

# Laudo arbitral extranjero y orden público internacional. El desafío

## Foreign arbitral award and international public policy. The challenge

CARMEN MARÍA NORIEGA LINARES

*Doctoranda en Derecho por la Universidad de Murcia*

*Letrada colegiada ejerciente del Ilustre Colegio de Abogados de Murcia*

Recibido:01.12.2022 / Aceptado:18.01.2023

DOI: 10.20318/cdt.2023.7581

**Resumen:** El auto del TSJ de Madrid de 5 de mayo de 2022 permite estudiar diversos aspectos clave para otorgar o denegar el reconocimiento del laudo arbitral. El hecho de que la parte demandada se ausente tanto del procedimiento arbitral como del exequatur podría parecer que reviste importancia para activar el orden público internacional, pero, ¿realmente importa? Tal vez aquello que inclina la balanza en favor de la denegación es la posición que se le atribuye a la demandada y no su presencia, o existan otras causas. Por ello, hay que tener muy claro cuáles son las leyes aplicables a este procedimiento, qué lo diferencia de otros similares y qué debe contener el laudo para que el orden público internacional haga su aparición o no. Y todo ello se estudia en este trabajo.

**Palabras clave:** Ley de Arbitraje. Convenio de Nueva York. Ley de Cooperación Jurídica Internacional. Consumidores. Motivación del laudo. Ausencia del demandado. Orden Público Internacional. Acción de anulación. Equivalente jurisdiccional. Cláusula abusiva en el arbitraje. Arbitrabilidad.

**Abstract:** The judicial order of the TSJ of Madrid of 5th May 2022 allows to study several key aspects to grant or deny the recognition of the arbitral award. The fact that the respondent is absent from both the arbitration proceedings and the exequatur might seem to be of importance in order to trigger international public policy, but does it really matter? Perhaps what tips the balance in favor of refusal is the position attributed to the respondent and not its presence, or maybe there are other reasons. Therefore, it is necessary to be very clear about which laws are applicable to this procedure, what differentiates it from other similar ones and what the award must contain in order for international public policy to make its appearance or not. And all this is studied in this paper.

**Keywords:** Arbitration Law. New York Convention. International Legal Cooperation Act. Consumers. Motivation of the award. Absence of the respondent. International Public Policy. Action for annulment. Jurisdictional equivalent. Abusive clause in arbitration. Arbitrability.

**Sumario:** I. Tres reglamentaciones con un mismo destino: el exequatur del laudo. II. La ausencia voluntaria del demandado en los distintos procedimientos. 1. Incomparecencia en el procedimiento arbitral. 2. Incomparecencia en el procedimiento de *exequatur*. III. Cuestiones planteadas en el voto particular. 1. Acción de anulación vs. Reconocimiento del laudo. 2. Motivación del laudo. 3. Consumidores en el arbitraje y orden público internacional. IV. La auténtica causa de denegación: la arbitrabilidad. V. Conclusiones.

## I. Tres reglamentaciones con un mismo destino: el *exequatur* del laudo

1. El presente texto se basa en el estudio del auto del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 5 de mayo de 2022<sup>1</sup>. El auto se dicta como consecuencia de un procedimiento de reconocimiento de un laudo arbitral emanado de la Corte Internacional de Arbitraje de Londres y que se pretende hacer válido y ejecutable en España. Sin embargo, antes de entrar en mayores consideraciones, se hace necesario tratar la cuestión relativa a la ley aplicable al *exequatur* de laudos extranjeros para evitar cualquier confusión.

2. Las tres normas que el propio auto indica como aplicables son el Convenio sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, hecho en Nueva York, de 10 de junio de 1958 (CNY en adelante), la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje (LA en adelante) y la Ley 29/2015, de 30 de julio, de Cooperación Jurídica Internacional (LCJI en adelante)<sup>2 3 4</sup>. La importancia que reviste tratar esta cuestión es, sobre todo, por el desconcierto que parece generar en el ámbito judicial la aplicabilidad del CNY. En el Fundamento de Derecho Segundo del auto se estipula que los requisitos formales se comprobarán a la luz del CNY “(...) - aplicable por expresa referencia del art. 46.2 de la LA- (...)”.

3. Esta dicción no tendría mayor relevancia si fuese un hecho puntual y aislado, pero como no es la primera vez que en un auto de reconocimiento de un laudo se considera aplicable el CNY porque “así lo indica la LA”, es imperante dar un poco de luz a la cuestión. En la nota 2 se ha referenciado al CNY con el instrumento mediante el cual España se adhirió al mismo y que consta en el BOE. Pues bien, el art. 96.1 de la Constitución Española señala que “(l)os tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno.”<sup>5</sup>

4. A pesar de que la Constitución hable únicamente de tratados, no significa que se deba tomar de manera literal, ya que “(e)llo no significa que resulte imposible la introducción de otras normas internacionales, sino más bien que la integración de las mismas habrá de verificarse en los términos previstos en los tratados de los que deriven, siempre y cuando éstos formen parte del ordenamiento español. La expresión “tratado” no comprende todas las posibles normas internacionales. El artículo 2.1.a) del Convenio de Viena sobre Derecho de los Tratados, de 1969, define al tratado como “un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el Derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos, y cualquiera que sea su denominación particular”<sup>6</sup>.

5. Por tanto, dentro del concepto de tratado se deben incluir todos los instrumentos internacionales celebrados entre Estados, que consten por escrito y que se rijan por el Derecho internacional, tengan la nomenclatura que tengan. Esto se debe a que “la mayoría de nuestros constitucionalistas más preclaros (y no sólo ellos) no han prestado la atención que viene reclamando el Derecho Internacional como fuente de producción de normas, quizás porque todavía lo siguen considerando, de manera inconsciente, periférico respecto del ordenamiento interno”<sup>7</sup>. Pero es innegable que el Derecho Internacional también influye en el Derecho interno, hecho reconocido incluso por la Constitución.

<sup>1</sup> ATSJ Madrid 221/2022, de 5 de mayo de 2022. (ECLI:ES:TSJM:2022:221A)

<sup>2</sup> Instrumento de Adhesión de España al Convenio sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras, hecho en Nueva York el 10 de junio de 1958. BOE núm. 164, de 11 de julio de 1977, págs. 15511-15512. (BOE-A-1977-15727).

<sup>3</sup> Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje. BOE núm. 309, de 26 de diciembre de 2003. (BOE-A-2003-23646).

<sup>4</sup> Ley 29/2015, de 30 de julio, de Cooperación Jurídica Internacional en materia civil. BOE núm. 182, de 31 de julio de 2015, págs. 65906-65942. (BOE-A-2015-8564).

<sup>5</sup> Constitución Española. BOE núm. 311, de 29 de diciembre de 1978. (BOE-A-1978-31229).

<sup>6</sup> J.L. REQUEJO PAGES. “Consideraciones en torno a la posición de las normas internacionales en el Ordenamiento español”. *Revista Española de Derecho Constitucional*. Año 12. Núm. 34. Enero-abril 1992. Págs. 41-66. Ref. Pág. 48.

<sup>7</sup> S. SÁNCHEZ y P. MELLADO. *La Constitución democrática española y sus fuentes*. Madrid, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces S.A., 2003, p. 217

6. Además se dice que “*la eficacia de los tratados en el Derecho internacional privado español deriva de los cauces habituales de las denominadas “relaciones de sistemas”. Junto a los artículos 93 a 96 de la CE, y el artículo 1. 5 del Código civil en tanto que mecanismos de base de la integración de las normas internacionales en el Derecho interno, hay que tener en cuenta que existen en el Derecho internacional privado español numerosas cláusulas de remisión a los tratados internacionales*”<sup>8 9</sup>, por lo que al integrarse en el ordenamiento jurídico español se convierten en ley aplicable en todo su territorio.

7. Asimismo, el Tribunal Constitucional indicó, en relación con los tratados internacionales, que éstos “*(...) se inserta(n) en la clasificación del artículo 94 de la Constitución española, (y mientras que no hayan) (...), institucionalmente, denunciado estipulaciones contrarias a la propia Constitución ni procedido conforme al artículo 95 de la misma, y, una vez publicado oficialmente el tratado, (éste) forma parte del ordenamiento interno.*”<sup>10</sup> Por lo que el Tribunal Constitucional considera que los tratados formarán parte del Derecho interno una vez que se hayan publicado en el BOE.

8. Si bien todo el razonamiento seguido es cierto, hay quien considera que es innecesario. Esto se debe a que “*(l)as normas contenidas en los Tratados obligan a España desde su entrada en vigor en el orden internacional en la fecha pactada por las Partes y en cuanto tales tratados son fuente directa y plenamente eficaces en el derecho interno, una vez publicados oficialmente, siendo susceptibles de crear por sí mismos derechos y obligaciones directamente exigibles por los particulares e invocables ante los órganos judiciales y administrativos*”.<sup>11</sup> Lo anterior se debe a que los tratados internacionales “*En cuanto tal norma internacional, su primacía sobre el derecho interno se sustenta en el propio derecho internacional y no depende de un reconocimiento al efecto por parte de la Constitución*”.<sup>12</sup>

9. Sea como fuere, lo cierto es que el CNY tiene entidad por sí mismo para ser aplicado con preferencia sobre las normas nacionales. Por ello, la dicción que considera aplicable el CNY por remisión de la LA es del todo inútil, ya que incluso sin esa referencia por parte de la normativa interna se debería aplicar el CNY con preferencia y, en todo lo no regulado por él, se acudiría a la ley nacional. Eso se debe a que la norma nacional es supletoria de la internacional, es decir, completa y complementa la norma internacional.

10. Ahora la cuestión es dilucidar cuándo se utiliza una regulación u otra pues, al principio del epígrafe se ha dicho que en el auto se habla de tres regulaciones distintas que son aplicables al reconocimiento y ejecución del laudo extranjero. Por lo que al CNY respecta, éste trata los aspectos básicos y esenciales que se deben apreciar para otorgar o denegar el reconocimiento y ejecución de un laudo arbitral (art. I CNY). A lo largo de su articulado, que no es muy extenso, se establece el régimen general para la declinatoria cuando las partes hayan acordado acudir a arbitraje (art. II.3 CNY); la documentación que se debe acompañar junto con la demanda (art. IV CNY); las causas de denegación del reconocimiento y ejecución (art. V CNY); y qué sucede cuando se solicita la anulación o suspensión del laudo (art. VI CNY), entre otros.

11. Por su parte, la LA regula el procedimiento arbitral en España (art. 1 LA), determina qué materias pueden ser objeto de arbitraje (art. 2 LA), así como los requisitos necesarios para considerar un

---

<sup>8</sup> **Art. 1.5 CC:** “5. Las normas jurídicas contenidas en los tratados internacionales no serán de aplicación directa en España en tanto no hayan pasado a formar parte del ordenamiento interno mediante su publicación íntegra en el “Boletín Oficial del Estado””

<sup>9</sup> J.C. FERNÁNDEZ ROZAS. “Normas de Derecho internacional privado: Capítulo IV del Título Preliminar del Código Civil”. *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*. (M. ALBALADEJO y S. DÍAZ ALABART, eds.), Tomo I, vol. 2, Jaén, Edersa, 1995. Págs. 1–95. Ref. Pág. 71.

<sup>10</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 66/1982, de 12 de noviembre. FJ. 5 *in fine*. (ECLI:ES:TC:1982:66)

<sup>11</sup> A. MANGAS MARTÍN. “Las relaciones entre el derecho internacional y el derecho español” *Cuadernos de derecho judicial*. 1994. Núm. 11, Págs. 9-37. Ref. Pág. 18

<sup>12</sup> A. MANGAS MARTÍN. “Las relaciones entre el derecho internacional y el derecho español” (...) Ref. Pág. 21

arbitraje internacional (art. 3 LA). A lo largo del texto se recogen aspectos procesales y formales tanto del procedimiento de arbitraje, ya sea su sustanciación o su terminación; también se regulan cuestiones relativas a los árbitros, tales como su capacidad, forma de elección, recusación, competencia, etc.

