

X.3- LA ANULACIÓN DEL LAUDO ARBITRAL.

Antonio Monserrat Quintana

I.- INTRODUCCIÓN.

Recuerdo que, cuando inicié mi Pasantía en el despacho del Abogado D. Nicolás Morell Cotoner, allá por el año 1970, una de las primeras cosas que me recomendó fue que no introdujera cláusulas compromisorias en los contratos, porque –decía– el arbitraje es una complicación que no hace más que alargar la solución de los conflictos.

Como es sabido, la primera ley que abordó de manera unitaria la institución del arbitraje fue la “Ley de 22 de diciembre de 1953, por la que se regulan los arbitrajes de Derecho Privado” (BOE 24 diciembre 1953), de la que fue autor principal el eminente procesalista profesor Jaime GUASP. La ley partía de la pretensión, que se reveló ingenua, de dotar a la institución de manera “que puede brindar a gran número de intereses patrimoniales una solución rápida y satisfactoria de los conflictos en que puedan verse envueltos”¹.

No hace falta decir que la ley fracasó en su intento de generalizar la solución de conflictos por la vía arbitral, como demostraba el juicioso comentario de mi primer maestro.

Creo que una de las principales razones de ese fracaso fue, justamente, la configuración de los recursos posibles contra el laudo arbitral, si bien la ley a que nos referimos simplificó el sistema de recursos anterior, pues suprimió el recurso de apelación que venía procediendo contra los laudos

1.- Exposición de Motivos, § 6.

dictados en arbitraje de derecho. Así, el artículo veintiocho de la Ley de 1953 autorizaba *sólo* el recurso de casación, por infracción de ley o quebrantamiento de forma, ante el Tribunal Supremo, para el caso de arbitraje de derecho; mientras que el artículo treinta permitía *sólo* el recurso de nulidad contra el fallo que hubiesen dictado los árbitros en un arbitraje de equidad, también ante la Sala primera del Tribunal Supremo.

La ley de 1953 fue, por otra parte, quedándose más y más obsoleta, especialmente a la vista de los enormes avances de la legislación mercantil, de los nuevos tipos de contratos, y, sobre todo, de la globalización, extensión y complejidad del comercio internacional, que la hacían totalmente inadecuada.

Por eso, tras un larguísimo paréntesis, la Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de Arbitraje, derogó aquella vetusta ley, pero es el caso de que tampoco cubrió totalmente las expectativas y las necesidades a las que se enfrentaba. En particular, resulta llamativo que no adoptara los criterios de la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) sobre Arbitraje Comercial Internacional, de 1985.

Precisamente por esta última razón, unida a otras de menor entidad, se promulgó la vigente ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, cuya Exposición de Motivos reconoce paladinamente que “con la pretensión de producir un salto cualitativo”², “su principal criterio inspirador es el de basar el régimen jurídico español del arbitraje en la Ley Modelo elaborada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional de 21 de junio de 1985 (Ley Modelo de CNUDMI/UNCITRAL), recomendada por la Asamblea General en su Resolución 40/72, de 11 de diciembre de 1985”³.

Entre las mejoras que la Ley 60/2003 introduce –aunque algunas ya estaban recogidas en la Ley 36/1988, están las relativas a la *Anulación y la revisión del laudo*, a que se dedica el Título VII de dicha ley (Artículos 40 a 43).

A esta cuestión vamos a dedicar nuestra intervención, en el limitado tiempo que esta intervención permite.

II.- ALGUNAS CUESTIONES GENERALES.

A.- La acción y procedimiento de anulación del laudo no es un recurso.

Contrariamente a lo que se sigue diciendo habitualmente por muchos, la acción de anulación del laudo no es un recurso. A este respecto, la Ley

2.- Exposición de Motivos, I, § 3.

3.- Exposición de Motivos, I, § 3.

60/2003 ha suprimido dicha calificación que venía autorizada por la derogada ley 36/1988. Con esta precisión se viene a reconocer la objeción –ya puesta de relieve por la doctrina más autorizada– que entendía que la anulación del laudo es un proceso, subsiguiente a una acción. Pero en ningún caso puede ser un recurso, porque el laudo es, por su naturaleza, ejecutable desde que se emite; mientras que la acción de anulación, que, además ha de basarse exclusivamente en los limitados motivos que la ley permite, tiende a la rescisión del laudo que, entre tanto, incluso puede estar en trámites de ejecución, o incluso haberse ejecutado en su totalidad, como se extrae del artículo 45.1 de la actual Ley Arbitral. (en lo sucesivo, LA).

La Exposición de Motivos de la LA dice, rotundamente, que “se evita la expresión recurso por resultar técnicamente incorrecta. Lo que se inicia con la *acción de anulación* es un *proceso de impugnación de la validez del laudo*”⁴.

B.- ¿Cabe la renuncia a la acción de anulación del laudo?

Desde un punto de vista lógico, cabría pensar en que las partes, al contratar o establecer el método elegido para dirimir sus posibles diferencias, pudieran renunciar *ab initio* a la intervención judicial respecto del laudo que acaso se dictare.

Esta renuncia podría estar incluso más en consonancia con la naturaleza del arbitraje, mediante el cual las partes desean extraerse a la actividad jurisdiccional para resolver sus conflictos.

Pero ya la remota STS de 23 de marzo de 1945 declaró que la estipulación de renuncia en una escritura de compromiso a que el laudo de los amigables componedores fuere revisado por los Tribunales, dándole desde luego firmeza, era nula por contrariar lo contenido en los artículos 4 (entonces vigente) y 1255 del Código Civil. Es decir, que era contraria al orden público. La misma solución alcanzó la STS de 1º marzo 1962⁵, de la que fue Ponente Don Antonio DE VICENTE TUTOR y GUELBENZU, en un caso en que las partes se habían sometido “a la decisión inapelable del amigable componedor”, la cual, tras señalar que “dejando aparte el contrasentido... que entraña acudir a la jurisdicción ordinaria para impetrar la nulidad del laudo”, acababa decidiendo que, a pesar de ello, el recurso estaba amparado por el artículo 1691.3º de la entonces vigente Ley de Enjuiciamiento Civil.

En la actualidad, tras la promulgación de la Constitución de 1978, la cuestión es aún más clara, puesto que se considera por los tribunales que el

4.- Exposición de Motivos, VIII, § 2.

5.- Repertorio Aranzadi 1169/1962.

compromiso de no impugnar las decisiones que otorgaren los mandatarios, incluso contenido en escritura pública, es nulo. Y ello, porque “es irrenunciable preventivamente el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 Constitución Española; STS 10 marzo 1986)”, como afirma la STS 569/2000, de 31 de mayo, Pon.: Antonio GULLÓN BALLESTEROS.

C.- Objeto de la acción de anulación.

Una primera respuesta apresurada podría conducir a responder que el objeto de la acción de anulación es el laudo, como se desprende del mismo enunciado del Título VII de la LA.

A este respecto, podemos empezar comentando que la ley incorpora un elemento que ha causado y causa razones para la confusión doctrinal. Es el hecho de que el artículo 40 habla –como ya lo hacía la Ley de 1988– de que la acción de anulación procede “contra un laudo *definitivo*”.

Con mayor técnica –o por lo menos, con mejor claridad–, la vetusta ley de 1953 hablaba de que el recurso de casación procedía “contra el *fallo* que dicten los árbitros”, tanto en el caso de arbitraje de derecho (art. veintiocho Ley 1953) como en el de arbitraje de equidad (art. treinta Ley 1953).

¿Qué quiere decir laudo *definitivo*?

