



FACULTAD DE DERECHO

La anulación del laudo arbitral por
vulneración del orden público

Autor: Irene Vázquez Taibo

4º E.1 Derecho y Business Law

Área de Derecho Procesal

Tutor: Marta Gisbert Pomata

Madrid
Abril, 2018

RESUMEN

La acción de anulación es la herramienta que la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje da a las partes para poder impugnar el laudo arbitral. Esta ley establece en su artículo 41.1 seis motivos tasados por los que se puede impugnar el laudo, entre los que se encuentra la vulneración del orden público. El objetivo del presente trabajo es determinar el ámbito de aplicación de este último motivo, así como destacar que su naturaleza no es la de una segunda instancia. Para ello se analizará la jurisprudencia de los últimos años de las Audiencias Provinciales y de los Tribunales Superiores de Justicia.

PALABRAS CLAVE: arbitraje, orden público, laudo, acción de anulación.

ABSTRACT:

The annulment action is the tool that Law 60/2003, of December 23, of Arbitration gives to the parties to be able to challenge the arbitration award. This law establishes in its article 41.1 six taxable reasons for which the award can be challenged, among which is the violation of public order. The objective of this paper is to determine the scope of application of this last reason, as well as to emphasize that its nature is not that of a second instance. For this purpose, the jurisprudence of the last years of the Provincial Courts and of the Superior Courts of Justice will be analyzed.

KEY WORDS: arbitration, public order, arbitration award, annulment action

Índice

| | |
|---|----|
| ABREVIATURAS | 4 |
| 1. INTRODUCCIÓN: | 5 |
| 2. CONTEXTO HISTÓRICO – LEGISLATIVO: | 6 |
| 3. CONCEPTO Y CONTENIDO | 10 |
| 3.1 Concepto: | 10 |
| 3.2 Contenido: | 11 |
| 4. LA VULNERACIÓN DEL ORDEN PÚBLICO EN RELACIÓN CON LOS MOTIVOS DE IMPUGNACIÓN DEL LAUDO (ARTÍCULO 41.1 LA) | 13 |
| 4.1 “Que el convenio arbitral no existe o no es válido” | 14 |
| 4.2 “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” | 16 |
| 4.3 “Que los árbitros han resuelto sobre cuestiones no sometidas a su decisión” | 17 |
| 4.4 “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” | 18 |
| 4.5 “Que los árbitros han resuelto sobre cuestiones no susceptibles de arbitraje” | 19 |
| 4.6 “Que el laudo es contrario al orden público” | 20 |
| 5. PRINCIPALES SUPUESTOS DE IMPUGNACIÓN DEL ORDEN PÚBLICO | 20 |
| 5.1 Vulneración de los principios de audiencia, contradicción e igualdad | 21 |
| 5.2 Falta de litisconsorcio pasivo necesario | 24 |
| 5.3 En materia de prueba | 27 |
| 5.4 Motivación del laudo | 30 |
| 5.5 Aclaración, complemento y rectificación de la extralimitación del laudo | 33 |
| 5.6 Excepción de cosa juzgada | 36 |
| 6. NUEVA CONCEPCIÓN DEL ORDEN PÚBLICO EN LOS CONTRATOS DE PERMUTA FINANCIERA (SWAP) | 38 |
| 7. CONCLUSIONES | 41 |
| 8. FUENTES DE INVESTIGACIÓN | 45 |

ABREVIATURAS

| | |
|----------|---|
| AP | Audiencia Provincial |
| AA.PP | Audiencias Provinciales |
| Art. | Artículo |
| BOE | Boletín Oficial del Estado |
| CC | Código Civil aprobador por Real Decreto de 24 de julio 1889 |
| CE | Constitución Española de 1978 |
| Op. cit. | Obra citada |
| Coord. | Coordinador |
| FJ | Fundamento jurídico |
| LA | Ley 60/2003 de Arbitraje, de 23 de diciembre |
| LEC | Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil |
| SAP | Sentencia de la Audiencia Provincial |
| STC | Sentencia del Tribunal Constitucional |
| STS | Sentencia del Tribunal Supremo |
| STSJ | Sentencia del Tribunal Superior de Justicia |
| TC | Tribunal Constitucional |
| TS | Tribunal Supremo |
| TSJ | Tribunal Superior de Justicia |
| UNCITRAL | United Nations Commission for the International Trade Law |

1. INTRODUCCIÓN:

El arbitraje es una vía de resolución del conflicto extrajudicial que ha ido ganando terreno en España, aunque todavía no llega al nivel de nuestros vecinos comunitarios. Muestra de ello es que hasta mediados del siglo XX no hubo en España una ley propia de arbitraje.

Al ser una vía extrajudicial, el proceso entre resolver un problema por medio de tribunales o mediante la intervención de un árbitro es muy distinta. Así como una sentencia puede recurrirse si una de las partes no está conforme, un laudo arbitral no es recurrible.

La Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje (LA), actualmente en vigor, recoge en su artículo 40 la acción de anulación del laudo arbitral. No se le puede llamar recurso porque no se trata de una segunda instancia, sino que esta acción sirve para que se revise el laudo en caso de que alguna de las partes considere que se ha vulnerado alguno de sus derechos constitucionales, que el convenio arbitral en el que se basa el arbitraje no es válido u existente o que ha habido errores procedimentales a lo largo del proceso arbitral. Estos motivos por los que se puede impugnar el laudo están recogidos en el artículo 41.1 de la LA. Se trata de seis motivos tasados entre los que se encuentra la vulneración del orden público. La razón por la que la LA establece un *numerus clausus* es que la acción de anulación no se convierta en una segunda instancia. Sin embargo, cuando las partes no están conformes con la resolución del laudo, en muchos casos, tratan de impugnarlo por esta vía.

El objetivo de este trabajo es delimitar, mediante el estudio de la jurisprudencia de los últimos años, aquellos casos en los que sí es razonable impugnar el laudo porque hay una vulneración real del orden público y cuándo se trata de situaciones en las que las partes simplemente no están de acuerdo con lo laudado y tratan de que los tribunales entren a valorar el contenido del mismo. A propósito de esto, los tribunales no tienen competencia para entrar a valorar el fondo del asunto, es decir, su labor debe limitarse a valorar si ha habido o no una vulneración objetiva del orden público. Esto es una regla general que establece la LA en su Exposición de Motivos. No obstante, el Tribunal

Superior de Justicia (TSJ) de Madrid estableció en 2015 la excepción a esta regla en lo relativo al arbitraje financiero, concretamente en materia de contratos de permutas.

2. CONTEXTO HISTÓRICO – LEGISLATIVO:

Para comenzar el recorrido histórico, hemos de remontarnos a Las Partidas de Alfonso X. Para la resolución de ciertos problemas fuera de la jurisdicción ordinaria, se estableció la figura del árbitro, un tercero nombrado por las partes para resolver el conflicto. El árbitro, a modo de resolución de la controversia, dictaría un laudo. Teóricamente eran irrecurribles. No obstante, se aceptaron dos vías de impugnación: en primer lugar, el ejercicio de la acción de nulidad por motivos formales y, en segundo lugar, se admitió una suerte de recurso de alzada *contra legem* por motivos de fondo.¹ En la Partida 3, 4, 34 se recoge de manera indirecta una primera referencia al orden público como motivo de anulación del laudo, de tal forma que si el juicio o mandamiento del que llamaban árbitro fuera contra la ley, contra natura o las buenas costumbres no sería válido.²

Avanzando un poco más en el tiempo, la Novísima Recopilación de 1502 fue el siguiente texto legal con importantes novedades respecto a la impugnación de los laudos. Se confirmó la antigua práctica *contra legem* de las Partidas, de forma que se admite abiertamente el recurso de alzada por razones de fondo contra el laudo dictado por los árbitros. Con respecto a la acción de nulidad, se siguió interponiendo por razones formales, pero se introdujo la posibilidad del recurso de apelación en el caso de que la sentencia fuese confirmatoria en primera instancia.³

El siguiente texto legal que hay que resaltar es la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) sobre Negocios y Causas de Comercio de 24 de julio de 1830. Es en este momento en el que se hace la distinción entre los llamados “árbitros”, definidos como aquellas personas que fallaban conforme a Derecho y los “amigables componedores”,

¹ Hinojosa Segovia, R. *El recurso de anulación contra los laudos arbitrales (estudio jurisprudencial)*, Edersa, Madrid, 1991 (p. 10)

² Hinojosa Segovia, R. opus. cit, p. 486

³ Hinojosa Segovia, R. opus. cit, p. 12

entendidos como aquellos que decidían según “su saber y entender”, dejando a un lado las formalidades legales. Las sentencias de los árbitros podían recurrirse de las dos formas explicadas con anterioridad: bien por recurso de alzada del que conocía el “Tribunal Superior”, bien mediante la acción de nulidad, de la que conocería, en su caso, el “Tribunal de comercio”. Para acudir a esta última vía había una condición, haber renunciado con anterioridad a la apelación. A diferencia de estos laudos los provenientes de los “amigables compondores” eran irrecurribles.⁴

Un siglo después, en 1953, nace la primera ley específica en materia de arbitraje en España. Se trata de la Ley de Arbitraje de Derecho Privado de 22 de diciembre. Este texto marcó un antes y un después para el arbitraje, ya que derogaba todo lo anteriormente dicho sobre la materia. A partir de esta ley se unieron el arbitraje estricto y el proveniente de los amigables compondores, de forma que las personas que dictaban los laudos eran “árbitros” a secas, sin importar si la resolución del conflicto se hacía conforme a las leyes (Arbitraje de Derecho) o en función de su saber y sentido de justicia (Arbitraje de Equidad).⁵

En esta LA no hay ninguna referencia expresa al orden público como tal. Sin embargo, en la reforma de la LEC de 1984, de 6 de agosto, se menciona como motivo para interponer recurso de casación contra laudo dictado en arbitraje de Derecho el incumplimiento de normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia. No se trata de un control del laudo en relación con el orden público estrictamente hablando, pero tiene relación directa con el mismo, puesto que dicho motivo suponía un examen de fondo de la resolución arbitral.⁶

Es la jurisprudencia la que estableció una referencia directa al orden público como límite al laudo dictado en arbitraje de Equidad. Así se recogió en las sentencias del Tribunal Supremo (STS) de 21 de enero de 1961 y de 6 de mayo de 1977.⁷

⁴ Hinojosa Segovia, R. *op. cit.*, pp.13 y 14

⁵ Distinción que sí se mantuvo.

⁶ Álvarez Sánchez de Movellán, P. *La anulación del laudo arbitral. El proceso arbitral y su imputación*. Comares, Granada, 1996 (pp. 324 y ss; p. 325)

⁷ Álvarez Sánchez de Movellán, P. *op. cit.*, p. 326

Pasados 35 años desde la publicación de la Ley del 53, entra en vigor la Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de Arbitraje. Los recursos anteriores para impugnar el laudo se aúnan en el “recurso de anulación”. Además ya no hay distinción entre arbitraje de derecho y de equidad, puesto que el recurso se acepta en ambos casos. Se introduce en esta ley por primera vez, como gran novedad en la legislación española, el orden público como motivo de anulación de manera expresa en su artículo 45.5.⁸

El hecho de que se terminase incluyendo este motivo en la ley de 1988 no se justifica solamente por los precedentes de nuestro Derecho interno, sino que también se tuvieron en cuenta las legislaciones de países vecinos, así como cuerpos normativos de carácter internacional.⁹

Veremos dos ejemplos ilustrativos de países que incluían de manera expresa el control del orden público del laudo, Francia y Bélgica. En el Código de Procedimiento Civil francés el laudo sería anulable en el caso de que el propio árbitro violase alguna norma considerada de orden público. Sin embargo, la norma francesa difería de la española en que sí cabía apelación ante la acción de anulación. La legislación belga sigue nuestro método, siendo la acción de anulación la única vía de impugnación del laudo. El Código de Procedimiento Civil belga recogía como primer motivo que el laudo fuera contrario al orden público.¹⁰

Con respecto a las normas de carácter internacional, debemos mencionar el Convenio sobre el reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras, de 10 junio de 1958, conocido como “Convención de Nueva York”. Recoge que si el laudo arbitral que pretenden que sea reconocido en un estado resulta contrario al orden público del mismo, cabe la denegación de dicho reconocimiento (art. V.2b)). Así mismo, la Ley Modelo UNCITRAL, de 21 de junio de 1985 sobre arbitraje comercial internacional recoge en su artículo 34.2.b).ii) que si el tribunal comprueba que el laudo es contrario al orden público de su propio estado, podrá ser anulado.¹¹

⁸ Hinojosa Segovia, R. *op. cit.*, p.101

⁹ Álvarez Sánchez de Movellán, P. *op. cit.*, p. 329

¹⁰ *ibídem*

¹¹ Álvarez Sánchez de Movellán, P. *op. cit.*, p. 332

Por tanto, se puede afirmar que la introducción de este motivo tiene como causa principal el aproximarse tanto a las legislaciones del entorno como a los textos internacionales.¹²

Ahora bien, la introducción del mismo no fue pacífica. Esto se debía a que constituía una vía de anulación del laudo que podía llegar a permitir el control del contenido del mismo. Sin embargo, la jurisprudencia posterior ha delimitado tanto lo que puede llegar a ser objeto de control, como el significado y la naturaleza del mismo.¹³

Actualmente está vigente la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, publicada el 26 de diciembre de 2003. Este nuevo texto normativo supone un avance para el arbitraje, pues se centra en potenciar su vía internacional, además de unificar toda la legislación sobre el asunto en un único texto legal.¹⁴ La mayor modificación con respecto al recurso de anulación es que se cambia su denominación, pasando a llamarse acción de anulación. La nomenclatura anterior no era del todo correcta, puesto que el hecho de impugnar el laudo no permitía la revisión del fondo del asunto ni la revisión de la aplicación de las normas por parte del árbitro.¹⁵ Esta ley sufrió varias reformas en el 2009, 2011 y 2015, siendo esta última la que se encuentra a día de hoy en vigor.

En la tramitación parlamentaria de la reforma del 2011 este motivo fue, nuevamente, objeto de controversia. Se introdujo una enmienda por el Grupo Parlamentario Popular por la que se intentaba acotar el orden público, eliminando el concepto “orden público” e introduciendo el que el laudo infringiera las normas imperativas o constitucionales así como que se hubiera dictado fuera de plazo. La enmienda no prosperó y se mantuvo el texto original.¹⁶

¹² Barona Vilar, S. “Artículo 41. VII Laudo contrario al orden público”, Barona Vilar, S. (coord.), *Comentarios a la ley de arbitraje*, Aranzadi SA, Pamplona, 2011 (p.1739 y ss; pp. 1739 – 1740)

¹³ Barona Vilar, S. *op. cit.*, p. 1740.

