

THOMPSON, LEIGH L, *Negotiation theory and research*, Psychology Press, New York 2006.

UNT, IWAR, *Negotiations without a loser*, Copenhagen Business School Press, Copenhagen (Dinamarca) 1999.

URY, WILLIAN, *De la negociación al acuerdo: claves para superar cualquier negociación*, Parramón Ediciones, Barcelona 1993.

LA ANULACIÓN DEL LAUDO: DEL CONTROL A LA INJERENCIA

JOSÉ MARÍA ROCA MARTÍNEZ

Profesor Titular de Derecho Procesal – Universidad de Oviedo

Magistrado Suplente en la Audiencia Provincial de Asturias

1. INTRODUCCIÓN

Jurisdicción y arbitraje mantienen entre sí una «tortuosa» relación, fruto, en parte, de la paradoja a la que se ve sometido el arbitraje, pues surgiendo como alternativa a la actividad jurisdiccional del Estado, ha de acudir a ésta en no pocas ocasiones para recabar funciones de apoyo y control (8 LA). Huir de la jurisdicción ha sido (y es) una aspiración consustancial al arbitraje, para el que su objetivo principal es conseguir alejar las controversias del juzgado («*keep the resolution of disputes as far away from the court as practicable*»)³⁴²; por el contrario, algunas actuaciones judiciales dan muestra de cierta resistencia a *abandonar* la posibilidad de controlar el arbitraje, cayendo en lo que el TC ha considerado extralimitaciones. Tal actitud ha puesto en alerta a los partidarios y defensores del arbitraje que, con frecuencia, manifiestan su rechazo y recelan de lo que han denominado riesgo de *procesalización*, elevando a categoría de argumento lo que solo constituyen actitudes aisladas; con su acertada crítica, Almagro Nosete puso de manifiesto la endeblez de esos argumentos que, por la ausencia de fundamento y razones bien podría encubrir otros

³⁴² BRIGGS, ADRIAN *Agreements on Jurisdiction and Chice of Law*. Oxford University Press. 2008, p. 199.

intereses³⁴³. Por mi parte, pienso que esas advertencias acerca del peligro procesalista olvidan que tan peligrosa es para el arbitraje una regulación intervencionista y controladora en extremo, como aquella que omite las mínimas garantías imprescindibles para su correcto desarrollo. Ese recelo ante el supuesto riesgo de *procesalización* parte de un grave error terminológico (o quizá conceptual) y desconoce la relevancia de la corriente garantista como eje central en la evolución del Derecho Procesal. Como error ha de considerarse la confusión entre *procesalización* y judicialización, pues, como explica Ramos Méndez, «de resultas del reparto de funciones en la organización de la convivencia, los litigios jurídicos aparecen “procesalizados”, es decir, se les ha sometido a reglas prefijadas, bien convencionalmente por los propios interesados, bien por el sistema estatal de justicia»³⁴⁴. La *procesalización* no es ningún riesgo, pues el desarrollo del arbitraje ya está, de por sí, *procesalizado*; el riesgo estará, en todo caso, en un exceso de control y de intervención judicial que pudiera vaciar de contenido la autonomía de la voluntad de las partes que deciden someter a arbitraje la solución de sus diferencias. En todo caso, justo es reconocer que, en la actualidad, son muy significativos los avances hacia la superación de los recelos³⁴⁵, recayendo gran parte de la responsabilidad en la vigente Ley de Arbitraje de 2003³⁴⁶, sin menospreciar la reciente contribución del TC.

³⁴³ JOSÉ ALMAGRO NOSETE, en su intervención en las Jornadas sobre arbitraje organizadas por la Cámara de Comercio e Industria de Madrid (noviembre de 1986), alertaba de las críticas «sin mucho fundamento ni razones», encubridoras de otros intereses (“La ejecución del laudo arbitral”, *Revista Universitaria de Derecho Procesal*, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, 1988, n° 0, pp. 15-35, p. 22).

³⁴⁴ RAMOS MÉNDEZ, FRANCISCO, *El sistema procesal español*, 11ª ed. Atelier Libros Jurídicos, 2019, p. 28.

³⁴⁵ Doy cuenta de esa tendencia superadora en “Constitución, Jurisdicción y Arbitraje. Superación de viejos recelos”, en *Cuestiones actuales de Derecho Procesal* (RODRÍGUEZ TIRADO, ANA Mª coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 153-181 y en “Arbitraje y jurisdicción en la Constitución española de 1978”, *Cuatro décadas de una Constitución normativa (1978-2018)*, (PUNSET BLANCO, RAMÓN y ÁLVAREZ ÁLVAREZ, LEONARDO coord.), Civitas-Thomson Reuters, 2018, pp. 187-206.

³⁴⁶ Sirva como ejemplo la *optimista* opinión de FERNÁNDEZ ROZAS, para quien «esta actitud está determinada por un ambiente, tanto legislativo como judicial, de desconfianza hacia la institución que la LA/2003 ha desterrado, colocándose

Conviene, no obstante, tomar conciencia de que la separación absoluta es inviable y que la interrelación jurisdicción-arbitraje resulta imprescindible. Interrelación que se manifiesta en un doble ámbito de cooperación y de control. Es una realidad incuestionable que el arbitraje precisa de la cooperación y auxilio judiciales, sin los cuales su eficacia se vería seriamente afectada; por más que se proclame el principio de mínima intervención judicial del que parten «la mayoría de los sistemas jurídicos avanzados en materia arbitral»³⁴⁷, y que abiertamente se reconoce en el artículo 7 LA, resulta inevitable tanto para llevar a cabo las actuaciones que por la ausencia de *potestas* están vedadas a los árbitros, como para suplir la falta de acuerdo de las partes³⁴⁸. Por su parte, el control judicial se incardina en el ámbito del acceso a la justicia como una de las manifestaciones del derecho a la tutela judicial, en la medida en que el efecto excluyente de la jurisdicción, la eficacia de cosa juzgada atribuida al laudo y su consideración como título ejecutivo, descansa en la adecuación del desarrollo del arbitraje a lo previsto en la LA, integrándose el control de tal adecuación dentro del derecho a la tutela judicial³⁴⁹.

a la cabeza de las legislaciones del mundo en la acogida hacia el arbitraje comercial, pero que ha estado muy presente a lo largo de la práctica española del último medio siglo. Una actitud que está también en trance de extinción en la actitud de nuestros Tribunales de justicia como apuntan los más recientes precedentes de la jurisprudencia española, mucho más favorable a la institución arbitral si se examina con un carácter global que lo que se deduce de comentarios sesgados a decisiones muy concretas, que constituyen la excepción a la regla» (“Arbitraje y Jurisdicción: una interacción necesaria para la realización de la Justicia”, en *Derecho Privado y Constitución*, año 2005, n° 19, pp. 55-91, p. 64).

³⁴⁷ FERNÁNDEZ ROZAS, JOSÉ CARLOS, SÁNCHEZ LORENZO, SIXTO A. y STAMPA, GONZALO, *Principios generales del arbitraje*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p. 104.

³⁴⁸ En este sentido, la intervención jurisdiccional está prevista para el nombramiento y remoción judicial de árbitros, para la asistencia judicial en la práctica de pruebas, para la adopción judicial de medidas cautelares, para la ejecución forzosa de laudos o resoluciones arbitrales, para conocer de la acción de anulación del laudo, para el reconocimiento de laudos o resoluciones arbitrales extranjeros y para la ejecución de laudos o resoluciones arbitrales extranjeros.

³⁴⁹ ROCA MARTÍNEZ, JOSÉ Mª, “Arbitraje y jurisdicción...”, *trab. cit.* p. 197-199.

unos determinados requisitos (garantías procesales del arbitraje)³⁵⁵ y a la existencia de un control judicial sobre los mismos³⁵⁶.

Que la autonomía de la voluntad es el fundamento del arbitraje es algo que, en la actualidad, no se cuestiona³⁵⁷; pero lo verdaderamente relevante de tal afirmación es lo que supone en relación a la configuración constitucional del arbitraje. En materia de arbitraje, el TC arrastra la utilización de algunas expresiones de dudosa corrección pero que, a base de reiterarlas en sus sentencias, se han convertido en doctrina casi incuestionable. Algunas se mantienen en el plano teórico, como la incomprensible sustitución de la mención al arbitraje como *método heterocompositivo*³⁵⁸ por la inadecuada *método heterónimo* de solución de controversias³⁵⁹; otras, sin embargo, han abandona-

³⁵⁵ Como garantías procesales fundamentales, el TC ha considerado el derecho de defensa, igualdad, bilateralidad, contradicción y prueba, así como la motivación del laudo y su congruencia (STC sala 1ª 17/2021, de 15 de febrero, FJ 2), admitiendo que el TSJ pueda anular una decisión arbitral cuando se incumplan tales garantías (STC 65/2021, de 15 de marzo, FJ 4).

³⁵⁶ Coincide con esta opinión GARCÍA BLANCO, Mª LUISA, "Renuncia a la acción de anulación del laudo arbitral", *La Ley Mediación y Arbitraje*, nº 3, sección tribuna, [La Ley 11786/2020], p. 3.

³⁵⁷ ROCA MARTÍNEZ, JOSÉ MARÍA "Arbitraje y Jurisdicción ...", trab. cit. pp. 194-197.

³⁵⁸ De la mano de VICENTE GIMENO SENDRA el TC asumió la consideración del arbitraje como método heterocompositivo por primera vez en la STC 56/1990 pleno, de 29 de marzo (ponencia compartida con los magistrados Díaz Eimil y López Guerra), confirmándolo en la STC pleno 62/1991, de 22 de marzo; en su obra doctrinal puede consultarse *Fundamentos del Derecho Procesal* (Editorial Civitas, S.A., Madrid, 1981, pp. 24-25). El término fue acuñado por FRANCESCO CARNELUTTI al comentar en la *Rivista di Diritto Processuale* (año 1948, p. 50), la obra de NICETO ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO *Proceso, autocomposición y autodefensa* (publicada en 1947, México, imprenta universitaria, 2.ª ed. de 1970) y sirvió para identificar los métodos de solución de controversias en los que un tercero *supra partes* impone su decisión a las mismas, que es lo que precisamente caracteriza al arbitraje. A partir de entonces, su utilización se ha generalizado en la doctrina procesal (por todos, COUTURE, EDUARDO J., *Fundamentos de Derecho Procesal Civil*, 3ª ed. Buenos Aires, 1969, pp. 9-11; MONTERO AROCA, JUAN. *Introducción al Derecho Procesal*, Editorial Tecnos, Madrid, 1976, pp. 94-95 -2ª ed., adaptada a la Constitución, Madrid, 1979-; ARAGONESES, PEDRO, *Proceso y Derecho Procesal*, Edersa, Madrid, 1960, p. 12).

³⁵⁹ El TC había utilizado el término heterónimo en contraposición a autónomo, refiriéndose a los «principios heteronómicos claramente opuestos al principio

do ese ámbito, alcanzando trascendencia práctica con inapropiado resultado. Así sucede con la insistencia en hablar de *equivalente jurisdiccional*, aplaudido inicialmente, pero cuestionado en la actualidad, incluso dentro del propio TC, quizá más por haber servido para justificar un excesivo control judicial que por lo que realmente representa. En todo caso, parece que la tendencia apunta a la superación del *equivalente* o, al menos, su limitación al ámbito exclusivo de los efectos³⁶⁰, para dirigirse hacia la consideración de que el arbitraje, como método alternativo de resolución de controversias, se configuraría como una institución con contenido propio; de esa forma, saldría del ámbito del artículo 24 CE para incardinarse en los artículos 1 y 10 CE, a partir de los cuales, la autonomía de la voluntad como manifestación de la libertad y de la dignidad de la persona, se configura como su auténtico fundamento³⁶¹.

