

Anulación de laudos arbitrales: el orden público baila en un nuevo escenario en el TSJ de Madrid

Evelyn VEGA BARRERA

Abogada

Diario La Ley, Nº 9041, Sección Tribuna, 14 de Septiembre de 2017, Editorial Wolters Kluwer

LA LEY 11013/2017

I. Introducción

A través del proceso de anulación de un laudo la jurisdicción ordinaria puede controlar los aspectos formales del laudo, como, por ejemplo, las que derivan de la naturaleza contractual del convenio arbitral o la designación de los árbitros, hasta aquellas que producen efectos procesales, como la vulneración de normas procesales, resolución de cuestiones no susceptibles de arbitraje, la conformidad del arbitraje con el orden público y los derechos de defensa de las partes. Así, en caso de advertir alguna infracción, procedería a decretarse la anulación del laudo, total o parcial.

No estamos frente a un recurso ni ordinario ni extraordinario, a pesar de que esa haya sido la antigua nomenclatura que se utilizó hasta el 10 de junio de 2011, día de la entrada en vigor de la reforma de la L.A operada por la **Ley 11/2011 (LA LEY 10411/2011)** (1) . La diferencia esencial entre la acción de anulación y los recursos es que con aquella no se pretende un nuevo examen de elementos fácticos o jurídicos en la resolución; no se trata de obtener una revisión de fondo del laudo puesto que ésta no es su naturaleza (2) .

La finalidad de la anulación es únicamente realizar un control *a posteriori* de todo el procedimiento de arbitraje, abarcando dicho control la sumisión de las partes a arbitraje a través del convenio arbitral, pasando por la designación y formación del órgano arbitral, la notificación de su designación, además del control de la actuación arbitral cumpliendo los límites a las normas imperativas, las materias susceptibles de ser sometidas a dicha institución, para finalmente controlar si el laudo puede llegar a ser contrario al orden público y sin que esta última posibilidad permita un control de fondo del laudo dictado, ni la aplicación del Derecho que el árbitro haya realizado (3) .

Así lo ha manifestado la jurisprudencia nacional «la finalidad última del arbitraje, que no es otra que la de alcanzar la pronta solución extrajudicial de un conflicto, se vería inevitablemente desnaturalizada ante la eventualidad de que la decisión arbitral pudiera ser objeto de revisión en cuanto al fondo» (4) . Y en el mismo sentido el **Tribunal de Justicia de la Unión Europea** en el asunto C-168/05 Mostaza Claro (LA LEY 112437/2006) (5) declaró que las exigencias relativas a la eficacia del procedimiento arbitral justifican que «el control de los laudos arbitrales tenga carácter limitado y que solo pueda obtenerse la anulación de un laudo en casos excepcionales» (6) .

II. El orden público como motivo de anulación de un laudo

En la normativa sustantiva no existe ley alguna en la que se pueda encontrar una definición de orden público, dejando a salvo lo dispuesto en el Art. 1255 CC (LA LEY 1/1889) como límite a la autonomía contractual. Sin embargo, han sido la doctrina y la jurisprudencia las que han dibujado esta figura y sus límites de manera exhaustiva (7) .

Si bien el concepto de orden público tiene dimensiones y significados diversos en función del ámbito al que se destine, aquí nos vamos a centrar exclusivamente en su aplicación como motivo de anulación de un laudo [art. 41.1 numeral f) de la L.A (LA LEY 1961/2003)].

Siguiendo a la doctrina, el **orden público procesal** abarca las reglas rectoras del debido proceso, en concreto el derecho de las partes a ser debidamente llamadas al arbitraje, la igualdad en el trato, el derecho a ser oído, la prohibición de parcialidad y la falta de independencia, fraude o corrupción por parte de los árbitros (8) .

Se está refiriendo a aquellos supuestos en los cuales, durante el proceso arbitral, se hayan vulnerado los principios de contradicción, defensa (9) e igualdad de oportunidades entre las partes (10) .

En cuanto al **orden público material**, éste se ve conculado cuando se infringen los principios políticos, económicos y sociales, es decir los valores consagrados que conforman las bases intangibles de un estado en un determinado momento. Dentro de este concepto puede incluirse a título de ejemplo, el deber de actuar de buena fe, la prohibición de abuso de derecho, prohibición de discriminación o la prohibición de expropiación sin un debido proceso.

Desde la aprobación de la **Ley de Arbitraje de 1988 (LA LEY 2257/1988)** (11) , las Audiencias Provinciales se han pronunciado sobre la delimitación del concepto de orden público en el contexto del proceso arbitral, principalmente en base a estos tres ejes:

a) No puede pretenderse al alegar este motivo, que se convierta en una puerta abierta, cajón de sastre o cláusula de escape (12) para sustituir el criterio del árbitro por el de los jueces, ni de un control por éstos de la justicia o equidad intrínsecas de la decisión, cuando ésta no afecta a ese orden público (13) .

b) Si se permitiera la sustitución de la decisión arbitral por la judicial se estaría convirtiendo a la anulación en algo semejante a un recurso de apelación, que transfiere al órgano superior la competencia para conocer de la controversia en consonancia con los principios de congruencia y prohibición de la *reformatio in peius* (14) . No pudiendo, por tanto, los tribunales ir más allá de los motivos tasados legalmente, puesto que las partes voluntariamente sometieron la controversia a la decisión de un tercero que no forma parte del poder judicial (15) .

c) La anulación solo puede referirse a errores *in procedendo*, y no a revisar la aplicación del derecho sustantivo por los árbitros, es decir sólo en función de la inobservancia de las garantías de la instancia arbitral. (16) En varias resoluciones, se ha considerado que el orden público no autoriza a entrar a conocer el fondo del tema discutido en el arbitraje; sino tan solo el cumplimiento externo de las normas constitucionales sobre asistencia, audiencia, bilateralidad y derecho a la práctica de la prueba, sin que el juicio revisorio pueda extenderse más allá, y mucho menos entrar en la mayor o menor bondad de los razonamientos jurídicos del laudo (17) .

