



sumario

<p>■ Tribuna</p> <p>Riesgos de la heterodoxia en el control judicial de los laudos arbitrales <i>José Carlos FERNÁNDEZ ROZAS</i> 1</p> <p>Comentario a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid número 63/2014 de 13 de noviembre <i>Carlos VALLS</i> 10</p> <p>Comentario a las Sentencias de la Sala de lo Civil y de lo Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 28 de enero de 2015, de 6 de abril de 2015 y de 14 de abril de 2015 <i>Gonzalo STAMPA</i> 14</p> <p>Referencias al orden público en derecho comparado <i>Seguimundo NAVARRO JIMÉNEZ</i> 20</p>
<p>■ Jurisprudencia</p> <p>El TSJ Madrid anula un laudo arbitral por invalidez del convenio arbitral debido a la falta de imparcialidad de la institución administradora del arbitraje 25</p> <p>El TSJ Madrid anula un laudo arbitral sobre una permuta financiera al ser contrario al orden público por arbitrariedad en la motivación 25</p> <p>El TSJ Madrid vuelve a anular un laudo arbitral sobre una permuta financiera por vulneración del orden público dada su deficiente motivación 26</p> <p>El TSJ Madrid se reitera en la anulación de un laudo arbitral sobre una permuta financiera por motivación arbitraria 27</p>

TRIBUNA

LA LEY 3266/2015

Riesgos de la heterodoxia en el control judicial de los laudos arbitrales

José Carlos FERNÁNDEZ ROZAS
*Catedrático de Derecho internacional privado.
Universidad Complutense de Madrid*

Varios fallos recientes del Tribunal Superior de Justicia de Madrid han encendido la voz de alarma del colectivo arbitral temiendo que, de consolidarse, la capital española pierda su papel protagonista y que la práctica del arbitraje institucional pueda resentirse. El denominador común de estas resoluciones es que trascienden de la mera verificación del cumplimiento de las causales del art. 40 LA para incidir en la configuración misma de la acción de anulación. Este artículo trata de establecer cuál es la configuración actual de la acción de anulación de los laudos arbitrales en nuestro país y a partir de ahí observar el alejamiento de las decisiones referidas en aspectos tan esenciales como la imposibilidad de revisión del fondo, el carácter tasado de las causales de anulación y el ámbito del orden público como instrumento controlador del laudo.

I. INTRODUCCIÓN

La existencia de un régimen de control judicial específico para el laudo arbitral y los resultados de la aplicación del mismo constituyen, sin lugar a dudas, elementos esenciales para potenciar la existencia de arbitrajes en un Estado determinado. Dichos indicadores acostumbran a utilizarse como estrategia de promoción y propaganda para consolidar a una localidad como plaza indiscutida de arbitraje. Es algo que desde hace muchos años viene practicándose en París, Ginebra, Londres, Bruselas o Nueva York, a partir de mecanismos diversos que, en orden a la anulación de laudos arbitrales, amerita incluso la designación de un órgano especializado dentro de la estructura judicial para este menester (1). Con ello se consolida una doctrina

que garantiza la seguridad jurídica potenciando no sólo el desarrollo del arbitraje interno, sino la atracción de arbitrajes internacionales (2). La aparición de un fallo judicial que anula un laudo, en contradicción con los cánones de una práctica consolidada, produce una extraordinaria alarma, incitando a un alejamiento de la plaza de arbitraje que puede llegar a ser considerada de alto riesgo (3), pese a los esfuerzos de los defensores locales (4).

Evidentemente el control no debe ser entendido como una amenaza o una agresión sobre el procedimiento arbitral, pues la intervención del juez estatal es determinante a la hora de llevar a cabo la ejecución de la sentencia arbitral. Por eso es muy importante, a los efectos de coadyuvar a la eficacia del arbitraje, determinar qué foro es el competente

para llevar a cabo esa función y cuáles son las normas rectoras del recurso de anulación. Realmente, es uno de los elementos esenciales de consideración a la hora de elegir un lugar del arbitraje antes que otro: las consecuencias que ello puede tener son enormes, pues la evidencia de un control judicial excesivo puede hacer desistir a las partes de elegir una determinada sede arbitral (5).

Con estos datos existe una clara tendencia a la «búsqueda» del lugar del arbitraje en el sentido de que se sitúe en un sistema arbitral con una regulación que proporcione seguridad y certidumbre, al margen de que la legislación y la política de incorporación a tratados internacionales se acomoden a los estándares universalmente aceptados. Es un hecho incontrovertido que muchos Estados no son sedes habituales de arbitrajes internacionales por la ausencia de colaboración de sus tribunales con los árbitros.

La valoración de la jurisprudencia española en orden a la anulación de los laudos arbitrales, debe ser realizada a partir de las distintas etapas experimentadas por nuestra normativa arbitral (6) y de la doctrina de los órganos encargados sucesivamente de establecerla. De importancia menor a nuestros fines, la que se ocupó de aplicar e interpretar la Ley de arbitraje de 1953, la doctrina emanada de las Audiencias Provinciales desde la Ley de Arbitraje de 1988 hasta la reforma de la Ley de Arbitraje de 2003 (7), operada en 2011, puede considerarse en términos generales como muy restrictiva y exigente al resolver las acciones de anulación, salvo algún caso aislado denunciado oportunamente por los operadores jurídicos del arbitraje. Se barajan estadísticas acerca de los laudos anulados que, en nuestra opinión, no tienen credibilidad; entre otras cosas porque la acción de anulación es común para la generalidad de los arbitrajes, incluidos los de consumo, transportes y arrendamientos, y los resultados quedan inevitablemente distorsionados por tal circunstancia. Con todo, el balance en lo que concierne a los laudos de carácter comercial, tras un periodo de vacilaciones y de cierta diversidad en las soluciones, ha sido altamente positivo y respetuoso hacia la labor efectuada por los árbitros. Incluso puede achacarse que el control en algunos casos ha sido poco intenso en materias altamente conflictivas como la independencia o la imparcialidad de los árbitros.

En todo caso, la procedencia diversa de fallos, consecuencia de la planta judicial española durante un largo periodo, dificultaba la consecución de una doctrina consolidada y el objetivo de acortar los plazos no se cumplió en absoluto salvo en algunas Audiencias con actividad reducida (8). Esta es la razón por la cual la Ley 11/2011, de 20 de mayo, trasladase

la competencia de las Audiencias Provinciales a la Sala de lo Civil y de lo Penal del TSJ de la Comunidad Autónoma donde el laudo se hubiere dictado (9), estableciéndose un cambio sustancial en lo que concierne a la competencia objetiva del órgano controlador de los laudos arbitrales, con la consiguiente reducción del número de órganos competentes en materia de anulación, que hasta entonces estaban integradas por diversas Secciones de ciertas Salas de las 50 Audiencias Provinciales (10). Pese a sus ventajas evidentes en orden a descargar de trabajo a las Salas de lo civil de las Audiencias Provinciales y a la concentración de la doctrina (11), la atribución de competencias a los Tribunales de Justicia no recibió el respaldo unánime de los medios arbitrales que mostró una actitud de cierto recelo.

Cuatro años de jurisprudencia de los Tribunales Superiores de Justicia en orden a la anulación de los laudos arbitrales permite percibir, salvo algunos fallos polémicos de primera hora, una cierta consolidación que apuntaba a disipar los apuntados recelos. Por esa razón, varios fallos recientes del Tribunal Superior de Justicia de Madrid han encendido la voz de alarma del colectivo arbitral (12) temiendo que, de consolidarse, la capital española pierda su papel protagonista y que la práctica del arbitraje institucional, que había adquirido una estimable regularidad y un incremento apreciable, sobre todo, en orden a las cuantías involucradas, pueda resentirse.

Los fallos controvertidos son los SSTSJ de Madrid, Sección Primera, de 13 de noviembre de 2014 (*E. Life Europe, S.L. / Ifema*), de 28 enero de 2015 (*Repos i Repàs, S.L. / Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A.*), de 6 de abril de 2015 (*Mobles Passe Avant, S.L. / Banco de Bilbao Argentaria, S.A.*) y 14 de abril de 2015, esta última con un voto particular del presidente de la Sala. Su denominador común, aparte de la anulación del laudo, es que transcienden de la mera verificación del cumplimiento de las causales del art. 40 LA para incidir en la configuración misma de la acción de anulación. El objeto de este comentario es verificar dicha incidencia y sus repercusiones. Los comentarios individualizados a estas decisiones citadas se incluyen en el presente número monográfico.

