

# LA LEY **Mediación** **y Arbitraje**



ESPECIAL MONOGRÁFICO

Abril 2021 | **06**

*Nuevos derroteros  
del arbitraje en  
España a la luz de  
la doctrina reciente  
del Tribunal  
Constitucional*

**DIRECTOR:**

**JOSÉ CARLOS FERNÁNDEZ ROZAS**

 Wolters Kluwer

## La Sentencia del Tribunal Constitucional de 15 de febrero de 2021. Orden público y Convenio de Nueva York

The Judgment of the Constitutional Court of February 15, 2021. Public policy and the New York Convention



**Félix J. Montero**

*Pérez-Llorca Abogados*



**Álvaro Villalón**

*Pérez-Llorca Abogados*

### I. INTRODUCCIÓN Y OBJETO DEL COMENTARIO

La reciente Sentencia del Tribunal Constitucional (el «TC») de 15 de febrero de 2021 (la «Sentencia») ha llevado a cabo una delimitación del concepto de orden público en el marco de los procedimientos de anulación de laudos. Esta delimitación supone un importante avance para delimitar este concepto jurídico indeterminado (1) de especial relevancia en el control judicial de laudos. En las presentes líneas ponemos de manifiesto la pertinencia y utilidad, que supone la aplicación del concepto de orden público dado por el TC a los procedimientos de reconocimiento de laudos extranjeros.

La STC 17/2021, de 15 de febrero de 2021 ha llevado a cabo una delimitación del concepto de orden público en el marco de los procedimientos de anulación de laudos

## II. DELIMITACIÓN DEL CONCEPTO DE ORDEN PÚBLICO POR LA STC 15 DE FEBRERO DE 2020

i) *Consolidación de la base jurisprudencial del concepto de orden público.* La Sentencia delimita el concepto de orden público partiendo de la previa concepción del mismo hecha por el propio TC (2) en su doble vertiente: material (3) y procesal (4). La Sentencia toma además como referencia la sentencia del TC de 15 de junio de 2020 que, estableció que el orden público comprende «*los derechos fundamentales y las libertades garantizadas por la Constitución, así como otros principios esenciales indisponibles para el legislador por exigencia constitucional o de la aplicación de principios admitidos internacionalmente*».

ii) *Arbitraje como «equivalente jurisdiccional» y el deber de motivación del laudo.* Partiendo del concepto de orden público expuesto, y analizando el motivo de anulación del laudo basado en su falta de motivación (5) objeto del recurso de amparo, éste es rechazado por la Sentencia al concluir que, a pesar de la interpretación errónea por parte de los Tribunales Superiores de Justicia del «equivalente jurisdiccional» (6), que como precisa la Sentencia se refiere especialmente al efecto de cosa juzgada, el deber de motivación se presenta de forma distinta en las resoluciones judiciales y en las arbitrales.

Mientras que para las primeras se presenta como una «*exigencia inherente al derecho a la tutela judicial efectiva ex. art 24 CE*», en los laudos arbitrales dicha exigencia recogida en el art. 37.4º LA, que prevé la posibilidad, de que las partes alcancen un pacto sobre los términos en los que deba pronunciarse el laudo. Así, entiende la Sentencia que la exigencia de motivación del art. 37.4º, como garantía frente a una resolución arbitraria o irracional (7), se entiende cumplida al contener los elementos y razones de juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos o de equidad que fundamentan la decisión, sin que «*el árbitro deba decidir sobre todos los argumentos presentados por las partes o que deba indicar las pruebas en las que se ha basado para tomar su decisión sobre los hechos, o motivar su preferencia de una prueba sobre otra*».

iii) Alcance del análisis respecto a la acción de anulación de laudos. En contraposición a la ya declarada superada jurisprudencia de algún Tribunal Superior de Justicia (8), la Sentencia es contundente al afirmar que la acción de anulación, como remedio extremo y excepcional (9), supone un control judicial del laudo cuyo contenido se limita a garantizar que el procedimiento arbitral se ajuste a lo establecido en sus normas, sin que pueda suponer, en ningún caso, una revisión sobre el fondo.

Por lo tanto, la Sentencia delimita el objeto de la acción de anulación, al establecer que éste solo puede comprender «*el análisis de los posibles errores procesales en que haya podido incurrir el proceso arbitral, referidos al cumplimiento de las garantías fundamentales*», para los que, como ejemplo, cita la carencia de motivación del laudo, su incongruencia, la infracción de normas legales imperativas (10) o la vulneración de la intangibilidad de una resolución firme anterior.

