

RECONOCIMIENTO Y CAUSAS DE OPOSICIÓN AL
RECONOCIMIENTO DE UN LAUDO ARBITRAL PANAMEÑO
¿“NO FIRME”? EN ESPAÑA: COMENTARIO DEL AUTO
Nº 176/2020 DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE
CATALUÑA DE 10 DE MARZO DE 2021

RECOGNITION AND GROUNDS FOR REFUSAL OF A
PANAMANIAN “NON-FINAL”? ARBITRAL AWARD BEFORE
SPANISH COURTS: COMMENTS ON THE COURT ORDER
Nº176/2020 OF THE SUPERIOR COURT OF JUSTICE
OF CATALONIA OF 10 MARCH 2021

DRA. ANNA MARÍA RUIZ MARTIN
Lecturer in Law/Research Fellow
UOC/Genova Business School

Recibido:17.11.2021 / Aceptado:23.12.2021

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2022.6723>

Resumen: En este Auto del Tribunal Superior de Justicia (TSJ) catalán se concede el reconocimiento de un laudo arbitral extranjero dictado por el Tribunal Arbitral de Panamá en el año 2019, a favor de una empresa mejicana en contra de una empresa española, pero del que se alegaba que no se había declarado aún su firmeza ante los tribunales del país de la sede arbitral. La resolución es de especial interés por el recorrido que hace de las teorías jurisprudenciales consolidadas en la práctica al interpretar las causales de oposición existentes en la normativa internacional de aplicación al procedimiento de reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros, esto es, de la Convención de Nueva York de 1958. Las más destacadas son las relacionadas con el orden público, la falta de firmeza del laudo, excesiva e indebida injerencia de los árbitros en las materias que eran arbitrables o no y la indebida extensión del Convenio arbitral a terceros no signatarios. Mostrando la tendencia de los TSJ en conceder el reconocimiento de laudos arbitrales extranjeros en vez de denegarlos.

Palabras clave: laudo, arbitraje, internacional, reconocimiento, oposición, Panamá, CCI, Ley 60/2003, Convención de Nueva York 1958, Ley 29/2015, laudo no firme, anulación, orden público, extralimitación de laudo, *lex arbitri*, *lex causae*, formalidades, convenio arbitral.

Abstract: This Court Order rendered by the Superior Court of Justice of Catalonia rules in favor of the claimant bestowing the recognition of a foreign arbitral award decreed by the Panamanian Arbitral Court in 2019. However, the particularity of this arbitral award is founded in its legal nature. It was invoked by the defendant that the award was a non-final and therefore a non-binding award. In this resolution, this Spanish Superior Court explains with detail the grounds for refusal set out under the international rules on recognition and enforcement of foreign arbitral awards, *viz.*, the 1958 New York Convention as well as of developed Spanish precedents regarding the interpretation of these refusal grounds. Besides, it shows the recurrent tendency of the Spanish Superior Courts of Justice for recognizing arbitral awards, rather than denial.

Keywords: arbitral award, arbitration, international, recognition, grounds for refusal, Panamá, ICC, Act 60/2003, New York Convention 1958, Act 29/2015, non-final award, annulment, public policy, jurisdiction, *lex arbitri*, *lex causae*, formalities, arbitral agreement

Sumario: I. Introducción; II. Hechos destacables de la controversia en sede arbitral (Panamá) y sede judicial (España); III. Análisis de las causas de oposición invocadas; 1. Normativa aplicable; 2. Ausencia de firmeza de laudo en el Estado de origen: Artículo 5 apartado 1º letra e CNY 1958; 2.1. Ausencia de firmeza del laudo y procedimientos de reconocimiento; 2.2. La presunción de eficacia y obligatoriedad del laudo a la luz de la CNY 1958; 3. Extralimitación del laudo: cuatro causas: 3.1. Indebida extensión a terceros: valoración de la *lex arbitri* para determinar los efectos del laudo a terceros no signatarios del Convenio arbitral; 3.1.1. La doctrina de la “incorporación por actos de ejecución” de la Corte Suprema de Panamá como indicio de sumisión de terceros al Convenio arbitral; 3.1.2. *Lex arbitri*, ley del Convenio arbitral y *lex causae* elegida por las partes; 3.2. Materias no sometidas a arbitraje y no arbitrables; 3.2.1. *Lex arbitri* vs. ley aplicable al fondo del asunto; 3.2.2. Del FJ 6º: materias no incluidas en el Convenio arbitral; 3.2.3. Del FJ 7º y 8º: Del concepto de arbitrable, no sometido y no sujeto a arbitraje; 3.3. Renuncia al arbitraje o la invalidez del Convenio arbitral: invalidez sobrevenida de la cláusula compromisoria; 3.4. Materia penal no arbitrable; 4. La vulneración del orden público; IV. Reflexiones finales.

I. Introducción

1. El Auto nº 176 /2020 del Tribunal Superior de Justicia, Sala Civil y Penal de Cataluña, de 10 de marzo de 2021 (en lo sucesivo ATJS CAT nº176/2020)¹, se analiza por su desarrollo y análisis de las siete causas de oposición que se alegaban por la empresa demandada en contra del reconocimiento y exequatur de un laudo arbitral panameño. Causas tasadas () ofrecidas en la Convención de Nueva York de 1958 (CNY 1958)². El procedimiento arbitral del que conoce la Sala mediante la demanda de reconocimiento del laudo se inició en el año 2017 ante la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional en Panamá, y terminó en mayo del 2019³. El laudo arbitral obtenido en este procedimiento condenaba a una empresa española a tramitar los gastos de construcción de un túnel en México⁴.

2. De nuevo, otra resolución de un TSJ español de la misma Sala, concede el reconocimiento de un laudo, rechazando las siete causas de oposición invocadas por la demandada en el procedimiento. Causales que la Fiscalía si consideró por la presunta falta de firmeza del laudo con razón de un recurso de anulación que la empresa española interpuso ante la Sala 4ª de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia de la República de Panamá en agosto de 2020. Sin embargo, dicho recurso fue rechazado por ser “extemporáneo” a la luz del Derecho panameño. (septiembre 2020), la empresa española interpuso contra dicha resolución, un “recurso de reconsideración” al amparo de la Ley de Arbitraje de Panamá, aún pendiente de respuesta⁵.

¹ ATJS CAT nº 176/2021, de la Sala Civil y Penal, Sección 1ª, de 10 de marzo de 2021, ECLI:ES:TSJCAT:2021:176A); J. C. FERNÁNDEZ ROZAS, “Otorgamiento del exequatur de un laudo CCI pronunciado en Panamá descartando siete causas de oposición (ATJS Cataluña CP 1ª 10 marzo 2021)”, 1 julio 2021, <https://fernandezrozas.com/2021/07/01/otorgamiento-del-exequatur-de-un-laudo-cci-pronunciado-en-panama-descartando-siete-causas-de-oposicion-atsj-cataluna-cp-1a-10-marzo-2021/>

² Instrumento de adhesión de España al Convenio sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales españolas, hecho en Nueva York el 10 de junio de 1958, BOE nº 164, de 11 de julio de 1977 (*vid. infra* Sección III.1).

³ Según el ATJS nº176/2021, en su parte dispositiva, el laudo estaba complementado por *addendum* del 14 de agosto con referencia (arbitraje CCI nº22953/JPA).

⁴ *Vid., infra* apartado II.2

⁵ CIAR GLOBAL, “Un Amparo Admitido en Panamá Desata la Controversia en Arbitraje de FCC”, 13 de septiembre de 2021, disponible en: <https://ciarglobal.com/un-amparo-admitido-en-panama-desata-controversia-en-arbitraje-de-fcc/>; <https://www.prensa.com/judiciales/la-corte-admite-amparo-de-fcc-contr-a-una-decision-de-la-sala-iv-la-abogada-es-hermana-del-magistrado-fabrega/>

3. Debe mencionarse que en septiembre de este año 2021, en relación con la circunstancia comentada en el párrafo anterior, el Juzgado de Primera Instancia de Barcelona, siendo el encargado del procedimiento de ejecución del laudo, lo ha suspendido hasta que no se dilucide esta cuestión de su firmeza por la Corte Suprema de Panamá⁶.

II. Hechos destacables de la controversia en sede arbitral (Panamá) y judicial (España)

4. **El origen de la contienda.-** Las empresas involucradas, mejicanas y española, comenzaron sus relaciones comerciales en el año 2004. Entre la empresa mejicana que inicia el procedimiento, COATZACOALCOS S.A., y la española FCC existía un contrato con otra empresa mejicana de construcción, CAABSA S.A. El contrato firmado en 2004 era un “Convenio de Consorcio Constructor” cuyo objeto era la colaboración, para estudiar y presentar juntas una oferta en la licitación de la construcción de las obras de infraestructura de un proyecto que se licitaba para construir un túnel en el Estado mejicano de Veracruz

Cuando a la empresa mejicana COATZACOALCOS S.A., le adjudicaron el túnel, otras empresas mejicanas, i.e.: CIMIFEX entraron en el consorcio y firmaron con FCC un “Acuerdo de socios” (1er acuerdo) para controlar una sociedad denominada CTC. Esta última sería la empresa constructora encargada de ejecutar la obra que las tres firmantes del “Convenio de Consorcio Constructor” (2do acuerdo) se comprometían a construir⁷.