Algún autor entiende que el laudo arbitral es firme desde el momento mismo en que se dicta, añadiendo que la sentencia que acaso se dicte anulándolo en virtud de la acción de anulación, “a partir de ella, en todo caso, el laudo que era ya firme, válido y ejecutivo dejará de serlo”⁶. Para acrecentar la perplejidad, se ha dicho que *definitivos* son los laudos que son susceptibles de ser cuestionados por la acción de anulación frente a aquellos otros denominados *firmes* que, a diferencia de los anteriores, producen los efectos inherentes a la cosa juzgada⁷.

Sin embargo, no podemos compartir esta opinión, ya que se opone a esta consideración la dicción de la Exposición de Motivos de la Ley, que, en materia de la fuerza ejecutiva del laudo, aunque sea objeto de impugnación, afirma que “ningún sentido tendría que la ejecutividad del laudo dependiera de su firmeza”. Añadiendo, acto continuo, que “la ejecutividad del *laudo no firme* se ve matizada por la facultad del ejecutado de obtener la suspensión de la ejecución mediante la prestación de caución...”, etc.⁸. Hay que reconocer, sin embargo, que la afirmación legal de que “el laudo produce efectos de

6.- MARTÍN BRAÑAS, Carlos: *La acción de anulación frente a laudos arbitrales*, “Foro, Nueva Época”, 3/2006, p. 124.

7.- *Vide* MARTÍN BRAÑAS, *op. cit.*, pp. 131-132.

8.- Exposición de Motivos LA, IX, § 3.

cosa juzgada y frente a él sólo cabrá ejercitar la acción de anulación y, en su caso, solicitar la revisión...”⁹, induce a error o por lo menos a confusión.

Sentado que laudo *definitivo* no equivale a laudo *firme*, ¿qué es entonces un laudo *definitivo*?

La solución hay que buscarla en la contraposición entre el laudo *definitivo*, que pone fin al procedimiento arbitral y los laudos *parciales* que, aunque tengan el mismo valor que el laudo *definitivo*¹⁰, pueden versar sobre *alguna parte del fondo de la controversia* o sobre otras cuestiones como la *competencia de los árbitros* o *medidas cautelares*¹¹ y sobre las *excepciones* a que nos referiremos acto continuo.

En el concepto genérico de *laudo* sobre el fondo controvertido hay que incluir el supuesto de que haya un *único laudo*, pero también *tantos laudos parciales* como hubieren estimado necesario el árbitro o árbitros¹². Pero resulta que el laudo –total o parcial– no es el único objeto de la acción de anulación, puesto que, según prescribe el artículo 22.3¹³, en relación con los apartados 1 y 2 del mismo artículo, también cabe la acción de anulación contra la decisión de los árbitros respecto de las *excepciones* que pudieren haberse opuesto a la celebración del arbitraje. Dichas excepciones son las *relativas a la existencia o a la validez del convenio arbitral o cualesquiera otras cuya estimación impida entrar en el fondo de la controversia*¹⁴. A lo que hay que añadir la decisión de los árbitros sobre su propia competencia¹⁵, que, en caso de disconformidad por la parte, ha de plantearse como excepción¹⁶, que habrá de ser resuelta igualmente por medio de decisión, también sujeta a la acción de anulación¹⁷. Si la decisión sobre las excepciones fuera desestimatoria y se adoptase con carácter previo, *el ejercicio de la acción de anulación no suspenderá el procedimiento arbitral*¹⁸.

Pero no sólo cabe la acción de anulación contra las decisiones relativas a las excepciones mencionadas. Es procedente también contra *las decisiones*

9.- Art. 42.2.

10.- Exposición de Motivos LA, VII, § 7.

11.- Exposición de Motivos LA VII, § 5.

12.- Art. 37.1.

13.- En lo sucesivo, la mención de los artículos se refiere a la actual ley arbitral, salvo indicación en contrario.

14.- Art. 22.1.

15.- La conocida regla *Kompetenz-Kompetenz*, Art. 16 de la Ley Modelo.

16.- Como se dispone en la Ley Modelo, Art. 16.2).

17.- Art. 22.1 y 2, y 3.

18.- Art. 22.3.

*arbitrales sobre medidas cautelares, cualquiera que sea la forma que revistan*¹⁹.

Se hace necesario aquí hacer frente a la opinión de autorizada doctrina²⁰ que considera –aunque no lo podemos compartir– que, entre los laudos que no son susceptibles de acción de anulación se cuenta el que emitan los árbitros en virtud del previo acuerdo adoptado por las partes, según la previsión del artículo 36. La razón aducida para negar el ejercicio de la acción de anulación en este último caso es que no hay perjuicio para ninguna de las partes. Pero el laudo no tiene por qué coincidir, ni siquiera en el tiempo ni en el contenido con el citado acuerdo, por lo que siempre se podrá aducir una discrepancia, formal o material, entre el laudo y el acuerdo previamente alcanzado *inter partes*. Sin olvidar que el repetido art. 36.2 afirma que dicho laudo “tendrá la misma eficacia que cualquier otro laudo dictado sobre el fondo del litigio”, por lo que, idénticamente, tendrá que poder ser objeto de la acción de anulación, singularmente, por ejemplo, y además de las posibles discrepancias entre lo acordado y lo consignado en el laudo, por el motivo de ser contrario al orden público²¹.

Por lo indicado, hay que concluir que la acción de anulación cabe contra:

1.- El laudo único sobre el fondo que haya dado fin al procedimiento, caso de que no haya habido laudos parciales.

2.- El laudo definitivo y los laudos parciales sobre el fondo.

3.- Los laudos parciales sobre aspectos que no recaen sobre el fondo de la controversia, que pueden ser:

3.a.- Las decisiones arbitrales sobre las excepciones formuladas contra el procedimiento arbitral, incluyendo la cuestión sobre la competencia de los árbitros.

3.b.- Las decisiones arbitrales sobre medidas cautelares.

Ante este panorama, entendemos que hubiera sido mucho mejor reservar un solo artículo de la Ley donde se estableciera la acción de anulación para todos los casos posibles, en lugar de introducir la posibilidad de dicha acción en el artículo 22 y en el artículo 40, con el confusionismo al que ya hemos hecho referencia.

19.- Art. 23.2.

20.- MARTÍN BRAÑAS, *op. cit.*, sumándose a la tesis de GARBERÍ LLOBREGAT, p. 132, nota 40.

21.- Art. 41.1.f).

D.- Naturaleza de la acción y del proceso de anulación.

¿Se trata de un proceso ordinario o extraordinario?

De la dicción de la ley y de la doctrina jurisprudencial, hemos de pronunciarnos claramente sobre el carácter extraordinario de la acción de anulación y del procedimiento que la regula.

Esta conclusión deriva de dos argumentos complementarios. Es el primero que la acción de anulación debe basarse exclusivamente en los tasados motivos que recoge el artículo 41.

El segundo motivo es que, con el ejercicio de dicha acción, el tribunal competente no puede sino confirmar o anular el laudo; pero “como regla general”²² no puede entrar en el fondo de la cuestión controvertida. Así resulta de la Exposición de Motivos²³, así como de los mismos motivos que pueden conducir a la anulación del laudo. De su mera lectura (después nos referiremos a cada uno de ellos con mayor extensión), es claro que se trata normalmente de un examen externo; o, como se ha dicho, “el recurso²⁴ de anulación se configura en esencia como un juicio externo, limitado al control de las garantías formales, sin que puedan los tribunales entrar a analizar el fondo controvertido”²⁵.