12. La LA se caracteriza “(i) por ofrecer un amplio reconocimiento a la autonomía de la voluntad de las partes para diseñar su propio procedimiento; (ii) por calificar de forma novedosa los arbitrajes que deben considerarse internacionales (...); (iii) por establecer una regulación flexible de las notificaciones; (iv) por limitar la intervención de los tribunales de justicia sobre el arbitraje; (v) por prever una regulación también flexible de la forma del convenio arbitral; (vi) por reconocer la potestad de los árbitros para decidir sobre su propia competencia y para adoptar medidas cautelares; y, por fin, (vii) por reconocer expresamente la aplicación de la *lex mercatoria* al fondo de la controversia”<sup>13</sup>. Sin embargo, escapan de su marco de aplicación los arbitrajes laborales y los de consumo.

13. Finalmente, la LCJI “(...) no sólo ha supuesto una modificación sustancial del mismo procedimiento de *execuátur*. Ha supuesto también la introducción en el sistema procesal aplicable al reconocimiento del laudo de una distinción clara entre reconocimiento y *execuátur*. Se trata, en definitiva, de una actualización de los distintos modos –ya regulados en diversos Reglamentos europeos– en los que tanto el reconocimiento como el *execuátur* del laudo arbitral pueden hacerse valer.”<sup>14</sup>

14. Por tanto, a pesar de que las tres legislaciones se refieren al reconocimiento del laudo arbitral, cada una regula una cuestión distinta. El CNY trata las cuestiones mínimas que deben observarse para el reconocimiento del laudo y es tarea de las leyes nacionales, en el caso español de la LA, completar todos aquellos matices que no han sido establecidos por el Convenio. Ambas leyes versan mayoritariamente sobre cuestiones materiales, aunque haya artículos que versen sobre temas procesales<sup>15</sup>. Por su parte, la LCJI regula únicamente los aspectos procesales del procedimiento de *execuátur*.

## II. La ausencia voluntaria del demandado en los distintos procedimientos

15. En el auto del TSJ de Madrid, sobre el que versa el presente texto, se plantea la cuestión de la rebeldía del demandado tanto en el procedimiento arbitral como en el procedimiento judicial. Se plantea previamente el Tribunal si esa ausencia del demandado se debe a una notificación defectuosa por parte de alguno de los órganos encargados de dirimir la cuestión, o si se trata de una situación que ha sido propiciada por la propia demandada.

16. A este respecto, el TSJ cita jurisprudencia del Tribunal Constitucional (TC en adelante) donde se expone, en relación con los órganos jurisdiccionales, que antes de acudir a la notificación por edictos el órgano judicial deberá aplicar todos los medios a su alcance para lograr la correcta notificación del procedimiento. Añade, además, con un extracto de la Sentencia del Tribunal Constitucional 121/1996, de 8 de julio, que “(...), el deber de diligencia del órgano judicial no debe entenderse en términos tan amplios como para excusar la propia negligencia del destinatario de la comunicación (SSTC 80/1996, 81/1996 y 82/1996) o un comportamiento del mismo contrario a la buena fe (SSTC 78/1993, 100/1994, 227/1994 y 160/1995, por todas).”

17. En relación con el régimen de notificaciones en el procedimiento arbitral no dice nada, únicamente se limita a expresar que “(...) tampoco se advierte vulneración alguna, en cuanto a la tramitación del procedimiento arbitral, en el que la parte demandada, de igual manera, no compareció. (...) El Laudo, expresamente señala que: “... la parte demandada no participó en el arbitraje, a pesar de que

<sup>13</sup> M. GÓMEZ JENE. *Arbitraje Comercial Internacional*. Primera edición, 2018. Ed. Civitas. Ref. Pág. 85.

<sup>14</sup> M. GÓMEZ JENE. *Arbitraje Comercial Internacional*. Ref. Pág. 453.

<sup>15</sup> Por ejemplo, el art. 37 LA establece el plazo, forma, contenido y notificación del laudo.

*el Tribunal la invitó en numerosas ocasiones; del mismo modo, tampoco estuvo representada mediante asistencia legal.*”. Asimismo, señala el auto que “*El Tribunal arbitral tuvo, respecto de la demandada, como domicilio, el que proporcionó: una dirección en Armenia (...)*”. Continúa con la exposición de los actos de comunicación llevados a cabo por el tribunal arbitral, los cuales se efectuaron tanto de manera telemática como por correo.

**18.** Sobre las notificaciones en el procedimiento judicial doctrina y jurisprudencia han tratado en suficiente profundidad la cuestión, por lo que es innecesario ahondar más en esa cuestión, por lo que al objeto de estudio que ocupa este texto se refiere. Basta señalar lo que el propio Tribunal indica en el auto al remitirse a la doctrina del TC y lo que se ha expresado unas líneas más arriba.

**19.** En cuanto a la problemática sobre notificaciones efectuadas en el procedimiento arbitral, ya se ha tratado el tema con mayor extensión en un artículo previo<sup>16</sup>. En el auto indica el TSJ que “*La parte demandada, al suscribir el contrato de préstamo, en el que se contenía la cláusula compromisaria, no podía desconocer que los conflictos que pudieran aparecer, en relación al cumplimiento del contrato, se dilucidarían ante el Tribunal de arbitraje internacional de Londres.*” Si se pone esto en relación con lo dicho en ese artículo precedente, se puede concluir que, efectivamente, las partes pueden acordar someter sus diferencias a arbitraje, pues la autonomía de la voluntad les confiere esa potestad.

**20.** Sin embargo, el hecho de que tengan libertad para acordar un extremo u otro, que sepan desde que firman el acuerdo arbitral cuál será el Tribunal que conocerá del litigio o que indiquen una dirección concreta a efectos de notificaciones, no exime al árbitro de su obligación de averiguar a través de todos los medios de que dispone de cualquier otra dirección o medio a través del cual proceder a las notificaciones de los actos de comunicación del procedimiento arbitral. No obstante lo anterior, es más difícil para el árbitro que para el juez realizar esas averiguaciones, pues carece de la potestad de dirigirse a Registros y organismos públicos para solicitar información, por lo que hay que valorar esa averiguación dentro del contexto concreto. En cualquier caso, la indefensión producida como consecuencia de una deficiente notificación debe ser material y producir un perjuicio real de los derechos de defensa de la parte.

**21.** A pesar de todo, de la letra del auto se puede extraer que la rebeldía en ambos procedimientos no se debió a una notificación defectuosa por parte ni del árbitro ni del juez, sino que fue la propia parte la que decidió no personarse. En este caso se produce una rebeldía voluntaria, con las consecuencias que de ello se derivan y que se expondrán a continuación.

## **1. Incomparecencia en el procedimiento arbitral**

**22.** “*Si en el proceso civil decimos que la rebeldía es aquella situación procesal en que se encuentra el demandado como consecuencia de su falta de comparecencia al término del emplazamiento, en el proceso arbitral, en el que no hay emplazamiento, sino un procedimiento que comienza cuando se notifica a las partes, por escrito, la aceptación del arbitraje (art. 22.1 LA), la inactividad empieza desde el momento en que alguna de las partes no presenta sus alegaciones dentro del plazo fijado por los árbitros. Esta situación, equivalente a la incomparecencia (aunque antes se hubiese suscrito el convenio arbitral) se clarifica a partir del momento en que la parte inactiva realiza cualquier acto en el procedimiento que presuponga, de alguna manera, el conocimiento de su existencia.*”<sup>17</sup>

<sup>16</sup> C.M. NORIEGA LINARES. “Derecho de defensa, desconocimiento del idioma y falta de notificación. El Orden Público Internacional y el *exequatur* de laudos arbitrales”. *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Marzo 2022). Vol. 14, nº 1. Págs. 791-808. Concretamente págs. 799-802.

<sup>17</sup> J. VERGER GRAU. “La “rebeldía” en el arbitraje”. *Anuario de Justicia Alternativa*. Nº 2/2001, febrero 2001. Págs. 63-102. Ref. Pág. 63.

**23.** En el texto del auto se recogen los actos de comunicación llevados a cabo por el tribunal arbitral para notificar a las partes el comienzo del procedimiento arbitral. En primer lugar, envió un correo electrónico a ambas partes para solicitar la confirmación de la disponibilidad para una conferencia telefónica en la cual acordar el planteamiento del arbitraje y establecer los plazos del procedimiento. Asimismo, el Tribunal también comunicó a la parte demandada que la participación en esa reunión no constituía la aceptación de acudir a la vía arbitral y que, en todo caso, el arbitraje continuaría incluso en su ausencia. La parte demandada no contestó a este correo, por lo que se le volvió a citar nuevamente a través del mismo medio para una nueva reunión.

**24.** El 10 de julio de 2019 el Tribunal arbitral remitió por correo tradicional una copia de toda la correspondencia intercambiada desde el comienzo del procedimiento arbitral y se instaba nuevamente a la demandada a participar en una conferencia telefónica sobre el procedimiento que se celebraría el 17 de julio. El 15 de julio se entregaron los documentos a la parte demandada. Nuevamente, la demandada no participó en la conferencia telefónica.

**25.** El 21 de julio de 2019 el Tribunal informó a las partes de una carpeta en Dropbox en la que podían comprobar toda la documentación del procedimiento de arbitraje, así como descargar o añadir documentos a la carpeta. Un par de días más tarde el Tribunal envió por correo postal una copia de su OPI y de los plazos de arbitraje a la parte demandante. La compañía de correos confirmó la entrega a la demandada. Finalmente, el Tribunal le comunicó a la demandada el plazo máximo de contestación a la demanda y, en caso de silencio, se dictaría el laudo. La compañía de correos volvió a confirmar la recepción de esta notificación por la demandada. Por último, y puesto que la demandada no contestó ni aportó documentación adicional, el Tribunal arbitral dictó laudo.

**26.** El Tribunal arbitral notificó en reiteradas ocasiones y por diversos medios, no sólo el comienzo del procedimiento arbitral, sino todas las actuaciones sustanciadas y los pasos a seguir por la demandada, tales como plazos de contestación o archivos a los que adjuntar documentación. Por tanto, en tanto en cuanto que se confirmó la recepción de las notificaciones y, aun así, la demandada no ejerció su derecho a comparecer, se puede considerar que su incomparecencia fue provocada por ella misma y no por defectos en la notificación o fuerza mayor.

**27.** En estos casos, cuando la actitud de la demandada es pasiva en todo momento y su ausencia en el procedimiento se debe a otros motivos inherentes al propio comportamiento y no a una deficiencia en la notificación, es el art. 25 de la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre Arbitraje Comercial Internacional el encargado de resolver la cuestión de qué ocurre en estos casos.<sup>18</sup>

**28.** Como dice el precepto, si la rebeldía es del actor que inicia el arbitraje, el procedimiento se dará por concluido. Por el contrario, si esa rebeldía es de la contraparte, “(...) *el tribunal arbitral continuará las actuaciones, sin que esa omisión se considere por sí misma como una aceptación de las alegaciones del demandante*”. Así pues, se continuarán las actuaciones incluso en ausencia del demandado.