La Audiencia Provincial de Madrid ya desde el año 2000 ha señalado: «Si por orden público se entiende el conjunto de principios jurídicos públicos, privados, políticos, morales y económicos, que son absolutamente obligatorios para la conservación de la sociedad en un pueblo y en una época determinada, y desde el punto de vista procesal, el orden público se configura como el conjunto de formalidades y principios necesarios de nuestro ordenamiento jurídico procesal, sólo el arbitraje que contradiga alguno o algunos de tales principios podrá ser tachado de nulo por vulneración del orden público» (18) .

Y en otra Sentencia de la misma Audiencia del año 2001 (19) por la que se estima la anulación de uno de los pronunciamientos del laudo arbitral, antes de resolver sobre el motivo alegado se precisa el concepto de orden público de la Ley de Arbitraje vigente en ese entonces y, reseñando a la STC de 15 de abril de 1986 (LA LEY 10942-JF/0000) (20) , establece que: «el concepto de orden público ha de ser interpretado a la luz de los principios recogidos en la Constitución, por lo que el laudo será

atentatorio contra el orden público cuando conculque alguno de los derechos fundamentales de nuestra Constitución, garantizados a través de lo dispuesto en el art. 24».

Así pues, la jurisprudencia ha señalado que se conculca la vertiente procesal del orden público por la ausencia de motivación e incongruencia interna del laudo y su vertiente material por infracción de normas legales imperativas.

III. La novedosa línea de interpretación del concepto de orden público en el TSJ de Madrid

Actualizando la interpretación de orden público, la **Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Madrid** viene señalando en varias resoluciones (21) (Sentencias más recientes de 18 de enero de 2017 (LA LEY 8877/2017) (22) , 15 de junio de 2016 (LA LEY 116535/2016) (23) , 9 de febrero de 2016 (LA LEY 27203/2016) (24) , 19 de enero de 2016 (LA LEY 186576/2016) (25)), qué debe entenderse por orden público:

«por orden público han de estimarse aquel conjunto de principios, normas rectoras generales y derechos fundamentales constitucionalizados en el Ordenamiento Jurídico español, siendo sus normas jurídicas básicas e inderogables por la voluntad de las partes, tanto en lo social como en lo económico (STC 54/1989, de 23-2 (LA LEY 620/1989)), y por ende, a los efectos previstos en el citado artículo, 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 art. 24 (LA LEY 2500/1978)de la misma, incluyendo la arbitrariedad patente referida en el art. 9.3 de la Constitución (LA LEY 2500/1978), 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 ...»

Por lo tanto, el orden público puede ser definido, en sentido amplio, como el conjunto de principios que inspiran un ordenamiento jurídico y que evidencian los valores esenciales de una sociedad en un momento dado (26) .

Así el orden público tiene dos vertientes, la positiva, que permite para su regulación el empleo de normas sustantivas nacionales de carácter imperativo; y en su aspecto negativo, se utiliza como un mecanismo de protección frente a una norma de conflicto (art. 12.3.º CC (LA LEY 1/1889)), en cuanto a reconocimiento de resoluciones o **laudos extranjeros**, impidiendo su eficacia en el foto cuando sean manifiestamente contrarios al mismo.

La infracción de una norma jurídica, aun siendo una norma de contenido imperativo, no puede entenderse sin más como infracción del orden público. Lo trascendental será pues, que se haya producido una contravención cuando el árbitro haya dictado un laudo con evidente vulneración de los derechos fundamentales, de conformidad con la normativa procedural aplicable según la L.A y la Constitución Española (en adelante C.E).

«No es que toda inaplicación de norma de obligado cumplimiento constituya una infracción del orden público, sino que la infracción de una norma imperativa, cuando afecta a derechos constitucionales o principios básicos de la convivencia social, afecta directamente al orden público cuya protección está especialmente potenciada en el ámbito del arbitraje a través de la incorporación de una causa específica de anulación del laudo arbitral» (STSJ Madrid 6 de abril de 2015 (LA LEY 39614/2015)) (27) .

«No se puede confundir vulneración del orden público con posible vulneración de normas imperativas. Toda vulneración del orden público implica vulneración de una norma imperativa, pero no toda vulneración de norma imperativa, se si produjera, comporta la vulneración del orden público [...]. Y si no toda vulneración del orden público (declarada y apreciada) de una norma cabe encuadrarla dentro de la vulneración del orden público, tanto menos es posible ese encuadre cuando lo que se discute o

alega es la interpretación de una norma de una forma diferente entre la hecha por la parte y la realizada por el árbitro» (STSJ Madrid 21 de abril de 2015 (LA LEY 55248/2015)) (28) .

Las sentencias referidas, en plena conformidad con el **art. 41** de la L.A (LA LEY 1961/2003), reconocen que la acción de anulación tiene su base en motivos tasados. La Exposición de Motivos de la L.A señala «(...) 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 (...)».

Sin embargo, esto no significa que, los motivos tasados de anulación sean únicamente motivos formales y nunca puedan ser motivos sustantivos para revisar la decisión de los árbitros. La elección de unos u otros irá en función de los pedimentos en que se base la acción de anulación planteada. Lo que sí debe considerarse, es la excepcionalidad del análisis por parte del órgano judicial de los razonamientos jurídicos en los que se fundamenta el laudo.

