

**Centro Internacional de Arbitraje, Mediación y Negociación  
Instituto Universitario de Estudios Europeos  
Universidad CEU San Pablo  
Madrid**

**Arbitraje  
Revista de arbitraje  
comercial y de  
inversiones**

**volumen VIII**

**2015 (3)**

**Iprolex, S.L.**

ISSN: 1888-5373

Depósito legal: M-6394-2008

Impreso en España – Printed in Spain

---

Torreblanca Impresores. Paseo Imperial, 57, 28005 Madrid (España)

## ***Dirección***

### **Evelio Verdera y Tulles**

Catedrático emérito de Derecho mercantil de la Universidad Complutense de Madrid. Académico de número de la Real Academia Española de Jurisprudencia y Legislación

### **José Carlos Fernández Rozas**

Catedrático de Derecho internacional privado de la Universidad Complutense de Madrid. Asociado del *Institut de Droit International*

## ***Consejo Editorial***

### ***Presidente***

#### **José María Beneyto**

Catedrático de Derecho internacional público de la Universidad CEU – San Pablo (Madrid).  
Socio de Gómez Acebo – Pombo, Abogados

#### **José M<sup>a</sup> Alonso Puig**

Managing partner, Baker & McKenzie  
Madrid S.L.P.

#### **Alberto Bercovitz Rodríguez–Cano**

Catedrático de Derecho mercantil de la UNED. Alberto Bercovitz Abogados

#### **Faustino Cordón Moreno**

Catedrático de Derecho procesal de la Universidad de Alcalá de Henares. Consejo Académico de Gómez–Acebo–Pombo

#### **Bernardo Cremades Sanz–Pastor**

Socio Fundador de Cremades y Asociados

#### **Siegfried H. Elsing**

Socio de Orrick, Herrington & Sutcliffe LLP  
Dusseldorf, Alemania)

#### **Juan Fernández Armesto**

Profesor Ordinario de Derecho mercantil de la Universidad Pontificia de Comillas –ICADE. Armesto–Asociados

#### **Antonio Hernández–Gil Álvarez–Cienfuegos**

Catedrático de Derecho civil de la UNED. Decano del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid

#### **Antonio Hierro**

Abogado del Estado. Socio de Cuatrecasas Gonçaves Pereira

#### **Rafael Hinojosa Segovia**

Profesor titular de Derecho procesal de la Universidad Complutense de Madrid.

#### **Rafael Illescas Ortiz**

Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad Carlos III de Madrid. Abogado

#### **Fernando Mantilla Serrano**

Partner in Shearman–Sterling’s International Arbitration Group (París)

#### **Pedro J. Martínez Fraga**

Partner, Bryan Cave LLP (Miami)

#### **Alexis Mourre**

Vicepresidente de la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI. Partner of Castaldi Mourre–Partners (París)

#### **Luis M. O’Naghten**

Chair, International Litigation & Arbitration Practice (Miami)

#### **Manuel Olivencia Ruíz**

Catedrático Emérito de la Universidad de Sevilla. Vicepresidente de Cuatrecasas, Gonçaves Pereira

#### **Pilar Perales Viscasillas**

Catedrática de Derecho mercantil de la Universidad Carlos III de Madrid. Representante de España en la Uncitral

#### **Leonel Pereznieta Castro**

Catedrático de Derecho internacional privado de la UNAM (México). Jáuregui y Navarrete, S.C. (México)

#### **Francisco Ramos Méndez**

Catedrático de Derecho procesal de la Universidad de Barcelona. Ramos–Arroyo

#### **Jesús Remón Peñalver**

Abogado del Estado. Director del Área de Derecho público, Procesal y Arbitraje del Despacho Uría–Menéndez

#### **Andrés Rigo Sureda**

Ex Vicepresidente Jurídico Adjunto del Banco Mundial. Abogado y Árbitro internacional

#### **Juan Serrada Hierro**

Abogado del Estado. Presidente de la Corte Civil y Mercantil (CIMA)

#### **Juan Sánchez–Calero Guilarte**

Catedrático de Derecho mercantil de la Universidad Complutense de Madrid. Estudio Jurídico Sánchez Calero

**Antonio Sánchez Pedreño Kennaird**

Presidente de la Corte de Arbitraje  
De Madrid

**Miguel Temboury Redondo**

Abogado del Estado. Subsecretario de Economía y  
Competitividad

**Miguel Virgós Soriano**

Catedrático de Derecho internacional privado de la  
Universidad Autónoma de Madrid. Socio de Uría-Menéndez

***Secretario***

**Gonzalo Stampa Casas**

LL.M. University of London. Doctor en Derecho Universidad  
Complutense. Stampa Abogados, Madrid

***Redactores***

**Ana Fernández Pérez, Miguel Gómez Jene, Iván Heredia Cervantes, Iñigo  
Iruretagoiena Agirrezabalaga, Enrique Linares Rodríguez, Seguimundo  
Navarro, Ixusko Ordeñana Gezuraga, Adriana Noemí Pucchi, Francisco Ramos  
Romeu y Marta Requejo Isidro**

iprolex@iprolex.com

*Publicación:* Iprolex, S.L.  
Mártires Oblatos, 19 bis  
28224 Pozuelo de Alarcón (Madrid)  
Teléfono (34) 91 709 00 65 / Fax (34) 91 709 00 66  
<http://www.iprolex.com> / [iprolex@iprolex.com](mailto:iprolex@iprolex.com)

*Distribución:* Marcial Pons  
Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A.  
San Sotero, 6  
28037. Madrid (España)  
[www.marcialpons.es](http://www.marcialpons.es)

## Sumario

### *Estudios*

Judge Charles N. BROWER <i>Are Fear, Disinformation, Politics and the European Commission Becoming                  The Four Horsemen Of The Apocalypse For International Investment                  Dispute Arbitration?</i> .....	653-686
Franco FERRARI <i>La Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa inter-                  nacional de mercaderías y la ley aplicable en el arbitraje comercial interna-                  cional: comentarios sobre tres supuestos comunes</i> .....	687-733

### *Varia*

Gonzalo JIMÉNEZ-BLANCO <i>Confidencialidad en el arbitraje</i> .....	735-748
---	---------

### *Práctica arbitral*

José Miguel JÚDICE y Diogo CALADO <i>Independencia e imparcialidad del árbitro: algunos aspectos polémicos, me-                  diante una visión ibérica</i> .....	749-764
---	---------

### *Textos legales*

#### *Argentina*

Roberto Carlos HERMIDA <i>El contrato de arbitraje en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación                  Argentina: Ley 26.994</i> .....	765-684
--	---------

#### *Bolivia*

Horacio ANDALUZ VEGACENTENO <i>Constitución y arbitraje de inversiones</i> .....	785-797
Ley nº 708 Ley de 25 de junio de 2015 de conciliación y arbitraje .....	798-821

## *Jurisprudencia*

### *Jurisprudencia española*

José Carlos FERNÁNDEZ ROZAS

*Contravención al orden público como motivo de anulación del laudo arbitral en la reciente jurisprudencia española* ..... 823-852

\* \* \*

Sentencia de Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana (Sala de lo Civil y Penal, Sección Primera) nº 1/2014, de 7 enero 2014 (*Marazzi Iberia Sau*) ..... 853-856

Acción de anulación.– Motivos.– Laudo contrario al orden público.– Indefensión.– Prueba pericial.– Árbitro que hace recaer toda la responsabilidad en el actor.– Conducta del actor equivalente a una suerte de desistimiento o renuncia de su pretensión.– Limitación de su posibilidad de defensa.– Árbitro que no valora por igual la actitud de ambas partes.– Estimación.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Civil y Penal, Sección Primera) nº 27/2014, de 20 mayo 2014 (*San José Desarrollos Inmobiliarios, S.A. / Meliá Hotels Internacional, S.A.*) ..... 856-861

Acción de anulación.– Arbitraje de equidad.– Ausencia de resolución por el árbitro sobre cuestiones no sometidas a su consideración.– Aclaración: eventual modificación del fallo.– Prórroga del contrato de arrendamiento y condena adicional a la misma al pago de una indemnización en caso de no cumplirse esa obligación.– Corrección de las importantes asimetrías o desigualdades que se podrían producir para el caso de que no se alcanzase el acuerdo de prórroga del contrato en el plazo de tres meses.– Congruencia del laudo arbitral: incongruencia *extra petita*.– Desestimación.

Auto del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sala de lo Civil y Penal, Sección Primera) nº 14/2015, de 16 febrero 2015 (*Bank of Cyprus Public Limited Company*) ..... 861-863

Exequatur de laudos extranjeros.– Reconocimiento de Laudo Arbitral Parcial de 19 julio 2012 y Laudo Arbitral Final de 8 octubre 2012 dictados por la Corte Internacional de Arbitraje en Londres.– Órgano competente para pronunciar el exequátur: domicilio o lugar de residencia de la parte frente a la que se solicita el reconocimiento o del domicilio o lugar de residencia de la persona a quien se refieren los efectos de aquellos.– Falta de acreditación de la eventual cesión de los créditos.– Contravención al orden público: improcedencia.– Exequátur: sí.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Civil y Penal, Sección Primera) nº 27/2015, de 6 abril 2015 (*Mobles Passe Avant, S.L. / Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A.*) ..... 863-867

Acción de anulación.– Aplicación incorrecta de las normas de conducta recogidas en la Ley del Mercado de Valores.– Orden público: infracción de derechos constitucionales.– Orden público económico: contravención.– Motivación deficiente del laudo por inaplicación de normas imperativas.– Estimación.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Civil y Penal,

# ***Jurisprudencia***

*Arbitraje*, vol. VIII, nº 3, 2015, pp. 823–852

## ***Jurisprudencia española***

### ***Contravención al orden público como motivo de anulación del laudo arbitral en la reciente jurisprudencia española***

José Carlos FERNÁNDEZ ROZAS \*

*Sumario:* I. Orden público y control jurisdiccional del laudo arbitral. 1. Ámbito de aplicación en el proceso de control del laudo. 2. Cuestiones de competencia jurisdiccional. II. Configuración de la causal. 1. Admisión. 2. Significados. 3. Delimitación: A) Características; B) Concurrencia con otras causales del art. 41 LA. III. Manifestaciones. 1. Orden público material y orden público procesal. 2. Orden público interno y orden público internacional. IV. Hacia una unificación de doctrina sin detrimento de la agilidad de los procedimientos judiciales.

#### **I. Orden público y control jurisdiccional del laudo arbitral**

##### ***1. Ámbito del control en el proceso de anulación del laudo***

1. El orden público ha sido utilizado insistentemente como elemento delimitador de la propia institución arbitral respecto de la justicia estatal y en verdad se ha configurado tradicionalmente, desde una óptica de caracterizada por la soberanía, como un instrumento en manos de la misma, que opera no sólo en la última etapa del procedimiento de arbitraje, sino que se manifiesta y mediatiza de manera distinta y particular, en fase judicial o post-arbitral<sup>1</sup>. No en vano en el Derecho de las obligaciones el orden público es un

---

\* Catedrático de Derecho internacional privado de la Universidad Complutense de Madrid.

<sup>1</sup> J.-B. Racine, *L'arbitrage commercial international et l'ordre public*, París, LGDJ, 1999, pp. 436 ss; H. Arfazadeh, *Ordre public et arbitrage international à l'épreuve de la mondialisation: une théorie critique des sources du droit des relations transnationales*, Bruselas, Bruylant, 2005; K.-H. Böckstiegel, "Public Policy as a Limit to Arbitration and its Enforcement", *IBA Journal of Dispute*

límite que se impone a uno de los elementos esenciales de la institución arbitral, que es la autonomía de la voluntad de las partes. En efecto, la acción del orden público es omnipresente en el arbitraje, pero ofrece una especial importancia en la etapa post-arbitral al configurarse como un dispositivo del control jurisdiccional del laudo por parte del juez, una vez que el árbitro ha finalizado su misión, tanto en sede de anulación como, cuando procede del extranjero, en sede de ejecución. Independiente de los criterios que un determinado ordenamiento adopte para determinar la arbitrabilidad de un asunto, cada vez más abiertos y favorables a la misma, el orden público actuará siempre como una última instancia para negar la eficacia del juicio arbitral o para admitir los efectos de los arbitrajes “deslocalizados”.

Precisamente, uno de los elementos esenciales sobre los que reposa la confianza en la institución arbitral, íntimamente vinculado con la imposibilidad de revisión del fondo del laudo, es la verificación de la no vulneración del orden público, que corresponde a los tribunales de justicia de conformidad con el art. 41.1<sup>o</sup>.f) LA. Dichos tribunales se erigen, a partir del empleo de un concepto jurídico indeterminado de carácter contingente, como los genuinos guardianes jurídicos de dicho orden a la hora de supervisar el laudo arbitral. La práctica muestra cómo recurrentemente se postula tanto la anulación del laudo arbitral como la oposición al reconocimiento de un laudo extranjero por contrariar supuestamente el orden público. Ahora bien, como regla general, en esta última perspectiva, el alcance de la noción suele interpretarse de forma más restrictiva que cuando el mismo se aplica a laudos arbitrales nacionales. Dicho en otros términos, el orden público no opera con la misma intensidad en el ámbito puramente interno y en el ámbito internacional<sup>2</sup>. Es cierto que desde esta doble dimensión controladora existen muchos elementos comunes, pero también concurren diferencias notables que aconsejan su tratamiento separado, sobre todo si se contempla de la jurisprudencia española de los últimos años donde el tratamiento la causal del orden público en el reconocimiento de laudos arbitrales extranjeros ha sido un mero expediente, lo que no acontece, aunque ciertamente de manera localizada, en el marco de la acción de anulación.