Para proceder a la referida verificación es preciso establecer cuál es la configuración actual de la acción de anulación de los laudos arbitrales en nuestro país y a partir de ahí observar el alejamiento de las decisiones referidas en aspectos tan esenciales como la imposibilidad de revisión del fondo, el carácter tasado de las causales de anulación y el ámbito del orden público como instrumento controlador del laudo.

II. JUSTIFICACIÓN DEL CONTROL JUDICIAL DE LOS LAUDOS ARBITRALES

1. Posibilidad de renuncia

Una vez pronunciado el laudo y concluido el procedimiento arbitral, es factible entrar en contacto con la jurisdicción, siempre y cuando una de las partes solicite la anulación del laudo. Para ello la Ley de Arbitraje establece un mecanismo de control a fin de garantizar que el nacimiento, desarrollo y conclusión del procedimiento arbitral se ajusten a lo establecido en la ley. Esta posibilidad no es pacífica para ciertos sectores de la práctica arbitral que consideran que el control jurisdiccional contradice la propia esencia del arbitraje, existiendo una corriente favorable a la posibilidad de su renuncia bajo ciertas condiciones y modalidades de arbitraje. Sin embargo, la reforma de la LA de 2011, no ha seguido la línea adoptada en otros países de nuestro entorno, como Francia, de permitir la renuncia a la acción de anulación (13).

Dentro del debate abierto en los últimos años se argumenta que tal renuncia no es factible pues ello supondría la dejación del derecho a la tutela judicial, lo cual no es jurídicamente tolerable pese a que existan acuerdos de arbitraje que expresamente contemplen esta posibilidad. Evitar que el juez pueda sancionar los errores de hecho y de derecho cometidos por el árbitro en la aplicación o inaplicación de los mismos por los árbitros es el punto de inflexión entre la justicia pública y la privada y donde radica el grado de la confianza en el arbitraje a través de los contornos de la dialéctica entre el respeto que implica la prohibición de la revisión y el orden público. No puede extrañar que las posiciones en esta materia sean extremadamente cautelosas, en el sentido de que sólo serán posibles en la medida en que no supongan la exclusión de normas imperativas (14).

La labor del órgano jurisdiccional en la anulación no ha «de pretender corregir —como apunta la SAP Madrid 12.ª 22 marzo 2006— las deficiencias en la decisión de los árbitros, ni interferir en el proceso de elaboración, creando dificultades al móvil de paz que preside el arbitraje, y desnaturalizándolo de sus características esenciales de sencillez y confianza en el mismo, pues lo contrario significaría un total examen del fondo del asunto, que la naturaleza del recurso no consiente» (15). Si esto es así, no es preciso que éste órgano posea una especialización arbitral delimitada para desarrollar su tarea. El árbitro y el juez deben desempeñar su misión respectiva en el marco legal que les está asignado y este último ha de permanecer inmune a ciertas corrientes arbitrales que, bajo una apariencia de generalidad y universalidad, responden a los intereses de un grupo concreto. Quiérase

o no dicha acción es una pieza maestra de nuestro sistema y, a la vez, un instrumento esencia de la necesaria tutela judicial efectiva consustancial a la institución arbitral que a partir de la reforma de 2011 está en manos de los Tribunales Superiores de Justicia.

2. Contenido

El control judicial de los laudos arbitrales, conforme a la ley, debe ser ejercido *ex post* mediante las acciones o, eventualmente, ante los recursos que cada legislación establezca y ello es respaldado por los instrumentos internacionales, insertando al efecto las leyes de arbitraje dispositivos específicos que, en muchos casos, son consecuencia directa de la actitud aperturista que mantienen los tribunales estatales en torno a la arbitrabilidad de la controversia. La inexistencia de dicho control abriría las puertas de la ejecución de numerosos contratos concernientes a negocios jurídicos ilícitos o fraudulentos, por eso la necesidad de que jurisdicción ordinaria asegure y garantice que el nacimiento, desarrollo y conclusión del procedimiento arbitral se ha ajustado a lo convenido por las partes en el convenio arbitral y no va en contra del orden jurídico (16).

El control judicial de los fallos responde a una necesidad que surge de objetivos constitucionalmente asumidos, como el de «promover la justicia» y también de las garantías de la defensa en juicio y de la propiedad y de la ejecutoriedad equivalente a la de una sentencia judicial que el Estado dispensa, satisfechos ciertos requisitos, a los laudos arbitrales. Las partes actúan bajo el principio de la autonomía de la voluntad, lo cual es reconocido por el propio Estado cuando permite excluir del conocimiento de los tribunales ciertos casos que no revisten interés público derivándolos hacia los órganos incidentales de la función jurisdiccional. Ahora bien, cuando las resoluciones de aquéllos puedan causar perjuicios a los particulares en su persona, bienes y derechos, deben confirmarse por un órgano jurisdiccional ante quien se homologa el laudo arbitral con el fin de proceder a su ejecución posterior. Dicha homologación supone un control de lo actuado por los árbitros, esto es, si éstos han actuado con fiel cumplimiento de los presupuestos procesales y materiales legalmente establecidos, sin alteración del contenido del laudo. Con ello se intenta reparar por vía jurisdiccional los perjuicios que han podido sufrir las partes en el arbitraje en virtud de actuaciones o resoluciones irregulares y por tal motivo se establece un proceso específico con una finalidad claramente garantista, pues está orientado a la verificación de si el arbitraje se ha desarrollado, o no, con sujeción a los principios rectores de un debido proceso (17).

En consecuencia, la decisión última en relación con las pretensiones de las partes corre a cargo de un órgano estatal, celoso de preservar los elementos esenciales del foro de la anulación. De ahí que, por ahora, las partes y sus representantes tengan especial cuidado en la elección de la sede del arbitraje. El ámbito propio en el que se desarrolla el derecho a la tutela judicial efectiva corresponde a la actividad jurisdiccional que llevan a cabo los jueces y los magistrados y no sobre el propio juicio de árbitros que cuenta con una vía impugnatoria específica a través del acción de anulación, que en ningún caso debe ser considerada como una segunda instancia.

Es cierto que los usuarios del arbitraje aspiran que el laudo ponga punto final a la controversia, pero también lo es su deseo de que dicha decisión sea susceptible de control jurisdiccional, si no ha sido respetada la regularidad del proceso arbitral. La preferencia a dicho control se demuestra por la tendencia a elegir sedes de arbitraje donde la intervención del juez es eficaz y equilibrada sin perjuicio de la mayor o menor vinculación de las partes con dicho sistema. El control, empero, debe tener un contenido limitado para ser compatible con el desarrollo de la institución arbitral, pues si tuviera un carácter exhaustivo se correría el riesgo de desnaturalizarla. Dicho en otros términos, de admitirse un control judicial amplio acerca de la validez del laudo, se puede frustrar la eficacia de dos de los elementos consustanciales al arbitraje: el carácter de cosa juzgada del laudo y su fuerza ejecutiva.

Pero, en contrapartida, también debe ser utilizado con mesura por las partes. Resulta ilustrativo que en ciertos sistemas donde es frecuente la realización del arbitraje y que, por tanto, acostumbra a conocer numerosas impugnaciones contra el laudo, exista una marcada disposición a sancionar los recursos que se presentan de una manera temeraria. La consecuencia son decisiones muy severas contra lo que se considera un intolerable abuso de la vía jurisdiccional, que acostumbra a establecer fuertes sanciones pecuniarias, dentro de lo que se califica como una manifestación de *l'ire du juge* (18). Por eso las Leyes de Arbitraje suelen fijar mecanismos eficaces para minimizar el eventual el abuso, tanto a través de la acción de anulación, como proscribiendo expresamente el abuso, fraude o mala fe dentro del proceso.

La acción de anulación puede considerarse suficiente para la satisfacción del derecho a la tutela judicial efectiva, en su modalidad de acceso a los tribunales. Bien entendido que el objeto de la acción de anulación no es la controversia suscitada entre las partes sino una revisión, por motivos tasados, de la validez del laudo (19). La Ley no utiliza el término recurso porque considera que la referida

acción pone en marcha un procedimiento *ex novo* cuyo resultado posee una clara eficacia jurisdiccional; semejante acción tiene un carácter rescisorio (20) ejercitándose para la reparación del perjuicio origina a una o a las dos partes por un laudo que no conforme a las causales señaladas en el art. 41 LA y cuya esencia consiste en hacer cesar su eficacia. El ejercicio de esta acción da lugar a un proceso declarativo especial que se sustancia por los cauces del juicio verbal, sin perjuicio de las especialidades detalladas en el art. 42 LA (21): en el que «se pretende tan sólo que el Tribunal se pronuncie acerca de la validez o no del laudo» (22).