¹⁴ Ley 60/2003, de 23 de diciembre de Arbitraje (BOE 26 de diciembre de 2003) (Exposición de motivos)

¹⁵ Fortún, A. y Álvarez Garcillán, G. (2013). La impugnación de los laudos arbitrales, *Cuatrecasas*, pg. 2. (Disponible en:

[https://www.cuatrecasas.com/media_repository/docs/esp/la_impugnacion_de_los_laudos_arbitrales_eco_nomist_jurist_n_171_2013_\(junio\)_340.pdf](https://www.cuatrecasas.com/media_repository/docs/esp/la_impugnacion_de_los_laudos_arbitrales_eco_nomist_jurist_n_171_2013_(junio)_340.pdf); última consulta 15/02/2018)

¹⁶ Barona Vilar, S. *op. cit.*, pp. 1740 – 1741

3. CONCEPTO Y CONTENIDO

3.1 Concepto:

La primera cuestión que debemos abordar es el concepto de orden público, puesto que ha planteado bastantes problemas a lo largo de los años. Desde el punto de vista doctrinal, no hay una definición en sentido estricto, sino que la mayoría de autores optan por dar una definición amplia del concepto y defienden que es, en todo caso, un concepto jurídico indeterminado, flexible, dinámico y de difícil definición.¹⁷ Fernández Rozas y Sánchez Romero lo definen *sensu lato* como “el conjunto de principios que inspiran un ordenamiento jurídico y que reflejan los valores esenciales de una sociedad en un momento dado”.¹⁸ Lorca Navarrete afirma que el orden público tiene que ser interpretado y aplicado de acuerdo con el ordenamiento jurídico y con la situación social del estado. Es por esto que primeramente debe interpretarse conforme a la Constitución pero teniendo en cuenta, a su vez, los principios civiles, procesales y sustantivos.¹⁹ Battle Vázquez²⁰ y Doral defienden que es un concepto que debe ser fijado por los tribunales en cada momento, en tanto en cuanto son éstos los que tienen la realidad social del momento más presente en su día a día. Doral recalca que, pese a ello, no se trata de un concepto jurisprudencial.²¹

Desde el punto de vista jurisprudencial, sí hay una definición del concepto recogida por las últimas sentencias del TSJ de Madrid:

“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”.²²

¹⁷ Hinojosa Segovia, R. *op. cit.*, p. 486

¹⁸ [*non videt, cit.* Sánchez Lorenzo, S. y Fernández Rozas, J.C. *Curso de Derecho Internacional Privado*] Hinojosa Segovia, R. *op. cit.*, p. 487

¹⁹ Lorca Navarrete, A.M. *Tratado de derecho de arbitraje II*, San Sebastián, 2001 (p. 598 y ss.; p. 599)

²⁰ [*non videt, cit.* Battle Vázquez, Manuel. *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*] Hinojosa Segovia, R. *op. cit.*, p. 486

²¹ [*non videt, cit.* Doral, J.A. *La noción de orden público en el Derecho Civil español*] Hinojosa Segovia, R. *op. cit.*, p. 487

²² cfr. STSJ de Madrid, sala de lo Civil y Penal (Sección 1ª), nº 6/2017 de 24 de enero, FJ 1 (AC\2017\445). También recogen la misma definición la STSJ de Madrid, Sala de lo Civil y Penal (Sección 1ª), nº 40/2014 de 24 junio, FJ 4 (JUR\2014\260884) y la STSJ de Madrid, Sala de lo Civil y Penal (sección 1ª), nº 19/2012 de 23 mayo, FJ 1 (JUR\2012\227792) entre otras.

Hay que tener en cuenta que, tras la promulgación de la Constitución Española (CE), la primera sentencia del Tribunal Constitucional (TC) que abordó el contenido del orden público fue la STC de 15 de abril de 1986. Tiene un impacto considerable, ya que su pronunciamiento conllevó la revisión del concepto en el ordenamiento jurídico español. El TC dijo que el contenido del orden público está inspirado en la vulneración de los derechos y libertades públicas garantizadas constitucionalmente a los españoles por vía del artículo 24 de la Constitución.²³ El TC añade a lo anterior:

“y por ende, a los efectos previstos en el citado artículo (41.1 de la LA), debe considerarse contrario al orden público, aquel Laudo que vulnere los derechos y libertades fundamentales reconocidos en el Capítulo II, Título I de la Constitución, garantizados a través de lo dispuesto en términos de generalidad en el artículo 24 de la misma, incluyendo la arbitrariedad patente referida en el arto 9.3 de la Constitución, y desde luego, quedando fuera de éste concepto la posible justicia del Laudo, las deficiencias del fallo o el modo más o menos acertado de resolver la cuestión...”²⁴

3.2 Contenido:

El contenido del orden público también ha sido un tema debatido. Hay varios tipos de orden público en nuestro ordenamiento jurídico, entre otros, el interno, el internacional, el económico o el laboral. A continuación me centraré en el orden público interno.²⁵

La doctrina ha distinguido, dentro del interno, entre orden público material y procesal. El orden público material afecta al fondo de la resolución. Esto puede englobar situaciones en las que se haya sometido a arbitraje materias que no pueden ser sometidas, como cuestiones relativas a derechos irrenunciables o indisponibles y materias excluidas por imperativo del artículo 2 de la LA. También se incluiría la vulneración de los derechos y libertades fundamentales de índole material: el artículo 14

²³ Lorca Navarrete, A.M. *op. cit.*, p. 604

²⁴ cfr. STC 54/1989 de 23 febrero. Se utiliza reiteradamente en la jurisprudencia, entre otras: STSJ de Cantabria, Sala de lo Civil y Penal, nº 4/2013 de 23 septiembre (AC\2013\1864); STSJ de Madrid, Sala de lo Civil y Penal (Sección 1ª), nº 15/2016 de 9 febrero (AC\2016\533); STSJ de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal (Sección 1ª) de 22 enero 2018 (JUR\2018\8023).

²⁵ Hinojosa Segovia, R. *op. cit.*, p. 495

de la CE relativo a la igualdad, así como el artículo 9.3 de la CE relativo a la jerarquía normativa.²⁶

La vulneración del principio de igualdad hay que interpretarlo con ciertas limitaciones. Un caso sería la vulneración del mismo en el procedimiento de designación de árbitros que claramente resultarían contradichas si, por ejemplo, se previese la designación de un colegio arbitral donde una de las partes hubiese designado un árbitro, y no la otra. En este caso sí se podría impugnar por el artículo 41.4 f) de la LA puesto que sitúa a la otra parte en una posición de indefensión.²⁷

Además, podemos considerar una vulneración del orden público material la actuación de aquel árbitro que deviene ilógica, absurda o totalmente carente de fundamento.²⁸

Por otro lado, el orden público procesal hace referencia al cumplimiento del abanico de las garantías procesales fundamentales recogidas en el artículo 24 CE. Sin embargo, solo son aplicables al orden público procesal en materia de arbitraje los siguientes: en primer lugar, el derecho a la tutela judicial efectiva; en segundo lugar, el derecho a un proceso con todas las garantías; en tercer lugar, la presunción de inocencia²⁹ y, por último, la vulneración del artículo 35.2 de la LA relativo a la imposición de costas en el laudo arbitral.³⁰

Con respecto al primero, la tutela judicial efectiva, hay que concretar su alcance en el arbitraje. Este principio incluye la congruencia de las sentencias. En este caso, cuando el laudo no es congruente se aplica el tercer motivo de anulación que recoge el artículo 41.1 c) de la LA: “Que los árbitros han resuelto sobre cuestiones no sometidas a su decisión”. Se puede impugnar conjuntamente por vulneración del orden público (art. 41.1 f) LA).³¹ También cabría presentar la acción de anulación por vía del 41.1.b), que se aplica cuando alguna de las partes no haya podido hacer valer sus derechos en el

²⁶ Hinojosa Segovia, R. *op. cit.*, p. 495

²⁷ cfr. STJ de Madrid, Sala de lo Civil y Penal, (Sección 1ª), nº 25/2017 de 4 abril (AC\2017\726)

²⁸ Lorca Navarrete, A.M. *op. cit.*, p. 394

²⁹ Hinojosa Segovia, R. *op. cit.*, pp. 499, 505, 506

³⁰ Lorca Navarrete, A.M. *op. cit.*, p.616

³¹ cfr. STSJ de Madrid, Sala de lo Civil y Penal (Sección 1ª), nº 17/2016 de 10 febrero (JUR\2016\79067). En la misma línea la STSJ de Madrid, Sala de lo Civil y Penal (Sección 1ª), nº 53/2017 de 26 septiembre (AC\2017\1148) y la SAP de Madrid (Sección 14ª) nº 187/2011 de 1 abril (JUR\2011\227685).

proceso. En último lugar, cabe nombrar en este apartado la indefensión. El TC reconoció que la indefensión constitucionalmente relevante sí cabe impugnarla por vía del orden público, mientras que la indefensión procesal como tal correspondería al 41.1 b), ya mencionado.³²

El derecho a un proceso con todas las garantías se traduce en el ámbito arbitral, principalmente en que los árbitros sean imparciales.³³

La presunción de inocencia debe extenderse a conductas administrativas y civiles, de manera que si algún proceso administrativo o de carácter civil llegase a arbitraje, debe respetarse este principio. De no ser así, sería impugnable por el artículo 41.1 f).³⁴

4. LA VULNERACIÓN DEL ORDEN PÚBLICO EN RELACIÓN CON LOS MOTIVOS DE IMPUGNACIÓN DEL LAUDO (ARTÍCULO 41.1 LA)

La acumulación de varios motivos de interposición de la acción de anulación no está prohibida. De hecho, es práctica habitual que se impugne el laudo por varias razones. Es por esto que conviene explicar cada uno de los motivos que recoge la LA en el artículo 41.1. En términos generales, el orden público se ha venido relacionando con cada uno de estos motivos.³⁵

³² cfr. STSJ de Madrid, Sala de lo Civil y Penal (sección 1ª), nº 19/2012 de 23 de mayo (JUR\2012\227792). Así mismo, la STSJ de País Vasco, Sala de lo Civil y Penal (Sección 1ª), nº 6/2016 de 6 julio (JUR\2016\160139); y la STSJ de Madrid, Sala de lo Civil y Penal, (Sección 1ª), nº 63/2017 de 28 noviembre (AC\2017\1703)

³³ cfr. STSJ de Madrid, Sala de lo Civil y Penal (Sección 1ª), nº 33/2017 de 4 mayo, FJ 6 (AC\2017\563)

³⁴ Hinojosa Segovia. R. *op. cit.*, pág. 506

³⁵ Xiol Ríos, J.A. “Artículo 41. Motivos”, González – Bueno, C. (coord.), *Comentarios a la ley de arbitraje*, Consejo General del Notariado, España, 2014 (p.833 - 835)

4.1 “Que el convenio arbitral no existe o no es válido”

El convenio arbitral es aquel documento, basado en el principio de la autonomía de la voluntad, por el cual las partes pactan someter a arbitraje la solución de sus problemas.³⁶ Es importante destacar el carácter contractual de éste, ya que le será de aplicación la legislación correspondiente a los contratos acerca de la inexistencia e invalidez.³⁷

La invalidez tiene dos formas:

- La nulidad, que se puede dar cuando falta un elemento esencial (consentimiento, objeto, causa o forma recogidos en el artículo 1261 del Código Civil (CC) o cuando se viola una norma imperativa o prohibitiva (art. 6.2 CC).

- Y la anulabilidad, producida por vicios del consentimiento (error, dolo, violencia o intimidación recogidos en el art. 1265 del CC), por la falta de capacidad de uno de los contratantes o por falta de consentimiento marital en ciertos casos específicos.³⁸ Estos motivos han de aplicarse siempre en relación con artículo 9 de la LA, que regula la forma y el contenido del convenio.³⁹

Por otro lado, la inexistencia supone que el convenio no ha llegado a existir, siendo la causa principal la ausencia de alguno de los elementos esenciales del artículo 1.261 CC ya mencionado.⁴⁰

³⁶ Remón, J. “La anulación del laudo: el marco general, el pacto de exclusión y el orden público”. *Revista del Club Español de Arbitraje*, 2008, p. 6 (disponible en <http://www.uria.com/documentos/publicaciones/1900/documento/061laudoUM.pdf?id=1942>; última consulta 12/02/2018)

³⁷ Grijelmo Mintegui, G. “La acción de anulación del laudo arbitral, análisis de motivos”, *Revista Jurídica, arbitraje, mediación y otros sistemas de resolución extrajudicial de conflictos*, 2014, p.3 (disponible en http://www.barrilero.com/wp-content/uploads/2014/05/La_accion_de_anulacion_del_laudo_arbitral_analisis_de_los_motivos.pdf; última consulta 18/02/2018)

³⁸ Navarro Mendizábal, I. *Derecho de obligaciones y contratos*, Aranzadi S.A, Pamplona, 2013 (p. 404 y ss; p. 405)

³⁹ Grijelmo Mintegui, G. “La acción de anulación del laudo arbitral, análisis de motivos”, *Revista Jurídica, arbitraje, mediación y otros sistemas de resolución extrajudicial de conflictos*, 2014, p.4 (disponible en http://www.barrilero.com/wp-content/uploads/2014/05/La_accion_de_anulacion_del_laudo_arbitral_analisis_de_los_motivos.pdf; última consulta 18/02/2018)

⁴⁰ Xiol Ríos, J.A. *op. cit.*, p.814

En lo relativo a la invalidez es importante tener en cuenta el principio de autonomía o separabilidad del convenio arbitral del artículo 22.1 de la LA. Implica que la invalidez del contrato en el que se recoge el convenio arbitral no conlleva a la invalidez de dicho convenio, ya que son independientes uno del otro.⁴¹

Así mismo, debe tenerse en cuenta que, según el TS, lo determinante para la validez del convenio es que se pruebe la voluntad inequívoca de las partes de querer someter la controversia a arbitraje.⁴²

En este caso, es muy complicado el relacionar este motivo con la vulneración del orden público, puesto que un vicio de consentimiento no deriva en una actuación contraria a los principios constitucionales del artículo 24. Sin embargo, es posible que haya una infracción del orden público material por contravención del principio de igualdad recogido en el artículo 14 CE. Esto se puede apreciar en la sentencia del TSJ de Madrid de 19 julio de 2016 en la que, efectivamente, se deniega la anulación por invalidez del convenio pero se acaba estimando su anulación por vulneración del orden público, por infracción del artículo 14 de la CE,

