

Arbitraje comercial y orden público en España y en el Derecho comparado: especial referencia al orden público de la Unión Europea en el control jurisdiccional del laudo

Commercial arbitration and public policy in Spain and in comparative law: special reference to the European Union's public policy in the judicial review of awards

DIEGO AGULLÓ AGULLÓ*

*Profesor colaborador asistente de Derecho internacional privado
Universidad Pontificia de Comillas (ICADE)*

ORCID ID: 0000-0003-2263-9369

Recibido: 20.12.2024 / Aceptado: 06.01.2025

DOI: 10.20318/cdt.2025.9321

Resumen: En este trabajo se analiza la noción de orden público en el control jurisdiccional del laudo arbitral en España y en el Derecho comparado, con particular atención al orden público de la Unión Europea. En este artículo se defiende que los tribunales ordinarios deben tener deferencia hacia el arbitraje, interpretando la noción de orden público de manera restrictiva y protegiendo la autonomía de la institución arbitral, tan relevante en el comercio internacional, sin que el órgano jurisdiccional de control pueda entrar a valorar el fondo del laudo ni sustituir la labor decisoria del tribunal arbitral. Se defiende, entre otras cuestiones, una aproximación minimalista del control jurisdiccional del laudo comercial, de acuerdo con la reciente doctrina del Tribunal Constitucional español.

Palabras clave: Orden público, Unión Europea, arbitraje comercial.

Abstract: This paper analyses the notion of public policy in the jurisdictional review of commercial arbitral awards in Spain and in comparative law, with particular attention to the public policy of the European Union. This article argues that courts should show deference towards arbitration, interpreting the notion of public policy in a restrictive manner and protecting the autonomy of the arbitration institution, which is so important in international trade. The court should not be able to enter into an

*Algunas de las ideas que se contienen en este trabajo fueron expuestas en el *VII Symposium on Salient Issues in International Arbitration - International Arbitration: Evolution or Devolution?*, organizado en Washington, D.C. por el *Center on International Commercial Arbitration at American University Washington College of Law* y el *Institut Suisse de Droit Comparé*, bajo la dirección del Prof. H. A. GRIGERA NAÓN y la Prof^a. K. NADAKAVUKAREN. Agradezco al Prof. B. ARP su fantástica labor en la organización de este simposio. Este trabajo se ha realizado en el marco del Grupo de Investigación de la Universidad de León (506) titulado “Derecho Europeo, Historia Jurídica y Organizaciones sociales -EUROHIST.org-”, del que el autor es miembro colaborador. Este trabajo lo ha leído el Prof. P. FAJARDO MARTOS, de la Universidad Pontificia Comillas (ICADE), a quien agradezco sus comentarios. Agradezco los comentarios de los Prof. S. ADROHER BIOSCA, I.E. LÁZARO GONZÁLEZ, M. J. LUNAS DÍAZ y E. ÁLVAREZ ARMAS, de la Universidad Pontificia Comillas (ICADE), con quien he tenido la oportunidad de intercambiar opiniones sobre el tema abordado en este artículo. Agradezco a los evaluadores independientes y anónimos de la revista *Cuadernos de Derecho Transnacional* por sus valiosos comentarios. Agradezco la asistencia de C. MARÍN BOSCH, alumna colaboradora del área de Derecho internacional privado de la Facultad de Derecho de la Universidad Pontificia Comillas (ICADE) durante el curso académico 2022-2023. Las opiniones expresadas en este trabajo y cualquier error que pueda encontrarse en él son responsabilidad exclusiva del autor. Trabajo modificado por última vez en fecha 01-02-2025.

assessment of the merits of the award or replace the decision-making work of the arbitral tribunal. This paper supports, among other aspects, a minimalist approach to the jurisdictional review of the award, in accordance with the recent case law of the Spanish Constitutional Court.

Keywords: Public policy, European Union, commercial arbitration.

Sumario: I. Introducción. II. El concepto de orden público en los distintos sectores del ordenamiento jurídico español. III. Una primera aproximación a la naturaleza constitucional del arbitraje en España y al principio de mínima intervención jurisdiccional. IV. Entendiendo la cláusula de orden público. Orden público y normas imperativas. Los adjetivos del orden público: el orden público “nacional”, “internacional”, “español”, “internacional español”, “negativo”, “positivo”, “transnacional” y “europeo”. 1. Algunas precisiones de Derecho internacional privado. 2. La noción *ius* internacional privatista de orden público trasladada al control jurisdiccional del laudo arbitral en España: el control del laudo doméstico, internacional y extranjero. V. La noción de orden público de la Unión Europea en el ámbito arbitral comercial. 1. La jurisprudencia del TJUE en materia de arbitraje comercial y orden público. 2. Límites y técnicas de aplicación de la noción de orden público de la Unión Europea en el control jurisdiccional del laudo. A) Límites de conexidad: la “vinculación mínima” y el orden público europeo “de proximidad”. Especial referencia al Derecho europeo de la competencia y a las sanciones internacionales. B) La cuestión prejudicial como elemento esencial en el aseguramiento de la efectividad del Derecho de la Unión Europea: ¿es posible la aplicación del Derecho de la Unión Europea por parte de tribunales arbitrales comerciales con sede en terceros Estados? Del arbitraje de inversiones al arbitraje comercial, pasando por el arbitraje deportivo obligatorio. C) El límite de la caducidad de la acción de anulación y del principio dispositivo del proceso civil aplicable a la acción de anulación en el ordenamiento español. D) Límites al control judicial de la motivación del laudo arbitral. E) La posición maximalista del Tribunal Federal alemán frente a la posición minimalista (y mucho más apropiada) del Tribunal Constitucional español en relación con la jurisprudencia del TJUE. VI. Consideraciones finales.

I. Introducción

1. La cláusula general de orden público como motivo de anulación del laudo arbitral comercial o como causal para el no reconocimiento y ejecución de laudo extranjero es un asunto que preocupa a la comunidad arbitral porque puede comprometer la viabilidad de un laudo arbitral que debe poner fin a una controversia comercial. En este trabajo se estudia la noción de orden público en profundidad, sobre todo el concepto de orden público de la Unión Europea (UE) y se defiende una aproximación minimalista del orden público y del control jurisdiccional del laudo, en la que los jueces muestren una imprescindible deferencia hacia el arbitraje.

2. España es una jurisdicción pro-arbitraje, con una *lex arbitri* moderna, la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje (Ley de Arbitraje o LA), que sigue lo dispuesto por la Ley Modelo de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) sobre Arbitraje Comercial Internacional. Además, España tiene ratificado el Convenio sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras, hecho en Nueva York el 10 de junio de 1958 (Convenio de Nueva York) con carácter *erga omnes* ya que nuestro país no hizo uso de la reserva de reciprocidad. En caso de conflicto entre tratados en materia de reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros, rige en España el principio de máxima eficacia, siguiendo el ordenamiento español una orientación pro-reconocimiento¹.

3. No obstante, el Tribunal Superior de Justicia (TSJ) de Madrid vino anulando, sobre todo a partir de 2015, algunos laudos arbitrales aplicando la causal de contrariedad de la sentencia arbitral con

¹ A.L. CALVO CARAVACA, Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Tratado de Derecho internacional privado*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2020, (*acceso online*).

el orden público del art. 41.1 f) LA². El Tribunal Constitucional español (TC) ha venido a su vez, en los últimos tiempos, estimando diversos recursos de amparo ejercitados contra sentencias anulatorias del TSJ de Madrid, por excederse en el control judicial del laudo y vulnerar de esta manera el art. 24 de la Constitución Española, y declarando nulas dichas resoluciones judiciales. Ello ha permitido perfilar la noción y contenido de la cláusula de orden público en España como motivo de anulación del laudo arbitral, estableciendo, en esencia, que el arbitraje pende de los arts. 1 (libertad) y 10 (libre desarrollo de la personalidad) y no del art. 24 (tutela judicial efectiva o acceso a la justicia) y que, como consecuencia, debe evitarse un desbordamiento de la noción de orden público que lo convierta en un “cajón de sastre”, y que la motivación del laudo no se rige por las mismas exigencias que la de las resoluciones judiciales, siguiendo la motivación del laudo un parámetro propio³.

4. En cuanto a la definición de orden público, el TC, en su Sentencia 46/2020 dispone que:

“(…) por orden público material se entiende el conjunto de principios jurídicos públicos, privados, políticos, morales y económicos, que son absolutamente obligatorios para la conservación de la sociedad en un pueblo y en una época determinada (SSTC 15/1987, de 11 febrero ; 116/1988, de 20 junio , y 54/1989, de 23 febrero), y, desde el punto de vista procesal, el orden público se configura como el conjunto de formalidades y principios necesarios de nuestro ordenamiento jurídico procesal, y solo el arbitraje que contradiga alguno o algunos de tales principios podrá ser tachado de nulo por vulneración del orden público. Puede decirse que el orden público comprende los derechos fundamentales y las libertades garantizados por la Constitución, así como otros principios esenciales indisponibles para el legislador por exigencia constitucional o de la aplicación de principios admitidos internacionalmente”.⁴

5. El control jurisdiccional del laudo se ejercita una vez emitido el laudo: esencialmente en sede de anulación o en materia de reconocimiento y ejecución de sentencia arbitral extranjera. La acción de anulación es una medida excepcional y que, consecuentemente, debe estimarse en atención a una interpretación restrictiva de las causales de anulación contenidas en el art. 41 de la Ley de Arbitraje que, además, son *numerus clausus*⁵. Restrictivamente debe interpretarse, por tanto, la causal relativa al orden público del art. 41.1.f) que, al menos con carácter previo a la reciente doctrina constitucional, parecía haberse interpretado de una manera un tanto amplia o expansiva por parte de algunos órganos jurisdiccionales. En materia de reconocimiento y ejecución de laudo extranjero, el Convenio de Nueva York establece en su artículo V que uno de los motivos de no reconocimiento de un laudo extranjero en un

² Cabe destacar la STSJ Madrid 28 enero 2015 (JUR 2015\79489) en la que el órgano jurisdiccional anuló un laudo arbitral por vulneración del “orden público económico”. En este caso, el tribunal arbitral decidió sobre una permuta financiera y el órgano jurisdiccional determinó que el tribunal arbitral no había dado cumplimiento en la sentencia arbitral a normas imperativas de Derecho de la Unión Europea en materia financiera y que, por tanto, debía activarse la causal de orden público del art. 41.1f) de la Ley de Arbitraje. CONTHE manifiesta que, dejando de lado el grave error que supone una “extralimitación y exceso de jurisdicción” por parte del TSJ Madrid, este órgano jurisdiccional incurre en “equivocaciones en la interpretación de la ley del Mercado de Valores”. Vid. M. CONTHE, “Swaps de intereses: la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 28 de enero de 2015”, *Diario La Ley*, nº 8515, 2015, p. 10.

Vid. también a este respecto resoluciones relacionadas, denegando o estimando la anulación: ATSJ Madrid 4 abril 2017 (AC\2017\375), ATSJ Madrid 3 mayo 2017 (AC\2017\482), STSJ Madrid 4 mayo 2017 (AC\2017\563), STSJ Madrid 8 enero 2018 (AC\2021\1329), ATSJ Madrid 22 mayo 2018 (AC\2018\1301), STSJ Madrid 13 diciembre 2018 (AC\2019\230), ATSJ Madrid 5 de marzo 2019 (JUR\2019\232664), STSJ Madrid 1 octubre 2019 (JUR\2019\314948), STSJ Madrid 4 octubre 2019 (JUR\2019\315503), STSJ Madrid 8 noviembre 2019 (JUR\2019\319977), ATSJ Madrid 27 julio 2020, ATSJ Madrid 3 abril 2020.

³ Debemos citar las SSTC 15 junio 2020, 46/2020 (ECLI:ES:TC:2020:46), 15 febrero 2021, 17/2021 (ECLI:ES:TC:2021:17) (vid. J. FERNÁNDEZ-ARMESTO y A. BRIONES, “Reflexiones a raíz de la sentencia del Tribunal Constitucional de 15 de febrero de 2021”, en J.C. FERNÁNDEZ ROZAS (coord.), *El proceso arbitral en España a la luz de la doctrina del Tribunal Constitucional*, Wolters Kluwer, Madrid, 2021, pp. 105-110), 15 marzo 2021, 55/2021 (ECLI: ECLI:ES:TC:2021:55), 4 abril 2021, 65/2021 (ECLI: ECLI:ES:TC:2021:65), 4 abril 2022, 50/2022 (ECLI:ES:TC:2022:50), 27 junio 2022, 79/2022 (ECLI:ES:TC:2022:79) y STC 2 diciembre 2024, rec. amparo 921/2022.

⁴ STC 15 junio 2020 (ECLI:ES:TC:2020:46) (FJ4).

⁵ Vid. STC 15 marzo 2021, 55/2021 (ECLI: ECLI:ES:TC:2021:55) (FJ3); 4 abril 2022, 50/2022 (ECLI:ES:TC:2022:50) (FJ3) y 4 abril 2021, 65/2021 (ECLI: ECLI:ES:TC:2021:65) (FJ3-4). Sobre la acción de anulación del laudo arbitral, vid. M.V. CUARTERO RUBIO, *El recurso de anulación contra el laudo en el arbitraje comercial internacional*, Eurolex, Madrid, 1997.

Estado contratante es que la sentencia arbitral será contraria al “orden público de ese país”, que también debe interpretarse de una manera restrictiva.

6. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) ha venido emitiendo jurisprudencia que perfila el principio de efectividad del Derecho de la Unión Europea en relación con el arbitraje, estableciendo en el popular caso *Eco Swiss* que debe asegurarse el principio de efectividad del Derecho de la UE, particularmente en este caso del Derecho de la competencia de la UE —del que ya no se duda sobre su arbitrabilidad— y que ello debe hacerse con base en un principio de equivalencia: si existen remedios procesales nacionales que permiten anular un laudo por contrariedad con el orden público del Estado Miembro de la sede del arbitraje, también debe ser posible anular el laudo si se contraría el orden público de la Unión Europea, como es en el caso de la contrariedad con el Derecho de la competencia de la UE. En *Eco Swiss*, el TJUE indica incluso que la noción de orden público de la Unión Europea debe utilizarse en el seno de la causal de no reconocimiento relativo al orden público contenido en el art. V del Convenio de Nueva York⁶.

7. En el reciente asunto *ISU*, en materia de arbitraje deportivo obligatorio, el TJUE también confirma su doctrina anterior en cuanto a que la cuestión prejudicial es un elemento esencial en la consecución de tal efectividad, para lo que determina que la sede del arbitraje, concepto no regulado en el ámbito del Derecho de la Unión, juega un papel fundamental en tal consecución, al permitir que los órganos jurisdiccionales de la sede del arbitraje, competentes para conocer del recurso de anulación contra el laudo, remitan cuestión prejudicial al TJUE en caso de que se haya sustanciado inadecuadamente en el arbitraje alguna cuestión de orden público de la Unión Europea o sobre la que deba consultarse al TJUE a través de la cuestión prejudicial. Cabe tener presente que los tribunales arbitrales no pueden remitir cuestión prejudicial al TJUE y que la noción del orden público de la Unión Europea, como clausula general, se determina caso a caso existiendo jurisprudencia del TJUE y de tribunales nacionales que se refieren a las normas de Derecho de la competencia, Derecho de los consumidores, sanciones internacionales y Derechos humanos como “normas de orden público” de la Unión Europea⁷.

8. Una incorrecta interpretación de la jurisprudencia del TJUE, y una inapropiada extrapolación de la jurisprudencia del TJUE en materia de arbitraje de inversiones y de arbitraje deportivo obligatorio al arbitraje comercial, puede llevar a pensar que el TJUE está proclamando un orden público expansivo y, en cierto modo, absoluto, sin limitaciones, que permita a los jueces nacionales entrar a valorar el fondo de la controversia decidida en sede del arbitraje comercial para dilucidar si el laudo es contrario al orden público de la Unión Europea. Si bien puede calificarse críticamente la posición del TJUE como maximalista o expansiva en relación con el principio de efectividad del Derecho de la Unión en conexión con el arbitraje, el orden público de la Unión Europea tiene, según la propia jurisprudencia del TJUE, — y debe tener en todo caso— límites a la hora de ser utilizado por los jueces nacionales en sede de anulación o de reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales comerciales. Todo ello en aras de preservar la autonomía y buen funcionamiento del arbitraje comercial, institución fundamental para la resolución de disputas entre privados en un mundo globalizado⁸. El Tribunal Constitucional español acierta en su doctrina, recientemente sistematizada en la STC 2 diciembre 2024, rec. amparo 921/2022, estableciendo que las normas de orden público deben ser controladas por parte del tribunal ordinario de anulación, pero adoptando una posición de deferencia hacia el arbitraje, preservando su necesaria

⁶ STJCE 1 junio 1999, *Eco Swiss*, C-126/97. Sobre el principio de efectividad en materia de Derecho de la competencia de la UE y arbitraje, *vid.* A. ROBLES MARTÍN-LABORDA, “Cláusulas arbitrales estándar y reclamaciones de daños causados por los cárteles conforme al Derecho de la UE”, *Iurgium. Revista del Club Español e Iberoamericano del Arbitraje*, nº 41, 2024, pp. 16 y ss.

⁷ STJUE 12 diciembre 2023, *ISU*, C-124/21 (Gran Sala).

⁸ La STJCE 1 junio 1999, *Eco Swiss*, C-126/97 también determina que “las exigencias relativas a la eficacia del procedimiento arbitral justifican que el control de los laudos arbitrales tenga carácter limitado y que sólo pueda obtenerse la anulación de un laudo o la denegación del reconocimiento en casos excepcionales” (párr. 35). En este mismo sentido se pronuncia la STJCE 28 octubre 2006, *Mostaza Claro*, C-168/2005 (párr. 34). La STC 15 febrero 2021, 17/21 (ECLI:ES:TC:2021:17) dispone que la acción de anulación es un “remedio extremo y excepcional” (FJ2).

autonomía y aplicando correctamente la doctrina del TJUE al respecto a través de un control externo del laudo y sin que el tribunal ordinario pueda sustituir la labor decisoria del tribunal arbitral.

9. Este trabajo se estructura abordando, en primer lugar, la noción de orden público en los distintos sectores del ordenamiento español hasta llegar a la noción de orden público que se utiliza en el Derecho internacional privado, que puede servir como prisma para estudiar esta cláusula general en el ámbito del arbitraje internacional⁹. Se analiza la doctrina constitucional española en materia de arbitraje comercial y se estudia la noción de orden público de la Unión Europea y sus límites y técnicas de aplicación como causal de control jurisdiccional del laudo arbitral, con particular atención a la jurisdicción española y con algunas referencias al Derecho comparado.

II. El concepto de orden público en los distintos sectores del ordenamiento jurídico español

10. La noción de orden público (*ordre public*, *public policy*) puede tener distintos significados dependiendo de la disciplina científica y, en la esfera jurídica, del sector del ordenamiento y de la jurisdicción de que se trate. Podemos encontrar este concepto en el ámbito de la Ciencia Política y la Filosofía del Derecho y en normas propias del Derecho canónico, constitucional, administrativo, penal, procesal, civil, mercantil y, por supuesto, en el Derecho internacional y en el arbitraje internacional¹⁰.

11. Sin ánimo de ser exhaustivos, podemos mencionar que el *Codex Iuris Canonici* dispone que “los transeúntes no están sometidos (...) a las leyes del territorio en el que se encuentran, exceptuadas las que miran a la tutela del orden público, determinan las formalidades que han de observarse en los actos, o se refieren a las cosas inmuebles situadas en el territorio” (canon 13, §2, 2/). En España, la Constitución se refiere al orden público hasta en dos ocasiones (arts. 16 y 21) como una suerte de límite impreciso al ejercicio de derechos fundamentales¹¹. En el ámbito del Derecho administrativo, la Sala

⁹ Sobre el orden público como cláusula general y como motivo de anulación, *vid.* J. REMÓN PEÑALVER, “Sobre la anulación del laudo: el marco general y algunos problemas”, *InDret – Revista para el análisis del Derecho*, 2007, disponible en: <https://indret.com/sobre-la-anulacion-del-laudo-el-marco-general-y-algunos-problemas/> (último acceso 01/02/2025).

¹⁰ La noción de orden público es un concepto propio de la Ciencia Política que evoluciona notablemente a partir del siglo XVIII como “cláusula de habilitación de la fuerza” del poder ejecutivo. *Vid.* F. GODICHEAU, “Orígenes del concepto de orden público en España: su nacimiento en un marco jurisdiccional”, *Ariadna histórica. Lenguajes, conceptos, metáforas*, nº 2, 2013, p. 130. THOMA considera que existen connotaciones distintas entre el término francés *ordre* y el anglosajón *policy*, que cabría tener en cuenta: “one observation relating to the development and role of the exception clause in the common and continental legal systems concerns the terminology of the words ‘policy’ and ‘ordre’. the two terms are by no means equivalent. ‘Policy’ suggests that the principles concerned are enshrined in wider societal and political ideas, whereas ‘ordre’ is closer to the English term «law and order» and has fewer political connotations compared to policy”. I. THOMA, “Public policy (*ordre public*)” en J. BASEDOW, G. RÜHL, F. FERRARI, P. DE MIGUEL ASENSIO, *Encyclopedia of Private International Law*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham (Reino Unido), pp. 1454 y 1455.

¹¹ El art. 16.1 CE dispone que “se garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y las comunidades sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley”. Por otra parte, el art. 21.2 del texto constitucional establece que “en los casos de reuniones en lugares de tránsito público y manifestaciones se dará comunicación previa a la autoridad, que sólo podrá prohibirlas cuando existan razones fundadas de alteración del orden público, con peligro para personas o bienes”. *Vid.* J.C. MONTALVO ALBIOL, “Concepto de orden público en las democracias contemporáneas”, *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, nº 22, 2010, p. 202. En la STC 12 diciembre 1994, 325/1994 (RTC 1994\325) (FJ2), nuestro tribunal de garantías equipara la noción de orden público al de seguridad pública del art. 149.1.29 CE: “hay otra seguridad, la que es soporte y compañera de la libertad personal (art. 17 CE), cuya esencia se pone desde antiguo en la tranquilidad de espíritu producida por la eliminación del miedo (...). Esta, a su vez, aparece conectada a la tercera especie, la seguridad pública (art. 149.1.29 CE) también llamada ciudadana, como equivalente a la tranquilidad en la calle. En definitiva, tal seguridad se bautizó ya en el pasado siglo con la rúbrica del «orden público», que era concebido como la situación de normalidad en que se mantiene y vive un Estado, cuando se desarrollan las diversas actividades colectivas sin que se produzcan perturbaciones o conflictos. En definitiva, el normal funcionamiento de las instituciones y el libre y pacífico ejercicio de los derechos individuales según lo definía la Ley homónima de 28 de julio de 1933 (RCL 1933\1111), durante la Segunda República. Tal era el sustrato, también, de la que con la misma rúbrica y finalidades había promulgado el 23 de abril de 1870, bajo la Constitución de 1869. En la nuestra de 1978 se encuentran otras alusiones a la seguridad ciudadana desde la perspectiva de quienes han de garantizarla, así como de proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades, misión privativa

Tercera del Tribunal Supremo aborda en numerosas ocasiones este concepto, sobre todo al referirse a las cuestiones procesales como elemento de orden público¹². En el ámbito del Derecho penal, cabe traer a colación los “delitos contra el orden público”, regulados en el título XXII del Código Penal y la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) que obliga a las autoridades del Estado al uso “moderado” de la vía penal para el mantenimiento del “orden público institucional”, sobre todo en lo que tiene que ver con la restricción de la libertad de expresión¹³.