Cosa distinta es la mala utilización que de esa manifestación del control judicial pueda efectuarse en determinados sistemas jurídicos y que, a la postre, afecta a la institución arbitral en su conjunto. La aceptación sistemática a cargo de la jurisdicción estatal de los argumentos esgrimidos por la parte que pretende la anulación del laudo constituye un serio obstáculo para la eficacia de lo pactado por las partes como fundamento de la decisión que luego se impugna (23). Por esa razón no resultan de recibo ni una legislación restrictiva del arbitraje por una excesiva intromisión del Poder Judicial, ni otra que prescinda por completo del ineludible control de éste de lo actuado por los árbitros.

Estos dispositivos se encuentran circunscritos a situaciones limitadas y extraordinarias, atendiendo a una serie de criterios: que el sometimiento a la vía arbitral, conlleva una renuncia a interponer los recursos que ordinariamente son admisibles contra una decisión emanada por los tribunales ordinarios; que, siendo las partes quienes designan a sus árbitros o encomiendan esta función a una institución, debe presumirse que éstos deben gozar de su confianza; que la justicia arbitral carece de un superior jerárquico ante quien se pueda pedir una nueva revisión por último, que la materia que se impugna es reducida, esto es, que únicamente pueden interponerse aquellos recursos o remedios previstos en el ordenamiento positivo, sin que quepa la eventualidad de que las partes encarguen un dispositivo distinto.

Más allá de su talante excepcional o no excepcional, ningún sistema jurídico puede prescindir, en efecto, del referido control jurisdiccional contándose para ello con un cauce casi exclusivo: la acción de anulación que es el medio de impugnación característico y específico del juicio arbitral, existente en la generalidad de legislaciones y conformador de una figura *sui generis* fundamentalmente distinta de las impugnaciones del proceso ordinario y sin parangón con las utilizadas contra las sentencias de los jueces. 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 en 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. Asimismo, desde esta acción unificadora las causales para impugnar el laudo por el cauce de la anulación en el marco de la sede donde se ha desarrollado el arbitraje coinciden esencialmente con las causales para denegar un laudo extranjero y están referidas, básicamente, a aspectos relativos a la validez extrínseca del laudo, a la manera como se condujo el procedimiento arbitral, al nombramiento de los árbitros, a las notificaciones, al derecho a la defensa, a la congruencia del contenido del laudo con lo pedido por las partes y a la no contradicción del orden público.

II. EXTENSIÓN Y LÍMITES DEL CONTROL JUDICIAL

1. Imposibilidad de una intervención revisora en cuanto al fondo

Con la imposibilidad de revisión de fondo por el juez, se garantiza el respeto a la autonomía de la institución arbitral dando sentido al funcionamiento de dicho principio y garantizando el respeto al efecto de cosa juzgada del laudo sobre la base del respeto por lo decidido por el árbitro. Su falta de acatamiento podría provocar la desconfianza de las partes que recurren al arbitraje en la desnaturalización de la institución mediante una intervención judicial demasiado agresiva, y opuestamente, un control sumario del laudo puede fomentar la impunidad en los casos en que el arbitraje sea utilizado fraudulentamente para escapar de la aplicación de leyes de policía, normas imperativas y, en general, de un orden público que más tarde no podrá ser examinado si la prohibición aísla al arbitraje en la inviolabilidad de su autonomía (24).

La regla de base es la imposibilidad de una intervención revisora del laudo por parte de la autoridad judicial en cuanto al fondo (*meritum causae*) y respecto a los eventuales errores *in indicando*; las decisiones de los árbitros están exentas de una censura ulterior en lo concerniente a la manera de apreciar los hechos o las pruebas, a la interpretación del Derecho material o a los extremos que han conducido a un determinado razonamiento jurídico. La singularidad que reviste obedece al hecho de que el juez no revisa las cuestiones de fondo que contenga el laudo, sino únicamente procede al control sobre la legalidad de las formas predispuestas. Por eso se ha llegado a afirmar que el sometimiento al arbitraje por las partes «es un riesgo que

merece la pena correr» (25). Consecuentemente, las consideraciones efectuadas por los árbitros en orden a la valoración de los hechos materia de la controversia, la interpretación de las normas aplicables o las conclusiones jurídicas que produzca son inamovibles, por más equivocadas que puedan aparecer.

En suma, el tribunal que entienda de la nulidad debe limitarse a revisar la forma y abstenerse de realizar cualquier consideración sobre el fondo del asunto, aun cuando tengan la convicción de que los árbitros han incurrido en errores de apreciación de los hechos, han aplicado erróneamente el Derecho, o han realizado una deficiente práctica de la prueba. No puede en ningún caso modificar lo decidido en el laudo porque dicha función, quiérase o no, fue asignada libremente por las partes de manera exclusiva a los árbitros; tal afirmación categórica encierra su apoyo en el propio convenio arbitral.

El papel de la jurisdicción ordinaria en su resolución queda limitado a emitir un juicio externo acerca de la observancia de las formalidades esenciales y sometimiento de los árbitros a los límites de lo convenido, dejando sin efecto en este punto lo que constituya exceso en el laudo, pero sin entrar en la mayor o menor fundamentación de lo decidido por el árbitro. Ello se extiende a la valoración de los hechos que delimitan la controversia y a la valoración de la prueba y a la valoración del Derecho aplicado por los árbitros. En definitiva, la decisión judicial acerca de la validez o la nulidad del laudo arbitral, no puede llegar a sustituir la decisión de fondo adoptada por los árbitros (26). Como expresa la EM 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. Ello es consecuencia necesaria de que la institución arbitral se asienta en la voluntad de las partes de someter sus diferencias a la decisión de los árbitros con exclusión de la intervención judicial». En términos muy expresivos el control debe circunscribirse al «resultado» del laudo (27).

Siguiendo esta orientación la jurisprudencia española ha manifestado una tendencia inequívoca al respecto confirmada por la jurisprudencia constitucional con anterioridad a la LA/1998, llegando incluso la STC 43/1988, de 16 de marzo a anular parcialmente una Sentencia del Tribunal Supremo por haberse excedido en su función toda vez que el sistema de anulación de un laudo arbitral ni le atribuye jurisdicción de equidad, «no sólo la originaria, exclusiva de los árbitros, ni siquiera la revisora del juicio de equidad en sí mismo»; y al haber procedido, a partir de tal intromisión, a la imposición de una condena «en un procedimiento inadecuado, sin alegaciones pertinentes de las partes, con violación, por tanto, de los principios de audiencia

y contradicción integrados en el derecho a la tutela judicial efectiva que garantiza el art. 24.1.º CE», a una infracción constitucional (28). Y esta tesis quedó reforzada, en relación con la supuesta indefensión por la imposibilidad de revisar el fondo del asunto por la jurisdicción ordinaria, tras el ATC 231/1994, de 18 de julio que entendió que tal circunstancia no concurría «porque, de lo contrario, la finalidad última del arbitraje, que no es otra que la de alcanzar la pronta solución extrajudicial de un conflicto, se vería inevitablemente desnaturalizada (...). Ciertamente que, con el actual sistema de fiscalización judicial, es posible la atribución de efectos idénticos a la cosa juzgada a laudos dictados en arbitraje de Derecho que, sin embargo, adolezcan de incorrecciones materiales. Con todo, ha de oponerse a lo anterior que queda garantizada, en todo caso, la corrección del laudo desde la perspectiva del Derecho constitucional sustantivo, habida cuenta de que es posible, por vía de la causa de anulación (...), conceptuar incorrecciones de esa naturaleza como contrarias al orden público» (29).

En su día, la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales, tras cierta tendencia a entrar en la revisión de fondo, ha ido confirmando esta tendencia rechazando que la acción de anulación presente semejanza alguna con el recurso de apelación (30) y aplicando restrictivamente las causales de la anulación.