2. Centrándonos, pues, en el control de anulación del laudo, debe adelantarse su carácter negativo, pues únicamente tendrá eficacia cuando no se hayan respetado los principios esenciales que conforman el arbitraje y su tramitación. Dicho control se fundamenta en tres elementos. En primer lugar, en su carácter limitado, que obliga a interpretar la noción de manera restrictiva. En segundo lugar, en la necesidad de que esta causal sea expre-

---

*Resolution*, 2008, n<sup>o</sup> especial dedicado a The New York Convention – 50 Years, pp. 123 ss. L.G. Radicati di Brozolo, “Controllo del lodo internazionale e ordine pubblico”, *Riv. arb.*, 2006, pp. 629 ss.

<sup>2</sup> La Sentencia del Tribunal Supremo de los EE UU de 17 junio 1974 el asunto *Scherk / Alberto-Culver Co.*, sentó el criterio de que las controversias derivadas de operaciones bursátiles no eran arbitrables si el contrato era interno, pero sí lo serían, cuando el contrato fuese internacional. De acuerdo con el Tribunal “es menester que los tribunales nacionales subordinan las nociones internas de arbitraje a los criterios internacionales a favor de arbitraje comercial” (417 U.S. 506 (1974)).



samente 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 (art. 41.2º LA), y ello no acontece 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 principios 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<sup>3</sup>.

La puesta en práctica de estos elementos ha conducido a conferir un papel reducido a esta causal, restringiendo su operatividad en congruencia con su naturaleza, a situaciones verdadera y realmente excepcionales<sup>4</sup>. Por consiguiente, el juez del control debe limitarse a fiscalizar 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<sup>5</sup>.

## 2. Cuestiones de competencia jurisdiccional

3. La LA/1988 inauguró una nueva etapa, sustituyendo el modelo de LA/1953, donde la Sala Primera del Tribunal Supremo poseía competencias en materia de anulación de laudos, atribuyendo a las Audiencias Provinciales el conocimiento del por entonces denominado “recurso de anulación” contra los laudos arbitrales (art. 46). Muchas fueron las críticas a esta dispersión competencial entre más de 50 tribunales con diversas secciones encargadas de esta función. La LA/2003 volvió a insistir en la dispersión y esta misma solución continuista se observó en su art. 8.5º al seguir atribuyendo a las Audiencias Provinciales (competencia objetiva) del lugar donde se hubiese dictado el laudo (competencia territorial) el poder para conocer y resolver la acción de anulación del laudo arbitral. Indudablemente el texto mejoraba la situación anterior, pero seguía manteniendo una dispersión competencial polémica ante la posibilidad de que se formase una jurisprudencia o doctrina contradictoria sobre los motivos de anulación<sup>6</sup>. Finalmente, tras la reforma de la Ley de Arbitraje de 2011 el control de anulación corresponde a la Sala de lo Civil y

<sup>3</sup> *Vid.* las valiosas consideraciones de J. Remón Peñalver, “Sobre la anulación del laudo: el marco general y algunos problemas”, *Indret*, 2007, nº 3. [http://www.indret.com/pdf/444\\_es.pdf](http://www.indret.com/pdf/444_es.pdf)

<sup>4</sup> Ch. Jarronsson, “L'intensité du contrôle de l'ordre public”, *L'ordre public et l'arbitrage: Actes du colloque des 15 et 16 mars 2013 à Dijon* (É. Loquin y S. Manciaux, dirs.), París, LexisNexis, 2014, pp. 161-176.

<sup>5</sup> S. Navarro Jiménez, “Referencias al orden público en Derecho comparado”, *Diario La Ley*, nº 8537, 12 mayo 2015, pp. 20-24.

<sup>6</sup> C. Martín Brañas, “La acción de anulación frente a laudos arbitrales: especial referencia a su tramitación procedimental”, *Foro* (Facultad de Derecho. Universidad Complutense de Madrid), nueva época, nº3, 2006, pp. 113-157, p. 128, con apoyo en la opinión de S. Ortiz Navacerrada, “La Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de Arbitraje: Aspectos procesales”, *Actualidad Civil*, vol. I, nº 42, 1989, p. 16.

de lo Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma donde aquél se hubiere dictado el laudo (art. 8.5º)<sup>7</sup>.

No es necesario reiterar aquí que el control por el juez del laudo arbitral es un elemento esencial en orden a la satisfacción de la tutela judicial efectiva, con el consiguiente derecho a obtener de los órganos judiciales una respuesta razonada, motivada y fundada en Derecho. El ejercicio ajustado de ese control confiere seguridad a un determinado sistema estatal y coadyuva al desarrollo de este especial procedimiento alternativo de arreglo de controversias. No resultan de recibo, pues, las posiciones apriorísticas negativas a la labor del juez en este complejo sector. Pero a la hora de valorar los resultados y, señaladamente, de evaluar el orden público como mecanismo controlador del laudo, el sistema español ofrece un inconveniente adicional: la extensión del mecanismo de anulación previsto en la LA/2003 a todas las modalidades de arbitraje, señaladamente al arbitraje de consumo, teniendo en cuenta que los derechos de los consumidores tienen su propia dimensión de orden público<sup>8</sup>, al ejercido por las Juntas Arbitrales de Transporte y otras modalidades arbitrales caracterizadas por la mayor o menor intervención de la Administración pública en la designación de los árbitros. Es cierto que existe un denominador común en la construcción de las decisiones de los Tribunales Superiores de Justicia, pero la especificidad de este tipo de arbitrajes conduce en mucha mayor medida a que la anulación prospere respecto de los genuinos arbitrajes de carácter comercial. Por eso, cuando se realizan estadísticas acerca de las decisiones favorables a la anulación del laudo, la generalización puede oscurecer los auténticos resultados del sistema y ofrecer una panorámica no ajustada a la realidad.

4. Dejando a un lado la jurisprudencia emanada del Tribunal Supremo en aplicación de la LA/1953, vinculada a un sistema normativo no homologable al vigente, la valoración de las decisiones de anulación en lo que concierne al orden público debe tener en cuenta la dificultad de alcanzar una doctrina unificada, tanto en el periodo periclitado de competencia de las Audiencias Provinciales, como en la etapa actual de los Tribunales Superiores de Justicia. Pese a ello, es de justicia reconocer que los resultados alcanzados en el referido periodo merecen una valoración muy positiva<sup>9</sup>, en la que destaca la doctrina emanada por la Sala Decimoquinta de la Audiencia Provincial de Barcelona, modelo de especialización en arbitraje, que lamentablemente no se extendió a otras Audiencias Provinciales, donde se siguió el sistema de reparto de asuntos en las secciones civiles. Y esta valoración, tras ciertos escarceos

---

<sup>7</sup> A. Fernández Pérez, "Una nueva etapa de la intervención jurisdiccional en el arbitraje", *Arbitraje. Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, vol. 5, nº. 1, 2012, pp. 149-168.

<sup>8</sup> *Vid.* las críticas consideraciones de J.M. Ruiz Moreno, "La intromisión de la jurisdicción ordinaria en el arbitraje de consumo", *Revista Internacional de Estudios de Derecho procesal y arbitraje*, 2015, nº 1, pp. 1-27.

<sup>9</sup> La recopilación del CIAMEN, *Jurisprudencia Española de Arbitraje...*, *op. cit.*, incluye más de medio centenar de decisiones (nºs 992 a 1052) que abordar directamente el alcance del orden público en la acción de anulación.

iniciales, se hizo extensiva a los actuales órganos estatales de control, como se pondrá de relieve en las páginas posteriores de este estudio, con ciertas salvedades que constituyen, precisamente, su objeto. El resultado evidencia que la labor creativa en la materia que nos ocupa, la contravención del orden público de los laudos arbitrales, no es similar en las diecisiete Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia y que está relación directa con las Comunidades Autónomas donde el arbitraje aún no ha adquirido una especial relevancia. Mas, aparte de las aportaciones localizadas, algunas de gran riqueza, y de la tendencia a reproducirlas por algunas Salas menos hacendosas, el balance se acomoda a los cánones de la práctica jurisdiccional de los países de nuestro entorno.

5. La salvedad apuntada puede enunciarse como sigue: frente a la doctrina consolidada en materia de orden público la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, a partir de la sentencia de 28 enero 2015, y decisiones posteriores adoptadas por la mayoría de la Sala durante el año 2015 (varias de ellas con el voto en contra de su presidente), toma en consideración el orden público económico, que incluye como paradigma el principio general de buena fe en la contratación extensivo a los productos financieros complejos para establecer “un claro carácter tuitivo de la parte débil en la contratación, de un modo similar a lo que sucede con la ordenación protectora de los consumidores y usuarios”. Sin embargo, tal planteamiento, que pudiera tener una sólida justificación, se utiliza para practicar una 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.

## II. Configuración de la causal

### 1. Admisión

6. La causal, deriva directamente del art. 34.2º.b.ii LMU y ya en los trabajos de redacción del precepto en el seno de la Uncitral se evidenció su carácter polémico, manifestándose entonces una corriente de opinión favorable a eliminar la noción de “orden público” de la Ley en función de su generalidad y amplitud. Si bien esta posición no prosperó el debate fue muy útil para precisar tres cosas. En primer lugar, que su contenido, debe estar centrado en conceptos y principios fundamentales de justicia, habida cuenta que muchos

Estados tanto del *common law*<sup>10</sup> como de Derecho civil insertan en él principios de justicia procesal. En segundo lugar, que el ámbito del denominado “orden público internacional” es mucho más reducido que el del “orden público interno”. Por último, que la noción se extiende a los principios fundamentales tanto en el aspecto sustantivo como en el de procedimiento.

A partir de esta aceptación, la causal figura no sólo en los sistemas que han adoptado la LMU, sino en otros muchos ordenamientos con un tenor muy similar. Cuestión distinta es su empleo por los tribunales de justicia, constituyendo uno de los elementos más importantes del test previo a la elección de la sede.

7. La aceptación de la causal de orden público en el ámbito de la anulación no ha sido ni es pacífica<sup>11</sup> y, desde determinados círculos vinculados estrechamente a la administración del arbitraje internacional, se llegado a abogar por su supresión aludiendo a criterios tan variopintos como el “buen hacer” de los árbitros o lo reducido que son las decisiones judiciales que aprecian tal causal. En cualquier caso, la práctica apunta a una marcada tendencia hacia la delimitación y extensión de la noción, pues de un empleo excesivo e indiscriminado de la misma puede acabar con la esencia misma del arbitraje. Se trata de evitar que la causal se convierta en un *unruly horse*<sup>12</sup>.

SAP Madrid 10 diciembre 1991: “De otro modo, se desnaturalizaría la esencia misma del arbitraje como instrumento de composición privada con el que dilucidar las controversias que surgen del tráfico mercantil interno o internacional y se abriría un portillo a una ilimitada irrecursibilidad de los laudos en favor de quienes no viesan acogidas en ellos sus pretensiones acudiendo al fácil y vago expediente de denunciar infracción de principio de Derecho natural inclusive”<sup>13</sup>.

SAP Madrid 10<sup>a</sup> 30 septiembre 2010 “Lo que no puede pretenderse es que el orden público se convierta en una puerta abierta para la mera sustitución del criterio del árbitro por el de los jueces. Los árbitros, en cuanto personas e instituciones privadas no integrantes de uno de los Poderes del Estado, del deber de acomodarse en el ejercicio de su función, y más en el momento de concretar ésta al laudar, a la línea esencial de actuación que a los jueces y tribunales intrínsecamente ya les marca la propia Constitución y les viene recordada por la vinculación establecida en el art. 5.1<sup>o</sup> LOPJ”<sup>14</sup>.

## 2. Significados

8. El orden público es un concepto eminentemente funcional que varía en el tiempo y en el espacio. El art. 41.1<sup>o</sup>.f) se refiere una dimensión privativa del orden público en relación con el arbitraje. Frente a la posibilidad de que el árbitro traspase el orden público aparece la posibilidad del control jurisdiccional con el fin de garantizar que las decisiones arbitrales respeten ese conjunto

<sup>10</sup> J.M. Hertzfeld, “The Common Law Approach to Public Policy in International Arbitration”, *Stockholm Int'l L. Rev.*, 2008, n<sup>o</sup> 2, pp. 79-89.

<sup>11</sup> J. García de Enterría, “The Role of Public Policy in International Commercial Arbitration”, *L. & P. Int. Bus.*, vol. 21, 1990, pp. 389-440, esp. p. 405.

<sup>12</sup> *Richardson v. Mellish* -1824-, 130 E.R. 294

<sup>13</sup> CLAMEN, *Jurisprudencia Española de Arbitraje. 60 años de aplicación del arbitraje en España*, Cizur Menor, Thomson / Reuters / Aranzdi, 2013 (en adelante, *JEA*), n<sup>o</sup> 1991. *Vid., inter alia*, SAP Las Palmas 3<sup>a</sup> 10 enero 2006 (*JEA*, n<sup>o</sup> 309), SAP Valencia 4 octubre 2000 (*JEA*, n<sup>o</sup> 999)

<sup>14</sup> *JEA*, n<sup>o</sup>, 1045.

de derechos y valores indisponibles. Ello nos conduce inexorablemente a realizar una serie de consideraciones en torno a las dificultades que para el intérprete surgen al tratar de delimitar en qué consiste el orden público; y esta tarea no sólo resulta difícil sino muchas veces imposible, pues nos encontramos ante un verdadero “enigma jurídico” en extremo sutil, impreciso e indeterminado”, en palabras del Auto TS 1<sup>a</sup> 24 octubre 1979<sup>15</sup>.