Por lo que se refiere a los efectos, la LA establece que el convenio arbitral «impide a los tribunales conocer de las controversias sometidas a arbitraje», que el laudo arbitral «produce efectos de cosa juzgada» y que es «un título que tiene aparejada ejecución»; pero para que ello sea así, es imprescindible que, por un lado, se cumplan los requisitos que la propia LA exige y que, por otro, exista la posibilidad de controlar el cumplimiento de tales requisitos. Si los requisitos son las garantías que la ley exige para otorgar determinados efectos, el control judicial se configura como sistema de garantías sobre el cumplimiento de tales garantías.

Respecto a ese control judicial, el TC también lo ha puesto en conexión con la voluntariedad inherente al arbitraje, de manera que cuando ésta es el origen del mismo, es suficiente un control externo referido al cumplimiento de las garantías; por el contrario, si el arbitraje viene impuesto, ha de admitirse de manera imprescindible el control

autónomo». A partir de la STC 176/1996, de 11 de noviembre, ponente González Campos (FJ 4), se introduce para referirse a la función del arbitraje como medio heterónimo de arreglo de controversias, en lo que a todas luces es una inadecuada utilización. que, si bien se ha generalizado, ocasionalmente se vuelve a la correcta referencia a la heterocomposición (STC sala primera 17/2021, de 15 de enero FJ 2).

³⁶⁰ Vid. infra 2.5.

³⁶¹ FERNÁNDEZ ROZAS, JOSE CARLOS, SÁNCHEZ LORENZO, SIXTO A. y STAMPA, GONZALO, *Principios generales...* ob. cit., p. 32.

interno sobre el contenido del laudo, pues de lo contrario, no resultaría conforme con el derecho a la tutela judicial³⁶². El primer modelo es el que establece la LA, mientras que el segundo encuentra manifestación en el ámbito laboral (expresamente excluido de la aplicación de aquella -1.4 LA-), donde se configura como mecanismo previo a la vía jurisdiccional (76 ET), plenamente revisable ante ésta (127 a 136 LRJS), en lugar de como mecanismo alternativo.

En definitiva, la regulación de un arbitraje al que se reconocen efectos excluyentes de la jurisdicción a través de la excepción de sometimiento a arbitraje, solo se adecúa a la Constitución si se dispone de un mecanismo de control judicial; si el sometimiento a arbitraje depende exclusivamente de la voluntad conjunta de los afectados, el control judicial puede ser externo y limitarse al cumplimiento de las garantías básicas; si, por el contrario, el sometimiento a arbitraje no descansa en la voluntariedad, el control judicial debe ser pleno pues,

³⁶² La STC 1/2018, de 11 de enero (FJ 3) hace un repaso de la doctrina del TC: «Por el contrario, como recuerda la STC 119/2014, de 16 de julio (FJ 5 B), “de acuerdo con la doctrina de este Tribunal, el arbitraje obligatorio no resulta conforme al derecho a la tutela judicial efectiva cuando el control judicial sobre el laudo previsto en la ley se limita a las garantías formales o aspectos meramente externos, sin alcanzar al fondo del asunto sometido a la decisión arbitral (SSTC 174/1995, de 23 de noviembre, FJ 3; y 75/1996, de 30 de abril, FJ 2). Hemos de entender, en cambio, que el arbitraje obligatorio sí resulta compatible con el derecho reconocido en el art. 24.1 CE cuando el control judicial a realizar por los tribunales ordinarios no se restringe a un juicio externo, sino que alcanza también a aspectos de fondo de la cuestión sobre la que versa la decisión”. Decisión que se reitera en la STC 8/2015, de 22 de enero, FJ 5 c)». Y continúa el TC: «De este modo un arbitraje obligatorio para una de las partes en la controversia resultaría plenamente compatible con el artículo 24.1 CE si “en ningún caso excluye el ulterior conocimiento jurisdiccional de la cuestión y su fin resulta proporcionado y justificado, ya que no es otro que ‘procurar una solución extraprocesal de la controversia, lo cual resulta beneficioso tanto para las partes, que pueden resolver así de forma más rápida y acomodada a sus intereses el problema, como para el desenvolvimiento del sistema judicial en su conjunto, que ve aliviada su carga de trabajo’ (STC 217/1991, de 14 de noviembre, FJ 6)” [SSTC 119/2014, FJ 5 B), y 8/2015, FJ 5 c)]. Sobre esta sentencia y sus votos particulares, vid. GARCÍA TORRES, JESÚS, “Paradojas constitucionales del arbitraje: a propósito de la Sentencia del Tribunal Constitucional 1/2018 y sus votos particulares”, *El arbitraje y la buena administración de la Justicia*. Libro conmemorativo del 30 Aniversario de la Corte Civil y Mercantil de Arbitraje (CIMA), Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 67-73).

de lo contrario, supondría una limitación del derecho de acceso a la jurisdicción.

2.2. El modelo de control judicial. Acción autónoma de impugnación

Con la LA 1988 se produjo un momento clave de inflexión en la regulación del arbitraje en España que, entre sus múltiples novedades, introdujo un nuevo modelo de control judicial sobre el mismo. De manera sintética, las diversas opciones de impugnación pueden agruparse en cuatro modelos: a) admitir un auténtico recurso que permita a los órganos jurisdiccionales un nuevo conocimiento del asunto como si de una doble instancia se tratase; b) admitir un recurso de conocimiento limitado en razón a determinados motivos establecidos legalmente; c) admitir un incidente de oposición en la fase de ejecución del laudo; d) admitir una acción de nulidad a través de un proceso independiente. Cada modelo admite suficientes variaciones relevantes como para no resultar aconsejable realizar una valoración apriorística sobre sus ventajas e inconvenientes, para lo cual habría de tomarse en consideración la correspondiente regulación detallada que desarrolle el modelo. Entiendo que los aspectos verdaderamente relevantes son el órgano al que se atribuye el control del arbitraje y el ámbito de tal control³⁶³, habiendo demostrado la práctica, al menos en el caso de España, que aparte de las previsiones legales, su interpretación por los tribunales es igual de determinante.

El momento de inflexión de la reforma de 1988 supuso una significativa simplificación del sistema de recursos³⁶⁴ que, sobre la base del principio de plenitud del arbitraje o de intervención mínima de los órganos judiciales³⁶⁵, que optó por un control jurisdiccional limitado, posiblemente por influencia de los procesos de unificación internacio-

³⁶³ Un modelo de recurso con aparente doble instancia puede establecer motivos tasados que limiten el control a los aspectos formales; por el contrario, un modelo configurado como acción autónoma de anulación, puede admitir motivos que permitan la revisión del fondo del asunto.

³⁶⁴ Se unificó el modelo de control judicial, superando la dualidad casación-nulidad basada en la distinción entre arbitraje de derecho y de equidad.

³⁶⁵ FERNÁNDEZ ROZAS, JOSÉ CARLOS, SÁNCHEZ LORENZO, SIXTO A., STAMPA, GONZALO, *Principios ...*, ob. cit., pp. 104-135.

nal³⁶⁶, a través de una acción autónoma de impugnación³⁶⁷, con motivos tasados, cuyo conocimiento se atribuyó inicialmente a las Audiencias Provinciales, siendo en la actualidad competencia de las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia (73.1.c LOPJ)³⁶⁸. En un primer momento surgieron opiniones contradictorias acerca de la naturaleza jurídica de esta impugnación, favorecidas por la terminología de la LA 1988³⁶⁹; en la actualidad, incluso entre quienes hablaron inicialmente de auténtico recurso³⁷⁰, se ha generalizado la opinión de

³⁶⁶ «Los procesos de unificación internacional han intentado desde antiguo configurar la acción de anulación, instrumentada o no en un recurso, como único medio de anulación, con exclusión de los otros recursos. Tal eventualidad promovida por el Derecho convencional confiere al tribunal que lo conoce un control extrínseco sobre la validez del laudo y sobre la contrariedad de las normas de orden público, excluyendo la revisión de asuntos relativos a los hechos o derechos juzgados» (FERNÁNDEZ ROZAS, JOSÉ CARLOS, «Riesgos de la heterodoxia en el control judicial de los laudos arbitrales», Diario La Ley, número 8537, de 12 de mayo de 2015, pp. 1-9, p. 3-4, [La Ley 3266/2015]).

³⁶⁷ Siguiendo a M^a DEL CARMEN CALVO SÁNCHEZ (que a su vez adapta la formulación original de PIERO CALAMANDREI en *La casación civil*, T.II, trad. Sentís Melendo, Buenos Aires, 1945, pp. 216 y ss), por acción autónoma de impugnación entendemos el «medio independiente de obtener la variación de un estado jurídico viciado ya existente y consolidado mediante la apertura de un proceso nuevo» (*La revisión civil*, Madrid, 1977, p.64).

³⁶⁸ La vigente LA mantuvo la competencia objetiva de las Audiencias Provinciales hasta la reforma llevada a cabo por la Ley 11/2011, de 20 de mayo. En su preámbulo, justifica así la nueva atribución a las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia: «Con este propósito de impulsar el arbitraje, la presente Ley comienza por llevar a cabo una reasignación de las funciones judiciales en relación con el arbitraje, tanto las funciones de apoyo, como el conocimiento de la acción de anulación del laudo y el exequátur de laudos extranjeros, que permita dar más uniformidad al sistema mediante una «elevación» de determinadas funciones. Se trata, en concreto, de las relativas al nombramiento y remoción judicial de árbitros, el conocimiento de la acción de anulación del laudo y la competencia para conocer el exequátur de los laudos extranjeros, que ahora se atribuyen a las Salas de lo Civil y de lo Penal de los Tribunales Superiores de Justicia, manteniéndose en los Tribunales de Primera Instancia la competencia de ejecución» (II).

³⁶⁹ La LA 1988 utilizaba el término recurso (46, 47), hablaba de laudo firme (37), condición que se adquiría por el transcurso del plazo de 10 días para instar la anulación (46.2)

³⁷⁰ En este sentido, puede comprobarse la evolución de SILVIA BARONA VILAR en «El recurso de anulación del laudo arbitral», en *Revista de la Corte Española de*

que se trata de una acción autónoma de impugnación³⁷¹, en razón a lo cual, no constituye una segunda instancia ni permite, como regla general, una revisión del fondo de la decisión de los árbitros; así lo explica la exposición de motivos de la LA (VIII) y así se han pronunciado

Arbitraje, 1988-89, pp. 116 y ss. y en *Introducción al Derecho Procesal. Derecho Procesal I*, VVAA, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, p. 383.

³⁷¹ Acción impugnativa autónoma para VÍCTOR MORENO CATENA (*Derecho Procesal Civil. Parte especial*, -CORTÉS DOMÍNGUEZ, VALENTÍN coaut.-, 11^o ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, p. 370), acción de anulación para SONIA CALAZA LÓPEZ (*Introducción al Derecho Procesal*, VVAA, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, p. 382), demanda de anulación del laudo para LUIS A. CUCARELLA GALIANA (*Derecho Procesal Civil*, VVAA, 17 ed. Aranzadi, 2018, p. 71, acción de impugnación de la cosa juzgada para SILVIA BARONA VILAR (*Introducción al Derecho Procesal... ob. cit.* p. 383).

doctrina³⁷² y jurisprudencia³⁷³, por más que cierta terminología resulte, en ocasiones, algo confusa³⁷⁴.

La literalidad de la actual LA es clara y terminante, tanto al referirse a los efectos de cosa juzgada del laudo (43.1 LA), como a su

³⁷² Vid. nota anterior. Por mi parte, incluso estando en vigor la LA 1988, defendí la consideración de acción autónoma de impugnación, pues «*ni se trata de impugnar una resolución judicial por parte de un órgano jerárquicamente superior, ni consiste en una nueva fase dentro del mismo proceso; tampoco puede la Audiencia (ahora sería el TSJ) pronunciarse sobre el fondo del asunto, ni siquiera remitirlo al órgano jurisdiccional competente, limitándose a pronunciar, en su caso, un juicio rescindente; además, los motivos de impugnación son limitados y entre ellos no se contempla la infracción del ordenamiento jurídico, es decir, no puede atacarse el contenido del laudo aun cuando éste sea contrario a derecho, salvo que ello suponga vulneración del orden público*» (*Arbitraje e instituciones arbitrales*, J. M. Bosch editor, S.A., Barcelona, 1992, p. 156).