Así, el orden público sigue siendo el único límite a la autonomía que deben gozar los árbitros al interpretar y aplicar el Derecho. En caso contrario, si los laudos vulneran esa limitación, los jueces pueden y deben (de oficio) revisar la decisión de los árbitros por expreso mandato legal (art 41.2 LA (LA LEY 1961/2003)). De otro modo, las partes quedarían indefensas ante los excesos o abusos de las decisiones arbitrales.

1. Aplicación del concepto de orden público

La anulación de un laudo arbitral por **vulneración del orden público** ha sido uno de los motivos más polémicos, dado que estamos frente a un concepto jurídico indeterminado, como hemos dicho, perfilado y construido por el acervo jurisprudencial en la materia.

Tal y como los tribunales han advertido, existe el riesgo de ampliar la frontera en demasía, de modo que la acción de anulación basándose en este motivo, se convierta en una excusa o pretexto para que en vía judicial se reexamine las cuestiones debatidas en el procedimiento arbitral (29) .

La línea de decisión adoptada por las Audiencias Provinciales, entonces competentes, fue casi uniforme para la estimación de la anulación de un laudo arbitral por vulneración del orden público: por vulneración de los principios de audiencia, contradicción e igualdad (igualdad procesal, derecho a alegar o exponer, a proponer y practicar prueba (30)); cuando un laudo afectaba a un tercero que no pudo defenderse a lo largo del proceso, o en caso del informe pericial acordado después de la vista e inaudita parte (31) . Asimismo en el supuesto de pruebas ilícitas conseguidas violentando derechos y libertades fundamentales (32) ; la falta de motivación del laudo, que provoca una evidente indefensión a la parte y supone una actitud arbitraria de quien tomó decisiones al solucionar la controversia, sin llegar a justificar jurídicamente o en equidad las mismas.

A partir de la reforma de la L.A, en la que los Tribunales Superiores de Justicia asumieron la competencia en esta materia, no han sido pocas las resoluciones que han declarado la nulidad de laudos con fundamento en la vulneración del orden público. La *ratio decidendi* ha sido, entre otras, la falta de imparcialidad e independencia del árbitro (33) , falta de motivación del laudo (34) , ausencia del derecho de defensa para alegar y proponer prueba en el procedimiento arbitral (35) .

Sin embargo, en los últimos dos años, la Sala de lo Civil del TSJ de Madrid ha ampliado las barreras del **concepto de orden público**. Dando apertura de esta forma, a una puerta desconocida o vedada hasta entonces, para que los laudos arbitrales puedan revisarse de fondo en sede judicial.

Con ello, a juicio de algunos profesionales expertos en la materia (36) , ha quedado desvirtuada la finalidad misma del arbitraje, que es, la exclusión de la jurisdicción ordinaria por voluntad de las partes y el respeto a la fuerza vinculante de la decisión arbitral.

La **Sentencia de 28 de enero de 2015 (LA LEY 13315/2015)** (37) dictada por la Sala de lo Civil del TSJ de Madrid, ha generado una lluvia de críticas y un amplio debate en el ámbito del

arbitraje (38) , convirtiéndose en «**la sentencia de la discordia**», al tratarse de una sentencia pionera en relación a una doctrina que era, hasta ese entonces, más restrictiva o pacífica si se quiere.

En la misma línea de argumentación (siendo el supuesto de hecho casi idéntico (39)) se pronunciaron las posteriores Sentencias de 6 de abril (LA LEY 39614/2015), 14 de abril (LA LEY 55247/2015), 23 de octubre (LA LEY 186223/2015), 17 de noviembre de 2015 (LA LEY 196474/2015), 19 de enero de 2016, con los interesantes votos particulares en algunas de ellas (40)

La interpretación in extenso que hace la Sala, amplía el concepto de orden público a la idea o existencia de un «**orden público económico**», que se relaciona con el principio de buena fe en la contratación y es del siguiente tenor literal, así:

«el orden público susceptible de protección ex art. 41.1.f) LA (LA LEY 1961/2003)comprende tanto la tutela de los derechos y libertades fundamentales reconocidos en el Capítulo II del Título I de la Constitución, como, por imperativo incluso del Derecho de la Unión Europea, lo que se ha dado en llamar "**orden público económico**", en el que se incluyen ciertas reglas básicas y principios irrenunciables de la contratación en supuestos de especial gravedad o singularmente necesitados de protección» (41) .

Se pone de manifiesto que, dentro del círculo que abarca el orden público debe incluirse el orden público económico el cual, «se prevé en normas imperativas y en principios básicos de inexcusable observancia en supuestos necesitados de especial protección». Para ejemplificar cuáles son esas normas imperativas se ha dicho que las que regulan la libre circulación dentro de la Unión Europea, como el **principio de libre competencia**.

En dichas sentencias, como principio modelo que integra el orden público económico, se enuncia el principio general de la **buena fe en la contratación**, cuya observancia, a juicio de la Sala, es especialmente inexcusable cuando se produce una situación de desequilibrio, desproporción o asimetría entre las partes contratantes, bien por la cualidad de consumidora de una de éstas, bien, por razón de la complejidad del producto que se contrata y del dispar conocimiento que de él tienen los respectivos contratantes.

Sin embargo, el invocar la buena fe en la contratación presenta el inconveniente de que no se trata de un principio indisponible, sino que precisa que por normas sustantivas, se concrete en una serie de estándares normativos que la sociedad considera como necesarios, aunque no hayan sido establecidos en el contrato.