12. En la esfera del Derecho procesal civil y penal, la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC) regula, en cuanto a la publicidad de las actuaciones orales, que “las actuaciones a que se refiere el apartado anterior podrán, no obstante, celebrarse a puerta cerrada cuando ello sea necesario para la protección del orden público o de la seguridad nacional en una sociedad democrática (...) (art. 138)”. En este mismo sentido se pronuncia en el ámbito penal el art. 681 del Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrin.)¹⁴.

13. En el ámbito del Derecho civil español, la noción de orden público aparece probablemente por vez primera en el Proyecto de Código Civil de 1821, que jamás vio la luz como texto legal vigente, y que disponía que “son nulos los actos en que por renunciaciones o convenios se intenta dejar sin vigor las leyes que regulan el orden público, las que apoyan la moralidad de las acciones y las que protegen los derechos de los individuos por su edad, sexo u otra consideración general que reclama el amparo de la ley”¹⁵. El orden público aparece en nuestro vigente Código Civil de 1889 hasta en 7 artículos distintos. Dejando de lado las reglas propias de Derecho internacional privado contenidas en el Código Civil, cabe mencionar que el art. 1.3 CC dispone que “la costumbre sólo regirá en defecto de ley aplicable, siempre que no sea contraria a la moral o al orden público, y que resulte probada”¹⁶. El 6.2 CC regula que “la ex-

de las Fuerzas y Cuerpos correspondientes (art. 104 CE), sin olvidar a la policía judicial para la averiguación del delito y el descubrimiento del delincuente (art. 126 CE) normas constitucionales que desarrolla la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo (RCL 1986\788), reguladora de los servidores de esa función”.

¹² Vid. por ejemplo la STS 2 marzo 2023 (ECLI:ES:TS: 2023:643), que dispone: “(...) es coherente que la Sala de apelación se planteara y sometiera a las partes la falta de legitimación pasiva del Ministerio de Justicia, pues la correcta constitución de la relación procesal es cuestión de orden público”.

¹³ Vid. STEDH 14 junio 2016, *Jiménez Losantos v. España*, TEDH 2016\51 (párr. 51), que establece: “(...) tratándose de la pena impuesta al demandante, si bien es legítimo que las instituciones de los Estados estén protegidas por las autoridades competentes en su condición de garantes del orden público institucional y que una respuesta penal a actos de difamación no es per se desproporcionada y por tanto incompatible con el artículo 10 del Convenio (...), el Tribunal considera que la posición dominante que ejercen estas instituciones obliga a las autoridades a dar prueba de moderación en el uso de la vía penal (...)”. También en el ámbito penal las SSTC 11 febrero 1987, 15/1987 (RTC\1987\15) y 20 junio 1988, 116/1988 (RTC\1988\116) se refieren a “normas de orden público” y al “orden público procesal” al tratar cuestiones relativas a la prohibición de la *reformatio in peius*.

¹⁴ De igual manera se regula el art. 232.3 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio del Poder Judicial (LOPJ). Vid. STC 19 abril 2004 56/2004 (RTC 2004/46) (FJ5). El art. 325 LECrim. también regula que “el juez, de oficio o a instancia de parte, por razones de utilidad, seguridad o de orden público (...) podrá acordar que la comparecencia se realice a través de videoconferencia u otro sistema similar que permita la comunicación bidireccional y simultánea de la imagen y el sonido (...)”.

¹⁵ Vid. J.A. CORRIENTE CÓRDOBA, “La excepción de orden público en el Derecho internacional privado español”, *Anuario español de Derecho internacional*, nº 2, 1975, p. 181. El Proyecto de Código Civil de 1821 refleja ya lo dispuesto por el art. 6 del Código Civil francés de 1804: “*on ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes moeurs*”.

¹⁶ La STS 12 marzo 2002 (RJ\2002\5696) dispone que “la costumbre es mencionada en el Código Civil como segunda fuente de derecho, y tiene como notas características las de que se trata de una fuente independiente, pues nace y se desarrolla al margen de la ley; subsidiaria, ya que cumple una función supletoria de la norma jurídica positiva; y secundaria, en cuanto no rige para ella la máxima *«iura novit curia»* y quien alega su aplicación ante los órganos judiciales deberá probar su existencia, contenido y alcance, lo que no será necesario “si las partes estuviesen conformes en su existencia y contenido y sus normas no afectasen al orden público”, citando el art. 281.2 de la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil, que además de a la prueba del derecho extranjero, se refiere a la prueba de la costumbre que regula el art. 1.3 CC. En esta resolución, el TS acude insiste en que una costumbre no puede ser contraria a una ley positiva atendiendo a las propias fuentes del derecho que se regulan en el art. 1 CC. En este sentido, el alto tribunal acude a la diferenciación doctrinal que existe entre costumbre *contra legem* (contraria a la ley), *secundum legem* (conforme a la ley) y *extra legem* o *praeter legem* (las que regulan situaciones sobre las que no existe ley alguna). En este caso concreto, se estaba discutiendo sobre si es costumbre la prórroga del plazo del poder testatorio en el Fuero Nuevo, derivado de la influencia de las Leyes de Toro. El TS determinó que existía costumbre *praeter legem*, admitida legalmente atendiendo al art. 1.3 CC. La doctrina contenida en esta sentencia del TS fue seguida y aplicada por la SAP Cuenca

clusión voluntaria de la ley aplicable y la renuncia a los derechos en ella reconocidos sólo serán válidas cuando no contraríen el interés o el orden público ni perjudiquen a terceros”¹⁷. El art. 21.2 CC establece que “la nacionalidad española también se adquiere por residencia en España, en las condiciones que señala el artículo siguiente y mediante la concesión otorgada por el Ministro de Justicia, que podrá denegarla por motivos razonados de orden público o interés nacional”¹⁸.

14. Por otro lado, el art. 594 CC reza que “todo propietario de una finca puede establecer en ella las servidumbres que tenga por conveniente, y en el modo y forma que bien le pareciere, siempre que no contravenga a las leyes ni al orden público” y el 1255 del mismo cuerpo legal que “los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público”, estableciendo lo que, desde la perspectiva del Derecho internacional privado, se suele denominar orden público “interno”¹⁹. El TS ha venido consagrando el orden

20 febrero 2003, 41/2003 (2003/129072) que no dio por probada una supuesta costumbre que acontecía en el municipio de “de Villanueva de la Jara o en sus aldeaños, pues no han sido traídos al pleito testimonios de personas o instituciones que pudieran corroborar dicha vigencia y hacer uso de la pretendida costumbre como norma válida y existente que pudiera servir para dar acabada solución a la disputa”.

¹⁷ La SAP Almería 10 febrero 2004, 7/2004 (JUR\2004\103650) aplica el art. 6.2 a la posible renuncia de los intereses contemplados en el art. 20 de la Ley de 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro.

¹⁸ La STS 25 noviembre 1996 (RJ 1996\8906) (FJ1) confirma la denegación de la concesión de la nacionalidad por ser contraria al orden público a un individuo que fue condenado en firme por un delito de homicidio, a pesar de que el recurrente alegara que el tribunal *a quo* no tuvo en cuenta la eximente de legítima defensa, sino sólo la de error de prohibición vencible. La STS 24 abril 1999 (RJ1999\4597) (FJ6) dispone que la noción de orden público a la que se refiere el art. 21.2 CC es un concepto jurídico indeterminado y, como tal, (...) no significa, sin más, que se haya otorgado capacidad a la Administración para decidir con libertad y renunciar a la solución justa del caso, sino que viene obligada a la única decisión correcta a la vista de los hechos acreditados”. El TS recuerda que (...) el reconocimiento de la nacionalidad española por residencia no es una potestad discrecional sino un deber cuando concurren los requisitos legalmente previstos, salvo que por fundadas razones de orden público o interés nacional proceda denegarla (...) y confirma la sentencia del tribunal *a quo* que anuló la decisión de la Administración. La STS 12 septiembre 2011 (RJ\2011\693) FJ3 confirma la sentencia del tribunal *a quo* que emitió sentencia estimatoria de recurso contra resolución del Ministerio de Justicia que denegaba la concesión de la nacionalidad española por razón de orden público, con base en un informe catalogado como “reservado” del que no se ofrece ningún tipo de detalle. El TS determina que “(...) no resulta fundada y justificada una resolución denegatoria como la que es objeto de este proceso, que ha de ser razonada según el art. 21.2 del Código Civil, invocando informes que no constan en su contenido y no pueden valorarse por el interesado ni ser objeto del correspondiente control judicial, impidiendo la tutela judicial que garantiza con carácter general el art. 24 de la Constitución”. El TS indica que “no era suficiente acogerse al círculo de relaciones y a las actividades de la persona peticionaria como hizo el Acuerdo, sino que con las oportunas reservas para no perjudicar otros intereses era preciso concretar en que consistían éstas y aquéllas para de ese modo facilitar a los recurrentes fundar el recurso que estaban legitimados para ejercitar y al Tribunal examinar su actividad control (...)”.

¹⁹ Resulta interesante destacar que, en la Propuesta de modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos, publicada en 2023, “las referencias a la moral, a las buenas costumbres e incluso al orden público - en este último caso, por la pluralidad de significados de esta expresión- han sido sustituidas por la mención de los «principios básicos del ordenamiento español», en línea con lo establecido en los textos del Derecho europeo de contratos”. Sobre la noción de orden público o de normas imperativas “simples” u “ordinarias”, *vid.* apartado IV.1 de este trabajo. La STS 5 febrero 2013, 26/2013 (RJ\2013\928) determinó que una cláusula penal que obligaba a un menor futbolista a indemnizar con más de tres millones de euros al Fútbol Club Barcelona por no cumplir con un precontrato suscrito entre sus padres y la citada entidad deportiva que regulaba la permanencia del jugador en el Club era contraria al orden público. Así, el TS estableció que “una vez delimitado el marco interpretativo, el componente axiológico que informa la tutela del interés superior del menor debe contrastarse con los límites que presenta la autonomía privada en esta práctica de contratación dirigida a menores de edad, especialmente respecto del orden público dispuesto en el artículo 1255 del Código Civil. Dicho concepto refiere los principios fundamentales y rectores que informan la organización general de la comunidad, particularmente de aquellas materias o ámbitos comprendidos dentro del orden constitucional y que no pueden quedar impedidos o vulnerados por pactos o contratos de los particulares, aunque en ellos intervenga el mismo sujeto afectado. Pues bien, en este contexto conviene resaltar, una vez más, que el componente axiológico que anida en la tutela del interés superior del menor viene íntimamente ligado al libre desarrollo de su personalidad (artículo 10 CE), de suerte que el interés del menor en decidir sobre su futuro profesional constituye una clara manifestación o presupuesto del desarrollo de su libre personalidad que no puede verse impedida o menoscabada (...). En este ámbito no cabe la representación, del mismo modo que tampoco pueden ser sujetos obligados respecto de derechos de terceros. La adecuación al interés superior del menor, por tanto, se sitúa como el punto de partida y de llegada en que debe fundarse toda actividad que se realice en torno tanto a la defensa y protección de los menores, como a su esfera de su futuro desarrollo profesional”. Con cita de la STS 26/2013, la STS 13 septiembre 2016, 530/2016 (RJ\2016\4107) dispone que las cláusulas penales contenidas en contratos serán válidas siempre que no rebasen el principio de proporcionalidad contractual que rige en el ordenamiento

público como límite a la libertad contractual y ha establecido que el “orden público nacional viene integrado por aquellos principios jurídicos, públicos y privados, políticos, morales y económicos que son absolutamente obligatorios para la conservación del orden social en un pueblo y en una época determinada”²⁰.

15. El Derecho mercantil y el Derecho laboral también cuentan con la noción de orden público en las normas reguladoras de las relaciones jurídicas que les son propias y cuya jurisprudencia interpretativa toma como base la recién citada doctrina del TS²¹. Por ejemplo, el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital (LSC) incluye el concepto de orden público como causa de nulidad de la sociedad si el objeto social es contrario a aquél (art. 56), y como causa de impugnación de los acuerdos sociales (arts. 205, 206 y 495)²².

jurídico español, pudiendo de otro modo ser contrarias al orden público que consagra el art. 1255 CC: “no obstante, es claro para esta sala que dicha posibilidad de estipular cláusulas penales con función punitiva está sujeta a los límites generales de la autonomía privada que el artículo 1255 CC establece: pueden considerarse contrarias a la moral o al orden público las penas convencionales cuya cuantía exceda extraordinariamente la de los daños y perjuicios que, al tiempo de la celebración del contrato, pudo razonablemente preverse que se derivarían del incumplimiento contemplado en la cláusula penal correspondiente. No solo las cláusulas penales «opresivas», intolerablemente limitadoras de la libertad de actuación del obligado [como en el caso que contempló la STS 26/2013, de 5 de febrero (RJ 2013, 928) (Rec. 1440/2010)], o las «usurarias», aceptadas por el obligado a causa de su situación angustiosa, de su inexperiencia o de lo limitado de sus facultades mentales; sino también aquéllas en las que el referido exceso de la cuantía pactada de la pena sobre el daño previsible no encuentre justificación aceptable en el objetivo de disuadir de modo proporcionado el incumplimiento que la cláusula contempla; en atención sobre todo a la gravedad del mismo y al beneficio o utilidad que hubiera podido preverse, al tiempo de contratar, que reportaría al deudor incumplidor. Un ordenamiento jurídico que contiene una prohibición como la del artículo 1859 CC no puede tener límite alguno de proporcionalidad a la libertad de los contratantes de estipular penas privadas”. En este mismo sentido se pronuncia la STS 20 abril 2022, 317/2022 (RJ\2022\2278).

²⁰ *Vid.* STS de 5 de abril de 1966 (RJ/1966/1684) y STS 31 diciembre 1979 (RJ/1979\4499). En este mismo sentido, *vid.* STS 21 enero 1997 (RJ\1997\622).

²¹ La citada STS 5 febrero 2013, 26/2013 (RJ\2013\928) también hace referencia al “orden público en materia laboral”.

²² En materia de impugnación de acuerdos sociales, la STS 5 febrero 2002, 54/2002 (RJ\2002\1600) acoge la doctrina sostenida en las STS de 5 de abril de 1966 (RJ/1966/1684) y en la STS 31 diciembre 1979 (RJ/1979\4499), arriba citadas, y precisa en relación con los “principios jurídicos, públicos y privados, políticos, morales y económicos” obligatorios a los que se refiere esta jurisprudencia que “una notable concepción de la doctrina científica aprecia como tal los principios o directivas que en cada momento informan las instituciones jurídicas; asimismo, una moderna posición de la ciencia jurídica señala que el orden público constituye la expresión que se le da a la función de los principios generales del derecho en el ámbito de la autonomía privada, consistente en limitar su desenvolvimiento en lo que los vulnera, y que, básicamente, hoy han de tenerse en cuenta, como integrantes del orden público, los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución”, para después referirse al orden público económico en la esfera concreta de la impugnación de acuerdos sociales: “un importante parecer doctrinal se refiere a esta figura como consecuencia de la intervención del Estado en la vida económica, la cual se manifiesta a través de normas imperativas y de los principios básicos del orden económico, aunque no se hayan traducido en normas de aquella categoría, que deben limitar la autonomía privada en el sentido de que no puede desenvolverse en contra de los mismos; se define así el orden público económico como el conjunto de reglas obligatorias en las relaciones contractuales concernientes a la organización económica, las relaciones sociales y la economía interna de los contratos”. La STS 11 de abril de 2003, 381/2003 (RJ\2003\3269) acoge la definición de orden público otorgada por las SSTS 5 de abril de 1966 (RJ/1966/1684) y 31 diciembre 1979 (RJ/1979\4499) y determina que el hecho de que un acuerdo social sea contrario a la ley no significa necesariamente que sea contrario al orden público cuando el remedio previsto legalmente es la acción de impugnación y ésta no se ha ejercitado: “es claro que el dilucidar si un acuerdo de exigencia de responsabilidad al administrador de una sociedad se ha adoptado o no con arreglo al «quorum» legal está infinitamente alejado de la noción de orden público. Otra cosa es que el acuerdo pudiera ser ilegal, por la vulneración de preceptos imperativos de la Ley de Sociedades Anónimas de 1989 (arts. 93 y 134.1). Pero si incurre en este vicio legal, el remedio lo da la propia Ley con la acción para su impugnación (arts. 115-122), y no hay ninguna constancia en autos de que ello haya sucedido. En consecuencia, si la Audiencia da por probado que existió el acuerdo societario, necesariamente ha de tener en cuenta su falta de impugnación pese a que pudiera ser nulo al ir en contravención de la Ley (art. 115.2). En modo alguno puede declarar una nulidad de oficio porque no conste que se han respetado los arts. 93 y 134.1 LSA; se opone frontalmente a la necesidad de impugnación para privarle de eficacia jurídica”. En sentido semejante se pronunció con anterioridad la STS 28 febrero 2005, 121/2005, [RJ\2005\4037]. El art. 116.1 de la antiguo Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas (LSA) disponía que “la acción de impugnación de los acuerdos nulos caducará en el plazo de un año. Quedan exceptuados de esta regla los acuerdos que por su causa o contenido resultaren contrarios al orden público”. En sentido parecido, el art. 205.1 dispone que “la acción de impugnación de los acuerdos sociales caducará en el plazo de un año, salvo que tenga por objeto acuerdos que, por sus circunstancias, causa o contenido resultaren contrarios al orden público, en cuyo caso la acción no caducará ni prescribirá”. A este respecto, la STS 28 noviembre 2005, 902/2005 (RJ\2006\1233) dispuso que “es, por otra parte, difícil definir qué deba entenderse por orden público a efectos de evitar el plazo de caducidad en la vigente regulación que se contiene en el artículo 116

16. En el ámbito de la revisión jurisdiccional del laudo arbitral, al menos en el arbitraje comercial internacional, se suele utilizar el concepto de orden público que se maneja en la esfera del Derecho internacional privado y que tiene, como veremos, cierta sustantividad propia al margen de las definiciones que tradicionalmente se han otorgado al orden público en los distintos sectores del ordenamiento siguiendo la estela iniciada por el art. 6 del Código Civil francés de 1804²³. Si bien el arbitraje comercial es una criatura que bien puede gozar de autonomía científica propia, lo cierto es que bebe de fuentes de lo que tradicionalmente se han denominado “ramas” del Derecho, como el Derecho procesal, el Derecho de los contratos y, fundamentalmente, el Derecho internacional privado; aunque las nociones y conceptos que se emplean en el ámbito internacional privado jurisdiccional no tengan por qué ser exactamente los mismos que se apliquen en el arbitraje internacional (e.g. un tribunal jurisdiccional ordinario quizás no aplique la noción de orden público que podría tener en cuenta un tribunal arbitral)²⁴. Cabe tener presente, no obstante, que en este trabajo nos centramos en el concepto de orden público que emplea el juez al controlar el laudo, aunque ello pueda tener implicaciones en la manera en que los árbitros apliquen directa o indirectamente ese concepto en aras de proteger su resolución en un posible pleito de anulación o a la hora de reconocer la sentencia arbitral en otra jurisdicción.

17. Debe distinguirse la noción de orden público *ius* internacional privatista de la *ius* internacional publicista. Así, en Derecho internacional público se utiliza la noción de “orden público internacional” (*International Public Order*) como “el conjunto de normas comúnmente aceptadas que pertenecen al Derecho internacional público” que no coincide exactamente con la noción de orden público propia del Derecho internacional privado²⁵.

18. En la esfera internacional privatista, una situación jurídico-privada puede tener elementos que tengan afectación en distintos Estados. En atención a ello, someramente cabe decir que éstos se han dotado de normas de competencia judicial internacional que permiten determinar los tribunales de qué

TRLSA. El concepto de orden público, como límite de la autonomía privada, ofrece serias dificultades de fijación, y presentado como excepción a la regla de caducidad de las acciones de impugnación debe ser aprehendido en sentido restrictivo, pues de otro modo podría suceder que un concepto lato generara tal ampliación de las posibilidades de impugnación que bien pudiera destruirse la regla de la caducidad de la acción de impugnación, sin duda establecida en seguridad del tráfico”. En este mismo sentido, *vid.* STS 30 mayo 2007, 596/2007, (RJ\2007\3608) y 19 julio 2007, 841/2007 (RJ\2007\5092).

²³ G. BORN, *International Arbitration: Law and Practice*, Wolters Kluwer, 2012, Países Bajos, p. 325. BERMANN explica que el Derecho internacional privado puede usarse como prisma para analizar el arbitraje comercial internacional. An este respecto el autor manifiesta que “*no established field of law reflects the functions of international arbitration better than private international law – which is why private international law provides so eminently suitable a prism through which to examine those challenges*”. Por otro lado, el autor indica que de igual manera el arbitraje internacional puede servir de prisma para estudiar el Derecho internacional privado, pero advierte de que “*we must be prepared for the distinct possibility that courts and tribunals will exercise private international law differently and, to the extent those differences are outcome-determinative, much depends on who, in any given issue, has the final word*”. *Vid.* G.A. BERMANN, “International Arbitration and Private International Law”, *Recueils des cours de l’Académie de Droit international de La Haye*, vol. 381, 2016, pp. 55 y 91. En España, hay notables trabajos que estudian la noción de orden público y arbitraje desde la perspectiva *ius* internacional privatista. *Vid.* M. GONZALO QUIROGA, *Las normas imperativas y el orden público en el arbitraje privado internacional*, Tesis Doctoral, Universidad Complutense de Madrid, 2000, disponible en: <https://eprints.ucm.es/id/eprint/4807/1/T24965.pdf> y *Orden público y arbitraje internacional en el marco de la globalización comercial*, Dykinson, Madrid, 2003.

²⁴ *Ibidem*, p. 57. Sobre las diferentes opiniones doctrinales en materia de la aplicación de la noción del orden público por parte de los árbitros en el arbitraje internacional, *vid.* M. BOGDAN, “Private International Law as a Component of the Law of the Forum”, *Recueils des cours de l’Académie de Droit international de La Haye*, vol. 13, 2012, pp. 190 y ss.

²⁵ M. GEBAUER, M. y F. BERNER, “Ordre Public (Public policy)”, *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford University Press, 2019, párt. 2. 2, *vid.* 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*, vol. 10, nº 2, pp. 516-535. Dentro del Derecho internacional privado, el orden público aparece no sólo en el ámbito patrimonial, sino lógicamente también en la esfera familiar o incluso en sede de protección transfronteriza del adulto vulnerable. *Vid.* A. RODRÍGUEZ BENOT, “El criterio de conexión para determinar la Ley personal: un renovado debate en Derecho internacional privado”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 2, nº 1, p. 190. *Vid.* S. ADROHER BIOSCA, “Derechos de los adultos vulnerables en situación transfronteriza: Orden público y adaptación”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 16, nº 1, pp. 36-45. *Vid.* A.P. SCHWEINBACH y D. CARRIZO AGUADO, “La excepción del orden público internacional: estudio comparado entre el sistema español y alemán en supuestos de divorcio”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 13, nº 2, pp. 518-549.

jurisdicción deben conocer del asunto; de normas de conflicto que determinan la ley de qué Estado se aplica, y de normas sobre reconocimiento y ejecución de situaciones, sentencias y laudos arbitrales extranjeros. La fuente de todas estas normas puede ser diversa: puramente nacional, promulgadas en sede de organizaciones internacionales de integración o convencionales (tratados internacionales)²⁶.