Decimos que el tribunal competente no puede –como regla general– entrar en el fondo del asunto sometido a arbitraje, tesis que ha venido siendo confirmada por la jurisprudencia sin fisura alguna, de la que puede ser paradigma la STS 20 de marzo de 1990 (Pon.: Rafael CASARES CÓRDOBA), que cita las SSTs 13 octubre 1986, 12 junio 1987, 17 marzo 1988, y STC 43/1988, de 16 de marzo (Pon.: Carlos DE LA VEGA BENAYAS, FJ 5), que insisten en que se trata de un *juicio externo*, que no se pronuncia sobre el fondo. Pero hay que advertir desde ahora que, en nuestra opinión que exponemos *infra* con detalle, ese juicio podrá pasar a ser sobre el fondo de la controversia cuando la decisión arbitral contravenga el orden público.

Por lo advertido, no estamos en presencia de un recurso de apelación (ya suprimido por la Ley de 1953); y contra la sentencia que da fin al proceso de anulación sólo caben recursos absolutamente extraordinarios, como veremos

22.- Literalmente, en la Exposición de Motivos, VIII, § 2: (...) *los motivos de anulación del laudo han de ser tasados y no han de permitir, como regla general, una revisión del fondo de la decisión de los árbitros.*

23.- VIII, § 2.

24.- Con referencia a la LA, la denominación de *recurso* empleada por el autor citado es un error, como ya hemos dicho.

25.- MARTÍN BRANÑAS, *op. cit.*, p. 121.

infra. No deja de ser, sin embargo, paradójico que un proceso tan extraordinario como el que nos ocupa se tramite por los cauces del juicio verbal²⁶, aunque con algunas especialidades de las que nos ocuparemos después.

Por último, nótese que la actual regulación extraordinaria de la acción de anulación está en plena consonancia con la solución adoptada por la Ley Modelo que titula su artículo 34 diciendo *La petición de nulidad como único recurso contra un laudo arbitral*. Añadiendo, en su apartado 1, que “contra un laudo arbitral sólo podrá recurrirse ante un tribunal mediante una petición de nulidad conforme a los párrafos 2) y 3) del presente artículo”, que establecen 6 motivos plenamente tasados.

III.- EL PROCEDIMIENTO DE LA ACCIÓN DE ANULACIÓN.

A.- Tribunales competentes.

La Ley 11/2011, de 20 de mayo, sustituyó la competencia para el conocimiento de las acciones de anulación que venía siendo atribuida a las Audiencias Provinciales, para concederla a las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia.

Con anterioridad, la competencia de las Audiencias Provinciales había sido objeto de algunas críticas de la doctrina, que había apuntado la posibilidad de que se formara una jurisprudencia o doctrina contradictoria sobre los motivos de anulación, en razón de la multiplicidad de órganos judiciales provinciales²⁷.

La Ley 11/2011 en su Exposición de Motivos²⁸ indica, en relación a la nueva atribución competencial a las Salas de lo Civil y Penal, que “con este propósito de impulsar el arbitraje, la presente Ley comienza por llevar a cabo una reasignación de las funciones judiciales en relación con el arbitraje, tanto las funciones de apoyo, como el conocimiento de la acción de anulación del laudo y el exequátur de laudos extranjeros, que permita dar *más uniformidad al sistema mediante una «elevación» de determinadas funciones*”, con lo que sale al paso de aquellas críticas respecto de la posible dispersión de soluciones. A su vez, la Ley Orgánica 5/2011, también de 20 de mayo, complementaria de la referida Ley 11/2011, dice también, en su Preámbulo, que se ha considerado conveniente trasladar las atribuciones en

26.- Art. 42.1.

27.- Vide MARTÍN BRAÑAS, *op. cit.*, p. 128, aunque también señala que algún autor consideraba que la existencia de distintas interpretaciones sería un enriquecimiento indudable (???)

28.- EM, II.

materia de arbitraje a las Salas de lo Civil y Penal *con un ámbito territorial con mayor visibilidad a efectos de arbitraje internacional que los Juzgados unipersonales y que permitirán una mayor unificación de criterios de lo que actualmente acontece con las Audiencias Provinciales*²⁹.

En definitiva, las Salas de lo Civil y Penal son competentes para la acción de anulación del laudo, pero también lo son para el nombramiento y remoción judicial de árbitros (art. 8.1); y para el reconocimiento de laudos o resoluciones arbitrales extranjeros (art. 8.6).

B.- Las partes en el procedimiento.

Obviamente, pueden ser partes en el procedimiento de anulación las mismas que lo han sido en el procedimiento arbitral en el que se produjeron las decisiones arbitrales impugnables.

Sin embargo, un sector de la doctrina admite que también pueden ser parte en el procedimiento de anulación, tanto en el aspecto activo como en el pasivo, aquellas personas o entidades que puedan acreditar un interés directo, sea en la impugnación como en el mantenimiento de la decisión arbitral de que se trate³⁰.

C.- El plazo para la acción de anulación.

El artículo 41.4 determina que dicha acción habrá de ejercitarse *dentro de los dos meses* –contados, como sabemos, de fecha a fecha– siguientes a la notificación del laudo o, en caso de que se haya solicitado corrección, aclaración o complemento de aquél³¹, desde la notificación de la resolución sobre esta solicitud, o desde la expiración del plazo para adoptarla³². Estas disposiciones están en la misma línea de la Ley Modelo, que dispone que el plazo conferido para la petición de nulidad expira transcurridos tres meses desde la fecha de la recepción del laudo o, si se hubiere solicitado corrección o interpretación del laudo, desde la fecha en que esa petición haya sido resuelta por el tribunal arbitral³³.

29.- L.O. 5/2011, *Preámbulo*, § 2.

30.- Así, MARTÍN BRAÑAS, *op. cit.*, pp. 130-131, que cita a CUCARELLA GALIANA, BARONA VILAR, etc.

31.- A lo que hay que añadir la *rectificación* de la extralimitación parcial del laudo, cuando se haya resuelto sobre cuestiones no sometidas a su decisión o sobre cuestiones no susceptibles de arbitraje, *ex Art. 39.1.d*).

32.- Plazo que puede ser de diez o veinte días en caso de arbitraje nacional, y uno o dos meses en caso de arbitraje internacional, *ex Art. 39.2, 3 y 5*.

33.- Art. 34.3) de la Ley Modelo.

Algunos entienden también que habrá que estar a lo dispuesto en el artículo 135.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que permite la presentación de todo escrito sujeto a plazo hasta las quince horas del día hábil siguiente al del vencimiento del plazo, con exclusión de los días inhábiles para las actuaciones judiciales³⁴. No obstante, no puedo compartir esta opinión, puesto que el plazo de dos meses para el inicio de la acción de nulidad es material, todavía no procesal, ya que los plazos a los que se refiere el artículo 135.1 LEC parecen ser éstos últimos, los estrictamente procesales. No en vano se inserta en el Título V, Capítulo II de la LEC, intitulado *Del tiempo de las actuaciones judiciales*; no a los referidos al ejercicio inicial de la acción.

En este punto podemos analizar algo más la diferencia entre los plazos procesales *judiciales* o *procesales* y los plazos *civiles*. Según estableció, creo que por primera vez, la STS de 24 de marzo de 1893, Pon.: José DE CÁCERES³⁵, a diferencia de los plazos civiles, los plazos judiciales son aquellos que tienen como punto de partida alguna de las diligencias de emplazamiento, citación o notificación.

En esta misma línea, PRIETO CASTRO enseña que los plazos de caducidad de las acciones son civiles –no judiciales–, y lo mismo hay que decir respecto del plazo para el recurso de revisión, etc.³⁶.