“derivada del hecho en sí de haberse sometido a un arbitraje mediando estrechas vinculaciones entre la entidad a la que se encomienda el arbitraje y la asociación que contrata con una de las partes en el procedimiento arbitral y "recomienda" ese arbitraje institucional predisponiéndolo en el contrato que se ha de firmar, puede abocar, de ser estimada, a una anulación del Laudo por infracción del orden público, sí, pero también puede incidir en la existencia misma del convenio arbitral, presupuesto incluso del examen de su eventual eficacia.”⁴³

⁴¹ Grijelmo Mintegui, G. “La acción de anulación del laudo arbitral, análisis de motivos”, *Revista Jurídica, arbitraje, mediación y otros sistemas de resolución extrajudicial de conflictos*, 2014, p.4 (disponible en http://www.barrilero.com/wp-content/uploads/2014/05/La_accion_de_anulacion_del_laudo_arbitral_analisis_de_los_motivos.pdf; última consulta 18/02/2018)

⁴² cfr. STS, Sala de lo Civil, nº 64/2003, de 6 febrero (RJ\2003\850)

⁴³ cfr. STSJ de Madrid, Sala de lo Civil y Penal (Sección 1ª), nº 55/2016 de 19 julio, FJ 3 (JUR\2016\209874)

4.2 “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”

El artículo 24.1 de la LA recoge los principios de igualdad, audiencia y contradicción que cualquier procedimiento arbitral debe respetar y con los que está relacionado este motivo de anulación.⁴⁴

El motivo abarca dos supuestos posibles. El primer supuesto es que no se haya notificado la designación o sustitución del árbitro, lo cual supone que la parte no pueda alegar nada sobre su posible imparcialidad o recusar ese nombramiento. La otra posibilidad es que no se hayan notificado las actuaciones arbitrales o se vulnere cualquiera de los principios antes citados, lo que colocaría a la parte en una situación de indefensión. Un ejemplo de este último caso es la sentencia del TSJ de Madrid de 28 de noviembre de 2017, que afirma que, para que la notificación sea válida, el árbitro ha de tener constancia fehaciente de que la han recibido; de lo contrario, la parte puede no haber sido notificada y, por tanto, no puede presentar las alegaciones correspondientes, en cuyo caso se vulneraría el derecho a la defensa de dicha parte.⁴⁵

Cualquiera de estos dos supuestos debe poner a la parte en situación real de indefensión. Asimismo, para poder impugnar el laudo por esta vía, la parte no ha debido actuar negligentemente al ejercer sus derechos y debe haber cumplido los plazos previstos para denunciar esta infracción. Es un requisito exigido por el Tribunal Constitucional.⁴⁶ Una sentencia ilustrativa de esta línea jurisprudencial es la sentencia del TC de 29 de noviembre de 1999.⁴⁷

Este motivo es fácilmente impugnabile por la vía del artículo 41.1 f) puesto que la tutela judicial efectiva es un derecho constitucional recogido en el artículo 24, de

⁴⁴ Xiol Ríos, J.A. *op. cit.*, p.818

⁴⁵ cfr. STSJ de Madrid, sala de lo civil y penal, sección 1ª, nº 63/2017 de 28 de noviembre (AC\2017\1703)

⁴⁶ Grijelmo Mintegui, G. “La acción de anulación del laudo arbitral, análisis de motivos”, *Revista Jurídica, arbitraje, mediación y otros sistemas de resolución extrajudicial de conflictos*, 2014, p.4 (disponible en http://www.barrilero.com/wp-content/uploads/2014/05/La_accion_de_anulacion_del_laudo_arbitral_analisis_de_los_motivos.pdf; última consulta 14/02/2018)

⁴⁷ cfr. STC, Sala Primera, nº 219/1999, de 28 de noviembre (RTC\1999\219)

manera que es una norma imperativa de nuestro ordenamiento jurídico. Si hay indefensión, se está vulnerando este derecho constitucional y por tanto, el orden público.⁴⁸

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

Una materia no puede ser objeto de arbitraje por dos motivos: bien por resolver asuntos que las partes no han sometido a decisión o bien porque se resuelve sobre motivos objetivos que no están dentro del procedimiento arbitral (art. 2 LA). Es preciso señalar que los árbitros deben resolver la controversia conforme al principio de congruencia, es decir, que la decisión de los árbitros corresponda a las pretensiones, hechos y excepciones de la demanda.⁴⁹

En el primero de los casos, puede haber tres tipos de incongruencias: *extra petita*, cuando resuelven fueran de lo sometido por las partes; *infra petita*, cuando no se resuelve todo lo sometido por las partes; y *ultra petita*, cuando conocen más allá de lo pedido por las partes.⁵⁰

La jurisprudencia defiende que se permita que los árbitros resuelvan sobre cuestiones estrechamente relacionadas con los motivos sometidos a decisión, sin las cuales no quedaría efectivamente resuelto el problema. El principio de congruencia tiene que ser interpretado por los árbitros de forma que no les coarte su libertad decisoria.⁵¹

⁴⁸ Así se aprecia en la STSJ de Islas Canarias, Las Palmas, Sala de lo Civil y Penal, (Sección 1ª), nº 1/2016 de 3 marzo (AC\2016\542) y en la STSJ de Madrid, Sala de lo Civil y Penal, (Sección 1ª), nº 65/2017 de 13 diciembre (AC\2017\1911)

⁴⁹ Melide Valle, O., “Laudo arbitral debe respetar principio de congruencia”, *Ámbito jurídico*, 2012 (disponible en <https://www.ambitojuridico.com/noticias/mercantil-propiedad-intelectual-y-arbitraje/laudo-arbitral-debe-respetar-principio-de->; última consulta 6/03/2018)

⁵⁰ Grijelmo Mintegui, G. “La acción de anulación del laudo arbitral, análisis de motivos”, *Revista Jurídica, arbitraje, mediación y otros sistemas de resolución extrajudicial de conflictos*, 2014, p.5 (disponible en http://www.barrilero.com/wp-content/uploads/2014/05/La_accion_de_anulacion_del_laudo_arbitral_analisis_de_los_motivos.pdf; última consulta 18/02/2018)

⁵¹ cfr. STJ de Andalucía, Sala Civil y Penal (Sección 1ª), de 12 de septiembre de 2017 (JUR\2018\40628)

El artículo 218 de la LEC afirma que las sentencias han de ser congruentes con las demandas y demás pretensiones de las partes. De esta manera, el tribunal incurrirá en incongruencia si se aparta de alguno de los elementos que comprenden y delimitan ese objeto litigioso determinado por las pretensiones, es decir, del *petitum* y la *causa petendi*. Si esto sucediera, supondría privar a las partes de una defensa eficaz, lo que supondría una vulneración del artículo 24.1 de la CE y pudiéndose alegar el orden público como medio de anulación.⁵²

4.4 “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.”

Este apartado engloba dos motivos: en primer lugar, el nombramiento de los árbitros de forma irregular y, en segundo lugar, errores o vicios en el desarrollo del procedimiento arbitral.⁵³

En el primero de los casos, la designación del árbitro puede encontrarse bien en el convenio arbitral o bien en las reglas de arbitraje de la corte que designasen las partes (en caso de procedimientos institucionalizados). A veces ocurre que hay algún error a la hora de redactar la cláusula por la que se eligen los árbitros o a la hora de seguir el procedimiento de designación que se ha pactado. En estos casos podría plantearse la posible nulidad del laudo.⁵⁴

En el segundo caso, el desarrollo del procedimiento también es pactado por las partes mediante el convenio o fijado por la corte de arbitraje en caso de procedimiento institucionalizado. También resultaría de aplicación este precepto cuando alguna parte

⁵² cfr. STJ del País Vasco, Sala de lo Civil y Penal (Sección 1ª), nº 14/2015 de 2 diciembre (RJ\2015\6370)

⁵³ González – Montes Sánchez, J.L., “La acción de anulación del laudo en el proceso español de arbitraje (ley 60/2003, de 23 de diciembre)”, González – Montes Sánchez, J.L. (coord.), *Estudios sobre el arbitraje: los temas claves*, La Ley, Madrid, 2008 (p. 246 y ss; p. 247)

⁵⁴ *ibídem*

del proceso se desvía de lo pactado o resulta que una clausula deviene inoperativa por su complejidad.⁵⁵

En concreto, la sentencia del TSJ de Madrid del 4 de abril de 2017, en relación con el orden público, recoge la impugnación de un laudo por vulnerar los artículo 9.3 y 14 CE, relativos al principio de jerarquía normativa y el derecho a la igualdad. En este caso la Junta Arbitral actuó basándose en una posibilidad que ofrecía un reglamento y en la ley correspondiente, de manera que contravino el artículo 12.1 de la LA. El principio de igualdad en el procedimiento de designación de árbitros también se vio vulnerado, porque una de las partes es En este caso se alegó tanto el cuarto motivo explicado como la vulneración del orden público y se acabó estimando.⁵⁶

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

Este motivo cuestiona aquellos laudos que dictaminan sobre materias que están objetivamente excluidas del arbitraje. En el artículo 2.1 de la LA se recogen las materias que son objeto de arbitraje interno o doméstico: “Son susceptibles de arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho”.⁵⁷ Por tanto, para que un asunto pueda ser sometido a arbitraje, el objeto del mismo debe ser disponible para las partes.⁵⁸

Tanto la jurisprudencia como la doctrina han limitado las materias que no son susceptibles de someter al procedimiento arbitral. Algunos ejemplos son el estado civil de las personas, la capacidad, el matrimonio, los menores y la acción civil derivada de delitos.⁵⁹

Hay ciertas materias en las que surgen dudas sobre si se pueden someter o no a arbitraje. Podemos citar el caso de los arrendamientos urbanos. La mayoría de la

⁵⁵ *ibídem*

⁵⁶ cfr. STJ de Madrid, Sala de lo Civil y Penal (Sección 1ª), nº 25/2017 de 4 abril (AC\2017\726)

⁵⁷ Xiol Ríos, J.A. *op. cit.*, p.829

⁵⁸ cfr. STJ de País Vasco, Sala de lo Civil y Penal (Sección 1ª), nº 1/2017 de 12 enero (RJ\2017\547). En la misma línea la STSJ de Madrid, Sala de lo Civil y Penal (Sección 1ª), nº 41/2017 de 6 junio (AC\2017\1483)

⁵⁹ Barona Vilar, S. *op. cit.*, p. 1737

jurisprudencia opta porque sí se pueda someter,⁶⁰ al igual que la Ley de Arrendamientos Urbanos, ley 29/1994, de 24 de noviembre. Otra materia que provocaba cierta controversia es la propiedad horizontal, pero a día de hoy es admitida como posible materia de arbitraje por la mayoría de la jurisprudencia.⁶¹

La impugnación por esta vía es la más difícil de relacionar con el orden público, porque dependiendo de cuál sea la materia sobre la que hayan resuelto los árbitros, se podrá abordar la cuestión desde la perspectiva del artículo 24 o desde el artículo 14 CE principalmente. Es muy complicado que se llegue a estimar una demanda con estos dos motivos. Una de las pocas que se ha estimado y, de manera parcial, ha sido la sentencia TSJ de Madrid, de 6 junio de 2017.⁶²

4.6 “Que el laudo es contrario al orden público”

Ya se ha hecho referencia tanto al concepto como al contenido del orden público. A continuación se procede a estudiar en profundidad la aplicación práctica del mismo.

5. PRINCIPALES SUPUESTOS DE IMPUGNACIÓN DEL ORDEN PÚBLICO

A partir de la introducción del orden público como motivo de anulación del laudo en la ley de 1988 las Audiencias Provinciales (AAPP) fueron las encargadas de delimitar este concepto. La acción de anulación no es una segunda instancia y las AAPP y los TSJ⁶³ lo dejaron claro desde el primer momento.⁶⁴ La finalidad última del arbitraje no es otra que la de resolver de manera rápida y eficaz un conflicto extrajudicialmente.

⁶⁰ cfr. SAP de Madrid (Sección 14ª), nº 40/2011 de 15 febrero (JUR\2011\160158)

⁶¹ Grijelmo Mintegui, G. “La acción de anulación del laudo arbitral, análisis de motivos”, *Revista Jurídica, arbitraje, mediación y otros sistemas de resolución extrajudicial de conflictos*, 2014, p.6 (disponible en http://www.barrilero.com/wp-content/uploads/2014/05/La_accion_de_anulacion_del_laudo_arbitral_analisis_de_los_motivos.pdf; última consulta 18/02/2018)

⁶² cfr. STSJ de Madrid, Sala de lo Civil y Penal (Sección 1ª), nº 41/2017 de 6 junio (AC\2017\1483)

⁶³ En 2011 hay una reforma de la LA y la competencia para conocer de la acción de anulación pasa a los TSJ.