Justamente los laudos han sido anulados por inaplicación de esas **normas imperativas**, tanto nacionales como comunitarias (42) que conforman el «orden público económico», en sí orden público en su vertiente material. Se trata de normativa ineludible para garantizar el principio de contratación de buena fe en las relaciones desiguales entre las entidades financieras, quienes les ofrecen/sugieren/persuaden a suscribir **productos financieros** a los **clientes inversores minoristas**, de los cuales muy pocos sabían lo que les estaban recomendando y casi nadie lo que estaban contratando.

En este punto, es importante destacar que en el supuesto de hecho de las sentencias comentadas: no estamos ante un convenio arbitral libremente pactado por las partes en igualdad de condiciones y con la misma capacidad negociadora, sino que nos encontramos con que la suscripción de dichos productos financieros requiere que previamente se firme un **contrato de adhesión «CMOF»** (Contrato Marco de Operaciones Financieras) mediante el cual la entidad financiera entre las tantas cláusulas, incluye la del convenio arbitral. La mayoría de clientes, por no decir casi todos, creen que están firmando un formulario más, sin gran trascendencia y desconocen que expresamente están aceptando someter la resolución de las controversias a arbitraje.

Por tanto, el concepto de orden público no se agota con la protección de los derechos y libertades fundamentales, ni abarca sólo un **orden público procesal** o formal, sino que engloba también un **orden público material** o sustantivo, un **orden público constitucional** e, incluso un **orden público comunitario o europeo** (43) .

2. Los votos particulares del Presidente de la Sala del TSJ de Madrid

El Presidente de la Sala, D. Francisco Javier Vieira Morante, en sus **votos particulares** (44) (de conformidad a lo dispuesto en el art. 60 LOPJ (LA LEY 1694/1985)) con una extensa argumentación, ha explicado las razones por las que difiere del parecer mayoritario de la Sala.

Primero, considera que la Sala con esas decisiones, se está extralimitando de las funciones que le corresponden como conocedora de la **acción de anulación** del laudo arbitral.

A su vez, realiza una distinción al delimitar las facultades de la Sala como conocedora de la acción de anulación, para no confundirlas con las propias de un tribunal de apelación, y puntualiza que «la acción de anulación del laudo no permite el reexamen de las cuestiones de fondo debatidas en el procedimiento arbitral».

De igual forma, pone de manifiesto que, tanto el debate sobre el contenido de las pruebas practicadas en el proceso arbitral, sobre la eficacia probatoria de las mismas, sobre su fuerza acreditativa, está, en principio, vedado al Tribunal. Así como la selección de la norma jurídica aplicable, su interpretación y subsunción en ella de los hechos probados, es una facultad que le corresponde al árbitro o colegio arbitral designado por las partes y al que «han encomendado, en virtud de su autonomía de la voluntad, la decisión de su controversia, con exclusión de los Tribunales de Justicia ordinarios».

Asimismo, advierte de la **extrema cautela** con la que se debería apreciar la vulneración del orden público, para evitar invadir competencias que no han sido atribuidas a la Sala de lo Civil del TSJ, aunque la postura final del laudo sea incluso contraria, injusta o discrepe con la jurisprudencia del Tribunal Supremo en la materia.

Añade que, no es razón suficiente para impartir justicia «pues lo impide la decisión de las partes de excluir la intervención de los Tribunales de justicia en la resolución de sus controversias». El Presidente recalca que la Sala no puede ni debe entrar a valorar o corregir «cualesquiera errores de apreciación fáctica o desviaciones de la legalidad ordinaria en los que pudiera haber incurrido el laudo, puesto que no ejerce funciones de tribunal de segunda instancia» (45) .

En definitiva, para el magistrado, en la mayoría de sentencias a las que nos hemos referido, la decisión arbitral que se intenta anular en ningún caso, podría tildarse de arbitraria ni errónea, a pesar de discrepar de su contenido, de que se apartase de la doctrina finalmente asumida por la Sala Primera del Tribunal Supremo en enero de 2014 (46) en cuanto llega a unas conclusiones que, durante bastante tiempo, fueron asumidas en varias resoluciones judiciales, citadas en el mismo laudo, incluso «no puede equipararse valoración errónea o inadecuada con valoración irracional».

Por tanto, sólo si hubiese sido una decisión arbitraria, ilógica, absurda e irracional que vulnere la **tutela judicial efectiva** (en consonancia con la extensa jurisprudencia consolidada del TS y del TC que cita), cabría declarar la nulidad de un laudo arbitral y como no es el caso, entiende que el fallo, en las sentencias en las que emitió su **voto particular**, debía ser desestimatorio.

IV. Conclusión

La jurisprudencia mayoritaria sigue entendiendo que un laudo puede ser contrario al orden público cuando se produce la vulneración de los Derechos Fundamentales y las Libertades Públicas garantizadas en la Constitución Española. Derechos y libertades que se cristalizan en torno a los principios jurídicos, públicos y privados, políticos, morales y económicos, que constituyen los valores

esenciales de una sociedad democrática en un momento histórico determinado.

En las sentencias dictadas por los TSJ, la interpretación del orden público como motivo de anulación de laudos por vulneración del mismo, sigue siendo restringida. Por tanto, dicha doctrina en España se mantiene uniforme y acorde con un **modelo de arbitraje actual** y similar al que tienen los países más favorables (47) a este procedimiento.