En el FJ 4 de una de las sentencias controvertidas, la STSJ de 28 enero 2015, se sigue puntualmente el planteamiento que acaba de describirse, insistiendo en el carácter extraordinario del control judicial sobre el laudo, con abundante apoyo jurisprudencial y referencia expresa a la Exposición de Motivos de la LA. Pero en un momento determinado y se produce un cambio sorpresivo en el discurso y sin mayor explicación se afirma que «lo que decimos sobre el ámbito propio de la acción de anulación se compadece con una realidad innegable: que el orden público susceptible de protección ex art. 41.1.º.f) LA comprende tanto la tutela de los derechos y libertades fundamentales reconocidos en el Capítulo II del Título I de la Constitución, como, por imperativo incluso del Derecho de la Unión Europea, lo que se ha dado en llamar “orden público económico”, en el que se incluyen ciertas reglas básicas y principios irrenunciables de la contratación en supuestos de especial gravedad o singularmente necesitados de protección. A partir aquí la decisión abre la puerta a una preocupante revisión del fondo del laudo que, con el recurso a la referida noción de orden público, le conduce a la anulación del laudo controvertido. Dicho recurso obliga a realizar unas consideraciones en torno al alcance de esta noción en el marco de la acción de anulación, que realizaremos más abajo. Baste decir por ahora que la puerta abierta permite un FJ 5.º construido como

un genuino recuso de apelación, oponiendo a lo acordado por los árbitros la doctrina de la STS Pleno de la Sala Primera 20 enero 2014, para delimitar el alcance del principio de buena fe en la contratación de productos financieros complejos “desde el prisma de una inexcusable necesidad tuitiva: proteger la libre emisión del consentimiento a la hora de contratar tales productos por quienes no son profesionales de los mercados financieros”. Y, transcrita esta decisión casi en su integridad, dedica los FFJJ 6, 7 y 8 a comparar semejante doctrina con los fundamentos del laudo para mostrar su disconformidad y, como consecuencia de ello, anular el laudo, entre otras cosas porque su “motivación contraviene el orden público por arbitraria, ex art. 24.1.º CE, en el sentido de manifiestamente contraria a reglas legales imperativas; como sucede que, además, esas normas de *ius cogens* son expresión del principio general de buena fe contractual, y este principio, muy señaladamente en este tipo de contratos y con esta clase de contratantes —supra FJ 4—, es cuestión de orden público, también se aprecia la causa de anulación del art. 41.1.f) LA por esta circunstancia añadida”».

Como quiera que el razonamiento de la sentencia controvertida es propio de un recurso de anulación no procede entrar en la bondad de los argumentos que, al parecer, son discutibles (31). La cuestión es la improcedente revisión del fondo del asunto y la alarma provocada con ella. Lo más grave es que esta doctrina ha sido reafirmada por las posteriores SSTSJ Madrid de 6 abril y 14 2015, esta última al anular un laudo arbitral sobre contratación de swap que era favorable a la entidad financiera, al considerar que el laudo vulneraba postulados fundamentales en la contratación de productos financieros complejos.

2. Verificación equilibrada de la causal de orden público

Otro elemento en el que reposa la confianza en la institución arbitral, íntimamente vinculado con la imposibilidad de revisión del fondo del laudo es la verificación equilibrada de la no vulneración del orden público que a dichos órganos corresponde de conformidad con el art. 41.1.º.f) LA. Dicho carácter se fundamenta en tres elementos. En primer lugar, en su carácter taxativo que obliga a interpretar la noción de manera restrictiva (32). En segundo lugar, en la necesidad de que esta causal sea expresamente alegada y probada por quien interpone la acción, según corresponda, salvo cuando la ley autorice expresamente al poder judicial a aplicar de oficio alguna causal, y ello no ocurre cuando la impugnación se limita a meras apreciaciones subjetivas de las relaciones que fueron sometidas a la decisión arbitral. Por último, el orden público debe infringir los princi-

pios básicos y esenciales del ordenamiento jurídico, lo que incluye preferentemente la vulneración de los derechos fundamentales y libertades públicas garantizadas constitucionalmente, tanto en lo que concierne a las garantías jurídicas, como a las garantías y principios esenciales de procedimiento.

La puesta en práctica de estos elementos conduce a conferir un papel reducido a esta causal que limite su operatividad, en congruencia con su naturaleza, a los supuestos verdadera y realmente excepcionales (33). Por consiguiente, el juez debe limitarse a controlar el resultado del laudo verificando si los árbitros han sido conscientes de que existía un problema de orden público descartado el examen de su motivación y sin que sea necesario entrar a verificar cómo han resuelto los árbitros el problema. Dicho en otros términos, el juez no puede examinar la exactitud de la motivación del laudo a partir de la noción de orden público. De esta suerte, el orden público no puede ser utilizado como comodín para anular un laudo con cabe en eventuales errores del árbitro (34).

Frente a este planteamiento consolidado la STSJ Madrid 28 enero 2015 incurre, a partir del control de orden público económico sobre el laudo, en una manifiesta revisión de fondo del asunto en toda su amplitud sustituyendo el papel del árbitro en la solución de la controversia, inmiscuyéndose en la conformidad de la decisión adoptada por el árbitro, deslegitimando la institución arbitral y provocando la desconfianza de las partes que recurren al arbitraje. Es más, adopta una posición maximalista soslayando la prohibición de revisión del fondo del asunto en lo que respecta al orden público para verificar si realmente se han respetado en el arbitraje los principios de orden público o normas imperativas de importancia trascendental para el foro a través del control de todos los elementos de hecho y Derecho que permitan contrastar si realmente se han aplicado o inaplicado y, en su caso, cómo se ha hecho. Lo que, como resulta manifiesto, supone no sólo controlar el resultado, sino también la motivación.

3. Inexistencia de una segunda instancia

No existe, pues, una «segunda instancia» en el sentido de que un órgano superior jerarquía pueda pronunciar una nueva decisión en la que se altere lo acordado por los árbitros; el recurso de anulación no da lugar a la intervención del Poder Judicial como una segunda instancia por lo que posee un contenido radicalmente diverso del recurso de apelación (35). La consecuencia es que la actuación del juez nunca podrá entrañar un análisis del contenido del laudo o una nueva valoración de las periciales y otras pruebas que evidencien un error en la apreciación del

árbitro (36); es decir, no cabe la eventualidad de pronunciar una decisión en sentido diverso al establecido en la vía arbitral por lo que no podrá examinar de nuevo los argumentos sustentados por cada una de las partes, los medios probatorios, el sustento de la decisión, la aplicación del Derecho o la corrección del procedimiento, es decir, todo lo actuado en la vía arbitral (37). Como pusiera de relieve el ATSJ País Vasco CP 1.ª 19 abril 2012

«Los Tribunales nacionales en la fase de control postarbitral tengan el deber de actuar con extrema cautela y efectiva conciencia de sus limitaciones, evitando convertir los procedimientos llevados a cabo en el reconocimiento y ejecución o ante un eventual recurso de anulación en una segunda instancia, cayendo en el error de identificar el examen del laudo arbitral con el recurso ordinario de apelación donde se permite la revisión de lo decidido en primera instancia, o en un recurso de casación que en la práctica nos devolvería a los esquemas ya superados del control del laudo a través de un medio extraordinario de impugnación por infracción de ley o doctrina legal» (38).

Cabe insistir en que el recurso de anulación no es una segunda instancia del proceso arbitral, las determinaciones del árbitro tanto en cuanto a los hechos materia de la controversia como a la interpretación que haga del Derecho aplicable y las conclusiones jurídicas a las que llegue, por más erradas que éstas pudieran estar, son inamovibles.

La interpretación de las normas relacionadas con la anulación son indicativas de la defensa y la preservación de la autonomía de la voluntad, en cuanto que se impide al magistrado de la jurisdicción ordinaria, entrar al fondo de la cuestión controvertida que ha sido sometida a decisión arbitral; por eso las causales que la generalidad de las legislaciones establecen son muy precisas y se refieren básicamente a aspectos formales. La finalidad última del arbitraje, que no es otra que la de alcanzar la pronta solución extrajudicial de un conflicto, se vería inevitablemente desnaturalizada, ante la eventualidad de que la decisión arbitral pudiera ser objeto de revisión en cuanto al fondo. Una revisión del fondo por parte de los tribunales estatales atentaría contra el principio a la eficacia de la justicia arbitral y, si se tratase de un arbitraje internacional, iría en contra de lo dispuesto en las convenciones internacionales del arbitraje comercial vinculantes para el Estado en cuestión. Dando esto por sentado, la revisión del laudo por el cauce de la acción de anulación es una actividad absolutamente desgajada de los actos que le dan origen, porque si las partes encomiendan su problema a la decisión de otros en quienes confían, esa pérdida de fe no puede fundarse en la contingencia de una decisión que les resulta hipotéticamente

desfavorable. La interpretación del contrato es facultad exclusiva del tribunal arbitral, sin que a través de la acción de anulación se pueda entrar a valorar lo acordado por éste salvo que el razonamiento efectuado fuera absurdo, arbitrario, ilógico o ilegal.