⁶⁴ Barona Vilar, S. *op. cit.*, p. 1748

Es por esto que, si se entrase a resolver sobre el fondo del asunto, la función de esta acción quedaría desnaturalizada, debido a lo cual es tan importante el delimitar lo que se puede impugnar por la vía de la vulneración del orden público.⁶⁵

5.1 Vulneración de los principios de audiencia, contradicción e igualdad

Estos principios se recogen en el artículo 24 de la LA, como se explicó *supra*. La vulneración de los mismos da lugar a ejercitar la acción de nulidad por el segundo motivo que recoge el artículo 41.1 de la LA (porque alguna de las partes no pudiera ejercer sus derechos en el proceso), así como por razón de que el laudo sea contrario al orden público, ya que, de cumplirse, se sitúa a la parte en posición de indefensión.⁶⁶

El TSJ de Madrid extrapoló la doctrina del TS entorno a estos principios constitucionales explicando que el principio de contradicción aparece proclamado en el artículo 24.2 de la CE. Este principio establece el derecho de todas las personas a un proceso con todas las garantías. Sin embargo, este principio debe completarse junto con el de “igualdad de armas”, recogido en el artículo 14 CE. La combinación de ambos es necesaria porque, para que el primero pueda ser vulnerado, es preciso que ambas partes tengan las mismas posibilidades de defensa y ataque, de alegación, de prueba y de impugnación.⁶⁷

Para explicar mejor lo anteriormente mencionado se estudiarán una serie de sentencias para ver con claridad el punto de vista práctico. En la sentencia del TSJ de Madrid de 7 de noviembre de 2017, el Secretario de la Corte Arbitral no suspendió la vista a la que debían acudir ambas partes para presentar sus pretensiones y probarlas. Se basó en el artículo 31 de la LA, que establece que la inasistencia de la demandada no impide la celebración de la vista, siempre y cuando la misma sea voluntaria y no se encuentre justificada.⁶⁸

⁶⁵ cfr. SAP de Madrid (Sección 10ª), nº 410/2010 de 30 septiembre (JUR\2011\24596)

⁶⁶ cfr. STJ del País Vasco, Sala de lo Civil y Penal (Sección 1ª), nº. 14/2015 de 2 diciembre (RJ\2015\6370)

⁶⁷ cfr. STSJ de Madrid, Sala de lo Civil y Penal (Sección 1ª), nº 57/2016 de 27 septiembre (JUR\2016\231854). Así lo defiende la STS, Sala de lo Civil, nº 93/1999 de 13 febrero (RJ\1999\1237)

⁶⁸ cfr. STSJ de Madrid, Sala de lo Civil y Penal, (Sección 1ª) nº 62/2017 de 7 noviembre (AC\2017\1634)

El TC ha declarado en muchas ocasiones que el derecho a la tutela judicial efectiva garantiza el derecho a acceder al proceso y a los recursos legalmente establecidos en condiciones de poder ser oído y ejercitar la defensa de los derechos e intereses legítimos en un procedimiento en el que se respeten los principios de bilateralidad, contradicción e igualdad de armas procesales. Así mismo, también se ha referido a que, en caso de que la parte no pueda personarse en uno de los trámites esenciales, como lo era la referida vista, y esa falta de personación esté debidamente justificada, impide el derecho de defensa y provoca una situación de indefensión contraria al artículo 24.1 CE.⁶⁹ En este caso el TSJ resolvió a favor de la demandantes puesto que vio una clara vulneración de los principios de igualdad de partes y de contradicción, así como de indefensión. El TSJ consideró que la decisión de la Corte Arbitral de seguir adelante con el proceso fue injustificada, puesto que la demandante hubiera querido asistir a la vista y avisó de su inasistencia con justificación suficiente como para que se suspendiera, por lo que quedaba desvirtuado el razonamiento del artículo 31 de la LA.⁷⁰

La siguiente sentencia constituye un ejemplo contrario al anterior, de cómo la actuación del árbitro puede cambiar radicalmente el fallo de la sentencia. En la sentencia del TSJ de Madrid de 27 de septiembre de 2016, una de las partes no pudo acudir a la vista por motivos de trabajo. En un primer momento no presentó prueba alguna que justificase su inasistencia. Días después entregó la documentación que probaba que, efectivamente, no estaría en el país en el momento de la celebración de la comparecencia y pedía la suspensión de la misma. Sin embargo, el árbitro la celebró. Ahora bien, en este caso dejó un plazo de cinco días hábiles tras la vista para que la parte que no había podido personarse pudiera alegar lo que quisiera sobre la comparecencia o sobre cualquier otro extremo que estimase pertinente.⁷¹ El Tribunal en este supuesto entendió que la parte había sido oída a pesar de no haberse personado, con lo que se entendía que pudo ejercitar su derecho de defensa y proteger sus intereses. El TSJ se apoyó, además, en la doctrina del TC, pues este afirma que:

⁶⁹ cfr. STC, nº 67/1999 de 26 abril (RTC\1999\67). En la misma línea: STC, Sala Primera, nº 317/1993 de 25 octubre (RTC\1993\317) o la STC, nº 61/1994 de 28 febrero (RTC\1994\61)

⁷⁰ cfr. STSJ de Madrid, Sala de lo Civil y Penal, (Sección 1ª) nº 62/2017 de 7 noviembre (AC\2017\1634)

⁷¹ cfr. STSJ de Madrid, Sala de lo Civil y Penal, (Sección 1ª), nº 57/2016 de 27 septiembre (JUR\2016\231854)

“no toda infracción procesal produce una indefensión material y por ello no existe cuando no lleva consigo la privación del derecho de defensa con perjuicio para los intereses de quien lo invoca”.⁷²

En tanto en cuanto no se produjo ningún perjuicio en los intereses de la actora a ojos del TSJ, se desestimó la pretensión de declarar el laudo nulo por motivo de indefensión (art. 41.1 d) LA) y por ser contrario al orden público (art. 41.1 f) LA).⁷³

En la sentencia del TSJ de Las Palmas de 26 febrero de 2013, una de las partes alegó que se habían vulnerado los principios constitucionales a los que nos estamos refiriendo, siendo su argumento la vulneración del orden público (art. 41.1 f) LA) única y exclusivamente. Alega la vulneración del principio de defensa e igualdad porque se admitieron documentos a la contraparte en el periodo de proposición de prueba, cuando deberían haberse presentado junto con el escrito inicial de demanda. El TSJ desestimó la pretensión por considerar que la parte demandante pudo hacer uso de su derecho y aportar documentación que neutralizase los documentos admitidos a la contraparte. Al tener esa posibilidad y no utilizarla, no hay fundamento alguno que sostenga la impugnación del laudo.⁷⁴

Por último, en la sentencia del TSJ de Cataluña de 16 de junio de 2014, la Junta arbitral no dio traslado del escrito de alegaciones ni de los documentos que entregó la parte demandada a la demandante. Justificó dicha decisión alegando que tenía suficientes elementos como para dictar el laudo sin necesidad de un nuevo trámite. La parte actora impugnó el laudo por vulneración del artículo 41.1 d) y f) LA, es decir, por no ser el procedimiento ajustado a la ley y por ser contrario al orden público al poner a esta parte en situación de desigualdad de armas.⁷⁵ El TSJ trajo a colación la STC de 14 de marzo de 2011 que delimitaba lo que debía considerarse indefensión:

“la indefensión es una noción material que se caracteriza por suponer una privación o minoración sustancial del derecho de defensa; un menoscabo sensible de los

⁷² cfr. STC nº 35/1989 de 14 febrero (RTC\1989\35). A esta le siguen, entre otras: STC nº 210/1999 de 29 noviembre (RTC\1999\210), STC nº 185/2001 de 17 septiembre (RTC\2001\185) y STC nº 223/2007 de 22 octubre (RTC\2007\223)

⁷³ cfr. STSJ de Madrid, Sala de lo Civil y Penal, (Sección 1ª), nº 57/2016 de 27 septiembre (JUR\2016\231854) ya mencionada.

⁷⁴ cfr. STSJ de las Islas Canarias, Las Palmas, Sala de lo Civil y Penal (Sección 1ª), nº 1/2013 de 26 febrero (AC\2013\1711)

⁷⁵ cfr. STSJ de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal (Sección 1ª), nº 40/2014 de 16 junio (RJ\2014\4201)

principios de contradicción y de igualdad de las partes que impide o dificulta gravemente a una de ellas la posibilidad de alegar y acreditar en el proceso su propio derecho, o de replicar dialécticamente la posición contraria en igualdad de condiciones con las demás partes procesales. Por otro lado, para que la indefensión alcance la dimensión constitucional que le atribuye el art. 24 CE, se requiere que los órganos judiciales hayan impedido u obstaculizado en el proceso el derecho de las partes a ejercitar su facultad de alegar y justificar sus pretensiones, esto es, que la indefensión sea causada por la incorrecta actuación del órgano jurisdiccional”.⁷⁶

Efectivamente, el acto unilateral que llevó a cabo la Junta arbitral concuerda con lo que dice el TC. El TSJ declaró la nulidad del laudo por vulneración del artículo 41.1 d) de la LA, sin entrar a analizar el motivo de orden público, pero que también entendió vulnerado.⁷⁷

A modo de recapitulación, como se ha expuesto en las sentencias anteriores, la actuación del árbitro debe ser diligente, de lo contrario es relativamente fácil que el laudo devenga nulo por vulneración del orden público. Como resultado del análisis de estas sentencias también se puede afirmar que la impugnación del laudo por motivo de vulneración del artículo 24 CE suele basarse en el artículo 41.1 f) de la LA relativo al orden público, junto con el artículo 41.1 b) de la misma ley, que hace referencia a que una de las partes no haya podido hacer valer sus derechos y con el artículo 41.1 d) de la LA, que incluye los vicios en el desarrollo del procedimiento arbitral.

5.2 Falta de litisconsorcio pasivo necesario

Esta figura jurídica viene regulada en el artículo 12.2 de la LEC. Existe una norma que configura la relación contractual que impone la necesidad de que, cualesquiera reclamación que se haga respecto del mismo, debe dirigirse contra todas las personas que fueron parte en el contrato. Si la demanda arbitral no se plantea contra todas las partes que intervinieron en el contrato, la relación jurídico procesal estará mal formada.

⁷⁶ cfr. STC (Sala Segunda), nº 25/2011 de 14 marzo, FJ 7 (RTC\2011\25). También STC nº114/2000 de 5 mayo, FJ 2 (RTC\2000\114); STC nº 237/2001 de 18 diciembre, FJ 5 (RTC\2001\237).

⁷⁷ cfr. STSJ de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal (Sección 1ª), nº 40/2014 de 16 junio (RJ\2014\4201). Otro ejemplo de este tipo de actuación queda reflejado en la STSJ de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal (Sección 1ª), nº 51/2015 de 6 julio (RJ\2015\4449)

Esta malformación es la que lleva a que el laudo pueda ser contrario al orden público procesal.⁷⁸

La AP de Guipúzcoa recuerda en la sentencia de 6 de octubre de 2009 que hay situaciones en las que, para que la tutela que se persigue sea efectiva, es necesario que varias personas sean demandadas conjuntamente, refiriéndose al litisconsorcio pasivo necesario. Hay ocasiones en que la exigencia de que se demande a las partes de manera conjunta viene recogida en la propia ley (por ejemplo las obligaciones mancomunadas indivisibles (art. 1139 CC)), mientras que en otras situaciones es el propio objeto de la controversia el que exige la demanda conjunta.⁷⁹

La doctrina sobre el litisconsorcio pasivo necesario afirma que esta figura hace referencia a una exigencia de orden público procesal porque en este concepto se engloba el que participen en el procedimiento todas aquellas personas a las cuales la resolución del fondo pueda afectarles de manera directa. Así se evitan situaciones de indefensión dando la posibilidad a esas partes de posicionarse respecto de la demanda correspondiente.⁸⁰

Por otro lado, el TS manifiesta que, para que se de el litisconsorcio pasivo necesario deben concurrir los siguientes requisitos:

- i) “Nexo común entre presentes y ausentes que configura una comunidad de riesgo procesal.
- ii) Que ese nexo sea inescindible, homogéneo y paritario.
- iii) Que el ausente del proceso no haya prestado aquiescencia a la pretensión del actor”.⁸¹

Es importante saber que la falta del litisconsorcio pasivo necesario puede ser alegada por las partes o bien estimada de oficio por el tribunal.⁸²

⁷⁸ Barona Vilar, S. *op. cit.*, p. 1750

⁷⁹ cfr. SAP de Guipúzcoa (Sección 3ª), nº 259/2009 de 6 octubre (JUR\2010\408918)

⁸⁰ cfr. SAP de Córdoba (Sección 1ª), nº 365/2014 de 10 septiembre (JUR\2014\281357)

⁸¹ cfr. STS, Sala de lo Civil (Sección 1ª), nº 697/2013 de 15 enero, FJ 8 (RJ\2014\1264). También por la STS, Sala de lo Civil (Sección 1ª), nº 266/2010 de 4 mayo FJ 3 (RJ\2010\4365) y STS, Sala de lo Civil (Sección 1ª), nº 76/2011 de 1 marzo, FJ 2 (RJ\2011\2615)

⁸² cfr. STS, Sala de lo Civil (Sección 1ª), nº 394/2015 de 3 julio (RJ\2015\2560) y STC, Sala Primera, nº 77/1986 de 12 junio (RTC\1986\77)

Es preciso resaltar que el motivo de vulneración del orden público que aquí se analiza es la *falta* de este litisconsorcio, tal y como veremos a continuación en los siguientes ejemplos prácticos.

En un proceso de anulación del laudo arbitral seguido ante el TSJ de Madrid, la demandante solicitó la anulación de la resolución del laudo alegando que en la misma se cometió una infracción del orden público, toda vez que la demanda inicial se dirigió solo frente a uno de los dos coarrendatarios, cuando también debería haberse dirigido frente al otro arrendatario. El TSJ se basa en la doctrina jurisprudencial del TC por la que se señala la importancia que tiene la correcta formación de la relación jurídico - procesal para que el proceso judicial se desarrolle cumpliendo con los derechos constitucionales de defensa que asisten a las partes y, el deber de los órganos judiciales de vigilar la adecuada formación de esa relación. El resultado de lo anterior es que la falta o deficiente realización del emplazamiento a los demandados directamente interesados en el procedimiento, pondría a éstos en una situación de indefensión, vulnerándose el artículo 24 CE y por consiguiente, el orden público.⁸³ Por lo tanto, en el presente caso, al no haberse llamado a la Litis al coarrendatario del inmueble, se da una situación de indefensión para el mismo, ya que se verá afectado directamente por lo que se decida en relación con el contrato de arrendamiento.⁸⁴

En otro proceso de anulación, seguido ante el TSJ de Valencia respecto de un supuesto en el que una inmobiliaria (actor) pacta con un comprador (contraparte) los extremos relativos a la compraventa de una vivienda de un tercero, dictado el laudo, el comprador lo impugna por vulneración del orden público al considerar que existe falta del litisconsorcio pasivo necesario al no haberse llamado al proceso a la vendedora de la vivienda. El Tribunal desestima la pretensión, al considerar que, cuando la Junta Arbitral le entrega al comprador el traslado inicial de la reclamación, éste no alega nada en relación con la vendedora. No se aludió a este tema en ningún momento durante todo el procedimiento arbitral, y como consecuencia no se estima lícito el incluir *ex novo* un argumento que no se había introducido previamente.⁸⁵

⁸³ cfr. STC nº123/2010 de 29 noviembre (RTC\2010\123); STC nº 196/2009, de 28 de septiembre (RTC\2009\196); STC nº 166/2008, de 15 de diciembre (RTC\2008\166).