³⁷³ La doctrina del TC es constante y uniforme (SSTC 46/2020, de 15 de junio, 17/2021, de 15 de febrero, 55/2021 y 65/2021, ambas de 15 de marzo, 50/2022, de 4 de abril). A falta de pronunciamientos del TS, selecciono algunas de las sentencias más recientes de diversos Tribunales Superiores de Justicia, en tanto actualizan sus respectivas concepciones, coincidentes sustancialmente entre sí, acerca de la acción de anulación, a la vista de la doctrina del TC: STSJ Andalucía, Granada 29/2021, de 2 de diciembre [ECLI:ES:TSJAND:2021:17933], STSJ Aragón 6/2021, de 24 de marzo [ECLI:ES:TSJAR:2021:193], STSJ Castilla y León, Burgos 4/2021, de 26 de abril [ECLI:ES:TSJCL:2021:1734], STSJ Castilla-La Mancha 6/2021, de 14 de julio [ECLI:ES:TSJCLM:2021:1979], STSJ Cataluña 64/2021, de 27 de diciembre [ECLI:ES:TSJCAT:2021:11613], STSJ Comunidad Valenciana 14/2021, de 29 de noviembre [ECLI:ES:TSJCV:2021:5672], STSJ de Extremadura 1/2021, de 1 de febrero [ECLI:ES:TSJEXT:2021:231], STSJ Galicia 25/2021, de 20 de septiembre [ECLI:ES:TSJGAL:2021:5237], STSJ Islas Baleares 2/2021, de 29 de septiembre [ECLI:ES:TSJBAL:2021:825], STSJ Islas Canarias, Las Palmas 5/2021, de 20 de diciembre [ECLI:ES:TSJICAN:2021:3205], STSJ de Madrid 1/2022, de 18 de enero [ECLI:ES:TSJM:2022:97], STSJ Murcia 5/2020, de 4 de septiembre [ECLI:ES:TSJMU:2020:1805], STSJ Navarra 5/2019, de 7 de mayo [ECLI:ES:TSJNA:2019:134], STSJ País Vasco 5/2021, de 28 de septiembre [ECLI:ES:TSJPV:2021:2512]

³⁷⁴ VERÓNICA LÓPEZ YAGÜE utiliza el término recurso de anulación, pero considera el arbitraje como procedimiento de instancia única, que «únicamente admite impugnación a través del ejercicio de la acción de anulación» (*Derecho Procesal Civil. Parte especial*, (ASENCIO MELLADO, JOSÉ M.ª dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 382). VICENTE MAGRO SERVET habla de auténtico recurso, aunque resta importancia a la cuestión por considerarla meramente terminológica («Casuística práctica de la acción de anulación del laudo arbitral en la Ley 60/2003», *Diario La Ley*, N.º 6576, Sección Doctrina, 24 de octubre de 2006, [LA LEY 2952/2006], pp. 4 y 5).

carácter ejecutivo «*aun cuando contra él se haya ejercitado acción de anulación*» (45.1 LA). La firmeza se atribuye a las resoluciones judiciales firmes y, por ley, a los laudos arbitrales³⁷⁵; respecto a éstos ha desaparecido la mención a su firmeza que ha pasado a ser un atributo inherente a todos los laudos³⁷⁶, que tienen carácter ejecutivo (ejecución definitiva y no provisional) con independencia de que se inste su anulación.

2.3. Los motivos de anulación. El control limitado del laudo y la excepcionalidad del control sobre el fondo

A la vista de los motivos que permiten la anulación del laudo, resulta evidente que el legislador ha querido que la revisión sobre el fondo del asunto sea absolutamente excepcional, pues ningún motivo la justifica y únicamente la contrariedad con el orden público podría admitir cierto control.

El arbitraje tiene su origen y fundamento en la voluntariedad de las partes de someterse al mismo, de lo que, en orden a su control judicial se derivan tres consecuencias: disponibilidad de la materia, sometimiento voluntario y delimitación de las cuestiones sometidas. Solo son susceptibles de arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho (2.1 LA), siendo anulable al laudo que resuelva sobre cuestiones no arbitrables (41.1.e LA). La voluntariedad debe plasmarse en el convenio arbitral, con la forma y contenido recogidos en el artículo 9 LA; entre los motivos de control del arbitraje se incluye la inexistencia o invalidez del convenio arbitral (41.1.a LA). La voluntariedad se manifiesta también en la delimitación de las cuestiones sometidas a arbitraje, que se atribuye a las partes, debiendo los árbitros resolver dentro de los límites así fijados,

³⁷⁵ PÉREZ-CRUZ MARTÍN, AGUSTÍN JESÚS, *Derecho Procesal II. El proceso civil* (VVAA), Ediuño, 2021, p. 245.

³⁷⁶ Conforme a la LA 1988 los laudos adquirirían firmeza por el transcurso del plazo de diez días previsto para interponer la anulación (46.2 LA 1988); por el contrario, en la vigente regulación la firmeza es inherente al laudo, con independencia de su posible impugnación. No debe inducir a confusión la mención del artículo 38.1 LA al laudo *definitivo*, pues en el caso de los laudos, una vez que son definitivos, son a la vez firmes.

de manera que cualquier extralimitación también puede ser objeto de control judicial (41.1.c LA).

La eficacia que se atribuye al laudo arbitral está condicionada al cumplimiento de los requisitos exigidos por la LA en cuanto al desarrollo del procedimiento arbitral; tales exigencias son mínimas, pues nuevamente la voluntad de las partes (y las previsiones de las instituciones arbitrales) entran en juego; en todo caso, de obligado cumplimiento han de considerarse, al menos, los principios de igualdad, audiencia y contradicción (24.1 LA)³⁷⁷.

La vulneración de tales principios, cuando impida a cualquiera de las partes hacer valer sus derechos, así como el incumplimiento de otras disposiciones procedimentales, tanto voluntarias como legales (designación de árbitros, procedimiento, notificaciones, etc.), quedan sujetas a control a través de los motivos previstos en los apartados b) y d) del artículo 41.1 LA. Ahora bien, no es suficiente para justificar la nulidad cualquier incumplimiento o inobservancia, pues es necesario que revista cierta relevancia, en el sentido de afectar a las garantías procesales básicas, bien por impedir «hacer valer sus derechos» o por haber causado indefensión³⁷⁸.

Ninguno de estos motivos de anulación admite el control o revisión del contenido del laudo, como tampoco debería permitirlo el

³⁷⁷ El TC ha añadido los principios de defensa y prueba, considerando que se integran en el ámbito del orden público (SSTC sala segunda 65/2021, de 15 de marzo FJ 5, 50/2022 de 4 de abril, FJ 3).

³⁷⁸ Es muy expresiva la STSJ Andalucía, Granada, sala de lo Civil y Penal, 8/2017, de 12 de julio de 2017 [ECLI:ES:TSJAND:2017:17513], FJ 1: «*el planteamiento general de la demanda interpuesta no se adapta en absoluto a las características y exigencias de esta acción impugnativa, pues incurre en el error de enumerar supuestas deficiencias o irregularidades procesales cometidas en el procedimiento y en el laudo, sin argumentar ante esta Sala el carácter decisivo de las decisiones o vicisitudes que critica, ignorando que no puede justificar una nulidad del laudo el (supuesto) incumplimiento o inobservancia de cualesquiera reglas procesales, ya sean legales o pactadas, sino sólo las infracciones que, por afectar a las garantías procesales básicas con trascendencia constitucional (contenido básico del derecho a la tutela judicial efectiva) no permitan homologar el laudo como una resolución adoptada tras la tramitación de un proceso en condiciones suficientes de igualdad y contradicción, de modo tal que se hubiere causado indefensión en sentido material, es decir, cuando sea razonable pensar que, de no haberse producido esa quiebra, el sentido de la resolución habría sido otro distinto*».

último de los motivos previstos, la confrontación del laudo con el orden público (41.1.f LA). La realidad muestra, sin embargo, que la indefinición legal ha llevado a algunos tribunales a *caer en la tentación* de entrar a analizar el contenido del laudo a través del análisis de su adecuación o no al orden público. El más *beligerante* viene siendo, sin duda, el TSJ de Madrid, especialmente propenso a la anulación de laudos arbitrales³⁷⁹, aunque en sus resoluciones puede apreciarse el debate interno que parece existir en su seno³⁸⁰. Ha recibido duras críticas³⁸¹ y diversas sentencias recientes del TC han dado lugar a la

³⁷⁹ GARCÍA DEL RÍO, LUIS Y LARRAÑAGA YSASI-YSAMENDI, ALMUDENA “La noción de orden público a efectos de anulación de laudo”, *LA LEY mediación y arbitraje*, N° 2, Sección Jurisprudencia seleccionada [LA LEY 6543/2020], p. 1.

³⁸⁰ La unanimidad duró poco (SSTSJ Madrid, sala de lo Civil y Penal 13/2015, de 3 de febrero [ECLI:ECLI:ES:TSJM:2015:7696]; 27/2015, de 6 de abril [ECLI: ECLI:ES:TSJM:2015:4051]) y pronto llegaron los votos particulares que dan cuenta de las discrepancias entre sus magistrados (SSTSJ Madrid, sala de lo Civil y Penal, 30/2015, de 14 de abril [ECLI: ECLI:ES:TSJM:2015:4052], ponente Jesús M^a Santos Vijande y voto particular de Francisco Javier Vieira Morante; 31/2015, de 14 de abril [ECLI:ES:TSJM:2015:4054], ponente Susana Polo García y voto particular de Francisco Javier Vieira Morante; 3/2016, de 19 de enero [ECLI:ES:TSJM:2016:11915], ponente Jesús M^a Santos Vijande y voto particular de Francisco Javier Vieira Morante, 73/2016, de 28 de noviembre, [ECLI:ES:TSJM:2016:13751] ponente Francisco Javier Vieira Morante y voto particular de Jesús M^a Santos Vijande, 49/2018, de 13 de diciembre [ECLI:ES:TSJM:2018:12822], ponente Jesús M^a Santos Vijande y voto particular de Francisco Javier Vieira Morante, 16/2021, de 21 de abril [ECLI:ES:TSJM:2021:4401], ponente Celso Rodríguez Padrón y voto particular de Jesús Santos Vijande; 31/2021, de 21 de mayo [ECLI:ES:TSJM:2021:4399], ponente Francisco José Goyena Salgado y voto particular de Jesús M^a Santos Vijande, ATSJ Madrid, sala de lo Civil y Penal de 9 de septiembre de 2021 [ECLI:ES:TSJM:2021:511A], ponente Francisco José Goyena Salgado y voto particular de Jesús M^a Santos Vijande.

³⁸¹ La crítica al TSJ de Madrid se generalizó; en el *Diario La Ley*, número 8537, de 12 de mayo de 2015 se recogen los siguientes comentarios: FERNÁNDEZ ROZAS, JOSÉ CARLOS. “Riesgos de la heterodoxia...”, *trab. cit.*, VALLS, CARLOS, “Comentario a la Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Madrid número 63/2014 de 13 de noviembre”, pp. 10-13 [La Ley 3267/2015], STAMPA, GONZALO, “Comentarios a las sentencias de la Sala de lo Civil y Penal del TSJM de 28 de enero de 2015, 6 de abril de 2015 y de 16 de abril de 2015”, pp.14-19 [La Ley 3268]. Por el contrario, en especial entre los defensores y partidarios del arbitraje, no es fácil encontrar opiniones que justifiquen el control judicial sobre el fondo de los laudos, aunque sea con carácter excepcional;

obligada revisión de sus pronunciamientos anulatorios, si bien, alguno de sus magistrados da muestras de numantina resistencia con sus votos particulares, quizá más discrepantes y críticos con la doctrina del TC que con la decisión mayoritaria de sus compañeros de sala³⁸².