En el ordenamiento español existe una amplia acogida del concepto de “orden público” y en atención a cada uno de los concretos sectores donde opera. Podría hablarse de un orden público constitucional, de un orden público administrativo, de un orden público penal, de un orden público procesal, de un orden público internacional privado (*v.gr.*, art. 12.3<sup>o</sup> Cc<sup>16</sup>). etc., e incluso, respecto a un sector jurídico emergente, de un “orden público económico”. La misma expresión, “orden público” ya nos indica que se trata del “orden en la comunidad estatal”, lo que establece una directa vinculación del concepto con la función de “control social” que es propia del Derecho<sup>17</sup>. Sin embargo, si se quiere atribuir al concepto de orden público un significado específico y no difuminarlo en la doble función de “integración” social y de “regulación” del ordenamiento jurídico, puede sostenerse que con esta expresión sólo pueden indicarse las “condiciones mínimas” a las cuales está subordinada la existencia del ordenamiento jurídico y de la comunidad estatal que está regida por dicho ordenamiento. Condiciones que operan para la tutela de la integridad del ordenamiento jurídico.

9. El orden público puede ser definido, en sentido amplio, como el conjunto de principios que inspiran un ordenamiento jurídico y que evidencian los valores esenciales de una sociedad en un momento dado. En su aspecto positivo, el orden público es utilizado, junto a otros argumentos (seguridad nacional, economía nacional, etc.) como fundamento del empleo de normas sustantivas nacionales de carácter imperativo. La dimensión negativa del orden público se utiliza, al margen de como correctivo funcional frente a una norma de conflicto (art. 12.3<sup>o</sup> Cc), en el terreno del reconocimiento de deci-

---

<sup>15</sup> TOL3.497.658. El FJ 4<sup>a</sup> de la STSJ Murcia 28 junio 2012 (AC\2012\848) constituye un verdadero estudio monográfico de la noción de orden público en el ordenamiento español; *vid.* en el mismo sentido SSTSJ Murcia 19 diciembre 2012, JUR\2013\40685; 10 marzo 2014, AC\2014\483; 17 marzo 2014, AC\2014\484.

<sup>16</sup> J.D. González Campos y J.C. Fernández Rozas, “Orden público como correctivo funcional: artículo 12, apartado 3 del Código Civil”, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales* (M. Albaladejo y S. Díaz Alabart, eds.), Jaén, Edersa, 1995, pp. 894–926.

<sup>17</sup> Cf. M. Atienza, *Introducción al Derecho*, Barcelona, 1985, pp. 61–62. Con referencia a la tesis de Maihofer, este autor señala que el “control” persigue una “integración” social, a través de la supervisión de las conductas y del funcionamiento de las instituciones restaurando el equilibrio social una vez alterado. Por tanto, en sentido propio, el “control social” es separable de la “regulación” social o función de dirección o guía de las conductas que lleva a cabo el Derecho. Considera este autor que en cuanto sistema de “control social”, el Derecho opera, bien *a priori*, bien *a posteriori*, de cuatro maneras o modos de ejercer el control: previniendo, reprimiendo, promocionando o premiando la conducta. Si ésta es indeseada o ilícita operará *a priori* previendo y *a posteriori*, reprimiendo; si la conducta es deseada o lícita, promocionando en el primer caso y premiando en el segundo (*ibid.*, pp. 67–68).

siones y actos constituidos en el extranjero, en nuestro caso de un laudo arbitral, impidiendo su eficacia en el foro cuando sean manifiestamente contrarios al mismo. La infracción del orden público no puede comprender cualquier infracción de una norma jurídica, aunque se trate de norma imperativa, ya que no toda infracción de norma imperativa es cuestión del orden público, y, así, el matiz en que se concreta, es que la contravención sólo será procedente cuando el árbitro haya pronunciado su laudo con evidente infracción de los derechos fundamentales, atendiendo a la normativa procedimental aplicable.

STSJ Madrid 6 abril 2015: “No es que toda inaplicación de norma de obligado cumplimiento constituya una infracción del orden público, sino que la infracción de una norma imperativa, cuando afecta a derechos constitucionales o principios básicos de la convivencia social, afecta directamente al orden público cuya protección está especialmente potenciada en el ámbito del arbitraje a través de la incorporación de una causa específica de anulación del laudo arbitral”<sup>18</sup>

STSJ Madrid 21 abril 2015: “No se puede confundir vulneración del orden público con posible vulneración de normas imperativas. Toda vulneración del orden público implica la vulneración de una norma imperativa, pero no toda vulneración de norma imperativa, si se produjera, comporta la vulneración del orden público (...). Y si no toda vulneración (declarada y apreciada) de una norma cabe encuadrarla dentro de la vulneración del orden público, tanto menos es posible ese encuadre cuando lo que se discute o alega es la interpretación de una norma de una forma diferente entre la hecha por la parte y la realizada por el árbitro”<sup>19</sup>.

La noción de orden público no presenta, pues, un cariz unívoco. Dicha definición ha tenido una ampliación a partir de la jurisprudencia emanada del TC, desarrollada por el TS, las AA PP y los TTSSJJ, en el sentido de que:

STSJ Cataluña 7 enero 2014: “El orden público debe ser entendido como el conjunto de principios y normas esenciales que inspiran la organización política, social y económica de España, con inclusión desde luego de los derechos fundamentales consagrados en la Constitución, pero no sólo de ellos; el orden público opera en consecuencia como un límite necesario e imprescindible a la autonomía de la voluntad, a fin de garantizar la efectividad de los derechos constitucionales de los ciudadanos, el fundamento de las instituciones y la protección de los conceptos y valores inspiradores del sistema de democracia social constitucionalmente consagrado, límite que se impone también”<sup>20</sup>.

Al lado de estas nociones, en los últimos años ha cobrado carta de naturaleza la noción de “orden público económico”, concepto que, desde un punto de vista positivo, caracteriza gran parte de las normas materiales imperativas.

SAP Madrid 13<sup>a</sup> 4 abril 2008: “No toda vulneración de norma imperativa o prohibitiva debe tenerse por contraria al orden público, sino sólo las lesiones que contravienen en lo sustancial e imprescindible nuestro vigente sistema jurídico, económico y de convivencia con trascendencia y repercusión colectiva o lesión de derechos individuales fundamentales”<sup>21</sup>.

SAP Madrid 10<sup>a</sup> 12 mayo 2008: “La infracción del orden público no puede asimilarse a cualquier infracción de una norma jurídica, ni siquiera a infracción de norma imperativa, ya que no toda infracción de norma imperativa es cuestión de orden público, como tampoco cualquier infracción de los principios de justicia y equidad puede equipararse a infracción del orden público, sino tan sólo la

<sup>18</sup> Roj: STSJ M 4051/2015 - ECLI:ES:TSJM:2015:4051.

<sup>19</sup> Roj: STSJ M 4055/2015 - ECLI:ES:TSJM:2015:4055.

<sup>20</sup> TOL4.098.610. ATSJ Cataluña 15 mayo 2014, JUR\2014\196691; STSJ Cataluña 14 julio 2014, JUR\2014\282543; SSTSJ Cataluña 9 marzo 2015, Roj: STSJ CAT 3081/2015 - ECLI:ES:TSJCAT:2015:3081; 15 junio 2015, Roj: STSJ CAT 6237/2015 - ECLI:ES:TSJCAT :2015:6237.

<sup>21</sup> JEA, n<sup>o</sup> 1010.

conculcación de aquellos principios de justicia y equidad que conforman el concepto de orden público constitucional según viene interpretándose por la doctrina jurisprudencial”<sup>22</sup>.

STSJ Madrid 28 enero 2015: “El orden público susceptible de protección ex art. 41.1º.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”<sup>23</sup>.

Este principio presenta una gran importancia cuantitativa y cualitativa que, en el marco internacional, se traduce con bastante frecuencia en un mecanismo de defensa de las condiciones de mercado nacional y de la economía nacional en su conjunto. El tenor del Derecho de la competencia, de las condiciones generales de contratación, del consumo o de las situaciones concursales en el Derecho interno, puede rellenar el contenido de esta noción, permitiendo el rechazo en la ejecución de un laudo arbitral procedente del extranjero que admita determinadas prácticas, derechos o cláusulas contractuales que afecten a las condiciones del mercado del Estado del foro.

### 3. Delimitación

#### A) Características

10. De las definiciones referidas en el apartado anterior pueden extraerse las características esenciales del orden público a los efectos de configurar la acción de anulación:

i) Su contenido taxativo que obliga a interpretar la noción de manera restrictiva y excepcional. La contrariedad de un laudo arbitral con el orden público no posee un carácter automáticamente excluyente. Es necesario, para que se produzca la anulación que dicha contrariedad sea “fragrante, efectiva y concreta”<sup>24</sup>, y de ello se desprende que la violación de una norma de orden público por un árbitro no entraña automáticamente la anulación del laudo, sino que es menester que el juez del control verifique una “violación grave” de principios esenciales. Asimismo, ha de implicar una contradicción “manifiesta” con los principios jurídicos fundamentales, sin que sea suficiente una mera diferencia de contenido. Esto excluye del ámbito de la causal aquellas cuestiones que no hayan producido una “indefensión real y material constitucionalmente relevante”. Con ello se trata de frenar ingentes impugnaciones de laudos basadas en la mera alusión al orden público y con ello contribuir a la propia viabilidad de la institución arbitral. La STS 14 julio 1986 ha declarado al respecto que en ningún caso pueden servir de base para el recurso de nulidad

<sup>22</sup> JEA, nº 1012.

<sup>23</sup> TOL4.761.140; *vid.* mis consideraciones críticas en “Riesgos de la heterodoxia en el control judicial de los laudos arbitrales”, *Diario La Ley*, nº 8537, 12 mayo 2015, esp. pp. 4-5.

<sup>24</sup> Sentencia de la *Cour d'appel* de París, 18 noviembre 2004, *Thales c. Euromissile, French Int'l Arb. L. Rep.*, case nº 53 (1963-2007), p. 451 ss.

“las estimaciones de las partes relativas a la justicia del laudo ni las deficiencias del fallo o el modo más o menos acertado de resolver la cuestión”<sup>25</sup>.

SAP Barcelona 15<sup>a</sup> 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 manifiestamente contraria a las reglas de la lógica”<sup>26</sup>.

STSJ Cataluña 7 enero 2014: “Ya se adopte un significado tan amplio que permita que a través de él se pueda hacer valer cómo anulación del laudo arbitral cualquier infracción que tampoco se ha producido al motivar el árbitro su condena en costas de una forma y con un contenido que no resulta arbitrario, atendido el convenio arbitral”<sup>27</sup>.

La puesta en práctica de estos elementos conduce a conferir un papel reducido a esta causal que límite su operatividad, en congruencia con su naturaleza, a los supuestos verdadera y realmente excepcionales. De esta suerte su evaluación no puede realizarse de manera extensiva.

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”<sup>28</sup>.

STSJ Comunidad Valenciana 19 noviembre 2014: “También, ha de insistirse, cuando la justificación alegada fuera la relativa al orden público pues, pese a encontrarnos ante un concepto jurídico indeterminado, su hermenéutica no puede sobrepasar las fronteras de la propia institución”<sup>29</sup>.

STSJ Canarias 19 junio 2015: “El control jurisdiccional que permite esta específica vía impugnatoria queda circunscrito a la observancia de las formalidades o principios esenciales establecidos por la ley en cuanto al convenio arbitral, el procedimiento arbitral y el laudo y a la preservación del orden público, como se plasma y queda recogido en los tasados motivos de nulidad que enumera el art. 41.1<sup>o</sup> de la Ley, cuya interpretación debe ser estricta, excluyendo cualquier otro que no se incardine en su ámbito, pues en otro caso se vulneraría el principio de inmodificabilidad de las decisiones judiciales firmes que le es de aplicación y, en última instancia, se desconocería la tutela judicial efectiva del beneficiado por él”<sup>30</sup>.

Pese a todo, es inevitable que en la apreciación del orden público el juez debe emitir un juicio un juicio sobre el “fondo” de lo determinado por los árbitros y ello implica dar una lectura de la decisión de los árbitros para comprobar su eventual contrariedad con la noción. Claro es que se trata de una operación compleja pues, como hemos visto, el mecanismo de anulación de un laudo presupone no revisar el fondo del asunto ni la aplicación del Derecho realizadas por los árbitros para resolver la controversia.

SAP Baleares 3<sup>a</sup> 26 enero 2011, “la acción de anulación del laudo arbitral no puede ser un instrumento para examinar la cuestión de fondo o controversia resuelta en el laudo, pues el concepto de orden público viene siendo utilizado para intentar resucitar las cuestiones de fondo en la vía de la demanda de anulación”<sup>31</sup>.

---

<sup>25</sup> TOL1.734.991.

<sup>26</sup> JEA, n<sup>o</sup> 795.

<sup>27</sup> TOL4.098.610.

<sup>28</sup> JEA, n<sup>o</sup> 1175.

<sup>29</sup> JUR\2015\92669.

<sup>30</sup> , Roj: STSJ ICAN 773/2015 - ECLI:ES:TSJICAN:2015:773.