⁸⁴ cfr. STSJ de Madrid, Sala de lo Civil y Penal (Sección 1ª), nº 13/2016 de 9 febrero (AC\2016\531)

⁸⁵ cfr. STSJ de la Comunidad Valenciana, Sala de lo Civil y Penal (Sección 1ª), nº 9/2014 de 14 julio (JUR\2015\22125)

Por último, en el proceso seguido ante el TSJ de Castilla – La Mancha, la parte demandante ejercita la acción de anulación del laudo arbitral argumentando que el árbitro ha estimado indebidamente la excepción de litisconsorcio pasivo necesario respecto de un tercero, la madre del actor, puesto que alega que en un procedimiento de reparto de una herencia, como consecuencia del fallecimiento del padre del actor, la presencia de su madre en ese proceso no es necesaria. La Sala entiende *a sensu contrario* que sí es necesaria dicha presencia, al estimar que es una cuestión de orden público, ya que afecta a los derechos fundamentales y libertades públicas a que hace referencia el artículo 24 CE. Concretamente, se alude al derecho de defensa y a los principios de audiencia, contradicción e igualdad. En este caso se debe dar a la madre la oportunidad de formular alegaciones y de proponer y practicar pruebas. El TSJ sostiene que la protección de estas garantías prevalece sobre cualquier otro fundamento.⁸⁶

5.3 En materia de prueba

El posible quebrantamiento de las reglas de la prueba también ha sido un tema bastante recurrente como motivación de la vulneración del orden público procesal.⁸⁷ Esta causa de nulidad puede incardinarse en el artículo 41.1 f) de la LA que se relaciona directamente con el artículo 24 de la LA, el cual recoge las garantías constitucionales de igualdad, audiencia y defensa de las partes. La Exposición de Motivos de la LA propugna el principio de máxima libertad de las partes y de los árbitros en la fase probatoria del proceso, así como la máxima flexibilidad, expresada en los artículos 29 y 32 de la LA, que disponen que cuando se presentan las alegaciones de cada una de las partes, éstas podrán proporcionar todos los documentos o pruebas que vayan a proponer. Por otro lado, el segundo artículo mencionado hace referencia a la facultad del árbitro de pedir a las partes que entreguen al perito designado toda la documentación alegada como prueba para su inspección.⁸⁸

⁸⁶ cfr. STSJ de Castilla – La Mancha, Sala de lo Civil y Penal, nº 4/2015 de 16 diciembre (AC\2016\242)

⁸⁷ Barona Vilar, S. *op. cit.*, p. 1752

⁸⁸ cfr. SAP de Barcelona, (Sección 15ª), nº 79/2009 de 11 marzo (JUR\2009\411526)

El TC exige que, para que se produzca una vulneración del derecho de prueba, es necesario que la parte que lo presente haya instado a los órganos judiciales la práctica de una prueba y que, además, éstos hayan rechazado la práctica de la misma sin motivación alguna o bien motivándolo de forma incongruente, arbitraria o irrazonable. Como último requisito se requiere que la prueba que no se ha admitido tuviera una influencia decisiva en la resolución de la controversia, de manera que sitúe al recurrente en posición de indefensión. La prueba de cada uno de estos requisitos corresponde al recurrente.⁸⁹

En el ámbito del derecho probatorio es muy frecuente que se impugne el laudo porque el árbitro rechace la práctica o admisión de un medio de prueba,⁹⁰ tal y como se verá en los siguientes casos.

A tal efecto, el TSJ de Cataluña, en la sentencia de 27 de julio de 2015, inadmitió este motivo como causa de nulidad del laudo puesto que entendió que el árbitro argumentó suficientemente la inadmisión de una prueba documental, dando igual el que el TSJ esté de acuerdo con tal razonamiento, ya que, como se ha explicado anteriormente, los tribunales no tienen competencia para entrar a valorar dichos argumentos. Recalca que, en todo caso, el actor no ha justificado debidamente que el haber practicado esa prueba hubiera resultado decisivo para la resolución de la controversia, pudiendo llegar a cambiar la decisión del árbitro.⁹¹

De la misma manera se resuelve la sentencia del TSJ de Asturias de 15 de enero de 2014, cuando se le presenta como motivo de anulación la inadmisión de una prueba testifical que, según el actor, le situó en posición de indefensión, contraviniendo por tanto, el orden público.⁹²

Sin embargo, si la prueba se deniega reiteradamente de forma incongruente o arbitraria se convierte en causa de indefensión por vulneración de la tutela judicial efectiva (art. 24 CE). En este sentido es importante discernir entre lo que es

⁸⁹ cfr. STC, Sala Segunda, nº 126/2011 de 18 julio, FJ 3 (RTC\2011\126)

⁹⁰ por ejemplo la STSJ de Madrid, Sala de lo Civil y Penal (Sección 1ª), nº 56/2014 de 3 noviembre (AC\2015\1564) o la SAP de Sevilla (Sección 5ª), nº 377/2007 de 12 septiembre (JUR\2008\379548), entre otras, además de los ejemplos que se verán a continuación.

⁹¹ cfr. STSJ de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal (Sección 1ª), nº 61/2015 de 27 julio (RJ\2015\4635)

⁹² cfr. STSJ de Asturias, Sala de lo Civil y Penal (Sección 1ª), nº 1/2014 de 15 enero (JUR\2015\59901)

competencia de los tribunales que conocen de la acción de anulación y lo que es competencia de los árbitros. El TSJ de Madrid puntualiza que, en materia de prueba, debe comprobar si el árbitro ha inadmitido ciertas pruebas que pudieran cambiar el curso de la decisión sin razonamiento alguno o por interpretación arbitraria de dicha prueba. Para que resulte motivo de vulneración del orden público, es necesario que la interpretación o razonamiento de inadmisión derive en una situación de indefensión para la parte.⁹³

Otro motivo típico es la impugnación por indebida valoración de la prueba. Hay que tener en cuenta que la valoración de las pruebas es competencia exclusiva de los árbitros. Pero, a pesar de los numerosos intentos de las partes de rebatir tal valoración, los tribunales de justicia desestiman tal pretensión por regla general.⁹⁴ Prueba de ello es la sentencia del TSJ de Madrid de 18 de mayo de 2016 en la que el juez afirma que las conclusiones del árbitro devienen de la valoración de la prueba, realizada de manera no arbitraria ni ilógica y teniendo en cuenta su experiencia personal. El TSJ falla que el motivo de impugnación por el que se advertía de la errónea valoración de las pruebas presentadas, debe ser desestimado, ya que la invocación del orden público como causa de nulidad no puede convertirse en el medio que permita a los tribunales ejercer un control judicial sobre la decisión de fondo que los árbitros adoptasen.⁹⁵

En esta misma línea resuelve el TSJ de Cataluña en la sentencia de 19 diciembre de 2016, añadiendo a este razonamiento el principio de intervención mínima del artículo 7 de la LA, mediante el cual se mantiene el control jurisdiccional al mínimo, de manera que no resulte irrazonable.⁹⁶

⁹³ cfr. STSJ de Madrid, Sala de lo Civil y Penal (Sección 1ª), nº 15/2016 de 9 febrero (AC\2016\533)

⁹⁴ Barona Vilar, S. *op. cit.*, p. 1752

⁹⁵ cfr. STSJ de Madrid, Sala de lo Civil y Penal (Sección 1ª), nº 43/2016 de 18 mayo (JUR\2016\170563)

⁹⁶ cfr. STSJ de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal (Sección 1ª), nº 102/2016 de 19 diciembre (RJ\2016\6638)

5.4 Motivación del laudo

La LA recoge esta garantía en el artículo 37.4, estableciendo la necesidad de que todo laudo, ya sea de equidad o de derecho, debe estar siempre motivado.⁹⁷ Es una exigencia constitucional recogida en el art. 120.3 CE. La ley incorpora la motivación del laudo como una exigencia de orden público en el arbitraje. Los defectos graves en la misma pueden dar lugar al quebrantamiento del derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24 CE.⁹⁸

En primer lugar, es esencial identificar los deberes básicos de motivación, cuya infracción supondría una vulneración directa del artículo 24.1 CE. El TC identifica esos deberes a lo largo de reiterada jurisprudencia: el derecho a obtener una resolución basada en Derecho es una garantía frente a la arbitrariedad de los poderes públicos. Esto conlleva que el fallo ha de estar motivado, “lo que implica la inclusión de elementos y razones de juicio que permitan conocer cuales han sido los criterios jurídicos que fundamentan la decisión”.⁹⁹

La sentencia TC de 2 de marzo de 2015, añade a lo anterior que lo decisivo para que se vulnere esta garantía es que la resolución judicial sea el resultado de un razonamiento equivocado que no se ajuste a la realidad, debido a que el órgano judicial ha cometido un *error patente* a la hora de determinar y seleccionar el presupuesto jurídico sobre el que ha basado su decisión.¹⁰⁰

Por último es importante precisar cuándo, según el TC, existe arbitrariedad:

“cuando, aun constatada la existencia formal de una argumentación, la resolución resulte fruto del mero voluntarismo judicial o exprese un proceso deductivo “irracional o absurdo”; en tales casos, como acontece con el que ahora nos ocupa, “la aplicación de la legalidad sería tan solo mera apariencia”.¹⁰¹

⁹⁷ Barona Vilar, S. *op. cit.*, p. 1754

⁹⁸ cfr. STSJ de Asturias, Sala de lo Civil y Penal (Sección 1ª), nº 3/2017 de 25 abril (AC\2017\481)

⁹⁹ cfr. STC (Sala Segunda), nº 16/2016 de 1 febrero, FJ 5 (RTC\2016\16). Así lo reiteraron las STC, nº 55/2003 de 24 marzo, FJ 4 (RTC\2003\55) ; la STC, Sala Primera, nº 178/2014 de 3 noviembre, FJ 3 (RTC\2014\178) o la STC, nº 16/2016 de 1 febrero FJ 5 (RTC\2016\16)

¹⁰⁰ cfr. STC (Sala Segunda), nº 39/2015 de 2 marzo (RTC\2015\39)

¹⁰¹ cfr. STC 157/2009 de 29 junio (RTC\2009\157). Sienta tal concepto a partir de varias sentencias entre las que podemos encontrar la STC, Sala Primera, nº 92/2008 de 21 julio, FJ 6 (RTC\2008\92) o la STC nº 105/2006 de 3 abril, FJ 5 (RTC\2006\105)

Generalmente las partes tratan de impugnar el laudo arbitral por vulneración del orden público procesal por ser la motivación del mismo “defectuosa”, ya sea porque la consideran insuficiente, inexistente, o porque directamente no están conformes con ella.¹⁰² Hay que tener en cuenta que lo que provoca indefensión es la falta de motivación, no la motivación insatisfactoria.¹⁰³ Cada uno de estos casos serán objeto de estudio a continuación desde un punto de vista jurisprudencial.

La jurisprudencia ha subrayado que la motivación de los laudos necesita tener cierta flexibilidad puesto que, de no tenerla, puede provocar una interpretación demasiado amplia o, por el contrario, demasiado rigurosa. El peligro de estos extremos de interpretación es que los tribunales entren a valorar si la motivación es correcta o no, lo cual tienen prohibido pues excede totalmente de sus competencias.¹⁰⁴

Tal y como se ha venido explicando hasta ahora, lo problemático es la ausencia o incompleta motivación. En la sentencia del TSJ de Madrid de 8 enero de 2018 una de las partes alega que el laudo es contrario al orden público porque se vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) y la proscripción de la arbitrariedad (art. 9.3 CE) en la motivación del mismo. El TSJ estima la anulación por considerar que, efectivamente, no está suficientemente motivado porque no valora todas las pruebas practicadas durante el proceso de arbitraje. Se basa principalmente en que los árbitros no han ajustado su resolución a Derecho y en que ésta se dictó de manera arbitraria.¹⁰⁵

La misma Sala desestimó dos años antes la sentencia de 17 de mayo de 2016, porque la motivación era “aparente” y, por consiguiente, del todo insuficiente. Resultaba contrario al orden público constitucional.¹⁰⁶

Sin embargo, la doctrina está de acuerdo en que basta que esta motivación sea “suficiente”, no es necesario un razonamiento exhaustivo y detallado de cada uno de los aspectos presentados por las partes. Así lo dispuso la sentencia del TS de 8 julio de 2008 motivando lo anteriormente mencionado en que es suficiente el que se formulen

¹⁰² Barona Vilar, S. *op. cit.*, p. 1755

¹⁰³ cfr. STSJ de Cataluña Sala de lo Civil y Penal (Sección 1ª), nº 76/2015 de 2 noviembre (RJ\2015\6355)

¹⁰⁴ cfr. STSJ de Asturias, Sala de lo Civil y Penal (Sección 1ª), nº3/2017 de 25 abril, FJ 3(AC\2017\481)

¹⁰⁵ cfr. STSJ de Madrid, Sala de lo Civil y Penal (Sección 1ª), nº 1/2018 de 8 enero (JUR\2018\62602)

¹⁰⁶ cfr. STSJ de Madrid, Sala de lo Civil y Penal (Sección 1ª), nº 41/2016 de 17 mayo (JUR\2016\170472)

las razones decisivas en las que se basan para llegar al fallo, de manera que puedan impugnarse en último caso.¹⁰⁷

En ciertas ocasiones, se trata de impugnar el laudo porque la motivación del mismo es “parca”. El problema es que la parquedad no equivale a insuficiencia en la motivación y así lo defiende el TSJ de Madrid en reiteradas sentencias alegando que, aunque dicha motivación sea escasa para las partes, no constituye un “déficit de motivación constitucionalmente relevante, lesivo del art. 24.1 CE y vulnerador del orden público como causa de anulación.”¹⁰⁸

Al tenor de este motivo de anulación relativo a la motivación del laudo, es necesario hacer una distinción entre arbitraje de equidad y de derecho. El TSJ de Cataluña deja claro que la motivación en un tipo de arbitraje y en otro no tiene el mismo alcance. En el arbitraje de equidad requiere que el razonamiento se base en la experiencia, en reglas lógicas, en conocimientos científicos, además de en el Derecho.¹⁰⁹ Los árbitros dictan el laudo sin aplicar de forma rigurosa y exclusiva el Derecho. Por otro lado, el de derecho basa su conclusión en el ordenamiento jurídico, es decir, en Derecho. Como consecuencia de esto hay mayor flexibilidad a la hora de motivar el laudo dictado en equidad, sin dejar de proteger la tutela efectiva y los intereses legítimos de cada una de las partes.¹¹⁰

Para concluir, podemos afirmar que, en base a todo lo dicho, el hecho de que se estime una acción de anulación por falta de motivación es complicado. Los supuestos en los que se estima son aquellos en los que verdaderamente no se ha motivado en absoluto y en los que hay un comportamiento arbitrario por parte de los árbitros. Es habitual que este motivo se utilice para tratar de que los tribunales entren a valorar el fondo del asunto porque una de las partes no está conforme con la decisión de los árbitros. Sin embargo, queda claro que eso no es posible porque está completamente fuera de las competencias de tribunales.