La misma conclusión se alcanza por aplicación de la doctrina sentada por la STC 179/1988, de 10 de octubre, que entendió que la inhabilidad de los días del mes de agosto no regía para la presentación de las demandas de amparo, por no ser ésta un acto procesal o judicial dentro de un proceso, sino la apertura de un nuevo procedimiento. A esta sentencia se refiere Andrés DE LA OLIVA indicando que “según este mismo criterio, tampoco debe regir este precepto cuando se trate de plazos para el ejercicio de acciones”³⁷.

No obstante, la aplicación del artículo 135.1 LEC podría estar avalada por la doctrina sentada por la STC 220/2012, de 26 de noviembre, que cita la STC 194/2009, de 28 de septiembre, ambas acogidas por la STS (Sala Cuarta) de 3 de junio de 2013, en materia de conciliación previa a acción por despido improcedente. Dicha doctrina se posiciona a favor de la ponderación y flexibilidad que han de conceder los tribunales a los plazos de prescripción y

34.- P. ej., MARTÍN BRAÑAS, *op. cit.*, p. 136.

35.- *Diccionario Alcubilla, Apéndice* 1893, CLXII, p. 822. A esta sentencia le siguió la STS de 11 febrero 1959, Pon.: Joaquín DOMINGUEZ DE MOLINA (Aranzadi 472/1959), que cita las SSTS 8 abril 1920, 13 junio 1921 y 12 mayo 1956.

36.- PRIETO-CASTRO: *Derecho procesal civil*, Vol. Primero, Edersa, Madrid, 1968, p. 425.

37.- DE LA OLIVA, Andrés, en *Derecho procesal civil II* (coautor, Miguel Ángel FERNÁNDEZ), 4ª ed., Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1995, p. 126.

caducidad, en aras de favorecer el acceso de los ciudadanos a la tutela judicial efectiva, sin formalismos excesivos y desproporcionados.

La Ley de 1988 fijaba dicho plazo en *diez días*³⁸, de modo que algunos planteaban dudas respecto de si el cómputo había de ser civil o procesal, con inclusión o exclusión de los días inhábiles. Con independencia de que, en nuestra opinión, el problema no hubiera debido siquiera plantearse, pues se trata de ejercicio de acción, y por ello, claramente civil, en la actualidad el asunto está simplificado, ya que, al tratarse de meses, es claro que han de contarse de fecha a fecha. Pero no totalmente resuelto, porque también cabría entender, de forma igualmente errónea según nos parece, que fueran aplicables las disposiciones del artículo 5 LA, que dictan las reglas correspondientes a las *Notificaciones, comunicaciones y cómputo de plazos*. Sin embargo, al decir dicho artículo que lo en él dispuesto es “salvo acuerdo en contrario de las partes y con exclusión en todo caso, de los actos de comunicación realizados dentro de un procedimiento judicial”, ha dado lugar a que alguna opinión entiende que el artículo 5 es sólo aplicable al procedimiento arbitral, mientras que el plazo de ejercicio de la acción de anulación, al ser ésta de naturaleza judicial, ha de regirse por las normas temporales procesales.

No puedo estar de acuerdo con esta opinión, con ser muy respetable, ya que la naturaleza del procedimiento arbitral, como veremos en otro lugar, exige una mayor flexibilidad en el cómputo y consideración de los plazos previstos en la Ley –especial, no se olvide– de Arbitraje. Los plazos del *procedimiento* correspondiente a la acción de anulación, evidentemente procesales, son de aplicación *una vez iniciada ésta*; pero, mientras tanto, los dos meses que la ley arbitral prevé para el *inicio* de su ejercicio, deben computarse con arreglo a lo previsto para los plazos civiles, que, en el caso de ejercicio de acciones como la de anulación del laudo, son de caducidad.

En cualquier caso, el actual plazo de dos meses, a la vez que supera ampliamente el plazo de diez días de la Ley de 1988, se aproxima más al plazo de la Ley Modelo que, en su artículo 34.3) lo fija en tres meses.

La naturaleza del referido plazo de dos meses es, como ya hemos adelantado, de caducidad, entendiéndose así por la generalidad de la doctrina y de la jurisprudencia, de la que es muestra la STC 288/1993, de 4 de octubre, Pon.: Carlos DE LA VEGA BENAYAS³⁹.

38.- Art. 46.2 Ley 1988. Es de notar que el plazo de diez días coincidía con el fijado en el artículo 1694 de la anterior Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 para el escrito de preparación del recurso de casación.

39.- BOE 9-11-1993.

Esta sentencia es particularmente significativa, puesto que anuló una sentencia que, a pesar de reconocer que la acción de anulación se había interpuesto fuera de plazo, anuló el laudo recurrido por entender que incurría en un supuesto de nulidad total. El Tribunal Constitucional consideró, por el contrario, que, habiéndose producido la caducidad de la acción, por expiración del plazo, la anulación posterior del laudo infringía la cosa juzgada propia del laudo firme, por lo que se había producido una vulneración del art. 24 de la Constitución, garante de la tutela judicial efectiva.

D.- Normas procedimentales.

El artículo 42, dedicado al procedimiento aplicable, se decanta por los cauces del juicio verbal.

Sin embargo, la Ley Arbitral introduce algunas variaciones, de gran importancia, de manera que se articula una solución híbrida, que no parece demasiado adecuada para la idea de sencillez y expeditividad que debería adornar a la acción de nulidad de que tratamos, y que el legislador ha tomado como ejes de su regulación⁴⁰.

Para empezar, la demanda rectora del procedimiento ha de ajustarse a lo establecido en el artículo 399 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, es decir, lo que esta ley exige para la demanda del juicio ordinario. A dicha demanda han de acompañarse los documentos justificativos de la pretensión, el convenio arbitral y el laudo, y, en su caso, ha de contener la proposición de los medios de prueba que interese el actor⁴¹.

La contestación ha de ser también escrita, con idéntico acompañamiento de los documentos justificativos de la oposición, así como de la proposición de medios de prueba; y ello en el plazo de veinte días desde el traslado de la demanda al demandado⁴².

¿Han de intervenir Abogado y Procurador en los anteriores escritos?

La Ley de 1988 no ofrecía dudas a este respecto, puesto que exigía la intervención de ambos en el artículo 51.

40.- La Exposición de Motivos LA afirma que “el procedimiento para el ejercicio de la acción de anulación trata de conjugar las exigencias de rapidez y de mejor defensa de las partes. Así, tras una demanda y una contestación escritas, se siguen los trámites del juicio verbal” (EM, VIII, § 3).

41.- Art. 42.1.a).

42.- Art. 42.1.b).

Sin embargo, la actual Ley silencia este punto. Ocurre que, al decir el artículo 42 que la acción de anulación se sustanciará por los trámites del juicio verbal, y no ser preceptiva la intervención de abogado y procurador en los juicios de esta clase en que la cuantía no supere los 2.000 Euros⁴³, la cuestión queda abierta a diversas interpretaciones.

También se incluye la posibilidad de celebración de vista, “si así lo solicitan las partes en sus escritos de demanda y contestación”⁴⁴. Esta dición pudiera sugerir la opinión de que, para la celebración de vista, se requiere la solicitud de ambas partes. Pero entendemos que sería suficiente con que una sola de ellas la solicite, para que el tribunal dé lugar a ella, con citación de las partes a la vista que realice el Secretario Judicial.

En cambio, si ninguna de las partes ha solicitado vista, o cuando la única prueba propuesta sea la de documentos ya aportados sin haber sido impugnados, o de haber informes periciales no fuera necesaria su ratificación, el tribunal debe dictar sentencia sin más trámite.