La impugnación por nulidad, como hemos indicado, es distinta e independiente de la revisión por apelación que pudiese fijarse contra el laudo. En la nulidad se intenta ni más ni menos que revocar el pronunciamiento arbitral por carecer de los requisitos que la legislación impone, y como es lógico, los medios de impugnación no resultan disponibles por las partes al fundarse en cuestiones de orden público; por el contrario, en la apelación lo que se pretende es que el órgano superior revise lo decidido por los árbitros en el laudo, con facultades para confirmarlo, modificarlo o revocarlo entrando directamente en el fondo del asunto. El cometido de la jurisdicción ordinaria queda circunscrito, pues, a emitir un juicio externo acerca de la observancia de las formalidades esenciales y sometimiento de los árbitros a los límites de lo convenido, dejando sin efecto en este punto lo que constituya exceso en el laudo, pero sin entrar en la mayor o menor fundamentación de lo decidido por el árbitro; esto es debe incidir esencialmente en errores *in procedendo*, de suerte que la cuestión de fondo o, mejor, su motivación sólo podrá ser impugnada de manera indirecta en función de una eventual anulación de contenido en todo caso garantista o en función de la inobservancia de las garantías de la instancia arbitral, puesto que la impugnación por violación de las reglas de Derecho sólo es consentida a través de la propia inobservancia de la garantías que en la emisión del laudo deben observar los árbitros en cuanto al respeto al orden público. La acción de nulidad da lugar a un juicio de control *a posteriori* sobre la presencia de los presupuestos y de los caracteres funcionales y formales que la ley exige para la eficacia y validez de los procedimientos y de las decisiones arbitrales.

Quede bien claro que la revisión no podrá corregir las eventuales deficiencias que pueda entrañar la decisión de los árbitros, ni interferir en el proceso de su elaboración; por tal motivo no son de recibo las consideraciones de las partes en torno a la ausencia de justicia del laudo o a las deficiencias de lo razonado para alcanzar el fallo. La acción de anulación tiene por objeto revisar únicamente la validez del laudo... esto es que el Juez se encuentra limitado a revisar la forma mas no el fondo de la materia sometida a arbitraje.

En consecuencia, se excluye el control del fondo del laudo y de su firmeza desde el momento en que se pronuncia. Al hilo de esto la LMU ha tenido la virtud de mejorar

esa situación de particularismo legislativo que continúa siendo motivo de grave preocupación para los operadores del arbitraje comercial. La primera medida de mejora consiste en admitir solamente un tipo de recurso, con exclusión de cualesquiera otros establecidos en otra ley procesal del Estado de que se trate. La segunda medida de perfeccionamiento introducido por esta disposición es el establecimiento de una lista taxativa de motivos por los que el laudo puede ser anulado por el juez nacional; en dicha lista cabe apreciar una huella de la tradicional distinción entre vicios *in iudicando* y vicios *in procedendo*, pues aunque son éstos los que ocupan un papel protagonista no cabe duda que la invocación al orden público incluye, si bien con un carácter muy restringido, a los primeros. La anulación se configura así como un juicio externo en el que la resolución a que da lugar deniega la impugnación o se limita a anular el laudo que ha infringido los supuestos legales de su configuración o el sometimiento del árbitro a los límites de lo convenido, pero en ningún caso la decisión sustancial.

4. Carácter tasado de los motivos de anulación

Existe una tendencia hacia la distinción entre el ámbito jurisdiccional de la controversia y el ámbito arbitral, puesta de relieve en las maniobras tendentes a la impugnación de los laudos arbitrales a través de la jurisdicción ordinaria. Es cierto que las legislaciones suelen establecer causales muy similares dentro del único procedimiento jurisdiccional contra el laudo arbitral, que es el recurso de anulación, pero la determinación de su alcance en extraordinariamente variable en una visión comparada de la práctica que en ocasiones cuestionan el carácter de *numerus clausus* de las causales de anulación legalmente previstas permitiendo una indeseable injerencia de los Tribunales estatales en su función controladora que debe tener un carácter de excepcionalidad. En los sistemas que, como el español, han elegido el establecimiento de una única instancia de impugnación esta última se articula a partir de una serie de causales de carácter tasado (39). La limitación de las causas de anulación del laudo arbitral a las estrictamente previstas en el art. 41 LA/2003, restringe considerablemente la intervención judicial en este ámbito (40). El control que el juez ejerce sobre el laudo arbitral en el recurso de anulación es, en realidad, una retrospectiva sobre la historia de un arbitraje. Cronológicamente, siguiendo el tenor del referido art. 41 la revisión comienza en el inicio mismo del proceso: el convenio arbitral y su puesta en marcha. Seguidamente, se aprecia la regularidad del nombramiento del tribunal arbitral y de las notificaciones

de demanda y reconvención, si la hubiere. A continuación, el interés se centra en la adecuación a los principios esenciales que deben regir, en todo caso, el procedimiento arbitral; señaladamente de los principios de igualdad (41), audiencia (42) y contradicción (43) del procedimiento arbitral (art. 24), teniendo en cuenta que no toda infracción del procedimiento arbitral es susceptible de entrañar la anulación del laudo, sino únicamente aquella que implique contravención a los referidos principios (44). Posteriormente, la atención recae sobre el laudo arbitral ya dictado, que debe ser coherente con las peticiones planteadas (45) por las partes; firme en el sentido expuesto de no anulado ni recurrido (46) y no contrario al orden público (47). Por último el control se extiende a que los árbitros hayan resuelto sobre cuestiones no susceptibles de arbitraje.

El fundamento de este *numerus clausus* reposa en el contenido rescisorio que posee la acción de anulación; por ende, no puede establecerse de manera abstracta el carácter rescisorio de la cosa juzgada inherente al laudo arbitral, pues se crearía una inequívoca situación de inseguridad jurídica (48). Dicho en otros términos, la impugnación del laudo no puede basarse en cualquier causa a la que, a criterio el recurrente, quepa anular consecuencias invalidatorias de lo actuado para-jurisdiccionalmente, sino que habrá de descansar de modo necesario en alguno de los supuestos que se enumeran en cada Ley de arbitraje. Por tanto, sólo podrán ser anulados en los casos expresamente previstos en la Ley cuando el recurso es presentado dentro del plazo establecido. Si este efecto se produce por causa distinta a las taxativamente previstas se está desconociendo el efecto de la cosa juzgada que la Ley otorga al laudo arbitral y la tutela judicial efectiva del beneficiado por él. De lo contrario, se vulneraría, además, el efecto de cosa juzgada del laudo, constitucionalmente reconocido. El derecho a la tutela judicial efectiva requiere que tanto las decisiones judiciales firmes como los laudos se cumplan, no pudiendo los órganos judiciales dejar sin efecto estos o aquellas, fuera de los cauces taxativamente previstos por las leyes de arbitraje.

Desde otro punto de vista las causales, que se repiten en la generalidad de las leyes de arbitraje, pueden clasificarse en dos grupos: de un lado, los que se vincular directamente al contenido del convenio de arbitral —inexistencia o invalidez del convenio e inarbitrabilidad de la materia litigiosa resuelta por los árbitros—; y de otro lado, los que suponen una infracción de las reglas esenciales del procedimiento arbitral—indebida notificación de la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales, resolución por los árbitros de cuestiones no sometidas a su decisión, designación de los árbitros

o desarrollo del procedimiento arbitral sin ajustarse al acuerdo de las partes o, en su defecto, a la Ley.