Como se ha expuesto, conforme a la L.A los motivos de anulación de laudos están legalmente tasados, siendo de carácter excepcional la revisión del fondo de la decisión de los árbitros. Esto implica que el órgano judicial puede analizar sustantivamente la decisión de los árbitros, cuando concurra una de las causas limitadas establecidas y en especial, cuando se trate de la vulneración del orden público.

Es la naturaleza rescisoria que tiene la acción de anulación, la que sirve de base a que los **motivos de anulación** sean ***numerus clausus*** y no ***numerus apertus***, pues de ser así, se crearía una situación de inseguridad jurídica, al dejar la puerta abierta al ejercicio de la acción de anulación de laudos por cualquier motivo.

Se puede vulnerar el orden público tanto en su vertiente procesal (normas procedimentales y constitucionales) como en el sentido material (normativa nacional y europea). Aunque, la contravención del orden público procesal haya sido el que más se ha visto reflejado en la práctica judicial, la acción de anulación no puede restringirse en exceso a razones exclusivamente formales, pues esto desnaturalizaría el espíritu y la fiabilidad del arbitraje.

La **autonomía de la voluntad** de las partes para someter sus controversias a arbitraje, plasmada en un convenio arbitral, representa la esencia misma del arbitraje y como tal debe ser acatado, con el único límite infranqueable que es el respeto a las normas imperativas que la L.A establece. Sin embargo, cuando se trata de un **convenio arbitral** incluido en un contrato de adhesión de un producto financiero de cualquier tipo, esa libertad de las partes puede quedar en entredicho.

En aquellos supuestos, el convenio arbitral no ha sido libremente pactado, el cliente no estuvo en igualdad de condiciones, ni contaba con el mismo conocimiento o capacidad de negociación que el banco, produciéndose como consecuencia de ello, unas relaciones contractuales desequilibradas entre los inversores minoristas y las entidades financieras.

Por esta razón, el TSJ de Madrid, ampliando la noción de orden público, reconoce la protección a los clientes minoristas, exigiendo que en los laudos dictados se aplique la normativa europea y nacional al efecto, velando así porque se cumpla el principio de buena fe en la contratación, de lo contrario, las resoluciones arbitrales deberán ser anuladas por vulneración del orden público económico.

El riesgo advertido por doctrina y jurisprudencia, de ampliar en demasiado el concepto de orden público seguirá existiendo, como también existe el de estrechar tanto el cerco que dentro de él no quepa nada más que infracciones exclusivamente procesales, lo cual no es la finalidad del Art. 41 de la L.A (LA LEY 1961/2003).

No se puede establecer un criterio de orden público que sea indiscutible, donde quepa todo como un cajón de sastre, ni tampoco restringirlo de tal manera que, no se permita anular laudos que infringen o no apliquen normas de *ius cogens* esenciales para el funcionamiento transparente del mercado. Será en cada asunto particular donde los tribunales deberán interpretar cuándo se vulnera o no el orden público (u orden público económico), si esa concurrencia es de entidad suficiente, y siempre con el debido respeto a los límites establecidos por ley. Como lo ponen de manifiesto los expertos en el tema, con esto se trata de evitar la existencia de dos sistemas jurídicos paralelos, el judicial y el arbitral, en los cuales las normas de orden público se aplicasen de forma muy diferenciada.

En las sentencias referidas se ha respetado el **principio de mínima intervención judicial en el arbitraje**, se ha mantenido que la acción de anulación no es una segunda instancia, ni los TSJ son

órganos de apelación de los laudos arbitrales.

La acción de anulación sigue siendo una **garantía de legalidad** de los laudos dictados por los árbitros. La posibilidad de anulación de un laudo y el riesgo que conlleva, tienen ya un **efecto positivo coactivo** o disciplinante sobre los árbitros, invitándoles a ser más rigurosos en la aplicación de las leyes.

A mi entender, con esta novedosa línea jurisprudencial iniciada por el TSJ de Madrid, no existe riesgo de vulnerar el derecho a la tutela judicial efectiva, de socavar las bases del sistema arbitral en general, desnaturalizar su esencia o minar la confianza en la utilización de este mecanismo de resolución de controversias, cuando se elija a **España** y en especial a **Madrid**, como sede arbitral.