¹⁰⁷ cfr. STS, Sala de lo Civil (Sección 1ª), nº 623/2008 de 8 julio (RJ\2008\3350)

¹⁰⁸ cfr. STSJ de Madrid, Sala de lo Civil y Penal (Sección 1ª), nº 33/2015 de 21 abril (JUR\2015\136624)

¹⁰⁹ cfr. STSJ de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal (Sección 1ª), nº 55/2017 de 20 noviembre (RJ\2017\6079)

¹¹⁰ cfr. STSJ de Madrid, Sala de lo Civil y Penal (Sección 1ª), nº 62/2016 de 11 octubre (AC\2016\1747)

Es frecuente encontrar acciones de anulación en la que se produzca una vulneración tanto de la prueba como de la motivación del laudo. Por poner un ejemplo, el TSJ de Madrid recoge este supuesto en la sentencia del 9 de febrero de 2016. Se estima la acción de anulación, tanto por denegación reiterada de prueba de forma incongruente y arbitraria como por motivación arbitraria, cuya consecuencia es la indefensión de las partes.¹¹¹

5.5 Aclaración, complemento y rectificación de la extralimitación del laudo

Para explicar este punto de vulneración del orden público debemos partir del principio de intangibilidad que, a raíz de los artículos 38, 40 y 43 de la LA, también han de cumplir los laudos arbitrales. Dicho principio consiste en no consentir que todo lo que deriva de los fundamentos jurídicos del fallo sea rectificado.¹¹² Además, es consecuencia del principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE) y del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE).¹¹³

No obstante, hay ciertas excepciones a la intangibilidad de la resolución: el recurso de aclaración, el de rectificación y el complemento, recogidos en el artículo 39 de la LA,¹¹⁴ que versa así:

“Dentro de los diez días siguientes a la notificación del laudo, salvo que las partes hayan acordado otro plazo, cualquiera de ellas podrá, con notificación a la otra, solicitar a los árbitros:

- a) La corrección de cualquier error de cálculo, de copia, tipográfico o de naturaleza similar.
- b) La aclaración de un punto o de una parte concreta del laudo.
- c) El complemento del laudo respecto de peticiones formuladas y no resueltas en él.

¹¹¹ cfr. STSJ de Madrid, Sala de lo Civil y Penal, (Sección 1ª), nº 15/2016 de 9 febrero (AC\2016\533)

¹¹² cfr. STC (Sala Segunda) nº185/2008 de 22 diciembre (RTC\2008\185)

¹¹³ Así lo reitera la jurisprudencia: STS, Sala de lo Civil (Sección 1ª), nº 137/2018 de 13 marzo (JUR\2018\80825); STS, Sala de lo Civil (Sección 1ª), nº 20/2013 de 31 enero (RJ\2013\1837); STSJ de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal (Sección 1ª), nº 92/2016 de 14 noviembre (RJ\2016\6131); STSJ de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal (Sección 1ª), nº 27/2012 de 2 abril (RJ\2013\6368)

¹¹⁴ cfr. STSJ de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal (Sección 1ª), nº 27/2012 de 2 abril (RJ\2013\6368)

- d) 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.”

En el caso de que haya algún concepto oscuro, algún error material, alguna omisión que tenga que ver con las pretensiones de las partes o alguna extralimitación relativas a las cuestiones sometidas a arbitraje, el árbitro tiene la posibilidad de utilizar la aclaración para resolver estos posibles contratiempos; y para el caso de la extralimitación, podrá rectificar. Sin embargo, la aclaración está sujeta a ciertos límites, de forma que no se puede cambiar *ni el sentido ni el espíritu del fallo*, ya que a la hora de dar una aclaración sobre lo expresado en el laudo, ésta debe centrarse en la interpretación de los fundamentos que sirvieron como motivación de la decisión adoptada.¹¹⁵

El TC puntualiza qué ha de entenderse respecto a *error material*, afirmando que corresponderán a dicha categoría aquellos errores cuya corrección no necesiten la realización de un nuevo juicio valorativo. Se trata de aquellos errores “en los que el error se evidencia directamente al deducirse, con toda certeza, del propio texto de la sentencia, sin necesidad de hipótesis, deducciones o interpretaciones”. Esta rectificación supondrá una modificación de la resolución dado que hay que cambiar ciertas palabras o términos expresivos para corregir el error. Por tanto, sí que hay una variación conceptual pero no de contenido valorativo.¹¹⁶

Después de exponer los recursos de aclaración y rectificación, se ha de hacer referencia al de complemento. Se utiliza cuando en el laudo principal se ha omitido alguna información relevante; entonces se dicta un laudo complementario para completar la omisión sufrida. Una de las máximas del arbitraje es que el problema planteado ha de terminar con un laudo totalmente congruente. Para que esto se cumpla en ocasiones es necesario hacer uso de este laudo complementario. Hay que tener en cuenta que el procedimiento arbitral tiene mayor flexibilidad que un proceso judicial, de ahí que sea posible el complemento, pero siempre respetando el principio de congruencia y nunca modificando el contenido valorativo del fallo, pues lo dicho para el

¹¹⁵ cfr. STSJ de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal (Sección 1ª), nº 27/2012 de 2 abril (RJ\2013\6368)

¹¹⁶ cfr. STC (Sala Primera) nº 123/2011 de 14 julio, FJ 3 (RTC\2011\123)

recurso de rectificación y aclaración, es del todo aplicable al complemento. Además, es una cuestión de economía procesal.¹¹⁷

Estas excepciones están íntimamente relacionadas con la incongruencia *extra petita*, es decir, el que el árbitro resuelva sobre una cuestión que las partes no han sometido a arbitraje. Constituye otro motivo de anulación del laudo recogido en el artículo 41.1 c) de la LA, que se puede subsanar mediante alguno de estos recursos.¹¹⁸

La vulneración del orden público en este caso se puede dar por varias razones: la inadmisión de la solicitud de cualquiera de estos tres recursos sin motivos suficientes o que se realice cualquiera de ellas pero cambiando el sentido del fallo inicial. En ambos casos hay una infracción del principio de tutela judicial efectiva, lo que deriva en indefensión para las partes. Y en el segundo de los supuestos se produce, además, una vulneración del principio de seguridad jurídica del artículo 9.3 de la CE.¹¹⁹

Un ejemplo de lo expuesto es la sentencia del TSJ de Madrid de 18 de enero de 2017: el árbitro decidió de oficio, fuera de los 10 días establecidos por el artículo 39 de la LA, dictar un acto aclaratorio mediante el cual cambió todo lo expuesto en el laudo principal. El TSJ estimó la anulación del laudo por vulneración de orden público, ya que cambiaba el sentido del laudo.¹²⁰

Por último, debemos añadir que la vulneración de estas excepciones no puede convertirse en una puerta que utilizan las partes para tratar de volver sobre el fondo del asunto y su valoración. Únicamente pueden tratarse cuestiones relativas a la regularidad del proceso y el cumplimiento de los principios constitucionales a lo largo del mismo.¹²¹

¹¹⁷ cfr. STSJ de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal (Sección 1ª), nº 92/2016 de 14 de noviembre (RJ\2016\6131)

¹¹⁸ cfr. STSJ de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal (Sección 1ª), nº 53/2015 de 9 de julio (RJ\2015\4450)

¹¹⁹ cfr. STSJ de Madrid, Sala de lo Civil y Penal (Sección 1ª), nº 52/2013 de 8 julio (JUR\2013\285740)

¹²⁰ cfr. STSJ de Madrid, Sala de lo Civil y Penal (Sección 1ª), nº 5/2017 de 18 de enero (AC\2017\224)

¹²¹ cfr. STSJ de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal (Sección 1ª), nº 92/2016 de 14 de noviembre (RJ\2016\6131)

5.6 Excepción de cosa juzgada

Otro de los supuestos que debemos plantear en este apartado, es en el que un árbitro lauda sobre un asunto que ha sido resuelto previamente en otro procedimiento, ya sea judicial u arbitral. La eficacia de cosa juzgada, recogida en el artículo 43 de la LA así como en el 222 de la LEC, es una de las bases de la tutela judicial efectiva, garantía constitucional plasmada en el artículo 24 CE. Es consecuencia de esto que, el hecho de que se abra un nuevo proceso entre las mismas partes en relación con un asunto ya resuelto por una sentencia o laudo previo, suponga una vulneración del orden público, en tanto en cuanto se quiebra la seguridad jurídica al poner en peligro “a quien se vio protegido judicialmente por la sentencia previa”.¹²²

Así mismo, la doctrina ha reiterado que para que se de esta excepción, debe haber paridad entre ambos litigios, hay que tener en cuenta la *causa petendi* de uno y otro, y analizar los fundamentos y el fallo de la resolución previa. Es necesaria una igualdad real y efectiva, es decir, debe tratarse de las mismas causas, los mismos litigantes y la posición de los mismo como actores y contrapartes. Además, para que haya identidad de la *causa petendi*, los fundamentos de hecho de la misma han de ser los mismos.¹²³ Siguen la línea jurisprudencial dictada por el TS que exige la identidad absoluta personal, real y causal.¹²⁴

Hay que distinguir entre cosa juzgada formal y material. La primera despliega efectos en el interior de la resolución, de manera que el tribunal que dicta la sentencia va a tener que ceñirse a lo que han resuelto. Así, las partes y el tribunal quedan vinculados a lo que se ha dispuesto en la resolución. La segunda produce efectos externos sobre otros tribunales y sobre el que lo dicta pero, para este último, en procesos distintos.¹²⁵

La cosa juzgada material produce, a su vez, dos efectos, uno positivo y otro negativo. El efecto positivo, también llamado prejudicial, impide que en un proceso posterior se resuelva de manera distinta el mismo asunto presentado por las mismas

¹²² cfr. SAP de Madrid (Sección 12ª), nº 149/2010 de 9 marzo, FJ 6 (JUR\2010\196794)

¹²³ cfr. STSJ de Madrid, Sala de lo Civil y Penal, (Sección 1ª), nº 57/2015 de 21 julio (JUR\2015\202993)

¹²⁴ cfr. STS, Sala de lo Civil (Sección 1ª), nº 307/2010 de 25 mayo (RJ\2010\3719)

¹²⁵ cfr. STS, Sala de lo Civil (Sección 1ª), nº 215/2013 de 8 abril (RJ\2009\3337)

partes. Si en un segundo pleito o proceso arbitral se planteasen varios puntos controvertidos y solamente uno de ellos tiene efecto de cosa juzgada, se entrará a conocer de todos los puntos excepto de este último. El efecto negativo o excluyente impide que haya un proceso ulterior con idéntico objeto a otro anterior. El presupuesto necesario para que se den estos efectos es la identidad de partes, de objeto y de posición de los litigantes. En la sentencia del TSJ de Madrid de 11 de julio de 2018 se alegaba la excepción de cosa juzgada porque, según la parte actora el objeto del laudo era el mismo y, como consecuencia, se producía una situación de vulneración del orden público. Sin embargo, se desestimó la pretensión porque, aunque las partes también eran las mismas, su posición no. Por tanto, al no haber cosa juzgada no había vulneración del orden público.¹²⁶

Finalmente, se ha de tener en cuenta el efecto de cosa juzgada con respecto a la renuncia de la acción y al desistimiento de la misma. La renuncia es consecuencia del principio de libertad de renuncia, por lo que tiene un efecto directo en la acción presentada. Para que sea válida tiene que ser expresa e inequívoca. Produce efecto de cosa juzgada porque se renuncia a ejercer ese derecho sobre la pretensión que se ha interpuesto ante los tribunales. Por otro lado, el desistimiento es una manifestación de disponibilidad del proceso, y supone la declaración del demandante de no continuar con el ejercicio de la acción interpuesta. La diferencia con la renuncia es que el desistimiento no afecta a la acción, por lo que en este segundo supuesto se podrá presentar el ejercicio de la misma acción en otro procedimiento.¹²⁷

La distinción entre la renuncia y el desistimiento, así como la importancia de la misma, se aprecia muy bien en la sentencia de la AP de Madrid, de 9 de marzo de 2010. La parte actora había desistido de un proceso arbitral anterior y la contraparte alegó la excepción de cosa juzgada. La AP explicó las diferencias entre desistimiento y renuncia basándose en la doctrina del TS explicada previamente y, por ello, desestimó la acción de nulidad, dado que no había excepción de cosa juzgada porque estaban ante una situación de desistimiento y no de renuncia de la acción.¹²⁸

¹²⁶ cfr. STSJ de Madrid, Sala de lo Civil y Penal (Sección 1ª), nº 1/2018 de 8 enero (AC\2018\102)

¹²⁷ cfr. STS, Sala de lo Civil (Sección 1ª), nº 214/2008 de 18 marzo (RJ\2008\4055)

¹²⁸ cfr. SAP de Madrid (Sección 12ª), nº 149/2010 de 9 marzo (JUR\2010\196794)

6. NUEVA CONCEPCIÓN DEL ORDEN PÚBLICO EN LOS CONTRATOS DE PERMUTA FINANCIERA (SWAP)

Es una máxima del arbitraje que los tribunales jurisdiccionales no puedan entrar a valorar el fondo del asunto. Sin embargo, en 2015, el TSJ de Madrid anuló un laudo correspondiente a arbitraje financiero referente a la contratación de una permuta financiera (swap) entrando a conocer el fondo del asunto. La polémica surge desde el momento en que el TSJ decidió anular el laudo en base a que la motivación del mismo resultaba arbitraria.¹²⁹

La empresa de Transportes Juan José Gil impugnó el laudo alegando dos causas de nulidad: la inexistencia del convenio arbitral, porque no había habido consentimiento para someter la controversia a arbitraje y, la vulneración del orden público por haber privado a la actora de acudir a la jurisdicción ordinaria, lo cual, según ésta, les situaba en posición de indefensión.¹³⁰

El primero de los motivos fue desestimado por considerar el tribunal que había habido consentimiento efectivo con respecto a la sumisión a arbitraje. Respecto a la vulneración del orden público, el Tribunal entró a valorar de oficio tanto la motivación como la valoración probatoria del laudo, dado que no las consideraron adecuadas por vulneración de artículo 24 CE. La Sala comienza justificando su actuación de valorar la motivación mediante la Exposición de Motivos de la LA, la cual dice que “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...”. Tomando esto como base, la Sala se apoya en jurisprudencia del TS en la que se defiende el hecho de que la intervención judicial en el arbitraje tenga carácter extraordinario cuando no se trata de funciones de asistencia, defendiendo que la acción de anulación tiene como objetivo dejar sin efecto aquello en lo que el laudo se extralimite, pero no puede corregir mediante la misma deficiencias u omisiones.¹³¹