La adecuación a la Constitución de un modelo de control limitado, como el previsto en la LA, ha sido puesta en relación con la voluntariedad inherente al arbitraje, de manera que en palabras del TC «no cabe duda de que una mera revisión formal sólo puede ser compatible con las exigencias del artículo 24 CE cuando la decisión arbitral es consecuencia de un verdadero y real convenio arbitral, entendido éste como la manifestación expresa de la voluntad de ambas partes de someterse a él y en consecuencia al laudo que se obtenga» (STC pleno 1/2018, de 11 de enero FJ 4).

Superada cualquier duda de constitucionalidad acerca del modelo de control judicial limitado sobre el arbitraje, el TC se ha visto obligado a aclarar cuál es el ámbito en el que debe desarrollarse tal control. En este sentido, ha dicho que «si bien la acción de anulación es el mecanismo de control judicial previsto en la legislación arbitral para garantizar que el procedimiento arbitral se ajuste a lo establecido en sus normas, tal control tiene un contenido muy limitado y no permite una revisión del fondo de la cuestión decidida por el árbitro, ni debe ser considerada como una segunda instancia, pudiendo fundarse exclusivamente en las causas tasadas establecidas en la ley, sin

menciono por ello a RAMÓN C. PELAYO («El concepto de «orden público» y la anulación de laudos arbitrales», *Diario La Ley*, N° 8568, Sección Tribuna, 24 de Junio de 2015 [La Ley 4290/2015]), aislado defensor de la interpretación del TSJ de Madrid sobre la extensión del concepto de orden público. A la vista de las posteriores sentencias del TC, su *confianza* en el mantenimiento de tal *acertada* doctrina no se ha visto respaldada.

³⁸² Muestra de ello son los votos particulares que formula el magistrado Santos Vijande al ATSJ sala civil y penal 7/2021, de 13 de abril [ECLI:ES:TSJM:2021:193A], a la STSJ Madrid sala civil y penal 16/2021, de 21 de abril [ECLI:ES:TSJM:2021:4401] y a la STSJ Madrid sala civil y penal 31/2021, de 21 de mayo [ECLI:ES:TSJM:2021:4399]. Vid. MARTÍNEZ LAGE, SANTIAGO, «Tres resoluciones del Tribunal Superior de Justicia de Madrid desestimatorias de acciones de anulación de laudos, que traen causa de tres sentencias del Tribunal Constitucional de 2020 y 2021 que anularon sendas resoluciones de aquel Tribunal recurridas en amparo», *La Ley Mediación y Arbitraje*, n° 8, sección crónica de jurisprudencia, [La Ley 9543/2021], pp. 8 y 12.

que ninguna de ellas –tampoco la relativa al orden público– pueda ser interpretada de modo que subvierta esta limitación» (STC sala primera 17/2021, de 15 de febrero, FJ 2°). A pesar de la claridad con que el TC se ha pronunciado, el TSJ de Madrid ha aprovechado el desafortunado resquicio que deja la exposición de motivos de la LA³⁸³, pero sobre todo una inadecuada interpretación del artículo 24.1 CE³⁸⁴ y la indeterminación que presenta el orden público (habitualmente relacionados entre sí), para abrir la puerta a la revisión del contenido del laudo.

2.4. La distinta relevancia de los motivos. Manifestaciones del principio de oficialidad

En lo que se refiere a los motivos de anulación, la LA hace una clara distinción entre aquellos que el tribunal que conozca de la acción de anulación puede apreciar de oficio o a instancia del MF (apartados b, e y f del artículo 41.1 LA) y aquellos otros que solo pueden ser alegados por alguna de las partes. Aunque la iniciativa para solicitar la anulación del laudo corresponde, en todo caso, a quienes hayan sido parte en el arbitraje, una vez iniciado el procedimiento, respecto

³⁸³ «Los motivos de anulación del laudo han de ser tasados y no han de permitir, como regla general, una revisión del fondo de la decisión de los árbitros» (EM VIII). Esa mención de la exposición de motivos es expresamente recogida y destacada en negrita en diversas resoluciones (vid. por todas STSJ Madrid sala civil y penal 17/2017, de 7 de marzo [ECLI:ES:TSJM:2017:2499]).

³⁸⁴ A partir de la expresión equivalente jurisdiccional utilizada por el TC para referirse al arbitraje, el TSJ de Madrid, ha considerado que «aunque en el arbitraje no se desarrolle una potestad estatal, como en el caso de la jurisdicción, ciertos principios y garantías del ejercicio de la función jurisdiccional han de ser respetados en el proceso arbitral, y máxime cuando se repara en la circunstancia de que los laudos, una vez firmes, tienen eficacia de cosa juzgada material y constituyen un título ejecutivo asimilado a una sentencia (art. 43 LA y 517.2.2° LEC)» (STSJ Madrid, sala civil y penal, 33/2017, de 4 de mayo [ECLI:ES:TSJM:2017:4765]). Entre tales principios y garantías con los que ha justificado la anulación, el TSJ de Madrid ha incluido el principio de igualdad (en la citada sentencia), la congruencia (STSJ Madrid sala civil y penal, 36/2019, de 1 de octubre [ECLI:ES:TSJM:2019:9201]), la necesidad de motivación y la razonabilidad de la misma (STSJ Madrid sala civil y penal, 1/2018, de 8 de enero [ECLI:ES:TSJM:2018:46]).

a los mencionados motivos entra en juego el principio de oficialidad admitiendo que el tribunal puede apreciar de oficio o a instancia del MF si concurre alguno ellos. Este control de oficio o a instancia del MF se prevé en los supuestos en que se haya omitido alguna actuación o vulnerado alguna norma que haya impedido a alguna de las partes hacer valer sus derechos (b), cuando la materia no sea arbitrable (e) y cuando el laudo sea contrario al orden público (f). La justificación en los supuestos e y f descansa en el carácter imperativo de las normas, cuyo control no es aconsejable dejarlo exclusivamente en manos de las partes. Respecto al apartado b, conviene aclarar que no cabe apreciar de oficio la vulneración de alguna norma de carácter dispositivo, pues, en tal caso, de no haberla denunciado el afectado dentro del plazo previsto para ello o, en su defecto, tan pronto como le sea posible, entraría en juego la renuncia tácita a las facultades de impugnación (6 LA), razón por la que ha de excluirse la posibilidad de control de oficio o a instancia del MF.

Esta manifestación del principio de oficialidad ha permitido al TSJ de Madrid *olvidar* el poder de disposición de las partes sobre el proceso de anulación por considerar que la nulidad o la validez de un laudo, una vez suscitada ante el Tribunal competente, no es materia disponible, negando su eficacia cuando sean alegados motivos apreciables de oficio³⁸⁵, sin tener en cuenta la renuncia tácita a las facultades de impugnación³⁸⁶. Los puestos planteados lo han sido con fundamentación diversa; mayoritariamente se ha optado por la solicitud de archivo conjunta de demandante y demandado, aunque en algún supuesto ha sido a través del allanamiento del demandado. En este singular supuesto, el TSJ de Madrid consideró que la nulidad de un laudo solo puede ser declarada por el órgano judicial competente y a través del correspondiente proceso regulado al efecto, sin que pueda depender, en ningún caso, de la voluntad del demandado; en definitiva, «la anulación de un laudo no es susceptible de allanamiento propiamente dicho, esto es, de decisión de las partes que vincule al Tribunal al margen de la apreciación de si concurre y resulta probada una

³⁸⁵ El TSJ de Madrid no admite ni el allanamiento ni la transacción sobre la validez del laudo desde su sentencia 65/2015, de 17 de septiembre [ECLI:ES:TSJM:2015:10504] FJ Primero bis.

³⁸⁶ ATSJ Madrid, sala civil y penal, de 4 de abril de 2017 [ECLI:ES:TSJM:2017:99A].

*-o varias- de las causas a las que la Ley anuda la consecuencia de la anulación»*³⁸⁷. Tal argumento es intachable, al contrario que el voto particular, pues el allanamiento es una declaración de voluntad del demandado admitiendo las pretensiones formuladas por el demandante con la intención de poner fin al proceso; en este caso, se trata de una pretensión anulatoria del laudo, algo que no depende de la voluntad de las partes. Cuestión distinta es plantear el archivo de la anulación de manera conjunta por ambas partes o, incluso, únicamente por el demandante. En el primer caso, desaparece el interés legítimo en obtener la tutela pretendida (la anulación del laudo), siendo irrelevante el porqué (satisfacción extraprocesal –será lo habitual– o cualquier otra causa, 22 LEC); en el segundo caso, se trata de una declaración unilateral del demandante a través de la cual abandona en proceso iniciado (20.2 LEC)³⁸⁸. La anulación del laudo solo cabe a iniciativa de quienes han sido parte en el arbitraje y, de manera excepcional, de quienes acrediten un interés directo³⁸⁹; parece razonable que quienes tienen la exclusiva facultad de instar la anulación, puedan abandonar tal proceso en los términos expuestos, sin que la eventual existencia de alguno de los motivos que permiten el control de oficio permita al TSJ acordar la continuación del proceso de anulación.

Así lo ha entendido el TC para quien limitar la facultad de disposición de las partes sobre el proceso de anulación del laudo arbitral constituye una «interpretación extensiva e injustificada del concepto de orden público contenido en el art. 41.1.f LA» que «subvierte el sentido del proceso civil y niega los principios en que se basa, en concreto, el principio dispositivo o de justicia rogada» (SSTC sala primera 46/2021, de 15 de junio, y sala segunda 55/2021, de 15 de marzo). Comparto el criterio del TC, pero no su argumentación, porque entiendo que cae en una clara contradicción. El TC dice «hemos de afirmar que ha sido, de nuevo, una interpretación extensiva e

³⁸⁷ STSJ Madrid sala civil penal 13/2016, de 9 de febrero [ECLI:ES:TSJM:2016:1532] FJ Segundo

³⁸⁸ Incluso debería admitirse el desistimiento tácito en caso de incomparecencia (442 LEC).

³⁸⁹ También aquí existen discrepancias en el seno del TSJ de Madrid, pues en su voto particular en la STSJ Madrid 73/2016, de 28 de noviembre [ECLI:ES:TSJM:2016:13751], el magistrado Santos Vijande sostiene que basta la existencia de interés legítimo.

injustificada del concepto de orden público contenido en el art. 41.1 f) LA, realizada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, la que ha impedido a los recurrentes ejercer su derecho de disposición sobre el objeto del proceso de anulación del laudo arbitral»; añade más adelante que «las decisiones recurridas [...] parten del error de entender que la voluntad de las partes se dirigía a disponer del objeto del procedimiento de anulación (que se integra por las causas de nulidad invocadas), del cual las partes no pueden disponer libremente cuando está presente un elemento de orden público —lo cual es un argumento correcto—», para concluir que «resulta obvio que la pretensión era la de manifestar a la sala su ausencia de interés en proseguir con el litigio, al haber obtenido un acuerdo sobre las obligaciones patrimoniales reconocidas en el laudo, cuyo carácter de derecho privado patrimonial no se discute y de ahí su petición de archivo del proceso». En síntesis, el TC dice que se ha limitado el ejercicio del derecho de disposición sobre el proceso de anulación, pero la voluntad no se dirigía a disponer del objeto del procedimiento de anulación, sino sobre las obligaciones patrimoniales reconocidas en el laudo.

Creo que el TC desenfoca la cuestión al trasladar la facultad de disposición del procedimiento de anulación hacia el fondo de la controversia (obligaciones patrimoniales reconocidas en el laudo), quizá para eludir entrar en el orden público. Siendo la tutela pretendida la anulación del laudo, el propio TC considera incontrovertible que la justificación del procedimiento de anulación, es decir, el interés legítimo del artículo 22.1 LEC, es la voluntad de evitar la ejecución del laudo y de obtener su revocación³⁹⁰; al desaparecer éste interés legítimo (esta justificación), el LAJ debe decretar la terminación del proceso, siendo irrelevante que la pérdida de interés sea por satisfacción extraprocesal o por cualquier otra causa; sencillamente, las partes no

³⁹⁰ Se arroga así la capacidad de adentrarse en los entresijos de la motivación de la conducta de los litigantes, olvidando que no es infrecuente que los instrumentos procesales se utilicen desvirtuando la finalidad para la que están previstos (las *querellas coactivas* son un claro ejemplo). Posiblemente haya casos en que la anulación de un laudo se inste como mera estrategia procesal como *sugestiva* motivación de cara a alcanzar posibles acuerdos para su ejecución.

quieren seguir con el proceso de anulación y ninguna explicación han de dar al respecto.