19. En el ámbito español, encontramos la noción de orden público en distintos instrumentos de Derecho internacional privado a nivel interno, europeo y convencional²⁷. Nuestro Tribunal Constitucional se ha referido a la noción de orden público fundamentalmente en el ámbito del reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales extranjeras de distinta índole indicando que el contenido fundamental de la noción de orden público incluye, en esencia, los principios que se derivan del art. 24 CE (tutela judicial efectiva). Así, la STC 15 abril 1986, 43/1986 (RTC\1986\43) (FJ4) dispone que:

“este concepto de orden público ha adquirido una nueva dimensión a partir de la vigencia de la Constitución de 1978. Aunque los derechos fundamentales y libertades públicas que la Constitución garantiza sólo alcanzan plena eficacia allí donde rige el ejercicio de la soberanía española, nuestras autoridades públicas, incluidos los Jueces y Tribunales, no pueden reconocer ni recibir resoluciones dictadas por autoridades extranjeras que supongan vulneración de los derechos fundamentales y libertades públicas garantizados constitucionalmente a los españoles o, en su caso, a los españoles y extranjeros. El orden público del foro ha adquirido así en España un contenido distinto, impregnado en particular por las exigencias del artículo 24 de la Constitución”²⁸.

20. En la reciente STS 4 diciembre 2024 (1626/2024) (Pleno) se deniega, con base en la vulneración del orden público del art. 46.1.a) de la Ley 28/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil, el reconocimiento en España de dos sentencias estadounidenses que convalidaban unos contratos de gestación por sustitución:

“Los derechos fundamentales y los principios constitucionales recogidos en el Título I de la Constitución, entre los que se encuentran los derechos a la integridad física y moral de la mujer gestante y del menor (art. 15), y el respeto a su dignidad (art. 10.1 de la Constitución), integran ese orden público que actúa como límite al reconocimiento de decisiones de autoridades extranjeras (STC núm. 54/1989, de 23 de febrero, FJ 4.o) y, en definitiva, a la posibilidad de que los ciudadanos opten por las respuestas jurídicas diferentes que los diversos ordenamientos jurídicos dan a una misma cuestión. La maternidad subrogada atenta contra la integridad moral de la mujer gestante y del niño, que son tratados como cosas susceptibles de comercio, privados de la dignidad propia del ser humano. Priva al menor de su derecho a conocer su origen biológico, que es reconocido en el art. 7 de la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989. Atenta también contra la integridad física de la madre, que puede verse sometida a agresivos tratamientos hormonales para conseguir que quede embarazada. Y puede atentar también a la integridad física y moral del menor, habida cuenta de la falta de control de la idoneidad de los comitentes”.

²⁶ Sobre las fuentes del Derecho internacional privado, *vid.* G. RÜHL, “Private international law, foundations” en J. BASTOW, G. RÜHL, F. FERRARI, P. DE MIGUEL ASENSIO, *Encyclopedia of Private International Law*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham (Reino Unido), p. 1382 y ss.

²⁷ En nuestro ordenamiento, en el ámbito del Derecho internacional privado de producción convencional, podemos citar como ejemplo el Tratado entre el Reino de España y la República de El Salvador sobre competencia judicial, reconocimiento y ejecución de sentencias en materia civil y mercantil, de 7 de noviembre de 2000, que en su art. 11.1 se establece que “las resoluciones no se reconocerán (...) si el reconocimiento fuere manifiestamente contrario al orden público de la Parte requerida” y en el propio art. 11 se añade que “el orden público contemplado en el punto 1 de artículo 11 no afectará a las reglas relativas a la competencia judicial”. En la esfera del Derecho internacional privado de la Unión Europea, el Reglamento (UE) n° 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil regula, en su art. 45.1, que “a petición de cualquier parte interesada, se denegará el reconocimiento de la resolución (...) si el reconocimiento es manifiestamente contrario al orden público del Estado miembro requerido”. En cuanto al Derecho internacional privado de producción interna, la Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil regula, en su art. 46.1, que “las resoluciones judiciales extranjeras firmes no se reconocerán (...) cuando fueran contrarias al orden público”.

²⁸ *Id.* también SSTC 24 octubre 1984, 98/1984 (RTC\1984\98) y 23 febrero 1989, 54/1989 (RTC\1989\54).

21. Como decimos, el Derecho internacional privado puede servir de prisma por el que observar el arbitraje comercial internacional y, por supuesto, estudiar la noción de orden público en el control jurisdiccional del laudo arbitral. No obstante, con carácter previo a dicho estudio, se hace necesario abordar en el epígrafe siguiente, aunque sea someramente, la naturaleza constitucional que ostenta el arbitraje en España y el principio de mínima intervención jurisdiccional en el arbitraje, consagrados por la reciente doctrina del TC. Ello nos permitirá analizar de una manera más solvente, con posterioridad, el orden público en materia de control jurisdiccional del laudo arbitral.

III. Una primera aproximación a la naturaleza constitucional del arbitraje en España y al principio de mínima intervención jurisdiccional

22. El TC ha establecido que el arbitraje no se incardina en el artículo 24 (tutela judicial efectiva) de la Constitución, sino en los arts. 1 (libertad) y 10 (libre desarrollo de la personalidad), matizando la utilizada expresión que refiere que el arbitraje es un “equivalente jurisdiccional”. En este sentido, la STC 65/2021 de 16 de marzo dispone que “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” (FJ4).

23. En concordancia con lo anterior, el órgano jurisdiccional de control debe tener una intervención mínima en el arbitraje, que se aleja de la tutela judicial efectiva y se constituye como una institución que deriva verdaderamente de la voluntad de las partes²⁹. La STC 46/2020 dispone que la Ley de Arbitraje “configura la institución arbitral como un mecanismo heterónomo de resolución de conflictos, al que es consustancial la mínima intervención de los órganos jurisdiccionales por virtud y a favor de la autonomía de la voluntad de las partes, que han decidido en virtud de un convenio arbitral sustraer de la jurisdicción la resolución de sus posibles controversias y deferir a los árbitros el conocimiento y solución de sus conflictos, que desde ese momento quedan vedados a la jurisdicción por expresa voluntad de las partes” (FJ4)³⁰.

24. Que se proclame una mínima intervención de los órganos jurisdiccionales en el control del laudo arbitral no significa que ese control no deba existir. De hecho, la acción de anulación es un mecanismo útil que fortalece la institución arbitral y permite extraer del sistema aquellos laudos que no cumplen con la voluntad que tenían las partes de resolver una controversia con garantías y ajustada a sus indicaciones manifestadas en la propia cláusula arbitral. Así, la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1985 (con las enmiendas aprobadas en 2006), y en la que se fundamenta la Ley de Arbitraje española, regula en su artículo 34 “la petición de nulidad como único recurso contra un laudo arbitral”³¹.

²⁹ Vid. SSTC 23 noviembre 1995 174/1995 (RTC\1995\174), 30 abril 1996, 75/1996 (RTC\1996\75)

y 11 noviembre 1996, 176/1996 (RTC\1996\176), doctrina de nuevo aplicada y sistematizada por la STC 2 diciembre 2024, rec. amparo 921/2022 (FJ 2.a)

³⁰ En este mismo sentido, *vid.* STC 15 de febrero, 17/2021 (ECLI:ES:TC:2021:17) (FJ2), STC 4 abril 2022, 50/2022 (ECLI:ES:TC:2022:50) (FJ3), STC 27 junio 2002, 79/2022 (ECLI:ES:TC:2022:79) (FJ2). En el Derecho comparado, otros tribunales constitucionales se han referido recientemente al principio de intervención judicial mínima en el arbitraje. Cabe destacar el Tribunal Constitucional chileno que, en su Sentencia 30 enero 2025 (Rol 15.144-2024), dispone que “el recurso de queja, conforme al art. 545 del Código Orgánico de Tribunales sirve para corregir faltas o abusos graves de los jueces, no para modificar o enmendar resoluciones judiciales en el fondo, ya que, al ser un recurso disciplinario, no puede convertirse en una instancia para revisar el mérito del laudo arbitral, cumpliendo con el principio de intervención mínima en el arbitraje comercial internacional, preservando la coherencia con los estándares de UNCITRAL, lo anterior además es coherente con la Ley N° 19.374 que modificó justamente la regulación del recurso de queja limitándolo” (Considerando 7).

³¹ En la Exposición de Motivos de la Ley de Arbitraje se puede leer que “esta ley prolonga esa sensibilidad, esa vocación y esa práctica, pero con la pretensión de producir un salto cualitativo. Así, su principal criterio inspirador es el de basar el régimen jurídico español del arbitraje en la Ley Modelo elaborada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, de 21 de junio de 1985 (Ley Modelo de CNUDMI/UNCITRAL), recomendada por la Asamblea General en su Resolución 40/72, de 11 de diciembre de 1985, «teniendo en cuenta las exigencias de la uniformidad del derecho procesal arbi-

25. Cosa distinta es el cómo debe llevarse a cabo ese control jurisdiccional del laudo arbitral atendiendo al recién citado principio de mínima intervención. El Tribunal Constitucional manifiesta que debe realizarse a través de un juicio o control “externo” del laudo arbitral (*vid.* STC 46/2020, FJ4) sin que pueda el órgano jurisdiccional entrar a valorar cuestiones de fondo decididas por el árbitro o tribunal arbitral y sin que en ningún caso la acción de anulación pueda convertirse en una segunda instancia³².

26. Cabe preguntarse cómo el principio de mínima intervención y el control externo del laudo que deben llevar a cabo los órganos jurisdiccionales que conozcan de una acción de anulación afectan a la aplicación de los motivos de anulación del art. 41 de la Ley de Arbitraje y, más concretamente, cómo afectan a la cláusula general de orden público del art. 41.1.f).

27. La respuesta a las cuestiones anteriores debe ser, según nuestro TC, la de interpretar la cláusula de orden público de una manera restrictiva. Así, la STC 17/2021 se refiere a “(...) los riesgos de desbordamiento del concepto de orden público como causa de anulación de los laudos arbitrales [art. 41 f) LA] (...)” y a “(...) la necesidad de llevar a cabo una interpretación restrictiva del mismo, so pena de vulnerar la autonomía de la voluntad de las partes (art. 10 CE) y su renuncia puntual a la tutela jurisdiccional (art. 24 CE) (...)» (FJ2)³³.

28. En cuanto la motivación del laudo arbitral, el TC afirma que en tanto que el arbitraje se incardina en el art. 10 CE, no debe atenderse a los parámetros del control de la motivación del art. 24 CE, sino a un “parámetro propio”. El TC indica que son, “ante todo, las propias partes” las que deben acordar si “el laudo debe estar motivado y en qué términos”, citando el TC el art. 37.4 LA³⁴. El TC concluye que “(...) la motivación de los laudos arbitrales carece de incidencia en el orden público³⁵”.

29. La STC 2 diciembre 2024, rec. amparo 921/2022, sistematiza la doctrina constitucional anterior, declarando la nulidad de una sentencia del TSJ de Madrid que, a su vez, anulaba un laudo arbitral que jamás debió ser anulado. En concreto, el TC se refiere a su consolidada doctrina en cuanto a la relación entre jurisdicción y arbitraje y a la incardinación del arbitraje en el art. 10 CE y no en el art. 24 del mismo texto legal. El TC insiste en que el término “equivalente jurisdiccional” utilizado en la doctrina constitucional con anterioridad se refiere únicamente al efecto de cosa juzgada y ejecutabilidad del laudo³⁶. El TC también incide en que la motivación del laudo carece de incidencia en el ámbito del orden público, se refiere al significado de orden público material y procesal y recuerda el alcance y los límites del control jurisdiccional del laudo. El TC rechaza el argumento del TSJ Madrid relativo a un supuesto derecho del órgano jurisdiccional ordinario a discrepar de la doctrina del Tribunal Constitucional³⁷.

tral y las necesidades de la práctica del arbitraje comercial internacional». El legislador español sigue la recomendación de las Naciones Unidas, acoge como base la Ley Modelo y, además, toma en consideración los sucesivos trabajos emprendidos por aquella Comisión con el propósito de incorporar los avances técnicos y atender a las nuevas necesidades de la práctica arbitral, particularmente en materia de requisitos del convenio arbitral y de adopción de medidas cautelares³⁷.

³² La STC 15 febrero 2021, 17/2021 (ECLI:ES:TC:2021:17) determina que “el posible control judicial del laudo y su conformidad con el orden público no puede traer como consecuencia que el órgano judicial supla al tribunal arbitral en su función de aplicación del derecho. Tampoco es una segunda instancia revisora de los hechos y los derechos aplicados en el laudo, ni un mecanismo de control de la correcta aplicación de la jurisprudencia. Por consiguiente, debe subyugarse una vez más que, si la resolución arbitral no puede tacharse de arbitraria, ilógica, absurda o irracional, no cabe declarar su nulidad amparándose en la noción de orden público” (FJ2). *Vid.* en este mismo sentido SSTC 4 abril 2022, 50/2022 (ECLI:ES:TC:2022:50) (FJ3); 15 marzo 2021, 65/2021 (ECLI:ECLI:ES:TC:2021:65) (FJ5); 27 junio 2022, 79/2022 (ECLI:ES:TC:2022:79) (FJ2).

³³ *Vid.* en este mismo sentido STC 4 abril 2022, 50/2022 (ECLI:ES:TC:2022:50) (FJ3).

³⁴ STC 15 marzo 2021, 65/2021 (ECLI:ECLI:ES:TC:2021:65) (FJ5). El art. 37.4 LA dispone que “el laudo deberá ser siempre motivado, a menos que se trate de un laudo pronunciado en los términos convenidos por las partes conforme al artículo anterior”.

³⁵ STC 15 marzo 2021, 65/2021 (ECLI:ECLI:ES:TC:2021:65) (FJ5).

³⁶ *Vid.* A. VÁZQUEZ-GUILLÉN, “Qué quería decir el Tribunal Constitucional con el «equivalente jurisdiccional»”, en J.C. FERNÁNDEZ ROZAS (COORD.), *El proceso arbitral en España a la luz de la doctrina del Tribunal Constitucional*, Wolters Kluwer, Madrid, 2021, pp. 244-245.

³⁷ Para un análisis más pormenorizado de esta STC, *vid.* apartado V.2.E) de este trabajo.

IV. Entendiendo la cláusula de orden público. Orden público y normas imperativas. Los adjetivos del orden público: el orden público “nacional”, “internacional”, “español”, “internacional español”, “negativo”, “positivo”, “transnacional” y “europeo”.

30. En el ámbito del control jurisdiccional del laudo arbitral, ha existido la tendencia de atribuir distintos adjetivos a la noción de orden público. No es extraño en el mundo arbitral oír hablar del orden público “nacional”, “internacional”, “español”, “europeo” o utilizar el concepto de norma imperativa con el de orden público de manera intercambiable, entre otros aspectos; todo ello añade más confusión si cabe a la cláusula general de orden público, que ya de por sí adolece de vaguedad en cualquier sector del ordenamiento. Como adelantábamos en el apartado II, estos adjetivos derivan de la doctrina y la práctica fundamentalmente *ius* internacional privatista en el seno de distintas jurisdicciones y escuelas de pensamiento³⁸. A esta maraña de calificativos se une la complicada relación que existe entre la noción de orden público y normas imperativas, tanto en doctrina como en jurisprudencia. En este apartado trataremos la noción de orden público que se emplea en el ámbito del Derecho internacional privado, para después ceñirnos a su uso en el ámbito del control jurisdiccional del laudo por parte de los tribunales españoles.

1. Algunas precisiones de Derecho internacional privado

31. Existe discusión doctrinal en cuanto a la diferencia entre las normas imperativas y el orden público. Algunos autores entienden que se trata de mecanismos distintos y que la noción de orden público está compuesta sólo por principios y no por normas, por lo que no se debe hacer referencia a “normas de orden público”³⁹. Otros autores sí que se han referido a normas de orden público o “*règles d'ordre public*” como posibles elementos integrantes de la noción de orden público⁴⁰.

32. Avanzábamos en el apartado II que el orden público que se contiene en nuestro Código Civil como límite a la autonomía de la voluntad contractual, denominado por nuestro TS como “orden público nacional”, puede catalogarse como un orden público “interno” desde el prisma del Derecho internacional privado⁴¹. En el ámbito del Derecho internacional privado jurisdiccional, si seguimos con el ejemplo de los contratos, el orden público “interno” es aquel que se aplica a acuerdos que tienen conexión únicamente con un Estado⁴².

³⁸ G. BORN, *International Arbitration: Law and Practice*, Wolters Kluwer, 2012, Países Bajos, p. 325. Vid. G.A. BERMAN, “International Arbitration and Private International Law” *Op. Cit.* pp. 55 y 91.

³⁹ Así, (a) mientras que la norma internacionalmente imperativa funciona *ex ante* (sin ni siquiera consultar el Derecho extranjero al que apunta la norma de conflicto), la cláusula de orden público se aplica *ex post*, impidiendo el desarrollo de una externalidad negativa derivada de la aplicación del Derecho extranjero; (b) las circunstancias del caso concreto son irrelevantes para el caso de las normas internacionalmente imperativas y se han de tener en cuenta en el mecanismo del orden público internacional y (c) el rechazo de un Derecho extranjero por ser contrario al orden público internacional español supone manifestar que ese Derecho extranjero es “injusto”, lo que acarrea cierta carga política; en cambio, la norma internacionalmente imperativa no juzga cuán justo es el Derecho extranjero. A-L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, vol. I, 2017, pp. 612 y 613. Vid. J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Orden público internacional y externalidades negativas”, *Boletín del Ministerio de Justicia*, año 62, nº 2065, 2009, p. 2360.

⁴⁰ A. BUCHER, “L'ordre public et le but social des lois en droit international privé”, *Recueils des cours de l'Académie de Droit international de La Haye*, vol. 239, 1993, p. 43.

⁴¹ Entre otras, las SSTs 5 abril 1966 (RJ/1966/1684), 31 diciembre 1979 (RJ/1979/4499) y 21 enero 1997 (RJ/1997/622) disponen que el “orden público nacional viene integrado por aquellos principios jurídicos, públicos y privados, políticos, morales y económicos que son absolutamente obligatorios para la conservación del orden social en un pueblo y en una época determinada”.

⁴² BOUZA VIDAL explica que “por contrato interno se entiende aquel cuyos elementos (las partes, el objeto y las circunstancias de su celebración, desarrollo o ejecución) están vinculados a un único ordenamiento jurídico. Esta noción también incluye los contratos en que el único elemento “extranjero” es la elección por las partes de una ley extranjera. En este caso, la elección efectuada tiene un valor puramente contractual ya que no puede impedir la aplicación de las normas imperativas del ordenamiento con el cual el contrato se halla exclusivamente vinculado”. Vid. N. BOUZA VIDAL, “La salvaguarda del orden público en los contratos internacionales: enfoque de derecho internacional privado y su adaptación en el derecho europeo”, en J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, N. BOUZA VIDAL et al., “El orden público interno, europeo e internacional civil”, *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, Barcelona, 2017, p. 74.

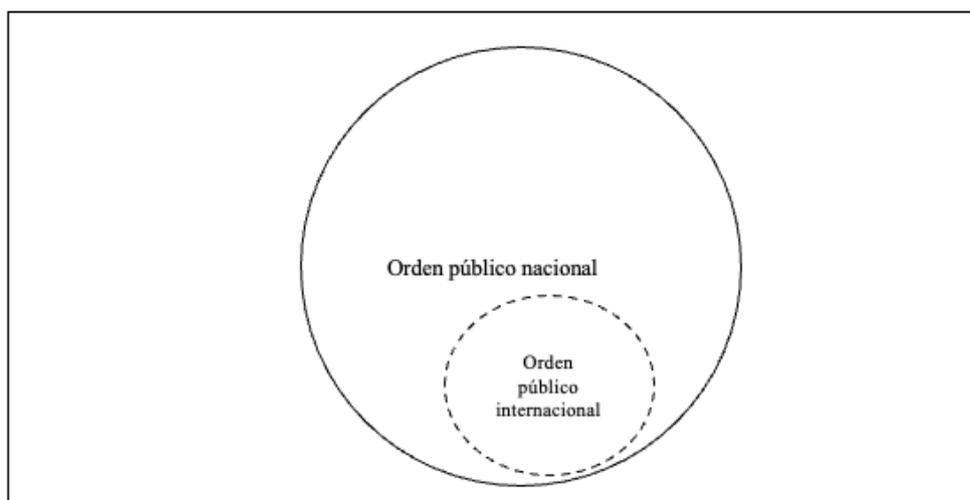


Figura 1: Teoría de los círculos concéntricos en materia de orden público
Fuente: elaboración propia

33. En cambio, el “orden público internacional” es una cláusula que no se activa cuando la relación jurídica, e.g. el contrato, es puramente nacional, sino ante relaciones jurídicas internacionales⁴³. El juez del foro aplica el orden público internacional de su foro, i.e. “orden público internacional español” que no deja de ser un orden público de origen esencialmente nacional, el orden público internacional del foro⁴⁴. El adjetivo internacional indica únicamente que el orden público se está aplicando o podría aplicarse frente a una situación jurídico-privada internacional. Nótese que cuando se habla de “orden público español” éste podría ser interno español o internacional español, por lo que cabría matizarlo para no generar confusión. Doctrinalmente ha tenido aceptación en España la teoría que defiende la existencia de dos círculos concéntricos (ver figura): en el círculo interior se encuentran localizados los principios de orden público internacional y en el círculo exterior los principios de orden público nacional. Todos los principios del círculo interior son de orden público interno e internacional, mientras que los del círculo exterior son sólo principios de orden público interno o nacional⁴⁵.

⁴³ CARRASCOSA GONZÁLEZ explica que “el orden público internacional evita la externalidad negativa que podría producir la norma de conflicto (= daños a los «intereses generales», y a la «sociedad» del país cuyos tribunales conocen del asunto). El orden público internacional es una excepción al normal funcionamiento de la norma de conflicto. Por ello, debe interpretarse siempre de modo restrictivo y debe aplicarse siempre de modo excepcional”. Vid. J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Daños punitivos. Aspectos de Derecho internacional privado europeo y español”, en J. HERRADOR GUARDIA, *Derecho de daños*, Thomson Reuters Aranzadi, 2013, párr. 55.

⁴⁴ El artículo 14-25 de la Propuesta de Código Civil de la Asociación Española de Profesores de Derecho Civil recoge exactamente esta noción: “en ningún caso tiene aplicación la ley extranjera cuando resulte manifiestamente contraria al orden público internacional español, siendo entonces de aplicación el derecho sustantivo español”. CARRASCOSA GONZÁLEZ explica que “el orden público internacional es un concepto nacional y su contenido se extrae del Derecho nacional del Estado miembro cuyos tribunales conocen del asunto”. Vid. J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Daños punitivos. Aspectos de Derecho internacional privado europeo y español” *Op. Cit.* párr. 76.

⁴⁵ J.D. GONZÁLEZ CAMPOS y J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, “Orden público como correctivo funcional: artículo 12, apartado 3 del Código civil”, en M. ALBADALEJO GARCÍA y S. DÍAZ ALABART, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, vol. 2, Edersa, Jaén (España), 1995, pp. 923 y 924. Por ejemplo, si bien los daños punitivos no se permiten en el ámbito del Derecho privado europeo continental ya que la responsabilidad civil se fundamenta en la reparación, ello no quiere decir que no pueda reconocerse una resolución de otra jurisdicción que determine daños punitivos (e.g. una resolución judicial estadounidense). Esto es, si bien puede existir un principio de Derecho interno que no permita los daños punitivos en una situación jurídico-privada puramente nacional, no tendría por qué activarse en todo caso dicho principio en el mismo sentido en el caso del reconocimiento y la ejecución de una resolución extranjera que reconociera daños punitivos. El considerando 32 del Reglamento 8 (CE) n° 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de julio de 2007 relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Roma II) dispone que “la aplicación de una disposición de la ley designada por el presente Reglamento que condujera a la asignación de daños e intereses ejemplares o punitivos de naturaleza excesiva, puede, según las circunstancias del caso y el ordenamiento jurídico del Estado miembro del órgano jurisdiccional competente, considerarse contraria al orden público del foro”. Sin embargo, en el articulado del reglamento nada se dispone al respecto; tampoco en el marco del Reglamento (CE) N° 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de junio de 2008 sobre la ley aplicable a las obligacio-

34. Algunos autores han entendido que el orden público actúa como una suerte de “espada y escudo”⁴⁶: un Estado no aplicará la ley foránea ni reconocerá la sentencia emitida por los tribunales de otro Estado si las consecuencias de hacerlo son contrarias al orden público del ordenamiento del juez que debe aplicar dicha ley o reconocer y ejecutar tal resolución (orden público en su sentido negativo). Por otro lado, el juez en cuestión, a la hora de aplicar una ley extranjera, deberá imponer la aplicación de normas internacionalmente imperativas (generalmente las del foro) desplazando en todo o en parte la ley extranjera determinada por la norma de conflicto (orden público en sentido positivo) o si la sentencia cuyo reconocimiento y ejecución se pretende produce efectos contrarios a tal norma internacionalmente imperativa⁴⁷.