**29.** Si bien queda constancia, porque así lo acredita la compañía de correos, que las notificaciones correspondientes han sido entregadas, todavía queda la duda de si ese hecho constituye verdaderamente un acto de inactividad por parte de la demanda. Ya se ha puesto de manifiesto que la incomparecencia del demandado se manifiesta al hacer cualquier acto que presuponga su conocimiento del procedimiento. De la letra del auto no se puede extraer que la contraparte haya realizado una actividad que induzca a pensar que tiene conocimiento del procedimiento, más allá de obtener las comunicaciones enviadas por correo ordinario, y no el telemático. En este supuesto, surge la cuestión de si esa notificación fue personal a la figura del demandado o a cualquier otra persona que viva en el mismo domicilio.

<sup>18</sup> <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/ml-arb-s.pdf>

**30.** A raíz de lo anterior, cabe preguntarse si esa ausencia de la demandada ha sido realmente voluntaria o fruto de una serie de circunstancias ajena a su propia voluntad. En caso de no ser voluntaria se podría concluir que se ha producido una situación de indefensión, pues no ha podido hacer valer sus derechos de defensa. Sin embargo, el Tribunal Supremo solventa la cuestión y expresa que “(...), *no cabe apreciar ninguna vulneración de los principios de audiencia, contradicción e igualdad que pudiera ser causante de indefensión, ni, de los derechos de defensa de la allí demandada, derivada de la falta de conocimiento de la existencia del procedimiento arbitral y de la designación del árbitro, o del transcurso de los diferentes trámites de alegación y defensa, pues habiendo quedado constatada la noticia de aquellos extremos, y, no quedando constancia de que el procedimiento arbitral se hubiese desviado de su ley rectora, se debe concluir que la demandada bien pudo oponer los motivos y medios de defensa adecuados, tanto en cuanto a la forma como al fondo, en el curso del procedimiento arbitral; siendo, en fin, su voluntaria falta de intervención en el mismo la que impide apreciar la falta de las debidas garantías, dentro del concepto de orden público en sentido internacional, visto su contenido netamente constitucional ( SSTC 112/93, 153/93, 364/93, 158, 94 y 262/94, 178/95, 18/96, 137/96, 99 y 140/97 y 44/98 , entre otras muchas).*”<sup>19</sup>

**31.** Según el TS el hecho de haber sido notificada y saber cuál es la ley rectora del procedimiento arbitral son motivos suficientes para no considerar vulnerado el derecho de defensa. Sin embargo, puede haber otros aspectos que sí causen indefensión, como no darle audiencia al demandado o que las sesiones fuesen a horas que el demandado no pudiera acudir, esto vulneraría el derecho de defensa de la parte, incluso a sabiendas que el procedimiento existe y qué ley lo rige. Por tanto, habrá que estar a las demás circunstancias de cada caso para verificar el motivo de esa ausencia y si podría haberse evitado.

**32.** Por tanto, el mero hecho de recibir notificaciones, y quedar constancia de haber sido recibidas, es motivo suficiente para considerar que la parte ha sido debidamente notificada, al menos para la jurisprudencia española. Esto suscita diversas cuestiones, “(p)or un lado, *esta disposición faculta al tribunal arbitral para continuar con el procedimiento a pesar de la rebeldía del demandado, pero por otra parte, prohíbe a los árbitros dictar un laudo favorable al reclamante automáticamente. En otras palabras, el tribunal arbitral no tiene permitido elaborar conclusiones negativas debido a la inactividad del demandado.*”<sup>20</sup>. Se abren así serias dificultades para el árbitro, que deberá resolver la cuestión sin parcialidades, aunque sólo obtenga información unilateral.

## **2. Incomparecencia en el procedimiento de *exequatur***

**33.** El CNY nada indica respecto los pasos a seguir cuando el demandado se ausenta en el procedimiento de *exequatur*. Es por ello que habrá que acudir a la normativa nacional para concretar una solución jurídica al problema planteado. En el supuesto español, hay que observar en primer lugar qué dice la LA, donde el art. 46.2 LA señala que el *exequatur* de laudos extranjeros “(...) *se sustanciará según el procedimiento establecido en el ordenamiento procesal civil para el de sentencias dictadas por tribunales extranjeros*”. Así pues, ahora sí, se puede decir que por expresa remisión del art. 46.2 LA serán de aplicación las normas procesales civiles generales y especiales sobre el procedimiento de sentencias extranjeras.

**34.** Esta remisión a las normas procesales en materia civil conduce a la Ley de Enjuiciamiento Civil, más concretamente al art. 523, encargado de regular la ley aplicable al procedimiento de títulos ejecutivos en España<sup>21</sup>. El primer apartado reconduce la cuestión a los tratados internacionales y dis-

<sup>19</sup> Auto del Tribunal Supremo 773/2001, de 13 de marzo de 2001. FJ 5 *in fine*. (ECLI:ES:TS:2001:773A).

<sup>20</sup> N. SIEVI. “Enfrentando al demandado en rebeldía: un reto para los árbitros y el reclamante”. Traducción de D. S. AGUIRRE ROSAS. *Revista Latinoamericana de Derecho Comercial Internacional*. N° 1. Vol. 3. Año 2015. Págs. 254-271. Ref. Pág. 258.

<sup>21</sup> Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. BOE núm. 7, de 08/01/2000. (BOE-A-2000-323)

posiciones legales sobre cooperación jurídica internacional y, en cualquier caso, a las disposiciones contenidas en la LEC para la ejecución de sentencias y títulos ejecutivos extranjeros. Gracias a la LA, esa remisión a las disposiciones de la LEC para ejecución de sentencias extranjeras se expande hasta los laudos extranjeros.

**35.** Asimismo, también es aplicable al procedimiento de *exequatur* la LCJI, tanto por remisión de la LEC como por su propia entidad, como ya se ha explicado en el primer epígrafe de este trabajo. Sin embargo, aunque la LCJI sea de aplicación al procedimiento de *exequatur* de los laudos extranjeros, el nuevo procedimiento de *exequatur* que instauró, y que sustituye al contenido en la LEC 1881, es de aplicación únicamente a las resoluciones judiciales. Esto se debe a que no se tuvo en cuenta que también se aplicará al *exequatur* del laudo arbitral extranjero y, como consecuencia, los artículos relacionados con este procedimiento deberán reinterpretarse para su correcta aplicación al reconocimiento del laudo<sup>22</sup>.

**36.** El precepto que se ocupa de regular el procedimiento de reconocimiento en la LCJI es el art. 54. En él se contienen las reglas necesarias para poder reconocer la sentencia arbitral. El único apartado del precepto que trata la cuestión de la rebeldía es el apartado 4 y versa sobre los documentos que tienen que acompañar a la demanda de solicitud de ejecución. En especial, el subapartado b) señala que se debe adjuntar el “(...) *documento que acredite, si la resolución se dictó en rebeldía, la entrega o notificación de la cédula de emplazamiento o el documento equivalente*”. Por ende, para corroborar que la rebeldía producida en el procedimiento arbitral fue causada por la propia voluntad de la parte y no por una deficiente notificación, se debe adjuntar la documentación correspondiente que pruebe que la contraparte fue notificada del procedimiento de arbitraje.

**37.** Una vez que se ha comprobado que la ausencia en el procedimiento arbitral es imputable a la parte y no por una mala actividad notificadora por parte del árbitro, se podría proceder a realizar el procedimiento de *exequatur*, pues no habría habido vulneración de los derechos de defensa. Sin embargo, en el supuesto del auto la ausencia también se produce en el procedimiento de reconocimiento. La parte demandada solicitó la suspensión del procedimiento en tanto en cuanto se dilucidaba si tenía derecho a la justicia gratuita, pues había solicitado este servicio.

**38.** Finalmente, se levantó la suspensión del procedimiento al habersele denegado la justicia gratuita y se le emplazó para que se personase asistida de la representación jurídica correspondiente. Sin embargo, no acudió, por lo que el procedimiento se desarrolló en su ausencia. Puesto que la LCJI guarda silencio en relación con la ausencia en el procedimiento de *exequatur*, serán las normas de la LEC las responsables de dirimir la cuestión. En este sentido, el art. 496 LEC indica que la declaración de rebeldía no se considerará en ningún caso allanamiento o admisión tácita de los hechos.<sup>23</sup>

**39.** En este sentido, “*conviene recordar que la falta de contestación en tiempo a la demanda o la declaración de rebeldía no equivalen en ningún caso al allanamiento ni suponen reconocimiento de hechos, ni confesión, ni acarrear una “poena probati” para el demandado, teniendo que probar el actor igualmente los fundamentos de sus alegaciones, en definitiva, pues, la extemporaneidad o la falta de la contestación únicamente producen un efecto preclusivo respecto a la misma y sólo suponen la pérdida de esa posibilidad procesal, lo que no impide que el demandado comparezca en cualquier momento pudiendo proponer prueba, intervenir en la de la actora, recurrir etc, en definitiva, realizar cualquier actuación procesal en su defensa siempre que no haya precluido el momento procesal para hacerlo. Tal preclusión produce dos consecuencias: a) precluye la posibilidad de oponer excepciones,*

<sup>22</sup> M. GÓMEZ JENE. “Arbitraje internacional y Anteproyecto de Ley de Cooperación Jurídica Internacional en Materia Civil”. *Diario La Ley* 6298/2014. Nº 8388, 30 de septiembre 2014. Págs. 1-11. Ref. Págs. 2-6.

<sup>23</sup> **Art. 496 LEC:** “1. El Letrado de la Administración de Justicia declarará en rebeldía al demandado que no comparezca en forma en la fecha o en el plazo señalado en la citación o emplazamiento, excepto en los supuestos previstos en esta ley en que la declaración de rebeldía corresponda al Tribunal. 2. La declaración de rebeldía no será considerada como allanamiento ni como admisión de los hechos de la demanda, salvo los casos en que la ley expresamente disponga lo contrario”.



*no sólo las procesales, sino también aquellas otras configuradoras de hechos extintivos, impeditivos, excluyentes o modificativos de la pretensión del actor (que, no obstante, mantiene la carga de la prueba de los hechos constitutivos de la misma) y b) tampoco podría proponer otras pruebas que aquellas que pudieran afectar a los “hechos” de la demanda.”<sup>24</sup>*

40. Así pues, de todo lo dicho se puede concluir que i) la LCJI nada dice sobre la declaración de rebeldía en el procedimiento de reconocimiento, sino sólo en el arbitraje, por lo que es la LEC quien regulará la cuestión; ii) que la ausencia en el *exequatur* no supone ni un reconocimiento ni un allanamiento a los hechos alegados de contrario; y, por último, iii) que en todo caso, esa ausencia en el *exequatur* tiene efectos preclusivos, tanto de plazos para ejercitar derechos, como de pérdida de oportunidad de presentar alegaciones.

### III. Cuestiones planteadas en el voto particular

41. El auto de *exequatur* reconoce el laudo inglés, por lo que tiene plenos efectos en España. Sin embargo, si bien esta es la opinión mayoritaria, al auto acompaña un voto particular que muestra su disconformidad con la decisión adoptada. En consecuencia, en el voto particular el magistrado hace una exposición de por qué considera que se debería haber denegado el reconocimiento del laudo.