Por otro lado, aunque ambas sentencias (46/2020 y 55/2021) son coincidentes en su doctrina esencial, no se pueden obviar algunas circunstancias que les confieren singularidad. Así, en la primera, el TC abre una discutible vía al admitir la limitación al ejercicio del poder de disposición de las partes por «basarse la petición de anulación en que el objeto del laudo regula una materia que no era susceptible de ser sometida a arbitraje por afectar al orden público». Aparte de que tendría encaje en el apartado e y no f del 41.1 LA, lo que más llama la atención es que la segunda sentencia omite este argumento, posiblemente por que complicará mucho el fallo, dado que la sentencia anulada planteaba la existencia de normas imperativas cuya inaplicación vulneraría el orden público.

2.5. La adecuada interpretación de la expresión «equivalente jurisdiccional»

De la mano del magistrado VICENTE GIMENO SENDRA, desde la STC pleno 62/1991, de 22 de marzo³⁹¹, el TC viene utilizando la expresión *equivalente jurisdiccional* para referirse al arbitraje. En dicha sentencia, sirvió como argumento para justificar la inconstitucionalidad de algunos artículos del Estatuto Gallego del Consumidor y Usuario por entender que «siendo el arbitraje un equivalente jurisdiccional, mediante el cual las partes pueden obtener los mismos objetivos que con la jurisdicción civil (esto es, la obtención de una decisión que ponga fin al conflicto con todos los efectos de la cosa juzgada), es evidente que la creación de órganos de naturaleza arbitral y el establecimiento de dicho procedimiento heterocompositivo es materia propia de la legislación procesal civil, relacionada, en cuanto a los efectos del laudo arbitral y al sistema de recursos, con la Ad-

³⁹¹ La mencionada sentencia resolvió el recurso de inconstitucionalidad 376/85 y el conflicto de competencia 763/85, promovidos por el Gobierno de la Nación contra diversos artículos de, respectivamente, la Ley del Parlamento de Galicia 12/19847 de 28 de diciembre, del Estatuto Gallego del Consumidor y Usuario, y el Decreto de la Consejería de Sanidad y Consumo de la Junta de Galicia 37/1985, de 7 de marzo, de creación de la Comisión Consultiva de Consumo.

ministración de Justicia». Fácil es apreciar que la equivalencia venía referida exclusivamente a los resultados del proceso y del arbitraje (cosa juzgada y ejecutividad).

La expresión se generalizó y recibió una favorable acogida pues sirvió en buena medida para que el arbitraje soltase lastre y se liberase de recelos derivados de la legislación anterior³⁹²; con el paso de los años, su sentido primigenio se fue ampliando hacia una equivalencia próxima a la equiparación, favoreciendo la aplicación de los principios jurisdiccionales al arbitraje, trasladándole unas exigencias procesales legalmente inexistentes, extendiendo el control judicial al cumplimiento de las mismas.

Hasta tal punto ello ha sido así que en el seno del propio TC comienza a cuestionarse la utilización de la expresión, creo que más como reacción ante las indeseadas consecuencias que ha originado que como superación o abandono de la otrora exitosa equivalencia. Esta línea se apunta en el voto particular que formuló el magistrado Xiol Ríos a la STC 1/2018 pleno, de 11 de enero³⁹³, que trasladó como ponente a la STC sala segunda 65/2021, de 15 de marzo, en la que de forma rotunda se advierte que «extender la idea del arbitraje como equivalente jurisdiccional más allá de su equivalencia en cuanto

³⁹² Como ha reconocido BERNARDO CREMADES, el término equivalente jurisdiccional recibió inicialmente un entusiasta apoyo del mundo arbitral: «La regulación del arbitraje partía de la vieja ley franquista de 1953 dictada en un momento institucional basado en el monopolio jurisdiccional del Estado, con las correspondientes reservas frente al arbitraje que se consideraba como fórmula privada de solución de conflictos en competencia desleal con la jurisdicción del Estado» (CREMADES, BERNARDO M., «El arbitraje, ¿equivalente jurisdiccional?» en *El arbitraje y la buena administración ... ob. cit.*, pp. 43-50, p. 44).

³⁹³ «Es cierto que inicialmente la doctrina constitucional explicó su naturaleza como "equivalente jurisdiccional" (SSTC 43/1988, 233/1988, 288/1993, 176/1996), pero posteriormente tan desafortunada expresión se ha ido matizando gracias a una jurisprudencia constitucional que ha ido evolucionando hacia una doctrina mixta, en la que, como elemento esencial, se subraya la naturaleza contractual del arbitraje en sus orígenes; y, como lógica consecuencia, se admite el carácter jurisdiccional en sus efectos. El fundamento del arbitraje radica, pues, en la voluntad de las partes, si bien para su efectividad requiere de la asistencia judicial, dado que no tendría sentido un mecanismo de resolución de conflictos cuyas decisiones no tuvieran carácter ejecutivo o carecieran del valor de cosa juzgada y no pudieran invocarse con tal carácter ante los poderes públicos y ante los tribunales» (voto particular de Xiol Ríos en la STC 1/2018, de 11 de enero).

a sus efectos, es decir, a la cosa juzgada y a su ejecutividad, es tanto como hablar de identidad entre resoluciones judiciales y arbitrales. Esta afirmación es inaceptable, pues ambos tipos de resolución de conflictos descansan sobre preceptos constitucionales distintos».

En mi opinión, que la formulación inicial se haya desvirtuado, utilizándose como argumento para justificar un exacerbado control judicial, no descalifica la equivalencia tal y como fue planteada por Gimeno Sendra. Esa desafortunada interpretación a la que se refiere García Torres como infortunios del *equivalente jurisdiccional*³⁹⁴, a punto ha estado de causar un serio deterioro en la línea de flotación del arbitraje. Parece que, de momento, el TC ha reconducido la situación sentando, además, una importante doctrina en relación al entronque constitucional del arbitraje, que se desliga del artículo 24 CE, en tanto «*el procedimiento arbitral no se puede ver sometido a las exigencias propias del derecho a la tutela judicial, puesto que no es un procedimiento judicial*», relacionándose con el artículo 10 CE, porque «*cuando las partes de una controversia, en ejercicio de la autonomía de la libertad, deciden acudir al procedimiento arbitral, eligen sustraerse de las normas que rigen el procedimiento judicial y también, claro está, al enjuiciamiento y valoración de los órganos judiciales, a quienes desde ese momento les está vedado el conocimiento del asunto*» (STC sala segunda 65/2021, de 15 de marzo, FJ 5).

Parece que, a partir de ahora, el arbitraje como equivalente jurisdiccional no podrá utilizarse como argumento para *jurisdiccionalizar* el arbitraje.

³⁹⁴ «...el giro equivalente jurisdiccional no merece censura cuando se usa correctamente como lo hace el Tribunal Constitucional. Pero sí la merece si se abusa de él para aplicar indebidamente al laudo un tipo de test constitucional impropio como, desgraciadamente, vienen haciendo ciertas Salas de lo Civil y lo Penal de algunos Tribunales Superiores de Justicia, y señaladamente la del TSJ de Madrid» (GARCÍA TORRES, JESÚS, «Paradojas constitucionales ...», *trab. cit.*, p. 68).

2.6. El riesgo (cierto) de que el orden público se convierta en subterfugio para acceder al control sobre el contenido (fondo) del laudo

Entre riesgo y certeza, quizá la realidad se inclina hacia la segunda; el orden público se ha convertido en la vía utilizada para acceder al control del contenido del laudo³⁹⁵. Es el motivo *estrella* de anulación y, por más que el TC haya asumido un rol *pro* arbitraje, a esta realidad hemos de sumar otros dos riesgos: la extensión del ámbito del orden público hasta alcanzar una amplitud que, al menos, no es deseada por el legislador y no es buscada por quien selecciona el arbitraje como método para resolver sus diferencias; la más que previsible irrupción del TJUE en el asunto si, como parece avecinarse, tarde o temprano se plantea alguna cuestión prejudicial.

La delimitación extensiva del orden público es recurrente en las resoluciones del TSJ de Madrid, para lo cual utiliza la traslación de las garantías del artículo 24 CE al arbitraje (control sobre la motivación), la integración en el orden público de diversos principios y normas de obligado cumplimiento (buena fe en la contratación, interdicción del enriquecimiento injusto) o la existencia de normas imperativas en ámbitos jurídicos afectados por políticas legislativas de protección, tanto internas como de la UE (consumidores, derecho de la competencia, propiedad industrial).

La reciente STC sala segunda 50/2022, de 4 de abril, refiriéndose a su consolidada doctrina, distingue entre orden público material³⁹⁶ y

³⁹⁵ Sobre el orden público en el arbitraje: BARONA VILAR, SILVIA, *Comentarios a la Ley de Arbitraje (Ley 60/2003, de 23 de diciembre)* (VVAA), Civitas, Madrid, 2004, pp. 1425-1435; HINOJOSA SEGOVIA, RAFAEL, *Comentario a la Ley de Arbitraje* (VVAA), Marcial Pons, Madrid, 2006, pp. 548-553; REMÓN PEÑALVER, JESÚS, "Sobre la anulación del laudo: el marco general y algunos problemas", *Revista InDret*, n.º 3/2007, pp. 15-18; PELAYO, RAMÓN C., "El concepto de «orden público» ...", trab. cit. GARCÍA DEL RÍO, LUIS Y LARRAÑAGA YSASI-YSAMENDI, ALAMUDENA, "La noción de orden público...", trab. cit. NAVARRO GIMÉNEZ, SEGUIMUNDO, "Referencias al orden público en derecho comparado", *Diario La Ley*, número 8537, 12 de mayo de 2015, pp. 20-24, [La Ley 3269/2015]; NADAL, SANTIAGO, "Límites al «orden público», como excusa para anular un arbitraje", *Diario La Ley*, número 10076, 25 de mayo de 2022.

³⁹⁶ Como «conjunto de principios públicos, privados, políticos, morales y económicos, que son absolutamente obligatorios para la conservación de la sociedad en un pueblo y en una época determinada»

orden público procesal³⁹⁷, agrupa en ambos «los derechos fundamentales y libertades garantizados por la Constitución, así como otros principios esenciales indisponibles para el legislador por exigencia constitucional o de la aplicación de principios admitidos internacionalmente». A partir de ahí, su criterio inicial a la hora de concretar cuáles son tales principios va restringiéndose; quizá cabe pensar que como respuesta frente a interpretaciones excesivamente amplias y con plena conciencia acerca de «los riesgos de desbordamiento del concepto de orden público como causa de anulación de los laudos arbitrales (art. 41.1.f LA) y de la necesidad de llevar a cabo una interpretación restrictiva del mismo, so pena de vulnerar la autonomía de la voluntad de las partes (art. 10 CE) y su renuncia puntual a la tutela jurisdiccional». Así, la STC sala primera 17/2021, de 15 de febrero, incluyó como objeto de la acción de anulación el control sobre posibles vulneraciones del derecho de defensa, igualdad, bilateralidad, contradicción y prueba, la ausencia de motivación o la incongruencia del laudo, así como la infracción de normas legales imperativas o la vulneración de la intangibilidad de una resolución firme anterior; apenas mes y medio después, la STC sala segunda 65/2021, de 15 de marzo, restringe al ámbito del control judicial al excluir al árbitro del cumplimiento de los deberes y garantías del artículo 24 CE³⁹⁸, con lo que el deber de motivación pasa a ser una obligación de legalidad ordinaria (37.4 LA) que no está garantizada constitucionalmente; en definitiva, «el órgano judicial que tiene atribuida la facultad de control del laudo arbitral, como resultado del ejercicio de una acción extraordinaria de anulación, no puede examinar la idoneidad, suficiencia o la adecuación de la motivación, sino únicamente comprobar su existencia, porque, salvo que las partes hubieren pactado unas determinadas exigencias o un contenido específico respecto a la motivación, su in-

³⁹⁷ Como «conjunto de formalidades y principios necesarios de nuestro ordenamiento jurídico procesal».