<sup>31</sup> JUR\2011\126603.



ii) Su relatividad en el tiempo, pues la excepción de orden público está afectada decisivamente por el factor tiempo o, si se quiere, la necesidad de imponer el principio de actualidad del orden público en el momento en que el juez deba reconocer y ejecutar un laudo arbitral internacional contrastándolo con los valores fundamentales de su ordenamiento en el momento de efectuar esta operación<sup>32</sup>. Esta situación, que ha tenido un desarrollo específico en el ámbito del reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros, contrasta fuertemente con la práctica anterior al ATS 1<sup>a</sup> 11 febrero 1981<sup>33</sup>, donde dicha causal, extraída primero del art. 954 LEC/1881 y, tras la incorporación de España al Convenio de Nueva York, de su art. V.2<sup>o</sup>, protagonizó una larga etapa de rechazo al arbitraje, señaladamente al arbitraje administrado<sup>34</sup>. En las distintas instancias competentes, hasta la reforma de la LA/2003 de 2011, no ha sido habitual la denegación de laudos arbitrales extranjeros<sup>35</sup>, salvo algunas excepciones<sup>36</sup>. Tras la atribución de la competencia en la mate-

---

<sup>32</sup> Desde la perspectiva de la acción del orden público en el reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros son de interés las Recomendaciones de la ILA (2002): si la fecha de entrada en vigor de la norma considerada de orden público es posterior a la fecha de emisión del laudo, sólo deberá denegarse el exequátur si es claro que la aplicación de esa norma tiene carácter retroactivo. Con ello sólo cabrá aplicar retroactivamente una norma de orden público para denegar el reconocimiento de un laudo cuando el legislador haya establecido expresamente su carácter retroactivo, o cuando ese efecto retroactivo se pueda deducir claramente de la letra o del espíritu de la norma

<sup>33</sup> Como es bien sabido dicho laudo produjo una nueva era en el exequátur de los laudos arbitrales extranjeros que llega hasta la actualidad. Entre los numerosos comentarios a esta decisión cabe señalar: Comentarios: A. V. Albanés Membrillo, *La Ley*, n<sup>o</sup> 146, 1981; A. L. Calvo Caravaca, *Rev. Der. Proc. Iberoamericana*, 1982, pp. 221-232 y *Bol. Asoc. Esp. de Arbitraje*, n<sup>o</sup> 4, 1981, pp. 40-53; M. Virgos Soriano, *REDI*, vol. XXXIV, 1982, pp. 503-505; F. Ramos Méndez, *Justicia*, 1982, pp. 107-121; B. Cremades, *International Business Law*, 1983, pp. 194-202, y *Droit et Pratique du Commerce International*, t. IX, 1983, pp. 602-604; A. Arce Janáriz, *RCEA*, vol. I, 1984, pp. 152-154. Sobre la práctica inmediatamente posterior a esta decisión *vid.* nuestras consideraciones en, "La situación actual de arbitraje comercial en España: perspectivas de futuro", *RCEA*, vol. III, 1986, pp. 29-52, esp. pp. 11-18.

<sup>34</sup> El orden público operaba cuando en el contrato se designaba a un tercero, en concreto a una institución, la facultad de designar un árbitro. Acaso el ejemplo más elocuente lo constituya el ATS 1<sup>a</sup> 4 de julio de 1975 (*cf.* A. Remiro Brotons, *Ejecución de sentencias arbitrales extranjeras*, Madrid, Edersa, 1980, pp. 166-167 y texto en pp. 373-376. De acuerdo con esta decisión, se reputaba contrario al orden público español "recogido en nuestro Ordenamiento jurídico vigente, cual es que los árbitros habrán de ser designados, en todo caso, de común acuerdo, y no será válido el pacto de referir a una de las partes, o a un tercero, la facultad de hacer el nombramiento de ninguno de ellos (art. 22 de la Ley española de 22 de diciembre de 1953)". Semejante razonamiento fue justamente criticado en su día por B. Cremades, tanto por su contenido intrínseco, como por la aplicación excesiva del orden público español que constituía, a su juicio, una frontera decisiva a la actuación del árbitro extranjero (B.M<sup>a</sup> Cremades, *Panorámica española del arbitraje comercial internacional*, Madrid, 1975, pp. 51 ss).

<sup>35</sup> E. Artuch Iriberry, "Cumplimiento de laudos arbitrales extranjeros de conformidad con el Convenio de Nueva York de 1958", *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. II, 2002, pp. 303-308.

<sup>36</sup> Las excepciones incluyeron, al margen de los supuestos en que no acreditó el acuerdo arbitral en la forma descrita en el art. II.2<sup>o</sup> CNY, una serie supuestos excepcionales basados en la falta de motivación del laudo, la deficiente notificación al demandado del procedimiento de arbitraje (ATS 16 noviembre 1999) o, al amparo de la LA/1988, la ausencia de protocolización notarial del mismo. Debe

ria a los Tribunales Superiores de Justicia, y aunque es cierto que ocasiones se ha acudido a la socorrida noción del orden público en un intento de ampliación del carácter tasado de las causales de anulación, esta práctica no ha llegado a generalizarse<sup>37</sup>.

iii) Su carácter garantista de la tutela judicial efectiva, pues aunque las partes hayan elegido el arbitraje con la voluntad clara de que el Estado intervenga lo menos posible en sus controversias, el control judicial del laudo no supone un ataque directo a sus pretensiones originarias. Y dicho carácter se refuerza por el hecho de que la existencia de ese control contribuye a reforzar la diligencia del árbitro con el orden público durante el desarrollo de las actuaciones arbitrales. El control de orden público en la fase post arbitral se configura, por ende, como una garantía de lo actuado en dichas actuaciones y es una contrapartida a las facilidades con las que se desarrolla el arbitraje en los sistemas que, como el español, se basan en la LMU y no cuentan con la posibilidad de medidas coercitivas por parte del juez.

iv) Su apreciación de oficio por el juez que conozca de la acción, al margen de la posibilidad de que esta causal sea expresamente alegada y probada por quien interpone la acción, según corresponda. Al efecto el art. 41.2º la referida apreciación de oficio puede ser a instancia del Ministerio Fiscal. Corresponde, pues, valorar exclusivamente a dicho tribunal, de conformidad con los intereses generales esenciales que defienda en el momento de emitir su fallo, el contenido del orden público a los efectos de anular o no un laudo arbitral.

STSJ Madrid 23 octubre 2015, voto particular del presidente J. Vieira Morante: “El art. 41.2º LA autoriza a apreciar de oficio los motivos contenidos en los párrafos b), e) y f) del apartado 1 del mismo artículo, pero tal facultad debe ser ejercitada con enorme prudencia. Sólo cabrá estimar, de oficio, un motivo de nulidad del laudo cuando se constate que en los propios hechos alegados y probados por las partes ponen de manifiesto que en el procedimiento arbitral se ha producido una evidente indefensión a una de las partes, pues no puede tolerarse que el laudo sea el producto de una situación de desigualdad palmaria; o cuando se hubieren resuelto en el laudo cuestiones no susceptibles de arbitraje, ya que debe impedir el Tribunal que pueda otorgarse eficacia de un laudo que resuelva cuestiones no susceptibles de arbitraje; o si se infringen manifiestamente en el laudo normas de orden público,

---

tenerse en cuenta que esta exigencia, desconocida en prácticamente todas las legislaciones de arbitraje del mundo, fue suprimida por la LA/2003.

<sup>37</sup> Resulta ilustrativo a este respecto el ATSJ Cataluña Civil 1ª 17 noviembre 2011, JUR\2012\24412. *Vid.*, en la misma dirección, ATSJ Comunidad Valenciana 10 febrero 2012, JUR\2012\212514; AATSJ Cataluña 15 marzo 2012, RJ\2012\6120; 29 marzo 2012, RJ\2012\6128; 30 mayo 2012, JUR\2012\248238; 25 marzo 2013, RJ 2013\5392; 30 enero 2014, JUR 2014\42492; 19 septiembre 2014, JUR\2014\299881 y 16 febrero 2015, JUR\ ECLI; 15 mayo 2014, JUR\2014\196691; 19 septiembre 2014, JUR\2014\299881; ATSJ Andalucía 29 julio 2015, Roj: ATSJ AND 174/2015 - ECLI:ES:TSJAND:2015:174A.

<sup>37</sup> *Vid.* las valiosas consideraciones de J. Remón Peñalver, “Sobre la anulación del laudo: el marco general y algunos problemas”, *Indret*, 2007, nº 3. [http://www.indret.com/pdf/444\\_es.pdf](http://www.indret.com/pdf/444_es.pdf)

<sup>37</sup> *Arbitraje*, vol. VIII, nº 2, 2015, pp. 552-571 y nota 2015\91183; ATSJ Madrid 23 junio 2015, Roj: ATSJ M 369/2015 - ECLI:ES:TSJM:2015:369A. *vid.* G. Stampa, “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”, *Diario La Ley*, nº 8537, 12 mayo 2015, pp. 14-19.

para proteger los derechos y libertades fundamentales, que constituyen componentes esenciales del sistema jurídico”<sup>38</sup>.

STSJ Madrid 17 septiembre 2015, una vez que se incoa un proceso de anulación de laudo arbitral por causas que, como la infracción del orden público, son apreciables de oficio, no se puede disponer por las partes de la acción de anulación, sustrayendo al Tribunal el ejercicio de una competencia indeclinable: verificar si concurre o no la lesión de un interés tan general como es la preservación del orden público; interés general que lo es hasta el punto de que la Ley no faculta, sino que impone al Tribunal el deber de salvaguardar de oficio dicho orden público. No entenderlo así, insistimos, sería tanto como vaciar de contenido la prescripción terminante del art. 41.2º LA, que no es dable dejar al albur de la voluntad de las partes”<sup>39</sup>.

v) La necesidad de alegar y probar las circunstancias en que se sustenta, sin que pueda apreciarse la mera discrepancia en el ejercicio de la acción probatoria. Más concretamente, al margen de la apreciación de oficio, la parte que invoque la contravención del orden público deberá invocar el concreto derecho fundamental garantizado constitucionalmente a través, principalmente, del art. 24 CE, o acreditar fehacientemente la afectación en el proceso arbitral de los principios de audiencia, contradicción o igualdad

SAP Madrid 12ª 25 noviembre 2008 : “De acuerdo con lo previsto en el art. 41.1º el que desee ejercitar la acción de anulación debe alegar y probar la misma, es decir, exactamente igual que en cualquier procedimiento judicial, la prueba que han de presentar las partes ha de convencer al Juzgador de la veracidad de unos hechos o unas afirmaciones que se alegan como existentes a tenor de los cuales ponderará el conjunto de las pruebas practicadas por los litigantes de forma libre aunque no de forma arbitraria”<sup>40</sup>.

SAP Barcelona 15ª 11 marzo 2009: “No debe convertirse el recurso a la cláusula del orden público en un instrumento ofrecido 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 manifiestamente contraria a las reglas de la lógica”<sup>41</sup>.

STSJ Comunidad Valenciana 21 febrero 2012: “En cualquier caso y para la viabilidad de este motivo, resulta imprescindible tanto la invocación del derecho fundamental vulnerado como la alegación de la concreta o concretas actuaciones u omisiones que dieron lugar a su quebranto”<sup>42</sup>.

vi) La imposibilidad para tribunal que conoce de la solicitud de nulidad, ya afirmada con carácter general, de pronunciarse sobre el fondo de la controversia, para su apreciación. Bien entendido que la contradicción entre el laudo y el orden público debe ser evidente a partir de un simple análisis de carácter superficial y siempre sin perder de vista que no corresponde al juez de control sustituir los criterios del laudo por otros que considere más adecuados. Ello comporta la parte que alega esta causal no cuente con la posibilidad de exponer los argumentos vinculados directamente al fondo de la controversia.

SAP Vizcaya 4ª 12 febrero 2009 : “El recurso de anulación no constituye una vía para quien pretende una resolución más justa, sino que atiende a los casos de ‘ilegalidad’ del laudo, y ello es así porque el juicio de primera instancia y el arbitral no son identificables pues tienen distinto fundamento; el contenido del laudo no puede exceder del ámbito de los derechos disponibles; y el control sobre

<sup>38</sup> Roj: STSJ M 12653/2015 – ECLI:ES:TSJM:2015:12653; JUR\2015 \ 301853.

<sup>39</sup> Roj: STSJ M 10504/2015 - ECLI:ES:TSJM:2015:10504.

<sup>40</sup> JEA, nº 1020.

<sup>41</sup> JEA, nº 1023.

<sup>42</sup> JEA, nº 1052 A.

ese contenido sólo es articulable a través del respeto al orden público, que debe ser entendido exclusivamente a la luz de los derechos fundamentales<sup>43</sup>.

SAP Barcelona 15<sup>a</sup> 11 marzo 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”<sup>44</sup>.

STSJ Madrid 14 abril 2015, voto particular del presidente de la Sala D. Francisco Javier Vieira Morante: “Dada la causa de nulidad invocada -infracción del orden público- y los hechos a los que se anuda -arbitrariedad y falta de lógica en la valoración probatoria que contienen el laudo, es preciso delimitar las facultades de esta Sala como conocedora de la acción de anulación de laudo arbitral para no confundirlas con las propias de un tribunal de apelación. Mientras el recurso de apelación autoriza a un completo examen de las cuestiones litigiosas decididas en primera instancia, tanto en el aspecto fáctico como en el jurídico, la acción de anulación del laudo no permite el reexamen de las cuestiones de fondo debatidas en el procedimiento arbitral (...). Para precaver, en todo caso, los posibles abusos o excesos de los árbitros en el ejercicio de esta jurisdicción supletoria, solamente a través de la causa de nulidad prevista en el ap. f) del art. 41.1º LA podría este Tribunal, en el conocimiento de la acción de anulación, adentrarse en el conocimiento de algunas cuestiones fácticas o jurídicas determinantes de la resolución de las cuestiones de fondo debatidas en el procedimiento arbitral. Pero ello sin perder nunca de vista que no nos corresponde sustituir los criterios del laudo por otros que consideremos más adecuados o justos”<sup>45</sup>.

#### B) Concurrencia con otras causales del art. 41 LA

11. El modelo del art. 41 LA/2003 incorpora, siguiendo la LMA, una lista cerrada de motivos de anulación que no son susceptibles de aplicación extensiva. A partir de este carácter tasado se ha llegado a considerar que la causal del orden público es una cláusula de cierre con una cierta fuerza expansiva, aunque es una consideración discutible y, desde luego, no generalizada.