5. **Las cláusulas del primer y segundo acuerdo.-** En el mismo “acuerdo de socios” se habían incluido dos cláusulas. La relativa a la jurisdicción muestra que cualquier controversia que pudiera nacer del “contrato de colaboración” (“convenio de consorcio constructor”) serían sometidas al arbitraje institucional de la CCI⁸, siguiendo lo dispuesto en su Reglamento CCI de Arbitraje, pero con sede en Panamá⁹. La cláusula importante era la de la ley aplicable, sometiendo de forma expresa, el fondo del contrato de colaboración y sus avatares, a la ley mejicana.

6. En el año 2007, todas estas empresas mencionadas, que participaban en el “Convenio de consorcio constructor” realizan otro contrato con COTUCO (3er acuerdo), concesionaria del túnel. Este contrato tenía como objeto la ingeniería y ejecución de obra con suministro de materiales, complementado por otro contrato (4to acuerdo), y modificado mediante convenio en 2010 y 2016. En el año 2014, se paraliza la construcción del túnel, y COTUCO interpone demanda contra el Estado mejicano de Veracruz, por los daños causados por la paralización de la construcción¹⁰. FCC al tener el control de la mayoría de las acciones sobre CTC, comienza la negociación con el gobierno de Veracruz y COTUCO. Todo ello terminó en un “memorándum de entendimiento”, que luego se sustituyó por otro memorándum más adelante.

7. **El proceso arbitral.-** Tras una serie de desavenencias judiciales en el Estado de Veracruz, y problemas por licitación de la obra (entre otros), las empresas mejicanas inician el proceso arbitral en

⁶ CIAR GLOBAL, “Suspendida ejecución en Barcelona del Laudo de empresas mejicanas contra FCC”, 20 de septiembre de 2021, disponible en: <https://ciarglobal.com/suspendida-ejecucion-en-barcelona-del-laudo-de-empresas-mexicanas-contr-fcc/>

⁷ La sociedad mejicana CTC es la empresa que construía el túnel. FCC y CIMIFEX (otra empresa mejicana) tienen un 70 por ciento del capital social, mientras que COATZACOALCOS el 30 % restante sobre CTC.

⁸ ATSJ N°176/2021, FJ 2, punto 1: “todas las desavenencias que deriven de este contrato o que guarden relación con éste, serán resuelta definitivamente de acuerdo con el Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional por uno o más árbitros nombrados conforme a este Reglamento. La sede del arbitraje será en Panamá y el idioma utilizado el español” (en virtud del artículo 18 del mismo Reglamento en su versión de 2021, las partes pueden elegir el lugar de la sede).

⁹ Reglamento de Arbitraje de la CCI (versión española) disponible en: <https://www.iccspain.org/wp-content/uploads/2021/05/ICC-2021-arbitration-rules-Spanish-version.pdf>

¹⁰ El origen del conflicto se encontraba en una adjudicación que la empresa española ganó en el año 2015 para realizar la construcción marina de un túnel submarino. La adjudicación fue licitada por el gobierno mejicano de Veracruz. Sin embargo, ciertos cambios ocurridos en el proceso de construcción y reparto de los ingresos generaron un conflicto con dos constructoras mejicanas participantes mejicanas; https://www.vozpopuli.com/economia_y_finanzas/fcc-condena-tunel-submarino-mexico.html ; <https://www.carreteras-pa.com/noticias/fcc-enfrenta-demanda-por-tunel-de-coatzacoalcos-en-mexico/>

Panamá en el año 2017, en donde obtienen un laudo arbitral favorable en contra de FCC y la empresa mejicana CIMIFEX, en el año 2019 que, en principio puso final a la controversia. El organismo arbitral se declaró competente en la controversia dado que esta se había iniciado de aquellos aspectos que estaban sometidos a la competencia arbitral otorgada por las cláusulas del “Acuerdo de socios” y el “Convenio de Consorcio Constructor”. No obstante, el tribunal arbitral no se declaró competente sobre las demandadas COTUCO, CTC y VIALES. Pero sí condenaba al pago de unas cantidades económicas a la empresa española y CIMIFEX.

III. Análisis de las causas de oposición invocadas

1. Normativa aplicable

8. La normativa aplicable a este procedimiento de reconocimiento es la parte menos controvertida del mismo. De hecho, no se cuestionó por ninguna de las partes cuál era el instrumento jurídico que debe ser de aplicación al procedimiento de reconocimiento sustanciado ante el TSJ catalán.

9. El procedimiento de reconocimiento se sustancia ante la Sala de lo civil y penal del TSJ catalán, por ser el órgano judicial competente al tener su domicilio social en Barcelona la empresa española demandada¹¹. Se ajusta con ello a lo establecido en los procedimientos de reconocimiento y exequatur de laudos arbitrales extranjeros de conformidad con la normativa española e internacional de arbitraje, así como de las normas de reconocimiento y ejecución establecidas en la Ley 29/2015 de Cooperación jurídica civil internacional (LCJCI)¹².

10. De acuerdo con la normativa española que regula el arbitraje, la Ley de arbitraje 60/2003, de 23 de diciembre (LA), en su artículo 46 apartado 2º se hace un reenvío a las normas de la CNY 1958, cuando el laudo que deba reconocerse sea un laudo internacional (artículo 3 LA). Con ello, la CNY 1958 se convierte en la norma de aplicación para las formalidades y las causales de oposición al reconocimiento de laudos arbitrales extranjeros, como bien se conoce¹³. Todo ello, en defecto que no existiera otro instrumento jurídico internacional aplicable al caso que regulara los mismos aspectos entre los dos Estados, el Estado de origen del laudo y el Estado requerido o de destino del laudo, por el principio de “mayor favorabilidad”.

11. Las causales que establece la CNY 1958 para la denegación del reconocimiento de laudos arbitrales se pueden agrupar entre las que son comprobables de oficio y las que deben ser probadas de parte¹⁴. Con ello se diferencian los aspectos que se tienen que invocar por las partes sin tener la sede

¹¹ Artículo 8 apartado 6º de la Ley 60/2003 de arbitraje (Ley 60/2003, de 23 de diciembre, nº 309, de 26 de diciembre de 2003) y artículo 73 apartado 1º letra c LOPJ; de forma exhaustiva sobre este aspecto, aunque no controvertido en el asunto, A. FERNÁNDEZ PÉREZ, Bosch, 2017, pp. 148-176.

¹² Ley 29/2015, de 30 de julio, de Cooperación jurídica internacional en materia civil, BOE nº 182, de 31 de julio de 2015.

¹³ F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ Y S. SÁNCHEZ FERNÁNDEZ, “Sobre el reconocimiento en España de laudos arbitrales extranjeros anulados o suspendidos en el Estado de origen”, *CDT*, Vol. 8, Nº1, 2016, pp. 111-124, esp. p. 112; M. VIRGÓS SORIANO, “Arbitraje comercial internacional y Convenio de Nueva York de 1958”, *La Ley*, Nº2, 2007, pp. 1682-1691, también disponible en: <https://www.uria.com/documentos/publicaciones/1660/documento/art02.pdf?id=2160> ; Id. “El reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros”, *Revista del Club Español del Arbitraje*, Nº5, 2009, pp. 79-92; *AJPII* Nº6/2007, de 11 de junio de 2007 (ECLI: ES: JPII: 2007: 6º), FJ 2º; FJ 3 párrafo 3º del ATSJ nº 176/2020: “a partir de este marco normativo el auto de este tribunal 43/2020, de 24 de abril, con cita de otros anteriores (AATSJ 127/2011, de 17 de noviembre, nº 67/2014, de 15 de mayo y 172/2016, de 15 de diciembre) ha precisado lo siguiente en orden al enjuiciamiento que nos ocupa: (a) La LA 2003 realiza una remisión al CNY que, para España, tiene presencia y presenta un carácter universal, toda vez que no efectuó reserva alguna a lo dispuesto en su artículo 1º al adherirse al CNY, por instrumento de 12 de mayo de 1977 (BOE 12 Julio 1977) que entró en vigor el 10 de agosto de 1977”.

¹⁴ A.L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Arbitraje privado internacional”, en A.L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (DIRS.), *Derecho del Comercio internacional*, Colex, 2012, pp. 1721-1833; J. C. FERNÁNDEZ ROZAS, “Capítulo 9. Arbitraje Comercial Internacional”, en J. C. FERNÁNDEZ ROZAS, P. A. DE MIGUEL ASENSIO Y R. ARENAS GARCÍA, Justel, 4ª ed., 2013, pp. 718-731; C. ESPLUGUES MOTA, “La aplicación del Convenio de Nueva York por parte de los tribunales españoles”, *Arbitraje comercial y arbitraje de inversiones*, t. 2, 2009 pp. 291-333; *Id.*, “España y el reconocimiento de laudos arbitrales

judicial que entrar a valorarlos de los que sí debe la misma sede judicial hacer un control, aunque las partes lo hayan omitido. Se procede a analizar estas causales en las secciones posteriores.