35. La consecuencias de la aplicación de la norma internacionalmente imperativa como parte del orden público positivo pueden ser diversas: (a) la aplicación de la norma internacionalmente imperativa y la no aplicación del Derecho extranjero en su totalidad, (b) la aplicación de la norma internacionalmente imperativa y la no aplicación de una norma concreta propia del Derecho extranjero o (c) el ajuste del Derecho extranjero a las normas imperativas del Derecho del foro, aplicando la ley extranjera en lo que no contradiga a la norma internacionalmente imperativa del foro⁴⁸. Esta misma argumentación sería también válida en sede de reconocimiento de resolución o situación extranjera: el juez ordinario que conozca del reconocimiento y la ejecución podría denegarlos en todo o en parte por ser la resolución o situación contrarias a normas internacionalmente imperativas del foro. Podría haber normas imperativas “simples” u “ordinarias” que no coincidan con las normas internacionalmente imperativas del mismo foro⁴⁹.

36. Por otra parte, el orden público en sentido negativo se utiliza como “escudo”, esto es, de manera defensiva: no se aplica una norma internacionalmente imperativa, sino que bien se rechaza la aplicación de una ley extranjera que debería aplicarse por virtud de la norma de conflicto de que se trate,

nes contractuales (Roma I). CARRASCOSA GONZÁLEZ manifiesta que “afirmar, de modo categórico, que toda Ley extranjera que condena al pago de indemnizaciones pecuniarias en concepto de daños punitivos comporta una vulneración del orden público internacional español, constituye un error de envergadura”. Vid. J. CARRASCOSA GONZÁLEZ “Daños punitivos. Aspectos de Derecho internacional privado europeo y español” *Op. Cit.* párr. 63. En Italia, su ordenamiento jurídico no permite los daños punitivos, pero la Sentencia de la *Corte di Cassazione* n° 16601/2017 reconoció una resolución estadounidense que acordaba daños punitivos. La resolución estableció que en el ordenamiento jurídico italiano vigente la responsabilidad civil no tiene asignada únicamente la función de restablecer la esfera patrimonial de la persona que ha sufrido el daño, ya que la función disuasoria y la función punitiva de la responsabilidad civil pueden ser consideradas como figuras internas del sistema italiano. Por lo tanto, la institución de origen estadounidense de los daños punitivos no es ontológicamente incompatible con el Derecho italiano. El reconocimiento de una sentencia extranjera que contenga tal condena debe, sin embargo, corresponder a la condición de que haya sido dictada en el ordenamiento extranjero sobre la base de normas que garanticen la tipicidad de las hipótesis de condena, la previsibilidad de las mismas y los límites cuantitativos, teniendo en cuenta el tribunal, durante la deliberación, únicamente los efectos del acto extranjero y su compatibilidad con el orden público.

⁴⁶ I. THOMA, “Public policy (*ordre public*)” en J. BASEDOW, G. RÜHL, F. FERRARI, P. DE MIGUEL ASENSIO, *Encyclopedia of Private International Law*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham (Reino Unido), p. 1453.

⁴⁷ GEBAUER y BERNER indican que “*ordre public or public policy may operate as a positive concept if the basic concern is to apply those domestic rules that are regarded as so important that they must apply anyway, even where the issues are in principle governed by a foreign law selected by the choice of law rules of the forum. This kind of positive operation of a domestic rule, representing the public policy of the forum, for the French lawyer is known as a «loi d’application immédiate», for the German lawyer as an «Eingriffsnorm» and for the English-speaking lawyer as a «mandatory rule»*”. Vid. M. GEBAUER, M. y F. BERNER, “Ordre Public (Public policy)”, *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford University Press, 2019 (párr. 4).

⁴⁸ Vid. M. JÄNTERÄ-JAREBORG, “Foreign Law in National Courts. A Comparative Perspective”, *Recueils des cours de l’Académie de Droit international de La Haye*, vol. 304, 2003, p. 335.

⁴⁹ GOLDMAN, en un intenso debate con FRANCESCAKIS, defendía la existencia de una diferencia entre normas imperativas de carácter interno y normas internacionalmente imperativas (normas de aplicación inmediata) y ponía el ejemplo del anatocismo en Francia: “*la règle française d’interdiction d’anatocisme, des intérêts productifs d’intérêts, est une règle imperative en droit interne. (...) un arrêt bien connu de la Cour de cassation a dit que, si le contrat de prêt était soumis à une règle, à une loi qui, exceptionnellement (la loi libanaise) admettait l’anatocisme — il n’y avait pas quelque chose de profondément choquant en France à obliger le débiteur à respecter les engagements qu’il a pris et de payer les intérêts en tenant compte de l’anatocisme. (...) il me paraît très dangereux de ne pas faire cette distinction entre l’impérativité interne et l’impérativité dans les relations internationales*”. Vid. B. GOLDMAN en P. FRANCESCAKIS, “Y a-t-il du nouveau en matière d’ordre public?”, *Travaux du Comité français de droit international privé*, 1968, pp. 172 y 173. Cabe mencionar que el art. 1 del CC español dispone que “los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención”.

bien se rechaza el reconocimiento y la ejecución de una resolución o situación jurídica extranjeras porque las consecuencias de la aplicación de dicha ley o el reconocimiento y la ejecución de tal sentencia o situación serían contrarias al orden público internacional del Estado del juez que aplica la ley extranjera o que conoce del reconocimiento y la ejecución. No obstante, hay autores que prefieren no utilizar esta diferenciación entre orden público positivo y negativo y se refieren únicamente a las normas imperativas como una noción que opera afirmativamente mientras que el orden público lo hace defensivamente⁵⁰. El orden público en sentido negativo no lo conformarían necesariamente normas imperativas del ordenamiento del foro sino bastaría con que existiera contrariedad con algún principio esencial del foro, aún no concretado en norma positiva, “de naturaleza predominantemente publico-administrativa”. La confusión entre orden público y normas internacionalmente imperativas es un tema algo espinoso y recurrente en el ámbito *ius* internacional privatista⁵¹.

37 Se ha acuñado también el concepto de “orden público transnacional” (en la doctrina francófona, *ordre public “réellement” ou “véritablement” international*) que no surge de una fuente nacional —como el “orden público internacional”, que puede ser “orden público internacional español”, “orden público internacional francés”, “orden público internacional italiano”⁵², etc.— sino que lo conforman una serie de principios que gozan de cierto consenso en la esfera internacional y que parece tener mayor aceptación en el mundo arbitral que en el jurisdiccional⁵³. También se indica la existencia de un “orden

⁵⁰ Vid. G.A. BERMANN, “International Arbitration and Private International Law” *Op. Cit.* pp. 308, 311 y 326.

⁵¹ BOUZA VIDAL indica que “existen también otros mecanismos destinados a salvaguardar los principios y libertades fundamentales y los intereses públicos o generales contemplados en la constitución y otras normas de rango legal. Estos mecanismos son, por un lado, las leyes de policía (“normas internacionalmente imperativas” u *overriding mandatory rules*, entre otras denominaciones) y por otro, la clásica cláusula de orden público («excepción» de orden público o «reserva» de orden público, según los autores). Ambos mecanismos pueden englobarse dentro del concepto más amplio de orden público internacional de cada Estado, a pesar de su distinto contenido y técnica de regulación utilizada, en la medida que ambos persiguen el mismo objetivo: evitar (leyes de policía) o atenuar (cláusula de orden público) el «salto a lo desconocido» al que conduce la técnica indirecta de las normas de conflicto. Vid. N. BOUZA VIDAL, “La salvaguarda del orden público en los contratos internacionales: enfoque de derecho internacional privado y su adaptación en el derecho europeo”, en J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, N. BOUZA VIDAL et al., “El orden público interno, europeo e internacional civil”, *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, Barcelona, 2017, pp. 74 y 79.

⁵² Se trata de una noción de orden público tenida en cuenta por los árbitros más que por los órganos jurisdiccionales estatales. En este sentido, LALIVE explica que a diferencia del juez estatal, que tiene plena potestad para pronunciarse, en su caso, sobre la base de un orden público (internacional-estatal o incluso transnacional) inspirado en la política internacional de dicho Estado, el árbitro preferirá basarse únicamente en normas o conceptos (no necesariamente estatales, quizás) pero sí apoyados en una *opinio juris* bien establecida; lo que podría traducirse en una intervención de un orden público transnacional basado en “consideraciones de ética social”, y no tanto en un orden público transnacional fundamentado en consideraciones políticas. Vid. P. LALIVE, “Ordre public transnational (ou réellement international) et arbitrage international”, *Revue de l'Arbitrage*, Comité Français de l'Arbitrage, vol. 1986, n° 3, 1986, p. 330.

⁵³ LALIVE manifiesta que puede pensarse que, de estos principios, sólo aquellos que parecen ser esenciales, que están respaldados por un consenso muy amplio, si no universal, y que gozan, habida cuenta de su importancia, de una fuerza y una imperatividad particulares, merecen ser considerados como constitutivos del concepto de orden público transnacional. Vid. *Ibidem*, p. 333. VIRGÓS SORIANO indica, en relación con la neutralidad y qué hace que una sede sea atractiva para el arbitraje internacional, que “en el plano del orden público, una sede neutral se cuida de dejar al margen sus propias nociones de orden público doméstico en favor de una noción de orden público internacional, que tenga en cuenta la diversidad socio-jurídica del mundo y los estándares generalmente aceptados por la comunidad internacional”. Vid. M. VIRGÓS SORIANO, “Arbitraje Comercial Internacional y Convenio de Nueva York de 1958”, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez – Homenaje al profesor D. Rodrigo Uría González en el centenario de su nacimiento*, n° extraordinario, 2006, pp. 27 y 28. GAILLARD defiende la existencia de tres “representaciones mentales” del arbitraje internacional y dependiendo de la representación que cada operador jurídico adopte (consciente o inconscientemente), estará otorgando una naturaleza y unas características esenciales a la institución arbitral. La representación “monolocal” asimila al árbitro al juez del ordenamiento jurídico de la sede, resuelve todas estas dificultades invitando al árbitro a comportarse exactamente como lo haría el juez del Estado en el que tiene lugar el arbitraje. El orden público internacional que el árbitro debe garantizar es el de ese Estado. Por otra parte, la representación “westfaliana” insiste en el hecho de que varios Estados, y no sólo el Estado del lugar donde tiene lugar el arbitraje, tienen derecho a imponer sus puntos de vista sobre el proceso arbitral, ya se trate de la forma en que se desarrolla el arbitraje o de las soluciones que los árbitros pueden adoptar sobre el fondo. El Estado del lugar o de los lugares donde el laudo debe ser ejecutado no tiene menos derecho que el Estado de la sede del arbitraje a intentar hacer valer sus puntos de vista sobre normas de tal importancia que deben ser necesariamente respetadas por los árbitros. Por último, la representación “transnacional” acepta la idea de la existencia de un ordenamiento jurídico arbitral, resuelve la cuestión de los límites que deben asignarse a la voluntad de las partes en la determinación de la ley aplicable al fondo del litigio recurriendo al concepto de “orden público transnacional” o de orden público “verdaderamente internacional”. Vid. E. GAILLARD, “Aspects

público europeo”⁵⁴ u “orden público de la Unión Europea” en el ámbito, fundamentalmente, del reconocimiento y la ejecución de sentencias judiciales extranjeras que sienta su base en la jurisprudencia del TJUE que se deriva, entre otros, de los asuntos *Hoffmann*⁵⁵, *Krombach*⁵⁶, *Renault*⁵⁷, *Gambazzi*⁵⁸, *Apostolides*⁵⁹, *Trade Agency*⁶⁰, *Lithuanian Airlines*⁶¹, *Diageo Brands*⁶², *Meroni*⁶³, *London Steam-Ship v. Reino de España*⁶⁴, *Charles Taylor Adjusting*⁶⁵ y *Real Madrid v. Le Monde*⁶⁶.

38. Es de particular interés el reciente asunto del TJUE *Real Madrid v. Le Monde*. En este caso, los tribunales españoles condenaron en primera instancia, con confirmación en apelación y casación, al diario francés *Le Monde* y a un periodista a una indemnización de daños y perjuicios por resarcimiento de daño moral por publicar que el Real Madrid estaba relacionado con un médico involucrado en una trama de dopaje en el mundo del ciclismo. A pesar de que el diario *Le Monde* publicó íntegramente el co-

philosophiques du droit de l'arbitrage international”, *Recueils des cours de l'Académie de Droit international de La Haye*, vol. 329, 2207, pp. 166, 168 y 176. BERMANN, sobre el orden público transnacional, expone que no debe sorprender que la noción de orden público transnacional siga siendo en gran medida académica y no práctica. Además, el autor señala que el orden público se ha considerado durante mucho tiempo impredecible y difícil de controlar, incluso a nivel puramente nacional. *Vid.* G.A. BERMANN, “International Arbitration and Private International Law” *Op. Cit.* pp. 308, 311 y 326. *Vid.* en este mismo sentido P. DE MIGUEL ASENSIO, “Derecho imperativo y relaciones privadas internacionales”, *Homenaje a Don Antonio Hernández Gil*, Tomo III, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2001, párr. 31. BULLARD GONZÁLEZ defiende que debe tenderse hacia un orden público internacional en el sentido de transnacional porque ello protegería mejor la viabilidad del laudo, al no estar sujeto a una noción de orden público puramente nacional más dependiente de la visión nacional que cada juez tenga de la noción de orden público. Si bien el autor menciona que algunos podrían criticar este posicionamiento como imperialista al primar en el orden público transnacional la noción de orden público que pueda existir en Estados Unidos u otras potencias sobre otras nociones de otros Estados, pero “a pesar de ese riesgo, el efecto de forzarnos a identificar conceptos comunes a varios países contribuye a darle mayor resistencia a los laudos frente a posibles cuestionamientos”. *Vid.* A. BULLARD GONZÁLEZ, “«No cometerás actos impuros»: el orden público y el control judicial del laudo arbitral”, *Themis-Revista de Derecho*, 63, 2013, p. 200. KLEINHEISTERKAMP se muestra crítico con la existencia de un supuesto orden público transnacional. El autor manifiesta que se trata de una utopía el pensar que los árbitros pueden equilibrar adecuadamente el interés privado y el público a nivel global, y que exista un deber y una libertad por parte de los árbitros para frustrar las regulaciones nacionales en aras de un “orden público” de naturaleza superior. El autor concluye que el orden público transnacional es “*udemonian*”: no tiene *demos*, no cuenta con ciudadanos de un Estado constituido cuyo “espíritu del pueblo” —en alemán, *Volksgeist*— pueda sostenerlo y establecer su legitimidad. Dado el riesgo de generar confusiones tanto en la práctica profesional como en el ámbito académico sobre el estatus y la autonomía de los árbitros, el autor defiende que es más adecuado abandonar el sueño de un orden público transnacional en lugar de intentar alcanzarlo. *Vid.* J. KLEINHEISTERKAMP, “The Myth of Transnational Public Policy in International Arbitration”, *The American Journal of Comparative Law*, vol. XX, 2023, pp. 43 y 44.

⁵⁴ Sobre la expansión del concepto de orden público europeo en detrimento del orden público internacional de los Estados Miembros, *vid.* S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “¿Orden público europeo versus orden público internacional de cada Estado?”, en N. BOUZA VIDAL et al. (coord.), *La gobernanza del interés público global: XXV Jornadas de la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales*, 2015, pp. 146-181.

⁵⁵ STJUE de 4 de febrero de 1988, *Hoffmann*, C-145/86 (ECLI:EU:C:1988:61)

⁵⁶ La STJUE 28 marzo 2000, *Krombach*, C-7/98 (ECLI:EU:C:2000:164) (párr. 22 y 23) dispone que “aunque en principio, los Estados contratantes puedan seguir determinando libremente, en virtud de la reserva establecida en el artículo 27, número 1, del Convenio, conforme a sus concepciones nacionales, las exigencias de su orden público, los límites de este concepto son definidos a través de la interpretación del Convenio. Por consiguiente, si bien no corresponde al Tribunal de Justicia definir el contenido del concepto de orden público de un Estado contratante, sí le corresponde controlar los límites dentro de los cuales los tribunales de un Estado contratante pueden recurrir a este concepto para no reconocer una resolución dictada por un órgano jurisdiccional de otro Estado contratante”.

⁵⁷ STJUE 11 de mayo 2000, *Renault*, C-38/98 (ECLI:EU:C:2000:225).

⁵⁸ La STJUE 2 abril 2009, *Gambazzi*, C-384/07 (ECLI:EU:C:2009:219) (párr. 38) indica que “de la sentencia dictada por el Tribunal de Justicia en el asunto *Krombach* se deduce, por último, que los límites dentro de los cuales el órgano jurisdiccional del Estado requerido puede invocar el orden público no son rebasados en modo alguno si se da una violación manifiesta de derechos fundamentales comunitarios” (párr. 38).

⁵⁹ STJUE 28 abril 2009, *Apostolides*, C-420/07 (ECLI:EU:C:2009:271).

⁶⁰ STJUE 6 septiembre 2012, *Trade Agency*, C-619/10 (ECLI:EU:C:2012:531).

⁶¹ STJUE 23 octubre 2014, *Lithuanian Airlines*, C-302/13 (ECLI:EU:C:2014:2319).

⁶² STJUE 16 julio 2015, *Diageo Brands*, C681/13 (ECLI:EU:C:2015:471).

⁶³ STJUE 25 mayo 2016, *Meroni*, C-559/14 (ECLI:EU:C:2016:349).

⁶⁴ STJUE 20 junio 2022, *London Steam-ship v. Reino de España* (ECLI:EU:C:2022:488).

⁶⁵ STJUE 7 septiembre 2023, *Charles Taylor Adjusting*, C-590/21 (ECLI:EU:C:2023:633).

⁶⁶ STJUE 4 octubre 2024, *Real Madrid v. Le Monde*, C-633/22 (ECLI:EU:C:2024:843).

municado emitido por el Real Madrid donde se desmentía esta información, el medio de comunicación fue condenado. Se pretendió reconocimiento y ejecución de la sentencia española en Francia en el marco del Reglamento 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil⁶⁷. Los tribunales franceses permitieron, en primera instancia, el reconocimiento en virtud del enfoque pro-reconocimiento casi automático que inspira el reglamento y en el que insiste el TJUE. Sin embargo, en apelación, el órgano jurisdiccional acogió la oposición al reconocimiento ejercitada por *Le Monde* y determinó, entre otros, que esta resolución condenatoria era contraria al orden público internacional francés ex art. 45.1.a) del propio reglamento. En casación, el órgano jurisdiccional remitió distintas cuestiones prejudiciales al TJUE. El TJUE determinó que los arts. 34 y 45 del Reglamento pueden interpretarse en relación con la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y, en este caso concreto, con el art. 11 de dicho texto, regulador de la libertad de prensa, estableciendo que:

“la ejecución de una sentencia que condena a una sociedad editora de un periódico y a uno de sus periodistas al abono de una indemnización por daños y perjuicios como resarcimiento del daño moral sufrido por un club deportivo y uno de los miembros de su equipo médico, de resultados del menoscabo de su reputación ocasionado por una noticia sobre ellos que dicho periódico publicó, debe denegarse en la medida en que entrañe la vulneración manifiesta de la libertad de prensa del artículo 11 de la Carta y, por ende, la violación del orden público del Estado miembro requerido”⁶⁸.

39. Se ha discutido si la noción de orden público debía ser la misma en sede de ley aplicable que en sede de reconocimiento y ejecución de sentencia extranjera. La redacción anterior del art. 11 (párrafo tercero) del Código Civil español parecía equiparar el orden público en los dos escenarios⁶⁹. Es probable que esta circunstancia haya dejado huella en la jurisprudencia española que, en alguna resolución, ha optado por dicha equiparación, aunque el contenido del orden público conflictual y el orden público procesal no sea —para algunos autores— “el mismo y su identificación resulta perturbadora”⁷⁰.

40. Para que se active en España el orden público internacional en materia de ley aplicable, doctrinalmente se ha defendido que (a) debe producirse una vulneración de la “estructura jurídica básica del Derecho español” y (b) debe existir un perjuicio para la “sociedad española”. En casos “no conectados” con España, pueden destacarse dos teorías doctrinales al respecto: (a) el orden público “atenuado” para las “situaciones legalmente creadas en el extranjero” y (b) “el orden público de proximidad” para las situaciones “alejadas” del país del tribunal que conoce del asunto⁷¹.

41. En cuanto a la teoría de las situaciones legalmente creadas en el extranjero, cabe indicar que se trata de aquellas situaciones que ya existen y que han producido efectos en otro país, esto es, en una sociedad extranjera; y se pretende exportar esas situaciones a España. En este escenario, se baraja la existencia de dos tipos de efectos: (a) los efectos “nucleares” que vulneran el orden público internacional español porque, de ser admitidos, dañarían la estructura básica del Derecho español y perjudicarían a la sociedad española y (b) los efectos jurídicos “periféricos” cuya admisión no produce un daño relevante a la sociedad española y se podrían desplegar en España aplicando un orden público atenuado⁷².

⁶⁷ Ahora Reglamento 1215/2012. Por virtud del principio de interpretación histórica de los reglamentos de Derecho internacional privado europeo, esta resolución también sirve para interpretar el recién citado reglamento.

⁶⁸ STJUE 4 octubre 2024, *Real Madrid v. Le Monde*, C-633/22 (ECLI:EU:C:2024:843) (párr. 74).

⁶⁹ El art. 11.3, en su redacción anterior, disponía que “no obstante lo dispuesto en este artículo y en el anterior, las Leyes prohibitivas concernientes a las personas, sus actos o sus bienes, y las que tienen por objeto el orden público y las buenas costumbres, no quedarán sin efecto por las Leyes o sentencias dictadas, ni por disposiciones o convenciones acordadas en país extranjero”.

⁷⁰ J.D. GONZÁLEZ CAMPOS y J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, “Orden público como correctivo funcional: artículo 12, apartado 3 del Código civil”, en M. ALBADALEJO GARCÍA y S. DÍAZ ALABART, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, vol. 2, Edersa, Jaén (España), 1995, p. 928 (nota al pie 27).

⁷¹ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Orden público internacional y externalidades negativas”, *Boletín del Ministerio de Justicia*, año 62, n° 2065, 2009, p. 2369.

⁷² *Ibidem*, pp. 2369-2370.

42. En cuanto la teoría del orden público de proximidad para situaciones alejadas, esencialmente se defiende que el orden público internacional sólo puede activarse en casos cercanos al país cuyos tribunales conocen del asunto. Se insiste en que la aplicación de la ley extranjera en casos “lejanos” no afectan a la sociedad de dicho país. Esta teoría presenta la dificultad de determinar cuándo la ley extranjera presenta o no una “mínima vinculación” con España que permita calificar la situación de “lejana” o “cercana” por lo que cada juez deberá realizar un análisis del caso concreto⁷³.