Así pues (i) de la reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional de finales de los años 80 que fija las exigencias constitucionales del concepto de orden público; (ii) del refuerzo de la autonomía de las

partes y la limitación de la acción de anulación a casos excepcionales que impliquen un control externo derivadas de la STC 15 de junio de 2020; y (iii) de la confirmación de tales principios, más la delimitación del deber de motivación de los laudos fijados por la Sentencia, podemos vislumbrar unos límites claros a la noción de orden público en el ámbito del arbitraje que, como veremos a continuación, debería aplicarse de igual modo en los procedimientos de ejecución de laudos extranjeros.

### III. EXTRAPOLACIÓN A LOS PROCEDIMIENTOS DE EJECUCIÓN DEL CONCEPTO DE ORDEN PÚBLICO, DELIMITADO PARA LA ANULACIÓN DE LAUDOS

La cláusula del orden público en el control judicial de laudos, además de estar presente en los procedimientos de anulación de laudos arbitrales a través del art. 41.1º f) LA, es de aplicación, también, en el reconocimiento de laudos extranjeros (11), ya que el art. V.2º.b) del Convenio de Nueva York dispone que la autoridad competente del país en el que se solicite el reconocimiento de una sentencia arbitral extranjera podrá denegarlo si el mismo fuera contrario al orden público de ese país (12).

Por lo tanto, la existencia de esta cláusula «de constante alegación y restringida apreciación» (13), se presenta tanto en el contexto de nulidad, como en el contexto de reconocimiento del laudo arbitral, lo que lleva a pensar que conviene delimitar y concretar un mismo concepto de orden público en el marco del arbitraje que sirva de aplicación en ambos procedimientos, máxime cuando la competencia para conocer de ambos reside en el mismo órgano, las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia (14).

Es cierto que en sus resoluciones sobre acciones de anulación de laudos nacionales (15) y reconocimiento de laudos extranjeros (16), los Tribunales Superiores de Justicia han utilizado un mismo concepto de orden público. Sin embargo, este concepto deriva de la STC 54/1989 (17), que resuelve sobre el reconocimiento de una sentencia de divorcio y medidas complementarias, dictada por la sección quinta del Tribunal Supremo de Nueva York, es decir, una materia que nada tiene que ver con arbitraje.

En consecuencia, la reciente concreción por parte del TC del concepto de orden público en el marco de la anulación de laudos arbitrales, debe integrarse en la dinámica seguida por los TSJ de resolver conforme al mismo criterio de orden público, y sustituir, de una vez, a la citada STC 54/1989, fijando así una línea jurisprudencial que refleje los avances en la delimitación de la noción de orden público en el arbitraje realizados en los últimos años, y, más concretamente, en este último, a raíz de las STC 15 de junio de 2020 y de 15 de febrero de 2021.

(1)

Sobre la indeterminación del concepto de orden público y su alcance, en sistemas de *civil law*, (*public order*) y de *common law* (*public policy*) por lo general, menos amplio que el anterior, *vid.* J.

González- Soria, «El arbitraje internacional en la Ley Española», *Anuario de Arbitraje*, 2020, p. 206.



[Ver Texto](#)

(2) STC 15/1987, de 11 de febrero; 116/1988, de 20 de junio; y 54/1989, de 23 de febrero.

[Ver Texto](#)

(3) La Sentencia, en su fundamento jurídico segundo, define el orden público material como 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».

[Ver Texto](#)

(4) La Sentencia, en su fundamento jurídico segundo, define el orden público procesal como el «conjunto de formalidades y principios necesarios de nuestro ordenamiento jurídico procesal».

[Ver Texto](#)

(5) Sobre el concepto de motivación *vid.* J.C. Fernández Rozas quién: (i) sigue la definición aportada por C. Perelman, que entiende que «motivar es justificar la decisión tomada, proporcionando una argumentación convincente que muestre si las opciones adoptadas por el juzgador están suficientemente fundadas»; y (ii) insiste en la necesidad de distinguir motivación y congruencia, para lo que se sirve de la distinción que realiza L. Díaz Picazo, para el que, mientras que ésta contempla la relación entre el laudo y el objeto de la controversia, la primera expresa si el laudo es conforme con el ordenamiento jurídico. «Motivación del laudo arbitral», *Anuario de Arbitraje*, 2018. p. 52.

[Ver Texto](#)

(6) Sobre el concepto manejado de «equivalente jurisdiccional» J.C. Fernández Rozas ya había establecido que se encuentra «en trance de superación y que supone una interferencia improcedente del juez ordinario» (*loc. cit.*, p. 55). J. Remón Peñalver entiende que «el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva no se proyecta, como tal derecho fundamental, al arbitraje. El acceso a la jurisdicción que protege el art. 24 CE, como indisponible garantía fundamental, queda garantizado mediante la posibilidad de instar la anulación del laudo en la vía judicial por los motivos estrictamente tasados definidos por la ley [...]». *Vid.* «Orden público y acción de anulación», *Anuario de Arbitraje*, 2017. p. 415.