Dentro de la línea jurisprudencial que motiva este comentario la STSJ Madrid 13 noviembre 2014 se aparta de la doctrina expuesta más arriba en dos direcciones y preocupantes. De un lado, desoye el mandato contenido en el art. 41 y aplica de oficio una causal no alegada por la parte. De acuerdo con este precepto el laudo «sólo podrá ser anulado cuando la parte que solicita la anulación alegue y pruebe» las de causales establecidas, correspondiendo al tribunal arbitral considerar de oficio únicamente las contenidas en las letras b) (que no ha sido debidamente notificada de la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales o no ha podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos), e (que los árbitros han resuelto sobre cuestiones no susceptibles de arbitraje) y f) (que el laudo es contrario al orden público). En el caso enjuiciado la parte solicitante de la anulación, reconociendo que su pretensión no estaba amparada en los motivos tasados previstos en la LA, alegó como motivo una causal no prevista legalmente cual era la ausencia de imparcialidad de la institución administradora del arbitraje y para ello la subsumió dentro del art. 41.1.º f), esto es, contravención del orden público, por estar comprometido un derecho constitucionalmente protegido, pero sin identificar de qué derecho se trataba a lo largo del proceso arbitral. Pese a estos endeble argumentos la anulación fue acordada por la decisión comentada porque «en virtud del *iura novit curia*, la Sala entiende que la nulidad del laudo debe acordarse al amparo del art. 41.1.º.a) LA (inexistencia o invalidez del convenio arbitral)..., porque la infracción del principio de igualdad, *in casu*, no se manifiesta tanto en la sustanciación del procedimiento arbitral, como en la conformación misma del convenio, que defiende el arbitraje a una institución a la que encomienda su entera administración». Tal proceder, ignorando que la causal elegida no fue alegada por la parte y que el Tribunal no podía invocarla de oficio de oficio, constituye otro preocupante alejamiento de la ortodoxia que debe presidir la anulación de un laudo por el juez.

Curiosamente esta ortodoxia si se observa en el voto particular discrepante del presidente de la Sala, Francisco Javier Vieira Morante a la STSJ Madrid 14 abril 2015, por entender que los posibles fallos u omisiones del laudo no suponen causa de los supuestos tasados del art. 41 LA. Según el magistrado, para que los motivos alegados tengan encaje en el art. 41.1.º f) LA, nulidad por vulneración del orden público, deben tener incidencia en algún derecho fundamental o libertad pública, entre ellos el derecho a la tutela



judicial efectiva, pero, no puede equipararse en cuanto a la motivación de la resolución la valoración errónea o inadecuada con la valoración irracional. Insiste además en que el proceso de anulación de laudos arbitrales no permite «el reexamen de las cuestiones de fondo debatidas», no se trata pues de un recurso de apelación.

5. Medio de impugnación extraordinario

En España la anulación de un laudo arbitral se «configura como un medio de impugnación extraordinario, con motivos tasados de corte casacional restringido y *sui generis*; y en el que el control jurisdiccional que pueda hacerse de la actividad del tribunal arbitral es muy limitado, sin que pueda analizarse la justicia del laudo o el modo más o menos acertado de resolver la cuestión litigiosa en cuanto a la aplicación de la ley material; pues los repetidos motivos no permiten al órgano jurisdiccional entrar a conocer del fondo del asunto, lo que es lógico dado que las partes prefirieron someter su contienda al juicio de los árbitros» (49). Sin embargo el laudo arbitral puede producir lesiones a la tutela como consecuencia de sus efectos de cosa juzgada, esto es, por la inexistencia de cauces procesales de impugnación que permitan modificar su contenido y, por tanto, no puede ser ajeno a la misma. La equivalencia jurisdiccional del arbitraje, al alcanzar las partes a partir de él objetivos similares que los que conseguirían ante los tribunales de justicia, tiene sus límites en lo que la ley de cada país permite.

La intervención judicial de la acción de anulación del laudo no es otra cosa que una manifestación del ejercicio de control del arbitraje por la jurisdicción. Dicho control

no se extiende al contenido del laudo, sino a la constatación de que este se ha dictado con regularidad y con la observancia de las prescripciones legales.

La STJCE 26 octubre 2008, as. C-168/05: *Mostaza Claro*, afirmó a este respecto que: «Las exigencias relativas a la eficacia del procedimiento arbitral justifican que el control de los laudos arbitrales tenga carácter limitado y que sólo pueda obtenerse la anulación de un laudo en casos excepcionales. No obstante, en la medida en que un órgano jurisdiccional nacional deba, en aplicación de sus normas procesales internas, estimar un recurso de anulación de un laudo arbitral basado en la inobservancia de normas nacionales de orden público, también debe estimar tal recurso basado en la inobservancia de las normas comunitarias de este tipo».

Frente a otros sistemas más abiertos al control judicial en los denominados laudos interlocutorios la LA/2003 se ha inclinado por limitar al máximo la intervención de la jurisdicción, reservándose para la acción de anulación; y ello, a diferencia de lo que ocurre con el art. 13.3.º LMU que prevé el recurso inmediato al juez, si el tribunal arbitral desestima una recusación esta decisión sólo podrá atacarse al impugnar el laudo definitivo (art. 18.3.º LA/2003) (50). Dicho en otros términos, la LA/2003 se ha inclinado decididamente por eliminar la posibilidad de admitir recursos judiciales contra las decisiones de los árbitros aunque existen algunas excepciones. En el caso de que la decisión de los árbitros sobre su propia competencia fuera desestimatoria de las excepciones relativas a la existencia o a la validez del convenio arbitral o cualesquiera otras cuya estimación impida entrar en el fondo de la controversia, y se adoptase

con carácter previo, el ejercicio de la acción de anulación contra dicha decisión no suspenderá el procedimiento arbitral (art. 22 LA/2003). Asimismo, a las decisiones arbitrales sobre medidas cautelares, cualquiera que sea la forma que revistan, «les serán de aplicación las normas sobre anulación y ejecución forzosa de laudos» (art. 23.2.º LA/2003).

IV. MADRID PLAZA APROPIADA PARA EL ARBITRAJE

Tras una dogmática arraigada en España en torno el control judicial de los laudos a través de la acción de anulación, la reciente doctrina emanada de la Sala Primera del Tribunal Superior de Justicia de Madrid ha roto 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, causando la natural alarma en

los medios arbitrales. No en vano en Madrid operan varias instituciones administradores de arbitraje que desempeñan su función con profesionalidad y eficacia y que en Madrid comienza a imponerse como una importante plaza para el arbitraje comercial internacional. El desarrollo del arbitraje, tanto interno como internacional, precisa de una sintonía entre árbitros y jueces y la pieza maestra del sistema es el control jurisdiccional del laudo. Indiscutida la importancia del control de los laudos, éste debe ejercerse de acuerdo a unos cauces que no pueden soslayarse por soluciones coyunturales y sorpresivas. Tanto más cuando las opciones no coinciden con las líneas seguidas en otras instancias jurisdiccionales españolas y, además, no se adoptan por unanimidad. Tampoco es comprensible una actitud agresiva y apriorísticas contra los árbitros o las instituciones arbitrales. En todas las sedes de arbitraje del mundo se anulan laudos arbitrales y ello no es motivo de preocupación si tal proceder tiene el suficiente apoyo legal y jurisprudencial. Y ello con

independencia que algunos fallos no sean de aceptadas de manera unánime por los operadores del arbitraje. Pero el caso descrito desborda ampliamente esta práctica habitual.

La alarma de esta jurisprudencia madrileña, en clara oposición con la mantenida por otros Tribunales Superiores de Justicia y con la de los Tribunales de las principales sedes de arbitraje, llama a la reflexión. Los encuentros entre jueces y árbitros deberían generalizarse para lograr un clima de entendimiento. En el último de ellos, que tuvo lugar en Madrid el pasado noviembre con los la presencia de muchos de los protagonistas implicados, se propugnaba aunar esfuerzos para ofrecer a los operadores económicos mecanismos de solución de controversias, rápidos, eficaces y garantes de la seguridad jurídica. Semejante aspiración ha contado al parecer con poco éxito. Conviene pues insistir en ella reforzando la idea de que jueces y árbitros son aliados naturales en la resolución de las controversias comerciales. ■

NOTAS

(1) B. CREMADES, «La función jurisdiccional de apoyo y control del arbitraje», Ponencias del Segundo Congreso Internacional de Arbitraje (M. CASTILLO FREYRE, ed.), Lima, 2009, págs. 567-593, esp. pág. 577.