2. La noción ius internacional privatista de orden público trasladada al control jurisdiccional del laudo arbitral en España: el control del laudo doméstico, internacional y extranjero

43. Se ha entendido doctrinalmente que el orden público que se utiliza para el control jurisdiccional del laudo arbitral según la doctrina constitucional española en cuanto al deber de motivación es una exigencia de “orden público interno”⁷⁴. Hemos estudiado que, en sede de DIPr. jurisdiccional, el orden público interno puede diferir del internacional y que puede haber diferencias entre el orden público internacional en el ámbito de la ley aplicable y en el del reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras, así como distintas tesis que enfrentan la compleja noción de orden público. Cabría preguntarse en este punto si el orden público es el mismo en sede de anulación de un laudo arbitral doméstico, de un laudo arbitral internacional y en el ámbito del control que se ejerce en sede de reconocimiento y ejecución en España de laudos arbitrales extranjeros.

44. El art. 3 de la Ley de Arbitraje regula un concepto muy amplio de “arbitraje internacional”. Así, establece que un arbitraje tendrá el carácter de “internacional” cuando concorra alguna de las siguientes tres circunstancias: (a) que en el momento de la celebración del convenio de arbitraje, las partes tengan sus domicilios en Estados diferentes; (b) que el lugar del arbitraje, el lugar “de cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones de la relación jurídica de la que dimana la controversia” o el lugar con el que el arbitraje tenga “una conexión más estrecha” esté situado fuera del Estado en que las partes tengan sus domicilios; (c) que la relación jurídica de la que se derive la controversia “afecte a intereses del comercio internacional”. Por otra parte, el art. 46.1 de la misma norma determina que “se entiende por laudo extranjero el pronunciado fuera del territorio español” y el art. 46.2 remite al Convenio de Nueva York.

45. El sistema arbitral en España se configura —inapropiadamente—de manera monista⁷⁵. Así lo expone claramente la exposición de motivos de la Ley de Arbitraje: “la ley sigue el sistema monista. Son pocas y muy justificadas las normas en que el arbitraje internacional requiere una regulación distinta de la del arbitraje interno. Aun con la conciencia de que el arbitraje internacional responde en muchas ocasiones a exigencias distintas, esta ley parte de la base —corroborada por la tendencia actual en la materia—de que una buena regulación del arbitraje internacional ha de serlo también para el arbitraje interno, y viceversa. La Ley Modelo, dado que se gesta en el seno de la CNUDMI/UNCITRAL, está concebida específicamente para el arbitraje comercial internacional; pero su inspiración y soluciones son perfectamente válidas, en la inmensa mayoría de los casos, para el arbitraje interno”. La consecuencia de que se regule un enfoque monista en la Ley de Arbitraje es que “las sentencias que dicten los Tribunales Superiores de Justicia en materia de anulación de laudos arbitrales crean por su reiteración doctrina legal tanto para los arbitrajes comerciales como para los de consumo, sean nacionales o internacionales”⁷⁶.

⁷³ *Ibidem*, p. 2372. *Vid.* ampliamente P. LAGARDE, “Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain”, *Recueils des cours de l'Académie de Droit international de La Haye*, vol. 196, 1986.

⁷⁴ S.A. SÁNCHEZ LORENZO, “La Sentencia del Tribunal Constitucional de 15 de febrero de 2021, o qué hay de verdad en la «equivalencia jurisdiccional» del arbitraje”, en J.C. FERNÁNDEZ ROZAS (COORD.), *El proceso arbitral en España a la luz de la doctrina del Tribunal Constitucional*, Wolters Kluwer, Madrid, 2021, p. 229.

⁷⁵ Sobre el sistema arbitral monista en España, *vid.* B. CREMADES SANZ-PASTOR, “El Arbitraje Internacional en la Encrucijada de la Crítica”, *Discurso de Ingreso de D. Bernardo M. Cremades como Académico de Número de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, p. 71.

⁷⁶ *Ídem*. En el exhaustivo estudio de PICÓ I JUNOY, “The judicial annulment of awards in Spain: A statistical study of 1.229 judgments”, *InDret*, 2024, pp. 49-64 se indica que en el período 2013-2022 sólo el 16,50% de las acciones de anulación han re-

46. Las diferencias que se mencionaban en torno orden público en sede de ley aplicable respecto del orden público en el ámbito del reconocimiento de sentencia extranjera no caben trasladarse al orden público en el control jurisdiccional del laudo en anulación respecto del control que se ejerce en reconocimiento en España del laudo extranjero. El art. 46 de la Ley de Arbitraje se refiere al laudo extranjero y remite al Convenio de Nueva York dentro del propio sistema monista que se defiende en el que interesa la aplicación de dicho tratado “sin perjuicio de otros convenios internacionales más favorables a su concesión”. Algunos autores entienden que la anulación y el reconocimiento del laudo extranjero, si bien pueden presentar efectos distintos⁷⁷, son las dos caras de una misma moneda y el orden público debe interpretarse y aplicarse de manera uniforme en los dos ámbitos por el juez ordinario español⁷⁸.

47. A nuestro juicio, no cabría aplicar una noción de orden público distinta en el ámbito de la anulación y en el ámbito del reconocimiento de laudo extranjero, pero, como veremos más adelante a colación del orden público de la Unión Europea, sí sería conveniente activar la noción de orden público sólo cuando el laudo arbitral que se controla presente la suficiente vinculación con España o con la Unión Europea, de tal manera que el laudo despliegue efectos que afectan a la sociedad española o europea. Debería, por tanto, trasladarse la teoría del orden público de proximidad, propia del Derecho internacional privado, al ámbito del control jurisdiccional del laudo arbitral.

48. La problemática que rodea las diferencias entre el orden público y las normas imperativas, propia del Derecho internacional privado, no se traslada al ámbito del control jurisdiccional del laudo. En arbitraje, los instrumentos legislativos que regulan el control del laudo se refieren únicamente al orden público y no a las normas imperativas. Es por ello por lo que la vulneración de una norma imperativa del Estado cuyos tribunales ejercitan el control puede calificarse como una contrariedad con el orden público que anule o no reconozca la sentencia arbitral, total o parcialmente. En definitiva, se utiliza la cláusula de orden público para controlar el cumplimiento de normas imperativas⁷⁹.

49. Cabe mencionar que el magistrado XIOL RÍOS, en su voto particular a la STC 50/2022, apuesta por una aplicación incluso más restrictiva de la noción de orden público de la que utiliza la decisión principal y entiende que no cualquier norma jurídica puede formar parte de la noción de orden público en el marco del control del laudo arbitral. XIOL RÍOS entiende que la jurisprudencia constitucional debe precisar mejor cómo los tribunales ordinarios deben aplicar la causal de orden público y apuesta por una combinación de criterios: sustancial, cualitativo e instrumental. En cuanto al criterio sustancial, el magistrado entiende que “debe rechazarse que cualquier norma de carácter imperativo o prohibitivo pueda enlazarse con el concepto de orden público sin más consideraciones”. Entiende que sólo pueden controlarse a través de la noción de orden público aquellas normas “que implican una ordenación tendente a sustentar valores y principios irrenunciables (...) para la organización política, económica y social del Estado y en el orden internacional”. El magistrado enumera como principios esenciales “la primacía del ordenamiento internacional y constitucional, la observancia de los principios democráticos y del Estado de derecho y el respeto a los derechos fundamentales”.

50. En cuanto al criterio cualitativo, XIOL RÍOS indica que la infracción de los principios arriba descritos debe ser “grave o sustancial”. Desde un punto de vista procedimental, debe producirse un

sultado en la anulación del laudo. Sin embargo, hubiera sido interesante determinar en el estudio qué porcentaje de esos laudos anulados corresponden a arbitrajes de consumo o de Juntas de Transporte. Es muy probable que el porcentaje de anulación sea todavía mucho menor en el ámbito los laudos comerciales.

⁷⁷ C.M. NORIEGA LINARES, “Laudo arbitral extranjero y orden público internacional. El desafío”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 15, nº 1, 2023, p. 1027. *Vid. in extenso* C.M. NORIEGA LINARES, “Derecho de defensa, desconocimiento del idioma y falta de notificación. El orden público internacional y el exequátur de laudos arbitrales”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 14, nº 1, pp. 791-808.

⁷⁸ M. GÓMEZ JENE, “Arbitraje europeo: una crítica a la Sentencia del Tribunal Constitucional 65/2021, de 15 de marzo”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 13, nº2, pp. 745-753.

⁷⁹ *Vid.* A. BUCHER, “L’ordre public (...)”, *op. cit.*, pp. 236-237 (indicando que la diferencia entre normas imperativas y orden público no se da en algunos ordenamientos).

“quebrantamiento sustancial o grave de los derechos de defensa, igualdad o prohibición de la arbitrariedad”. El magistrado entiende que debe aplicarse el principio de equivalencia, por cuya virtud la existencia de una “concreta infracción puede verse compensada por la observancia práctica de las garantías en el conjunto del procedimiento”.

51. Finalmente, en relación con el criterio instrumental, el magistrado argumenta que, en un sentido positivo, debe exigirse que la infracción sea “manifiesta y no sólo susceptible de ser deducida o argumentada con razonamientos jurídicos relativamente complejos”; y, en un sentido negativo, que la “apreciación de la infracción pueda hacerse sin sustituir el criterio del árbitro”.

V. La noción de orden público de la Unión Europea en el ámbito arbitral comercial

52. En distintas resoluciones, algunos Tribunales Superiores de Justicia españoles alegan la vulneración del “orden público económico” de la Unión Europea, conformado por normas de Derecho europeo de carácter esencial e imperativo⁸⁰. Lo cierto es que en los asuntos *Nordsee*, *Eco Swiss*, *Mostaza Claro*, *Asturcom Telecomunicaciones*, *Achmea* y, más recientemente, *ISU*, el TJUE se refiere a la existencia de un orden público de la Unión Europea que los tribunales ordinarios de los Estados Miembros deben tener presente en el control del laudo, tanto en sede de anulación como de reconocimiento y ejecución dando contenido a la noción de orden público de las leyes de arbitraje de los Estados Miembros y del art. V del Convenio de Nueva York.

53. Los Estados Miembros tienen autonomía procesal para regular cómo debe aplicarse el Derecho de la UE en sus territorios, pero están, no obstante, obligados a que el Derecho europeo se aplique *efectivamente*, existiendo un deber de los Estados Miembros de dar cumplimiento al principio de efectividad o *effet utile* del Derecho de la Unión. La jurisprudencia del TJUE, que se analizará a continuación, utiliza el principio de efectividad al determinar que los tribunales ordinarios de los Estados Miembros deben velar por el cumplimiento del Derecho de la Unión al controlar los laudos arbitrales. El principio de efectividad se aplica junto con el de equivalencia: no debe discriminarse respecto del Derecho nacional una reclamación ejercitada ante los tribunales de un Estado Miembro fundamentada en el Derecho de la Unión Europea. Así, si puede anularse o no reconocerse un laudo arbitral por ser contrario al orden público del Estado Miembro, deberá poderse anular o no reconocer si se da el caso de que el laudo es contrario al llamado orden público de la Unión Europea⁸¹.

1. La jurisprudencia del TJUE en materia de arbitraje comercial y orden público

54. En el asunto *Nordsee* el TJUE dispone que un árbitro no puede plantear cuestión prejudicial ante el TJUE y determina que el Derecho de la UE “debe ser respetado íntegramente en el territorio de todos los Estados Miembros” estableciendo que los tribunales ordinarios podrían tener que examinar estas cuestiones en el marco del control jurisdiccional del laudo e incluso plantear cuestión prejudicial en el marco de tales procesos de control⁸². En *Eco Swiss* —el asunto por excelencia en materia de Derecho

⁸⁰ Vid. e.g. STSJ Madrid 22 octubre 2021, 66/2021 (ECLI:ES:TSJM:2021:9028) (sentencia anulada por STC 2 diciembre 2024, rec. amparo 921/2022).

⁸¹ Para un análisis crítico del asunto *Eco Swiss* y su diferenciación respecto del asunto *Mostaza Claro*, vid. A. CREUS CARREAS y J.M. JULIÀ INSENSER, “Arbitraje y Defensa de la Competencia”, *Documento de Trabajo. Serie de Política de la Competencia*, Instituto de Estudios Europeos, núm. 27/2008, p. 15 (los autores indican: “(f)rente a las alegaciones de la jurisprudencia en los asuntos *Eco Swiss* y *Mostaza Claro*, el TJCE confirmó que el asunto *Mostaza Claro* se justifica por el objeto especial de protección efectiva al consumidor, no siendo por tanto aplicable a otras normativas con diferente justificación, y que el asunto *Eco Swiss* era un tema de equivalencia y no de efectividad. Esta última consideración es fundamental para comprender que en el asunto *Eco Swiss* el TJCE únicamente exige que se dé al derecho de la competencia comunitario la misma consideración que al derecho de la competencia nacional”).

⁸² STJCE 23 marzo 1982, *Nordsee*, C-102/81 (ECLI:EU:C:1982:107) (párr. 14 y 15).

de la competencia y arbitraje— el TJUE dispone que “las exigencias relativas a la eficacia del procedimiento arbitral justifican que el control de los laudos arbitrales tenga carácter limitado y que sólo pueda obtenerse la anulación de un laudo o la denegación del reconocimiento en casos excepcionales”, lo que podría calificarse como “posición minimalista” de control del laudo por parte del TJUE⁸³.

55. Sin embargo, también en *Eco Swiss* el TJUE, a continuación, parece adoptar una posición “maximalista” al establecer que:

“el artículo 85 del Tratado constituye una disposición fundamental indispensable para el cumplimiento de las misiones confiadas a la Comunidad, especialmente para el funcionamiento del mercado interior. La importancia de dicha disposición hizo que los autores del Tratado establecieran expresamente en el apartado segundo del artículo 85 del Tratado, que los acuerdos y decisiones prohibidos por este artículo son nulos de pleno Derecho” y añadir que “el Derecho comunitario exige que los órganos jurisdiccionales nacionales que deban pronunciarse sobre la validez de un laudo arbitral puedan examinar cuestiones relativas a la interpretación de la prohibición impuesta en el apartado 1 del artículo 85 del Tratado, y, en su caso, plantearlas al Tribunal de Justicia para que este las resuelva con carácter prejudicial”⁸⁴.

56. El TJUE, en cuanto al principio de equivalencia, establece en *Eco Swiss* que “en la medida en que un órgano jurisdiccional nacional deba, en aplicación de sus normas procesales internas, estimar un recurso de anulación de un laudo arbitral basado en la inobservancia de normas nacionales de orden público, también debe estimar tal recurso basado en la inobservancia de la prohibición impuesta en el apartado 1 del artículo 85 del Tratado”⁸⁵.

57. El TJUE también ha declarado en *Eco Swiss* que las disposiciones imperativas o de orden público propias del Derecho de la Unión, deben aplicarse en el arbitraje y los tribunales ordinarios deberán ejercer el correspondiente control a través, entre otros, de la cláusula de orden público. Tanto es así que el TJUE indica que tales disposiciones imperativas son parte de la cláusula de orden público del art. V del Convenio de Nueva York en tanto que forman parte del orden público de los Estados Miembros⁸⁶.

58. En *Mostaza Claro*, —asunto relativo a arbitraje de consumo— el TJUE reitera la doctrina contenida en *Eco Swiss* y la aplica analógicamente para determinar que la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores es “una disposición indispensable para el cumplimiento de las misiones confiadas a la Comunidad, especialmente para la elevación del nivel y de la calidad de vida en el conjunto de ésta (véase, por analogía, en relación con el artículo 81 CE, la sentencia *Eco Swiss* (...))”⁸⁷.

⁸³ STJCE 1 junio 1999, *Eco Swiss*, C-126/97 (ECLI:EU:C:1999:269) (part. 35). *Vid.* L.G. RADICATI DI BROZOLO, “Arbitrage Commercial International et Lois de Police. Consideration sur les conflits de juridictions dans le commerce international”, *Recueils des cours de l'Académie de Droit international de La Haye*, vol. 315, 2005, p. 356.

⁸⁴ STJCE 1 junio 1999, *Eco Swiss*, C-126/97 (ECLI:EU:C:1999:269) (parr. 36 y 40).

⁸⁵ *Ibidem* (parr. 37).

⁸⁶ STJCE de 1 junio 1999, *Eco Swiss*, C-126/97 (ECLI:EU:C:1999:269) (párr. 39). Sobre la colisión del Derecho europeo con el Convenio de Nueva York de 1958 y sobre el principio de primacía absoluta del Derecho europeo, *vid.* extensamente M. PENADES FONS, “*Effect utile* del Derecho de la Unión Europea y la prohibición de *révision au fond* en el arbitraje internacional”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, 2016, pp. 272 y ss.

⁸⁷ STJUE 26 octubre 2006, *Mostaza Claro*, C-168/05 (ECLI:EU:C:2006:675) (párr. 37). El asunto *Mostaza Claro*, una empresa de telecomunicaciones inició un arbitraje contra un consumidor. La cláusula arbitral permitía a las partes acudir a arbitraje o también a la jurisdicción ordinaria. El consumidor participó del arbitraje sin oponerse a la competencia del tribunal arbitral ni invocó la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores afirmando que la cláusula arbitral contravenía esta norma europea. En *Mostaza Claro*, el TJUE reitera la doctrina contenida en *Eco Swiss* y la aplica analógicamente. El TJUE también determina que el tribunal ordinario deberá anular, si fuese abusiva, la cláusula arbitral y consecuentemente el laudo, aunque el consumidor no lo haya invocado en el transcurso del procedimiento arbitral. La STSJ Madrid 24 enero 2023 (ECLI:ES:TSJM:2023:575) anuló un laudo por vulnerar el Derecho de consumo, estableciendo la sentencia de anulación que “no se puede olvidar que la propia evolución de la dinámica y la actualidad de la UE ha hecho que se haya pasado de una “*Europa de los mercaderes*” a una “*Europa de los consumidores*”, de tal manera que las cuestiones relacionadas con la protección de los consumidores constituyen en gran medida principios esenciales del derecho de la UE y propio orden público de la misma, debiendo prevalecer en todo caso”.

59. En *Achmea* —asunto relativo al arbitraje de inversiones— el TJUE determinó que “las exigencias relativas a la eficacia del procedimiento arbitral [*en materia de arbitraje comercial*] justifican que el control de los laudos arbitrales ejercitado por los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros tenga carácter limitado, siempre que las disposiciones fundamentales del Derecho de la Unión puedan ser examinadas en el marco de dicho control y, en su caso, puedan ser objeto de una petición de decisión prejudicial ante el Tribunal de Justicia”⁸⁸.

60. En el reciente asunto *ISU*, —caso relativo a arbitraje deportivo obligatorio— entre otros aspectos, el TJUE tiene que decidir sobre la conformidad con el Derecho de la UE de que una asociación deportiva como la *International Skating Union* (ISU) establezca que, de manera obligatoria, sus atletas se vean sometidos a la jurisdicción del Tribunal Arbitral del Deporte (*Tribunal arbitral du sport-TAS/ Court of Arbitration for Sport - CAS*) con sede en Suiza, Estado no miembro de la Unión Europea⁸⁹. El TJUE anula, en sede de recurso, una sentencia del Tribunal General y establece, entre otros aspectos, que no puede alegarse que la naturaleza específica del deporte sea argumento suficiente para afirmar que las decisiones que tome la ISU sólo puedan ser recurridas de manera exclusiva y obligatoria ante el TAS, con sede en Suiza, no pudiéndose ante este tribunal arbitral controlarse la aplicación de las disposiciones de orden público de la UE a través de la cuestión prejudicial:

“En primer lugar, la apreciación general e indiferenciada de que el Reglamento de arbitraje puede estar justificado por intereses legítimos ligados a la naturaleza específica del deporte, en la medida en que atribuye al TAS una competencia obligatoria y exclusiva para controlar las decisiones que la ISU pueda adoptar en virtud de sus facultades en materia de autorización previa y de sanciones, ignora, como sostienen esencialmente las partes recurrentes y la Comisión, los requisitos que deben concurrir para que un mecanismo de arbitraje como el controvertido en el presente asunto pueda considerarse, por una parte, que permite garantizar el respeto efectivo de las disposiciones de orden público que contiene el Derecho de la Unión y, por otra, que es compatible con los principios que subyacen en la arquitectura judicial de la Unión Europea”⁹⁰.

61. En *ISU*, el TJUE, con cita de *Eco Swiss*, recuerda que el Derecho de la competencia de la UE es una cuestión de orden público europeo⁹¹. También recuerda, citando a *Eco Swiss* y a *Mostaza Claro*, que la efectividad del arbitraje requiere que se realice una revisión judicial limitada del laudo, pero que, no obstante, en todo caso, los tribunales de los Estados Miembros deben tener la posibilidad de revisarlos para comprobar que cumplen con las disposiciones fundamentales de orden público de la UE. El TJUE establece que dicha revisión se hace si cabe más relevante cuando el arbitraje ha sido impuesto a los atletas por parte de las asociaciones deportivas⁹².

62. El TJUE subraya que una ausencia de revisión socava la protección de los individuos que les ofrece el Derecho de la UE:

“A falta de tal control jurisdiccional, la utilización de un mecanismo de arbitraje puede menoscabar la protección de los derechos que los justiciables derivan del efecto directo del Derecho de la Unión y el respeto efectivo de los artículos 101 y 102 TFUE [*Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea*], que deben estar garantizados -y lo estarían, por tanto, a falta de tal mecanismo- por las normas nacionales relativas a los recursos”⁹³.

⁸⁸ STJUE 6 marzo 2018, *Achmea*, C-284/16 (ECLI:EU:C:2018:158) (párr. 54).

⁸⁹ STJUE 12 diciembre 2023, *ISU*, C-124/21 (Gran Sala). En el momento de la redacción de esta parte del trabajo, la sentencia *ISU* sólo se encontraba disponible en inglés y francés, por lo que los extractos contenidos en este artículo han sido traducidos por su autor.

⁹⁰ *Ibidem* (párr. 188).

⁹¹ *Ibidem* (párr. 192).

⁹² *Ibidem* (párr. 193).

⁹³ *Ibidem* (párr. 194).

63. Siguiendo la doctrina contenida en *Nordsee* y en *Eco Swiss*, en *ISU* el TJUE recuerda que sólo los tribunales ordinarios de los Estados Miembros pueden remitir cuestión prejudicial al TJUE que permita una aplicación efectiva del Derecho de la UE en todo el territorio de la Unión⁹⁴. El TJUE determina que el Tribunal General yerra en Derecho, al establecer de manera abstracta e indiferenciada que las normas de arbitraje de la ISU pueden estar justificadas por intereses legítimos vinculados a la naturaleza específica del deporte, en la medida en que atribuye a “un tribunal especializado” la competencia de conocer de los litigios relativos a las normas de autorización previa y de elegibilidad, sin tratar de garantizar que dicho reglamento de arbitraje respetaba todos los requisitos mencionados en los apartados anteriores de la presente sentencia y, por tanto, permitió un control efectivo del cumplimiento de las normas europeas de Derecho de la competencia⁹⁵.

64. El TJUE también determina que el Tribunal General yerra en Derecho cuando establece que la efectividad del Derecho de la UE estaba asegurada por completo al poder las partes reclamar daños o al poder interponer queja ante la Comisión o ante las autoridades nacionales de competencia⁹⁶.

65. En *ISU*, el TJUE determina que el hecho de poder reclamar daños ante los tribunales ordinarios no es un remedio suficiente que permita la efectividad del Derecho europeo en tanto que el remedio adecuado debe permitir también la toma de medidas provisionales o protectoras, la cesación de la conducta o, en su caso, la anulación de la medida por parte de un tribunal ordinario que puede seguir a un procedimiento arbitral⁹⁷. El TJUE también establece que la interposición de una queja o reclamación ante la Comisión o ante las autoridades nacionales de competencia, entre otros, no otorgan al individuo el derecho a insistir en que se adopte una resolución definitiva sobre la existencia o inexistencia de la infracción que alega⁹⁸.

