanto al fondo por los órganos judiciales, abocando a la inutilidad del referido sistema”*.

Pasaré, en cambio, a concentrarme en el examen del citado **voto particular discrepante**, dividido en dos apartados sin títulos, a su vez subdivididos en cuatro y ocho subapartados, con una última, y esta vez también breve, PARTE DISPOSITIVA, - ciertamente sólo *‘virtual’*-, en la que Santos Vijande escribe que: *“Estimando la demanda formulada por el abogado del Estado, debemos declarar y declaramos la*

---

<sup>27</sup> Blog de 21-6-2023-, donde se resume en ocho páginas los principales razonamientos de la Sentencia.

*nulidad del laudo dado con fecha 14 de noviembre de 2018, sin expresa imposición de las costas causadas en este procedimiento”.*

El contenido del voto particular va mucho más allá de su desacuerdo con el no reconocimiento, - ni por el Laudo, ni por la Sentencia en amparo del TC, ni por la Sentencia de ejecución de la misma por el TSJM -, de la prejudicialidad penal, y, en mi modesta opinión, viene a constituir una extemporánea defensa, - ya solo *post mortem* -, de Santos Vijande en favor de la sentencia de origen del TSJM de la que fue ponente en 2019.

Citaré, en apoyo de mi tesis, algunos párrafos del Magistrado discrepante sobre esta cuestión principal, antes de pasar a otras cuestiones de sobra conocidas por su reiterada exposición, con mayor o menor extensión, en muchos de sus anteriores votos discrepantes, y que ya han surgido en este sencillo trabajo:

- **Prejudicialidad penal.** La **Sentencia del TSJM** en su **FD 5**, declara que *“la acreditación de la concurrencia de los presupuestos procesales que llevan a la apreciación del Instituto de la prejudicial y penal es una cuestión que ha de valorarse por el tribunal arbitral”.*

Frente a ello, **Santos Vijande** desarrolla extensamente su propia opinión, ciertamente discrepante de lo dicho no solo por el TSJM, sino anteriormente por el propio TC, y decide asumir en primera persona una responsabilidad que, como hemos visto, le viene expresamente negada. Así, escribe: *“cuando el thema decidendi consiste en verificar si concurre o no prejudicial penal, estamos en la tesitura de resolver si la decisión de la controversia civil que se ventila es indispensable para las partes, aunque sea de forma provisional o transitoria”.* Más adelante, añade que *“si se repara en la genuina naturaleza de este óbice procesal, se trata sólo de verificar, en un análisis lógico, si el resultado del proceso penal ‘puede influir decisivamente’, - ‘puede’, esto es, ‘en potencia’-, en la resolución de un asunto civil tal como expresamente proclama el artículo 40 de la LEC”.*

- **Revisión de la propia sentencia anulada en amparo.** Encaja el Magistrado las críticas del TC y de la sentencia de ejecución del TSJM contra su sentencia anulatoria de origen, - al haberle reprochado la Sala *“que consideremos errónea la motivación del Laudo, aunque luego no indiquemos dónde se encuentra el error de motivación -”*, pero ello no le lleva a dar el caso por perdido, sino a sorprender al lector replicando, en esta fase final de ejecución de la nueva sentencia del TSJM conforme a los pronunciamientos del TC, que *“si no hemos acertado a expresar el error del tribunal arbitral en nuestra primera sentencia, - como nos reprocha el TC -, nada excusa que dejemos de hacerlo en la siguiente, subsanando nuestras carencias argumentales”.*

Y lo hace ciertamente con total entrega, ya que la segunda parte del voto está totalmente dedicada a probar, a lo largo de nueve folios, que sí existía *“esa potencial incidencia”*, sin dejar de añadir duras descalificaciones, al escribir que *“el propio tribunal arbitral así lo revela en sus razonamientos, que no son congruentes lógicamente y*

*jurídicamente con la decisión final que adopta, al tiempo que en ocasiones resultan, - esos argumentos -, intrínsecamente contradictorios, cuando no absurdos”.*

No tenemos tiempo ni competencia suficiente para analizar cada uno de los **ocho argumentos probatorios** que, en opinión de Santos Vijande, habrían debido llevar a los autores del laudo arbitral a reconocer, *“sin la menor duda”*, la existencia de la citada prejudicial penal, por lo que se atreve, - en esta segunda oportunidad que a sí mismo se concede -, a anular nuevamente el Laudo, a pesar de que el TC primero, y el TSJM después, ya habían sentenciado que *“el laudo expuso razonadamente los motivos por los que no se entendía procedente estimar la prejudicialidad penal!”*, lo que nos lleva a otro de los puntos de continua discrepancia del Magistrado Santos Vijande.