2. Ausencia de firmeza del laudo arbitral en el Estado de origen y su relación con la anulación del laudo y la *lex arbitri*: el artículo V apartado 1º letra e de la CNY 1958

2.1. Ausencia de firmeza del laudo y procedimientos de reconocimiento

12. Uno de los motivos por los que la parte demandada se opone al reconocimiento del laudo y que el Ministerio Fiscal apoya en su capacidad para intervenir en estos procesos, atribuida por el artículo 54 apartado 6º de la LCJCI, es la falta de “firmeza” del laudo en el Estado de la sede arbitral o de origen.

13. Como se ha manifestado en la Sección anterior, a pesar de que el Ministerio Fiscal considera que es cierto que el laudo no tenía firmeza, la Sala estima que este particular no es óbice para conocer y admitir a trámite la demanda de reconocimiento, porque este hecho es respetuoso con la causal de oposición de la CNY 1958 contenida en el artículo 5 apartado 1º letra e¹⁵. Una causal que debe ser invocada de parte, pero que le corresponde al Tribunal de destino valorarlo a la luz del caso. Y lo que valora es que el laudo no había sido anulado.

14. Aquí se debe destacar que diferencia algo importante. Diferencia ambos procedimientos (exequatur y ejecución) y la situación del laudo, como del procedimiento arbitral y el de anulación sustanciado ante la sede arbitral¹⁶. Esto es que la falta de firmeza no se debe confundir con que no sea un laudo obligatorio para las partes¹⁷. Con ello, se evita que las partes invoquen la causal de falta de firmeza con cierto oportunismo procesal y/o de forma abusiva para que no sea reconocido donde debe producir de forma posterior sus efectos¹⁸.

El reconocimiento del laudo “en proceso de” poder ser anulado en el lugar de la sede arbitral o Estado de origen, no es lo mismo que su ejecución cuando el laudo si ha sido anulado en el país de la sede arbitral¹⁹. Esto es, que una cosa es su firmeza o no y su consideración como laudo anulado en un proceso de reconocimiento y otra diferente en un proceso de ejecución. Si el laudo se ha considerado firme y no ha sido anulado en el Estado de origen, habiendo cumplido con las formalidades de la *lex arbitri* o la ley de arbitraje de dicho Estado durante el procedimiento arbitral entonces si puede procederse a su ejecución²⁰.

extranjeros: ¿banco de prueba para una nueva frontera del arbitraje en Europa?”, 2012, pp. 269-287 (pp. 9-12, versión online) disponible en: https://d1wqtxts1xzle7.cloudfront.net/37697062/Espana_y_el_reconocimiento_de_laudos_arbitrales_extranjeros.pdf?1432199649=&response-content-disposition=inline%3B+filename%3DEspana_y_el_reconocimiento_de_laudos_arb.pdf&Expires=1636995671&Signature=F3wclFGtndaJ1cMzOnkTaj2oVAxTGHf~gJLiDAZDpAhw8uE9NywqNqU8BT651cnO~29w50F3MhpSLnSK98M6pCMNFHfTYx3-GNznWDH~q67KmfRlhgbTU5h4C2lhbJ7AYUEy6Rm1rDxn1zxDA-68r9RL2VCe2RAOnqKpCsC0RE-dOA2IN2k3s4GhqC8PuBHs8SZjgi~hsj3b2nr36itLqnu4IAe5WocsTbNjKNeoguyUScZRtHx5gKqoZfYWenS2PWQ4pcS142HBiZvnSWsVizjkJ7Sz~xOIG0zBlJuf23OfuiNNVugrJmy3LYJ6I~j2fETzP83xvh3jyYV3ETm~Q_&Key-Pair-Id=APKAJLOHF5GGSLRBV4ZA

¹⁵ FJ 4º ATSJ nº 176/2020, puntos 1 y 2; J. C. FERNÁNDEZ ROZAS, “Capítulo 9. Arbitraje Comercial ...”, en J. C. FERNÁNDEZ ROZAS, P. A. DE MIGUEL ASENSIO Y R. ARENAS GARCÍA, ... p. 729, que el autor considera que algunos la han llegado a considerar “facultativa”, y que debe ser probada, correspondiendo al órgano judicial ante el que se ha solicitado la ejecución valorar la prueba aportada.

¹⁶ F. CORDÓN MORENO, “Sobre la terminación por acuerdo de las partes del proceso de anulación del laudo contrario al orden público”, *La Ley Mediación y Arbitraje*, Nº6, 2021, pp. 1-17, esp. pp. 4-5.

¹⁷ J. ISCAR DE HOYOS, “La denegación del reconocimiento de un laudo extranjero con fundamento en la causa del artículo V.1. E de la CNY: Comentario del Auto 3/2017, de 14 de febrero, dictado por el TSJM”, *Revista del Club Español del Arbitraje*, vol. 32, 2018, pp. 109-131, p.124.

¹⁸ J. ALMOGUERA GARCÍA, “El oportunismo en la acción de anulación de laudo”, en C. JIMÉNEZ BLANCO DE CARRILLO ALBORNOZ, *Anuario de Arbitraje*, Aranzadi, 2016, pp. 87-116.

¹⁹ M. J. CASTELLANOS RUIZ, “Exequatur de laudos arbitrales extranjeros en España: Comentario al Auto del TSJ de Murcia de...”, pp. 519-520; E. VEGA BARRERA, “Anulación de laudos arbitrales: el orden público baila en un nuevo escenario en el TSJ de Madrid”, *Diario La Ley*, Nº 9041 (La Ley 11013/2017), Sección Tribuna, 2017, pp. 1-12, p. 1.

²⁰ AAP Madrid, Sección 19, 20 de julio de 2004, nº 6958/2004 (ECLI:ES:APM:2004:6958: A), FJ1º.

15. Se continúa así con la práctica jurisprudencial de los TSJ españoles de esta interpretación de la obligatoriedad y / o firmeza de los laudos extranjeros. En relación con el tenor literal del artículo V apartado 1º letra e de la CNY 1958, la ejecución de un laudo extranjero en el Estado de destino (requerido) no está sometida a su firmeza, sino a su “obligatoriedad”.

La normativa española de arbitraje que coincide en el planteamiento con –la ley de arbitraje panameña²¹, en sus artículos 44 y 45 otorga obligatoriedad y eficacia a los laudos sin ser firmes, pero que han acabado con el procedimiento arbitral en sede arbitral. De hecho, la jurisprudencia española ha realizado una interpretación mucho más detallada y fiel a la redacción de aquellas disposiciones de la CNY 1958 sobre estos motivos de oposición dependiendo de lo que se solicite sobre los laudos. En particular, si se compara con la jurisprudencia francesa como ejemplo, se ha perfilado por los tribunales españoles una lectura más coherente con el precepto y sus objetivos en cuando a los conceptos de laudo eficaz y laudo obligatorio y la problemática del reconocimiento y / o ejecución de los laudos anulados²².

16. En este caso se insiste que el recurso de anulación si fue rechazado por la Sala 4º de Negocios Generales de la Corte Suprema de Panamá. El laudo entonces no ha sido anulado, lo que se quería era declarar su no firmeza en sede judicial. Lo que no está todavía resuelto es el “recurso de reconsideración” sobre dicho fallo que no anuló el laudo, así como la solicitud de aclaración al amparo del artículo 207 de la Constitución de Panamá, en contra de lo establecido en el artículo 68 apartado 7º de la Ley de Arbitraje de Panamá que establece que contra las resoluciones de la Sala 4ª de Negocios Generales de la Corte Suprema²³.

2.2. La presunción de eficacia y obligatoriedad del laudo a la luz de la CNY 1958

17. La CNY 1958 parte de una presunción de eficacia, siempre y cuando la conceda eficacia y obligatoriedad al laudo²⁴. Otra diferente es la ley que eligieron para resolver el fondo del asunto () que fue invocada como aquella que resolvía los problemas de firmeza o no del laudo. Por último, se debe diferenciar la ley que regula el Convenio arbitral como un acuerdo independiente en el contrato²⁵.

18. A efectos de la aplicación de la CNY 1958 que un laudo arbitral no sea firme en el Estado de origen, no significa que no lo sea para este instrumento jurídico²⁶. Los laudos que no son obligatorios son aquellos considerados “interlocutorios” o “aparentes”. Siendo éstos, los que no deben ser reconocidos aplicando el artículo V apartado 1º letra e de la CNY 1958, en relación con el artículo VI, relativo a

²¹ *IBID.*, p. 123; un análisis sobre la normativa de arbitraje panameña, J. C. ARAÚZ RAMOS, *Constitucionalización y justicia constitucional en el Arbitraje Comercial Panameño*, Publicaciones UCM-prints (tesis doctoral inédita), 2014, disponible en: <https://eprints.ucm.es/id/eprint/24527/1/T35113.pdf>, esp. pp. 232 y ss., en relación a como se tramita según la normativa panameña el recurso de anulación de laudos arbitrales dictados en Panamá, que en este Auto se pone de relieve por al parte demandada (FCC) y pp. 365 y ss, sobre las cuestiones constitucionales derivadas del recurso de anulación (dado que también se ha dado noticia en el epígrafe II de este aspecto).

²² *Cf.*, J. ISCAR DE HOYOS, “La denegación del reconocimiento de un laudo extranjero con fundamento en la causa...”, *loc. cit.*, p. 125.