³⁹⁸ Esta separación ya fue apuntada con anterioridad, pero para justificar la exclusión del recurso de amparo frente al laudo. Lo explica con detalle la STSJ de Madrid, sala civil y penal 4/2020, de 8 de enero [ECLI:ES:TSJM:2020:1469]; su argumentación, no obstante, decae con los más recientes pronunciamientos del TC, referidos expresamente al ámbito de control judicial sobre el laudo (STC sala segunda 65/2021, de 15 de marzo, FJ 4 y 5 y STC sala segunda 50/2022, de 4 de abril, FJ 3).

suficiencia o inadecuación, el alcance o la suficiencia de la motivación no puede desprenderse de la voluntad de las partes (art. 10 CE)».

La otra vía seguida para la extensión del orden público se relaciona con la ampliación de las materias arbitrables, de manera que al admitir el arbitraje en ámbitos jurídicos en los que existen normas de carácter imperativo, se corre el riesgo de que se pretenda controlar su aplicación³⁹⁹. Que una materia sea susceptible de arbitraje no excluye que en la misma existan normas de obligado cumplimiento, tanto de carácter interno como derivadas del derecho de la UE; ejemplos de ello podemos encontrar en materia de consumidores, de defensa de la competencia o de propiedad industrial. En este ámbito, aun hemos de esperar para conocer el criterio del TC, pues no se ha pronunciado de forma directa y, como ya he indicado, de las sentencias 46/2020 y 55/2021 que abordan la cuestión de forma indirecta, no puede deducirse un criterio claro.

En todo caso, con independencia de la delimitación del ámbito del orden público, sea esta restrictiva o extensa, de considerar que la vulneración de normas de carácter imperativo incida directamente en el orden público (como ha propuesto el TSJ de Madrid), el control posterior por el TC estaría muy limitado, pues tratándose de cuestiones de legalidad ordinaria debería evitar entrar en su análisis. Ello sirve de argumento en favor de la implantación de un recurso en interés de ley (vid. infra 3).

³⁹⁹ Así lo advierte JOSÉ CARLOS FERNÁNDEZ ROZAS ("Ámbito de actuación y límites del juicio de árbitros tras la Ley 60/2003, de Arbitraje", en *La Nueva Ley de Arbitraje, Estudios de Derecho Judicial*, 102-2006, CGPJ, 2007, pp. 80 y 81), haciéndose eco de ello la STSJ Madrid sala Civil y Penal 3/2016, de 19 de enero (ponente Santos Vijande) [ECLI:ES:TSJM:2016:11915]. GARCÍA DEL RÍO, LUIS. Y LARRAÑAGA YSASI-YSAMENDI, ALMUDENA. sostienen que el camino seguido es el contrario: «En nuestra opinión, y sin perjuicio de ámbitos como el del arbitraje estatutario –que no deja de pertenecer estrictamente al ámbito mercantil– o de los intentos muy discutibles en el ámbito estrictamente jurídico-público, no estamos tanto ante un proceso de extensión del arbitraje a ámbitos que no le son propios, como a la creciente intervención y presencia de normativa de derecho necesario en sectores tradicionalmente reservados a la autonomía de la voluntad de las partes». ("La noción de orden público ...", trab. cit. p. 6).

Así las cosas, no parece que el TSJ de Madrid vaya a aquietarse de forma pacífica, al menos alguno de sus magistrados. El obligado acatamiento de las sentencias del TC le ha forzado a *deshacer lo hecho*, aunque dejando constancia de significativas disconformidades. Así ha sucedido con el ATSJ Madrid sala Civil y Penal 7/2021, de 13 de abril [ECLI:ES:TSJM:2021:193A] (tras la STC 55/2021), con la STSJ Madrid sala Civil y Penal 31/2021, de 21 de mayo [ECLI:ES:TSJM:2021:4399] (tras la STC 17/2021) y con la STSJ Madrid sala Civil y Penal 16/2021, de 21 de abril [ECLI:ES:TSJM:2021:4401] (tras la STC 65/2021). Las discrepancias internas son manifiestas y las tres resoluciones incluyen extensos votos particulares del mismo magistrado⁴⁰⁰; de ellos, quizá el más relevante sea el formulado al Auto 7/2021 por cuanto sostiene que debería haberse planteado cuestión prejudicial al TJUE⁴⁰¹. De prosperar esta opinión, teniendo en cuenta cómo se las gasta el TJUE respecto a los principios procesales, no puedo ocultar cierta preocupación⁴⁰². La reciente STSJ de Madrid sala civil y penal 11/2022, de

⁴⁰⁰ Por utilizar un término procesal, el magistrado Santos Vijande se muestra contumaz y, aparte de reiterar los argumentos de las sentencias anuladas por el TC en las que participó, reconoce no haber acertado a expresar plenamente las razones por las que el laudo debería haber sido anulado (voto particular a STSJ Madrid 16/2021) y no haber aducido todas las razones para tal anulación, discrepando consigo mismo al rechazar lo que con anterioridad había admitido (voto particular a STSJ Madrid 31/2021). Referencia detallada puede verse en MARTÍNEZ LAGE, SANTIAGO, "Tres resoluciones del Tribunal Superior de Justicia de Madrid...", trab. cit.

⁴⁰¹ El contenido propuesto sería: 1) ¿El art. 101 TFUE y el Reglamento 330/2010, de 20 de abril, de la Comisión, deben ser interpretados en el sentido de que, pendiente un proceso de anulación de un Laudo por infracción de dichas normas de orden público de la Unión, el Tribunal nacional ha de poder pronunciarse sobre esa eventual infracción del orden público, pese al desistimiento bilateral de las partes? 2) ¿Existe un interés general prevalente sobre la voluntad de las partes en abandonar el proceso de anulación cuando está en juego la observancia de normas imperativas del Derecho de la Unión sobre una de sus Libertades Fundamentales -la libre competencia-, de modo que, en exégesis de conformidad con el Derecho de la Unión, el Tribunal Nacional haya de aplicar la norma que le habilita para preservar el orden público de la Unión, cual es, en el caso, el art. 41.2 de la Ley de Arbitraje?

⁴⁰² Baso mi inquietud en la facilidad con que el TJUE ataca principios e instituciones procesales de carácter secular, piedras basales del Sistema Procesal (ROCA MARTÍNEZ, JOSÉ M., "¿Acabará el TJUE con el Sistema Procesal español?", *Diario La Ley*, N° 9824, Sección Tribuna, 7 de Abril de 2021; "Varapalo del

24 de marzo [ECLI:ES:TSJM:2022:3549] (en la que no ha intervenido el *díscolo* magistrado), asume sin fisuras la doctrina del TC y queda ahora avizorar si la tendencia se consolida.

3. LA POSIBLE (ACONSEJABLE) ACTUALIZACIÓN DEL MODELO

Según se ha visto, el modelo actual ofrece un control judicial sobre el arbitraje que plantea problemas en la práctica a la hora de delimitar su ámbito. Aunque es aconsejable una solución legal, no parece probable, quizá por las dificultades con las que se encontraría el legislador.

La solución está viniendo de la mano del TC por la vía del recurso de amparo, a través del cual han llegado al TC asuntos sobre arbitraje que le han permitido ir fijando su criterio sobre el ámbito del control judicial sobre el mismo. La realidad es que, con su doctrina, el TC va *parcheando* la situación como puede, dando respuesta puntual a los casos concretos que le llegan, pero sin generalizar criterios claros de interpretación, en especial respecto al orden público⁴⁰³. Debemos valorar si es ésta la función del TC o si, sencillamente, está supliendo deficiencias del sistema.

Entiendo, sin ninguna duda, que el TC está llevando a cabo una función que no le corresponde, haciendo auténticos malabarismos

Tribunal de Justicia de la Unión Europea a la cosa juzgada cuando de proteger consumidores se trata”, en *Una contribución a la europeización de la ciencia jurídica: estudios sobre la Unión Europea*, Civitas-Thomson Reuters, 2019, pp. 425-449; “Cosa juzgada y exhaustividad de alegaciones como límite al acceso a la Justicia según el TJUE y el TC”, en *El acceso a la Justicia*, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 495-514.

⁴⁰³ «...la jurisprudencia del TC acerca de las infracciones al orden público que pueden dar lugar a la anulación de un laudo (47), pese a los notables y bienvenidos avances de sus últimas cuatro sentencias sobre esta materia, necesita todavía terminar de ser perfilada, particularmente en lo tocante a las infracciones de normas sustantivas de orden público (o, lo que es lo mismo, el orden público material, como distinto del orden público procesal)» (MARTÍNEZ LAGE, SANTIAGO, “Tres resoluciones del Tribunal Superior de Justicia de Madrid...”, *trab. cit.* p. 12.

para, sin entrar a abordar cuestiones de legalidad ordinaria, cuyo conocimiento no le corresponde, poder corregir las extralimitaciones en que han incurrido algunos Tribunales Superiores de Justicia, con manifestación especial en el seno de la Comunidad de Madrid que, con una insistencia poco comprensible, no solo accede con cierta facilidad a la anulación de laudos, sino que cuestiona la doctrina del TC, dejando entrever la previsible entrada en juego del TJUE⁴⁰⁴. Vaya por delante que nada cabe objetar a la discrepancia, sobre todo cuando va unida a un esfuerzo argumentativo encomiable y meritorio. Lo que me planteo es si resulta conveniente mantener el sistema o si es posible actualizar el modelo de control judicial sobre el arbitraje. En mi opinión no solo es posible, sino aconsejable.

La simple lectura la CE debería ser suficiente para apreciar la patológica situación que se está produciendo. Su artículo 123.1 atribuye al TS la condición de «órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes, salvo lo dispuesto en materia de garantías constitucionales»; la regulación del arbitraje, sin embargo, sustrae al TS la posibilidad de pronunciarse sobre cuestiones arbitrales, siendo sustituido en la práctica por el TC quien, a través del recurso de amparo, está supliendo las carencias del sistema.

Planteamientos idílicos acerca del entorno amistoso en que se desenvuelve el arbitraje, caracterizado por un mayor grado de cumplimiento de los laudos, se ven claramente superados por la práctica, al menos en lo que se refiere al arbitraje interno, de manera que cada vez es más habitual que quien no ve satisfechas sus pretensiones no se aquiete e impugne el laudo a través del ejercicio de la acción de anulación⁴⁰⁵. Se asume como intencionalidad de las partes «sustraer de la jurisdicción la resolución de sus posibles controversias», de manera que cuando de manera libre, expresa y voluntaria se someten a un arbitraje, lo hacen a su regulación y, por tanto, conscientes del control limitado que la LA prevé. Tal planteamiento puede aceptarse

⁴⁰⁴ En honor a la justicia, la identificación de las ponencias y el sentido de los votos particulares permite singularizar esa beligerancia en el magistrado Santos Vijande.

⁴⁰⁵ La confidencialidad en que se mueve el arbitraje dificulta el acceso a estadísticas fiables. En la base de datos del CGPJ se puede acceder al número de anulaciones de laudos ingresadas, siendo durante el periodo 2017-21 de 670.

como aspiración, aunque sea más una muestra de *buenismo*, porque quien considera que el laudo perjudica sus intereses, busca todo tipo de argumentos para lograr una revisión completa del mismo, incluido el control sobre el fondo del asunto que inicialmente pretendía evitar. La genérica e imprecisa configuración de los motivos de impugnación del laudo y cierto beneplácito de algunos magistrados han permitido anulaciones a partir de una cuestionable interpretación del orden público; la atribución de la anulación a los TTSSJJ y su configuración como un proceso de instancia única, sin ulterior recurso (42.2 LA), ha supuesto que la única opción de control sobre esa interpretación sea el recurso de amparo ante el TC.