- (1) Ley 11/2011 de 20 de mayo (LA LEY 10411/2011) de reforma de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre (LA LEY 1961/2003), de Arbitraje y de regulación del arbitraje institucional en la Administración General del Estado.
- (2) GONZÁLEZ PILLADO E., «Resolución de Conflictos en materia de consumo: proceso y arbitraje», *Práctica Jurídica*, Edit. Tecnos, Madrid, 2010, pág. 289-291; FERNÁNDEZ BALLESTEROS, M., «Artículo 40. Acción de anulación del laudo», en *Comentarios a la nueva Ley de Arbitraje*, GONZÁLEZ SORIA, J. (Coordinador), Edit. Aranzadi, 2da. Edición, Navarra, octubre 2011, págs. 549-551; XIOL RIOS, J.A., «Artículo 40. Acción de anulación del laudo», en *Comentarios a la ley de arbitraje*, GONZÁLEZ- BUENO, C. (Coordinador), Consejo General del Notariado, Madrid, 2014, págs. 794 y 795; ARIAS LOZANO, D., «Artículo 43 Cosa juzgada y revisión de laudos firmes», en *Comentarios a la ley de arbitraje de 2003*, Pérez Llorca Abogados, Ed. Aranzadi, Navarra, 2005, págs. 405 y 406.
- (3) XIOL RIOS, J.A., ob. cit., págs. 800-801; ALMOGUERA GARCIA, J., «El oportunismo en la acción de anulación del laudo», en *Anuario de Arbitraje 2016*, JIMÉNEZ BLANCO, G., (Coordinador), Edit. Aranzadi, 2016, pág. 88.
- (4) ATC231/1994 de 18 de julio (ECLI: ES TC:1994:231A); STC 174/1995 de 23 noviembre (LA LEY 651/1996) (ES TC:1995:174); y STC 75/1996 de 30 de abril (LA LEY 5506/1996) (ECLI: ES TC: 1996:75).
- (5) STJUE de 26 de octubre de 2006, asunto C-168/05 (LA LEY 112437/2006), Mostaza Claro. El asunto tuvo por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al art. 234 CE, por la Audiencia Provincial de Madrid, mediante Auto de 15 de febrero de 2005, recibido en el Tribunal de Justicia el 14 de abril de 2005, en el procedimiento entre Elisa María Mostaza Claro y Centro Móvil Milenium, S.L. (ECLI: EU: C: 2006:675)
- (6) BLANDINO GARRIDO, A., «La ineficacia de las condiciones generales de la contratación abusiva y su incidencia en el contrato», en *Derecho privado europeo y modernización del derecho contractual en España*, ALBIEZ DOHMANN, K.J., Atelier, 2011, págs. 242 y 260; MARTIN FABA, J.M., «El TJUE consolida la obligación del juez de la ejecución del laudo de apreciar de oficio la existencia de cláusulas abusivas: la doctrina es clara y precisa desde el caso Pannon», Centro de Estudios de Consumo, Universidad de Castilla La Mancha, 2 de septiembre de 2016, págs. 8 y 15.
- (7) XIOL RIOS, J.A., ob. cit., págs. 834 y 835; ALCUBILLA, E., «El orden público, un concepto jurídico indeterminado» en *La noción de orden público en el constitucionalismo español*, DELGADO AGUADO, J., Edit. Dykinson, 2012, págs. 218 y 219; JIMÉNEZ-BLANCO, G., *El orden público como excepción al reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros*, Ed. LA LEY, (LA LEY 7889/2010), págs. 3 y 4; Así también, GIBSON, Ch. S., [Public policy, by nature, is a dynamic concept that evolves continually to meet the changing needs of society, including political, social, cultural, moral, and economic dimensions.], en *Arbitration, Civilization and Public Policy: Seeking Counterpoise between Arbitral Autonomy and the Public Policy Defense in View of Foreign Mandatory Public Law*. Legal Studies Research Paper Series. <http://pennstatelawreview.org/articles/>. Abril 2009, Suffolk University, pag. 1230.
- (8) FERNÁNDEZ ROZAS J. C., ob. cit., pág. 840; ROCA AYMAR, J.L., *El arbitraje en la contratación internacional*, Ed. ESIC, 1994, pág. 136.
- (9) STSJ Madrid 5 de mayo de 2014: «La vulneración de los principios atinentes al orden público y específicamente que afectan a la

necesaria audiencia, contradicción e igualdad de armas, produce por definición e imperativo legal, la anulación del propio laudo en su conjunto». ((LA LEY 143598/2014).

- (10)** SAP Madrid 23 de febrero de 2010: «Por orden público material se entiende el conjunto de principios jurídicos públicos, privados, políticos, morales y económicos, que son absolutamente obligatorios para la conservación de la sociedad en un pueblo y en una época determinada (SSTC 15/1987 de 11 de febrero (LA LEY 85965-NS/0000), 116/1988 de 20 de junio (LA LEY 1142/1988) y 54/1989 de 23 de febrero (LA LEY 620/1989)) y desde el punto de vista procesal, el orden público se configura como el conjunto de formalidades y principios necesarios de nuestro ordenamiento jurídico procesal, sólo el arbitraje que contradiga alguno o algunos de tales principios podrá ser tachado de nulo por vulneración del orden público». ((LA LEY 45788/2010).

En idéntico sentido, SSTSJ Cataluña de 5 de mayo 2014 (LA LEY 59686/2014), 14 de julio de 2014 (LA LEY 160266/2014), 16 de octubre de 2014 (LA LEY 179104/2014), 1 de diciembre 2014 (LA LEY 206382/2014), 15 de junio de 2015 (LA LEY 105345/2015).

Y la STSJ Galicia 25 de octubre de 2012: «La ausencia de la meritada contradicción con la consiguiente posibilidad de formulación de alegaciones, sin duda es determinante de la indefensión que alega la parte demandante incurriendo así el laudo impugnado dentro de la causa prevista en el ap. F) del art. 41 LA (LA LEY 1961/2003) por contrariedad con el orden público donde (...) se comprenden las garantías formales de rogación, bilateralidad, contradicción, igualdad de partes congruencia y proscripción de cualquier situación de indefensión». ((LA LEY 173131/2012)

- (11)** Ley 36/1988, de 5 de diciembre (LA LEY 2257/1988), de Arbitraje.

- (12)** FERNÁNDEZ ROZAS J. C., «Contravención del orden público como motivo de anulación del laudo arbitral en la reciente jurisprudencia española», *Revista de Arbitraje*, vol. VIII, n.º 3, 2015, pág. 837.

- (13)** SAP de Madrid de 27 de abril de 1998 (LA LEY 51445/1998) (ROJ: SAP M 4838/1998); en el mismo sentido la STSJ de Murcia de 28 de junio de 2012: «el "orden público" no es un cajón de sastre en el que quepa cualquier alegación de quien ha obtenido un resultado desfavorable en la disputa arbitral, de suerte que el concepto de orden público, no puede convertirse en una puerta falsa para permitir el control de la decisión de los árbitros; por el contrario, el orden público tiene unos contornos definidos» ((LA LEY 106678/2012). Id. STSJ Murcia de 10 de marzo de 2014 (LA LEY 24510/2014).