- **Motivación.** Reitera el Magistrado lo que ya escribió en la Sentencia de origen nº 37/2019: *“Lo que resulta innegable, a mi juicio, es que este Tribunal está, más que habilitado, obligado a examinar la motivación del laudo, tanto para verificar si su razonamiento incurre en arbitrariedad, error patente o sinrazón lógica, como para preservar la observancia de reglas imperativas”.*

Dicho lo anterior, remata escribiendo que *“La Sentencia mayoritaria, (nº37/2023), no realiza el menor control sobre la fundamentación del Laudo, ni externo ni de ninguna otra clase, ni desde luego el que procedía efectuar desde el llamado ‘canon de arbitrariedad’, por lo que a mi juicio no se acomoda a las exigencias de motivación que demanda el artículo 24.1 CE”.*

Es cierto que el Magistrado no utiliza esta personal apreciación para imponer luego la anulación del laudo, sino que busca una mejor salida para su argumentación, al defender que *“la posible concurrencia de ese óbice procesal convierte la controversia en no arbitrable de forma provisional”*, lo que *“no tiene que ver con el examen de la motivación del laudo sobre una valoración probatoria propiamente dicha”* sino sobre *“si el resultado del proceso penal puede influir decisivamente en la resolución del asunto civil”*, como vimos anteriormente.

- **Anulación de oficio.** En otro párrafo, el Magistrado defiende otra de sus radicales posiciones. Afirma *“no deberíamos olvidar que, ‘de lege lata’ el artículo 41.2 de la LA impone a esta Sala el deber, no la facultad, de apreciar de oficio las causas de anulación previstas en los apartados b), e) y f)”*. De cara a esta interpretación, y, permítaseme esta expresión popular, *‘arrimando el ascua a su sardina’*, destaca *“la importante novedad que entraña el citado artículo 41.2 de la vigente LA que está inspirado o, por mejor decir, es reiteración de lo establecido en el artículo 34.2.b) de la Ley UNCITRAL, según la cual el laudo puede ser anulado de oficio cuando el Tribunal compruebe que el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje o cuando el laudo es contrario al orden público de ese Estado”*, artículo de la Ley Modelo que ciertamente no es directamente aplicable en España, pero que tanto debe haber condicionado el raciocinio de Santos Vijande.

- **Orden Público.** Aunque de forma mucho menos protagonista que en otros votos discrepantes, sí termina recurriendo a este concepto jurídico indeterminado para

defender la anulación. Lo hace al argumentar algo en lo que partes, árbitro y jueces podrían ponerse de acuerdo, *“la no apreciación de la prejudicialidad penal cuando se cumplen las exigencias legalmente previstas para ello integra el orden público en cuanto se vulnera una norma imperativa que establece la preferencia de una jurisdicción sobre otra”*, añadiendo incluso, con mayor dramatismo, que en este caso *“no estamos ante la quiebra de una norma imperativa más, sino ante la inobservancia de un mandato legislativo de ‘ius cogens’ ordenando suspender el ejercicio de la jurisdicción civil porque no cabe que el Tribunal civil o el Árbitro fallen o lauden ignorando lo que previamente ha de resolver la Jurisdicción Penal”*.

Olvida reconocer que en este caso nada de lo dicho es pertinente, ya que no se da, ni el laudo ni en la Sentencia del TC, el requisito previo del reconocimiento de la existencia de la prejudicialidad penal, por lo que perdería vigencia su afirmación final en favor de la anulación del laudo cuando escribe que *“la controversia ventilada en el Arbitraje sea transitoriamente indisponible para las Partes y, en consecuencia, no sea susceptible de ser laudada por el Tribunal arbitral hasta la decisión del proceso penal”*.

- **Elementos probatorios.** Pasa, pues, a pronunciarse con rotundidad sobre otra de las posiciones claves del TC, siempre contrario a que se anulen laudos por discrepar los magistrados competentes de la tramitación dada por los árbitros a la valoración y aplicación de las pruebas solicitadas por las partes. Frente a ello, Santos Vijande afirma que *“es inobjetable, o así me lo parece, que el discurso que une la actividad probatoria al relato fáctico que de ella resulta no puede ser razonable si parte de premisas inexistentes o si ignora de un modo radical o esencial ponderar la actividad probatoria efectuada”*.

Escribe también en favor de la *iniciativa probatoria* de los Magistrados involucrados en un proceso de anulación de laudos, en la que sigue creyendo en contra de la doctrina del TC, que *“no se trata ya de ejercer la facultad prevista en el artículo 429.1. segundo inciso, de la LEC, - en todo caso posible -, se trata de que por elemental coherencia con el deber que la ley le impone para decretar de oficio cuanta prueba estime pertinente, - en locución vgr. del artículo 752.2 de la LEC que vienen al caso -, sobre el hecho o hechos que alegados o deducibles de las actuaciones pudieran ser relevantes para acreditar la causa de nulidad puesta de manifiesto a las partes”*.

En línea con sus convicciones, el Magistrado recuerda que *“sugirió a la Sala, como se ve sin éxito, dos actuaciones incuestionables en el ejercicio de nuestras competencias”*: la primera, que era preciso *“dar audiencia a las partes sobre esta eventual apreciación de la causa de anulación del artículo 41.1. e), clarísimamente conectada con la invocada causal del mismo art. letra f)”*. La segunda, que *“si la Sala mayoritariamente estimarse el riesgo fundado de resoluciones contradictorias, pero tuviese duda sobre la suficiencia de la prueba obrante al respecto, resultaba inexcusable que este Tribunal se dirigiese al Juzgado Central Penal, número 6 de Madrid para que, sin conculcar las exigencias del secreto sumarial, ex arts. 301 y 302 de la LECrim, el Sr. Magistrado Instructor pudiese aportar a esta causa algún dato nuevo”*.