#### 1. Acción de anulación vs. Reconocimiento del laudo

42. En el voto particular se alude tanto a la acción de anulación como al reconocimiento de un laudo arbitral extranjero. Si bien no se tratan como si fuesen figuras equivalentes, sí se considera que los requisitos exigibles para una también deberían serlo para la otra. Así, por ejemplo, en relación con otro voto particular emitido por el mismo magistrado en otra sentencia señala que “(l) *a propia doctrina del Tribunal Constitucional –con los requisitos que en ella se contienen- anuda la lesión del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE a la ignorancia de postulados claros bien de la normativa de la Unión –(...)- bien a la jurisprudencia conteste del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Esa doctrina constitucional ha de ser compatibilizada con la que define –(...)- el ámbito de anulación y, mutatis mutandis, el de la acción de reconocimiento de eficacia de un Laudo extranjero: (...)”.*

43. Contra un laudo arbitral no existe ningún recurso de apelación por el que se pretenda la revisión del laudo dictado, es por ello que la ley ha previsto la acción de anulación. Sin embargo, esa anulación no comporta una nueva instancia en la que poder modificar el contenido del laudo, pues únicamente cabe la posibilidad de obtener la nulidad parcial o total, ya que no es posible una revisión del fondo del laudo por parte del tribunal.<sup>25</sup> Por tanto, esta figura consiste en “(...) *el único proceso de impugnación de la validez del laudo arbitral contemplado en la Ley*”.<sup>26</sup> Es decir, a través de esta acción lo que se pretende es que el laudo arbitral sea declarado nulo. La acción de anulación se regula, en el Derecho español, en el art. 40 LA e indica que “(c) *ontra un laudo definitivo podrá ejercitarse la acción de anulación en los términos previstos en este título*”.

44. Señala el art. 41 LA los motivos por los que se puede solicitar la acción de anulación. Antes de entrar a numerar las causas que permiten solicitar la anulación, señala que el laudo sólo se puede anular a instancia de parte, esto es, el procedimiento para la anulación del laudo sólo puede ser promovido por las partes interesadas. Empero, si bien la potestad para iniciar el procedimiento sólo es a instancia de parte y éstas deberán alegar y probar los motivos enumerados en el precepto que sustentan su pretensión, el

<sup>24</sup> SAP Barcelona 202/2021, de 31 de marzo de 2021. FJ 2. (ECLI:ES:APB:2021:3270)

<sup>25</sup> M. GÓMEZ JENE. *Arbitraje Comercial Internacional*. Ed. Civitas (Thomson Reuters). 2018. Ref. Pág. 369

<sup>26</sup> M. GÓMEZ JENE. *Arbitraje Comercial Internacional*. (...). Ref. Pág. 367.

apartado 2 estipula que los motivos de los apartados b), e) y f) pueden ser apreciados de oficio por el tribunal que conozca de la acción o por el Ministerio Fiscal. Asimismo, también podrá solicitar esta acción un tercero cuando demuestre que tiene un interés cierto y legítimo en el resultado del arbitraje. Por tanto, ese tercero debe verse directamente afectado por la relación jurídico-material y probar que desconocía la existencia del procedimiento de arbitraje o que, a pesar de conocerlo, no se le permitió la intervención.<sup>27</sup>

**45.** Dentro de esos motivos de anulación se ha señalado que el precepto indica tres que podrán ser apreciados de oficio. Éstos son cuando no se ha notificado debidamente la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales o la parte no ha podido hacer valer sus derechos por cualquier otra razón, es decir, cuando se ha vulnerado el derecho de defensa de alguna de las partes; cuando los árbitros han resuelto sobre cuestiones no susceptibles de arbitraje, esto es, la arbitrabilidad de la materia; y, finalmente, cuando el laudo es contrario al orden público.

**46.** El Convenio de Ginebra (CG) también prevé como causa de anulación de un laudo la vulneración del derecho de defensa<sup>28</sup>. Más concretamente, el artículo 9.1.b) CG ofrece la posibilidad a los tribunales del Estado en el que se dictó un laudo anularlo, lo cual constituirá causa de denegación del reconocimiento o ejecución de dicho laudo en otro Estado distinto. Tal anulación podrá sustentarse en que la parte que pide la anulación del laudo no ha podido, entre otras causas, hacer valer sus alegaciones o recursos. Si bien el CG no se refiere textualmente al derecho de defensa como tal, la imposibilidad de hacer valer alegaciones y recursos no es más que la plasmación de la vulneración de este derecho. Señala así el CG algo relevante en la acción de anulación, pues sólo podrán conocer de esta acción los tribunales del país en el que se haya dictado el laudo. Es decir, los tribunales españoles no podrán anular un laudo dictado en Italia, pues carecen de competencia para ello. Serán las normas procesales de cada territorio las que otorguen competencia a los tribunales nacionales para conocer de esta cuestión.

**47.** El Tribunal Constitucional (TC) señala que “(...) *la acción de anulación es el mecanismo de control judicial previsto en la legislación arbitral para garantizar que el procedimiento arbitral se ajuste a lo establecido en sus normas, tal control tiene un contenido muy limitado y no permite una revisión del fondo de la cuestión decidida por el árbitro, ni debe ser considerada como una segunda instancia, pudiendo fundarse exclusivamente en las causas tasadas establecidas en la ley, sin que ninguna de ellas –tampoco la relativa al orden público– pueda ser interpretada de modo que subvierta esta limitación*”.<sup>29</sup>

**48.** El TC reitera lo que se ha dicho hasta ahora sobre la acción de anulación y es que i) no es una nueva instancia, el tribunal no puede entrar a revisar el fondo del laudo, únicamente declarar la nulidad total o parcial; ii) es una acción que se promueve a instancia de parte; iii) los motivos son tasados y alegables por la parte; iv) aunque existen tres que son apreciables de oficio; v) además estas causas no se pueden, en ningún caso, interpretar de manera que esos motivos tasados se amplíen, ni siquiera mediante la alegación del orden público; vi) y, por último, son competentes los tribunales del Estado en el que se dictó el laudo.

**49.** Para conseguir que un laudo extranjero tenga plena eficacia en España los tribunales españoles deben examinar el documento y valorar si se cumplen los requisitos establecidos en el CNY y en la legislación española. De cumplirse, se reconocerá el laudo, en caso negativo, se deberá rechazar.<sup>30</sup> Este

<sup>27</sup> COULLAUT SANTURTÚN. “Artículo 40”, en ARIAS LOZANO. *Comentarios a la Ley de Arbitraje de 2003*. Cizur Menor, 2005. Ref. Pág. 385. En la jurisprudencia: STSJ de Madrid, 27/06/2017 (ECLI:ES:TSJM:2017:7181); STSJ de Madrid, 24/04/2018 (ECLI:ES:TSJM:2018:3982). *Apud* M. GÓMEZ JENE. *Arbitraje Comercial Internacional*. (...) Ref. Pág. 369.

<sup>28</sup> Adherida España a través del Instrumento de Adhesión publicado en el BOE núm. 238, de 4 de octubre de 1975, págs. 20985 a 20988. (Ref. BOE-A-1975-20601.)

<sup>29</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional 17/2021, de 15 de febrero de 2021, en recurso de amparo 3956-2018. FJ. 2 (ECLI:ES:TC:2021:17).

<sup>30</sup> [https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAUmJmZNLtbLUouLM\\_DxbIwMDCwNzAwuQQGZapUt-ckhIQaptWmJOcSoAms4nGDUAAAA=WKE](https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAUmJmZNLtbLUouLM_DxbIwMDCwNzAwuQQGZapUt-ckhIQaptWmJOcSoAms4nGDUAAAA=WKE) (Visitada el 25/10/2022)

procedimiento recibe el nombre de reconocimiento o *exequatur*. “Es decir, la parte demandante solicita una resolución judicial que declare que el título extranjero (laudo) cumple con todas las condiciones para ser ejecutable en España; esto es, para constituir título con fuerza ejecutiva.”<sup>31</sup>

**50.** El Tribunal Supremo ha indicado que “(e)sta sala ha declarado con reiteración, como ya hiciese el Tribunal Constitucional en su ámbito de competencias (STC 132/91), que el procedimiento de *exequatur* tiene una naturaleza meramente homologadora en la medida en que con él se obtiene una resolución declarativa de la eficacia de la decisión extranjera en España, en principio con el alcance y contenido propio de los efectos que el ordenamiento de origen dispensa a dicha decisión, que de este modo puede hacerse valer en España con dicha extensión, alcance y contenido (...)”.<sup>32</sup>

**51.** Hay que tener en cuenta que, aunque la ley habla del procedimiento de *exequatur*, reconocimiento y ejecución son dos figuras jurídicas diferentes. Se puede solicitar el reconocimiento de un laudo, sin que éste lleve aparejada la ejecución. Sin embargo, si se pide la ejecución de un laudo extranjero, éste deberá ser reconocido previamente, pues el tribunal debe someter a examen el título para comprobar que se ajusta a los requisitos establecidos por el CNY y la ley nacional.

**52.** Los motivos para denegar el reconocimiento de un laudo arbitral extranjero se encuentran en el art. V CNY. El precepto se divide en motivos que deben ser alegados por la parte y motivos apreciables de oficio por el tribunal. Entre los primeros están que las partes estuviesen sujetas a alguna incapacidad al momento de realizar el acuerdo o que éste no fuese válido en virtud de la ley a la que está sometido; que se hayan vulnerado los derechos de defensa del demandado por notificación deficiente de la designación del árbitro o del procedimiento; que el laudo se extralimite y verse sobre diferencias que no estuviesen previstas en el acuerdo; que la constitución del tribunal arbitral o procedimiento no se ajuste a lo acordado por las partes; y, finalmente, que la sentencia no sea obligatoria entre las partes o que haya sido anulada o suspendida.

**53.** Por lo que respecta a los motivos apreciables de oficio, el art. V.2 CNY prevé dos causas. La primera es que el objeto de la diferencia no sea susceptible por vía de arbitraje según la Ley de ese país, es decir, que la materia objeto de arbitraje carezca de arbitrabilidad por no ser una materia de libre disposición. El segundo motivo es que el reconocer o ejecutar esa sentencia arbitral constituiría una vulneración del orden público de ese país.

**54.** Se puede apreciar que en ambas figuras la arbitrabilidad de la materia y el orden público son motivos de anulación o de denegación del *exequatur* del laudo. Sin embargo, no hay que confundirse y pensar que, puesto que ambos requisitos se contemplan en ambos procedimientos, el desenlace que deriva de su aplicación tiene las mismas consecuencias. En el primer caso, cuando se solicita la anulación del laudo lo que se pretende es dejarlo sin efecto y que, por tanto, no pueda ser aplicable en ningún Estado. Además, la anulación no podrá pedirse respecto un laudo extranjero, pues son los tribunales de la sede de arbitraje los competentes para conocer esta acción.

**55.** Por su parte, se podrá solicitar el reconocimiento y ejecución de los laudos extranjeros. A través de esta declaración lo que se pretende es que el laudo sea reconocido como un título ejecutivo en el país en el que se insta el *exequatur*, que puede ser el mismo o no del de la sede de arbitraje, de forma que éste desplegará todos sus efectos jurídicos en ese Estado. En caso de denegarse el reconocimiento, el laudo todavía será válido y existirá en otros Estados, pero no en el que se ha denegado el reconocimiento. Por el contrario, cuando se anule el laudo éste dejará de existir a ojos de todos los Estados.<sup>33</sup>

<sup>31</sup> M. GÓMEZ JENE. *Arbitraje Comercial Internacional*. (...). Ref. Pág. 456.

<sup>32</sup> Auto del Tribunal Supremo, de 20 de marzo de 2002, FJ. 5. (ECLI:ES:TS:2002:5445A)

<sup>33</sup> Salvo en Francia, que por una traducción e interpretación del art. V CNY que en la versión inglés decía “*may*” y en francés lo tradujeron como “*que si*”, la jurisprudencia francesa lo interpretó como que tienen la posibilidad de reconocer un laudo

## 2. Motivación del laudo

**56.** Se señala en el voto particular que se estaría ante una vulneración del art. 24 CE cuando en la acción de anulación o en el procedimiento de reconocimiento se aceptase un laudo con “*déficits de motivación constitucionalmente relevantes o abiertamente lesivos del orden público, (...)*”. Indica el magistrado que el arbitraje “*(...) como equivalente jurisdiccional que es, no puede sustraerse a los preceptos, principios y derechos constitucionales, entre ellos los derechos fundamentales que son de inexcusable observancia y de insoslayable control, real y efectivo, por parte de los Tribunales de Justicia; (...)*”.