Hemos de advertir ahora que, en ocasiones, se solicita vista para la celebración de alguna prueba, como por ejemplo el interrogatorio de la parte adversa. En general, dicha prueba puede resultar no sólo inútil, sino perjudicial para la propia parte proponente, como hemos tenido ocasión de comprobar en la práctica forense. Por ello aconsejaríamos cautela en esta materia.

III.- Los motivos de anulación del laudo.

Hemos dejado para el final el examen de los motivos que pueden dar lugar a la anulación del laudo, por parecernos que es la parte más interesante de la materia que estamos tratando.

Dichos motivos están enumerados en el artículo 41 de la LA, y son en gran parte trasunto de los que figuran en el artículo 34 de la Ley Modelo, como se reconoce sin ambages en la Exposición de Motivos de la Ley de Arbitraje⁴⁵.

Existe una diferencia importante con respecto a la regulación de la Ley de 1988, que incluía, como motivo de anulación, la circunstancia de que el laudo se hubiere dictado fuera de plazo⁴⁶. En cambio, en la Ley actual, el

43.- Arts. 23.2.1º (Procurador), y 31.2.1º (Abogado), ambos de la LEC.

44.- Art. 42.1.c).

45.- “El elenco de los motivos y su apreciabilidad de oficio o sólo a instancia de parte se inspiran en la Ley Modelo” (EM, VIII, § 3).

46.- Ley 1988, art. 45.3.

plazo que salvo acuerdo en contrario, es de seis meses, puede ser prorrogado por los árbitros –igualmente salvo acuerdo en contrario–, e igualmente, también salvo acuerdo en contrario⁴⁷, la expiración del plazo sin que se haya dictado laudo definitivo no afectará a la eficacia del convenio arbitral ni a la validez del laudo, sin perjuicio de la responsabilidad en que hayan podido incurrir los árbitros.

Veamos los motivos brevemente.

1.- INEXISTENCIA O INVALIDEZ DEL CONVENIO ARBITRAL.

El primero de los motivos es “**Que el convenio arbitral no existe o no es válido**” (art. 41.1.a).

En cuanto a la inexistencia, entendemos que cabe considerar una inexistencia material –no se suscribió jamás ningún convenio arbitral entre las partes–, y una inexistencia en sentido jurídico. Ambas supuestos pueden dar lugar a la causa de nulidad del laudo.

La razón de la inclusión de este doble motivo (inexistencia o invalidez) radica en que el convenio arbitral, como contrato que es, está sujeto a los mismos requisitos que cualquier otro contrato: capacidad de las partes, consentimiento no viciado radicalmente, y forma. En consecuencia, entendemos que caben aquí los supuestos de inexistencia, nulidad y anulabilidad del convenio.

Respecto de la forma del convenio, el artículo 9.3 afirma rotundamente que “el convenio arbitral *deberá* constar por escrito”, aunque, –sigue diciendo el apartado citado– dicha exigencia puede colmarse por documento firmado entre las partes, o en un intercambio de cartas, telegramas, telex, fax u otros medios de telecomunicación que dejen constancia del acuerdo, incluyendo soporte electrónico, óptico o de otro tipo.

Entendemos que la exigencia de que conste por escrito, con todas las modalidades descritas, es esencial a la existencia del convenio, pues no otra interpretación cabe al rotundo “deberá” que contiene el artículo 9.3. En el mismo sentido se pronunciaba ALBALADEJO⁴⁸, si bien se refería a la Ley de 1988, la cual también decía que el convenio arbitral *deberá formalizarse por escrito*⁴⁹.

47.- Sentimos reiterar el latiguillo “salvo acuerdo en contrario”, pero el art. 37, en sus números 1 y 2, lo dice cuatro veces.

48.- Citado por DE LLANA VICENTE, Marino: *El recurso de anulación contra el laudo arbitral*, Trabajo de investigación presentado para el Curso «El arbitraje desde una perspectiva procesal», en Curso de Doctorado 1998/99 de la Facultad de Derecho de la UNED, Departamento de Derecho Procesal, Boletín del Ministerio de Justicia nº 1859 (Año 1999), p. 14.

49.- Art. 6.1 Ley 1988.

El motivo es, por su propia configuración, de escasa invocación ante los tribunales, con la excepción de los arbitrajes de consumo, a que nos referiremos acto seguido, si bien puede darse, como en el caso de la STSJ Madrid 20/2012, de 6 de Junio (Pon.: FERNÁNDEZ CASTRO, Emilio), el supuesto de una cláusula en un contrato de suministro de telefonía móvil, en la que se preveía un convenio arbitral, pero que no fue firmada por el cliente en lo que a este particular extremo se refería.

En los contratos de consumo, singularmente también los de servicios de telefonía, es frecuente que las compañías suministradores aleguen la inexistencia de convenio arbitral respecto de las ofertas públicas de sumisión a convenio arbitral por las compañías del sector, según lo dispuesto en el art. 6 del Real Decreto 636/1993, regulador del Sistema Arbitral de Consumo. Dicha inexistencia suele basarse en que la oferta pública se refiere a la Juna Nacional Arbitral de Consumo y a las Juntas de las Comunidades Autónomas, pero no a las Juntas arbitrales municipales. Con mucha habitualidad las ofertas no incluyen a estas últimas, por lo que, caso de que una de ellas haya emitido laudo, éste es nulo, por inexistencia de convenio. También sucede que las compañías opongan a la existencia del convenio el que el arbitraje se suscite por un empresario, mientras que los arbitrajes de consumo están reservados a los consumidores o usuarios finales, noción que excluye a los empresarios.

2.- Falta de la debida notificación a la parte de la designación del árbitro o de las actuaciones arbitrales o que la parte no haya podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos.

El motivo se describe en el art. 41.1.b) que, literalmente, dice así:

“Que no ha sido debidamente notificada de la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales o no ha podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos”.

Es un claro supuesto de indefensión, de modo que el laudo debe anularse por contravenir la tutela efectiva que el tribunal arbitral debía garantizarle.

En mi opinión, creo que este motivo hubiera podido fácilmente encuadrarse en el Motivo 4.1.f), “que el laudo es contrario al orden público”, porque la indefensión de que se trata es esencial, quebranta derechos fundamentales y, por dicha razón, como veremos, encaja perfectamente dentro de la infracción del orden público.

En la práctica de los tribunales, aparece este motivo en supuestos en que la parte considera que no se le han notificado debidamente las actuaciones y que no se ha realizado la *indagación razonable* a que se refiere el art. 5.a) de la Ley Arbitral, para garantizar en lo posible la efectiva y real recepción de la comunicación de que se trate.

La jurisprudencia ha venido sentando que, aunque es cierto que existe semejanza entre el Laudo arbitral y la sentencia, no son idénticos, ni siquiera equiparables a los efectos de exigir una misma regulación para los actos de comunicación de tales resoluciones, fundamentalmente, por la relevancia que en el primer caso debe atribuirse a la voluntad de las partes⁵⁰. Lo que no impide que sea necesario garantizar la igualdad, la audiencia y la contradicción, en definitiva, la interdicción de la indefensión⁵¹.

Por las razones acabadas de exponer, el art. 41.2 declara que este motivo de anulación puede ser apreciado por el tribunal, bien sea de oficio, o a instancia del Ministerio Fiscal.

3.- Extralimitación en la decisión de los árbitros.

El Motivo del art. 41.1.c) dice:

“Que los árbitros han resuelto sobre cuestiones no sometidas a su decisión”.

El motivo puede encuadrarse en los supuestos de incongruencia *ultra petitum*, que, desde siempre, ha sido motivo de nulidad de las decisiones judiciales –aquí arbitrales– en lo que se refiere a la extralimitación.