66. De esta jurisprudencia se extrae que, al menos en el ámbito del Derecho de la Unión Europea y de su interacción con el arbitraje, no existe el complejo debate de Derecho internacional privado al que nos hemos referido con anterioridad relativo a las normas imperativas y su diferenciación con el orden público.

67. Se produce en este contexto cierta tensión entre la protección efectiva del interés público europeo a través de normas imperativas de Derecho de la Unión y la autonomía del arbitraje. En *Genentech*, el Abogado General WATHELET dispuso que si el control del laudo respecto de las normas de orden público europeo — y precisa “que sólo comprenden una categoría de disposiciones del ordenamiento jurídico de la Unión ya de por sí restringida”— debiera limitarse a “violaciones manifiestas o flagrantes” estaríamos hablando de un control “ilusorio”⁹⁹. Se ha criticado este posicionamiento del Abogado General porque en las sentencias *Diageo* y *Renault* el TJUE se refiere a “infracciones manifiestas de una norma jurídica esencial en el ordenamiento jurídico de la Unión” y no cualquier infracción como integrantes del orden público¹⁰⁰. A nuestro juicio, podría resultar problemático traer aquí a colación los asuntos *Diageo* y *Renault* en tanto que deciden sobre aspectos relativos al reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en el marco del Sistema de Bruselas y los jueces de origen sí pueden plantear cuestiones prejudiciales ante el TJUE.

⁹⁴ *Ibidem* (párr. 198).

⁹⁵ *Ibidem* (párr. 199).

⁹⁶ *Ibidem* (párr. 200).

⁹⁷ *Ibidem* (párr. 201).

⁹⁸ *Ibidem* (párr. 203).

⁹⁹ Conclusiones del Abogado General WATHELET, presentadas el 17 de marzo de 2016, *Genentech*, C-567/14 (ECLI:EU:C:2016:177) (párr. 64).

¹⁰⁰ G. CORDERO-MOSS, “Chapter 12: Court Control on Arbitral Awards: Public Policy, Uniform Application of EU Law and Arbitrability”, en A. CALISSENDORFF y P. SCHÖLDSTRÖM (eds.), *Stockholm Arbitration Yearbook*, vol. 2, Kluwer Law International, 2020, p. 206.

68. El problema de las normas de orden público a las que se refiere el Abogado General WATHELET es que no se sabe con exactitud cuáles son¹⁰¹. Hemos visto cómo en *Eco Swiss* se declara como tales las normas propias del Derecho de la Competencia y se utiliza la analogía en *Mostaza Claro* para ampliarlas al Derecho de consumo, lo que nos lleva a pensar que en un futuro podría extenderse a otras normas o ramas del Derecho en su relación con el arbitraje (e.g. en materia de protección de datos personales y, por supuesto, en relación con los Derechos Humanos, como hemos comprobado en el asunto *Real Madrid v. Le Monde* en sede de reconocimiento y ejecución de sentencias judiciales en el seno de la Unión Europea¹⁰²).

2. Límites y técnicas de aplicación de la noción de orden público de la Unión Europea en el control jurisdiccional del laudo

69. El TJUE reconoce que para que persista la autonomía del arbitraje, se hace necesario que se utilice la cláusula general del orden público de manera restrictiva. La noción de orden público que acuña el TJUE presenta —o debería presentar— ciertos límites a la hora de su aplicación por parte de los órganos jurisdiccionales de los Estados Miembros en el control que ejerciten sobre laudos arbitrales comerciales, tanto en anulación como en reconocimiento y ejecución. En este subapartado se analizan algunos de ellos.

A) Límites de conexidad: la “vinculación mínima” y el orden público europeo “de proximidad”. Especial referencia al Derecho europeo de la competencia y a las sanciones internacionales

70. El Derecho de la Unión Europea tiene, como regla general, un alcance territorial, produciendo efectos sólo dentro de las fronteras de los Estados Miembros, aunque algunas de sus disposiciones sí se aplican, cada vez más, extensivamente en otros territorios debido sobre todo al fenómeno de la digitalización y a las normas de diligencia debida¹⁰³. En materia de arbitraje, tiene sentido que un tribunal de control de un Estado Miembro analice a través de las lentes de la cláusula de orden público, en línea con lo que dispone la jurisprudencia del TJUE anteriormente analizada, si el laudo cumple con las disposiciones de orden público europeo.

¹⁰¹ En las Conclusiones de la Abogada General CAPETA, presentadas el 16 de enero de 2025, *Royal Football Club Seraing*, C-600/23 se indica que “la jurisprudencia *Eco Swiss* nos dice que el alcance del control jurisdiccional puede limitarse a las cuestiones de orden público. Si bien el significado y el alcance precisos del orden público de la Unión no están claramente determinados (...)” (párr. 109). Tal y como afirma G. A. BERMANN, “International Arbitration and Private International Law” *Op. Cit.* p. 324 “(...) no less than courts, arbitrators find themselves handicapped by the fact that mandatory rules of law seldom announce themselves as such”. Se trata de un problema clásico de Derecho internacional privado al que el *Institut de Droit International* ya se refirió en su *Resolution de l’Institut de Droit International – Sessão de Paris 1910 (30 mars 1910). Rapporteur: M. PASQUALE FIORE* en la que se dispuso: “L’Institut exprime le vœu que, pour éviter l’incertitude qui prête à l’arbitraire du juge et compromet, par cela même, l’intérêt des particuliers, chaque législation détermine avec toute la précision possible, celles de ses dispositions qui ne seront jamais écartées par une loi étrangère, quand même celle-ci paraîtrait compétente pour régler le rapport de droit envisagé. Il est spécialement désirable que chaque convention de droit international privé précise les points sur lesquels, dans chaque pays contractant, une disposition regardée comme d’ordre public pourra tenir en échec les principes mêmes de la convention”. Rara vez una norma se autodenomina como internacionalmente imperativa, si bien encontramos que la recién aprobada Directiva (UE) 2024/1760 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2024, sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad y por la que se modifican la Directiva (UE) 2019/1937 y el Reglamento (UE) 2023/2859 dispone, en su art. 29.7, que “los Estados miembros velarán por que las disposiciones de Derecho nacional que transpongan el presente artículo sean de aplicación imperativa y prevalente en aquellos casos en los que la ley aplicable a las pretensiones correspondientes no sea el Derecho nacional de un Estado miembro”.

¹⁰² STJUE 4 octubre 2024, *Real Madrid v. Le Monde*, C-633/22 (ECLI:EU:C:2024:843).

¹⁰³ L. HORNKOHL, “The Extraterritorial Application of Statutes and Regulations in EU Law”, *Max Planck Institute Luxembourg for Procedural Law Research Paper Series*, núm. 2022 (1), pp. 1-47. También la Directiva (UE) 2024/1760 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2024, sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad y por la que se modifican la Directiva (UE) 2019/1937 y el Reglamento (UE) 2023/2859 dispone que se aplicará también a empresas constituidas conforme al Derecho de terceros Estados, siempre que se den determinados requisitos (art. 2.2).

71. La pregunta que se plantea es si, en cualquier arbitraje con sede en la Unión y, por tanto, con competencia atribuida a los tribunales de los Estados Miembros para controlar el laudo debe activarse el orden público de la Unión Europea.

72. Imaginemos un arbitraje CCI con sede en París (Francia) que resulta de unos contratos celebrados entre una empresa con domicilio en Canadá y una empresa con domicilio en Rusia que debían ejecutarse parcialmente en Canadá y parcialmente en Rusia. No existe, en este ejemplo, vinculación del arbitraje con la Unión Europea más allá de que las partes hayan elegido un arbitraje CCI con sede en París como método de resolución de sus disputas. La vinculación de la actividad económica que supone la base de la controversia que se resuelve mediante arbitraje es esencial para que pueda barajarse la posibilidad de activar el orden público de la Unión Europea, por ejemplo, en materia de Derecho de la competencia. En definitiva, el criterio de proximidad es adecuado para la activación de la cláusula general de orden público; en este caso, sólo si la actividad económica sobre la que decide el arbitraje es próxima a la Unión Europea y afecta a la “sociedad europea”, tendría sentido activar la noción de orden público de la Unión Europea.

73. El criterio de vinculación y orden público de proximidad es el que parece reflejarse en el asunto *ISU* para la activación del orden público de la Unión Europea en materia de Derecho de la competencia en el marco de un arbitraje deportivo obligatorio. El TJUE dispone que el deporte en tanto que actividad económica se ve sometido a las reglas de Derecho de la competencia de la UE si dicha actividad económica —como es el caso con la actividad de la ISU— acontece en territorio de la Unión, con independencia de que las entidades se encuentren domiciliadas fuera de la Unión Europea:

“(…) las normas de arbitraje impuestas por la ISU se refieren, en particular, a dos tipos de litigios que pueden surgir en el marco de actividades económicas consistentes en (i) tratar de organizar y comercializar competiciones internacionales de patinaje de velocidad y (ii) tratar de participar en dichas competiciones como atleta profesional. Por lo tanto, estas normas se aplican a los litigios relativos al ejercicio de un deporte como actividad económica y, sobre esta base, entran en el ámbito de aplicación del Derecho de la competencia de la UE. Por consiguiente, deben ser conformes al Derecho de la competencia de la Unión, por las razones expuestas en los apartados 91 a 96 de la presente sentencia, en la medida en que se apliquen en el territorio de aplicación de los Tratados UE y FUE, con independencia del lugar en el que estén establecidas las entidades que las adoptaron (...)”¹⁰⁴.

74. En *ISU*, el TJUE aclara que sólo son las normas en materia de Derecho de la competencia las que son objeto del asunto y no su aplicación fuera de la UE; no se está refiriendo tampoco otras normas relativas a la regulación deportiva que no entran dentro del ámbito regulatorio de la Unión Europea¹⁰⁵. El TJUE también establece que no se cuestiona en este asunto la aplicación de estas normas por parte de entidades como la ISU o el TAS, sino que la revisión de las resoluciones arbitrales queda a cargo del Tribunal Federal Suizo, un órgano perteneciente a un tercer Estado:

“(…) en el caso de autos se cuestionan dichas normas no en la medida en que supeditan el control en primera instancia de las resoluciones dictadas por la ISU al TAS como órgano arbitral, sino sólo en la medida en que someten la revisión de los laudos arbitrales dictados por el TAS y la revisión en última instancia de las decisiones de la ISU al Tribunal fédéral (Tribunal Supremo Federal), es decir, a un tribunal de un tercer Estado”¹⁰⁶.

75. El límite relativo al criterio de proximidad para la aplicación de la noción de orden público de la Unión Europea ha sido, curiosamente, mencionado por jurisprudencia de un tercer Estado, Suiza, al que el TJUE *reprocha* que sus tribunales no pueden ejercitar cuestión prejudicial al propio TJUE en el

¹⁰⁴ *Ibidem* (párr. 189).

¹⁰⁵ *Ibidem* (párr. 190).

¹⁰⁶ *Ibidem* (párr. 191).

seno de acciones de nulidad o de reconocimiento de laudos arbitrales que permita asegurar el principio de efectividad del Derecho de la Unión Europea en disputas en las que subyace actividad económica en territorio europeo. Así, en la sentencia del Tribunal Federal Suizo *Tensaccia S.P.A v. Freyssinet Terra Armata.R.L.* 8 marzo 2006, el Tribunal Federal niega la existencia de un verdadero “orden público transnacional” y afirma que la visión europea o suiza del Derecho de la competencia o del orden público no puede imponerse universalmente a todos los litigios internacionales:

“(…) sería presuntuoso considerar que los conceptos europeos o suizos en materia de derecho de la competencia deberían imponerse evidentemente a todos los Estados del planeta como una panacea, porque tales conceptos están vinculados a un determinado tipo de economía y a un determinado régimen (...)”¹⁰⁷.

76. La dificultad de esta técnica de limitación, como expresábamos con anterioridad, es la de determinar cuándo existe suficiente vinculación con el Estado de que se trate o, en este caso, con la Unión Europea, para activar la cláusula de orden público. Esta dificultad se exagera al no saber con exactitud qué normas del Derecho de la Unión son consideradas como de orden público europeo. Habrá que estar al caso concreto y estar al criterio de aplicación material, temporal y territorial de las normas de consumo o de protección de datos personales o cualesquiera otras que se consideren de orden público, así como su efecto o vinculación con la “sociedad” o “mercado” europeos.

77. El ámbito de las medidas restrictivas, también llamadas sanciones económicas internacionales, es de particular interés¹⁰⁸. En el ejemplo que hemos traído a colación anteriormente en este apartado, relativo a un arbitraje CCI con sede en París (Francia) que resulta de unos contratos celebrados entre una empresa con domicilio en Canadá y una empresa con domicilio en Rusia que debían ejecutarse parcialmente en Canadá y parcialmente en Rusia, la Federación Rusa no ha sido elegida al azar, sino que reviste importancia en tanto que se trata de un Estado en el que algunos de sus nacionales se encuentran sometidos a sanciones económicas por parte, *inter alia*, de las instituciones de la Unión Europea. Las sanciones internacionales de las instituciones de la Unión han sido consideradas como parte del orden público de la Unión Europea por parte de la jurisprudencia francesa —de particular interés en este caso¹⁰⁹— (por consiguiente, del orden público internacional francés); y, por tanto, como elemento a controlar en anulación o reconocimiento y ejecución de laudo arbitral.

78. En el asunto *Sofregaz v. Natural Gas Storage Company - NGSC*, el Tribunal de Apelación de París distinguió entre las sanciones contra la República Islámica de Irán dictadas por el Consejo de Seguridad de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), de las adoptadas por las instituciones de la Unión Europea y de las unilaterales impuestas por las autoridades estadounidenses. El Tribunal de Apelación de París consideró que las sanciones adoptadas por la ONU entrarían en la categoría de nor-

¹⁰⁷ Sentencia del Tribunal Federal Suizo *Tensaccia S.P.A v. Freyssinet Terra Armata.R.L.* 8 de marzo de 2006, 4P.278/2005 (párr. 3.1). Este posicionamiento minimalista ha sido duramente criticado por SESTER, en tanto que, en ese caso concreto, el tribunal suizo estaba controlando un laudo arbitral que resolvía sobre una controversia entre dos empresas italianas. *Vid.* P. SESTER, “German Cassation Court: Can Competition Law Be a “New” Weapon Against Arbitral Awards?”, *Kluwer Arbitration Blog*, 2023, disponible en: <https://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2023/03/09/german-cassation-court-can-competition-law-be-a-new-weapon-against-arbitral-awards/> (último acceso 27/10/2024).

¹⁰⁸ Sobre sanciones internacionales y su impacto en los contratos y también sobre sanciones internacionales y metodología del Derecho internacional privado, *vid.* ampliamente C.A.H. CHEVALLEY, “The Impact of Foreign Sanctions on Commercial Contracts”, *Practique Juridique Actuelle*, 7/2022.

¹⁰⁹ Conviene destacar que el Tribunal de Casación Francés remitió a través de su resolución 27 noviembre 2024 (ECLI:FR:CCASS:2024:C100646) cuestión prejudicial al TJUE preguntando sobre algunas cuestiones relativas a la interpretación de las sanciones internacionales impuestas por la UE a algunas personas y entidades de nacionalidad yemení por virtud del Reglamento (UE) n° 1352/2014 del Consejo, de 18 de diciembre de 2014, relativo a medidas restrictivas en vista de la situación en Yemen. Se trata de una decisión de casación contra una sentencia del Tribunal de Apelaciones de París que confirmó un laudo con sede en París. Los recurrentes en casación argumentan que el pago de las cantidades, por virtud de cumplimiento del laudo, al Ministerio de Petróleo y Minas de Yemen y a la *Yemen Oil and Gas Corporation* (YOGC) iría en contra de lo dispuesto en el citado reglamento sancionador por permitir directa o indirectamente que se pongan fondos a disposición o se utilicen en beneficio de personas físicas o jurídicas, entidades u organismos enumerados el anexo I del mencionado reglamento.

mas de orden público transnacional, que tienen por objeto mantener la paz y la seguridad internacionales y, en consecuencia, forman parte del orden público internacional francés en relación con el control del laudo arbitral. En cuanto a las sanciones adoptadas por las instituciones de la Unión Europea, pueden asimilarse a las normas imperativas francesas (*lois de police*) y, por lo tanto, también pueden controlarse a través de la excepción de orden público internacional francés. Sin embargo, las sanciones unilaterales adoptadas por las autoridades estadounidenses se consideran normas imperativas extranjeras. Sólo puede considerarse que las normas imperativas extranjeras configuran la excepción de orden público internacional francés si protegen valores y principios inherentes a dicho orden público internacional francés. El Tribunal de Apelación de París declara finalmente que las sanciones adoptadas por las autoridades estadounidenses no pueden contemplarse como parte de un consenso internacional (asimilable al orden público transnacional) y, por tanto, como parte del orden público internacional francés.

79. En el asunto *A.D. Trade Belgium SPRL v. República de Guinea*, el Tribunal de Apelación de París determinó que las normas imperativas extranjeras, en este caso, las de la República de Guinea, sólo activan la excepción de orden público cuando protegen los mismos valores y principios que los que se consideran que forman parte del orden público internacional francés:

“(…) la mera inobservancia de una norma imperativa extranjera no puede conducir por sí misma a la anulación de un laudo arbitral. Sólo puede conducir a la anulación si la norma imperativa protege un valor o principio que el propio orden público francés no permitiría que se ignorara, ni siquiera en un contexto internacional. Sólo en esta medida puede considerarse que las normas imperativas extranjeras entran dentro del orden público internacional francés”¹¹⁰.

80. También en *A.D. Trade Belgium SPRL v. República de Guinea*, el Tribunal de Apelación de París declaró que las sanciones internacionales de la UE, en concreto, la Decisión 2010/638/PESC del Consejo, de 25 de octubre de 2010, relativa a la adopción de medidas restrictivas habida cuenta de la situación en Guinea, forman parte del orden público internacional francés:

“Estos embargos impuestos por la Unión Europea, en la medida en que tienen por objeto contribuir al mantenimiento o al restablecimiento de la paz y la seguridad internacionales, están comprendidos en el concepto francés de orden público internacional, en la medida en que las normas y valores así transmitidos figuran entre aquellos cuyo desconocimiento no debe ser tolerado por el ordenamiento jurídico francés”¹¹¹.

81. El Tribunal de Apelación de París determinó que los contratos sometidos a arbitraje no infringían las sanciones, por lo que no debía aplicarse la excepción de orden público internacional.

B) La cuestión prejudicial como elemento esencial en el aseguramiento de la efectividad del Derecho de la Unión Europea: ¿es posible la aplicación del Derecho de la Unión Europea por parte de tribunales arbitrales comerciales con sede en terceros Estados? Del arbitraje de inversiones al arbitraje comercial, pasando por el arbitraje deportivo obligatorio

82. El art. 19.1 del Tratado de la Unión Europea (TUE) dispone que el TJUE “garantizará el respeto del Derecho en la interpretación y aplicación de los Tratados” y añade que “los Estados miembros establecerán las vías de recurso necesarias para garantizar la tutela judicial efectiva en los ámbitos cubiertos por el Derecho de la Unión”. El mismo art. 19.3.b) establece que el TJUE “se pronunciará, de conformidad con los Tratados con carácter prejudicial, a petición de los órganos jurisdiccionales nacionales, sobre la interpretación del Derecho de la Unión o sobre la validez de los actos adoptados por las instituciones”.

¹¹⁰ Sentencia del Tribunal de Apelación de París, 13 abril 2021, *A.D. Trade Belgium SPRL v. República de Guinea* (párr. 38).

¹¹¹ *Ibidem* (párr. 49). *Vid.* también Sentencia del Tribunal de Apelación de París, 3 junio 2020, N° RG 19/07261 - N° Portalis 35L7-V-B7D-B7VDG.

83. La cuestión prejudicial que pueden remitir los órganos jurisdiccionales de los Estados Miembros al TJUE viene regulada en el actual art. 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) (anterior art. 234 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea) y, en lo que aquí interesa, está legalmente disponible únicamente para órganos jurisdiccionales sitos en la Unión Europea.

84. En materia de arbitraje de inversión, en el asunto *Achmea*, el TJUE pone fin al sistema de arbitraje de inversiones con base en tratados internacionales bilaterales o multilaterales entre Estados Miembros de la UE. Uno de los argumentos esgrimidos por el TJUE es que tales tribunales arbitrales no pueden remitir cuestión prejudicial al TJUE poniendo en peligro la preservación del carácter propio del Derecho de la UE y vulnerando su autonomía. Es cierto también que en *Achmea*, el TJUE quiere dejar clara la (a veces dudosa) diferenciación en cuanto a la naturaleza del arbitraje de inversiones y la del arbitraje comercial, llegando a indicar que “las consideraciones enunciadas en el apartado anterior, relativas al arbitraje comercial, no son extrapolables a un procedimiento de arbitraje como el previsto en el artículo 8 del TBI (*de inversiones*)”¹¹².

85. En el asunto *PL Holdings*, el TJUE aplica la doctrina establecida en *Achmea* a cláusulas arbitrales no contenidas en un tratado internacional, sino suscritas por un Estado con un inversor en un contrato privado. En este escenario, el TJUE argumenta que la cuestión o remisión prejudicial resulta igualmente esencial para el aseguramiento del carácter propio y autonomía del Derecho de la UE¹¹³.

86. En el arriba explicado asunto *ISU*, en el marco de un arbitraje deportivo obligatorio impuesto por la *International Skating Union* a sus atletas, el TJUE invalida un arbitraje TAS con sede en Suiza en tanto que, entre otros argumentos, los tribunales suizos, en sede de anulación, no pueden remitir cuestión prejudicial al TJUE sin que se asegure por tanto el principio de efectividad del Derecho de la UE y su autonomía:

“Es preciso señalar, en cambio, que algunas de ellas, como las relativas a la imposibilidad de someter los laudos del TAS al control de un órgano jurisdiccional que pueda cerciorarse del respeto de las disposiciones de orden público del Derecho de la Unión recurriendo, en su caso, al procedimiento previsto en el artículo 267 TFUE, son correctas”¹¹⁴.

87. En el asunto *Gazprom*, tanto la Comisión Europea como el Tribunal General y el TJUE parecen vincular la sustanciación de los arbitrajes en la Unión Europea con el aseguramiento del principio de efectividad y autonomía del Derecho de la UE. En la Decisión de la Comisión de 24 de mayo de 2018 relativa a un procedimiento de conformidad con el artículo 102 TFUE y del artículo 54 del Acuerdo EEE (Asunto AT.39816 — Suministro de gas en sentido ascendente en Europa Central y Oriental) (cuya versión en inglés es la única auténtica) parece disponer, con cita al asunto *Eco Swiss*, que el Derecho de la competencia de la UE sólo puede ser aplicado por parte de tribunales arbitrales sitos en la UE:

“*The Commitments require the arbitration proceedings to take place within the European Union. This obliges the arbitral tribunals to respect and apply EU competition law as a matter of public policy irrespective of the private interest of the parties to the arbitration. In relation to this obligation on the arbitration tribunals, the Commission, as the guardian of EU law, may decide to intervene as amicus curiae in the arbitration proceedings, especially so if the arbitration concerns a matter covered by the Commission’s commitment decision*”¹¹⁵.

¹¹² STJUE 6 marzo 2018, *Achmea*, C-284/16 (ECLI:EU:C:2018:158) (párr. 55).

¹¹³ STJUE 26 octubre 2021, *PL Holdings*, C109/20 (ECLI:EU:C:2021:875) (párr. 46). Otros asuntos que ponen de manifiesto el gran conflicto existente entre el arbitraje de inversiones y el Derecho de la UE son STJUE 2 septiembre 2021, *Komstroy*, C-741/19 (ECLI:EU:C:2021:655) y STG 2 octubre 2024, *Micula*, T-624/15 RENV, T-694/15 RENV and T-704/15 RENV. Sobre arbitraje de inversiones y Derecho de la UE, *vid.* F. PASCUAL-VIVES, “El principio de autonomía y el arbitraje de inversión ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea: A propósito de Polonia c. PL Holdings”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 14, n° 2, 2022, pp. 669-693.