¹²⁹ cfr. TSJ de Madrid Sala de lo Civil y Penal (Sección 1ª), nº 79/2015 de 3 noviembre (JUR\2016\203480)

¹³⁰ *ibidem*

¹³¹ cfr. STS, Sala de lo Civil (Sección 1ª), nº 429/2009 de 22 junio, FJ 6 (RJ\2009\4703) y la STC (Sala Primera), nº 9/2005 de 17 enero FJ 4 (RTC\2005\9)

Apoyándose en ese carácter extraordinario, la Sala considera que en ciertos supuestos es necesario que entre a conocer el fondo, a pesar de reconocer que, efectivamente, la acción de anulación no es una segunda instancia. Una de las excepciones a las que se refiere, y es la que interesa en el caso concreto, es la revisión de la valoración probatoria en el caso de que “fuese expresión de una motivación patentemente lesiva del derecho a la tutela judicial efectiva”.¹³² Trae a colación la doctrina del TS que afirma que la única situación en la que se puede plantear recurso extraordinario por infracción procesal por valoración errónea de la prueba es cuando ésta es arbitraria, ilógica o absurda, de forma que el del derecho a la tutela judicial efectiva queda vulnerado. El TSJ entendió que había un error en dicha valoración, puesto que la misma era ilógica.¹³³

La vulneración en este caso es del orden público *económico*, definido por el TS como “el conjunto de reglas obligatorias en las relaciones contractuales concernientes a la organización económica, las relaciones sociales y la economía interna de los contratos”.¹³⁴

Este orden público incluye el principio de buena fe en la contratación recogido por el TS en los Principios de Derecho Europeo de Contratos. El TSJ afirma que el laudo se basa en que sí había conocimiento del producto contratado por la empresa (swap) y que, además, el laudo no considera los swap como productos complejos, lo que contradice la Directiva europea sobre el Mercado de Instrumentos Financieros y la Ley de Mercado de Valores, ley 47/2007, de 19 de diciembre.¹³⁵ Este es el fundamento que utiliza la Sala para manifestar la arbitrariedad de la motivación, lo que conlleva la correspondiente infracción del orden público procesal y económico. Así, el Tribunal estima la acción de anulación porque la motivación resulta arbitraria y, por lo tanto, contraviene el artículo 24.1 CE.¹³⁶

¹³² cfr. STSJ de Madrid, Sala de lo Civil y Penal (Sección 1ª), nº 40/2014 de 24 junio FJ 7 (JUR\2014\260884)

¹³³ cfr. TSJ de Madrid, Sala de lo Civil y Penal (Sección 1ª), nº 79/2015 de 3 noviembre (JUR\2016\203480)

¹³⁴ cfr. STS, Sala de lo Civil (Sección 1ª), nº 54/2002 de 5 febrero, FJ 2 (RJ\2002\1600)

¹³⁵ Tanto la Directiva como la Ley de Mercado de Valores (LMV) consideran los swap como un contrato complejo.

¹³⁶ cfr. TSJ de Madrid, Sala de lo Civil y Penal (Sección 1ª), nº 79/2015 de 3 noviembre, FJ 3 (JUR\2016\203480)

No obstante, es necesario hacer alusión al voto particular del presidente de la Sala, D. Francisco Javier Vieira Morante. En primer lugar, recuerda que el artículo 41.2 de la LA faculta a los tribunales a conocer de oficio la vulneración del orden público; sin embargo hace hincapié en que:

“debe ser algo excepcional y que debe deducirse con absoluta claridad, para proteger los intereses superiores de nuestro ordenamiento jurídico, entre los que no se encuentra el derecho al acierto en resoluciones judiciales y, por extensión, las arbitrales”.¹³⁷

En segundo lugar, indica las competencias de los tribunales ante una acción de anulación y se centra en distinguirlas con las de un tribunal de apelación. Afirma que ante la acción de anulación no deben entrar en el fondo de las cuestiones discutidas, en la fijación de los hechos probados ni en la interpretación de las normas jurídicas aplicadas. Puede que la Sala no esté de acuerdo con la interpretación del árbitro pero eso no les faculta para impartir justicia. Señala que en estos casos el tribunal debe tener cuidado y no invadir competencias que no le corresponden.¹³⁸

En tercer y último lugar, hace referencia a la motivación del laudo. Menciona la jurisprudencia del TS, que sostiene que la vulneración de la tutela judicial efectiva por defectos en la motivación solo se produce cuando se trata de una motivación arbitraria, ilógica o absurda.¹³⁹ El TC añade a lo anterior que, para que haya realmente una vulneración del artículo 24 de la CE por defectos de motivación no vale con un mero error, sino que es necesario que se trate de un “error patente o manifiesto” o un error “inmediatamente identificable”.¹⁴⁰ D. Vieira comenta por último que, en su opinión, en el laudo impugnado no hay un error “claramente verificable” y es por ello afirma que la corrección de este tipo de errores discutibles no corresponde a los tribunales jurisdiccionales porque no son una segunda instancia. Por todo esto debería, en opinión del presidente de la Sala, desestimarse la acción.¹⁴¹

¹³⁷ cfr. TSJ de Madrid, Sala de lo Civil y Penal (Sección 1ª), nº 79/2015 de 3 noviembre, FJ 3 (JUR\2016\203480). Voto particular D. Francisco Javier Vieira Morante, segunda razón.

¹³⁸ *ibídem*. Tercera razón.

¹³⁹ cfr. Auto del TS, Sala de lo Civil (Sección 1ª), de 28 enero 2014 (RJ\2014\693); STS, Sala de lo Civil (Sección 1ª), nº 367/2010 de 7 junio (RJ\2010\5374); STS, Sala de lo Civil (Sección 1ª), nº 814/2009 de 17 diciembre (RJ\2010\862); STS, Sala de lo Civil (Sección 1ª), nº 489/2009 de 8 julio (RJ\2009\7248)

¹⁴⁰ cfr. STC (Sala Primera), nº 178/2014 de 3 noviembre, FJ 3 (RTC\2014\178)

¹⁴¹ cfr. TSJ de Madrid, Sala de lo Civil y Penal (Sección 1ª), nº 79/2015 de 3 noviembre, FJ 3 (JUR\2016\203480). Voto particular D. Francisco Javier Vieira Morante, cuarta razón.

Una vez explicada la primera sentencia surge la pregunta de qué rumbo tomaron los TSJ con respecto a entrar o no a conocer el fondo a la hora de anular un laudo. Pues bien, hay una sentencia más del 2016 que entra a conocer el fondo. El TSJ es, nuevamente, el de Madrid y los hechos presentados en el caso son idénticos. La parte actora, en este caso es Caslofran S.L, pide que se declare la nulidad de un contrato marco de operaciones financieras y de un contrato de permuta financiera (swap) firmados ambos con la entidad financiera de BBVA. Pide la anulación del laudo que se dictó a favor de dicha entidad por vulnerar el orden público económico, ya que según alega la actora, se ha interpretado y aplicado de manera incorrecta las normas de conducta recogidas en el Título VII de la Ley del Mercado de Valores. La Sala utiliza el mismo razonamiento que utilizó en la sentencia del 3 de noviembre y el presidente presenta el mismo voto particular porque, por segunda vez, el TSJ anula el laudo por entrar a valorar el fondo del mismo.¹⁴²

7. CONCLUSIONES

El orden público es un concepto jurídico indeterminado al que la doctrina no ha podido dar una definición concreta. Sin embargo, algunos TSJ sí han dado una definición, pero el TS y el TC solo se han pronunciado sobre el contenido del mismo, sin entrar en una definición propiamente dicha.

La doctrina ha distinguido dos tipos de orden público según su contenido: el procesal en caso de que vulnere el artículo 24 CE, es decir, las garantías constitucionales de la tutela judicial efectiva; y el material, relativo a cuestiones relacionadas con el fondo de la resolución, en las que se puede incluir la vulneración de los principios constitucionales de igualdad (art. 14 CE) y de jerarquía normativa y seguridad jurídica (art. 9.3 CE).

El artículo 41.1 de la LA recoge los seis motivos por los que las partes pueden impugnar un laudo. Uno de ellos es la vulneración del orden público, en cuyo estudio se

¹⁴² cfr. STSJ de Madrid, Sala de lo Civil y Penal (Sección 1ª), nº 3/2016 de 19 enero (AC\2016\1937)

centra este trabajo. Es el más amplio de todos y es muy habitual que la acción de anulación se base en ese motivo junto con cualquiera de los otros cinco.

De estos cinco motivos restantes, tres de ellos están muy relacionados con la vulneración del orden público. El primero de ellos corresponde a aquella situación en la que alguna de las partes no pueda hacer valer sus derechos (art. 41.1 b) de la LA). Así, se estaría produciendo una infracción del artículo 24 de la CE. El segundo hace referencia a aquella situación en la que los árbitros resuelven sobre cuestiones que las partes no sometieron al proceso (art. 41.1 c) de la LA). En este caso estaríamos ante una situación en la que las partes no tendrían una defensa eficaz y, nuevamente, se vulneraría el artículo 24.1 de la CE. El tercer motivo se refiere a aquella situación en la que el nombramiento de los árbitros se llevase a cabo de forma irregular o se produjera algún otro vicio a lo largo del proceso. En este último caso puede haber una vulneración del artículo 14 de la CE.

Con respecto a los otros dos motivos que recoge el artículo 41.1 de la LA, que el convenio sea inválido y el laudo sobre materias no susceptibles de arbitraje, son más complicados de relacionar con la vulneración del orden público. En estos dos supuestos, en todo caso podría llegar a haber una infracción del derecho a la igualdad del artículo 14 de la CE, en cuyo caso sí cabría alegar la contravención del orden público.

Hay ciertas materias o situaciones en las que se ha vuelto habitual el que se impugne el laudo por vulneración del orden público. Entre ellas se encuentran la infracción de los principios de audiencia, contradicción e igualdad y la falta de litisconsorcio pasivo necesario, que ponen a la parte en una situación de indefensión, en el primer caso por incumplimiento de los principios en los que se basa el proceso y, en el segundo caso, porque la parte no llamada no puede hacer valer sus derechos.

A estas podemos añadir la aclaración, el complemento y la rectificación del laudo. Hay que tener en cuenta la mayor flexibilidad del procedimiento arbitral respecto del procedimiento judicial. Con todo, las tres actuaciones tienen una limitación que, si sobrepasan, puede conducir a la anulación del laudo por vulnerar el orden público: no pueden, bajo ningún concepto, cambiar el sentido del laudo, su contenido valorativo. Así mismo, la alegación de la excepción de cosa juzgada también entra en esta

categoría, ya que si hay una identidad absoluta entre las partes del litigio, su posición en el proceso es la misma y la *causa petendi* junto con sus fundamentos coincide con la de otro proceso y, aún así, se lleva a cabo el procedimiento arbitral, habrá vulneración del laudo por excepción de cosa juzgada. Estas dos últimas materias son menos frecuentes que el resto porque acotan bastante el supuesto en el que se puede infringir el orden público y dejan menos espacio a los argumentos de las partes para tratar de cambiar lo laudado.

Otras dos de las materias en las que es recurrente el impugnar el laudo por vulneración del orden público es en materia probatoria y con respecto a la motivación del laudo. Ambos motivos están muy relacionados porque suelen utilizarse por las partes como una puerta a una especie de segunda instancia. Cuando las partes no están de acuerdo con lo laudado, en muchas ocasiones se intenta impugnar el laudo afirmando que no ha valorado bien una prueba o que la motivación del árbitro es defectuosa o insuficiente. Sin embargo, y así lo reitera la jurisprudencia, el laudo en estos casos solo se anula si ha producido una situación de indefensión al haber rechazado reiteradamente una prueba o en el caso de que la motivación sea inexistente o del todo arbitraria. Es complicado que cualquiera de estas dos situaciones se den, porque implica que el árbitro ha debido de actuar de manera negligente. En ambos casos lo que debería hacer el tribunal es entrar a valorar los motivos que han llevado al árbitro a rechazar la prueba o los argumentos que ha utilizado para llegar a dar una solución. La regla general, recogida en la exposición de motivos de la LA y en el artículo 7 de la misma ley, es que los tribunales deben respetar el principio de intervención mínima. Además, la jurisprudencia es firme en que no es competencia de los tribunales el entrar a valorar los motivos del árbitro. Es irrelevante si están o no de acuerdo con lo laudado pero no pueden, por regla general, valorar el fondo, que es lo que se pretende en la mayoría de los casos con la impugnación del laudo por una de estas dos razones.

El TSJ de Madrid en 2015 sentó la excepción a esta regla general dentro del ámbito del arbitraje financiero, anulando un laudo basándose en la motivación que, según el tribunal, era arbitraria. El TSJ anuló ambos laudos realizando una nueva interpretación de la regla general, y es que efectivamente, la jurisprudencia defiende que en el caso de que decidan entrar a valorar el fondo ha de ser algo excepcional. Y así fue. Consideró que la motivación, tras evaluar el procedimiento arbitral y los argumentos, era arbitraria.

Hasta este momento ningún tribunal consideró que la situación en la que se le presentaba una acción de anulación fuera una situación tan excepcional como para entrar en el fondo de la valoración. El TSJ de Madrid supo cómo argumentar la necesidad de llevar a cabo esta conducta y, un año después, en 2016, repitió la misma actuación en un caso similar.

No se sabe qué rumbo tomará a partir de aquí el arbitraje financiero, pero ya hay dos sentencias totalmente innovadoras que han marcado el camino a seguir en caso de que algún otro TSJ considere que la situación que se le plantea se pueda considerar lo suficientemente extraordinaria como para entrar a valorar el fondo del laudo.