**57.** Prosigue el texto e indica que de aceptarse este tipo de laudos no se condenaría la arbitrariedad, pues al carecer de motivación no queda justificado el tomar una u otra decisión. Añade además que esto “*(...) sucede cuando se formulan grandes declaraciones de principios en pro de la efectividad y de las garantías inherentes a una institución dignísima de fomento y protección como es el arbitraje para luego, en la práctica, reducirlas a una total inoperancia: la que se sigue de justificar la suficiencia de la motivación del Laudo poco menos que por el mero hecho de su existencia, y aun de su prolija existencia, diga el Laudo lo que diga, ignorando así la conteste doctrina constitucional sobre lo que reprobadamente es una “motivación aparente” y su asimilación a la inexistencia de motivación...*”.

**58.** Para contestar a la primera afirmación de que el arbitraje es un equivalente jurisdiccional, afirmación asentada por el TC, se va a seguir la más reciente doctrina constitucional, pues la línea interpretativa ha sido matizada. En este sentido señala el TC en su sentencia 65/2021 que “*(...) hay que advertir que extender la idea del arbitraje como «equivalente jurisdiccional» más allá de su equivalencia en cuanto a sus efectos, es decir, a la cosa juzgada y a su ejecutividad, es tanto como hablar de identidad entre resoluciones judiciales y arbitrales. Esta afirmación es inaceptable, pues ambos tipos de resolución de conflictos descansan sobre preceptos constitucionales distintos. Por ello, y por la confusión que pudiera generar la expresión «equivalente jurisdiccional», a la que se hace referencia en la citada STC 17/2021, el tribunal insiste en que la semejanza entre ambos tipos de decisión –judicial y arbitral– no alcanza más allá de aquellos efectos y en que el procedimiento arbitral no se puede ver sometido a las exigencias propias del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE), puesto que no es un procedimiento judicial, como tampoco los árbitros ejercen la jurisdicción, cometido de la competencia exclusiva de quienes integran el Poder Judicial (art. 117 CE). Por tanto, no están sujetos a los deberes y garantías que impone el art. 24 CE. Al contrario: cuando las partes de una controversia, en ejercicio de la autonomía de la libertad (art. 10 CE), deciden acudir al procedimiento arbitral, eligen sustraerse de las normas que rigen el procedimiento judicial (art. 24 CE) y también, claro está, al enjuiciamiento y valoración de los órganos judiciales, a quienes desde ese momento les está vedado el conocimiento del asunto”<sup>34</sup>.*

**59.** Continúa el Alto Tribunal en la misma sentencia y precisa que “*(q)uienes se someten libre, expresa y voluntariamente a un arbitraje, como método heterónomo de solución de su conflicto, eligen dejar al margen de su controversia las garantías inherentes al art. 24 CE y regirse por las normas establecidas en la Ley de arbitraje. De esto se infiere que, si las partes del arbitraje tienen derecho a que las actuaciones arbitrales sean controladas judicialmente, es así porque de este modo está previsto en la norma rectora del procedimiento arbitral y solo por los motivos de impugnación legalmente admitidos para salvaguardar los principios constitucionales a que se ha hecho referencia (art. 41 LA). En consecuencia, la facultad excepcional de control del procedimiento arbitral y de anulación del laudo deriva*

---

que ha sido anulado en el Estado de origen. (F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ/ S. SÁNCHEZ FERNÁNDEZ. “Sobre el reconocimiento en España de laudos arbitrales extranjeros anulados o suspendidos en el Estado de origen”. *Cuadernos de Derecho Transnacional*. Marzo 2016. Vol. 8, nº 1. Págs. 11-124. Ref. Págs. 119-122.

<sup>34</sup> STC 65/2021, de 15 de marzo de 2021, FJ. 4 y 5. (ECLI:ES:TC:2021:65); esta idea del arbitraje como “equivalente jurisdiccional” se repite en las sentencias, también del Tribunal Constitucional, 46/2020, de 15 de junio de 2020, AH 2 (ECLI:ES:TC:2020:46); 55/2021, de 15 de marzo de 2021, AH 2, (ECLI:ES:TC:2021:55); y 17/2021, de 15 de febrero, FJ 2. (ECLI:ES:TC:2021:17).

*de la misma configuración legal del arbitraje como forma de heterocomposición de conflictos y no del art. 24 CE, del derecho a la tutela judicial efectiva, «cuyas exigencias sólo rigen, en lo que atañe para el proceso –actuaciones jurisdiccionales– en el que se pretende la anulación del laudo y para el órgano judicial que lo resuelve» (STC 9/2005, de 17 de enero, FJ 5).»*

**60.** De lo anterior se puede extraer que el arbitraje sí es un equivalente jurisdiccional, pero no del todo. Esta equivalencia se da únicamente en la forma procedimental, es decir, ambos son procedimientos heterónomos en los que la decisión final del juzgador tiene fuerza vinculante para las partes, y en la fuerza de cosa juzgada que tienen ambas resoluciones<sup>35</sup>. Sin embargo, esa fuerza proviene de postulados legales distintos, pues los jueces están revestidos de *imperium*, mientras que los árbitros tienen *auctoritas*<sup>36</sup>. Esto quiere decir que el poder de los jueces viene dado directamente por el Estado, mientras que a los árbitros son las partes quienes les dan la potestad para dirimir su controversia mediante el uso de su autonomía de la voluntad. Así pues, considera el TC que no se debe exigir lo mismo a ambos tribunales, judicial y arbitral, pues su poder y designación descansa sobre preceptos constitucionales distintos.

**61.** El TC continúa la fundamentación jurídica de la sentencia 65/2021 y trata la cuestión de la motivación de los laudos arbitrales en base a esta línea argumental. En este sentido, indica el Tribunal que “(...), *el deber de motivación del laudo no surge del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), que solo es predicable de las resoluciones emanadas del Poder Judicial, sino de la propia Ley de arbitraje, que en su art. 37.4 así lo exige.*” Es por ello que, a ojos del TC, el deber de motivación del laudo proviene de un precepto distinto al constitucional, por lo que las exigencias que se deben apreciar en un laudo para considerar si ha sido motivado, o no, serán también diferentes de aquellas exigibles en las sentencias.

**62.** Y es que “(...) *la norma constitucional relativa a la necesaria motivación de las sentencias y su colocación sistemática expresa la relación de vinculación del juez con la ley y con el sistema de fuentes del Derecho dimanante de la Constitución. Expresa también el derecho del justiciable y el interés legítimo de la sociedad en conocer las razones de la decisión judicial que se adopta, evitando que sea fruto de la arbitrariedad y facilitando mediante su expresión el control por parte de los órganos jurisdiccionales superiores en caso necesario (así, por ejemplo, STC 262/2015, de 14 de diciembre, FJ 3).*”

**63.** Señala el TC que la necesidad de motivar el laudo que impone la LA en el art. 37.4 no implica que el árbitro deba decidir sobre todos aquellos argumentos que las partes hayan presentado, ni tampoco que deba indicar en qué pruebas ha basado su decisión sobre los hechos o por qué ha preferido aplicar una norma en vez de otra. Indica el TC que “(...) *para determinar si se ha cumplido con el deber de motivación, basta con comprobar, simplemente, que el laudo contiene razones, aunque sean consideradas incorrectas por el juez que debe resolver su impugnación (STC 17/2021, de 15 de febrero, FJ 2)*”

**64.** Añade además que, puesto que el arbitraje se encuadra dentro de la autonomía de la voluntad de que disponen las partes y la libertad de los particulares (arts. 1 y 10 CE), “(...) *el deber de motivación del laudo no se integra en el orden público exigido en el art. 24 CE para la resolución judicial, sino que se ajusta a un parámetro propio, definido en función del art. 10 CE. Este parámetro deberán configurarlo, ante todo, las propias partes sometidas a arbitraje a las que corresponde, al igual que pactan las normas arbitrales, el número de árbitros, la naturaleza del arbitraje o las reglas de prueba, pactar si el laudo debe estar motivado (art. 37.4 LA) y en qué términos. En consecuencia, la motivación de los laudos arbitrales carece de incidencia en el orden público.*”

<sup>35</sup> Por el contrario, mediación y conciliación son procedimientos autocompositivos, pues la resolución que deriva de cada procedimiento no es vinculante, además que en estos procedimientos el tercero no decide, únicamente acerca las posiciones de las partes, mientras que en el arbitraje el tercero sí resuelve la cuestión.

<sup>36</sup> <https://vlex.es/vid/independencia-imparcialidad-arbitros-50174052> (Visitado el 27/10/2022)

65. El TC puntualiza que el órgano judicial encargado de valorar ese laudo arbitral, ya sea en un procedimiento de *exequatur* o con la acción de anulación, “(...) *no puede examinar la idoneidad, suficiencia o la adecuación de la motivación, sino únicamente comprobar su existencia, porque, salvo que las partes hubieren pactado unas determinadas exigencias o un contenido específico respecto a la motivación, su insuficiencia o inadecuación, el alcance o la suficiencia de la motivación no puede desprenderse de la voluntad de las partes (art. 10 CE).*” Esta exposición mantiene la idea de que el *exequatur* o la anulación no son una instancia más en la que se pueda modificar el contenido del laudo. El tribunal se encarga únicamente de valorar la adecuación de ese laudo a las normas y principios estatales, asegurarse de que se han cumplido las formalidades procesales y materiales en el procedimiento arbitral y que el resultado de ese procedimiento, que adopta la forma de laudo, es conforme al Derecho nacional. No se trata de juzgar si la motivación ha sido más o menos acertada o si el tribunal lo habría hecho de igual manera, si las normas aplicadas han sido las más correctas o si se ha valorado como él lo habría hecho.

66. Según el Tribunal Constitucional, “(...) *en aquellos supuestos en los que el árbitro razona y argumenta su decisión, habrá visto cumplida la exigencia de motivación, (...)*”, por lo que un razonamiento o argumentación de la decisión adoptada sería suficiente para dar por satisfecha la exigencia de motivar que impone la LA. Añade, además, que el control que se hace por parte de los tribunales ordinarios de los laudos arbitrales y las que realiza el Tribunal Constitucional cuando revisa en amparo son en cierto modo similares, pues no son una nueva instancia. Señala que su función se limita “(...) *a comprobar que haya habido una actividad probatoria de cargo válida y que la resolución judicial no haya sido arbitraria, irracional o absurda (SSTC 96/2000, de 10 de abril, FJ 5, y 12/2004, de 9 de febrero, FJ 2), o lo que es lo mismo, debe controlar únicamente la razonabilidad del discurso que une la actividad probatoria y el relato fáctico que de ella resulta (por todas, SSTC 123/2006, de 24 de abril, FJ 5; 245/2007, de 10 de diciembre, FJ 7, y 147/2009, de 15 de junio).*”

67. De todo lo expuesto por el TC se pueden extraer unas ideas principales que son: i) la equivalencia entre jurisdicción y arbitraje se queda únicamente en el tipo de procedimiento y en los efectos de cosa juzgada que despliegan ambas resoluciones; ii) el poder de jueces y árbitros viene dado por dos cauces distintos, por lo que no se puede aplicar el mismo baremo para valorar la actuación de unos y otros; iii) esto se traduce en que la motivación de la sentencia va a tener unos requisitos y presupuestos que no se le aplicarán al laudo, pues la necesidad de motivar la sentencia descansa en la Constitución, mientras que la motivación del laudo trae causa de una ley ordinaria; iv) la exigencia de motivar la sentencia judicial proviene de la vinculación del juez con la ley y el sistema de fuentes del Derecho, por lo que la motivación revierte en un interés de la sociedad por conocer los razonamientos seguidos para adoptar una decisión, de manera que se evite la arbitrariedad; v) por el contrario, el árbitro no tiene el mismo nivel de vinculación a la ley, por lo que se dará por motivado el laudo siempre que contenga un razonamiento suficiente, que no tiene que coincidir con el que habría seguido el juez; vi) lo anterior significa que la motivación más o menos extensa de un laudo no se incluye en el orden público, mientras que el de las sentencias sí; vii) además, las partes, en uso de su autonomía de la voluntad, podrían pactar los límites a los que se podría extender la motivación en el laudo; viii) en cualquier caso, el tribunal que conozca del *exequatur* o la anulación no es una nueva instancia, por lo que su actuación se verá reducida a examinar si hay un mínimo de razonabilidad en la decisión del laudo que aúna la actividad probatoria y el relato fáctico.