SAP Madrid 28<sup>a</sup> 10 junio 2011 “En el marco del régimen establecido por la Ley de Arbitraje, el motivo tipificado en el art. 41.1º.f) opera a modo de cláusula de cierre, encontrando en él acomodo todos aquellos supuestos que, entrañando una vulneración de los principios o derechos fundamentales reconocidos en la Constitución, no son reconducibles a ninguno de los restantes motivos incluidos en la relación del art. 41”

La jurisprudencia posterior ha insistido reiteradamente en un carácter negativo de la apreciación del orden público respecto de las restantes causales del art. 41

STSJ Comunidad Valenciana 21 febrero 2012: “Es claro que el orden público se superpone a muchos de los títulos reflejados en el art. 41.1º LA/2003, particularmente a los contenidos en las dos primeras letras del mencionado precepto y relativos a la invalidez del convenio arbitral y a las infracciones procesales generadoras de indefensión. Consecuentemente la primera aproximación a este motivo, ‘que el laudo sea contrario al orden público’, ha de tener carácter negativo desechando cualquier contravención que pudiera estar contenida en alguna de las restantes causas”<sup>46</sup>.

También se ha llegado a sostener que la noción de orden público informa toda la institución arbitral, extendiéndose como motivo de anulación todos las

<sup>43</sup> *JEA*, nº 1022.

<sup>44</sup> *JEA*, nº 1023.

<sup>45</sup> *Roj*: STSJ M 4052/2015 - ECLI:ES:TSJM:2015:4052.

<sup>46</sup> *JEA*, nº 1052 A; STSJ Comunidad Valenciana 26 abril 2012, *JUR*\2012\297164; STJS Canarias 29 abril 2014, *JUR*\2014\188468; STSJ Comunidad Valenciana 13 febrero 2015, *Roj*: STSJ CV 618/2015 - ECLI:ES:TSJCV:2015:618.

demás causales consignadas en el art. 41.1º LA; pero ello se contradice con la tipificación de estas últimas. La opción del legislador de distribuir los motivos de manera independiente al orden público debe ser respetada, de manera que cada uno debería ser aplicado estrictamente para el supuesto que regula. Cosa distinta es que se reserve el motivo de orden público para aquellos supuestos que no se encuentren contemplados específicamente en el resto de los causales de anulación, lo cual puede resultar contraproducente pues, no en vano, el art. 41.1ºf) ha sido utilizado a modo de cajón de sastre suministrador de mecanismos a disposición de la parte impugnante para conseguir la anulación del laudo.

SAP Madrid 9ª 27 abril 1998: “el concepto de orden público (...), no constituye un ‘cajón de sastre’ en el que puedan subsumirse cualesquiera infracciones, sino, tan solo, que se hayan vulnerado los principios de audiencia e igualdad de las partes”<sup>47</sup>.

STSJ Murcia CP 1ª 28 junio 2012: “el ‘orden público’ no es un cajón de sastre en el que quepa cualquier alegación de quien ha obtenido un resultado desfavorable en la disputa arbitral, de suerte que el concepto de ‘orden público’ no puede convertirse en una puerta falsa para permitir el control de la decisión de los árbitros; por el contrario, el orden público tiene unos contornos definidos”<sup>48</sup>.

Ello ha encendido la voz de alarma en el sentido de que es utilizado como un recurso para, muchas veces excesivamente forzado, conseguir la anulación de los laudos. El carácter restringido y tasado de las causales de anulación ha conducido, en un marco litigioso como el español, a este eventual abuso del empleo de orden público que no ha encontrado una aceptación generalizada por los tribunales españoles. No puede considerarse por tanto que su empleo muestre una desconfianza hacia la institución arbitral en su conjunto o de que se carezca en nuestro país de una cultura arbitral consolidada.

12. A partir de aquí, la concreción del motivo de anulación previsto en el art. 41.1º.f) LA es verdaderamente compleja pues la alusión al orden público suele utilizarse como cláusula de escape para ampliar el estricto cauce de las causales contempladas en el art. 41, cuyo carácter tasado ya se ha puesto de manifiesto, subsumiendo la eventual infracción que no tenga cabida en dichas causales o para reforzar el juego de una causal concreta recogida en el precepto. Por ejemplo, reforzando el motivo de la letra a), con alusión a cuestiones de legalidad del acuerdo, y el de la letra b), con referencia a eventuales vulneraciones de los derechos de defensa de las partes en el arbitraje.

STSJ Comunidad Valenciana 7 enero 2014: “Configuración que puede determinar que este concepto se superponga a otras de las causas contenidas en el art. 41.1º LA, lo que hace que debe dársele a la par una configuración negativa que hace que se incluya en la misma aquellas contravenciones que no puedan tener cabida en cualquiera de las otras causas. Lo que nos conduciría a reservar para la letra a) los problemas de constitucionalidad o legalidad del acuerdo o de arbitrabilidad de la controversia y para la letra b) las principales infracciones de los derechos de defensa de las partes en el arbitraje. Atribuyéndose a la letra f), por el propio marco en que nos movemos un marcado carácter procesal, vinculándose básicamente a los derechos recogidos en el art. 24. 1º y 2º CE, como podrían

---

<sup>47</sup> TOL206.927.

<sup>48</sup> TOL2.586.321; *vid.* en la misma dirección STSJ Murcia 10 marzo 2014, AC\2014\483.

ser entre otros: ausencia de motivación, existencia de cosa juzgada, parcialidad del árbitro, infracción del principio de igualdad o prueba ilícita<sup>49</sup>.

STSJ Madrid 14 abril 2015: “Algunas de las infracciones de orden público integran motivos específicos de anulación del laudo diferentes del previsto en el ap. f) del art. 41.1º LA, por lo que ya tienen su tratamiento particular. La vulneración del derecho de defensa por no haber sido debidamente notificada la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales o no haber podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos, está contemplada en el motivo del ap. b de dicho art. 41.1º. Una manifestación de la infracción al principio de igualdad es el motivo del ap. d), por no haberse ajustado la designación de los árbitros o el procedimiento arbitral al acuerdo entre las partes, siempre que dicho acuerdo fuera contrario a una norma imperativa legal, o, a falta de dicho acuerdo, no haberse ajustado a la Ley de arbitraje. / El resto, para que tengan encaje en la vulneración del orden público deben tener incidencia en algún derecho fundamental o libertad pública, entre los que resulta especialmente afectante al mundo del arbitraje el derecho a obtener la tutela judicial efectiva, sin indefensión; garantía trasladable igualmente en el ámbito arbitral en cuanto medio alternativo de resolución de conflictos, equivalente al judicial”<sup>50</sup>.

STSJ Andalucía 12 enero 2015: “Tiene la denuncia de indefensión (aunque esgrimida por el cauce del artículo 41.1º.f) LA, como contravención del orden público) consistente en la negativa del árbitro de suspender el procedimiento ante la incomparecencia de un testigo cuya declaración se había declarado pertinente, y que la ahora demandante califica como sustancial para la defensa de sus intereses. En realidad el motivo de nulidad más bien habría de incardinarse en el artículo 41.1.b) (cuando la parte alegue y pruebe que ‘por cualquier otra razón, no ha podido hacer valer sus derechos’), sin necesidad de acudir exageradamente al concepto de orden público”.

STSJ Valencia 4 mayo 2015: “A pesar de que por el contenido de alguna de dichas causas, como por ejemplo, la última de ellas que hace alusión a una infracción del orden público, podrían abarcarse una multiplicidad de supuestos con solo hacer una lectura amplia de la misma, hemos de entender que en general nuestra actuación debe limitarse a supervisar que en el desarrollo del procedimiento se han respetado las garantías básicas y esenciales que lo informan; como consecuencia de ello, no es la vía indicada para corregir supuestos errores de fondo o de valoración probatoria en que haya podido incurrir el laudo”<sup>51</sup>.

### III. Manifestaciones

#### 1. Orden público material y orden público procesal

13. El juego del orden público despliega un especial interés en el marco de la acción de anulación de los laudos y en el del reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales extranjeros. Esta última dimensión, donde el orden público se manifiesta por su carácter negativo, es particularmente polémica, sobre todo en lo referente a la determinación de su contenido. Frente a posiciones anglosajonas que reducen el orden público al estricto respeto de los derechos humanos, a su condicionamiento absoluto de la *Sharia* en ciertos países islámicos. Los países de nuestro entorno acostumbra a vincularlo a la observancia de los valores constitucionales y no a cualquier norma del ordenamiento jurídico aunque posea carácter imperativo, separándolo de las normas no renunciables por las partes

AAP Madrid 25ª 7 junio 2011: “El concepto de orden público (...), no puede asimilarse a la infracción de cualquier norma del ordenamiento jurídico, ni siquiera a las que tienen carácter imperativo, pues la dimensión actual de concepto tan impreciso viene dada por la Constitución Española y en

<sup>49</sup> Roj: STSJ CV 96/2014 - ECLI:ES:TSJCV:2014:96.

<sup>50</sup> RJ/2015/1239.

<sup>51</sup> Roj: STSJ CV 3419/2015 - ECLI:ES:TSJCV:2015:341.

especial por la defensa de los derechos fundamentales, ámbito donde no puede encuadrarse la interpretación que deba hacerse de un acuerdo contractual”<sup>52</sup>.

SAP Alicante 15 junio 2011: “El concepto de orden público ha de ser interpretado a la luz de los principios recogidos en la Constitución, ya que a partir de su vigencia no pueden reconocerse decisiones que impliquen vulneración de los derechos fundamentales y libertades públicas constitucionalmente garantizados, por lo que un laudo será atentatorio al orden público cuando conculque alguno de los principios o derechos fundamentales de nuestra Constitución”<sup>53</sup>.

STSJ Madrid 23 mayo 2012: “No mantiene la Sala tal concepto amplísimo de orden público, pues lo contrario supondría una verdadera configuración de la demanda de anulación del Laudo arbitral como una amplia y plena segunda instancia, y no es ese el propósito del Legislador ni de la Ley Modelo UNCITRAL que le ha servido de guía precedente. Por orden público han de estimarse aquel conjunto de principios, normas rectoras generales y derechos fundamentales constitucionalizados en el Ordenamiento Jurídico español, siendo sus normas jurídicas básicas e inderogables por la voluntad de las partes, tanto en lo social como en lo económico”<sup>54</sup>.

STSJ Canarias 9 julio 2012: “Resulta razonable sostener que la noción de orden público sólo debe utilizarse para evitar el reconocimiento de un laudo que contradiga de forma manifiesta principios fundamentales, no aquellos otros que, por muy discutible que pueda llegar a ser, no chocan o conculcan los principios nucleares de nuestra convivencia”<sup>55</sup>.

STSJ Cataluña 7 enero 2014: “Ya se adopte una conceptualización amplia del orden público que incluya la vulneración de las normas de *ius cogens*, ya se parta de un concepto más estricto que incluya sólo la infracción de derechos fundamentales y libertades públicas, no cabe un concepto de orden público que pueda tener un significado tan amplio que permita que a través de él se pueda hacer valer cómo anulación del laudo arbitral cualquier infracción que tampoco se ha producido al motivar el arbitro su condena en costas de una forma y con un contenido que no resulta arbitrario, atendido el convenio arbitral”<sup>56</sup>.

14. En el sistema español una evolución de la extensión del orden público se desprende de la comparación entre las Exposiciones de motivos de la LA/1988 y la LA/2003. Mientras que en la primera se establece la posibilidad de anular el laudo interpretando el orden público este “a la luz de los principios de nuestra Constitución”, en la segunda se insiste en que los límites a la actuación de los árbitros son el derecho de defensa de las partes y el principio de igualdad, “que se erigen en valores fundamentales del arbitraje como proceso que es”. Y, paralelamente, la jurisprudencia registra la admisión de la causal en dos situaciones distintas:

i) Orden público material: cuando se infringen los valores consagrados como fundamentales para la sociedad, porque los mismos se entienden como intangibles en un concreto contexto histórico, sociopolítico, económico y cultural. Este correctivo está integrado por aquellos principios políticos, económicos, morales y sociales que conforman el marco jurídico identificador de un estado o un país en cada momento histórico<sup>57</sup>. La práctica apunta a que dentro de esta noción podría incluirse el deber de actuar de buena fe, la prohibición de abuso de

---

<sup>52</sup> JUR\2011\291463.

<sup>53</sup> JUR\2011\339719.

<sup>54</sup> JUR\2012\227792.

<sup>55</sup> JUR\2012\299685.

<sup>56</sup> RJ\2014\1183.

<sup>57</sup> Según la STS 1ª 31 diciembre 1979 se “incluirían los principios jurídicos, públicos y privados, políticos, morales y económicos que son absolutamente obligatorios para la conservación de la sociedad de un pueblo y en una época determinada (EDJ1979/990).

derecho, prohibición de discriminación o la prohibición de expropiación sin un debido proceso. De esta suerte, “la admisibilidad del recurso de anulación contra el laudo arbitral por ser contrario al orden público estará condicionada a que dicha vulneración haga referencia a algunos de los derechos fundamentales mencionados en el art. 53 CE”<sup>58</sup>. Su extensión a otros derechos o principios constitucionales “desbordaría el ámbito de la acción de anulación que exige, también por la propia naturaleza del arbitraje, una hermenéutica restrictiva”<sup>59</sup>.

ii) Orden público procesal: Abarca las reglas rectoras del debido proceso, en concreto el derecho de las partes a ser debidamente llamadas al arbitraje, la igualdad en el trato, el derecho a ser oído, la prohibición de parcialidad y la falta de independencia, fraude o corrupción por parte de los árbitros. Dicho en otros términos, cuando en el procedimiento arbitral no se han respetado los principios de contradicción, defensa e igualdad de oportunidades entre las partes litigantes.