¹¹⁴ STJUE 12 diciembre 2023, *ISU*, C-124/21 (Gran Sala) (párr. 225).

¹¹⁵ Decisión de la Comisión de 24 de mayo de 2018 relativa a un procedimiento de conformidad con el artículo 102 del

88. La citada Decisión fue recurrida ante el Tribunal General de la Unión Europea. Los recurrentes alegaban que la Comisión había malinterpretado el asunto *Eco Swiss* y que en este no se disponía que los tribunales arbitrales, por el hecho de tener su sede en la UE, debían aplicar el Derecho de la competencia de la UE. El Tribunal General determinó que el Derecho de la competencia sí es arbitrable y que los tribunales arbitrales con sede en la UE deben aplicar las normas de orden público de la UE de manera obligatoria:

“Es preciso recordar que el considerando 178 de la Decisión impugnada indica, remitiéndose a la sentencia *Eco Swiss* (apartados 35 y 36), que los compromisos finales «exigen que los procedimientos arbitrales se sustancien en la Unión» y que «ello obliga a los tribunales arbitrales a respetar y a aplicar el Derecho de la competencia de la Unión como materia de orden público, con independencia de los intereses privados de las partes del arbitraje»¹¹⁶.

89. Continúa el Tribunal General indicando:

“(…) los artículos 101 TFUE y 102 TFUE constituyen disposiciones de orden público, asimismo en el sentido de la Convención sobre el reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras, firmada en Nueva York el 10 de junio de 1958, que deben aplicarse de oficio por los órganos jurisdiccionales nacionales, los cuales deberán acceder a una pretensión de anulación de un laudo arbitral en caso de que consideren que es contrario a estos artículos”¹¹⁷.

90. El TJUE confirmó la sentencia del Tribunal General estableciendo que los tribunales arbitrales tienden a respetar el art. 102 TFUE, indicando cierta deferencia hacia el arbitraje:

“Por último, el Tribunal General señaló acertadamente que los tribunales arbitrales tienden a asegurarse de que el laudo arbitral que adoptan respeta el artículo 102 TFUE y esta consideración en ningún caso puede dar lugar a la anulación de la sentencia recurrida”¹¹⁸.

91. Resultan de particular interés las Conclusiones de la Abogada General CAPETA en el asunto *Royal Football Club Seraing*, todavía pendiente de resolución por parte del TJUE en el momento de escribir estas líneas¹¹⁹.

92. En el asunto *Royal Football Club Seraing*, el club de fútbol belga *Royal Football Club Seraing* celebró una serie de contratos con la entidad de Derecho maltés *Doyen Sports*, dedicada a prestar asistencia financiera a clubes de fútbol europeos. Por virtud de estos contratos, *Royal Football Club Seraing* cedía derechos económicos de jugadores a *Doyen Sports*.

93. Entran en juego la Federación Internacional del Fútbol Asociación (FIFA) y la Unión Europea de Asociaciones de Fútbol (UEFA), que pertenece a su vez a la FIFA, que organizan y regulan el fútbol a nivel mundial y europeo, bien a través de normas directamente vinculantes para las entidades nacionales y sus clubes asociados, o bien éstas deben implementar tales normas para que sean aplicadas a dichos clubes asociados a nivel nacional. Todas ellas son entidades de Derecho suizo y domicilio en Suiza. También interviene en este pleito la Real Asociación Belga de Fútbol (URBSFA), que es miembro de la UEFA y de la FIFA.

94. La FIFA aprobó nuevas disposiciones que afectaban a las asociaciones nacionales y a sus clubes, incluyendo a la URBSFA y a *Royal Football Club Seraing*, que modificaban el Reglamento de

Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y del artículo 54 del Acuerdo EEE (Asunto AT.39816 — Suministro de gas en sentido ascendente en Europa Central y Oriental) (parr. 178).

¹¹⁶ STG 2 febrero 2022, *Gazprom*, T-616/18 (ECLI:EU:T:2022:43) (párr. 289).

¹¹⁷ *Ibidem* (parr. 290).

¹¹⁸ STJUE 26 septiembre 2024, C-255/22 P (ECLI:EU:C:2024:790) (párr. 79).

¹¹⁹ Conclusiones de la Abogada General CAPETA, presentadas el 16 de enero de 2025, *Royal Football Club Seraing*, C-600/23.

la FIFA sobre el Estatuto y Transferencia de Jugadores (Reglamento ETJ), incluyendo en sus arts. 18 bis y 18 ter una prohibición de cesión de derechos de futbolistas a terceros, prohibición que afectaba directamente a los contratos celebrados entre *Royal Football Club Seraing* y *Doyen Sports*.

95. La FIFA sancionó a *Royal Football Club Seraing* por concluir contratos de este tipo con posterioridad a la *vacatio legis* establecida por la propia FIFA. Las normas de la FIFA establecen un sistema de resolución de disputas por vía de arbitraje obligatorio administrado —al igual que sucedió en *ISU*— por el TAS con sede en Suiza.

96. *Royal Football Club Seraing* inició arbitraje contra la FIFA ante el TAS. El tribunal arbitral determinó que el Derecho aplicable al caso eran los Reglamentos de la FIFA, el Derecho suizo (incluido el Convenio Europeo de Derechos Humanos) y el Derecho de la Unión Europea, en particular los Tratados y el Derecho de libre circulación y competencia.

97. El laudo arbitral confirmó la sanción de la FIFA y el Tribunal Federal suizo confirmó el laudo en un ulterior procedimiento de anulación.

98. Antes de la emisión del laudo arbitral, *Doyen Sports* acudió a los tribunales ordinarios belgas. En primera instancia, *Doyen Sports* alegó ante el Tribunal Mercantil Francófono de Bruselas que la prohibición establecida por la FIFA era contraria al Derecho a la libre circulación de capitales, Derecho a la libre prestación de servicios, Derecho a la libre circulación de trabajadores y al Derecho de la competencia europeos, y solicitó una indemnización por el daño derivado de tal prohibición. El tribunal de primera instancia se declaró con falta de competencia.

99. El asunto se recurrió en apelación, en la que el Tribunal de Apelación de Bruselas emitió sentencia una vez dictado ya el laudo. El Tribunal de Apelación de Bruselas aplicó el Código de Derecho internacional privado belga, argumentando que debe otorgarse efecto de cosa juzgada a un laudo desde el momento de su emisión y estableciendo que las resoluciones extranjeras tienen carácter ejecutivo en Bélgica *de iure* si lo tienen en el Estado en que hayan sido dictadas. El Tribunal de Apelación decide no entrar a conocer del asunto al existir el laudo emitido por el TAS que produce efecto de cosa juzgada. Tal y como adelanta la Abogada General CAPETA, esto impide a un tribunal de la Unión comprobar el cumplimiento del laudo con el Derecho de la UE y, particularmente, que un tribunal de la Unión haya podido, en el seno del control del laudo arbitral, remitir cuestión prejudicial al TJUE¹²⁰.

100. El Tribunal de Apelación de Bruselas determinó, además, que que el arbitraje deportivo ante el TAS fuera obligatorio no era óbice para su validez en tanto que ninguna de las partes impugnó la competencia del TAS en el procedimiento arbitral¹²¹.

101. En casación, el Tribunal de Casación belga remite cuestión prejudicial al TJUE en la que, en esencia, pregunta (a) si es compatible con el Derecho de la UE una norma nacional que otorga efecto de cosa juzgada a un laudo arbitral cuyo cumplimiento con el Derecho de la UE ha sido controlado por un órgano jurisdiccional de un tercer Estado que no puede remitir cuestión prejudicial al TJUE y (b) si una norma estatal que otorga fuerza probatoria frente a terceros a un laudo arbitral como presunción *iuris tantum* es compatible con el Derecho de la UE, si ese laudo no ha sido controlado por un órgano jurisdiccional de la UE que pueda remitir cuestión prejudicial.

102. La Abogada General CAPETA concluye categóricamente que otorgar efecto de cosa juzgada a un laudo arbitral en sede de un arbitraje deportivo obligatorio cuyo cumplimiento con el Derecho de la UE no ha podido ser controlado por un tribunal de la UE con capacidad de remitir cuestión prejudicial

¹²⁰ *Ibidem* (párr. 31).

¹²¹ *Ibidem* (párr. 32).

al TJUE es contrario al Derecho de la Unión y, en concreto, al Derecho a una tutela judicial efectiva. No aprecia, no obstante, la Abogada General CAPETA que otorgar fuerza probatoria al laudo arbitral como presunción *iuris tantum* suponga una carga tal que sea contraria al Derecho de la UE.

103. La Abogada General CAPETA realiza una interesante y acertada diferenciación entre el arbitraje de inversiones, el arbitraje deportivo obligatorio y el arbitraje comercial.

104. En cuanto a las diferencias entre el arbitraje de inversiones, arbitraje deportivo y arbitraje comercial, pide que la jurisprudencia *Achmea* no se aplique al presente caso de arbitraje deportivo ni que tampoco “añade valor” a la jurisprudencia iniciada por *Eco Swiss*, relativa al arbitraje comercial¹²².

105. En cuanto a las diferencias entre el arbitraje de inversiones y el arbitraje deportivo obligatorio y sobre el porqué no debe aplicarse la jurisprudencia *Achmea* al presente caso, la Abogada General CAPETA manifiesta tres razones fundamentales: (a) en el presente caso no se cuestiona el cumplimiento de principio del Derecho de la UE por parte del sistema arbitral de la FIFA, algo que sí sucede en el arbitraje de inversiones en el que se consideró inaceptable un régimen que excluía la competencia de los órganos judiciales nacionales; (b) el arbitraje en este caso deriva de los estatutos de una entidad privada, no como manifestación de la voluntad de un Estado a través de un tratado internacional o redefiniendo el proceso arbitral a través de una cláusula de arbitraje negociada por el Estado y el inversor; y (c) en el arbitraje de inversión, el TJUE indica a los Estados que supriman las consecuencias perjudiciales del arbitraje de inversión por ser contrario el arbitraje de inversión intra-UE al Derecho de la UE; no sucede esto en el presente caso, en lo que lo único que puede exigirse a los Estados es que no reconozcan el efecto de cosa juzgada de los laudos, correspondiendo a la FIFA cualquier modificación de su sistema de resolución de disputas, sin que se esté discutiendo la compatibilidad de este sistema con el Derecho de la UE¹²³.

106. En cuanto a las diferencias entre el arbitraje deportivo y el arbitraje comercial, la Abogada General CAPETA indica dos fundamentales: (a) el arbitraje comercial surge de la autonomía de la voluntad y las partes quieren extraer de la jurisdicción ordinaria el conocimiento del asunto sometido a arbitraje, mientras que el arbitraje deportivo es obligatorio porque, en la práctica, los atletas no tienen más remedio que aceptar este sistema si quieren participar de las principales competiciones de su deporte; y (b) mientras que, en el arbitraje comercial, puede impedirse el reconocimiento a través de un procedimiento de exequátur por virtud de contrariedad del laudo con el orden público ex. art. V del Convenio de Nueva York pudiéndose en seno del procedimiento de reconocimiento remitirse cuestión prejudicial, en el arbitraje del TAS la FIFA puede ejecutar automáticamente el contenido del laudo, por ejemplo, haciendo efectivas las sanciones o impidiendo a clubes y jugadores participar de las competiciones¹²⁴.

107. Dos puntos adicionales son relevantes en las Conclusiones de la Abogada General CAPETA: el primero es que indica que, si bien el Convenio de Nueva York no es un instrumento de Derecho de la UE, el TJUE ya se ha pronunciado en el sentido de respetar las obligaciones internacionales de los Estados Miembros y que puede entenderse que la tutela judicial efectiva es un principio de orden público en el sentido del art. V del Convenio de Nueva York. La Abogada General pone en duda la aplicación del Convenio de Nueva York al arbitraje deportivo obligatorio ex art. II del propio Convenio. Indica que, en el caso del arbitraje obligatorio, la aplicación del orden público en el control del laudo “(...) serviría de puerta de entrada a un control completo del laudo arbitral a la luz del Derecho de la Unión aplicable”¹²⁵.

108. El segundo punto relevante adicional es que la Abogada General coincide con el Gobierno neerlandés en que el TJUE debe manifestarse sólo en cuanto al arbitraje deportivo obligatorio, dejando al margen de este caso y de la discusión el arbitraje comercial, que debe permanecer tal y como está:

¹²² *Ibidem* (párr. 94).

¹²³ *Ibidem* (párr. 90-93).

¹²⁴ *Ibidem* (párr. 71 y 76).

¹²⁵ *Ibidem* (párr. 122).

“En la vista del presente asunto, el Gobierno neerlandés también solicitó al Tribunal de Justicia que se adoptara un enfoque específico en relación con el arbitraje obligatorio, como el arbitraje deportivo previsto en los Estatutos de la FIFA. Una de las razones para tal solicitud estribaba en la necesidad de preservar el sistema de arbitraje comercial en su forma actual”¹²⁶.

“Comparto esta opinión. Si bien el arbitraje deportivo obligatorio requiere unas normas que ofrezcan un acceso más generoso a los órganos jurisdiccionales y un control de alcance más amplio para satisfacer las exigencias de la tutela judicial efectiva, conviene distinguirlo del arbitraje comercial aceptado voluntariamente, en el que los laudos arbitrales solo pueden ser objeto de control con carácter excepcional y por motivos tasados”¹²⁷.

109. El TJUE ha tenido también la oportunidad de aclarar, atendiendo a diferentes escenarios y situaciones, cuándo un “tribunal arbitral” u órgano no estrictamente estatal similar sito en la Unión Europea puede remitir cuestión prejudicial.

110. El TJUE ha establecido que para que un tribunal arbitral situado en la Unión Europea sea considerado un órgano jurisdiccional para el Derecho de la Unión Europea y, en consecuencia, pueda plantear cuestiones prejudiciales, el tribunal debe ser obligatorio por ley y no un órgano jurisdiccional al que las partes puedan acudir a su elección. En el asunto *Danfoss*, el TJUE declaró que el Tribunal de Arbitraje Laboral danés debe considerarse un órgano jurisdiccional de un Estado miembro en el sentido del artículo 177 del Tratado [CEE], ya que “la competencia de la Junta no depende, por tanto, del acuerdo de las partes”¹²⁸. Este requisito de que la voluntad de las partes no intervenga es de construcción puramente jurisprudencial, no recogido en el actual TFUE.

111. En el asunto *Denuit* el TJUE declaró que el *Collège d'Arbitrage de la Commission de Litiges Voyages* belga no puede considerarse un órgano jurisdiccional competente para conocer de cuestiones prejudiciales, ya que:

“La legislación belga no exige el recurso a ese tribunal arbitral como único medio de resolver un litigio que oponga a un particular y a un intermediario de viajes. Es cierto que un órgano jurisdiccional ordinario que conozca de un litigio objeto de un convenio arbitral debe declararse incompetente con arreglo al artículo 1679, apartado 1, del *code judiciaire* (Ley de enjuiciamiento) belga. Sin embargo, no es obligatorio someter el litigio al *collège d'arbitrage* de la *Commission de Litiges Voyages* en el sentido de que si las partes no han celebrado un convenio arbitral, los particulares pueden dirigirse a los tribunales ordinarios para resolver el litigio.”¹²⁹.

112. En el asunto *Merck Canada*, el TJUE declaró, citando a *Danfoss*, que el Tribunal de Justicia ha considerado admisibles las cuestiones prejudiciales planteadas por un tribunal arbitral de origen legal, cuyas resoluciones eran vinculantes para las partes y cuya competencia no dependía del acuerdo entre éstas y declaró que el *Tribunal Arbitral necessário* portugués podía ser considerado un órgano jurisdiccional capaz de plantear cuestiones prejudiciales al TJUE¹³⁰.

113. En el asunto *NADA*, el TJUE determinó, contradiciendo las Conclusiones de la Abogada General CAPETA, que el Comité Independiente de Arbitraje de Austria (USK) no es un tribunal a los efectos del art. 267 TFUE y que, en consecuencia, no puede remitir cuestión prejudicial al TJUE. En esencia, el TJUE manifiesta que el USK no cumple con los criterios de independencia de un tribunal: el ministerio de deportes austríaco es el que nombra a los miembros del Comité por períodos de cuatro años y tiene competencia exclusiva para cesarlos sin que haya transcurrido tal período “por motivos graves” sin definir en su legislación nacional qué significa exactamente esta expresión. El TJUE también

¹²⁶ *Ibidem* (párr. 97).

¹²⁷ *Ibidem* (párr. 98).

¹²⁸ STJCE 17 octubre 1989, *Danfoss*, C-109/88 (ECLI:EU:C:1989:383) (párr. 8).

¹²⁹ STJCE 27 enero 2005, *Denuit y Cordenier*, 125/04 (ECLI:EU:C:2005:69) (párr. 15).

¹³⁰ ATJUE 13 febrero 2014, *Merck Canada*, 555/13 (ECLI:EU:C:2014:92) (párr. 18).

determina que los miembros del Comité no se les garantiza la suficiente protección frente a presiones que pudieran minar su independencia¹³¹.

114. Visto que los tribunales arbitrales no están habilitados para plantear cuestión prejudicial y que, según confirma el asunto *ISU*, la cuestión prejudicial es esencial para la efectividad del Derecho de la Unión Europea, que se controla a través de la anulación o del procedimiento de reconocimiento y ejecución de laudo extranjero, surge la cuestión de cómo puede controlarse la aplicación efectiva del Derecho de la Unión Europea por parte de un tribunal con sede en un tercer Estado¹³².

115. En el marco de un arbitraje obligatorio como era el impuesto por la *International Skating Union* para los atletas que quisieran participar de los campeonatos a nivel europeo, el TJUE manifiesta que no puede remitirse obligatoriamente a arbitraje con sede fuera de la Unión Europea —excluyendo a los jueces ordinarios europeos— las disputas que acontecen en relación con la *International Skating Union* y sus sanciones a atletas. Como explicaremos en los párrafos siguientes, una aplicación demasiado estricta y extrapolada al arbitraje comercial de esta jurisprudencia llevaría al absurdo de que los tribunales arbitrales comerciales sitos fuera de la UE, directamente, no pudieran aplicar normas de orden público europeo, o directamente no tuvieran competencia para arbitrar estas materias, por no poder asegurarse la efectividad del Derecho de la Unión, sin tener en cuenta que, a diferencia de lo que sucede en muchos arbitrajes deportivos obligatorios, el laudo arbitral también puede controlarse en sede de reconocimiento y ejecución en el marco de cuyo procedimiento se puede ejercitar cuestión prejudicial¹³³.

116. Podría argumentarse que debería revertirse la doctrina *Danfoss* y siguientes y permitir que los tribunales arbitrales comerciales con sede en la Unión Europea puedan ejercitar cuestión prejudicial al TJUE y determinar que el arbitraje es, en el mejor de sus sentidos, un equivalente jurisdiccional (en tanto que los laudos gozan de efecto de cosa juzgada y ejecutabilidad), aunque su competencia se deba a la libre autonomía de las partes, requisito de construcción puramente jurisprudencial por parte del TJUE.

¹³¹ STJUE 7 mayo 2024, *NADA*, 115/22, (ECLI:EU:C:2024:384).

¹³² Tal y como indica HINOJOSA SEGOVIA, el diputado HERRERO Y RODRÍGUEZ DE MIÑÓN planteó la eliminación de la noción de orden público en el control jurisdiccional del arbitraje en el trámite parlamentario de la Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de Arbitraje al manifestar: “Señores Diputados, el orden público se maneja fundamentalmente en dos ramas del Derecho. Por una parte, en el Derecho público, y aquí me remito al trabajo que elaboró un antiguo Senador de las Cortes constituyentes, Lorenzo Martín Retortillo, Profesor en la Universidad de Zaragoza, donde se señala que la cláusula de orden público es un límite impreciso y creciente al ejercicio de los derechos. El orden público ha funcionado siempre en materias administrativas como un instrumento del poder para limitar el ejercicio de los derechos. Estoy seguro que aquí hay quien tiene experiencia personal en lo difícil que es manejar la cláusula de orden público cuando de derechos individuales se trata. Por otra parte, en el Derecho privado el orden público se maneja eminentemente en el conflicto de las leyes. En el Derecho internacional privado el orden público es un instrumento del imperialismo del foro. No es una salvaguardia frente a la distorsión que pueda hacerse de las normas conflictuales como es el caso del fraude, y no es una salvaguardia frente a la disfuncionalidad de las normas materiales reclamadas, como es el supuesto del reenvío; es una salvaguardia, en expresión de otro antiguo Senador socialista -mi maestro el profesor Aguilar Navarro en las constituyentes-, frente al «salto en el vacío» que puede suponer la remisión a una legislación extranjera, que puede, efectivamente, violentar los principios fundamentales, los valores superiores de nuestro ordenamiento jurídico. Pero, señores Diputados, cuando se trata de una decisión arbitral, ¿cuál es el salto en el vacío? Me temo que es simplemente el que se le produce a la parte perdedora ante un laudo arbitral. Por eso propondría la supresión de la mención de orden público (...)”. *Vid.* Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados de la Sesión celebrada el miércoles 29 junio 1988, III Legislatura, año 1988, n° 322, pp. 10771-10772. *Vid.* R. HINOJOSA SEGOVIA, “El Tribunal Constitucional delimita el concepto de «orden público» en la anulación de los laudos arbitrales”, *El Notario del Siglo XXI*, disponible en: <https://www.elnotario.es/practica-juridica/10165-el-tribunal-constitucional-delimita-el-concepto-de-orden-publico-en-la-anulacion-de-los-laudos-arbitrales> (último acceso 01-02-2025). En la actualidad, el principio de efectividad del Derecho de la UE requiere que exista un mecanismo procesal que permita a los tribunales ordinarios controlar el cumplimiento del laudo con el Derecho europeo por lo que se hace difícil la posibilidad de eliminar la noción de orden público de la *lex arbitri* nacional o, si se elimina, el legislador nacional debería prever un concepto alternativo para asegurar tal efectividad del Derecho de la UE.

¹³³ *Vid.* N. LUFT, “Sports Arbitration and EU Competition Law: No Escape to Switzerland”, *Kluwer Arbitration Blog*, disponible en: <https://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2024/03/08/sports-arbitration-and-eu-competition-law-no-escape-to-switzerland/> (último acceso 06/12/2024) (sugiriendo, entre otros, que el CAS podría modificar su reglamento para posibilitar la situación de la sede de los arbitrajes deportivos que administra en un Estado Miembro).

En favor de este posicionamiento, podría alegarse que el diálogo arbitraje-jurisdicción no puede quedar relegado a las medidas de apoyo al arbitraje, la anulación y el reconocimiento y ejecución, sino que debe ir más allá a través, entre otros, de la habilitación del mecanismo de la cuestión prejudicial.

117. Este planteamiento se complica cuando el tribunal arbitral que tiene que aplicar el Derecho de la UE tiene su sede en un tercer Estado. Debe recordarse, de todos modos, que la sede es una ficción jurídica¹³⁴, un factor de conexión voluntario que conecta el arbitraje con una determinada jurisdicción nacional. Si la sede se encuentra fuera de la Unión Europea, sería necesario modificar el TUE y el TFUE para habilitar esta posibilidad.