68. Si se pone en relación todo lo anterior con lo expuesto en el voto particular referente al déficit de motivación del laudo como motivo de vulneración del orden público, se puede concluir que jurisdicción y arbitraje no son lo mismo, por lo que no se les puede exigir a ambos juzgadores el mismo nivel de detalle a la hora de motivar su resolución. Ahora bien, eso no significa que el árbitro esté exento de esta obligación, pues debe haber, como mínimo, un razonamiento lógico que aúne la parte fáctica con la parte jurídica y que exista una correlación entre lo expuesto y lo decidido. En cualquier caso, el tribunal que conozca de la anulación o del *exequatur* no podrá hacer un juicio valorativo sobre el contenido del laudo, pues no es una nueva instancia que pueda modificar lo expuesto en la resolución arbitral. Así pues, el juez sólo podrá hacer un examen de los aspectos formales y materiales del laudo, pero no de lo comprendido en él.

### 3. Consumidores en el arbitraje y orden público internacional

69. El voto particular apoya su exposición y motiva el por qué de su desacuerdo con la opinión mayoritaria en que ha existido una vulneración del orden público internacional (OPI), pues se trataba de un arbitraje de consumo y se llevó a cabo a través de un tribunal arbitral no especializado. El texto del voto particular puede llevar a confusión, pues se refiere al OPI como el del foro o el patrio, pero no es hasta el final que especifica que ese OPI del foro al que se refiere es el español, y no el inglés. Por tanto, se van a dar unas notas básicas sobre el concepto para evitar confusiones futuras, aunque el texto pueda parecer poco claro.

70. Se debe partir de que el OPI es una excepción y su aparición constituye un elemento clave para aceptar o denegar el reconocimiento y ejecución de una resolución extranjera, en este caso, del laudo arbitral extranjero (art. V.2.b) CNY). Es un concepto jurídico indeterminado, dotado de contenido por los propios países en base a su moral, principios generales y normas imperativas nacionales<sup>37</sup>. Aunque esto lleve a pensar que por este motivo el contenido será totalmente distinto, lo cierto es que la base que forma los principios clave de los Estados está constituida por los principios jurídicos que reflejan puntos esenciales de la economía, moralidad y cultura de la sociedad del foro.

71. Puesto que los Estados se crearon con modos de organizarse parecidos, las sociedades no distarán en gran medida las unas de las otras y los principios básicos serán muy similares, salvo alguna excepción propia de su sistema jurídico. El hecho de que su nombre contenga la nomenclatura de “internacional” no debe inducir a confusiones, pues en realidad es de corte nacional<sup>38</sup>, ya que cada Estado cuenta con sus principios y normas imperativas particulares, las cuales constituyen el objeto de protección de esta excepción. Además, esta excepción protege la estructura fundamental del Derecho del país en el que se pretende insertar la resolución judicial o arbitral, no la del país del que proviene.<sup>39</sup> Por tanto, cada país tiene su propio orden público internacional nacional y éste deviene “internacional” porque se activa cuando se introduce una ley extranjera en el país cuyos tribunales conocen del asunto, los cuales deben garantizar la cohesión jurídica de su sociedad.

72. Además, este concepto se divide a su vez en otros dos que son el orden público internacional material y el orden público internacional procesal. Esta excepción opera cuando se intenta reconocer una sentencia o laudo en un Estado distinto de aquél en el que fue dictado. Sin embargo, sólo se podrá alegar cuando el reconocimiento o *exequatur* de la resolución choque “*de manera inaceptable con el ordenamiento jurídico del Estado requerido, por menoscabar un principio fundamental*”<sup>40</sup>.

73. La sentencia del Tribunal Constitucional 46/2020, de 15 de junio define ambas vertientes en base a reiterada jurisprudencia<sup>41</sup>. Por un lado, el OPI material está integrado por “*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 157/1987, de 11 febrero; 116/1988, de 20 junio, y 54/1989, de 23 febrero)*”. Por su parte, define el OPI procesal como “*el conjunto de formalidades y principios necesarios de nuestro ordenamiento jurídico procesal*”. Si bien es cierto que ambas definiciones constituyen un concepto bastante amplio que abarca un gran número de

<sup>37</sup> L.A. LÓPEZ ZAMORA. “Comentarios Sobre el Orden Público Internacional en sede arbitral internacional, su funcionalidad y su interrelación con el Derecho Internacional Público”. *Cuadernos de Derecho Transnacional*. Octubre 2018. Vol 10, nº 2. Págs 516-535. Ref. Pág. 526.

<sup>38</sup> A.-L.- CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ. *Derecho Internacional Privado. Volumen I*. Decimoquinta Edición. Ed. Comares. 2014. Ref. Pág. 527.

<sup>39</sup> A.-L.- CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ. *Derecho Internacional Privado. Volumen I*. (...) Ref. Pág. 527.

<sup>40</sup> R. GONZÁLEZ GONZÁLEZ. “Límites a la construcción de un “Orden público europeo” en materia de derechos fundamentales (A propósito de la sentencia del TJCE de 28 de marzo de 2000, Krombach c. Bamberski)”. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*. Año nº. 4. Nº 8, 2000. Págs. 593-618. Ref. Pág. 602.

<sup>41</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional 46/2020, de 15 de junio. (ECLI:ES:TC:2020:46)

supuestos, también lo es que no se trata de una excepción de fácil aplicación y justificación. Todo ello en aras al fomento de la libre circulación de resoluciones extranjeras por el espacio europeo.

74. En el auto objeto de estudio se señala que no se ha producido ninguna vulneración del OPI en su vertiente procesal, pues las notificaciones realizadas se adecúan al régimen establecido en España para las comunicaciones del tribunal con las partes. Es por ello que el tribunal considera que no ha habido vulneración del OPI procesal y que la ausencia de la demandada en el procedimiento arbitral fue voluntaria, por lo que no hay causa de denegación del laudo. Por el contrario, el magistrado del voto particular señala que, si bien no se produjo una vulneración del OPI procesal, lo que sí existió fue una vulneración del OPI material, pues se trataba de un arbitraje de consumo que no tuvo esa consideración.

75. El voto particular expone el régimen jurídico del arbitraje cuando intervienen consumidores en él. En este sentido, conviene recordar que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) ha definido qué se debe considerar como empresa a través de reiterada jurisprudencia<sup>42</sup>. Así señala que se considera empresa a las entidades que ejercen una actividad económica, sin tener en cuenta el estatuto jurídico y el modo de financiación que utilicen. Por ende, la calificación de una entidad como empresa depende de la naturaleza de sus actividades. Además, el estatuto jurídico que se le da a la entidad por parte de la legislación nacional no es decisiva, lo único relevante a efectos de calificación es que desempeñe una actividad económica.

76. Para considerar que en el lado opuesto de la relación se encuentra un consumidor, éste debe actuar en un contexto ajeno a su actividad profesional y celebrar un contrato con un empresario, pues ha sido en el marco de la actividad profesional del segundo<sup>43</sup>. Igualmente, el TJUE señala que el término “consumidor” ha de ser interpretado de manera restrictiva y se tendrá en cuenta tanto la posición que ocupa esa persona en un contrato determinado, como la naturaleza y la finalidad que tenga el contrato. Por tanto, el hecho que un sujeto actúe o no como consumidor en una determinada relación jurídica no es una cuestión subjetiva de la persona, puesto que una persona puede actuar como consumidor en ciertas operaciones del tráfico jurídico y como operador económico en otras.

77. En el voto particular se manifiesta que ha quedado acreditado, y no se ha discutido, que se trataba de un contrato de préstamo formalizado por Prodigy Finance Limited, posteriormente cedido a la ahora actora, a favor de la demandada para que pudiese estudiar en Londres. Así pues, se cumplen los requisitos establecidos por el TJUE para considerar a una parte consumidora y a la otra empresaria. Además, prosigue el voto particular, se incluía en el contrato una cláusula arbitral, la cual no fue discutida entre las partes y estaba pre incluida.

78. Tal y como se afirma en el voto, el hecho de incluir una cláusula arbitral en un contrato con consumidores y que ésta no haya sido discutida individualmente por las partes, tiene la consideración de abusiva. Esta afirmación se desprende de la aplicación de la Directiva 93/13/CEE, más concretamente del art. 3 en el que se estipula que son cláusulas abusivas aquellas que no se hayan negociado individualmente, siempre que vayan en contra del consumidor por crear un desequilibrio entre derechos y obligaciones de las partes, y cuando la cláusula haya sido redactada previamente y el consumidor no haya podido influir en su contenido.<sup>44 45</sup>

<sup>42</sup> Sentencia del TJUE de 12 de septiembre de 2000, *Pavlov y otros*. Asuntos acumulados C180/98 a C-184/98. FJ 74 (ECLI:EU:C:2000:428); STJUE de 10 de enero de 2006. *Cassa di Risparmio di Firenze SpA*. C-222/04. FJ 107 (ECLI:EU:C:2006:8).

<sup>43</sup> STJUE de 2 de abril de 2020. *Reliantco*. Asunto C-500/18, FJ 45 a 47 (ECLI:EU:C:2020:264).

<sup>44</sup> Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. DOCE núm. 95, de 21 de abril de 1993, págs. 29 a 34. (COUE-L-1993-80525)

<sup>45</sup> **Artículo 3. 1.** Las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente se considerarán abusivas si, pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato. **2.** Se considerará que una cláusula no se ha negociado individualmente cuando haya sido redactada previamente y el consumidor no haya podido influir sobre su contenido, en particular en el caso



79. Esta Directiva ha sido, además, desarrollada en Derecho español a través de la Ley 7/1998 y en su Preámbulo establece que “(c) *cláusula abusiva es la que en contra de las exigencias de la buena fe causa en detrimento del consumidor un desequilibrio importante e injustificado de las obligaciones contractuales y puede tener o no el carácter de condición general, ya que también puede darse en contratos particulares cuando no existe negociación individual de sus cláusulas, esto es, en contratos de adhesión particulares*”<sup>46</sup>. El art. 8 de esta Ley señala que las condiciones generales que actúen en perjuicio del adherente serán nulas de pleno derecho.

80. El asunto C-70/2003 trata sobre la incorrecta interpretación que realiza el Gobierno español de la Directiva 93/13/CEE.<sup>47</sup> Aunque el caso no tiene mucha vinculación con lo que se trata ahora, es interesante el hecho de que se dice que “(s)egún el Gobierno español, de una interpretación integradora de las disposiciones nacionales relativas a la protección de los consumidores contra las cláusulas abusivas se desprende que tales normas son aplicables con carácter imperativo, (...)”. Por tanto, para España las normas sobre cláusulas abusivas tienen carácter imperativo, por lo que deben apreciarse y respetarse sea cual sea el contexto.