SAP Madrid 12<sup>a</sup> 23 febrero 2010: “Por orden público material se entiende el conjunto de principios jurídicos públicos, privados, políticos, morales y económicos, que son absolutamente obligatorios para la conservación de la sociedad en un pueblo y en una época determinada (SSTC 15/1987, de 11 de febrero, 116/1988, de 20 de junio y 54/1989, de 23 de febrero) y desde el punto de vista procesal, el orden público se configura como el conjunto de formalidades y principios necesarios de nuestro ordenamiento jurídico procesal, sólo el arbitraje que contradiga alguno o algunos de tales principios podrá ser tachado de nulo por vulneración del orden público”<sup>60</sup>.

STSJ Galicia 25 octubre 2012 : “Las ausencia de la meritada contradicción con la consiguiente posibilidad de formulación de alegaciones, sin duda es determinante de la indefensión que alega la parte demandante incurriendo así el laudo impugnado dentro de la causa de nulidad prevista en el ap. f) del art. 41 LA Arbitral por contrariedad con el orden público donde (...) se comprenden las garantías formales de rogación, bilateralidad, contradicción, igualdad de partes, congruencia y proscripción de cualquier situación de indefensión”<sup>61</sup>.

SSTSJ Cataluña 5 mayo, 14 de julio, 16 de octubre, 1 diciembre 2014 o 15 junio 2015: “El orden público se ha conformado como un concepto jurídico indeterminado y que puede ser vulnerado tanto en sentido material como procesal. En sentido material, la vulneración tiene lugar cuando se infringen los valores consagrados como fundamentales para la sociedad, porque los mismos se entienden como intangibles en un concreto contexto histórico, sociopolítico, económico y cultural, o sea, vendría constituido por aquellos principios políticos, económicos, morales y sociales que conforman el marco jurídico identificador de un estado o un país en cada momento histórico. En cambio, desde el punto de vista procesal, se puede atentar contra el orden público cuando en el procedimiento arbitral no se han respetado los principios de contradicción, defensa e igualdad de oportunidades entre las partes

<sup>58</sup> SAP Valencia 4 octubre 2000, *JEA*, n<sup>o</sup> 999, SAP Vizcaya 4<sup>a</sup> 12 febrero 2009, *JEA*, n<sup>o</sup> 1022; SAP Islas Baleares 3<sup>a</sup> 26 enero 2011, *JEA*, n<sup>o</sup> 804; SAP Vizcaya 4<sup>a</sup> 1 abril 2011, *JUR*\2011\30275; SAP Vizcaya 4<sup>a</sup> 16 junio 2011, *JUR*\2011\299329; STSJ Canarias 26 febrero 2013, *Roj*: STSJ ICAN 808/2013; Cendoj: 35016310012013100002; STSJ Madrid 9 julio 2013, *JUR* 2013\285008; STSJ Comunidad Valenciana 7 enero 2014, *RJ*\2014\1816; STSJ Canarias 29 abril 2014, *JUR*\2014\188468; STSJ Cataluña 5 mayo 2014, *RJ*\2014\4196; STSJ Valencia 4 mayo 2015, *Roj*: STSJ CV 3419/2015 - *ECLI:ES:TSJCV:2015:3419*.

<sup>59</sup> SSTJ Comunidad Valenciana 21 febrero 2012, *JUR*\2012\212509 y 28 abril 2012, *JUR*\2012\297164; 15 octubre 2013, *RJ*\2013\7702.

<sup>60</sup> *JEA*, n<sup>o</sup>1039.

<sup>61</sup> *RJ*\2012\11176.



litigantes”<sup>62</sup>.

15. La acepción de orden público procesal expresa una particular situación de paz social y de seguridad en una comunidad estatal. Esta situación o estado de la sociedad es la que permite tanto el normal desarrollo de la convivencia y de las actividades humanas como el normal funcionamiento de las instituciones y el ejercicio de los derechos por los particulares. Pero si se tiene en cuenta que esta situación de paz social y de seguridad pública se considera un bien jurídico o un valor jurídico de especial importancia para el propio ordenamiento estatal, no debe sorprender que sea objeto de especial protección por medio de normas administrativas y penales que previenen o sancionan aquellas conductas que puedan alterar o perturbar esta situación.

Más matizadamente el orden público constituye el sistema ideal de valores en el que se inspira el ordenamiento jurídico en su totalidad. Si se quiere, el conjunto de concepciones fundamentales del Derecho que caracterizan, en un determinado momento histórico, a una comunidad estatal. Ahora bien, si estos valores jurídicos o concepciones fundamentales del Derecho constituyen los presupuestos que inspiran la totalidad del ordenamiento jurídico en una comunidad estatal, la consecuencia obligada es su carácter absolutamente obligatorio e inderogable para el propio ordenamiento. Y esta caracterización conduce a una consecuencia ulterior, no menos importante: en su significado normativo, el orden público no sólo posee una función positiva, como elemento inspirador de la totalidad del sistema. También, necesariamente, debe llevar a cabo una función excluyente o de signo negativo: la de impedir que tengan eficacia jurídica en la comunidad la costumbre o los usos y aquellos actos o negocios de los particulares, realizados en el ejercicio de su autonomía privada, que sean contrarios a dichos valores jurídicos fundamentales; y, paralelamente, la de imposibilitar que puedan integrarse en el ordenamiento estatal los laudos arbitrales que sean incompatibles con los principios o valores del ordenamiento en el que han de integrarse. En suma, la noción de orden público queda circunscrita, *prima facie*, a los derechos fundamentales y a las libertades garantizados por la Constitución.

STC/132/1991, de 17 de junio: “El orden público del foro ha adquirido, así, un contenido peculiar impregnado por las exigencias de la Constitución y, en particular (...) por las exigencias que impone el art. 24 CE”<sup>63</sup>.

SAP Comunidad Valenciana 4 octubre 2000: “Cualquier infracción de una norma legal o de la jurisprudencia no justifica el recurso de anulación, sino solamente aquella que tenga entidad suficiente para constituir infracción del orden público, es decir, los principios y valores constitucionales inderogables ante la autonomía de la voluntad, la vulneración de los derechos fundamentales y libertades públicas garantizadas constitucionalmente a los españoles a través, fundamentalmente, del art. 24”<sup>64</sup>.

Esa “entidad suficiente” comprende también otros principios fundamentales del ordenamiento jurídico cuya concreción corresponde a los tribunales ordina-

---

<sup>62</sup> Roj: STSJ CAT 6236/2015 - ECLI:ES:TJSCAT:2015:6236

<sup>63</sup> TOL80.546.

<sup>64</sup> JEA, nº 999.

rios. Y también se extiende al Derecho de la Unión Europea, cuyos principios deben quedar también protegidos<sup>65</sup>.

STSJ Madrid 28 enero 2015 : “El orden público susceptible de protección ex art. 41.1º.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 ciertos reglas básicas y principios irrenunciables de la contratación en supuestos de especial gravedad o singularmente necesitados de protección”<sup>66</sup>.

Así concebido, el orden público constituye una cláusula general de protección de los valores jurídicos fundamentales del ordenamiento jurídico; cláusula que puede operar frente a otros procedimientos autónomos de producción jurídica admitidos por el propio ordenamiento. Lo que implica, de un lado, que la protección que lleva a cabo el orden público sólo se refiere al que puede denominarse contenido propio del ordenamiento jurídico, determinado por la ley; esto es, en relación con los valores fundamentales que informan tanto la Constitución como las leyes ordinarias. Y, de otro lado, que la protección opera frente a cualquier procedimiento autónomo de producción jurídica, ya se trate de la costumbre, de la autonomía privada o, en el caso de las normas de Derecho internacional privado, de normas, actos o decisiones extranjeras. Es un juicio más complejo que el primero, porque postula un análisis actualizado de la concreta evolución del orden público nacional y de los límites de tolerancia, una verificación *in itinere* de la evolución del ordenamiento y un proceso de reconstrucción actual, desde el entramado normativo y de los principios, de los valores que fundan el sistema en el sector afectado y en el momento histórico determinado, y que representa uno de los deberes más complicados y difíciles para el intérprete jurídico.

16. El alcance del orden público en la anulación de los laudos, como causa autónoma que ha de localizarse en la propia decisión arbitral, se ha extendido a la contravención por el árbitro de determinadas cuestiones de carácter procesal como las derivadas de la imposibilidad de hacer valer de los derechos de defensa contemplada en el art. 41.1º.f) LA. En efecto, la jurisprudencia española ha extendido el alcance de la noción al entender, a partir de la STC 43/1986, de 15 abril<sup>67</sup> entendiendo que un laudo arbitral atenta contra el orden público procesal cuando ha vulnerado los derechos fundamentales y las libertades públicas garantizadas constitucionalmente por el art. 24 CE. Semejante orden público procesal resulta equivalente al derecho de defensa y tiene como misión salvaguardar los principios procesales fundamentales de audiencia, contradicción e igualdad. A partir de aquí se admite que puede ser anulado laudo impugnado por comprenderse en la causal referida la violación de las garantías formales de rogación, bilateralidad, contradicción, igualdad de partes, congruencia y proscripción de cualquier situación de indefensión (STSJ Galicia 25

<sup>65</sup> A.B. Green y J. Weiss, “Public Policy and International Arbitration in the European Union”, *Am. Rev. Int' Arb.*, vol. 22, nº 4, 2011, pp. 625-659.

<sup>66</sup> TOL4.761.140.

<sup>67</sup> RTC 1986/43.

octubre 2012<sup>68</sup>). Si bien la misma Sala considera que las cuestiones atinentes a derechos fundamentales del art. 24 CA que tengan cabida en otros apartados del art. 41.1º deben quedar fuera del ap. f) de este precepto (STSJ Galicia 23 julio 2015<sup>69</sup>).

De acuerdo con este planteamiento, no toda irregularidad del procedimental es susceptible de dar lugar a la nulidad del laudo arbitral sino únicamente aquellas que por su gravedad han afectado a los principios de igualdad, audiencia o contradicción dando lugar a una situación de indefensión de la parte afectada.

SAP Madrid 14ª 30 junio 2009: “La mera decisión procesal de admitir a trámite la demanda reconvenicional o acumulada en el procedimiento arbitral, carece de virtualidad para vulnerar el orden público y el principio de defensa, y ese efecto sólo puede derivar de la concreta naturaleza y contenido de los pedimentos reconvenicionales o acumulados”<sup>70</sup>.

STSJ Madrid 5 mayo 2014: “La vulneración de los principios atinentes al orden público y específicamente aquellos que afectan a la necesaria audiencia, contradicción e igualdad de armas, produce por definición e imperativo legal, la anulación del propio laudo en su conjunto”<sup>71</sup>.

STSJ Cataluña 5 mayo 2014: “Ninguna vulneración del orden público acaece en el presente supuesto. Así, desde la órbita procesal no consta que se haya producido ninguna vulneración en el procedimiento arbitral de los principios de contradicción, defensa e igualdad de oportunidades, sin que quepa confundir (...) la discrepancia con el resultado del procedimiento arbitral con motivos de nulidad inexistentes”<sup>72</sup>.

## 2. Examen de la práctica

### A) Carácter abusivo de la cláusula de arbitraje

17. La alegación del carácter abusivo de una cláusula contractual de sometimiento al arbitraje, que puede apreciarse de oficio por el Juez como contraria a las normas de orden público en el caso de un consumidor tienen respaldo en la jurisprudencia del TJCE en aplicación de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores y su apreciación se somete a lo que establezcan de los elementos de hecho y de derecho necesario<sup>73</sup>. Es cierto que en función de la naturaleza y la importancia del interés público en que se basa la protección que dicha directiva otorga a los consumidores se considera que su art. 6 es “una norma equivalente a las disposiciones nacionales que, en el ordenamiento jurídico interno, tienen rango de normas de orden público”<sup>74</sup>, pero su apreciación debe ser sometida a las correspondientes cautelas.

ATS 1ª 31 mayo 2005: “el hecho de que la cláusula de sumisión a arbitraje venga contenida en una estipulación incluida en un conjunto de condiciones generales, a las que se remite en bloque el contrato suscrito por las partes, y del que pasó a formar parte como un anexo al mismo, no es bastante para

---

<sup>68</sup> RJ/2012/11176.

<sup>69</sup> RJ/2015/3764.

<sup>70</sup> JEA, nº 1032.

<sup>71</sup> JUR\2014\261146

<sup>72</sup> RJ\2014\3564.

<sup>73</sup> *Inter alia*, SSTJ 26 octubre 2006, as. C-168/05; *Mostaza Claro*, 3 junio 2009, as. C. 243/08; *Pannon GSM* o 6 octubre 2009, as. C-40/08; *Asturcom*.

<sup>74</sup> *Astucom*, cit. nota anterior.

considerarla ineficaz con fundamento en la existencia de un desequilibrio negocial y en la necesidad de evitar el abuso de la posición de dominio que se predica de la solicitante<sup>75</sup>.