La situación, por tanto, es la siguiente: los laudos se impugnan, el ámbito del control judicial admite diversidad de interpretaciones, la competencia de los TTSSJJ conlleva ausencia de uniformidad y entre las funciones del TC no está unificar la interpretación de la legislación ordinaria. Para el arbitraje no resulta aconsejable ni alterar la atribución competencial en favor del TS ni la introducción de nuevas instancias. Ambas soluciones supondrían una dilación fatal para el arbitraje que, probablemente, no se vería compensada por los beneficios que reportaría la unificación jurisprudencial. Ahora bien, tampoco me parece aconsejable renunciar a esa unificación y devolver al TS su condición de «órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes». Ya sea con exclusiva función nomofiláctica, como recurso en interés de ley, ya sea añadiendo una función revisora, a imagen del recurso de unificación de doctrina laboral. Me parece imprescindible que sea el TS y no el TC el que asuma el control de la actuación de los TTSSJJ.

4. LA RENUNCIA A LA ANULACIÓN DEL LAUDO

Aun desde planteamientos monistas propios de sistemas unitarios, como el español⁴⁰⁶, resulta difícil sustraer al arbitraje internacional de ciertas particularidades que le reportan una singularidad propia, derivada en gran medida de la doble circunstancia de que no coexiste

⁴⁰⁶ FERNÁNDEZ ROZAS, JOSÉ CARLOS, SÁNCHEZ LORENZO, SIXTO A., STAMPA, GONZALO, *Principios...*, ob. cit. p. 135.

con una jurisdicción nacional y al habitual recelo de las partes a someterse al control de éstas, en lo que se conoce como *deslocalización del arbitraje*⁴⁰⁷. A partir de este entorno propicio para el arbitraje en el que se desarrolla el comercio internacional, el arbitraje interno ha ido experimentando una especie de progresiva *internacionalización*, identificando con ello el fenómeno consistente en ir incorporando a las legislaciones internas disposiciones surgidas en el ámbito internacional; la regla Kompetenz-kompetenz, la autonomía de la cláusula arbitral o la instancia única e imposibilidad de revisar el fondo del asunto, son muestra de ello⁴⁰⁸.

En líneas generales se trata de un fenómeno positivo que ha permitido la armonización de las distintas legislaciones sobre arbitraje, al tiempo que ha aumentado el atractivo del arbitraje como método de resolución de controversias. Considero, no obstante, que pretender trasladar de manera compulsiva algunas soluciones del arbitraje internacional al interno puede ocasionar problemas, en la medida en que un excesivo mimetismo, con desconsideración hacia la legislación interna, corre el riesgo de colisionar frontalmente con ésta.

Esto es lo que sucede con la cláusula de renuncia a la anulación del laudo o pacto de exclusión («*exclusión agreement*») en el ámbito del arbitraje interno en España. Son muchas las legislaciones internas

⁴⁰⁷ SALAZAR CASTILLO, SEBASTIÁN, «La renuncia al recurso de anulación de los laudos y el reconocimiento de laudos anulados – un análisis crítico hacia la deslocalización de los laudos», en *Desafíos del arbitraje internacional* (RINCÓN CUELLAR, LUIS FERNANDO, Y SALAZAR CASTILLO, SEBASTIÁN coaut.), Tirant lo Blanch, Bogotá, 2020, pp. 467-493, p. 472 y 473.

⁴⁰⁸ El preámbulo de la LA (II) recogen lo siguiente: «Aun con la conciencia de que el arbitraje internacional responde en muchas ocasiones a exigencias distintas, esta ley parte de la base –corroborada por la tendencia actual en la materia– de que una buena regulación del arbitraje internacional ha de serlo también para el arbitraje interno, y viceversa. La Ley Modelo, dado que se gesta en el seno de la CNUDMI/UNCITRAL, está concebida específicamente para el arbitraje comercial internacional; pero su inspiración y soluciones son perfectamente válidas, en la inmensa mayoría de los casos, para el arbitraje interno. Esta ley sigue en este aspecto el ejemplo de otras recientes legislaciones extranjeras, que han estimado que la Ley Modelo no sólo resulta adecuada para el arbitraje comercial internacional, sino para el arbitraje en general».

que han incorporado esta posibilidad de renuncia⁴⁰⁹, excluyendo así cualquier vía de control sobre el arbitraje. No es momento de valorar las ventajas que se atribuyen a esta exclusión⁴¹⁰, sino de analizar su adecuación al ordenamiento español, pues más allá de los beneficios que pudiera reportar, creo que su admisión excede de los argumentos de conveniencia, adentrándose en el ámbito de la limitación al derecho a la tutela judicial efectiva, si bien no en su vertiente de acceso a los recursos, sino en relación al acceso a la jurisdicción. Como ya he expuesto con anterioridad⁴¹¹, la renuncia a la anulación ha sido abordada desde la vertiente de la exclusión voluntaria de la ley aplicable y desde la vertiente de la renuncia de derechos, surgiendo obstáculos para su admisión, respectivamente, como consecuencia de la imperatividad de las normas, en un caso, y de la irrenunciabilidad de derechos, en otro. En mi opinión, el argumento más sólido que impide admitir la renuncia a la anulación guarda relación con el derecho de acceso a la jurisdicción. Así, la eficacia *condicionalmente* excluyente de la jurisdicción que se atribuye al convenio arbitral (11 LA) y la

⁴⁰⁹ Vid. REMÓN PEÑALVER, JESÚS, "La anulación del laudo: el marco general, el pacto de exclusión y el orden público", *Spain Arbitration Review, Revista del Club Español del Arbitraje*, 1/2008, pp. 115-132; SALAZAR CASTILLO, SEBASTIÁN, "La renuncia al recurso de anulación de los laudos...", *trab. cit.*; GARCÍA BLANCO, M^a LUISA, "Renuncia a la acción de anulación...", *trab. cit.* p. 2.

⁴¹⁰ Expone JESÚS REMÓN PEÑALVER los tres principales argumentos que suelen esgrimirse en apoyo de la renuncia. "El primero es el de la eficacia, que enfatiza las ventajas de evitar estrategias de defensa dirigidas a preconstituir motivos de anulación o maniobras dilatorias una vez conocido el laudo. Si las partes han incluido en la cláusula arbitral un pacto de renuncia preventiva a la impugnación carecerán de sentido esas estrategias y las partes habrán de concentrarse en la defensa de sus respectivas posiciones de fondo facilitando la agilidad del procedimiento. El segundo argumento es de corte sociológico y atiende al hecho de que el interés de los árbitros por mantener intacta su reputación y autoridad es garantía suficiente de la corrección de los laudos. El control judicial sería, desde esta óptica, innecesario. El tercero de entre los argumentos que suelen aducirse es estrictamente técnico y se condensa en las disfunciones que se imputan a un sistema de doble control del laudo, primero, por la jurisdicción de la sede en la vía de la anulación, y más tarde, por el juez del exequátur en el proceso dirigido al reconocimiento y ejecución de los laudos extranjeros" ("Sobre la anulación...", *trab. cit.* p. 10).

⁴¹¹ ROCA MARTÍNEZ, JOSÉ M^a, "Arbitraje y jurisdicción...", *trab. cit.* pp. 199 y 200.

eficacia de cosa juzgada del laudo (43 LA) guardan relación directa con la posibilidad reservada a la jurisdicción de controlar la validez de dicho convenio y la regularidad (siquiera formal) del laudo. Si se excluye esa posibilidad de control se está restringiendo el acceso a la jurisdicción. En esta línea, el TS ha entendido que el derecho a la tutela judicial es irrenunciable y, por ello, ha considerado nulo el acuerdo de exclusión de la impugnación judicial y la penalización a quien acuda a los tribunales⁴¹². Tal doctrina sería ya suficiente para excluir el pacto de renuncia a la anulación; pero, a mayores y expresamente en materia de arbitraje ha dispuesto: «*Ciertamente una estipulación como la transcrita desconoce el fundamental "derecho al proceso" en el orden jurisdiccional civil, impidiendo el de obtener la tutela efectiva reconocido en el artículo veinticuatro, apartado primero, de la Constitución y por lo tanto el de acudir a los Tribunales para alcanzar una resolución fundada, vicio determinante de la ineficacia de la renuncia de que se trata en cuanto vulnera una norma inserta en la Lex Suprema, a cuyo mandato habrá de acomodarse lo prevenido en el artículo sexto, párrafo dos, del Código Civil, sobre la carencia de validez de tal acto dispositivo cuando contrarie el interés o el orden público*»⁴¹³.

Cuestión distinta es la renuncia tácita a las facultades de impugnación prevista en el artículo 6 LA, limitada a la infracción de normas dispositivas y de requisitos del convenio arbitral, cuyo fundamento descansa, en gran medida, en la buena fe que ha de inspirar la relación entre las partes en el arbitraje, de manera que debe excluirse cualquier

⁴¹² La cláusula se incluía en una escritura que recogía operaciones particionales y contenía un compromiso de no impugnar las decisiones que otorgaren los mandatarios, otorgando validez a las operaciones particionales o liquidaciones que éstos realicen, aunque se acudiere al poder judicial promoviendo impugnación de la escritura de otorgamiento. Literalmente dispuso: «*es irrenunciable preventivamente el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, ni se puede penalizar a quien acuda a los Tribunales en defensa de sus derechos, como se pretende en la estipulación quinta de la calendada escritura. De lo contrario se dejaría inermes a los mandantes ante cualquier arbitrariedad o cumplimiento indebido de los mandatarios del encargo que recibieron. La estipulación refleja no sólo una renuncia preventiva a toda tutela judicial, sino el deseo de que incluso si a ella se acude, su sentencia no tenga ningún efecto entre los mandantes, lo que no se compadece con el principio de la autonomía de la voluntad y sus limitaciones*» (STS 1.^a núm. 569/2000 de 31 mayo [ECLI:ES:TS:2000:4460]).

⁴¹³ STS 1.^a 1139/1986 de 10 marzo [ECLI:ES:TS:1986:1139].

posibilidad de alegación sorpresiva de motivos de anulación del laudo, que pudiendo haber sido alegados con anterioridad, son reservados a la espera del resultado del arbitraje.

5. EPÍLOGO

A modo de resumen, he destacado la relación entre la voluntariedad como fundamento del arbitraje, la dependencia de la fuerza ejecutiva y cosa juzgada del laudo respecto a las garantías previstas para el desarrollo del arbitraje, así como el necesario control judicial sobre tales garantías. La configuración de tal control como acción autónoma de impugnación con alcance limitado en el que solo de manera excepcional se puede entrar en el fondo del asunto. La distinta relevancia de los motivos que pueden dar lugar a la anulación de un laudo, presentándose el orden público como motivo estrella; su indeterminación y la posibilidad de ser apreciado de oficio, son circunstancias conflictivas, generadoras de importantes *desavenencias*.

Para quien no esté habituado al estudio de cuestiones arbitrales, podría resultar llamativo la paupérrima jurisprudencia del TS en este estudio; se trata de una situación patológica que debiera corregirse. Para que el arbitraje, en especial el internacional, sea atractivo, es imprescindible que las reglas del juego estén fijadas con rotunda claridad; la previsibilidad y la seguridad jurídica son de vital importancia y ello, a pesar del esfuerzo del TC, solo puede alcanzarse a través del efecto unificador del TS. El recurso en interés de ley podría solventar este inconveniente.

Hasta aquí algunas consideraciones acerca de la anulación de laudos arbitrales, derivadas de la disputa entre el TC y el TSJ de Madrid, que ni agotan la problemática de tales disputas, ni las de otras cuestiones igualmente importante que conscientemente no se abordan⁴¹⁴. He limitado mi comentario a esta *guerra* en la que se han

⁴¹⁴ Cómputo del plazo para su ejercicio y naturaleza civil o procesal del mismo, legitimación (STSJ de Madrid, sala civil y penal, 73/2016, de 28 de noviembre [ECLI:ES:TSJM:2016:13751], facultad de disposición (19 a 22 ó 450.1 LEC), retroacción de actuaciones tras la anulación, control del laudo a través de la

librado ya varias batallas; en lucha desigual, el débil, en este caso el TSJ de Madrid, está llamado a sucumbir. Pero ¿seguirá siendo así? No tengo claro cuál será el camino que tomará el TSJ de Madrid; la reciente STSJ de Madrid sala civil y penal 11/2022, de 24 de marzo [ECLI:ES:TSJM:2022:3549] parece dar una tregua, aunque hay que tener en cuenta que en la misma no integró la sala quien con más insistencia cuestiona la doctrina del TC⁴¹⁵.