²³ <https://ciarglobal.com/un-amparo-admitido-en-panama-desata-controversia-en-arbitraje-de-fcc/>

²⁴ F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ Y S. SÁNCHEZ FERNÁNDEZ, “Sobre el reconocimiento en España de laudos arbitrales...”, *loc. cit.*; Como también fue invocado por la parte demandada en el ATSJ nº1/2019 de 12 de abril (ECLI:ES:TSJMU:2019:12 A); M. J. CASTELLANOS RUIZ, “Exequatur de laudos arbitrales extranjeros en España: Comentario al Auto del TSJ de Murcia de...”, pp. 518-519. También entendió el TSJ de Murcia que la firmeza o no es irrelevante a efectos de la homologación interna, porque el artículo V, apartado 1º, letra e, considera que se puede denegar el reconocimiento por los dos requisitos siguientes: 1. Si el laudo no fuera aun obligatorio para las partes; 2. Si hubiera sido anulado o suspendido por una autoridad competente del país en que se dictó

²⁵ *Vid.* epígrafe II, *supra*; ATSJ nº176/2020, FJ5º, pto. 3; sobre este complejo particular; S. SÁNCHEZ LORENZO, “Un análisis comparado de la motivación del laudo en el arbitraje comercial internacional”, *Revista de arbitraje comercial y de inversiones*, vol. XI, nº3, 2018, pp. 659-701, esp. pp. 685-687; A. RAJVEER, “Parties’ autonomy in international commercial arbitration”, *Int. J. of Scientific & Engineering Research Volume*, vol. 9, nº19, 2018, pp. 1204-1216; A. HENDERSON, “Lex arbitri, procedural law and the seat of arbitration: Unravelling the Laws of the Arbitration Process”, *Singapore Academy of Law Journal*, vol. 26, 204, pp. 886-910, *inter alia*.

²⁶ *IBID.* Y en la misma línea que la jurisprudencia de esta Sala, FJ 4º, pto. 3º; ATSJ 181/2021, Sala de lo civil y penal, de 22 de marzo 2021 (ECLI:ES:ATSJCAT:2021:181:A).

la firmeza en el momento procesal de la ejecución de los laudos arbitrales (realizando una interpretación teleológica y sistémica del sistema neoyorkino de reconocimiento y ejecución)²⁷.

19. Es cierto que esta causal de denegación se observa de las más controvertidas. Entre sus aspectos más controvertidos se encuentra su interpretación por los tribunales. La Doctrina lo que observa es que con su inclusión en la CNY 1958 se pretendía eliminar el “doble exequatur” que la Convención de Ginebra de 1927 permitía con su redacción²⁸.

20. En España, además, las normas procesales de reconocimiento y ejecución como Estado de destino o sede judicial, juegan un rol relevante en concordancia con lo anterior. Es necesario diferenciar la firmeza que se exige del laudo extranjero en el procedimiento de reconocimiento, de la firmeza que se exige de las resoluciones de tipo judicial a tener de lo dispuesto en la LCJCI²⁹.

Aunque la interpretación literal de esta causal se considera por gran parte de la Doctrina como una facultad otorgada para los jueces del Estado de destino (“sólo denegar el reconocimiento”), no todos los autores consideran que es correcto observarlo de esta forma. Hacerlo así puede dar lugar también a resoluciones de tipo arbitrario³⁰. No obstante, tal y como está redactada la norma procesal en la materia, debe entenderse que en este caso la Sala no lo considera como una facultad sino para diferenciar las exigencias que se requieren en el procedimiento de reconocimiento de los laudos en sede judicial y en cada uno de los momentos procesales y su naturaleza jurídica.

3. Extralimitación de laudo: cuatro causas relacionadas

21. De los FJ 5º al 9º del presente Auto, la Sala dedica a cada uno de ellos la contestación contra el desarrollo de varios motivos de oposición que se resumen en la extralimitación del laudo arbitral. Todos ellos en relación con el contenido del artículo 5 apartado 1º letra c y apartado 2 letras a y b y c de la CNY 1958.

3.1. Indebida extensión a terceros: valoración de la para determinar los efectos del laudo a terceros no signatarios del Convenio arbitral

22. El problema que se plantea aquí es quién es el demandado principal, si el Convenio arbitral se puede extender a terceros que no había firmado el acuerdo que incluía el convenio arbitral, dado que

²⁷ J. ISCAR DE HOYOS, “La denegación del reconocimiento de un laudo extranjero con fundamento en la causa...”, *loc.cit.*, p.124, con cita importante a la jurisprudencia del TS, STS 20 de julio de 2004 y p. 126: “La conclusión que parece desprenderse de la posición de la jurisprudencia francesa es que, en la medida que un laudo es una *sentencia de justicia internacional*, su “obligatoriedad” tiene un alcance global desde que se dicta, mientras que su “eficacia” tiene un alcance de ámbito territorial, y cuyos efectos se van desplegando una vez que la parte interesada solicita su reconocimiento en los distintos Estados”.

²⁸ Así puede ser consultado en la Guía de interpretación, *1958 New York Convention Guide* (UNCITRAL), “Article V (1)(e)”, disponible en: https://newyorkconvention1958.org/index.php?lvl=cmspage&pageid=10&menu=622&opac_view=-1: “3. (...) *The drafters of the New York Convention abandoned the requirements of finality of the award, thereby putting an end to the mechanism of double exequatur while providing that the non-binding nature of the award could still constitute a valid ground for refusing recognition and enforcement.*”; A.L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Arbitraje privado internacional”, en A.L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (DIRS.), *Derecho del Comercio internacional*, Colex, 2012, pp. 1816-1820; M. GÓMEZ JENE, “Doble exequatur del laudo arbitral (Auto de la Audiencia Provincial de Sevilla, Sección 5ª, de 21 de julio de 2011)”, *Revista de Arbitraje comercial e Inversiones*, vol. 5, Nº1, 2012, pp. 264-274, esp. pp. 267-270; J. ISCAR DE HOYOS, “La denegación del reconocimiento de un laudo extranjero con fundamento en la causa del artículo V.1. ...”, *loc.cit.*; C. ESPLUGUES MOTA, “España y el reconocimiento de laudos arbitrales extranjeros: ¿banco de prueba para una nueva frontera del...”, *loc.cit.* p. 9 (versión *online* del artículo).

²⁹ M. J. CASTELLANOS RUIZ, “Exequatur de laudos arbitrales extranjeros en España: Comentario al Auto del TSJ de Murcia de...”, p. 520.

³⁰ Por ejemplo, F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ Y S. SÁNCHEZ FERNÁNDEZ, “Sobre el reconocimiento en España de laudos arbitrales...”, *loc.cit.*, pp. 119-122, p. 122, “(...) el empleo del término “podrá” en el Artículo V del Convenio de Nueva York no es una puerta abierta a la discreción judicial”. De forma muy concreta, para laudos que sí han sido anulados en el Estado de origen o de la sede arbitral.

la empresa española tiene una participación mayoritaria de control sobre una de las empresas mejicanas demandadas, CIMIFEX (en concreto, el 2do acuerdo)³¹. Esto es, un problema de legitimidad pasiva y en base a qué ley debe hacerse tal extensión.

Se invoca la causal de oposición del Artículo V apartado 1, letra c y apartado 2 letra a de la CNY 1958 asimismo también en relación con las formalidades exigidas por el artículo IV de la CNY 1958 por considerar que se ha realizado por el tribunal arbitral una indebida extensión del Convenio arbitral a terceros no signatarios del mismo³².

23. La extensión a terceros no signatarios del Convenio arbitral tiene relación para poder ser analizada de forma correcta con autonomía de la voluntad y la relatividad de los contratos³³. El arbitraje comercial es un procedimiento que se basa en la autonomía de la voluntad de las partes, ratificado en el sometimiento expreso de las mismas al poder arbitral, corolario del Convenio arbitral³⁴. En estos casos, la autonomía de la voluntad se puede manifestar de forma diferente a la escrita mediante comportamientos que hagan prever que las partes no signatarias se han sometido de forma tácita al “Convenio arbitral”.

24. Sobre este particular, tanto la normativa panameña como la española de arbitraje se han adecuado a lo establecido en la Ley Modelo UNCITRAL de arbitraje comercial internacional³⁵. En la misma se establece que la renuncia de cualquier parte involucrada en el proceso arbitral, aún no siendo signataria, pero con clara relación comercial con las signatarias, debe ser “inequívoca, expresa, clara y terminante”. Así se desprende de la jurisprudencia del TC español sobre este extremo³⁶. Esta jurisprudencia admite que los efectos del Convenio arbitral a terceros no signatarios son vinculantes, cuando el tercero haya estado vinculado a la ejecución del contrato y no haya dudas de la misma involucración (apartado 3.1.1). En este asunto, se recuerda esta jurisprudencia y doctrina de la “incorporación por actos de ejecución” a la luz de un criterio anti-formalista de la interpretación que debe hacerse del requisito del artículo II de la CNY 1958, en lo que “acuerdo por escrito” y su extensión a terceros significa³⁷.

25. Esta interpretación realizada por los tribunales sobre la causal establecida en el artículo V apartado 1º nace porque el CNY 1958 guarda silencio sobre ello. Siendo uno de los aspectos donde más problemas de interpretación surgen³⁸. Como manifestó GÓMEZ JENE en su análisis del asunto en el que se aplicó para determinar este particular, la doctrina francesa de “grupos de sociedades”³⁹. Un

³¹ *Vid supra* Epígrafe II.