ATSJ Cataluña 1ª 17 noviembre 2011: “Siendo cierto que el ‘orden público’ (...), se encuentra impregnado del contenido del art. 24 CE en cuanto imposibilita el libre acceso a los Tribunales (...) no queda justificado (...) que haya sido impuesta -la cláusula arbitral- de forma coactiva mediante vicio de voluntad determinante de su nulidad<sup>76</sup>”

#### B) Infracciones al orden público procesal

18. La intensa práctica en la materia permite realizar una clasificación de los supuestos en que se ha alegado la infracción del orden público procesal suscitándose su eventual aceptación por parte de los tribunales españoles

i) Ausencia de motivación. Aunque no es una cuestión admitida en todos los sistemas estatales, la jurisprudencia emanada de los TTSSJJ considera que la exigencia de motivación del laudo forma parte del denominado orden público procesal justificando que con ello “se persigue fundamentalmente evitar la arbitrariedad, por un lado, así como las razones ocultas, es decir, aquellas determinantes de la decisión que no podrían hacerse públicas sin merecer censura” (STST Andalucía 11 octubre 2013<sup>77</sup>). Es cierto que en otros ordenamientos es admisible un laudo carente de motivación, o una renuncia de las partes a dicha motivación, pero no es éste el modelo de nuestro ordenamiento jurídico, tal y como se establece en el art. 37.4º LA, según el cual “el laudo deberá ser siempre motivado”, salvo en el caso de laudo que se limite a homologar el acuerdo entre las partes sobrevenido durante las actuaciones.

STSJ Comunidad Valenciana 26 abril 2012: “La arbitrariedad, que constituiría un claro supuesto de contravención del orden público procesal, consiste en actuar en el proceso de modo contrario a la razón y a las leyes, guiado sólo por la voluntad o el capricho<sup>78</sup>”.

STSJ Madrid 7 febrero 2014: “La genérica vulneración del orden público, que frecuentemente se alega como causa de anulación del laudo para discutir los fundamentos en los que se basó la resolución arbitral, sólo puede prosperar cuando hubiera una ausencia notoria de motivación, que impidiera conocer las razones de la decisión, o cuando el conjunto de los argumentos del árbitro denotaran un total apartamiento de la racionalidad exigible a la resolución de la controversia, que fueran la manifestación de una notoria arbitrariedad<sup>79</sup>”.

ii) Motivación incorrecta o arbitraria: Cosa distinta es la acción del orden público cuando la motivación del laudo es incorrecta o arbitraria. Dada las características de la acción de anulación y su carácter diverso del proceso de apelación 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. Como se ha puesto de relieve, la acción de anulación no permite analizar la corrección en la aplicación

<sup>75</sup> Roj: ATS 6700/2005 - ECLI:ES:TS:2005:6700A.

<sup>76</sup> JUR\2012\24412.

<sup>77</sup> AC/1014/246.

<sup>78</sup> JUR\2012\297164.

<sup>79</sup> JUR 2014\261212.

de la Ley realizada por el árbitro, en el análisis de la cuestión de fondo, ni siquiera con respaldo en consideraciones de orden público

STSJ Cataluña 9 marzo 2015: “No pueden ser estimadas como contravenciones al orden público, cuando: Se trata de impugnar las calificaciones fácticas o jurídicas, pretendiendo una revisión del pronunciamiento arbitral, pues (...), es aplicable, por un lado, el principio de intervención mínima del art. 17 LA, y, por otro, la cuestión de fondo no puede revisarse, como regla general, por el cauce de la demanda de anulación”<sup>80</sup>.

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 respaldo en eventuales errores del árbitro<sup>81</sup>. En todo caso una motivación arbitraria o irracional solamente podrá ser estimada como contraria al orden público sin entrar en la cuestión de fondo resuelta por los árbitros.

SAP Las Palmas 5<sup>a</sup> 30 septiembre 2008: “El laudo arbitral [...] carece de la mínima motivación jurídica exigible, pues el árbitro se limita a hacer una breve y sucinta exposición de los antecedentes formales que motivaron la nulidad del primer laudo dictado y sin más a dictar el fallo, lo que, unido a lo anterior, evidencia un choque frontal contra el orden público (art. 41.1.º f de la Ley)”, al ir en contra de los principios y normas rectoras generales que deben regir en todo procedimiento contencioso reglado, sea o no judicial”<sup>82</sup>.

SAP Barcelona 15<sup>a</sup> 5 mayo 2009: “El orden público no puede entenderse violentado por una decisión arbitral con apoyo en una interpretación de las reglas negociales que no puede considerarse absurda, discriminatoria o determinante de indefensión alguna, cuando la misma se acomoda a lo que se han considerado justas atribuciones jurídicas”<sup>83</sup>.

STSJ Andalucía 11 octubre 2013 “No es admisible (...) confundir la ausencia de motivación con la motivación desahogada. Con un mínimo de habilidad dialéctica siempre será posible presentar una discrepancia con el sentido de la decisión como el resultado de una motivación ilógica, incoherente o deficiente, de ahí que el control de la suficiencia de la motivación deba quedar confinado a los casos en que no sea posible determinar cuál ha sido la *ratio decidendi*, sea acertada o no. No puede, pues, con la excusa de un control sobre la suficiencia de la motivación, comparar los argumentos ofrecidos con los que a juicio de la parte *debieron haberse considerado*, sino sólo comprobar si los ofrecidos en la resolución dan cuenta de por qué se decidió de un modo o de otro”<sup>84</sup>.

STJ Cataluña 7 enero 2014 : “Ya se adopte una concepción amplia del orden público que incluya la vulneración de las normas de *ius cogens*, ya se parta de un concepto más estricto que incluya sólo la infracción de derechos fundamentales y libertades públicas, no cabe un concepto de orden público que pueda tener un significado tan amplio que permita que a través de él se pueda hacer valer cómo anulación del laudo arbitral cualquier infracción que tampoco se ha producido al motivar el arbitro su condena en costas de una forma y con un contenido que no resulta arbitrario, atendido el convenio arbitral”<sup>85</sup>.

STSJ Castilla La Mancha 15 enero 2014: “Procede la desestimación de la demanda, porque fundándose la misma sobre la causa de anulación señalada en el ap. f) del art. 41.1º LA (que el laudo es contrario al orden público), resulta meridianamente claro que ninguna de las alegaciones vertidas en el escrito de demanda sobre las que se sostiene tal pretensión (aplicación indebida de una ley no vigente en el momento de la adopción de los acuerdos de la Asamblea General que dieron lugar al

<sup>80</sup> RJ\2015\1886.

<sup>81</sup> 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, pp. 464-492.

<sup>82</sup> JEA, nº 1017.

<sup>83</sup> JEA, nº 1026.

<sup>84</sup> AC/1014/246.

<sup>85</sup> RJ/2014/1183.

arbitraje cuyo laudo se pretende anular...) puede entenderse como decisiones o fundamentos contrarios al orden público procesal. Se trata de cuestiones de fondo, relativas a la interpretación de las normas aplicables o aplicadas en el laudo, tendentes en definitiva a discutir la cuantía de la liquidación (...). Por lo que resulta fuera de toda duda que el laudo arbitral no ha limitado o vulnerado el derecho de defensa ni los principios procesales fundamentales de audiencia, contradicción e igualdad”<sup>86</sup>.

STSJ Comunidad Valenciana 26 marzo 2014: “La acción de anulación en general y este motivo en particular no transfieren al TSJ, hoy competente para el conocimiento de la misma, la posibilidad de emitir un nuevo juicio sobre la cuestión litigiosa resuelta por los árbitros ni tampoco un re-examen sobre el fondo del asunto. A riesgo de desnaturalizar de la institución, un concepto de orden público de semejante amplitud no puede ser asumido y ello por cuanto el legislador ha impedido que el contenido del laudo-lo alegado, probado, fundamentado y fallado- sea revisable judicialmente”<sup>87</sup>.

STSJ Cataluña 16 febrero 2015: “La instante relaciona el orden público con la falta de capacidad del árbitro y los errores padecidos por no tener conocimiento suficientes y bastantes ni experiencia contrastada sobre la materia, extremos que hemos resuelto en su relación con el nombramiento del árbitro en el fundamento precedente (...) dichos errores afirmados en la demanda de anulación del laudo, que versan: Sobre la finalidad del producto y su examen en el laudo arbitral, sobre la consideración de ‘beneficios’ o la asimetría en los intereses, valoración de las circunstancias propias de las permutas financieras de tipos interés, sobre el plazo de la permuta y el inicio de las liquidaciones así como su importe, o finalmente, sobre la valoración del producto caso de su cancelación anticipada o falta de oferta de los productos; son cuestiones que no afectan al orden público”<sup>88</sup>.

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.

STSJ Madrid 28 enero 2015: “En este ámbito de enjuiciamiento, no tiene por qué incidir, ni incide, en si el contrato debió ser anulado o no en función de un error esencial de consentimiento: su objeto de análisis es el laudo, cuya motivación contraviene el orden público por arbitraria, ex art. 24.1º 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, es cuestión de orden público, también se aprecia la causa de anulación del art. 41.1º.f) LA por esta circunstancia añadida”<sup>89</sup>.

STSJ Madrid 21 julio 2015: “El árbitro incurre en un error patente en la motivación del Laudo, aplicando una norma legal, cuya reforma no afectaba al contrato celebrado entre las partes, que era de

<sup>86</sup> Roj: STSJ CLM 20/2014 - ECLI:ES:TSJCLM:2014:20.

<sup>87</sup> RJ\2014\3559.

<sup>88</sup> RJ\2015\1235.

<sup>89</sup> TOL4.761.140. *Vid. mis consideraciones críticas en “Riesgos de la heterodoxia en el control judicial de los laudos arbitrales”, Diario La Ley, nº 8537, 12 mayo 2015, esp. pp. 4-5.*

fecha anterior a su entrada en vigor, y en la misma basa el árbitro la desestimación de las pretensiones de la demandante, por lo que nos encontramos ante una decisión irrazonada, pues tal y como indica la jurisprudencia constitucional, el citado error equivale a una ausencia de fundamentación en Derecho, y ello implica una vulneración del art. 24 CE, y por tanto del orden público, por lo que procede estimar la demanda y declarar la nulidad del Laudo Arbitral<sup>90</sup>.

STSJ Madrid 23 octubre 2015, “A diferencia de lo que pretende la demandada, sí puede el Tribunal de anulación fiscalizar, desde la perspectiva del control del orden público, la motivación, en general, y la valoración probatoria, en particular, contenidas en el Laudo que pudieran lesionar el art. 24.1º CE. Como también puede el Tribunal de anulación fiscalizar que la motivación del Laudo no vulnera los preceptos sustantivos de la Constitución, ni excede de lo que es arbitrable y disponible para las partes y para el propio árbitro”<sup>91</sup>.

iii) Falta de justificación sistemática o insuficiencia y cómo se produce la vulneración del Derecho constitucional y, en consecuencia, del orden público en su vertiente procesal. “No basta alegar, genéricamente, que existen pronunciamientos incompletos, confusos y sistemáticamente injustificados, hay que expresar cuáles son y señalar en qué consiste la confusión” (SAP Madrid 14ª 15 septiembre 2008<sup>92</sup>). El art. 41.1º.f) LA no permite invocar como motivo de anulación “cualquier error” de orden procesal o de orden material (ni siquiera imperativo); el motivo “orden público” es el único que permite un limitado control judicial sobre el fondo del laudo (SAP Madrid 14ª 15 septiembre 2008<sup>93</sup>).

iv) Falta de la debida independencia o imparcialidad del árbitro o la Asociación o Institución encargada de la administración del arbitraje

SAP Madrid 9ª 5 mayo 2008: “No puede entenderse que se haya visto afectada la imparcialidad del árbitro por dichos contactos, y desde esta perspectiva no puede entenderse que el auto sea nulo en base al art. 41.1º.f) LA, pues tanto desde un punto de vista objetivo, como desde un punto de vista subjetivo, cuando el tribunal arbitral tomó su decisión no existían los contactos entre ambos despachos de abogados, debiendo estarse y examinarse esta cuestión no en base a aspectos meramente formales, como es la fecha en que formalmente aparece dictado el laudo, sino a la fecha en que el tribunal arbitral resolvió la controversia entre las partes, y remitió el laudo, para su examen formal a la Secretaría de la Corte, hechos todos ellos que se produjeron con anterioridad a iniciarse los contactos entre ambos despachos de abogados”<sup>94</sup>.

SAP Las Palmas 5ª 30 septiembre 2008: “Las dudas justificadas sobre la imparcialidad del árbitro, se ven en este caso completado por una incongruencia omisiva de tal calibre que determina una vulneración evidente del derecho a la defensa, lo que refuerza aún más la nulidad del laudo decretada, el cual queda sin efecto”<sup>95</sup>.

v) Admisión de pruebas ilícitamente obtenidas o bien la indebida inadmisión de prueba o su falta de práctica imputable al tribunal arbitral, con vulneración de los principios de defensa o igualdad de las partes. No basta, pues, el mero desacuerdo con la valoración de la prueba para que opere la causal de orden público.

<sup>90</sup> TOL5.408.726; AC\2015\1184, *infra*, pp. 909-911 y nota de G. Stampa, *infra*, pp. 911-913.

<sup>91</sup> Roj: STSJ M 12653/2015 – ECLI:ES:TSJM:2015:12653; JUR\2015\301853.

<sup>92</sup> JAE, nº 1015.

<sup>93</sup> JEA, nº 1016.

<sup>94</sup> JEA, nº 1011.

<sup>95</sup> JEA, nº 1017.

SAP Madrid 28<sup>a</sup> 14 noviembre 2008: “Lo que la impugnante califica como contrariedad del laudo al orden público no es más que desacuerdo de la impugnante con la valoración que de las pruebas practicadas ha realizado el tribunal arbitral, con la aplicación del ordenamiento jurídico realizado por el tribunal arbitral”<sup>96</sup>.

SAP Barcelona 15<sup>a</sup> 30 junio 2009: “No debe convertirse, en fin, el recurso a esta cláusula 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 no sea absurda ni manifiestamente contraria a las reglas de la lógica, o a ese ordenamiento de imperativa aplicación. Por ello (...) no cabe localizar la infracción del orden público en el desacuerdo con la valoración probatoria”<sup>97</sup>.