[Ver Texto](#)

(7) Sobre la racionalidad de las decisiones, F. Cansado Carvalho desglosa el conocido aforismo de *justice must not only be done but seen to be done* en dos significados: i) que la motivación es necesaria para disipar cualquier tipo de duda sobre la racionalidad del fallo; y ii) que, a través de la publicidad de las decisiones, se permite que aquellos que quieran, pueden comprobar que el sistema funciona... *Vid.* «¿Esto lo cambia todo? Motivación de laudos en el arbitraje comercial internacional en la era de la transparencia», *Anuario de Arbitraje*. 2020. p. 48.

[Ver Texto](#)

(8) STSJ Madrid 29/2016, de 6 de septiembre y 18/2016, de 2 de febrero.

[Ver Texto](#)

(9) Este carácter excepcional también se deriva de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que en la sentencia *Eco Swiss*, establece 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 o la denegación del reconocimiento en casos excepcionales». Es decir, en el ámbito del TJUE, el principio de conformidad con el orden público, cede ante el principio de prohibición de revisión del fondo y sólo es admisible de forma excepcional. *Vid.* M. Gómez Jene, *Arbitraje Comercial Internacional*, Cizur Menor, 2018, p. 430.

[Ver Texto](#)

(10) La aplicación de normas imperativas por el órgano arbitral está sujeta a revisión por parte de los tribunales de justicia (*second look doctrine*). Sin embargo, esta revisión no puede suponer que cualquier infracción de una norma imperativa suponga una vulneración del orden público. *Vid.* J. Gómez Jene, *op. cit.*, p. 435.

[Ver Texto](#)

(11) Sobre los preceptos del Convenio de Nueva York y de la Ley de Arbitraje que regulan el control judicial en procedimientos de ejecución y de anulación de laudos a través del orden público, M. Gómez Jene advierte que, en ambos casos, su alcance se sitúa en torno a dos concepciones: i) la concepción *maximalista*, de la cual hasta ahora eran tributarios «de forma prácticamente unánime» nuestros tribunales, y que entiende que «el control de conformidad con el orden público que deben ejercer los tribunales que conozcan de una acción de anulación o de un ejecución debe ser efectivo y concreto [...] (ad. ex. comprobar que se aplicó correctamente el núcleo duro de las normas imperativas aplicables al fondo)»; y ii) la concepción *minimalista*, que aboga por la supresión casi total de tal control, que «se ceñirá a aquellos supuestos considerados como "flagrantes" tratándose, en definitiva, de "un control limitado al ámbito del procedimiento arbitral (orden público procesal); excluyendo cualquier control sobre el contenido del laudo (orden público material)"» (*op. cit.*, p. 430).

[Ver Texto](#)

(12) La cláusula del orden público también está recogida en los tratados bilaterales firmados con Suiza (art. 6.3º), Checoslovaquia (art. 20.h), Francia (art. 4.2º) e Italia (art. 14.2º). *Vid.* J. González Soria. «Artículo 46. Carácter extranjero del laudo. Normas aplicables», en J. González Soria, *Comentarios a la Nueva Ley de Arbitraje 60/2003, de 23 de diciembre*, Thomson Aranzadi 2004. p. 534.

[Ver Texto](#)

(13) *Vid.* M. Gómez Jene. «Artículo 46. Carácter extranjero del laudo. Normas aplicables», D. Arias Lozano, *Comentarios a la Ley de Arbitraje de 2003*, Thomson Aranzadi, 2005, p. 450.

[Ver Texto](#)

(14) El art. 8.5º LA establece la competencia para conocer de la acción de anulación de laudos a la Sala de lo Civil y de lo Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma donde aquel se hubiere dictado. Por su parte, el 8.6º, establece la competencia del mismo órgano para conocer del

reconocimiento de laudos o resoluciones arbitrales extranjeros.

[Ver Texto](#)

(15)

A modo de ejemplo, STSJ Madrid 13/2015, de 28 de enero; y 27/2015 de 6 de abril

[Ver Texto](#)

(16) A modo de ejemplo: ATSJ Madrid 13/2015 de 23 de noviembre; Auto del Tribunal Superior de Justicia de Murcia 1/2019, de 12 de abril; y ATSJ Cataluña, 11/2019, de 24 de abril de 2020.

[Ver Texto](#)

(17) Esta reiterada sentencia, define el orden público como un «conjunto de principios, normas rectoras generales y derechos fundamentales constitucionalizados por 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».

[Ver Texto](#)