³² AST de 4 marzo de 2003 (ECLI:ES:TS:2003:2447 A); M. CASADO ABARQUERO, “Extensión del Convenio arbitral a terceros y orden público internacional: comentario al Auto del TSJ del País Vasco (Sala de lo Civil y penal), nº 277/2018, de 7 de noviembre de 2018”, *CDT*, vol. 11, Nº2, 2019, pp. 508-519.

³³ Artículo 1255 CC español y artículo 1106 CC panameño, Gaceta Oficial Digital (Panamá), 28 de agosto de 2007, <https://www.gacetaoficial.gob.pa/pdfTemp/25865/6168.pdf>

³⁴ STC 1/2018, de 18 de enero de 2018, nº34, de 7 de febrero de 2018, pp. 14701-14732, FJ Nº3; STC 176/1996, de 11 de noviembre de 1996.

³⁵ UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration 1985 with Amendments as adopted in 2006, disponible en: https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/19-09955_e_ebook.pdf

³⁶ STC 1/2018, de 18 de enero de 2018, nº34, de 7 de febrero de 2018, pp. 14701-14732.

³⁷ ATSJ nº 51/2012 Sala de lo civil y penal, Cataluña, de 29 de marzo (ECLI:ES:ATSJCAT:2012:103:A), FJ 2 y 3º, mencionando también la interpretación del párrafo 2º del artículo II CNY aprobada por la Comisión de las Naciones Unidas para el derecho mercantil internacional de 7 de julio de 2006, que considera que las comunicaciones electrónicas, uso extendido de forma actual en el comercio internacional, hace que se interprete el requisito del artículo II de la CNY 1959 de forma extensiva a mecanismos que no se han recogido en esta norma, y que son medio aptos para probar que hubo acuerdo entre las partes, incluso no signatarias por no oponerse de forma clara y terminante al Convenio arbitral.

³⁸ M. VIRGÓS SORIANO, “El Convenio Arbitral en el Arbitraje internacional”, *Actualidad Jurídica Uriá Menéndez*, 14, 2006, pp. 14-28, p 16; M. GÓMEZ JENE, “El Convenio arbitral: *Status quo*”, *CDT*, vol. 9, Nº2, 2017, pp. 7-38, esp. pp. 21-25, p. 22, en línea tal jurisprudencia de los TSJ con la jurisprudencia del TJUE en relación al principio de la relatividad de los contratos (artículo 1257 CC); M. CASADO ABARQUERO, “Extensión del Convenio arbitral a terceros y orden público internacional...”.

³⁹ M. GÓMEZ JENE, “El Convenio arbitral:...” , *loc.cit.*; otro asunto interesante y relacionado con la legitimidad pasiva de terceros no signatarios del Convenio arbitral, M. L. PALAZÓN GARRIDO, “La eficacia del acuerdo arbitral y su posible extensión subjetiva en supuestos de sociedades pertenecientes al mismo grupo: Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona 11º 29 abril

asunto que se puede traer a colación como la interpretación del autor porque tiene cierta similitud con el caso de Autos. CIMIFEX pertenecía al grupo de empresas de FCC, en grupos de empresa, –según esta doctrina jurisprudencial–, hay que atender a la jerarquía y estructura operacional, la participación “activa” de la sociedad no firmante del Convenio, y la intención común de las sociedades vinculadas de someterse a arbitraje.

3.1.1. La doctrina de la “incorporación por ejecución de actos” de la Corte Suprema de Panamá como indicio de sumisión a los terceros no signatarios del Convenio

26. Los tres indicios que manifiestan una sumisión al Convenio arbitral por terceros que no eran parte del acuerdo de la teoría de la “incorporación por ejecución de actos”, que puede decirse se ajustan al caso presente son los siguientes⁴⁰:

- i) Que los actos que realiza el tercero estén relacionados con la actividad comercial que ha dado lugar a la firma del Convenio arbitral;
- ii) Que el/los terceros/s haya/n participado en la negociación, celebración, ejecución y/o terminación del contrato que contiene el Convenio arbitral (en el Auto se diferencia entre lo que es el Acuerdo de Socios y el Convenio de Consorcio Constructor);
- iii) Que había una voluntad común de signatarios y no signatarios de considerar al tercero como involucrado en el contrato que contiene la cláusula o compromiso arbitral.

3.1.2. *Lex arbitri*, ley del Convenio arbitral y *lex causae* elegida por las partes

27. Sobre las alegaciones de la demandada que debía haber sido aplicada la ley mejicana que gobernaba el contrato en vez de la se debe realizar una debida diferenciación entre la la ley que regula la validez del Convenio arbitral como acuerdo con autonomía propia y la ley aplicable al fondo del asunto. A pesar de que algunos autores si han considerado que en determinados casos se pueda hacer extensible la a la validez del convenio arbitral porque no es del todo certero que no existe relación entre ambas⁴¹.

Si se aplica la o de la sede, el artículo 16 de la panameña como de este procedimiento arbitral determina las formalidades del Convenio arbitral para que pueda ser considerado válido⁴². No obstante, la duda puede surgir, cuando las partes han elegido una ley en particular para resolver el fondo de la controversia. Esta duda se resume en si es la o la ley material que rige o gobierna el fondo del asunto la que debe ser aplicada para resolver este aspecto⁴³. Al margen habrá que tener en cuenta la ley que rige el

2021”, *La Ley Mediación y Arbitraje*, N°8, 2021, pp. 1-18, esp. pp. 4-6.

⁴⁰ Interpretación que ofrece la Corte Suprema de Panamá según la Sala, FJ 5 pto 4; J. C. FERNÁNDEZ ROZAS, “Sobre la admisión de la separabilidad o de la autonomía de la cláusula arbitral respecto del contrato principal: un test de la práctica panameña”, *Revista de arbitraje comercia y de inversiones*, vol. IX, N°2, 2016, pp. 581-697.

⁴¹ *Ibidem* (LINARES, p. 844) (SÁNCHEZ LORENZO, pp. 41-43, esp. p.43: “(...) en algunas legislaciones arbitrales, un principio tendente a favorecer tanto el negocio como la solución arbitral (principio *pro arbitratione*) ha propiciado la previsión de conexiones o leyes alternativas para determinar la validez del acuerdo arbitral y la arbitrabilidad de la controversia: ley elegida por las partes para regir el convenio arbitral, *la lex causae*, e incluso la *lex arbitri* (artículo 9 apartado 6 LA española; artículo 178 apartado 2° de la Ley Federal Suiza de Derecho internacional privado)”.

⁴² Artículo 16 de la Ley panameña de 131, de 31 de diciembre de 2013, que regula el arbitraje comercial nacional e internacional en Panamá y dicta otra disposición, G.O. 27449-C: “el acuerdo de arbitraje deberá constar por escrito. Se entenderá que el acuerdo es escrito cuando quede constancia de su contenido en cualquier forma, ya sea que el acuerdo de arbitraje o contrato se haya celebrado verbalmente, mediante la ejecución de ciertos actos o por cualquier otro medio”; artículo 9 apartado 3° LA española; J. C. ARAÚZ RAMOS, *Constitucionalización y justicia constitucional en el Arbitraje Comercial...*, *op.cit.* pp. 198-208.

⁴³ En particular, E. LINARES RODRÍGUEZ, “Confirmación de un laudo ineficaz y no ejecutable”, , Vol. V, N°3, 2012, pp. 841-848; S. SÁNCHEZ LORENZO, “Derecho aplicable al fondo de la controversia en el arbitraje comercial internacional”, vol. LXI, N°1, 2009, pp. 39-74.FJ N° 5° pto 1. 3: “Aduce FCC que la legislación mejicana, “aplicable a la resolución de la controversia, y, por tanto, como derecho aplicable al convenio arbitral (...)”;

Convenio arbitral, especialmente si las partes se han sometido a un arbitraje de tipo institucional como era el caso (CCI) y han elegido la sede arbitral (Panamá).

28. Al haber elegido las partes la sede arbitral y el sometimiento al Reglamento CCI, esto tenía que haberse mencionado porque puede cambiar la solución que se hace en el Auto. Otra cosa es que el Reglamento CCI establezca o haga una remisión a la ley de la sede arbitral (la *lex arbitri*) para ser aplicada de forma directa sobre estos aspectos de legitimidad activa y pasiva del Convenio arbitral.

La *lex arbitri* o ley de arbitraje de la sede donde se ha llevado a cabo el procedimiento, en principio, cuando las partes han elegido ley material y la sede arbitral gobernaría otros aspectos de tipo procesal pero no sustantivo, lo que no debería es haberse aplicado de forma directa sin más análisis para valorar la validez del Convenio sobre terceros. Tampoco como alegaba la demandada se tenía que haber aplicado de forma directa la *lex arbitri* que gobierna, fundamentalmente, los derechos y obligaciones de las partes en la controversia, como se hubiera hecho en sede judicial si las partes hubieran determinado someter la controversia a la jurisdicción ordinaria (el principio de separabilidad que se establece también para las cláusulas de sumisión a tribunales)⁴⁴.