## 2. Orden público interno y orden público internacional

19. Desde una perspectiva doctrinal, el orden público interno viene conformado por todas las disposiciones o principios imperativos de un sistema jurídico, no derogables por voluntad de las partes. En contrapartida, el orden público internacional es un concepto más restringido, que hace referencia a aquellas normas o principios esenciales, o de imperatividad reforzada, que impiden la aplicación de una norma extranjera que pueda derogarlos. Orden público interno y orden público internacional suelen representarse desde una perspectiva doctrinal a partir de una figura de círculos concéntricos, correspondiendo el círculo interior al segundo, de suerte que la norma de orden público internacional se inscribe en el orden público interno pero no a la inversa. El espacio que se sitúa en la corona circular ofrece en el tráfico externo una nota de carácter dispositivo, en tanto que la autonomía de la voluntad en las situaciones de tráfico interno queda en el exterior de la circunferencia mayor. Esta interpretación ha sido objeto de crítica en el sentido de que una división que tome como punto de referencia la inscripción del orden público internacional en un círculo que contenga una parte de Derecho material interno implica, en definitiva, su solapamiento con la noción de normas imperativas; y, además, incurre en una imprecisión, por cuanto la expresión “orden público internacional” parece indicar una realidad enraizada en exigencias del comercio internacional y no el marco del “orden público interno”.

Sin embargo, el ejemplo gráfico de los círculos concéntricos es operativo desde un doble punto de vista. En primer término, porque nada impide que en el círculo referido al orden público internacional se contengan principios de imperatividad absoluta extraídos bien de las disposiciones materiales internas o bien de los textos convencionales internacionales de aplicación en el foro. En segundo término, porque los principios que se sitúan en la corona circular pueden distinguirse, a su vez, tanto de las normas imperativas propias del Derecho internacional privado como de la excepción de orden público internacional que se inscribe en el primer círculo.

20. Aplicando esta construcción al arbitraje el orden público internacional tendría como función seleccionar únicamente aquellos modelos de normas,

---

<sup>96</sup> *JEA*, n<sup>o</sup> 1018.

<sup>97</sup> *JEA*, n<sup>o</sup> 1030.



pertencientes al orden público interno de cada Estado, que estrictamente deben ser aplicadas a las controversias arbitrales de tráfico privado externo. Ello ha dado lugar a una importante polémica entre los que defienden que el carácter arbitrable de una controversia debe ser resuelto de conformidad con la noción de orden público interno, con respaldo en la libertad de cada Estado para establecer la extensión de las materias que considera arbitrables y los partidarios de una suerte de “autonomía deslocalizada” de la arbitrabilidad respaldada, precisamente, en la noción de orden público internacional. La jurisprudencia, sin embargo, tiende a asimilar ambas nociones.

STSJ País Vasco 18 febrero 2013: “Siendo éste el contenido imprescindible del orden público (que lo es por igual, del orden público interno, del orden público internacional y, en consonancia con los convenios internacionales de derechos fundamentales, también del orden público transnacional) que ha de ser tenido en cuenta en la función de control postarbitral de un laudo recaído en un procedimiento arbitral, ya se trate de un arbitraje interno o de un arbitraje internacional”<sup>98</sup>.

21. En todo caso el orden público internacional posee esencialmente una función correctora operando como un mecanismo de defensa que permite al juez del ejecutivo a rechazar la ejecución de una sentencia extranjera cuando es contraria al mismo<sup>99</sup>. Y debe dejarse bien sentado que el control del laudo a través de la causal de orden público ofrece una dimensión enraizada íntimamente en los criterios de la *lex fori*, baste atender a que la Convención de Nueva York de 1958 no establece previsión alguna acerca del alcance de la reserva de orden público dejando esta materia a la apreciación de los Estados<sup>100</sup>.

A partir del planteamiento anterior, la expresión orden público internacional se utiliza en las Recomendaciones de la ILA (2002)<sup>101</sup> para designar el conjunto de principios y reglas reconocidos por un Estado que, por su particular naturaleza, pueden impedir el reconocimiento o ejecución de un laudo arbitral dictado en un arbitraje comercial internacional, cuando ese reconocimiento o ejecución puede implicar la violación de esos principios o reglas, bien como consecuencia del procedimiento seguido en el arbitraje en el cual se ha dictado el laudo (orden público internacional procesal, bien como consecuencia del contenido del propio laudo (orden público internacional sustantivo). Esta definición de orden público internacional se basa en dos consideraciones esenciales: i) El concepto de orden público internacional que ha de tenerse en cuenta a la hora de examinar la procedencia o improcedencia de una solicitud de reconocimiento de un laudo extranjero es el del Estado ante el que se solici-

<sup>98</sup> Roj: STSJ PV 317/2013; Cendoj: 48020310012013100003.

<sup>99</sup> H. van Houtte, “From a National to a European Public Policy”, *Justice in a Multistate World, Essays in Honor of Arthur T. von Mehren*, Nueva York, Transnational Publishers Inc., 2002, pp. 841 ss, esp. 842; H. Arfazadeh, “In the Shadow of the Unruly Horse: International Arbitration and the Public Policy Exception”, *Am. Rev. Int'l Arb.*, vol. 13, 2002, pp. 43-64; C. Esplugues Mota, “Recognition and Enforcement of Foreign Arbitration Awards in Spain and Public Policy”, *Cross Border Insolvency, Intellectual Property Litigation, Arbitration and Ordre Public*, (R. Stürmer y M. Kawano, eds.), Tubinga, Mohr Siebeck, 2011, pp. 345-356.

<sup>100</sup> Ch. Seraglini, *Lois de police et justice arbitrale internationale*, París, Dalloz, 2001. p. 151.

<sup>101</sup> *Arb. Int'l.*, vol. 19, n° 2, 2003, pp. 217 ss.

ta el reconocimiento, y no, desde luego, el de aquellos Estados con los cuales el laudo arbitral pueda guardar conexión (tales como el Estado donde se ha dictado el laudo, el Estado o los Estados donde se encuentren domiciliadas las partes, o el Estado donde se deba cumplir la obligación que es objeto de la demanda arbitral); ii) El orden público internacional comprende tanto las normas procesales esenciales que han de respetarse en toda clase de procedimientos arbitrales como el respeto a las normas esenciales de carácter sustantivo que configuran el orden público del país del foro.

Siguiendo con las Recomendaciones de la ILA, el orden público internacional de cualquier Estado incluye: (i) los principios fundamentales de justicia o moralidad que un Estado desea proteger; (ii) las reglas diseñadas para servir a los intereses esenciales de naturaleza política, social o económica de ese Estado, que se conocen como reglas de orden público; y (iii) el deber de un Estado de respetar sus obligaciones para con otros Estados u organizaciones internacionales. Dichas Recomendaciones reflejan los tres elementos esenciales del orden público internacional, a saber, i) los principios esenciales de justicia y moralidad que el Estado busca respetar, aunque no dependa de ello la esencia misma de su orden social y político; ii) las denominadas leyes de policía o, simplemente, de orden público, y, por último; y, iii) las obligaciones internacionales asumidas por ese Estado frente a otros Estados o frente a organizaciones internacionales.

#### **IV. Hacia una unificación de doctrina sin detrimento de la agilidad de los procedimientos judiciales**

21. La importancia del control jurisdiccional de los laudos arbitrales, dentro de unos límites desglosados de la práctica, ha sido puesta de relieve por la jurisprudencia española, que se ha movido en esta materia con carácter ejemplar hasta la fecha. En este marco la apreciación del orden público ha discurrido en unos términos adecuados al no conferírsele, con carácter apriorístico un efecto automáticamente excluyente de lo realizado por los árbitros. De un lado, la causal ha quedado prácticamente eliminada del sector del reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales extranjeros; de otro, se ha delimitado convenientemente, en expresivo contraste con la frecuencia con que ha sido invocado por las partes para intentar anular el laudo arbitral manera autónoma, o para reforzar en tal pretensión otras causales previstas en el art. 41 LA.

Si nos centramos en el millar de decisiones que han pronunciado los Tribunales Superiores de Justicia desde 2011, la situación descrita, de apreciación restringida del orden público, no ha variado en términos generales pudiendo contarse con una doctrina, reflejada en las páginas anteriores, plenamente acorde con un modelo de arbitraje ajustados a las necesidades contemporáneas y al practicado en los países más favorables a este procedimiento de arreglo de controversias.

Sin embargo este panorama ha contado desde el año 2015 con un parecer discrepante, que ha quebrado los principios consolidados de mínima inter-

vención en el sector<sup>102</sup>, del carácter no automáticamente excluyente del orden público y de no revisión del fondo del laudo. Dicho parecer, sin embargo, no puede generalizarse. Proviene únicamente de una Sala de lo Civil y Penal de uno de los diecisiete Tribunales Superiores de Justicia competentes para estos menesteres y cuenta, además, con la posición discrepante del presidente de dicha Sala.

22. No es el momento de volver al debate que tal actitud ha deparado en medios arbitrales, vinculado a la conveniencia de someter a arbitraje por medio de un contrato de adhesión las controversias entre clientes minoristas y contrapartes elegibles<sup>103</sup>, sino de reflexionar sobre la inexistencia en España de un modelo no unificado de control de los laudos, que evite estas posiciones heterodoxas.

La reforma de la LA/2003 practicada en 2011 dio un paso en esa dirección pero sin resolver la cuestión que nos ocupa. Acaso una suerte de recurso en interés de la ley, para la unidad de doctrina jurisprudencial, como el contemplado en el art. 490 LEC, o de recurso de casación para unificación de doctrina del tenor de los arts. 216 y 217 de la Ley de Procedimiento Laboral pudiera, ser una vía de solución a esta paradójica situación y afrontando el reto de compatibilizar que los Tribunales Superiores culminen la organización judicial por territorios, querido por el art. 152.1º de la Constitución. Esta opción no es nueva en el sistema español<sup>104</sup> y tendría la virtud de unificar, sin modificar el contenido de la decisión y sin volver a posiciones periclitadas<sup>105</sup>,

---

<sup>102</sup> ATS 1ª 15 noviembre 2005: “Es consustancial al arbitraje (...) la mínima intervención de los órganos jurisdiccionales por virtud y en favor de la autonomía de la voluntad de las partes, intervención mínima que, tratándose de actuaciones de control, se resume en el de la legalidad del acuerdo de arbitraje, de la arbitrabilidad (...) de la materia sobre la que ha versado, y de la regularidad del procedimiento de arbitraje”, *JEA*, nº 748; *vid.*, *inter alia*, AATS 1ª 21 febrero 2006, RJ 2006\1881; 7 febrero 2012, JUR\2012\62052; ATSJ País Vasco 19 abril 2012, *JEA*, nº 10; STSJ Comunidad Valenciana 16 septiembre 2013, JUR\2013\325056”.

<sup>103</sup> *Vid.* la posición de la parte vencedora en la STSJ Madrid 28 enero 2015, a cargo de J. Ruiz de Villa y P. Franquet, “¿Efecto mariposa?: nulidad de laudo sobre un swap por vulneración del orden público”, *Abogacía Española*, 18 enero 2016, <http://www.abogacia.es/2015/06/11/efecto-mariposa-nulidad-de-laudo-sobre-un-swap-por-vulneracion-del-orden-publico/>. *Vid.*, sobre la cuestión de fondo, I. Gomá Lanzón, “El arbitraje de las preferentes: ¿un nuevo “producto híbrido?””, *El Notario del siglo XXI*, nº 50, 2013, pp.

<sup>104</sup> Como pusiera de relieve B. Cremades, “Las Cámaras de Comercio manifestaron en el año 2003 su conformidad a la agilización de la labor judicial de apoyo y control del arbitraje, pero también que era el momento de pensar en cauces procesales que permitieran la unificación de doctrina; en el recurso en interés de la Ley que permite la unificación de doctrina, sin modificación de la ejecutoria; en garantizar la agilidad de los procedimientos judiciales de apoyo y control al arbitraje, pero estableciendo un cauce para que se pudiera en interés de la Ley establecer la doctrina correcta frente a contradicciones en las decisiones jurisdiccionales” (*cf.* “La función jurisdiccional de apoyo y control del arbitraje”, *Diario La Ley*, nº 7024, 2008).

<sup>105</sup> Recuérdese la opción del art. 1.732 LEC/1889 de imponer el recurso de casación contra los laudos en arbitrajes de derecho en los supuestos de haber resuelto los árbitros puntos no sometido a su decisión, o de haber dictado el laudo fuera del plazo señalado en la escritura de compromiso o en la prórroga.

ciertas cuestiones conflictivas como el empleo del orden público en el proceso de anulación de los laudos arbitrales. Más concretamente, ante la existencia de decisiones diversas procedentes de los diversos Tribunales Superiores de Justicia, cabría habilitar la posibilidad de que, por ejemplo, el Ministerio Fiscal, una Cámara de comercio, un Colegio de abogados o una Corte de Arbitraje pudieran recurrir ante el Tribunal Supremo, en interés de la ley, y sin que se modifique la decisión a los efectos de los que intervienen en el procedimiento arbitral, para que se pronuncie sobre la doctrina que debe seguirse en el futuro respecto a la materia controvertida.

Un mecanismo así establecido debería evitar, por descontado, que se pusiera en peligro la necesaria agilidad de los procesos judiciales en este particular sector. La puesta en marcha del recurso que se propugna debería evitar, en todo caso, la producción de dilaciones indebidas. Si atendemos a que, por ejemplo, la duración de la casación se sitúa en torno a los diez años, quedarían totalmente desvirtuados los propios fines del arbitraje.