Siendo el Derecho una realidad interpretable, de manera especial cuando se formula a través de conceptos jurídicos indeterminados, sorprenden algunas afirmaciones categóricas, tanto del TC⁴¹⁶ como del TSJ de Madrid⁴¹⁷; igualmente sorprende la inapropiada utilización de los votos particulares como vía para *contestar o contra argumentar*, aunque quizá puedan verse también como anuncio de lo que se avecina. Porque me da la impresión de que la guerra no ha concluido; habrá más batallas y es probable que con nuevos protagonistas. ¡Miedo me da! (lo digo por el arbitraje).

6. BIBLIOGRAFÍA

ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO, NICETO, *Proceso, autocomposición y autodefensa*, Imprenta Universitaria, México, 1947 (2.^a ed. 1970).

oposición a la ejecución del mismo, prejudicialidad (STC sala segunda 50/2022, de 4 de abril).

⁴¹⁵ Voto particular del magistrado Santos Vijande a la STSJ

⁴¹⁶ La STC sala segunda 65/2021, de 15 de marzo, califica como «afirmación inaceptable» hablar de identidad entre resoluciones judiciales y arbitrales (FJ 4).

⁴¹⁷ La STSJ de Madrid, sala civil y penal 4/2020, de 8 de enero (ponente J. M^o Santos Vijande) afirma categóricamente que «Una cosa es lo que antecede y otra, totalmente distinta, la tesis de que la Sala de anulación en ningún caso puede revisar el fondo de la controversia y/o de la argumentación del Laudo. Ni legal ni dogmáticamente se puede mantener tal postulado con el debido fundamento» y añade «de ahí a afirmar, del modo general y categórico con que a veces se hace, la exclusión de todo análisis del fondo de la controversia va un abismo» (FJ 2). A lo largo del presente trabajo ha quedado claro que el TC mantiene tal postulado; que el lector valore si «con el debido fundamento».

- ALMAGRO NOSETE, JOSÉ, "La ejecución del laudo arbitral", *Revista Universitaria de Derecho Procesal*, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, 1988, n° 0, pp. 15-35.
- ALMAGRO NOSETE, JOSÉ, "El Derecho Procesal en la nueva Constitución", *Revista de Derecho Procesal (iberoamericana)*, 1978, n°4, pp. 837-901.
- ARAGONESES, PEDRO, *Proceso y Derecho Procesal*, Edersa, Madrid, 1960.
- BARONA VILAR, SILVIA, "El recurso de anulación del laudo arbitral", *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, 1988-89, pp. 116.
- BARONA VILAR, SILVIA, *Comentarios a la Ley de Arbitraje (Ley 60/2003, de 23 de diciembre)*, VVAA, Civitas, Madrid, 2004.
- BARONA VILAR, SILVIA, *Introducción al Derecho Procesal. Derecho Procesal I*, VVAA, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.
- BRIGGS, ADRIAN, *Agreements on Jurisdiction and Chice of Law*, Oxford University Press, 2008.
- CALAMANDREI, PIERO, *La casación civil*, T.II, trad. Sentís Melendo, Buenos Aires, 1945.
- CALAZA LÓPEZ, SONIA *Introducción al Derecho Procesal*, VVAA, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.
- CALVO SÁNCHEZ, M^a DEL CARMEN, *La revisión civil*, Madrid, 1977.
- COUTURE, EDUARDO J., "Las garantías constitucionales del proceso civil", *Estudios de Derecho procesal Civil*, T. I, 3^a ed. Buenos Aires, 1989, pp. 19 y ss.
- COUTURE, EDUARDO J., *Fundamentos de Derecho Procesal Civil*, 3^a ed. Buenos Aires, 1969.
- CREMADES, BERNARDO, "El arbitraje, ¿equivalente jurisdiccional?" en *El arbitraje y la buena administración de la Justicia*, Libro conmemorativo del 30 Aniversario de la Corte Civil y Mercantil de Arbitraje, RUIZ RISUEÑO, FRANCISCO y FERNÁNDEZ ROZAS, J. C. coord. Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 43-50.
- CUCARELLA GALIANA, LUIS A., *Derecho Procesal Civil*, VVAA, 17 ed. Aranzadi, 2018.

- FERNÁNDEZ ROZAS, JOSÉ CARLOS, "Ámbito de actuación y límites del juicio de árbitros tras la Ley 60/2003, de Arbitraje", *La Nueva Ley de Arbitraje*, Estudios de Derecho Judicial, 102-2006, CGPJ, 2007.
- FERNÁNDEZ ROZAS, JOSÉ CARLOS, "Arbitraje y Jurisdicción: una interacción necesaria para la realización de la Justicia", *Derecho Privado y Constitución*, año 2005, n° 19, pp. 55-91.
- FERNÁNDEZ ROZAS, JOSÉ CARLOS, "Riesgos de la heterodoxia en el control judicial de los laudos arbitrales", *Diario La Ley*, número 8537, de 12 de mayo de 2015, pp. 1-9, p. 3-4, [La Ley 3266/2015].
- FERNÁNDEZ ROZAS, J. C., SÁNCHEZ LORENZO, S. A. y STAMPA, G. *Principios generales del arbitraje*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.
- GARCÍA BLANCO, M^a LUISA, "Renuncia a la acción de anulación del laudo arbitral", *La Ley Mediación y Arbitraje*, n° 3, sección tribuna, [La Ley 11786/2020].
- GARCÍA DEL RÍO, LUIS y LARRAÑAGA YSASI-YSAMENDI, ALMUDENA, "La noción de orden público a efectos de anulación de laudo", *LA LEY mediación y arbitraje*, N° 2, Sección Jurisprudencia seleccionada [LA LEY 6543/2020].
- GARCÍA TORRES, J. "Paradojas constitucionales del arbitraje: a propósito de la Sentencia del Tribunal Constitucional 1/2018 y sus votos particulares", *El arbitraje y la buena administración de la Justicia. Libro conmemorativo del 30 Aniversario de la Corte Civil y Mercantil de Arbitraje (CIMA)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 67-73.
- GIMENO SENDRA, VICENTE, *Fundamentos del Derecho Procesal*, Editorial Civitas, S.A., Madrid, 1981.
- HINOJOSA SEGOVIA, RAFAEL, *Comentarios a la Ley de Arbitraje* (VVAA), Marcial Pons, Madrid, 2006.
- LÓPEZ YAGÜE, VERÓNICA, *Derecho Procesal Civil. Parte especial*, (ASENCIO MELLADO, J. M^a dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.
- MAGRO SERVET, VICENTE, "Casuística práctica de la acción de anulación del laudo arbitral en la Ley 60/2003", *Diario La Ley*, N° 6576, Sección Doctrina, 24 de Octubre de 2006, [LA LEY 2952/2006].

- MARTÍNEZ LAGE, SANTIAGO, "Tres resoluciones del Tribunal Superior de Justicia de Madrid desestimatorias de acciones de anulación de laudos, que traen causa de tres sentencias del Tribunal Constitucional de 2020 y 2021 que anularon sendas resoluciones de aquel Tribunal recurridas en amparo", *La Ley Mediación y Arbitraje*, nº 8, sección crónica de jurisprudencia, [La Ley 9543/2021].
- MONTERO AROCA, JUAN, *Introducción al Derecho Procesal*, Editorial Tecnos, Madrid, 1976, pp. 94-95 (2ª ed., adaptada a la Constitución, Madrid, 1979).
- MORENO CATENA, VÍCTOR, *Derecho Procesal Civil. Parte especial*, (CORTÉS DOMÍNGUEZ, VALENTÍN coaut.), 11ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.
- NADAL, SANTIAGO, "Límites al «orden público», como excusa para anular un arbitraje", *Diario La Ley*, número 10076, 25 de mayo de 2022.
- NAVARRO GIMÉNEZ, SEGUIMUNDO, "Referencias al orden público en derecho comparado", *Diario La Ley*, número 8537, 12 de mayo de 2015, pp. 20-24, [La Ley 3269/2015].
- PELAYO, RAMÓN C., "El concepto de «orden público» y la anulación de laudos arbitrales", *Diario La Ley*, Nº 8568, Sección Tribuna, 24 de junio de 2015 [La Ley 4290/2015].
- PÉREZ-CRUZ MARTÍN, AGUSTÍN JESÚS, *Derecho Procesal II. El proceso civil* (VVAA), Ediuno, 2021.
- RAMOS MÉNDEZ, FRANCISCO, *El sistema procesal español*, 11ª ed. Atelier Libros Jurídicos, 2019.
- RAMOS MÉNDEZ, FRANCISCO, "Primeras aplicaciones del Convenio de Nueva York de 10 de junio de 1958 al «exequatur» de sentencias arbitrales extranjeras por el Tribunal Supremo", *Justicia* 82, núm. III,
- REMÓN PEÑALVER, JESÚS, "Sobre la anulación del laudo: el marco general y algunos problemas", *Revista InDret*, nº 3/2007, pp. 15-18.
- REMÓN PEÑALVER, JESÚS, "La anulación del laudo: el marco general, el pacto de exclusión y el orden público", *Spain Arbitration Review*, *Revista del Club Español del Arbitraje*, 1/2008.

- ROCA MARTÍNEZ, JOSÉ Mª, *Arbitraje e instituciones arbitrales*, J. M. Bosch editor, S.A., Barcelona, 1992.
- ROCA MARTÍNEZ, JOSÉ Mª, "Constitución, Jurisdicción y Arbitraje. Superación de viejos recelos", *Cuestiones actuales de Derecho Procesal* (RODRÍGUEZ TIRADO, ANA Mª coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 153-181.
- ROCA MARTÍNEZ, JOSÉ Mª, "Arbitraje y jurisdicción en la Constitución española de 1978", *Cuatro décadas de una Constitución normativa (1978-2018)*, (PUNSET BLANCO, RAMÓN y ÁLVAREZ ÁLVAREZ, LEONARDO coord.), Civitas-Thomson Reuters, 2018, pp. 187-206.
- ROCA MARTÍNEZ, JOSÉ Mª, "¿Acabará el TJUE con el Sistema Procesal español?", *Diario La Ley*, Nº 9824, Sección Tribuna, 7 de abril de 2021.
- ROCA MARTÍNEZ, JOSÉ Mª, "Varapalo del Tribunal de Justicia de la Unión Europea a la cosa juzgada cuando de proteger consumidores se trata", *Una contribución a la europeización de la ciencia jurídica: estudios sobre la Unión Europea*, Civitas-Thomson Reuters, 2019, pp. 425-449.
- ROCA MARTÍNEZ, JOSÉ Mª, "Cosa juzgada y exhaustividad de alegaciones como límite al acceso a la Justicia según el TJUE y el TC", *El acceso a la Justicia* (ROCA MARTÍNEZ, JOSÉ Mª coord.), Tirant lo Blanch, 2018, pp. 495-514.
- SALAZAR CASTILLO, SEBASTIÁN, "La renuncia al recurso de anulación de los laudos y el reconocimiento de laudos anulados – un análisis crítico hacia la deslocalización de los laudos", *Desafíos del arbitraje internacional* (RINCÓN CUELLAR, LUIS FERNANDO y SALAZAR CASTILLO, SEBASTIÁN coaut.), Tirant lo Blanch, Bogotá, 2020, pp. 467-493.
- STAMPA, GONZALO, "Comentarios a las sentencias de la Sala de lo Civil y Penal del TSJM de 28 de enero de 2015, 6 de abril de 2015 y de 16 de abril de 2015", *Diario La Ley*, pp.14-19 [La Ley 3268].
- VALLS, CARLOS, "Comentario a la Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Madrid número 63/2014 de 13 de noviembre", pp. 10-13 [La Ley 3267/2015].