29. Ahora bien, en el Auto se observa que la Sala no niega que el fondo estaba regulado por la ley mejicana querida por las partes y establecida en el Convenio arbitral para que los árbitros resolvieran la controversia. Sin embargo, la Sala no determina esta diferencia hecha en el párrafo anterior de forma adecuada a nuestro parecer. No menciona el Reglamento CCI como ley vectora de las formalidades y validez del Convenio en relación con terceros y considera la visión ya superada que será la *lex arbitri* que rijan estos aspectos para saber si se ha realizado una extensión indebida o no, especialmente cuando las partes eligieron una en particular desconectada de la sede arbitral⁴⁵.

3.2. Materias no sometidas a arbitraje y no arbitrables (FJ 6^a y 7^o)

3.2.1. Del FJ 6^o: materias no incluidas en el Convenio arbitral

30. También se consideró que hubo una extralimitación antijurídica de los árbitros al entender que el Convenio arbitral comprendía determinadas controversias que surgieron entre las partes sin estar comprendidas en su alcance, en relación con el “Acuerdo de socios” y el “Convenio colaborador”⁴⁶.

31. La demanda arbitral para resolver la controversia nacida entre las partes se hizo extensiva a cualquier obligación de tipo contractual y extracontractual entre las partes, excluyendo únicamente aquellas cláusulas compromisorias de los contratos que estaban sujetos al arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional de la ciudad de México DF.

Si el Convenio se ha hecho extensible también al conocimiento de materias no contractuales, los árbitros pueden entrar a conocer de dichos actos de responsabilidad extracontractual relacionados con las obligaciones emanadas del acuerdo. No pudiendo entrar los tribunales a valorar el fondo del asunto, puesto que esa no es su misión en relación con el control del arbitraje

⁴⁴ Artículo 9 apartado 6^o LA española; “cuando el arbitraje fuere internacional, el convenio arbitral será válido y la controversia será susceptible de arbitraje si cumplen con los requisitos establecidos por las normas jurídicas elegidas por las partes para regir el convenio arbitral, o por las normas jurídicas aplicables al fondo de la controversia, o por el derecho español”.

⁴⁵ E. LINARES RODRÍGUEZ, “Confirmación de un laudo ineficaz ...”, pp. 843-845, esp. p. 843: “(...) El razonamiento es en extremo forzado, y en modo alguno puede ser asumible si se consideran adecuadamente al contenido y las diferencias que existe entre el Derecho aplicable al fondo de la controversia (o); Derecho aplicable al procedimiento arbitral (o) y Derecho aplicable al convenio arbitral.”

⁴⁶ En particular, como se desprende del FJ 6^o del ATSJ n^o176/2020, de las reclamaciones 19 a 23 de la demanda arbitral, la 19 y 20 que se relacionaba con la supuesta ilicitud del comportamiento de FCC y CIFIMEX como accionistas mayoritarios de COTUCO, la concesionaria de la explotación

3.2.2. Del FJ 7º y el 8º: concepto de arbitrable, no sujeto y no sometido a arbitraje

32. El concepto de “arbitrable” también se trae a colación, siendo interesante su aproximación, muy cercana a lo que VIRGÓS SORIANO ha definido como aquellas materias que el legislador reserva a la competencia de las autoridades judiciales por razones de orden público, fijando los límites del arbitraje⁴⁷.

33. Este motivo de oposición también está vinculado al anterior (artículo V, apartado 1º letra c y apartado 2º letra a de la CNY 1958), aunque lo que se discute es si los árbitros habían hecho una incorrecta aplicación de la ley que resolvía el fondo del asunto, la ley mejicana. En particular, de la “Ley General de Sociedades mercantiles”. Se considera que los problemas relativos a la gestión de CTC, por parte de FCC estaba relacionado con los problemas o controversias derivadas de los Estatutos sociales. Si esto era así, entonces dicha materia no estaba sujeta a este proceso arbitral, no era una de las materias que se había sometido al arbitraje del caso.

34. No obstante, los árbitros si diferenciaron bien lo que el “Acuerdo de Socios” indicaba en relación con qué debía ser arbitrable y lo que la norma mejicana de Sociedades establecía en relación con las relaciones de control internas entre empresas del mismo grupo controladas por el socio mayoritario⁴⁸.

O de otra forma: que no se estima que se habían extralimitado en su facultad para resolver la controversia conociendo de aspectos que sólo la norma de sociedades puede resolver entre los grupos de empresas de la española. En este caso, sólo sirvió a los árbitros para determinar y diferenciar cuales eran los asuntos relativos del grupo de sociedades que se tenían que tener en cuenta para resolver la extensión del Convenio a estas empresas, y las materias que tenían relación con la infracción contractual alegada por la demandante. Desde estas líneas, se puede entender que era necesario acudir a la ley de sociedades mejicana para poder separarlo de la ley aplicable a la controversia contractual⁴⁹.

3.3. Renuncia al arbitraje o la posible ineficacia del Convenio arbitral (invalidez sobrevenida de la cláusula compromisoria).

35. Este motivo que está comprendido en la causal del artículo V, apartado 1º, letra c de la CNY, se alega por la demandada que tiene relación con un procedimiento que se había instado ante la jurisdicción ordinaria en el Estado de Veracruz relativos a materias no comprendidas en el Convenio arbitral. Procedimiento dilucidado con anterioridad al proceso arbitral, y con el que existía identidad objetiva y subjetiva⁵⁰.

36. Sin embargo, lo que se desprende es que hubo un error de forma dado que lo que se debía haber invocado a la luz del artículo V apartado 1º letra a y el artículo II de la CNY 1958, esto es, en consideración de la “invalidez sobrevenida de la cláusula compromisoria de arbitraje” y no la identidad objetiva y subjetiva de las partes. Lo alegado por la parte demandada en este caso descansaba en la renuncia al compromiso arbitral suscrito en el 2004 entre las partes, queriendo convertir con ello al “compromiso arbitral” en ineficaz, pero en sede judicial⁵¹.

⁴⁷ M. VIRGÓS SORIANO, “El Convenio Arbitral en...”, *loc.cit.*, p.27; apartado 3.4.

⁴⁸ S. SÁNCHEZ LORENZO, “Derecho aplicable al fondo de la controversia en el arbitraje comercial...”, pp.44-46.

⁴⁹ p. 45, como dice el autor, es importante deslindar el contenido y alcance material de la elección de por las partes de una También para saber si se sometieron a las normas de DIPr de tal para determinar la ley aplicable a las cuestiones no contractuales.

⁵⁰ Juicio de amparo n° 398/2015/I, seguido ante el Juez Noveno del Distrito de Veracruz, de 24 de abril de 2015, (n° de oficio: 13425). Información sobre dicho procedimiento: <http://transparencia.banobras.gob.mx/wp-content/uploads/2017/08/20150519-GALICIA-ABOGADOS-S.C.-JUICIO-DE-AMPARO-EXP-398-2015-1.pdf> ; acceso al exhorto en el asunto dilucidado ante el Juez Noveno del distrito de Veracruz; <https://www.poderjudicialcdmx.gob.mx/wp-content/uploads/2015/pdfs/exhortos/Abril2015.pdf>

⁵¹ En relación con este particular, E. LINARES RODRÍGUEZ, “Confirmación de un laudo ineficaz y no ejecutable...”, p.844.

3.4. Materia penal no arbitrable

37. El arbitraje tiene límites, y entre estos límites son la disposición o no de ciertas materias que tienen consideración de no ser arbitrables. Esta idea, en puridad, se condensa en que hay ciertas materias que sólo pueden ser conocidas y dilucidadas ante la autoridad judicial que representa el poder jurisdiccional de un Estado y sus límites soberanos.

Este aspecto está emparentado de nuevo con lo que se detalla en el apartado 4º, los límites que el orden público establece en los ordenamientos jurídicos y que el arbitraje debe respetar. Por ejemplo, como lo establece el artículo 4 de la panameña y que laudo reconoce como materias excluidas del control arbitral, entre estas “la responsabilidad penal individual”. Causal de oposición que se encuentra en el artículo V apartado 2º letra a de la CNY 1958: “*la falta de arbitrabilidad del objeto de la controversia*”.

38. Entre las materias que no son arbitrables son las penales. En el caso de Autos, la demandada hace alusión que hay hechos que tenían transcendencia penal o conductas que son presuntamente delictivas, y que se ponen de relieve en relación con el FJ 6º, que los árbitros habían conocido sin tener autoridad para hacerlo.

39. No parece según el escrutinio de la Sala, que los árbitros no diferenciases bien aquellas conductas que podían ser consideradas delictivas, de aquellas que nacieron del incumplimiento de obligaciones contractuales que si estaban incluidas como materias arbitrables en el “compromiso arbitral”. Por ello, los árbitros no se excedieron en su competencia. Lo que sí que hacen los árbitros es establecer cuales son las consecuencias de aquellas conductas que considera han incumplido las demandadas de sus compromisos contractuales. Sin embargo, ni la empresa española ni la mejicana demandadas en este procedimiento de reconocimiento fueron condenadas por ningún hecho delictivo, porque no podían ser condenadas por ello, por ningún tribunal arbitral.