(2) Y. DERAIS, «France as a Place for International Arbitration», *The Art of Arbitration. Liber Amicorum Pieter Sanders*, Deventer, 1982, págs. 112-114. S. JARVIN, «London as a Place for International Arbitration: Some Observations in Light of the Arbitration Act 1979 and the Bank Mellat v. Helleniki Techniki Case», *J. Int'l Arb.*, vol. 1, 1984, págs. 59-71; R.E.E. GOODMAN, «Choosing a Place for International Arbitration: the New York Option», *J. Int'l Arb.*, vol. 2, núm. 2 1985, págs. 39-52; M. STORME, «Belgium: A Paradise for International Commercial Arbitration», *Int'l Bus. Lawyer*, 1986, págs. 294-295; L. ANGLADE, «Ireland as a Place for International Arbitration», *Am. Rev. Int'l Arb.*, vol. 12, núm. 2, 2001, págs. 263-278; A. CHAN y A. WOODWARD, «Singapore as a Place for Arbitration: Recent Developments», *Arbitration*, vol. 69, núm. 1, 2002, págs. 10-23; J. H. CARTER, «Choosing the Place of Arbitration: New York, Practising Law Institute», *Int'l Arb.*, vol. 1, 2009, págs. 133-164; S. MORGAN, «Choosing the Place of Arbitration: London Practising Law Institute», *ibid.*, págs. 107-130; U. DRAETTA, «Italy as a Place for International Arbitration: the Myths of the «Italian Torpedo», the «Irritua» Arbitration et alia», *Rev. dr. aff. intern.*, 2013, núm. 2, págs. 159-165.

(3) H. VERBIST, «The Practice of the ICC International Court of Arbitration with Regard to the Fixing of the Place of Arbitration», *Arb. Int'l*, vol. 12, núm. 3, 1996, págs. 347-357.

(4) En el caso de México tras el asunto Radio Centro. Vid. F. GONZÁLEZ DE COSSÍO, «El Caso Infored v. Grupo Radio Centro El Quijote Mexicano», *Spain Arbitration Review: Revista del Club Español del Arbitraje*, núm. 12, 2011, págs. 17-24.

(5) J. C. FERNÁNDEZ ROZAS, «El arbitraje comercial internacional entre la autonomía, la anacionalidad y la deslocalización», *Revista*

Española de Derecho Internacional, vol. LVII, 2005, págs. 605-637.

(6) Se utiliza en este trabajo la recopilación de J. M. BENEYTO, J. C. FERNÁNDEZ ROZAS, G. STAMPA, y E. VERDERA TUELLS, *Jurisprudencia Española de Arbitraje: 60 Años de Aplicación del Arbitraje en España*, Cizur Menos, Aranzadi, 2013. En adelante JEA.

(7) Siguiendo la redacción de la LA/1988 el art. 8.5.º LA/2003 determinó que «Para conocer de la acción de anulación del laudo será competente la Audiencia Provincial del lugar donde aquél se hubiere dictado». Con ello se produjo un cambio sustancial en la práctica español al trasladar la competencia del Tribunal Supremo a las Audiencias provinciales.

(8) En las plazas principales de anulación de laudos, como Madrid o Barcelona, llegó a esperarse hasta tres y cuatro años para contar con una respuesta a la acción de anulación con la consiguiente protesta de los operadores del arbitraje que insistieron por aquellos años en la conveniencia de designar unas Salas especiales en las Audiencias Provinciales, para conseguir abreviar los plazos y lograr una unidad de criterios, argumentando que tal solución existe en las plazas internacionales habituales del arbitraje como París. De hecho en Barcelona se designó la Sala Decimoquinta para realizar estos menesteres.

(9) Concretamente, se ha dado una nueva redacción al párrafo 5.º del art. 8 LA/2003, según la cual «Para conocer de la acción de anulación del laudo será competente la Sala de lo Civil y de lo Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma donde aquél se hubiere dictado». Dicho texto debe ponerse en relación con la nueva letra c) añadida al párrafo 1.º del art. 73 LOPJ que introdujo la LO 5/2011, de 20 de mayo complementaría de la referida Ley 11/2001, que especifica que la Sala Civil y Penal del TSJ conocerá «De las funciones de apoyo y control del arbitraje que se establezcan en la ley, así como de las peticiones de exequatur de laudos o resoluciones arbitrales extranjeros, a no ser que, con arreglo a lo acordado en los tratados o

las normas de la Unión Europea, corresponda su conocimiento a otro Juzgado o Tribunal».

(10) También se resolvió el interrogante de si debían atribuirse las acciones de anulación a las secciones especializadas en lo Mercantil de las Audiencias, caso de existir, o a cualquiera de sus secciones, o incluso a los Juzgados de lo Mercantil por virtud del art. 86 ter g) LOPJ.

(11) A. FERNÁNDEZ PÉREZ, «Una nueva etapa de la intervención jurisdiccional en el arbitraje», *Arbitraje. Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, vol. 5, núm. 1, 2012, págs. 149-168.

(12) M. CONTHE, «Swaps de intereses: la STSJ de Madrid de 28 de enero de 2015», *Diario LA LEY*, núm. 8515, Sección Doctrina, 9 de Abril de 2015, Ref. D-138; G. GIMÉNEZ BLANCO, «Arbitraje y orden público: no es esto, no es esto», *El Confidencial*, http://blogs.elconfidencial.com/economia/tribuna/2015-03-27/arbitraje-y-orden-publico-no-es-esto-no-es-esto_742733/. A lo que se unen ciertos titulares de carácter sensacionalista como, «Un juez anula por primera vez un laudo por su contenido», *Expansión*, viernes 10 abril 2015, pág. 35.

(13) Esta posición contraria a la eliminación del control aduce que una cosa es dar a las partes la posibilidad de que sean ellas mismas las que deciden si quieren o no renunciar al recurso de anulación y otra muy distinta imponer la renuncia sin necesidad de acuerdo previo de la misma, al igual que acontece con los arbitrajes imperativos o forzosos. En determinados círculos jurídicos como en Francia (F. J. MONTERO y F. BEDOYA, «La renuncia a la acción de anulación en la nueva Ley de arbitraje francesa», *Revista del Club Español del Arbitraje*, núm. 11, 2011, págs. 145-152), Suiza, Perú o República Dominicana la posibilidad de renuncia se admite bajo ciertas condiciones.

(14) B. M. CREMADES y A. MARTÍN BLANCO, «El pacto de renuncia o de ampliación de los motivos de la acción de anulación del laudo arbitral internacional en España», *Revista del Club Español del Arbitraje*, núm. 3, 2008, págs. 5 ss., esp. pág. 12.

(15) AC 2006\353.

(16) C. M. SCHMITTHOFF, «Finality of Arbitral Awards and Judicial Review», *J.D.M. Lew (ed.)*,

Contemporary Problems in International Arbitration, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1987, págs. 230-241.

(17) Cf. B. CREMADES e I. MAGDALENA, «La abogacía desde la óptica de un árbitro internacional», *Arbitraje. Revista de Arbitraje Comercial de Inversiones*, vol. III, núm. 2, 2010, págs. 337-356, esp. pág. 342.

(18) En relación con el sistema francés vid. H. LECUYER, «Exercice abusif des voies de recours contre les sentences arbitrales: de quelques manifestations de l'ire du juge judiciaire», *Rev. arb.*, 2006, págs. 573-589.

(19) J. REMÓN REÑALVER, «Sobre la anulación del laudo: el marco general y algunos problemas», *Indret*, 2007, núm. 3. http://www.indret.com/pdf/444_es.pdf

(20) M. A. FERNÁNDEZ BALLESTEROS, «Acción de anulación del laudo», J. GONZÁLEZ SORIA (coord.), *Comentarios a la Nueva Ley de Arbitraje 60/2003*, de 23 de diciembre, Cizur Menor, Aranzadi, 2004, pág. 412.

(21) Vid. C. MARTÍN BRAÑAS, «La acción de anulación frente a laudos arbitrales: especial referencia a su tramitación procedimental», *Foro, nueva época (Facultad de Derecho. Universidad Complutense)*, núm. 3, 2006, págs. 113-157.

(22) R. HINOJOSA SEGOVIA, «De la anulación y de la revisión del laudo (arts. 40-43)», *Comentario a la Ley de Arbitraje*, Madrid, 2006, págs. 507-571, esp. 513.

(23) Como afirma C. R. DINAMARCO, «A prevalecer essa facilidade para a invalidação de sentenças arbitrais, poder-se-ia perguntar, como perguntou um juiz da Corte d'Apello de Gênova: "mas por que as partes recorrem à arbitragem, se sempre voltam a nós?"» (Cf. «Limites da Sentença Arbitral e de seu Controle Jurisdiccional», *Reflexões sobre arbitragem*, São Paulo, 2000, pág. 341).

(24) Vid. M.ª V. CUARTERO RUBIO, *El recurso de anulación contra el laudo arbitral en el arbitraje comercial internacional*, Madrid, Eurolex, 1997.