- **Valor de las Sentencias en amparo del TC.** Me siento obligado a reproducir dos párrafos de **Santos Vijande**, con gran carga de profundidad, pues vendrían a poner en entredicho el valor, entidad y trascendencia de las Sentencias del TC al menos en este campo de la anulación de laudos.

Muy al inicio del voto discrepante, afirma que: *“la Sentencia del TC, nº 50/2022, ni predetermina ni, en rigor, puede predeterminar el sentido de nuestro fallo si éste se funda en argumentos y razones que en su día no han sido emitidos por esta Sala y que, por tanto, no han sido objeto de análisis por la Sentencia constitucional: esto es algo tan evidente que debería resultar ocioso decirlo”*. Ello parecería ser un desarrollo de lo ya afirmado en la parte introductoria del voto donde justifica las *“razones de su discrepancia, que son de naturaleza dogmática y tienen que ver con la incidencia de la STC de mayo 50/1022 sobre nuestro funcionamiento al dictar nueva sentencia”*.

Dejo, pues para otros más expertos que yo el necesario debate sobre esta, sin duda polémica, por no decir provocadora, interpretación de la relación que debe existir entre lo que conocemos como *Sentencia en amparo del T.C.* y lo que se denomina *Sentencia de TSJM en ejecución de lo decidido por el T.C.* ‘A ojo de buen cubero’, y perdóneseme una segunda expresión popular, lo escrito por el recalcitrante Magistrado llevaría a que se pusiese en pie un diabólico proceso que permitiese a Magistrados de una u otra Corte, - imagino que solo a través de votos particulares -, añadir, aunque sea de manera totalmente estéril, a Sentencias firmes mayoritarias, elementos que no hubiesen sido planteados anteriormente, algo que contribuiría al desprestigio final de nuestro proceso de Administración de Justicia, que afortunadamente tiene bien definidas y acotadas las vías y posibilidades impugnatorias.

## H. CONSIDERACIONES FINALES

Sin querer alargarme, y al término de todo lo expuesto, me limitaré a intentar contestar a las ya citadas preguntas que se hacía en junio de 2021, **Rosa María Vidal** en su trabajo, *¿Qué va a ocurrir ahora?*<sup>28</sup>, tras elogiar y compartir con muchos otros valiosos especialistas la aclaratoria formulación de la doctrina constitucional siempre restrictiva en lo referente a la anulación de laudos arbitrales por parte de los Tribunales Superiores de Justicia competentes, y muy especialmente frente al especialmente libérrimo TSJ de Madrid, y a su Magistrado de la Sala de lo Civil y de lo Penal, **Jesús María Santos Vijande**<sup>29</sup>.

- ***El TSJM sí ha acogido debidamente la doctrina constitucional recogida en las nuevas Sentencias que han venido publicándose en el BOE.***

---

<sup>28</sup> “La Ley. Mediación y Arbitraje”, nº 7, abril-junio 2021.

<sup>29</sup> Mencionaré como último ejemplo el extenso **voto particular**, - 15 páginas toda una lección doctrinal en torno al “instituto de la reconvencción” -, del Magistrado, discrepando de la reciente **Sentencia TSJM nº 20/2023 de 4 de mayo**, (“RENFE v. CART”), aprobada por mayoría, que sustituiría por su siguiente ‘fallo virtual’: *“El laudo parcial debe ser anulado porque, cuando no adolece de un radical déficit de motivación, incurre en motivación arbitraria”*. La **sentencia**, por su parte, desestimando la anulación, de la que fue ponente Fco. José Goyena figura comentada en el Blog de Fernández Rozas de 9 de mayo.

- ***Sin embargo, ello no ha sucedido en el caso del Magistrado citado.***

**El Magistrado** ha reiterado sus discrepancias en sucesivos votos particulares, cada vez más elaborados en una confrontación casi directa, no solo con los otros Magistrados en mayoría de la citada Sala del TSJM, sino con las Sentencias del mismo TC, cuya supremacía se atreve a poner en entredicho gracias a novedosos, si no rebuscados, razonamientos, aunque pienso que, - dada su total falta de eficacia -, lo hace solo para una más exhaustiva defensa de sus minoritarias convicciones.

La situación actual, pues, no sería igualmente mala, pero sí ciertamente mejorable, ya que, como hemos visto, puede seguir debilitando, aunque sea 'en minoría', *la imagen del arbitraje en España*, desde luego a nivel doméstico, pero también a nivel internacional en el que queremos, desde Madrid, ser cada día más competitivos frente a otras más cotizadas sedes como Washington, Miami, París, Estocolmo, Ginebra, Hong Kong o Singapur.