4. La vulneración del orden público

40. Para finalizar, la parte demandada considera que todas las causas que ofrece la CNY 1958 para oponerse al reconocimiento son a la vez una infracción del orden público. Es decir que todas las causales anteriores derivan finalmente en esta causal de oposición relativa al orden público. Podría considerarse como la madre de todas las causales de oposición en este Auto, que se resume como el ⁵².

41. La denegación del reconocimiento del laudo por violación o infracción del orden público viene dada por el artículo V apartado 2º letra b CNY 1958, como causal para oponerse al reconocimiento de un laudo arbitral extranjero ante los tribunales del Estado requerido o de destino, donde el laudo deberá desplegar efectos⁵³. Todo ello relacionado a su vez con el principio de “mínima intervención” de los órganos jurisdiccionales en el control de la validez de los requisitos o formalidades laudo arbitral, que se debe limitar al control de estos requisitos, pero no de enjuiciar el procedimiento arbitral ni hacer un nuevo juicio sobre el fondo del asunto⁵⁴.

⁵² J. C. FERNÁNDEZ ROZAS, “Capítulo 9. Arbitraje Comercial ...”, *loc.cit.*, en J. C. FERNÁNDEZ ROZAS, P. A. DE MIGUEL ASENSIO Y R. ARENAS GARCÍA, p. 731, tiene sentido unificar ambas causales, en cuanto lo que se quiere es preservar un especial interés del Estado. La diferencia entre ambas causales no es baladí, ni sencilla, en cuanto a la arbitrabilidad o no de la controversia.

⁵³ C.M. NORIEGA LINARES, “El orden público procesal y el derecho de defensa en el exequatur del laudo arbitral”, *CDT*, Vol. 13, Nº2, 2021, pp. 836-847; J. C. FERNÁNDEZ ROZAS, “Contravención del orden público como motivo de anulación del laudo arbitral en la reciente jurisprudencia española”, *Revista de arbitraje comercial y de inversiones*, vol. VIII, nº3, 2015, pp. 823-852.

⁵⁴ S. SÁNCHEZ LORENZO, “El principio de mínima intervención judicial en el arbitraje comercial internacional”, *Revista de arbitraje comercial y de inversiones*, vol. IX, nº1, 2016, pp. 13-44, esp. pp. 25-26, y pp. 34-38; F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ Y S. SÁNCHEZ FERNÁNDEZ, “Sobre el reconocimiento en España de laudos arbitrales...”, *loc.cit.*; J. C. FERNÁNDEZ ROZAS, “El Tribunal Constitucional se pronuncia contra la doctrina del TSJ de Madrid fijando el ámbito del orden público y el deber de motivación en el sistema arbitral (STC 1º, 15 de febrero 2021)”, disponible en: <https://fernandezrozas.com/2021/02/18/el-tribunal-constitucional-se-pronuncia-contra-la-doctrina-del-tsj-de-madrid-fijando-el-ambito-del-orden-publico-y-deber-de-motivacion-en-el-sist->

42. De otra parte, habrá que diferenciar de forma correcta el concepto de orden público y su contenido; ¿qué orden público? O, ¿qué concepto de orden público se aplica en estos procedimientos?; ¿cuál es la vertiente del orden público que la demandada invoca en sus causas de oposición? No existe un concepto autónomo del orden público en la CNY 1958, o cómo debe interpretarse si se aplica este instrumento jurídico. Con ello, los tribunales del Estado requerido deben motivar sus resoluciones a la luz del concepto de orden público que se ofrece en su Estado⁵⁵. Este concepto de orden público puede o no coincidir con el orden público procesal o sustantivo de la sede donde tuvo lugar el arbitraje o el de la (Panamá)⁵⁶.

43. La Sala considera que para aclarar si existió dicha infracción al orden público en el procedimiento de reconocimiento (orden público procesal), hay que acogerse a la Doctrina del Tribunal Constitucional español sobre el orden público desde sus inicios y extrapolarlo a la materia que aborda, –el arbitraje internacional–, en base a la interpretación del artículo 41 apartado 1º letra f de la LA que establece como la normativa internacional, la denegación del laudo por motivos de orden público⁵⁷.

En el caso particular, a la consideración del orden público y la anulación de laudos⁵⁸, considerando la reciente STC nº46/2020. Una STC que ha sido un antes y un después para el arbitraje. También vinculado con la jurisprudencia anterior en la materia dictada por la misma Sala, el ATSJ nº43/2020, de 24 de abril⁵⁹.

44. Para resumir la complejidad y alambicado de dicha doctrina del TC español se hace una clara y necesaria diferenciación entre lo que se considera el orden público (del conjunto de formalidades y principios del ordenamiento jurídico procesal español-infracciones al o el artículo 24 de la CE).

Y de otro lado, el orden público. Aquel que nace de la interpretación del conjunto de principios jurídicos públicos, privados, políticos, morales y económicos, que son obligatorios para la conservación de la sociedad de un pueblo y una época determinada. El orden público se convierte de esta forma en un corrector⁶⁰. En el caso de autos se hace referencia a ambas vertientes, el orden público procesal y el sustantivo⁶¹.

De otra parte, –a la luz de lo que un sector mayoritario de la Doctrina estima–, habrá que diferenciar entre el orden público interno y el internacional, e incluso el europeo, si se atiende a una her-

ema-arbitral-stc-1a-15-febrero-2021/ ; STC, Sala Primera, nº 17/2021, de 15 de febrero de 2021 nº69, de 22 de marzo de 2021, FJ 2; “(...) Dicho de otro modo, el posible control judicial del laudo y su conformidad con el orden público no puede traer como consecuencia que el órgano judicial supla al tribunal arbitral en su función de aplicación del Derecho. Tampoco es una segunda instancia revisora de los hechos y de los derechos aplicables en el laudo, ni un mecanismo de control de la correcta aplicación de la jurisprudencia (...)”; C. ESPLUGUES MOTA, “España y el reconocimiento de laudos arbitrales extranjeros...”, *loc.cit.*, p. 14.

⁵⁵ M. J. CASTELLANOS RUIZ, “Exequatur de laudos arbitrales extranjeros en España: Comentario al Auto del TSJ de Murcia de...”, p. 524.

⁵⁶ M. RUBINO SAMMARTANO, “El arbitraje y el orden público”, vol. IX, Nº2, 2016, pp. 459-463, definido el orden público como el por su complejidad y la dificultad en definir sus límites, pp. 462-463.

⁵⁷ Al igual que la CNY 1958, pero para arbitrajes internos o cuando sea de aplicación la LA, el legislador español considera que puede ser motivo de oposición al reconocimiento y denegación de este, el hecho que se haya dictado en contra del orden público (art. 41 apartado 1º letra f); tampoco se encuentra en la normativa interna ninguna definición del orden público, siendo un concepto que ha sido analizado por la doctrina y la jurisprudencia de múltiples formas, E. VEGA BARRERA, “Anulación de laudos arbitrales...”, *loc.cit.*; C. JIMÉNEZ BLANCO DE CARRILLO ALBORNOZ, “El orden público como excepción al reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros”, *Spanish Arbitration review: Revista del Club Español del Arbitraje*, Nº 8, 2010, pp. 73-95; J. C. FERNÁNDEZ ROZAS, “Contravención del orden público como motivo de anulación del laudo arbitral en la reciente...”, *loc.cit.*

⁵⁸ *Vid.* STC 46/2020, Sala Primera, de 15 de junio de 2020, BOE nº 196, de 18 de julio de 2020, pp. 53596-53610; R. HINOJOSA SEGOVIA, “El Tribunal Constitucional delimita el concepto de “Orden Público” en la anulación de los laudos arbitrales: Comentarios a la STC 46/2020, de 15 de junio”, *El notario del s. XXI*, Nº 93, disponible en: <https://biblioteca.abogacia.es/Record/Xebook1-35368/t/el-tribunal-constitucional-delimita-el-concepto-de-orden-publico-en-la-anulacion-de-los-laudos-arbitrales-comentario-a-la-stc-46-2020-de-15-de-junio-rafael-hinojosa-segovia>; J. C. FERNÁNDEZ ROZAS (COORD.), *El proceso arbitral en España a la luz de la Doctrina del Tribunal Constitucional*, Wolters Kluwer, 2021; L. A. LÓPEZ ZAMORA, “Comentarios sobre el orden público internacional en sede arbitral internacional, su funcionalidad y su interrelación con el Derecho internacional público”, *CDT*, Vol. 10, Nº2, 2018, pp. 516-535.

⁵⁹ ATSJ Cataluña nº 478/2020, Sala de lo Civil y Penal, de 24 de abril de 2020, (ECLI:ES:TSJCAT: 2020: 478 A), FJ 5º.

⁶⁰ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Orden público internacional y externalidades negativas”, *Boletín del Ministerio* nº 2065, 2008, pp. 2351-2378.

⁶¹ ATSJ nº 176/2021, FJ 11, punto 3 (invocación por la parte demandada de infracción de orden público español procesal, artículo 24 CE) y puntos 4, 5, 6 y 7 (vulneración del orden público material).

menéutica de los principios jurídicos emanados del ordenamiento jurídico de la UE que influyen en el ordenamiento jurídico español⁶².

45. Lo que la Sala viene a decir en este FJ último de las causales de denegación invocadas y que coincide con la interpretación del artículo V apartado 2 letra b de la CNY 1958, ya ofrecida en jurisprudencia anterior, es que no se puede denegar el reconocimiento de un laudo en base a esta causal, porque la mera o aparente contrariedad del laudo con el orden público, no comporta una exclusión automática de su eficacia.