(25) S. LA CHINA, *L'arbitrato, il sistema e l'esperienza*, Milán, Giuffrè, 1995, 2.ª ed., 2004, p. xv.

(26) R. HINOJOSA, «La impugnación del laudo en la ley española de 2003», *Revista Peruana de Arbitraje*, n.º 3, 2006, pág. 374.

(27) P. MAYER, «La sentence contraire a l'ordre public au fond», *Rev. arb.*, 1994, núm. 4, págs. 615-652.

(28) JEA, núm. 752.

(29) JEA, núm. 747.

(30) SAP Barcelona 26 enero 1993, «Los recurrentes han pretendido con su recurso de nulidad, plantear un auténtico recurso de apelación, lo que escapa totalmente a la función jurisdiccional de este Tribunal... en el sentido de que no puede el Tribunal entrar en el estudio de las cuestiones sometidas a la decisión del árbitro, como ocurre en la apelación de una resolución judicial». En el mismo sentido la SAP Madrid de 10 de diciembre de 1996 resolvió, ante el cuestionamiento de lo actuado por el árbitros, «que no nos encontramos ante un recurso de apelación ordinario en el que la Sala debe ver de nuevo la totalidad del asunto como si fuera el órgano de primera instancia y analizar la indebida aplicación de las normas jurídicas al caso concreto (...), sino por el contrario la posición

de la Audiencia Provincial dentro del recurso de anulación del laudo se encuentra limitada a las causas de nulidad...». Vid. nota de S.B.V. en RCEA, vol. XIII, 1997, págs. 216-218. Vid., asimismo, SAP Granada de 25 enero 1999 y nota de S.B.V., *ibid.*, vol. XIV, 1999, págs. 164-166.

(31) Vid. la nota de M. CONTHE, «Swaps de intereses...», loc. cit.

(32) Según la SAP Barcelona 15.ª 11 marzo 2009, debe evitarse que el empleo de esta causal se convierta en «una herramienta que se ofrece al tribunal para hacer viable, como causa de nulidad, la mera discrepancia con el ejercicio de valoración probatoria que pertenece a la esencia de la labor decisoria asumida por el árbitro por encargo de las partes, cuando la misma no sea absurda ni manifestamente contraria a las reglas de la lógica», JEA, núm. 795.

(33) ATSJ País Vasco CP 19 abril 2012: «Lo que tan sólo es posible a partir de una concepción limitada del orden público y una determinación adecuada, una vez establecido lo que resulta controlable del laudo, de la intensidad con la que debe de ejercitarse el control», JEA, núm. 1175.

(34) J. M. MAGEE, «The Public Policy Exception to Judicial Deferral of Labor Arbitration Awards-How Far Should Expansion go?», *South Carolina L. Rev.*, vol. 39, 1988, págs. 464-492.

(35) SSAP Valencia 6.ª 6 y 13 enero 1996, JEA, nos 841, 987; SSAP Barcelona 15.ª 11 marzo y 30 junio 2009: «El control judicial enderezado a verificar la conformidad o contrariedad del laudo con el orden público no debe confundirse con una segunda instancia ni con una tarea propiamente jurisdiccional de revisión de la valoración de la prueba efectuada por el árbitro», JEA, nos 1023 y 1030.

(36) SAP Madrid 13.ª 24 mayo 2010, JEA, núm. 906.

(37) A. M. CHOCHÓN GIRÁLDEZ, *Los principios procesales en el arbitraje*, Barcelona, Bosch, 2000, pág. 211.

(38) ATSJ País Vasco CP 19 abril 2012, JEA, núm. 1175.

(39) Como apunta P. CLAROS ALEGRÍA, «aunque sea como forma de reconocimiento de la falibilidad humana, en principio es razonable que exista una vía de impugnación judicial de laudos arbitrales sobre motivos tasados», cf. «Acción de anulación del laudo», *Comentarios a la Nueva Ley de Arbitraje (R. HINOJOSA SEGOVIA, coord.)*, Barcelona, 2004, págs. 215-216.

(40) STSJ Madrid 1.ª 9 julio 2013, Cendoj: 28079310012013100054; JUR 2013\285008; TOL3.897.101.

(41) La SAP Madrid de 22 septiembre 1992 estimó que en el asunto considerado no se había observado la más mínima violación del principio de igualdad procesal, toda vez que se había respetado lo que tal principio establece, a saber «que las dos partes puedan utilizar los mismos medios de alegación o de oposición; que ambas puedan proponer las pruebas que crean puedan servir para justificar sus pretensiones y que el autor u el demandado puedan criticar y valorar las actuaciones practicadas», JEA, núm. 514.

(42) La SAP Barcelona de 13 marzo 1992 anuló un laudo arbitral por resultar de las actuaciones arbitrales por no haberse concedido a las partes el trámite de audiencia que constituye uno de los principios fundamentales del procedimiento arbitral. JEA, núm. 536.

(43) Tampoco consideró la SAP Madrid de 22 septiembre 1992 que las actuaciones arbitrales conculcaran el principio de contradicción entendido como «el derecho que cada persona tiene en el proceso de poder hacer alegaciones en contra de los hechos por la otra parte», aunque reconoce que este derecho está mucho más desarrollado en el proceso jurisdiccional que en el arbitral. JEA, núm. 514. Vid. en la misma dirección SAP Sevilla 5.ª 26 enero 2011, JEA, núm. 542.

(44) SAP Palma de Mallorca de 12 marzo 1990, JEA, núm. 402.

(45) La STS 17 julio 1989 ha precisado al respecto que «la sustitución de la función jurisdiccional del Estado por la privada establecida por las partes que se someten a un arbitraje de equidad no puede quedar bloqueada o inutilizada por una interpretación restrictiva contraria a la lógica más razonable y a la propia iniciativa de las partes en la resolución efectiva de sus discrepancias, permitiendo al socaire de una infundada interpretación literal del compromiso el ejercicio de una acción de nulidad en la que lo que en realidad se combate es la fundamentación jurídica de la resolución arbitral de la que disiente la parte recurrente...». JEA, núm. 919.

(46) Es la perspectiva del art. 34 de la Ley modelo, que establece un control riguroso pero adaptado a la realidad del arbitraje como procedimiento. Vid. en general, A. BROCHES, *Commentary on the Uncitral Model Law on International Commercial Arbitration*, Deventer, 1990, págs. 234 ss.

(47) A partir del razonamiento general efectuado por la STC 43/1986, de 15 de abril en torno a la acción orden público en el exequátur de sentencias extranjeras, la SAP Madrid de 10 abril 1992 resume el con precisión el ámbito del orden público en este sector en el sentido de que sus perfiles «vienen definidos en nuestra norma fundamental, cuyo interprete máximo no puede ser otro que el Tribunal constitucional, con arreglo a cuyas declaraciones debemos entender que para que un laudo arbitral sea atentatorio al orden público, será preciso que vulnere los derechos y libertades fundamentales reconocidos en el Capítulo II del Título I de nuestra Constitución». Vid. en el mismo sentido SAP Madrid de 22 septiembre 1992.

(48) S. BARONA VILAR, «Art. 41», en S. BARONA VILAR, coord., *Comentarios a la Ley de arbitraje (Ley 60/2003, de 23 de diciembre)*, Madrid, 2004, pág. 1.366.

(49) Este obiter dictum se recoge, entre otras decisiones, en SAP Pontevedra 5 abril 2000, RTC 1993\288, SSAP Madrid 25.ª, 26 julio 2005 y 17 noviembre 2008, JEA, núm. 792, AAP Madrid 25.ª 7 junio 2011, JEA, núm. 808.

(50) La SAP Madrid de 17 enero 2003 es sumamente explícita al respecto: «La Ley de arbitraje [de 1988] no establece el procedimiento que ha de seguirse a la hora de sustanciar la recusación del árbitro, pudiendo inferirse del art. 18 que tal pretensión ha de formularse ante el propio órgano arbitral y que la decisión del mismo denegatoria de la pretensión es revisable por la Jurisdicción Ordinaria a través de la anulación del laudo. Ante este vacío y las referencias que el art. 12 hace a la LOPJ en cuanto a las causas de recusación, ha de entenderse aplicable a estos supuestos el primer inciso del art. 223 de la citada Ley en cuanto sienta el principio de que la recusación deberá de hacerse valer tan pronto se conozca la causa que la motive, lo que comporta el ejercicio de la inmediata opción, una vez conocida la existencia de causas de recusación».