81. Como ya se ha expuesto, el OPI tiene dos vertientes, una procesal y otra material. Dentro del bloque material se encuentran, en palabras del TC, principios jurídicos absolutamente obligatorios, por lo que su no apreciación no puede obviarse en función de otras consideraciones, como podría ser el respeto a los derechos procesales. De esta forma, se puede concluir que, tal y como señala el magistrado en su voto particular, ha existido una violación del OPI material, por lo que el laudo no se debería haber reconocido en España.

#### IV. La auténtica causa de denegación: la arbitrabilidad.

82. Es bien sabido, y en este texto también se ha expresado, que el arbitraje se basa en la autonomía de la voluntad y que les corresponde a las partes la tarea de configurar cómo quieren que se desarrolle el procedimiento arbitral al que se van a someter. Esto es así porque las partes tienen libertad para decidir si quieren acudir a la vía arbitral para resolver los posibles conflictos que surjan a raíz de su relación privada.

83. No obstante, a pesar de que la base del arbitraje es la libertad de las partes para acudir a este método de resolución de conflictos, hay ciertas materias que quedan excluidas de esta potestad. En principio, son las legislaciones nacionales las que determinarán cuáles van a ser los derechos irrenunciables de los sujetos, aunque también es posible que la normativa internacional establezca algunos criterios. Sin embargo, “(s)i se considera, por ejemplo, que una materia tiene ramificaciones sociales importantes, o consecuencias que -aunque no sean importantes- afectan a partes que no han suscrito el acuerdo arbitral, es probable que la materia se tilde de inarbitrable. El motivo es claro: el arbitraje es un mecanismo privado de solución de controversias. En la medida en que el problema que se busque ventilar deje de ser privado (es decir, implique a terceros o un interés público), el arbitraje dejará de ser el instrumento idóneo.”<sup>48</sup>

84. Lo anterior significa que hay ciertas materias y acciones sobre las cuales las partes pueden decidir y modularlas, o incluso renunciar a ellas, pues tienen la consideración de materias de libre dispo-

---

de los contratos de adhesión. El hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una cláusula aislada se haya negociado individualmente no excluirá la aplicación del presente artículo al resto del contrato si la apreciación global lleva a la conclusión de que se trata, no obstante, de un contrato de adhesión. El profesional que afirme que una cláusula tipo se ha negociado individualmente asumirá plenamente la carga de la prueba. 3. El Anexo de la presente Directiva contiene una lista indicativa y no exhaustiva de cláusulas que pueden ser declaradas abusivas.

<sup>46</sup> Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación. BOE núm. 89, de 14 de abril de 1998. (BOE-A-1998-8789).

<sup>47</sup> Sentencia del TJUE, de 9 de septiembre de 2004. Asunto C-70/2003. FJ 29 (ECLI:EU:C:2004:505)

<sup>48</sup> <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5047666.pdf> (Ref. Pág. 13) (Visitada el 18/11/2022)

sición. En este sentido se dice que “(u)n derecho será disponible cuando no exista una prohibición expresa, implícita o proveniente de su propia naturaleza, para renunciar o realizarlo de una forma diversa a aquella prevista por la Ley”<sup>49</sup>. Por ende, cuando estos derechos que dependen de la voluntad de las partes estén en juego, éstas van a poder decidir acudir a arbitraje. Por ejemplo, cuestiones relacionadas con la filiación no pueden ser objeto de arbitraje, ya que reviste un interés para la sociedad conocer quién es hijo de quién. Por el contrario, quién corra con los gastos de la logística en una compraventa internacional es algo que sólo es relevante para las partes, por lo que sí se podrían reclamar a través de un arbitraje.

**85.** Por tanto, aquellas materias sobre las que las partes puedan disponer a su libre albedrío se considerarán arbitrables. Por el contrario, cuando exista algún aspecto en la relación jurídica que tenga impacto sobre terceros o revierta en un interés público ya no se podrá considerar que esa relación afecte únicamente a las partes involucradas, sino que tiene proyección en otros aspectos o sujetos, por lo que la materia será inarbitrable.

**86.** La arbitrabilidad se divide a su vez en dos, por un lado está la arbitrabilidad subjetiva y por otro la objetiva. La primera de ellas se refiere a la capacidad que tiene la parte que posee la facultad de disponer el derecho u obligación objeto de litigio y que se pretende someter a arbitraje. Este tipo de arbitrabilidad se refiere a la capacidad para prestar consentimiento, ya que quien no dispone de un derecho no puede someterlo a arbitraje. La segunda modalidad, la subjetiva, es la “*idoneidad objetiva de una materia para ser resuelta en un proceso arbitral, para lo cual debe atenderse exclusivamente a las concretas peticiones o pronunciamientos solicitados por las partes*”<sup>50</sup>.

**87.** Cada ordenamiento jurídico nacional establece, a través de su legislación, cuáles van a ser las normas que considera imperativas y cuáles son dispositivas. Dentro de las materias imperativas, “(s) e encuentran (...) aquellas materias vinculadas al ejercicio de la actividad pública, derivadas de la protección o tutela de las personas o las reglamentadas por normas imperativas. (...) Y aunque es verosímil que por razones de política jurídica haya o pueda haber cuestiones que sean disponibles para las partes y respecto de las que se quiera excluir o limitar su cariz arbitrable, ello sobrepasa el marco específico de una regulación general del arbitraje y puede ser objeto, en su caso, de disposiciones específicas en otros textos legales.”<sup>51</sup>

**88.** Es necesario remarcar dos ideas clave del párrafo anterior, la primera es la imperatividad de normas derivadas de la protección o tutela de personas, y la segunda es la posibilidad que se da de convertir materias que, en principio serían arbitrables, en inarbitrables, pero a través de la legislación específica y no de la arbitral. Si se tiene esto en cuenta y se vuelve al caso objeto de estudio, la relación jurídica es entre un empresario y un consumidor y la Ley de Defensa de los Consumidores establece en su artículo 57.4, que versa sobre el sistema arbitral de consumo, que para los consumidores no tienen carácter vinculante los convenios arbitrales suscritos con un empresario antes de surgir el conflicto.<sup>52</sup>

**89.** En el caso de autos, expone el voto particular, el convenio arbitral estaba ya predisposto en el contrato al momento de celebrarlo. Asimismo, no se acudió a un tribunal arbitral de consumo, sino que el arbitraje se llevó a cabo frente a un tribunal no especializado. En este sentido, al haberse

<sup>49</sup> <https://riu.austral.edu.ar/bitstream/handle/123456789/1345/Algunas%20consideraciones%20sobre%20la%20noci%C3%B3n%20de%20arbitrabilidad.pdf?sequence=1#:~:text=2.1%C2%BA%20LA%2F2003%20define,subjetivos%20en%20litigio%5B37%5D>. (Párrafo 11) (Visitada el 18/11/2022)

<sup>50</sup> <https://riu.austral.edu.ar/bitstream/handle/123456789/1345/Algunas%20consideraciones%20sobre%20la%20noci%C3%B3n%20de%20arbitrabilidad.pdf?sequence=1#:~:text=2.1%C2%BA%20LA%2F2003%20define,subjetivos%20en%20litigio%5B37%5D>. (Párrafo 6) (Visitada el 18/11/2022)

<sup>51</sup> <https://riu.austral.edu.ar/bitstream/handle/123456789/1345/Algunas%20consideraciones%20sobre%20la%20noci%C3%B3n%20de%20arbitrabilidad.pdf?sequence=1#:~:text=2.1%C2%BA%20LA%2F2003%20define,subjetivos%20en%20litigio%5B37%5D>. (Párrafo 13) (Visitada el 21/11/2022)

<sup>52</sup> Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias. BOE núm. 287, de 30/11/2007. (BOE-A-2007-20555)

incluido esa disposición de forma previa a la aparición del litigio, ésta no se considerará vinculante para el consumidor, además de no haber la sumisión a tribunales arbitrales no especializados cuando interviene un consumidor. Esto es así en aras a la protección de los consumidores, pues se encuentran en una posición de desventaja frente al empresario en una negociación. Todo ello deriva en que al intervenir un consumidor el arbitraje debe ser de consumo con carácter imperativo, pues el propio art. 57.1 señala que “(e)l Sistema Arbitral del Consumo es el sistema extrajudicial de resolución de conflictos entre los consumidores y usuarios y los empresarios”. Y, puesto que la arbitrabilidad de la materia debe ser objeto de control previo al orden público, se debería haber denegado el *exequatur* por este motivo y no por el otro.

## V. Conclusiones

**90.** El reconocimiento de un laudo no es una cuestión sencilla, pues el tribunal que conozca del *exequatur* deberá hacer un examen del laudo arbitral para asegurarse que se han cumplido todos los requisitos legales recogidos en el conjunto de su ordenamiento jurídico nacional, de manera que se han respetado los principios y normas imperativas que son de obligado cumplimiento, ya sean normas materiales como procesales. De esta forma, el juez también se cerciora de que los derechos que protegen a las partes en un procedimiento, ya sea judicial o arbitral, han sido respetados. Sin embargo, no se trata de una nueva instancia, por lo que el control no podrá ser sobre el fondo de la cuestión, de manera que el tribunal no podrá pronunciarse sobre lo recogido en el laudo, esto es, no podrá valorar el mayor o menor acierto de los preceptos aplicados o las conclusiones extraídas de éstos. A la luz de lo previsto en el auto y de lo tratado en este texto se pueden extraer una serie de conclusiones.

*Primera.* Un repaso del sistema de fuentes del Derecho español comienza a ser algo imperativo entre los miembros del cuerpo judicial. El hecho de aplicar habitualmente la normativa de producción interna no es óbice para desconocer los instrumentos desarrollados a nivel internacional, pues éstos también forman parte del ordenamiento español desde que se cumple lo establecido en el art. 1.5 del Código Civil, por lo que se debe ser consciente de esta realidad y conocer la posición que éstos ocupan dentro del sistema nacional. El Derecho Internacional Privado también existe y, debido a los movimientos de personas y bienes provocados por el fenómeno globalizador, su aparición es cada vez más frecuente. No se debe temer a las normas internacionales, pues están ahí para crear unidad y eliminar la inseguridad jurídica que podría derivar de desplazarse de un territorio a otro. Es tarea de los jueces nacionales ser conscientes de esta realidad y de la regulación que se le da, así que hay que abandonar la aplicación de normas internacionales por remisión, cuando el propio Estado en el que se incardinan ya las ha adoptado.

*Segunda.* El procedimiento de arbitraje se diferencia del procedimiento judicial en la voluntariedad del primero frente del segundo, es decir, las partes acuerdan libremente acudir a la vía arbitral para resolver sus conflictos. En caso de ausencia de una de las partes, o incluso de ambas, en el proceso arbitral, puede hacer surgir la cuestión de si esa voluntad de acudir a arbitraje ha quedado viciada de algún modo. Se podría alegar que una de ellas presenta desinterés en continuar esa vía y ni siquiera se persona. Aquí cabe plantear la cuestión de que las partes han decidido acudir de manera voluntaria a arbitraje, por lo que han acordado esta vía como la idónea para la resolución de su controversia. El hecho de que una de ellas no se manifieste en lo absoluto, a pesar de haber sido notificada y quedar constancia de esa notificación, ¿desvirtuaría la esencia de voluntariedad del procedimiento? En principio, ese deseo de acudir a arbitraje ya quedó plasmado en el momento en que se firmó el acuerdo arbitral, por lo que no sería necesario volver a prestar el consentimiento nuevamente al iniciar el procedimiento como una reiteración de voluntad. Por ello, del hecho de que la parte demandada no comparezca en el procedimiento arbitral, no se debe considerar como su desacuerdo al procedimiento arbitral ni como que éste ha perdido esa esencia de voluntarismo que caracteriza al arbitraje. En el caso de autos, el propio tribunal arbitral le indicó que acudir a esa primera reunión no se consideraba como que estaba de acuerdo con acudir a la vía. Incluso en su ausencia el procedimiento arbitral puede desarrollarse, igual que ocurriría en el procedimiento jurisdiccional. La dificultad se presentaría al árbitro, pues deberá resolver con imparcialidad, a pesar de que una de las partes no se ha manifestado en lo absoluto ni ha propuesto ningún tipo de prueba.