- (14)** GONZÁLEZ PILLADO E., ob. cit., pág. 299.

- (15)** STC 23 de noviembre de 1995 (LA LEY 651/1996) (ECLI:ES:TC:1995:23); SAP de Navarra de 20 de enero de 1997 (Recurso núm. 1171/1996); SAP de Alicante 21 de mayo de 2002 (LA LEY 96914/2002); SAP de Madrid de 17 de enero de 2003 (LA LEY 9431/2003).

- (16)** SAP de Vizcaya 18 de junio de 1998.

- (17)** En el mismo sentido, la SAP de Madrid 10 de febrero de 2003 (LA LEY 28161/2003) (La Ley 28161/2003); SAP de Valencia de 9 de noviembre de 1997 (ROJ: SAP V 828/1997); SAP Madrid de 19 de octubre de 2002(ROJ: SAP M 12162/2002).

- (18)** SAP Madrid 26 de mayo de 2000. ((LA LEY 108333/2000).

- (19)** SAP Madrid 12 de marzo de 2001. ((LA LEY 54762/2001).

- (20)** STC 43/1986 de 15 de abril (LA LEY 10942-JF/0000). (ECLI: ES: TC: 1986:43).

- (21)** En el mismo sentido, SSTSJ Madrid de 23 de Mayo de 2.012 (LA LEY 89186/2012), 13 de febrero de 2013 (LA LEY 128116/2013), 6 de noviembre de 2013 (LA LEY 203851/2013), 24 de junio de 2014 (LA LEY 143573/2014), 13 de enero de 2015 (LA LEY 2854/2015), 14 de abril de 2015 (LA LEY 37424/2015), 23 de octubre de 2015 (LA LEY 186223/2015).

- (22) STSJ Madrid de 18 de enero de 2017 (LA LEY 8877/2017). (LA LEY 8877/2017).
- (23) STSJ Madrid de 15 de junio de 2016. ((LA LEY 116535/2016).
- (24) STSJ Madrid 13/2016 de 9 de febrero (LA LEY 27203/2016). (LA LEY 27203/2016).
- (25) STSJ Madrid 3/2016 de 19 de enero (LA LEY 186576/2016). (LA LEY 186576/2016).
- (26) *Vid.* FERNÁNDEZ ROZAS J. C., ob.cit., pág. 829.
- (27) STSJ Madrid 27/2015 de 6 de abril (LA LEY 39614/2015). (LA LEY 39614/2015).
- (28) STSJ Madrid 33/2015 de 21 de abril (LA LEY 55248/2015). (LA LEY 55248/2015).
- (29) Sobre el ámbito admisible de la acción de anulación: SSTSJ de Madrid de 13 marzo de 2012 (LA LEY 44765/2012)) y 81/2013 de 5 de noviembre (LA LEY 221387/2013).
- (30) SAP Madrid de 25 de noviembre de 2008 (LA LEY 307358/2008), SAP Barcelona de 11 de marzo de 2009 (LA LEY 174213/2009).
- (31) SAP Barcelona de 28 de Mayo de 2008 (LA LEY 105146/2008), SAP Valladolid de 8 de abril de 2013 (LA LEY 60214/2013).
- (32) SAP Alicante 15 de junio de 2011 (LA LEY 174356/2011); SAP Barcelona de 11 de marzo de 2009 (LA LEY 174213/2009); SAP Vizcaya 12 de febrero de 2009 (LA LEY 118650/2009). Sin embargo, no lo es, la denegación de la prueba, ni su indebida valoración, pese a los usuales intentos por la parte vencida en el arbitraje y con ello imposibilitar la eficacia y ejecución del laudo por este medio. Al respecto ver, SAP Madrid 14 de noviembre de 2008 (LA LEY 240713/2008)) y SAP Barcelona 30 de junio de 2009 ((LA LEY 308442/2009).
- (33) STSJ Madrid 10 de enero de 2017 (LA LEY 1866/2017); STSJ Madrid 21 de febrero de 2017 (LA LEY 23430/2017); STSJ Madrid 4 de noviembre de 2016 (LA LEY 186560/2016); STSJ Cataluña de 10 de mayo de 2012 (LA LEY 100360/2012); STSJ Madrid de 13 de enero de 2015 (LA LEY 2855/2015): «(...)la quiebra de la imparcialidad de la institución arbitral o la vulneración por ésta del principio de igualdad pueden contravenir el orden público y ser motivo de anulación -así lo ha declarado esta Sala recientemente, entre otras, en sus Sentencias n.º 47/2014, de 16 de julio, 16 de septiembre (rec. n.º 1/2014) y 14 de noviembre (rec. n.º 120/2013) de 2014; pero siempre, claro está, que se aleguen y acrediten convenientemente tales circunstancias...» (LA LEY 2855/2015).
- (34) STSJ Madrid de 3 de febrero de 2015 (LA LEY 95630/2015), de 7 de diciembre de 2015 (LA LEY 201845/2015); STSJ Galicia de 2 de mayo de 2012 (LA LEY 78304/2012).
- (35) Las más recientes: STSJ Madrid de 06 de marzo de 2017 (LA LEY 31111/2017), de 18 de enero de 2017 (LA LEY 8877/2017).
- (36) CONTHE GUTIÉRREZ, M., «Swaps de intereses: la sentencia del TSJ de Madrid de 28 de enero de 2015», *Diario LA LEY*, n.º 8515, Sección doctrina, 9 abril de 2015; STAMPA CASAS, G., «Comentarios a las sentencias de la Sala de lo Civil y Penal del TSJM de 28 de enero de 2015, 6 de abril de 2015 y de 16 de abril de 2015», *Diario LA LEY* n.º 8537, Sección Tribuna, 12 de mayo de 2015.
- (37) STSJ de Madrid n.º 13/2015, de 28 de enero de 2015 (LA LEY 13315/2015). (LA LEY 13315/2015)