Distinta cuestión es la relativa a las decisiones arbitrales sobre cuestiones que, sin haber sido expresamente solicitadas, sean consecuencia directa e inescindible de la cuestión principal.

Así, por ejemplo, en el asunto resuelto por la STSJIB de 24 de Octubre de 2014⁵², se había solicitado la disolución de la sociedad civil que unía a las partes, así como la adopción de determinadas medidas para la explotación, “hasta tanto no se procediera a la liquidación” de aquélla. El árbitro dio lugar a la disolución y decretó la apertura del período de liquidación, a lo que se opuso la parte solicitante, alegando que sólo había pedido la disolución. El Tribunal entendió que la decisión arbitral era correcta, por cuanto no cabía hablar propiamente de explotación una vez producida la disolución, sino de verdadera y propia liquidación.

En cualquier caso, como recuerda la STSJ Madrid de 17 de Febrero de 2015⁵³, la jurisprudencia ha venido insistiendo en la *flexibilidad* con que ha de ser apreciada la correspondencia entre lo controvertido y lo que puede ser decidido por los árbitros. A este respecto, recuerda la STS de 25 de Octubre

50.- ATC 301/2005, STC 110/1993.

51.- STC 9/2005; SSTSJMadrid 24 febrero y 10 marzo 2015.

52.- Pon.: Antonio MONSERRAT QUINTANA.

53.- Pon.: Susana POLO GARCÍA.

de 1982 que señaló que las facultades de los árbitros vienen determinadas por el *thema decidendi* establecido por la voluntad de las partes, estando ciertamente aquéllos sometidos al principio de congruencia... pero eso no implica que estén obligados a interpretarlo tan restrictivamente que se coarte su misión decisoria de conflictos de forma extrajudicial, sino que la naturaleza y finalidad del arbitraje permite una mayor *elasticidad* en la interpretación de las estipulaciones que describen las cuestiones a decidir, las que deben apreciarse no aisladamente, sino atendiendo a aquella finalidad y a sus antecedentes, pudiendo reputarse comprendidas en el compromiso aquellas facetas de la cuestión a resolver íntimamente vinculadas a la misma y sin cuya aportación quedaría la controversia insuficientemente fallada; en el mismo sentido, las SSTs 9 octubre 1984, 17 septiembre 1985, 17 junio 1987, 28 noviembre 1988 y 20 noviembre 1989.

De la misma manera, *son admisibles pronunciamientos complementarios* no pedidos por las partes pero sí encaminados a facilitar la ejecución del fallo o a evitar nuevos pleitos (SSTS 21 noviembre 1989, 13 octubre 1990, 28 enero 1991, 4 julio 1994, 25 mayo 1995, 18 octubre 1996, 21 enero 2005, 21 febrero 2007, 5 marzo 2007, 19 septiembre 2007, etc. etc.).

4.- Contravención del acuerdo entre las partes, o, a falta de éste, de lo prescrito en la Ley Arbitral respecto de la designación de los árbitros o el procedimiento arbitral.

Este motivo se recoge en el art. 41.1.d), que dice así:

“Que la designación de los árbitros o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo entre las partes, salvo que dicho acuerdo fuera contrario a una norma imperativa de esta Ley, o, a falta de dicho acuerdo, que no se han ajustado a esta ley”.

En punto a la designación de los árbitros, para no hacer interminable esta intervención, nos remitimos a lo que ya dijimos en nuestro artículo *Los árbitros. Estatuto. Nombramiento. Recusación. Competencia arbitral*, aparecido en “Práctica de Tribunales. Revista de Derecho procesal civil y mercantil”⁵⁴.

Resulta pues que, cualquiera de las contravenciones a los principios y requisitos indicados en el Acuerdo de las partes, caso de existir, a los que hay que añadir, evidentemente, todo lo relativo a la capacidad para ser árbitro, o el incumplimiento de las condiciones para serlo, así como las incompatibilidades para el ejercicio del arbitraje, serán causas que pueden incardinarse en este motivo, complejo por naturaleza.

54.- Nº 14, Marzo 2005, pp. 5-20.

Los artículos correspondientes de la LA son los siguientes:

art. 12, Número de árbitros.

art. 13, Capacidad para ser árbitro, que ha de ser, en todo caso, persona natural⁵⁵ y, según el art. 15.1, salvo acuerdo en contrario de las partes, en los arbitrajes que no hayan de decidirse en equidad, cuando el arbitraje se haya de resolver por árbitro único, éste ha de ser *jurista*; mientras que, en el caso de que el arbitraje se haya de resolver por tres o más árbitros, se requiere que al menos uno de ellos sea también *jurista*.

art. 14, *Idem* sobre el arbitraje institucional.

Arts. 15.2 a 21, Reglas para el nombramiento de los árbitros.

Arts. 24 a 39, Sustanciación de las actuaciones arbitrales.

En cualquier caso, ha de tenerse en cuenta que tanto el procedimiento para la designación de los árbitros (art. 15.2), como el procedimiento al que deben ajustarse éstos (art. 25.1), puede haber sido objeto de acuerdo entre las partes, con la sola exigencia legal de que:

- el procedimiento para la designación de los árbitros no puede vulnerar el principio de igualdad (art. 15.2, *in initio*).
- el procedimiento al que han de ajustarse los árbitros en sus actuaciones debe garantizar el cumplimiento, en todo caso, de los principios de *igualdad, audiencia y contradicción*, de manera que cada una de las partes ha de ser tratada con *igualdad* y tener *suficiente oportunidad de hacer valer sus derechos*, ex art. 24, rúbrica y apartado 1.

5.- Resolución respecto de materias no susceptibles de arbitraje.

El apartado e) del art. 41.1 dice:

“Que los árbitros han resuelto sobre cuestiones no susceptibles de arbitraje”.

Esta prevención nos dirige al art. 2, que manifiesta que sólo son susceptibles de arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho, lo que lleva a decir a la Exposición de Motivos⁵⁶ que “en principio, son cuestiones arbitrables las cuestiones disponibles”.

55.- Véanse, a este respecto, las críticas que formulé a la prohibición de que las personas jurídicas sean árbitros, en mi artículo *Los árbitros. Estatuto. Nombramiento. Recusación. Competencia arbitral*, citado *supra*.

56.- Exposición de Motivos, II, § 9.

La Ley actual se separa así del criterio seguido por la Ley de 1988 que, en su artículo 2 describía los supuestos no susceptibles de arbitraje, con el siguiente tenor:

“1. No podrán ser objeto de arbitraje:

a) Las cuestiones sobre las que haya recaído resolución judicial firme y definitiva, salvo los aspectos derivados de su ejecución.

b) Las materias inseparablemente unidas a otras sobre las que las partes no tengan poder de disposición.

c) Las cuestiones en que, con arreglo a las Leyes, deba intervenir el Ministerio Fiscal en representación y defensa de quienes, por carecer de capacidad de obrar o de representación legal no pueden actuar por si mismos.

2. Quedan excluidos del ámbito de aplicación de la presente Ley los arbitrajes laborales”.

Por lo expuesto, la cuestión de la falta de arbitrabilidad queda más abierta que antes, por lo que será necesario un análisis cuidadoso para no incurrir en la causa de anulación de que se trata.

En el ámbito de la práctica judicial, se han visto por ejemplo casos de solicitud de nulidad por este motivo respecto de demolición de obras encuadradas en terrenos de dominio público portuario (Nulidad de laudo 1/2015, ante la Sala de lo Civil y Penal del TSJIB); o materia sometida a legislación postal⁵⁷.