Esto es, que como se ha venido poniendo de relieve por la jurisprudencia española, el recurso al orden público como causal de denegación del reconocimiento de laudos arbitrales, debe ser invocado de forma excepcional y no puede hacerse de forma estratégica o abusiva, permitiendo con ello un abuso procesal y una excesiva injerencia del poder jurisdiccional en el arbitraje, entrando a valorar aspectos de fondo que no le corresponde a los tribunales analizar ni hacer el doble juicio no querido por el legislador internacional ni el doméstico⁶³.

IV. Reflexiones finales

44. El ATJS nº 17672021 comentado no se aleja, en ninguno de sus aspectos relativos a las causales de oposición al reconocimiento de laudos arbitrales extranjeros ante los tribunales españoles, de la jurisprudencia anterior emanada por la misma Sala, el Alto Tribunal y el TC.

Es un Auto interesante que navega todas las causales de denegación y que, –de forma sucinta–, explica las teorías jurisprudenciales que han ido generándose sobre los puntos controvertidos y sombras que genera la interpretación de los silencios y no silencios de las disposiciones de la CNY 1958.

Por ello, las conclusiones más destacadas a las que se llega de este pronunciamiento del TSJ catalán son las siguientes:

45. *Sobre la firmeza y obligatoriedad de los laudos arbitrales y procesos de reconocimiento.* - La falta de no se constituye un motivo de razón para denegar el exequatur y el reconocimiento de un laudo arbitral extranjero.

Los laudos y procedimientos arbitrales que han cumplido con las formalidades exigidas determinadas en la CNY 1958, atendiendo a la del Estado de la sede arbitral y ponen fin al procedimiento arbitral son laudos que vinculan a las partes, sean laudos firmes o no, porque siguen siendo eficaces. No deben ser confundidos con la “obligatoriedad” del laudo. Habida cuenta que tanto el procedimiento de arbitraje que pone fin a la controversia y el procedimiento de solicitud de anulación arbitraje son diferentes.

Con ello se evita que se produzca un “doble exequatur”, querido por el legislador del sistema neoyorkino, cuando se reformó esta causal en el sistema de Ginebra de reconocimiento de laudos arbi-

⁶² Son numerosas las obras que hacen acopio del problemático concepto del orden público y sus vertientes, no sólo como causal de denegación de reconocimiento de laudos arbitrales, entre algunas de estas obras, pueden citarse, S. ALVÁREZ GONZÁLEZ, “¿Orden público europeo versus orden público internacional de cada Estado?, en N. BOUZA VIDAL, C. GARCÍA SEGURA, A.J. RODRIGO HERNÁNDEZ Y P. PAREJA ALCARAZ (COORDS.), Tecnos, 2015, pp. 146-181, esp. pp. 150-154; y en el arbitraje, M. RUBINO SAMMARTANO, “El arbitraje y el orden...”, p. 463; I. ESPINOSA SANABRIA, “La incidencia del orden público internacional en el arbitraje comercial internacional”, , 2020, disponible en: <https://repositorio.comillas.edu/xmlui/bitstream/handle/11531/38579/LA%20INCIDENCIA%20DEL%20ORDEN%20PUBLICO%20INTERNACIONAL%20EN%20EL%20ARBITRAJE%20COMERCIAL%20INTERNACIONAL%20-%2020201506864.pdf?sequence=1> ; J. M. SUÁREZ ROBLEDANO, “Hacia un concepto único del orden público en el arbitraje: la seguridad jurídica”, , vol. IX, Nº2, 2016, pp. 435-458, p. 441: “Pero, como los principios fundamentales del ordenamiento de la UE están contemplados, asimismo, en los ordenamientos internos de los Estados miembros, necesariamente esos principios y normas deberían formar parte del orden público europeo (...)”; A.L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “and Private International Arbitration”, , vol. 12, Nº1, 2020, pp. 66-85; J. C. FERNÁNDEZ ROZAS, “El orden público del árbitro en el arbitraje comercial internacional”, 2/2017, disponible en: <https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/1306.pdf> ; M. CASADO ABARQUERO, “Extensión del Convenio arbitral a terceros y orden público internacional: ...”, *loc.cit.*, pp.515 y ss; M. J. CASTELLANOS RUIZ, “Exequatur de laudos arbitrales extranjeros en España: Comentario al Auto del TSJ de Murcia de...”. p. 523.

⁶³ *Ibid* (CASTELLANOS RUIZ); J. C. FERNÁNDEZ ROZAS, “Contravención del orden público como motivo de anulación del laudo arbitral en...”, *loc.cit.*

trales de 1927. Este sistema anterior consideraba que si el laudo no había obtenido una declaración de ejecutividad en el país de origen de la sede del arbitraje, no se podía solicitar su reconocimiento en el Estado requerido. Vuelve, una vez más, la Sala de lo Civil y Penal del TSJ catalán a recordar que este “doble exequatur” Y porque no es de aplicación el tenor literal del requisito de la firmeza establecido en el artículo 41 y siguientes de la LCJCI, reservado sólo a resoluciones judiciales (firmes).

En relación con los procesos de anulación del laudo en el Estado de origen si finalmente sus tribunales declarasen el laudo nulo, entonces habrá que diferenciar lo establecido en el artículo V, para los procesos de reconocimiento y lo establecido en el artículo VI, para los de ejecución del laudo. Diferenciación y precisión que deben realizarse para invocar las diferentes causales en el debido y oportuno momento procesal de forma correcta.

46. De la extensión de Convenio arbitral y sus efectos a terceros (*ratione personae*).- El Convenio arbitral (cláusula compromisoria) solo puede vincular a las partes en el ejercicio de su autonomía de la voluntad. No obstante, es posible hacer una extensión de sus efectos a terceros no signatarios. Un aspecto muy relevante que ni la CNY 1958 ni la normativa interna de arbitraje han aclarado en su articulado de forma expresa, pero que la jurisprudencia española del Alto Tribunal y de los TSJ han ido generando una suerte de doctrina que se manifiesta en este Auto, sin alejarse de la misma.

Esta doctrina considera que es posible la extensión a terceros no signatarios del Convenio arbitral cuando no haya duda de que hayan participado de forma directa en la ejecución de los actos del contrato u obligaciones contractuales que están vinculadas al Convenio arbitral. En base a la teoría de la “incorporación por ejecución de actos” que se muestra como la doctrina adecuada para despejar la duda de dicha participación de un tercero en la ejecución del contrato que incluye dicho compromiso arbitral. Siendo diferenciado de las obligaciones contractuales emanadas del contrato gobernadas por la *lex causae*.

47. Sobre la función de la *lex arbitri*, la ley que rige el Convenio arbitral y la ley que rige el fondo del asunto (*lex causae*).- La *lex arbitri* debe ser diferenciada de la ley aplicable al fondo del asunto que las partes, –ejerciendo su autonomía de la voluntad,– escogieron para resolver la/s controversia/s, y de la ley que regula el Convenio arbitral. Todas ellas con funciones diferenciadas. Aunque también es un aspecto controvertido, especialmente en aspectos como la nulidad o validez del compromiso arbitral, así como de la eficacia del laudo arbitral sobre terceros no signatarios del Convenio arbitral.

De otro lado, no está probado que la *lex arbitri* nunca tenga la capacidad de gobernar el Convenio arbitral como acuerdo independiente dentro del contrato donde se incluyó. Según la Doctrina esta controversia está superada o debería. Es cierto que tampoco la misión de los tribunales en el arbitraje no se corresponde como se conoce en resolver el fondo del asunto o entrar a valorar al mismo, sino tal como establece la CNY 1958 y la Ley Modelo de la UNCITRAL valorar que el laudo se dictó en cumplimiento de una serie de garantías y requisitos. Por ello, la diferencia y relaciones que puedan tener entre sí es necesaria para aclarar las funciones que cada una representa en sede arbitral y sede judicial y no dar lugar a una confusión que lidere en resoluciones poco respetuosas con la normativa internacional de arbitraje.

48. Sobre el concepto del orden público.- Por último, el recurso al orden público en sus dos vertientes, la procesal y sustantiva, debe ser analizado por la Salas de lo civil y penal de los TSJ de forma pormenorizada, como vienen realizando. Los TSJ suelen no otorgar el reconocimiento en caso de que existiera una flagrante infracción del orden público, pero no una mera o aparente contrariedad. Al no existir un concepto de orden público “autónomo” dado en la CNY 1958, los tribunales de destino se tienen que acoger al concepto de su jurisprudencia en particular.

Debe primar el respeto al orden público como recurso invocable con carácter excepcional y corrector, no debiendo invocarse como un resorte con el que se pueda de forma recurrente escapar de lo establecido en sede arbitral, queriendo hacer un doble juicio en sede judicial. Por ello, se ha reforzado aún más su interpretación a través de la reciente jurisprudencia constitucional, precisamente en materia de laudos anulados, considerando que pueden extralimitarse los tribunales de destino si entran a resolver el fondo del asunto en procedimientos arbitrales, cuando deniegan el reconocimiento de laudos arbitrales sobre la consideración que el fondo del asunto es contrario al orden público.