- (38) En contra de las sentencias comentadas, *vid.* por ejemplo, CONTHE GUTIÉRREZ, M., ob.cit. págs. 1-8; FERNÁNDEZ ROZAS J. C., ob.cit., págs. 846-852; STAMPA CASAS, G., ob.cit. págs. 8-11; NAVARRO JIMENEZ, S., «Referencias al orden público en derecho comparado», *Diario LA LEY* 3269/2015, 12 de mayo.
Sin embargo, a favor de esta doctrina jurisprudencial se expresan, entre otros, RUIZ DE VILLA, J., «¿Efecto mariposa?: nulidad de laudo sobre un swap por vulneración del orden público», en www.abogacia.es, 11 de junio de 2015; PELAYO JIMENEZ, R., «El concepto de orden público y la anulación de laudos arbitrales», *Diario LA LEY*, n.º 8568, Sección Tribuna, 24 de junio de 2015.
- (39) Una sociedad mercantil (pequeña o mediana empresa) inicia el procedimiento arbitral contra una entidad financiera solicitando se declare la nulidad de un contrato de permuta financiera de tipos de interés (SWAP) por vicio en el consentimiento; finalmente el laudo emitido concluye que no se produjo el vicio alegado, pues el contratante comprendió el producto y sus riesgos. Posteriormente, la mercantil demandante formula acción de anulación contra el laudo y la Sala de lo Civil del TSJ dicta sentencia anulando el laudo porque vulnera el orden público, en un doble enfoque: por un lado, por vulneración del orden público económico y, por otro, al considerar que la motivación del laudo sería arbitraria.
- (40) SSTSJ Madrid de 14 de abril de 2015 (LA LEY 55247/2015) y (LA LEY 37424/2015), de 17 de noviembre de 2015 (LA LEY 196474/2015), de 19 de enero de 2016 (LA LEY 186576/2016).
- (41) STSJ Madrid, 13/2015 de 28 de enero de 2015 (LA LEY 13315/2015). FJ 4 pág. 8 (LA LEY 13315/2015). Ver también: STSJ Madrid 31/2015 de 14 de abril (LA LEY 37424/2015). FJ 2 pág. 5 (LA LEY 37424/2015); STSJ Madrid 3/2016 de 19 de enero (LA LEY 186576/2016). FJ 2 pág. 9 (LA LEY 186576/2016).
- (42) Inaplicación de la Normativa MiFid: Directivas 2004/39/CE (LA LEY 4852/2004) y 2006/73/CE (LA LEY 8789/2006), relativa a los mercados de instrumentos financieros, traspuesta por Ley 47/2007, de 19 de diciembre (LA LEY 12697/2007), que modificó la Ley del Mercado de Valores.
En sentido contrario, cabe también la anulación de un laudo por aplicación de una ley contraria a la normativa europea. Así, en el asunto C-126/97 Eco Swiss China contra Benetton International NV resuelto por el TJUE en sentencia de 01 de junio de 1999 (ECLI:EU:C:1999:269), declaró que en la medida en que un órgano jurisdiccional nacional, en aplicación de sus normas procesales internas, deba estimar un recurso de anulación de un laudo arbitral basado en la inobservancia de normas nacionales de orden público, también debe estimar tal recurso si considera que el laudo es contrario al art. 85 del Tratado (actualmente, art. 81 CE) (LA LEY 7/1957), sobre libre competencia del mercado interior.
- (43) PELAYO JIMÉNEZ, R., ob.cit., pág. 5.
- (44) SSTSJ Madrid de 17 de abril de 2015, de 05 de noviembre de 2015, de 26 de noviembre de 2015, de 26 de enero de 2016.
- (45) STSJ Madrid 14 de abril de 2015, razón tercera. ((LA LEY 37424/2015)
- (46) STS 20 de enero de 2014 recoge el primer pronunciamiento específico en relación con un vicio de consentimiento en un SWAP, no vinculado a un préstamo bancario, sino a uno hipotecario, resultando de aplicación la normativa MIFID (la reforma de la LMV). Sentencia en la que se desestima el recurso de casación interpuesto por una entidad de crédito frente a la sentencia de apelación que confirmaba el pronunciamiento en la instancia que declaraba haber error en el consentimiento prestado por infracción, en esencia, del art. 79 bis de la LMV (LA LEY 1562/1988), dado que la entidad crédito no había cumplido con su obligación de realizar al cliente el test de idoneidad. (LA LEY 3315/2014 (LA LEY 3315/2014))
- (47) Suiza, Francia, Reino Unido, EE.UU y Singapur.

Análisis

Normativa aplicada

Normativa comentada

L 60/2003 de 23 Dic. (arbitraje)

TÍTULO VII. De la anulación y de la revisión del laudo

Artículo 41. *Motivos.*

Jurisprudencia comentada

Jurisprudencia comentada

TSJM, Sala de lo Civil y Penal, S 5/2017, 18 Ene. 2017 (Rec. 46/2016)

Voces

Voces

Arbitraje y mediación

Arbitraje privado

Anulación y revisión de laudos

Acción de anulación del laudo

Laudo arbitral

Proceso civil

Partes procesales

Legitimación

Condición de parte procesal legítima