La indisponibilidad de la materia controvertida, y su consiguiente inarbitrabilidad, que conducen a la anulación del laudo en lo que sea menester, puede también ser apreciada por el tribunal bien de oficio, bien a instancias del Ministerio Fiscal, según el art. 41.2.

6.- Contravención del orden público.

El apartado f) del art. 41.1 efectúa una auténtica cláusula de cierre, al manifestar:

“Que el laudo es contrario al orden público”.

Decimos que es una cláusula de cierre, porque, de una u otra manera, en ella se podrían incluir algunas de las causas de anulación que el art. 41 ha venido proclamando, por lo que no es de extrañar que sea, muy probablemente, el motivo más alegado ante los tribunales, si bien,

57.- STSJ Extremadura 19 Junio 2012, mencionada por Alberto FORTÚN y Germán ÁLVAREZ-GARCILLÁN, *La impugnación de los laudos arbitrales*, Boletín del Despacho Cuatrecasas, Gonçalves Pereira, p. 6.

desgraciadamente, en muchas ocasiones con carácter meramente retórico, ayuno de la necesaria invocación del precepto prohibitivo aplicable o de la prueba que fuere menester. FORTÚN y ÁLVAREZ-GARCILLÁN afirman que “en casi la práctica totalidad de los casos en que no existen motivos de anulación se acude a este motivo como último recurso”, añadiendo –juiciosamente– que “tales prácticas no son aconsejables”⁵⁸.

En todo caso, el motivo de anulación es idéntico al previsto en el artículo 34.2.b). ii) de la Ley Modelo, que considera igualmente como causa de anulación “que el laudo es contrario al orden público de este Estado”.

El concepto de normas de orden público es de una indeterminación muy notable, y todos los autores y la jurisprudencia que se han ocupado del problema coinciden en la dificultad de ofrecer un concepto claro y cerrado, por lo que hay que estar más a la casuística, renunciando a un *numerus clausus* de supuestos. A lo que hay que añadir que, como consecuencia de la vitalidad y dinamismo de la vida social, se van incorporando supuestos, como veremos en relación al novedoso *orden público económico*, tan en boga hoy en día tras la irrupción de la crisis, no sólo económica, sino sistémica e institucional que seguimos padeciendo, con características mundiales.

La conceptualización de qué sea el *orden público* ha evolucionado mucho, en sentido claramente ampliatorio, pero sin dejar de estar lastrado por una gran indefinición e inseguridad. Hasta el punto de que DE LLANA VICENTE apunta que, en la tramitación parlamentaria de la Ley de Arbitraje de 1988, HERRERO y RODRÍGUEZ DE MIÑÓN decía «que el orden público es el concepto jurídico más indeterminado y más peligroso que podemos introducir en este momento en el proyecto de ley»⁵⁹. Claro que no parece que quedara otro remedio, al haberlo acogido rotundamente la Ley Modelo.

Decíamos que ha habido una gran evolución sobre el concepto mismo, si es que, en realidad, podemos hablar con rigor de que existe alguno con la concreción y claridad suficiente. MANRESA, por ejemplo, afirmaba de forma casi cabalística, que “el orden público, que no significa aquí el material mantenimiento de la paz pública, representa el interés público, social y de ley en el Derecho privado, lo permanente y esencial de las instituciones, lo que aun favoreciendo a algún individuo en quien se concreta el derecho, no puede quedar a su arbitrio”⁶⁰.

58.- *op. cit.*, p. 7.

59.- DE LLANA VICENTE, *op. cit.*, p. 26.

60.- MANRESA y NAVARRO, José María: *Comentarios al Código Civil Español*, T. VIII, Vol. 2º, Reus, Madrid, 1967, p. 381.

Tampoco aclara mucho MUCIUS SCAEVOLA, cuando dice que “en definitiva: pactos contra el orden público hay que entender los que van contra la ley, sea propia y estrictamente y en su totalidad de derecho público, sea de derecho privado, pero afectante en determinados preceptos al interés social”⁶¹.

SANTAMARÍA, continuando con el brumoso intento de definición, incluye sin embargo un elemento interesante, que hoy en día ha devenido esencial. Dice así:

“Limitaciones derivadas del orden público. Se comprenden en esta categoría los (*sic*) que proceden del obligado respeto a las instituciones públicas y al régimen económico fundamental⁶², conceptos muy amplios que sólo pueden obtenerse por abstracción fundada en las leyes”⁶³.

El mismo autor, probablemente influido por su condición de Magistrado, decía también –citando a los hermanos MAZEAUD⁶⁴– que “la noción de orden público, que cubre la de buenas costumbres, es bastante elástica para permitir a los Tribunales frenar la voluntad de las partes siempre que lo estimen necesario y pueden así ejercer una policía útil de los contratos”⁶⁵.

En un intento algo más específico respecto de la noción de *orden público* afirmaba CASTÁN, en comentario al artículo 4.2 del Código Civil, entonces vigente, relativo a la prohibición de renuncia a los derechos cuando dicha renuncia “ofenda al interés o al orden público”, que “la primera de estas excepciones adolece de la gran vaguedad que revisten las expresiones de *interés* y *orden público*”. Añadía que “se consideran generalmente como de orden público: las leyes que regulan el estado y la capacidad de las personas; las que se refieren a la organización de la propiedad y del crédito territorial, las del Derecho de familia puro, y dentro del de sucesiones, las relativas a las legítimas y a las solemnidades de los testamentos. Pero, en realidad, no es posible llegar en esta materia a fórmulas netas”⁶⁶.

La jurisprudencia antigua, especialmente con ocasión de la denegación de matrimonios entre personas en que uno de los contrayentes estaba divorciado, definía el *orden público nacional* diciendo que “está integrado por aquellos

61.- MUCIUS SCAEVOLA: *Código Civil*, T. XX, 2ª ed., Reus, Madrid, 1958, p. 587.

62.- La puesta en cursiva es nuestra.

63.- J. SANTAMARÍA: *Comentarios al Código Civil*, II, Edersa, Madrid, 1958, p. 255.

64.- Henri, Jean, Léon MAZEAUD, *Leçons de Droit Civil*, I, 265.

65.- J. SANTAMARÍA, *op. cit.*, I, p. 21.

66.- CASTÁN TOBEÑAS, José: *Derecho Civil Español, Común y Foral*, T. Primero, Vol. Segundo, 10ª ed., Reus, Madrid, 1963, pp. 84-85.

principios jurídicos, públicos y privados, políticos, económicos, morales e incluso, religiosos, que son absolutamente obligatorios para la conservación del orden social en un pueblo y en una época determinada⁶⁷.

El Derecho comparado no ofrece excesiva ayuda. Así, por ejemplo, en Derecho Francés se nos dice que *Il s'agit de l'ensemble des règles obligatoires qui touchent à l'organisation de la Nation, à l'économie, à la morale, à la santé, à la sécurité, à la paix publique, aux droits et aux libertés essentielles de chaque individu*, reconociéndose que *il y a peu de notions juridiques qui soient aussi difficiles à définir que celle d'«ordre public»*⁶⁸.

En Derecho Alemán, el artículo 30 de la Ley Introductoria al Código Civil, bajo la rúbrica *Derecho extranjero inaplicable*; «*ordre public*», prohíbe la aplicación del Derecho extranjero cuando aquélla contravenga *las buenas costumbres o la finalidad de una ley alemana*⁶⁹. Precepto que se reitera literalmente respecto de la prohibición del reconocimiento de las sentencias extranjeras que lo contravengan⁷⁰.