8. FUENTES DE INVESTIGACIÓN

8.1 Legislación

- Código Civil aprobado por Real Decreto de 24 de julio de 1889 (BOE de 25 de julio de 1889)
- Constitución Española de 1978 (BOE de 29 de diciembre de 1978)
- Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos (BOE de 25 de noviembre de 1994)
- Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (BOE de 8 de enero de 2000)
- Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje (BOE de 26 de diciembre de 2003)

8.2 Jurisprudencia

- Tribunal Supremo
 - STS, Sala de lo Civil, nº 93/1999 de 13 febrero (RJ\1999\1237)
 - STS, Sala de lo Civil (Sección 1ª), nº 54/2002 de 5 febrero, FJ 2 (RJ\2002\1600)
 - STS, Sala de lo Civil, nº 64/2003, de 6 febrero (RJ\2003\850)
 - STS, Sala de lo Civil (Sección 1ª), nº 214/2008 de 18 marzo (RJ\2008\4055)
 - STS, Sala de lo Civil (Sección 1ª), nº 623/2008 de 8 julio (RJ\2008\3350)
 - STS, Sala de lo Civil (Sección 1ª), nº 429/2009 de 22 junio, FJ 6 (RJ\2009\4703)
 - STS, Sala de lo Civil (Sección 1ª), nº 489/2009 de 8 julio (RJ\2009\7248)
 - STS, Sala de lo Civil (Sección 1ª), nº 814/2009 de 17 diciembre (RJ\2010\862)
 - STS, Sala de lo Civil (Sección 1ª), nº 266/2010 de 4 mayo FJ 3 (RJ\2010\4365)
 - STS, Sala de lo Civil (Sección 1ª), nº 307/2010 de 25 mayo (RJ\2010\3719)
 - STS, Sala de lo Civil (Sección 1ª), nº 367/2010 de 7 junio (RJ\2010\5374)
 - STS, Sala de lo Civil (Sección 1ª), nº 76/2011 de 1 marzo, FJ 2 (RJ\2011\2615)
 - STS Sala de lo Civil (Sección 1ª), nº 697/2013 de 15 enero, FJ 8 (RJ\2014\1264)
 - STS, Sala de lo Civil (Sección 1ª), nº 20/2013 de 31 enero (RJ\2013\1837)
 - STS, Sala de lo Civil (Sección 1ª), nº 215/2013 de 8 abril (RJ\2009\3337)
 - Auto del TS, Sala de lo Civil (Sección 1ª), de 28 enero 2014 (RJ\2014\693)
 - STS, Sala de lo Civil (Sección 1ª), nº 394/2015 de 3 julio (RJ\2015\2560)
 - STS, Sala de lo Civil (Sección 1ª), nº 137/2018 de 13 marzo (JUR\2018\80825)

- Tribunal Constitucional
 - STC Sala Primera, nº 77/1986 de 12 junio (RTC\1986\77)
 - STC nº35/1989 de 14 febrero (RTC\1989\35)
 - STC nº 54/1989 de 23 febrero (RTC\1989\54)
 - STC Sala Primera, nº 317/1993 de 25 octubre (RTC\1993\317)
 - STC nº 61/1994 de 28 febrero (RTC\1994\61)
 - STC nº 67/1999 de 26 abril (RTC\1999\67)
 - STC Sala Primera, nº 219/1999, de 28 de noviembre (RTC\1999\219)
 - STC nº 210/1999 de 29 noviembre (RTC\1999\210)
 - STC nº114/2000 de 5 mayo, FJ 2 (RTC\2000\114)
 - STC nº 185/2001 de 17 septiembre (RTC\2001\185)
 - STC nº 237/2001 de 18 diciembre, FJ 5 (RTC\2001\237).
 - STC (Sala Primera), nº 9/2005 de 17 enero FJ 4 (RTC\2005\9)
 - STC nº 55/2003 de 24 marzo, FJ 4 (RTC\2003\55)
 - STC nº 105/2006 de 3 abril, FJ 5 (RTC\2006\105)
 - STC nº 223/2007 de 22 octubre (RTC\2007\223)
 - STC Sala Primera, nº 92/2008 de 21 julio, FJ 6 (RTC\2008\92)
 - STC nº 166/2008, de 15 de diciembre (RTC\2008\166)
 - STC (Sala Segunda) nº185/2008 de 22 diciembre (RTC\2008\185)
 - STC nº 157/2009 de 29 junio (RTC\2009\157)
 - STC nº 196/2009, de 28 de septiembre (RTC\2009\196)
 - STC nº 123/2010 de 29 noviembre (RTC\2010\123)
 - STC (Sala Segunda), nº 25/2011 de 14 marzo, FJ 7 (RTC\2011\25).
 - STC (Sala Primera) nº 123/2011 de 14 julio, FJ 3 (RTC\2011\123)
 - STC Sala Segunda, nº 126/2011 de 18 julio, FJ 3 (RTC\2011\126)
 - STC Sala Primera, nº 178/2014 de 3 noviembre, FJ 3 (RTC\2014\178)
 - STC (Sala Segunda), nº 39/2015 de 2 marzo (RTC\2015\39)
 - STC (Sala Segunda), nº16/2016 de 1 febrero, FJ 5 (RTC\2016\16)

- Tribunal Superior de Justicia de Madrid
 - STSJ de Madrid, Sala de lo Civil y Penal (sección 1ª), nº 19/2012 de 23 mayo, FJ 1 (JUR\2012\227792) entre otras.
 - STSJ de Madrid, Sala de lo Civil y Penal (Sección 1ª), nº 52/2013 de 8 julio (JUR\2013\285740)

- STSJ de Madrid, Sala de lo Civil y Penal (Sección 1ª), nº 40/2014 de 24 junio FJ 7 (JUR\2014\260884)
- STSJ de Madrid, Sala de lo Civil y Penal (Sección 1ª), nº 56/2014 de 3 noviembre (AC\2015\1564)
- STSJ de Madrid, Sala de lo Civil y Penal (Sección 1ª), nº 33/2015 de 21 abril (JUR\2015\136624)
- STSJ de Madrid, Sala de lo Civil y Penal, (Sección 1ª), nº 57/2015 de 21 julio (JUR\2015\202993)
- STSJ de Madrid, Sala de lo Civil y Penal (Sección 1ª), nº 79/2015 de 3 noviembre (JUR\2016\203480)
- STSJ de Madrid, Sala de lo Civil y Penal (Sección 1ª), nº 3/2016 de 19 enero (AC\2016\1937)
- STSJ de Madrid, Sala de lo Civil y Penal (Sección 1ª), nº 15/2016 de 9 febrero (AC\2016\533)
- STSJ de Madrid, Sala de lo Civil y Penal (Sección 1ª), nº 13/2016 de 9 febrero (AC\2016\531)
- STSJ de Madrid, Sala de lo Civil y Penal (Sección 1ª), nº 17/2016 de 10 febrero (JUR\2016\79067).
- STSJ de Madrid, Sala de lo Civil y Penal (Sección 1ª), nº 41/2016 de 17 mayo (JUR\2016\170472)
- STSJ de Madrid, Sala de lo Civil y Penal (Sección 1ª), nº 43/2016 de 18 mayo (JUR\2016\170563)
- STSJ de Madrid, Sala de lo Civil y Penal (Sección 1ª), nº 55/2016 de 19 julio, FJ 3 (JUR\2016\209874)
- STSJ de Madrid, Sala de lo Civil y Penal (Sección 1ª), nº 57/2016 de 27 septiembre (JUR\2016\231854)
- STSJ de Madrid, Sala de lo Civil y Penal (Sección 1ª), nº 62/2016 de 11 octubre (AC\2016\1747)
- STSJ de Madrid, Sala de lo Civil y Penal (Sección 1ª), nº 5/2017 de 18 de enero (AC\2017\224)
- STSJ de Madrid, sala de lo Civil y Penal (Sección 1ª), nº 6/2017 de 24 de enero, FJ 1 (AC\2017\445)
- STSJ de Madrid, Sala de lo Civil y Penal (Sección 1ª), nº 25/2017 de 4 abril (AC\2017\726)

- STSJ de Madrid, Sala de lo Civil y Penal (Sección 1ª), nº 33/2017 de 4 mayo, FJ 6 (AC\2017\563)
 - STSJ de Madrid, Sala de lo Civil y Penal (Sección 1ª), nº 41/2017 de 6 junio (AC\2017\1483)
 - STSJ de Madrid, Sala de lo Civil y Penal (Sección 1ª), nº 53/2017 de 26 septiembre (AC\2017\1148)
 - STSJ de Madrid, Sala de lo Civil y Penal, (Sección 1ª), nº 62/2017 de 7 noviembre (AC\2017\1634)
 - STSJ de Madrid, Sala de lo Civil y Penal, (Sección 1ª), nº 63/2017 de 28 noviembre (AC\2017\1703)
 - STSJ de Madrid, Sala de lo Civil y Penal, (Sección 1ª), nº 65/2017 de 13 diciembre (AC\2017\1911)
 - STSJ de Madrid, Sala de lo Civil y Penal (Sección 1ª), nº 1/2018 de 8 enero (JUR\2018\62602)
- Tribunal superior de justicia de Cataluña
 - STSJ de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal (Sección 1ª), nº 27/2012 de 2 abril (RJ\2013\6368)
 - STSJ de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal (Sección 1ª), nº 40/2014 de 16 junio (RJ\2014\4201)
 - STSJ de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal (Sección 1ª), nº 51/2015 de 6 julio (RJ\2015\4449)
 - STSJ de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal (Sección 1ª), nº 53/2015 de 9 de julio (RJ\2015\4450)
 - STSJ de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal (Sección 1ª), nº 61/2015 de 27 julio (RJ\2015\4635)
 - STSJ de Cataluña Sala de lo Civil y Penal (Sección 1ª), nº 76/2015 de 2 noviembre (RJ\2015\6355)
 - STSJ de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal (Sección 1ª), nº 92/2016 de 14 de noviembre (RJ\2016\6131)
 - STSJ de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal (Sección 1ª), nº 102/2016 de 19 diciembre (RJ\2016\6638)
 - STSJ de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal (Sección 1ª), nº 55/2017 de 20 noviembre (RJ\2017\6079)

- STSJ de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal (Sección 1ª) de 22 enero 2018 (JUR\2018\8023)
- Tribunal Superior de Justicia de Cantabria
 - STSJ de Cantabria, Sala de lo Civil y Penal, nº 4/2013 de 23 septiembre (AC\2013\1864)
- Tribunal Superior de Justicia del País Vasco
 - STSJ del País Vasco, Sala de lo Civil y Penal (Sección 1ª), nº 14/2015 de 2 diciembre (RJ\2015\6370)
 - STSJ del País Vasco, Sala de lo Civil y Penal (Sección 1ª), nº 6/2016 de 6 julio (JUR\2016\160139)
- Tribunal Superior de Justicia de Asturias
 - STSJ de Asturias, Sala de lo Civil y Penal (Sección 1ª), nº 1/2014 de 15 enero (JUR\2015\59901)
 - STSJ de Asturias, Sala de lo Civil y Penal (Sección 1ª), nº 3/2017 de 25 abril, FJ 3 (AC\2017\481)
- Tribunal Superior de Justicia de las Islas Canarias
 - STSJ de las Islas Canarias, Las Palmas, Sala de lo Civil y Penal (Sección 1ª), nº 1/2013 de 26 febrero (AC\2013\1711)
 - STSJ de Islas Canarias, Las Palmas, Sala de lo Civil y Penal, (Sección 1ª), nº 1/2016 de 3 marzo (AC\2016\542)
- Tribunal Superior de Justicia de Andalucía
 - STSJ de Andalucía, Sala Civil y Penal (Sección 1ª), de 12 de septiembre de 2017 (JUR\2018\40628)
- Audiencia Provincial de Madrid
 - SAP de Madrid (Sección 12ª), nº 149/2010 de 9 marzo (JUR\2010\196794)
 - SAP de Madrid (Sección 10ª), nº 410/2010 de 30 septiembre (JUR\2011\24596)
 - SAP de Madrid (Sección 14ª), nº 40/2011 de 15 febrero (JUR\2011\160158)

- SAP de Madrid (Sección 14ª) nº 187/2011 de 1 abril (JUR\2011\227685)
- Audiencia Provincial de Guipúzcoa
 - SAP de Guipúzcoa (Sección 3ª), nº 259/2009 de 6 octubre (JUR\2010\408918)
- Audiencia Provincial de Córdoba
 - SAP de Córdoba (Sección 1ª), nº 365/2014 de 10 septiembre (JUR\2014\281357)
- Audiencia Provincial de Sevilla
 - SAP de Sevilla (Sección 5ª), nº 377/2007 de 12 septiembre (JUR\2008\379548)

8.3 Obras doctrinales:

- Álvarez Sánchez de Movellán, P. *La anulación del laudo arbitral. El proceso arbitral y su imputación*. Comares, Granada, 1996.
- Barona Vilar, S. “Artículo 41. VII Laudo contrario al orden público”, Barona Vilar, S. (coord.), *Comentarios a la ley de arbitraje*, Aranzadi SA, Pamplona, 2011, pp. 1659 – 1761.
- González – Montes Sánchez, J.L, “La acción de anulación del laudo en el proceso español de arbitraje (ley 60/2003, de 23 de diciembre)”, González – Montes Sánchez, J.L (coord.), *Estudios sobre el arbitraje: los temas claves*, La Ley, Madrid, 2008, pp. 223 – 450.
- Hinojosa Segovia, R. *El recurso de anulación contra los laudos arbitrales (estudio jurisprudencial)*, Edersa, Madrid, 1991.
- Lorca Navarrete, A.M. *Tratado de derecho de arbitraje II*, Instituto Vasco Derecho Procesal, San Sebastián, 2001
- Navarro Mendizábal, I, *Derecho de obligaciones y contratos*, Aranzadi SA, Pamplona, 2013
- Xiol Ríos, J.A. “Artículo 41. Motivos”, González – Bueno, C. (coord.), *Comentarios a la ley de arbitraje*, Consejo General del Notariado, España, 2014, pp.805 – 841
- Remón, J. “La anulación del laudo: el marco general, el pacto de exclusión y el orden público”. *Revista del Club Español de Arbitraje*, 2008, p. 6 (disponible en

<http://www.uria.com/documentos/publicaciones/1900/documento/061laudoUM.pdf?id=1942>; última consulta 12/02/2018)

- Grijelmo Mintegui, G. “La acción de anulación del laudo arbitral, análisis de motivos”, *Revista Jurídica, arbitraje, mediación y otros sistemas de resolución extrajudicial de conflictos*, 2014, p.3 (disponible en http://www.barrilero.com/wp-content/uploads/2014/05/La_accion_de_anulacion_del_laudo_arbitral_analisis_de_los_motivos.pdf; última consulta 18/02/2018)
- Melide Valle, O., “Laudo arbitral debe respetar principio de congruencia”, *Ámbito jurídico*, 2012 (disponible en <https://www.ambitojuridico.com/noticias/mercantil-propiedad-intelectual-y-arbitraje/laudo-arbitral-debe-respetar-principio-de>; última consulta 6/03/2018)