*Tercera.* No hay que confundir el procedimiento de *exequatur* con la acción de anulación del laudo arbitral, puesto que, aunque los motivos para denegar el reconocimiento o conceder la anulación puedan coincidir, las consecuencias que de uno u otro se derivan no van a tener el mismo impacto en la vida del laudo arbitral. La anulación del laudo lo “elimina” del mundo jurídico, deja de existir y no va a poder desplazarse y desplegar todos los efectos inherentes a él. Por el contrario, las consecuencias emanadas de la denegación del laudo sólo van a repercutir en ese Estado en el que se solicita el *exequatur*. Se puede decir que los criterios que debe seguir el tribunal para dilucidar la existencia o no de uno de los motivos previstos para denegar el *exequatur* o anular el laudo deben ser los mismos en ambos procesos, pero eso no significa que haya identidad entre los procedimientos o que las consecuencias derivadas de ellos sean idénticas. Asimismo, los laudos cuya anulación se promueva siempre serán nacionales, pues no cabe la posibilidad de anular un laudo extranjero por carecer de competencia los tribunales de otros Estados distintos del de la sede arbitral. Además, hay que tener también muy en cuenta que la lista de causas apreciables para anular o denegar el reconocimiento es una lista taxativa, es decir, es una lista cerrada. Utilizar criterios como el orden público internacional para ampliar esa lista e incluir otros aspectos que, de otra forma, no serían aplicables, sería una forma de viciar el sentido del concepto. No se puede alegar violación del orden público para incluir requisitos que no suponen un principio esencial o una norma imperativa del Estado. El tribunal no puede denegar el reconocimiento o anular un laudo y escudarse en el orden público internacional sin mayores explicaciones. El orden público internacional es un concepto jurídico indeterminado, pero no es una nebulosa oscura cuyo contenido es imposible de vislumbrar, pues doctrina y jurisprudencia se han encargado de dotarlo de contenido. Por tanto, no se debe trastocar este principio a gusto del tribunal para anular un laudo o denegar un reconocimiento sólo porque no sea de su agrado, pues si se hiciese, se estaría relegando el orden público internacional a una especie de cajón de sastre y dejaría de ser una excepción, para convertirse en la norma habitual utilizada sin mayor justificación por parte del tribunal.

*Cuarta.* Hay que tener cuidado al interpretar al TC en relación con la afirmación de que la motivación de los laudos no tiene relevancia para el orden público y que, por tanto, su presencia o ausencia no supone una vulneración de éste. Se dice del arbitraje internacional que es un sistema anacional, pues trasciende la esfera de un Estado por tener vinculación o conexiones con más de un país. Si bien esto es cierto, no lo es del todo. Aunque sean las partes quienes otorgan potestad a los árbitros para resolver la diferencia y es a éstas a quienes deben “lealtad” a la hora de decidir la cuestión, lo cierto es que la sede arbitral se incardina dentro de un Estado y al árbitro le interesa que su laudo no sea anulado y que viaje de Estado a Estado. De esta forma, va a adecuar su contenido a los principios de orden público estatales, que *grosso modo* son muy parecidos en los distintos países por el desarrollo histórico que han sufrido. Esto implica que va a motivar su laudo, al menos lo suficiente para cumplir con los requisitos mínimos nacionales y que, de esta manera, el laudo sobreviva al control judicial del *exequatur* o de la anulación. Esa motivación suficiente se hará en base a las normas de la sede arbitral y se ceñirá a lo considerado como mínimo en ese Estado, no en el país del *exequatur*. Es decir, el árbitro va a motivar su laudo en función de lo establecido en la ley de arbitraje nacional y, si nada indica, en función de las normas procesales estatales. Por tanto, es posible que existan distintos grados de motivación en los laudos en función del Estado de origen, pues los requisitos mínimos variarán en función de la normativa nacional de cada país. Esta diferencia en la motivación mínima que puede existir entre Estados es lo que no vulneraría el orden público internacional español, pues, tal y como dice el TC, es suficiente con que exista una relación lógica entre los hechos y los fundamentos jurídicos aplicados para considerar que existe motivación, aunque sea menos extensa que la proporcionada por laudos de origen español.

*Quinta.* Hacer recaer en las partes la decisión de cuánto de motivado quieren que sea su laudo podría parecer que, por un lado, se les confiere una potestad inmensa, ya que en cierto modo condicionan la actuación de los árbitros, y, por otro lado, se le priva al árbitro de su capacidad discrecional de decisión y valoración. Hay que partir de la base de que el arbitraje se sustenta en la autonomía de la voluntad de las partes y que son éstas las que pueden decidir cómo quieren configurar el procedimiento al que se van a someter. Con esto en mente se puede afirmar que es totalmente legítimo que las partes decidan también la motivación que quieren obtener por parte del árbitro, incluso la renuncia a que se motive. Ahora bien, el problema surge cuando las partes no hayan acordado nada en relación con la mo-

tivación. ¿El árbitro no motiva? ¿No tiene necesidad? ¿O aplicaría su leal saber y entender para motivar suficientemente? Y, si dicen que no quieren mucha motivación, ¿se motiva un poco o sólo sobre algunos aspectos con más relevancia? ¿Y quién decide cuáles son los puntos con más relevancia? Efectivamente, en el arbitraje prima la autonomía de la voluntad y las partes pueden pactar muchos extremos, desde designar al árbitro hasta decidir qué idioma quieren utilizar en el procedimiento. Aun así, en caso de no acordar alguna de estas posibilidades hay normas que señalan en una dirección u otra, y son las normas nacionales de la sede del arbitraje. Por tanto, el arbitraje no está totalmente desligado del Estado, para todo aquello no previsto por las partes, el árbitro acude a la ley nacional o a la ley aplicable designada y completa lo no decidido por las partes. Por ende, lo mismo ocurre con la motivación y el orden público, el árbitro va a motivar lo suficiente para que su resolución no vulnere los principios que conforman el orden público. Cuestión distinta es que esa motivación no satisfaga la opinión o los estándares motivacionales del juzgador que conoce del procedimiento de *exequatur* o de la acción de anulación. Sin embargo, esos estándares subjetivos del juzgador no son relevantes para dictaminar que ese laudo vulnera el orden público, ya que el *exequatur* o la anulación no son una nueva instancia en la que se pueda entrar a hacer valoraciones sobre el fondo. El arbitraje es y no es un equivalente jurisdiccional, por lo que no se le puede pedir exactamente lo mismo que a los jueces o a las sentencias, pero eso no quiere decir que tampoco deba existir un mínimo de motivación que justifique en cierta medida la decisión adoptada, porque, si no la hay, entonces sí se podría incurrir en arbitrariedades y eso también es contrario al orden público, salvo que las partes hayan renunciado expresamente a la motivación, en cuyo caso la ausencia de ésta sería válida.

*Sexta.* Se ha dicho en estas conclusiones que la emisión de voluntad para acudir a arbitraje se da en el momento en que se firma la cláusula arbitral, por lo que no es necesario reiterar ese deseo de acudir a la vía arbitral antes de comenzar el procedimiento. Pero esa sería la regla general aplicable para los arbitrajes celebrados entre partes que se encuentran en el mismo grado de influencia en el contrato y que lo han adaptado a sus intereses. Sin embargo, esta regla general no es adaptable al caso en el que el contrato se ha celebrado entre consumidor y empresario y, además, la cláusula arbitral estaba incluida en el contrato de manera predeterminada. La Ley es bastante proteccionista respecto de los consumidores, pero ello se deriva de su desventaja frente al empresario, por lo que la ley pone medios tendentes a equilibrar los derechos y obligaciones que atan a ambas partes. Ignorar este hecho constituye ignorar un principio básico de la contratación, tanto a nivel nacional como internacional. Es muy loable que el TSJ trate de mantener con vida ese laudo extranjero que busca introducirse en el ordenamiento jurídico español y ser aplicable. De este hecho se puede apreciar cómo el tribunal busca favorecer y aceptar el arbitraje internacional, de manera que se desplieguen los efectos expresados en el laudo. Ciertamente deben velar por favorecer la libre circulación de las resoluciones, ya sean arbitrales como judiciales, pero sobre todo deben proteger la integridad de la sociedad española. Esto se traduce en que deberán examinar ese laudo antes de darle el visto bueno e integrarlo en el ordenamiento jurídico español. El OPI no son sólo principios procesales, sino que también tiene normas imperativas y principios generales, cuyo respeto debe protegerse igualmente. En el momento en que una norma imperativa del ordenamiento español ha sido vulnerada por un laudo, por mucho aprecio que se tenga al sistema arbitral se le deberá denegar el reconocimiento y no introducirlo en el ordenamiento jurídico.

*Séptima.* El camino hasta que un laudo arbitral extranjero obtiene el reconocimiento en un concreto Estado es como una escalera y cada peldaño es uno de los motivos de denegación del reconocimiento y *exequatur* establecidos por el art. V CNY. Sin embargo, las partes no subirán solas los dos escalones finales, sino que irán acompañadas del juez, ya que estos dos últimos motivos también son apreciables de oficio. Se trata de la arbitrabilidad de la controversia y del orden público internacional y ambos deben ser respetados si se quiere conseguir que el laudo llegue a la cima y alcance el deseado *exequatur*. Estas dos causas apreciables de oficio deben respetarse en su integridad, aunque es posible que un laudo cumpla con uno de los motivos de denegación, pero que el otro sea vulnerado. Dos ejemplos ayudarán a ilustrar esta afirmación más fácilmente. Por una parte, se realiza un arbitraje entre una parte italiana y una española en relación a una compraventa internacional en el que se discute el incumplimiento de una de las partes por no pagar la totalidad del precio y se pretende reconocer el laudo en España. Sin embargo, se establecían en el contrato, y posteriormente se reconocen en el laudo, unos

intereses de demora que para España tienen consideración de usuarios. La materia es arbitrable, pero se ha vulnerado una norma imperativa para el Estado español, componente del orden público internacional nacional. Por otra parte, el procedimiento se puede haber llevado a cabo en presencia de ambas partes, con audiencia de ambos y el pronunciamiento ser conforme a Derecho, pero se resuelve un divorcio. En este caso, el OPI ha sido respetado, pero la materia era inarbitrable con arreglo al Derecho del Estado de destino del laudo. En cualquiera de ambos casos, el tribunal que conozca del procedimiento de reconocimiento deberá denegarlo y no reconocer el laudo arbitral. Así pues, se puede concluir que la arbitrabilidad y el orden público internacional es un control en dos pasos de obligada observancia, donde primero se verificaría que la cuestión litigiosa ha tratado sobre un derecho de libre disposición de conformidad con las normas del país del *exequatur* y, una vez que se ha comprobado que sí era arbitrable, examinar si también se respetan los principios del orden público internacional. Ya que, si el objeto de la diferencia no era arbitrable, por mucho que se respete el contenido del orden público internacional, el juez deberá denegar el reconocimiento.