Por si fuera poco, la jurisprudencia española ha venido configurando multitud de supuestos que se engloban en diversas subdivisiones dentro del concepto genérico de *orden público*. Por supuesto, contravienen el *orden público* todas aquellas disposiciones que atentan contra los derechos y libertades fundamentales reconocidos en la Constitución⁷¹. Pero a esta evidente afirmación se añaden otras posibilidades.

Así, existe un *orden público societario*, al que pertenecen, por ejemplo, los *principios configuradores de las sociedades de capital*, como serían los contenidos mínimos que han de figurar en los estatutos sociales⁷²; o las garantías de los derechos y libertades del socio minoritario⁷³.

Dentro del mismo orden público societario, se puede incluir la obligación de los administradores de promover la liquidación de la sociedad en caso de pérdidas determinantes de causa legal de disolución (STS 3447/2013, de 20 junio, que cita la STS 458/2010, de 30 junio).

67.- STS (1^a) 5 abril 1966, Pon.: Manuel TABOADA ROCA, Aranzadi 1684/1966.

68.- *Dictionnaire du droit privé*, de Serge BRAUDO, www.dictionnaire-juridique.com.

69.- Art. 30 EGBGB: [Unanwendbares Auslandsrecht; “ordre public”] Die Anwendung eines ausländischen Gesetzes ist ausgeschlossen, wenn die Anwendung gegen die guten Sitten oder gegen den Zweck eines deutschen Gesetzes verstößen würde.

70.- § 328 (1).4 Zivilprozessordnung (ZPO).

71.- SSTC 43/1986, de 15 abril; 54/1989, de 23 febrero.

72.- STS 902/2005, de 28 noviembre, Pon.: Vicente Luis MONTÉS PENADÉS.

73.- Cf. STC 43/1986, de 15 abril, Pon.: Antonio TRUYOL SERRA.

Junto al *orden público societario* existe también, el *orden público económico*, de gran actualidad debido a la conflictividad generada por la gravísima crisis económica a que antes nos referíamos.

De este modo, podemos añadir aquí supuestos tales como:

- La prohibición de competencia (STS 191/2015, de 9 de enero).
- Las cláusulas abusivas en perjuicio de los consumidores (SSTS 241/2013, de 9 mayo; 3892/2014, de 12 de septiembre).
- Las cláusulas que no superan el llamado *control de transparencia* (STS 464/2014, de 8 de septiembre).
- Las que infringen el principio concursal de *par conditio creditorum* (STS 5826/2013, de 11 de diciembre).
- La infracción de la cláusula *rebus sic stantibus* en el sentido que se le ha de aplicar en el contexto de la repetida crisis económica (STS 30 junio 2014).
- La exigencia de buena fe en la contratación de productos financieros complejos, que implica el cumplimiento de los deberes de información y asesoramiento, test de conveniencia e idoneidad, etc. (STS –Pleno– 840/2013, de 20 enero 2014, Pon.: Ignacio SANCHO GARGALLO).

Como puede verse, nos apartamos del criterio, bastante extendido, que considera que la acción de anulación sólo puede permitir al tribunal un examen *externo* de las formalidades del procedimiento arbitral, dejando aparte todas aquellas cuestiones que, dentro de éste, hayan producido una indefensión real y material constitucionalmente relevante⁷⁴, pero sin poder pronunciarse en absoluto respecto del fondo de la decisión arbitral⁷⁵, sino que abogamos por la declaración de anulación del laudo que, con sus disposiciones materiales, hubiera infringido el orden público, genérico, societario o mercantil en sentido amplio, tal como hemos expuesto. Entendemos que el tribunal no está constreñido a un examen formal y externo del procedimiento arbitral, sino que debe analizar si *el laudo*, no sólo el *procedimiento* es contrario al orden público; y no sólo a instancia de

74.- En este sentido, por ejemplo, FORTÚN y ÁLVAREZ-GARCILLÁN, *op. cit.*, p. 8. También, idénticamente, BERMEJO REALES, Luis Francisco: *La eficacia de las decisiones arbitrales: la impugnación y ejecución de laudos*, en “Revista Jurídica de Castilla y León”, nº 29, enero de 2013, p. 7.

75.- Es particularmente enérgica la afirmación de Jesús REMÓN, de que “el concepto de orden público no puede convertirse en una puerta falsa para permitir el control de la decisión de fondo adoptada por los árbitros”: en *La anulación del laudo: el marco general, el pacto de exclusión y el orden público*, Publicaciones del despacho URÍA MENÉNDEZ, p. 15.

parte, sino incluso *de oficio*⁷⁶. De la misma opinión que defendemos, DE LLANA VICENTE, que afirma que “los árbitros únicamente han de respetar en cuanto al fondo, los límites del orden público”⁷⁷, de lo que se extrae que, cuando no los respeten, el laudo será nulo.

Con este posicionamiento, hemos de alinearnos con la reciente jurisprudencia de la Sala de lo Civil y Penal de Madrid que ha ocasionado una encendida polémica⁷⁸, y en la que se ha venido aplicando la noción de orden público en un sentido tal como el que hemos indicado, a lo que se ha añadido la infracción del principio constitucional de igualdad. Estas sentencias son, básicamente, la 13/2015, de 28 de enero, Pon.: SANTOS VIJANDE, en un caso de *swap*; 6 y 14 abril 2015, también en casos de *swap*; 63/2014, de 13 noviembre (mismo Ponente), contravención del principio de igualdad⁷⁹; 47/2014, de 16 julio, (mismo Ponente), violación del principio de igualdad en la participación de la recurrente en la designación del árbitro, en cláusula de arbitraje contenida en un contrato de adhesión.

Hay que señalar que las soluciones adoptadas por la Sala de lo Civil y Penal de Madrid están en plena consonancia con resoluciones pretéritas, especialmente con algunas de la Audiencia Provincial de Barcelona (no hay que olvidar que la famosa Sección 15^a de dicha Audiencia fue la pionera en la especialización mercantil en España), por ejemplo, SSAP Barcelona 9 y 15 noviembre 2003, que anularon el laudo por infracción del principio de igualdad⁸⁰; la de 29 Julio 2004, que anuló una cláusula impuesta en un contrato de adhesión de telefonía móvil, con remisión a una asociación de carácter privado que, además, había asesorado a la empresa oferente o predisponente; y 7 julio 1997, que anuló el laudo por no haberse informado de la estrecha vinculación entre una de las sociedades contratantes y la asociación a la que se encomendó la administración del arbitraje.

De todo lo anterior se deduce claramente que la infracción del orden público puede afectar tanto al laudo en sí como a cualquiera de las fases del procedimiento arbitral, desde sus mismos orígenes: sumisión al arbitraje; designación del árbitro; procedimiento arbitral en sentido propio; y contenido y emisión del laudo.

76.- Como expresamente indica el art. 41, números 1.f) y 2.

77.- DE LLANA VICENTE, *op. cit.*, p. 26.

78.- Véase, por ejemplo, Diario “La Ley”, 12 mayo 2015.

79.- Caso de arbitraje administrado por la Cámara Oficial de Comercio de Industria de Madrid, en el que la Cámara es propietaria del 30,72% de IFEMA (Institución Ferial de Madrid), que era una de las partes en el conflicto.

80.- Árbitro designado por una institución arbitral creada en el seno de una firma de abogados que asesoraba a la parte contraria en el arbitraje.

Y por otra parte, también resulta que la polémica actual parece más bien artificiosa y posiblemente interesada desde las organizaciones o entidades que ejercen el arbitraje de forma profesional.

FINAL.

Sólo nos queda decir que contra la sentencia que se dicte respecto de la acción de anulación del laudo no cabe recurso alguno, salvo, claro está, el recurso de amparo y el proceso de revisión ante el Tribunal Supremo si hubiere lugar a ello.