118. Otro de los inconvenientes de permitir que los tribunales arbitrales remitan cuestión prejudicial (al menos si están sitos en la UE) es que podría abusarse de este mecanismo de remisión por parte de los tribunales arbitrales y de las partes en el arbitraje, menoscabando el atractivo de los Estados Miembros como sede del arbitraje y como jurisdicciones pro-arbitraje. Además, el canon de motivación distinto que algunas *lex arbitri*, como al española, exigen al laudo arbitral es poco compatible con la remisión prejudicial al TJUE y la propia arquitectura judicial de la UE.

119. No parece apropiado entretanto, en el arbitraje comercial voluntario, impedir la remisión a arbitraje con sede en terceros Estados por el mero hecho de no poder el tribunal ordinario de anulación remitir cuestión prejudicial al TJUE extrapolando así al arbitraje comercial una interpretación demasiado estricta de la jurisprudencia del TJUE en materia de arbitraje de inversiones y de arbitraje deportivo obligatorio. Un tribunal arbitral comercial sito fuera de la UE debería poder aplicar Derecho de la UE, incluso normas de orden público, respetando los jueces ordinarios europeos el principio de remisión al arbitraje, consagrado en el Convenio de Nueva York (art. II) y en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional (art. 8). El control jurisdiccional de la correcta aplicación, en su caso, de dichas normas de orden público se puede ejercitar por la vía del procedimiento de reconocimiento de laudo extranjero.

120. No permitir apriorísticamente la aplicación de normas de orden público de la UE por parte de tribunales arbitrales comerciales con sede en terceros Estados llevaría al absurdo de considerar que un laudo que haya aplicado perfectamente tales normas y que haya resuelto conforme a ellas sea contrario al orden público por el mero hecho de que la sede del arbitraje se haya situado en un tercer Estado. O también llevaría al absurdo de considerar un acuerdo arbitral inválido cuando potencialmente pudieran aplicarse en un eventual arbitraje normas de orden público de la UE cuando ese eventual arbitraje tuviera su sede fuera de la UE, yendo todo ello en contra de la autonomía del arbitraje y de sus principios más esenciales como los de —insistimos— autonomía de la voluntad y remisión al arbitraje.

121. Ha de recordarse que, en *Eco Swiss*, el TJUE no sólo vincula el aseguramiento del principio de efectividad del Derecho de la Unión Europea a la acción de anulación, sino también al procedimiento de reconocimiento y ejecución del laudo arbitral extranjero, refiriéndose expresamente al Convenio de Nueva York como instrumento ratificado por los Estados Miembros¹³⁵.

122. Es necesario reforzar aquí la idea de que la doctrina del TJUE para el arbitraje de inversiones y el arbitraje deportivo obligatorio no debería extrapolarse *mutatis mutandis* al arbitraje comercial, siguiendo lo que indica la Abogada General CAPETA en el asunto *Royal Football Club Seraing*. No sólo porque en el arbitraje de inversiones intervenga un Estado o suela fundamentarse en un tratado interna-

¹³⁴ D.P. FERNÁNDEZ ARROYO y L. G. RADICATI DI BROZOLO, “El rol de la sede en el arbitraje comercial internacional: una perspectiva minimalista”, *Revista del Club Español e Iberoamericano del Arbitraje*, 48/2023, p. 13. *Vid.* F. FERRARI, “Plures leges faciunt arbitrum”, *Arbitration International*, 37, 2021, pp. 579-597 (analizando la relevancia de la sede en las fases pre-laudo y post-laudo e indicando la necesidad de educar a las partes en la correcta elección de la sede del arbitraje en atención a sus intereses).

¹³⁵ STJCE de 1 junio 1999, *Eco Swiss*, C-126/97 (ECLI:EU:C:1999:269) (párr. 39).

cional ratificado por Estados excluyendo a los jueces ordinarios y poniendo en duda este sistema —según algunas voces— la independencia de jueces nacionales europeos¹³⁶; y el arbitraje deportivo sea, por su parte, de carácter obligatorio, sino también porque los mecanismos de reconocimiento y ejecución de laudos de inversión (sobre todo los laudos administrados por el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones [CIADI]) y de laudos deportivos, en comparación con los laudos comerciales son diferentes, permitiéndose en estos últimos un control de los órganos jurisdiccionales de los Estados Miembros en cuanto al cumplimiento de los laudos con las normas de orden público de la UE a través de la excepción de orden público del art. V del Convenio de Nueva York¹³⁷.

123. Es cierto que un laudo arbitral derivado de un arbitraje comercial con sede en un tercer Estado no podrá ser revisado en anulación por un tribunal europeo que pueda remitir cuestión prejudicial, pero también es cierto que que el arbitraje tenga su sede en un Estado Miembro no quiere decir que alguna de las partes vaya a recurrir en todo caso a la anulación, que, como se verá en el apartado siguiente, está sometida además a límites de caducidad.

124. La posibilidad de remitir cuestión prejudicial en el marco de un procedimiento de reconocimiento y ejecución de laudo extranjero y proceder a su reconocimiento o, por el contrario, rechazar que produzca efectos en la Unión Europea debería ser suficiente para asegurar la efectividad de las normas de orden público de la UE y la autonomía y carácter propio del Derecho de la UE en general. Podría argumentarse que el laudo podría eventualmente reconocerse y ejecutarse en un tercer Estado, influyendo indirectamente en el funcionamiento y actividad de las partes europeas del arbitraje, pero esto no debería preocupar a las instituciones de la UE: no puede pretenderse una aplicación universal de las normas de orden público de la UE que, en todo caso, no son absolutas, sino que deben estar sometidas a límites, entre otros, de vinculación mínima o proximidad, como se ha analizado en el apartado anterior.

125. En definitiva, no debe intentarse una aplicación universal y absoluta de las normas de orden público de la UE en perjuicio del principio de la libre autonomía de la voluntad de las partes, fundamento del arbitraje comercial.

C) El límite de la caducidad de la acción de anulación y del principio dispositivo del proceso civil aplicable a la acción de anulación en el ordenamiento español

126. El asunto *Eco Swiss* se cita de manera recurrente como caso clave en materia de orden público de la Unión Europea y arbitraje y, en concreto, en relación con el Derecho de la competencia europeo como elemento de orden público. Sin embargo, no se suele señalar que, en ese caso concreto, el laudo no fue finalmente anulado por parte de los tribunales ordinarios holandeses ya que la acción de anulación se ejercitó transcurrido el plazo de tres meses establecido por la ley procesal de Países Bajos

¹³⁶ Conclusiones de la Abogada General CAPETA, presentadas el 16 de enero de 2025, *Royal Football Club Seraing, C-600/23* (parr. 85).

¹³⁷ Los laudos de inversión también pueden ser reconocidos y ejecutados a través del Convenio de Nueva York, pero, en concreto, los laudos administrados por el CIADI, que disfrutaban de reconocimiento y ejecución a través del Convenio sobre arreglo de diferencias relativa a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados, hecho en Washington el 18 de marzo de 1965 (Convenio de Washington), gozan de reconocimiento sin ejecución ex art. 54 del propio Convenio de Washington, lo que complica el control de cumplimiento del laudo con el Derecho de la UE por parte del juez de reconocimiento del Estado Miembro. Es claro que los laudos comerciales podrán ser controlados más fácilmente por los órganos jurisdiccionales que los laudos de inversión CIADI. Sobre la posibilidad de que los laudos de inversión sean reconocidos y ejecutados al amparo del Convenio de Nueva York y sobre la reserva comercial, *vid. extensamente* J.A. RUEDA GARCÍA, “La aplicabilidad del Convenio de Nueva York al arbitraje de inversiones: efectos de las reservas al Convenio”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 2, nº 1, 2010, pp. 203-222. Sobre ejecución de laudos de inversión y el principio de efectividad del Derecho de la UE, *vid. J.A. RUEDA GARCÍA*, “Lecciones aprendidas del reconocimiento y la ejecución forzosa en la Unión Europea de laudos arbitrales dictados bajo el Convenio del CIADI: de la ausencia de ejecución a la no ejecución del título”, en D. ARIAS (coord.), *Miguel Ángel Fernández-Ballesteros. Liber Amicorum, La Ley*, 2024, pp. 1936 y ss.

aplicable a la materia. El tribunal ordinario holandés preguntó al TJUE si debía continuar conociendo de la acción de anulación aún habiendo transcurrido dicho plazo por ser la cuestión a tratar de orden público europeo. El TJUE reconoció que el plazo era razonable, lo que lleva a interpretar que su aplicación no supone contrariedad con el principio de efectividad del Derecho de la Unión Europea y que, en consecuencia, dicho principio no debe aplicarse de manera absoluta. Dispone el TJUE que:

“Tal plazo, que no resulta demasiado breve en comparación con los establecidos en los ordenamientos jurídicos de los demás Estados miembros, no hace excesivamente difícil o prácticamente imposible el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico comunitario.

Además, debe señalarse que, una vez expirado este plazo, las normas procesales nacionales que limitan la posibilidad de solicitar la anulación de un laudo arbitral posterior que desarrolle un laudo arbitral parcial que tenga carácter de laudo final, a consecuencia de la fuerza de cosa juzgada de este último laudo, están justificadas por los principios básicos del sistema jurisdiccional nacional, como los de seguridad jurídica y respeto de la cosa juzgada, que constituye su expresión.

En estas circunstancias, el Derecho comunitario no obliga a un órgano jurisdiccional nacional a no aplicar tales normas aunque sea necesario para poder examinar, en el procedimiento de anulación de un laudo arbitral posterior, si un contrato que el laudo arbitral parcial ha declarado jurídicamente válido es, sin embargo, nulo desde el punto de vista del artículo 85 del Tratado”¹³⁸.

127. A nivel nacional español, el límite procesal que constituye el principio dispositivo o de justicia rogada en el proceso civil también es una cuestión tratada por la doctrina constitucional española en cuanto a su relación con el orden público. Los ATSJ Madrid 5 abril 2017 y 3 mayo 2017 (AC\2017\482), declarados nulos por el TC, parecían desconocer los límites procesales al orden público ya indicados por el TJUE y el TC, contraviniendo el principio dispositivo del proceso civil español. El orden público es una cláusula general, de aplicación restrictiva, extraordinaria y, sobre todo, de naturaleza no absoluta. El orden público, como decimos, tiene límites procesales. Así, aunque exista una infracción del orden público por parte del laudo si alguna de las partes no acude a los tribunales para solicitar su anulación o, si bien acude, pero decide retirar la acción o las partes llegan a un acuerdo, el tribunal ordinario no debe realizar ningún tipo de control del orden público¹³⁹.

D) Límites al control judicial de la motivación del laudo arbitral

128. La autonomía del arbitraje requiere que el control en anulación y reconocimiento que realicen los tribunales ordinarios del laudo arbitral comercial sea restrictivo, externo y sin entrar a valorar el fondo del asunto ni sustituir la labor decisoria del tribunal arbitral¹⁴⁰.

129. En esencia, pueden existir dos posicionamientos sobre este particular: que los tribunales ordinarios tengan “deferencia” (*deference*) hacia los tribunales arbitrales. En este caso se estaría depositando el deber de aplicar adecuadamente las disposiciones de orden público de la Unión Europea a los tribunales arbitrales. El otro posicionamiento es que no exista tal *deference* y que los órganos jurisdiccionales puedan realizar un *second look* del laudo arbitral, sin entrar a valorar o a volver a discutir los

¹³⁸ STJCE 1 junio 1999, *Eco Swiss*, C-126/97 (ECLI:EU:C:1999:269) (párr. 44, 45 y 46).

¹³⁹ *Vid.* por todas STC 15 junio 2020, 46/2020 (ECLI:ES:TC:2020:46) (FJ 4). *Vid.* extensamente R. HINOJOSA SEGOVIA, “La disponibilidad del objeto de la acción de anulación de los laudos arbitrales”, *Foro Nueva época*, vol. 24, nº 1, 2021, pp. 108-148.

¹⁴⁰ En su reciente jurisprudencia, el TC también ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre prejudicialidad penal y arbitraje en sede de anulación del laudo por parte del tribunal ordinario de control. En esencia, el TC entiende que la prejudicialidad penal es una cuestión perteneciente al ámbito de valoración del tribunal arbitral por lo que el tribunal de anulación debe limitarse a comprobar únicamente posibles errores *in procedendo* o la ausencia de motivación. Sin embargo, en el caso en concreto, nos dice el Tribunal Constitucional que lo que ha hecho el órgano judicial es limitarse a sustituir la motivación del laudo por la suya propia, entrando erróneamente en el fondo del debate. *Vid.* ampliamente P. SAIZ GONZÁLEZ y A. PÉREZ PITARCH, “Arbitraje y Constitución Española: un tándem abogado a entenderse”, en G. ABBOUD, F. MALUF y G. FAVERO VAUGHN (coords.), *Arbitragem e Constituição*, 2023, pp. 634-655.

elementos de fondo, según indican algunos autores¹⁴¹. En definitiva, el control de la motivación es el *quid* de la cuestión.

130. A este respecto, TEDH ha justificado en *Semenya v. Suiza* deferencia hacia la labor del tribunal arbitral a través revisión muy limitada para el arbitraje comercial voluntario y más intrusiva para el arbitraje deportivo obligatorio:

“(…) si bien el control muy limitado ejercido por el Tribunal Federal puede estar justificado en el ámbito del arbitraje comercial, en el que empresas que en general están en pie de igualdad aceptan voluntariamente resolver sus litigios de esta forma, puede resultar más problemático en el ámbito del arbitraje deportivo, en el que los particulares se enfrentan a organizaciones deportivas que a menudo son muy poderosas”¹⁴².

131. El TJUE, en *Eco Swiss*, si bien menciona la posibilidad de *examinar* el laudo para determinar si se ha dado cumplimiento a las normas de orden público de la UE, pudiendo interpretarse que se habilita una revisión *ex novo* de la motivación del laudo, se admite la necesidad de un control *a priori* limitado:

“las exigencias relativas a la eficacia del procedimiento arbitral justifican que el control de los laudos arbitrales tenga carácter limitado y que sólo pueda obtenerse la anulación de un laudo o la denegación del reconocimiento en casos excepcionales”¹⁴³.

132. En España, la motivación del laudo arbitral es obligatoria ex art. 37.4 LA que sólo exceptúa el deber de motivación cuando el laudo resulta de una transacción entre las partes (art. 36 LA).

133. El Tribunal Constitucional ha interpretado que existe una diferencia entre la motivación de un laudo arbitral de Derecho de uno de equidad, pudiendo ser esta última más tenue: “el canon de motivación, en este caso, es más tenue, si bien es imprescindible que se plasmen en el laudo los fundamentos —no necesariamente jurídicos— que permitan conocer cuáles son las razones, incluso sucintamente expuestas, por las que el árbitro se ha inclinado por una de las posiciones opuestas de los litigantes”¹⁴⁴.

134. El TC español se ha posicionado del lado de la deferencia hacia la labor del tribunal arbitral. Como hemos indicado anteriormente, según nuestro TC, debe interpretarse la cláusula de orden público de una manera restrictiva. Así, la STC 17/2021 se refiere a “(…) los riesgos de desbordamiento del concepto de orden público como causa de anulación de los laudos arbitrales [art. 41 f) LA] (...)” y a “(…) la necesidad de llevar a cabo una interpretación restrictiva del mismo, so pena de vulnerar la autonomía de la voluntad de las partes (art. 10 CE) y su renuncia puntual a la tutela jurisdiccional (art. 24 CE) (...)» (FJ2)¹⁴⁵. En cuanto la motivación del laudo arbitral, el TC afirma que en tanto que el arbitraje se incardina en el art. 10 CE, no debe atenderse a los parámetros del control de la motivación del art. 24 CE, sino a un “parámetro propio”. El TC indica que son, “ante todo, las propias partes” las que deben acordar si “el laudo debe estar motivado y en qué términos”, citando el TC el art. 37.4 LA¹⁴⁶. El TC concluye que “(…) la motivación de los laudos arbitrales carece de incidencia en el orden público”¹⁴⁷.

¹⁴¹ G. CORDERO MOSS, “Deference from National Courts to Tribunals on Issues of Public Policy at the Post-award Stage”, en F. FERRARI, y F. J. ROSENFELD (eds.), *Deference in International Commercial Arbitration: The Shared System of Control in International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 2023, p. 126.

¹⁴² STEDH, 11 julio 2023, *Semenya v. Suiza* (ECLI: ECLI:CE:ECHR:2023:0711JUD00109342) (párr. 177).

¹⁴³ STJCE 1 junio 1999, *Eco Swiss*, C-126/97 (ECLI:EU:C:1999:269) (párr. 35).

¹⁴⁴ STC 15 febrero 2021, 17/2021 (RTC\2021\17) (FJ5).

¹⁴⁵ *Vid.* en este mismo sentido STC 4 abril 2022, 50/2022 (RTC\2022\50) (FJ3).

¹⁴⁶ STC 15 marzo 2021, 65/2021 (RTC\2021\65) (FJ5).

¹⁴⁷ STC 65/2021 (FJ 5). Algunos autores han criticado la jurisprudencia del TC en tanto que entienden que ese *second look* o revisión del laudo debe pasar por que el órgano jurisdiccional ordinario pueda *examinar* —verbo utilizado por el TJUE en *Nordsee* y *Eco Swiss*— la motivación del laudo para determinar si se ha aplicado o no correctamente el Derecho imperativo de

135. La STC 2 diciembre 2024, rec. amparo 921/2022, que sistematiza la doctrina constitucional anterior, insiste en que la motivación no tiene incidencia en el orden público y establece, con cita a su jurisprudencia anterior, que:

“Para respaldar esta conclusión sobre la extensión del deber de motivación del laudo, basta considerar que, aunque, como hemos señalado anteriormente, ese deber de motivación de los laudos es un aspecto de pura determinación legal, y que no deriva del art. 24.1 CE, quedaría fuera de toda lógica entender que esa escueta previsión legal contiene un mandato más exigente que el que impone a los órganos judiciales, en cuanto al deber de motivación de sus resoluciones, el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva sin indefensión reconocido en dicho precepto constitucional, en la medida que para la satisfacción de ese derecho no se les exige ‘un razonamiento exhaustivo y pormenorizado de todos los aspectos y perspectivas que las partes puedan tener de la cuestión que se debate, sino que deben considerarse suficientemente motivadas aquellas resoluciones judiciales que vengan apoyadas en razones que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales fundamentadores de la decisión o, lo que es lo mismo, la ratio decidendi, de manera que no existe un derecho fundamental del justiciable a una determinada extensión de la motivación judicial’ (entre otras muchas, STC 3/2019, de 14 de enero, FJ 6). Y tampoco se incluye en el derecho a la tutela judicial efectiva un derecho al acierto judicial en la selección, interpretación y aplicación de las normas, ya que, ‘según es consolidada doctrina constitucional, el derecho reconocido en el art. 24.1 CE no garantiza la corrección jurídica de la interpretación y aplicación del Derecho llevada a cabo por los jueces y tribunales’ (STC 46/2020, de 15 de junio, FJ 3)” [STC 17/2021, FJ 3]¹⁴⁸.

136. La doctrina constitucional indica al juez ordinario cuál es el objeto de la acción de anulación, refiriéndose específicamente al control de la motivación, en tanto que el laudo será susceptible de anulación sólo cuando ésta sea incongruente:

“La acción de anulación, por consiguiente, sólo puede tener como objeto el análisis de los posibles errores procesales en que haya podido incurrir el proceso arbitral, referidos al cumplimiento de las garantías fundamentales, como lo son, por ejemplo, el derecho de defensa, igualdad, bilateralidad, contradicción y prueba, o cuando el laudo carezca de motivación, sea incongruente, infrinja normas legales imperativas o vulnere la intangibilidad de una resolución firme anterior”¹⁴⁹.

137. La jurisprudencia constitucional establece que el tribunal de control no debe, a través de un control de la motivación, valorar si el tribunal arbitral ha aplicado el Derecho bien o no, esto es, si, en definitiva, el tribunal arbitral ha acertado o no en su decisión:

“(…) hay que subrayar que el derecho a la motivación del laudo, cuando sea preceptiva, no comporta la garantía de acierto del colegio arbitral ni de estimación de las pretensiones deducidas, ni un concreto entendimiento del sentido y alcance de la legislación aplicable al caso concreto”¹⁵⁰.

138. El Tribunal Constitucional español indica que procede la anulación de un laudo en una situación extrema: cuando la resolución arbitral “puede tacharse de arbitraria, ilógica, absurda o irracional”¹⁵¹.

139. La doctrina constitucional sobre el control de la motivación del laudo ha permeado ya en algunas de las resoluciones de los Tribunales Superiores de Justicia, que recogen una aproximación mucho más adecuada a la acción de anulación. Resulta de interés destacar aquellas resoluciones judiciales que otorgan exequátur a laudos extranjeros, en tanto que, si bien no se estila no motivar los laudos en los sistemas del

la UE por lo que la expresión del TC de que “la motivación de los laudos arbitrales carece de incidencia en el orden público” no es adecuada. *Vid. M. GÓMEZ JENE, “Arbitraje europeo: una crítica a la Sentencia del Tribunal Constitucional 65/2021, de 15 de marzo” Op. Cit. pp. 745-753.*

¹⁴⁸ STC 2 diciembre 2024, rec. amparo 921/2022 (FJ 3).

¹⁴⁹ *Ibidem* (FJ 5).

¹⁵⁰ STC 15 marzo 2021, 65/2021 (RTC\2021\65) (FJ 6).

¹⁵¹ STC 15 febrero 2021, 17/2021 (RTC\2021\17) (FJ 2).

civil law, sí que es más común en arbitrajes con sede en jurisdicciones del *common law*¹⁵². Parece que la doctrina del TC español indica que la motivación carece de impacto en el orden público y que el tribunal de control sólo tiene que verificar su existencia a través de un control externo, pero no discernir sobre el acierto o no del tribunal arbitral. En este sentido, parece que un laudo carente totalmente de motivación no tendría cabida en el ordenamiento español en tanto que su existencia sí es preceptiva. En el ATSJ Madrid 21 diciembre 2021 (ECLI: ES:TSJM:2023:191A) se procede al reconocimiento de un laudo extranjero indicando el tribunal de control que sólo puede verificar la existencia de la motivación, que en ese caso existe, no pudiendo la Sala “en suma, a la vista de la doctrina y límites marcados por el Tribunal Constitucional, ir más allá en el examen de la bondad o acierto sustantivo, que se hace en el Laudo” (FJ5)¹⁵³.

140. Destacamos también la STSJ Madrid 12 noviembre 2024 (ECLI:ES:TSJM:2024:13718), que confirma, en sede de procedimiento de anulación, un laudo emitido en el seno de un arbitraje administrado por el Centro Internacional de Arbitraje de Madrid (CIAM). En esta resolución confirmatoria del laudo se recoge la doctrina constitucional al respecto y se determina que:

“A la vista de la citada doctrina, como decíamos, la mera lectura del Laudo permite comprobar que existe una motivación, que desde el punto de vista del examen externo que debe realizar esta Sala, se revela suficiente, pues no puede ser tachada de inexistente por vacua, ilógica en términos absolutos o desconectada con la cuestión litigiosa planteada al órgano arbitral, siendo por el contrario que permite a las partes conocer cuál ha sido la prueba tenida en cuenta por el árbitro, su valoración, la respuesta en derecho dada a las cuestiones planteadas por las partes y el alcance de la estimación de las pretensiones formuladas por aquéllas, que se traduce en la parte resolutive del Laudo final”.

E) La posición maximalista del Tribunal Federal alemán frente a la posición minimalista (y mucho más apropiada) del Tribunal Constitucional español en relación con la jurisprudencia del TJUE

141. En Alemania, los tribunales parecen acoger un enfoque maximalista de la jurisprudencia del TJUE¹⁵⁴. Cabe destacar la Sentencia del Tribunal Federal alemán 27 septiembre 2022, *KZB 75/21*, que anuló la resolución del Tribunal Regional de Frankfurt del Meno. El Tribunal Regional confirmó el laudo arbitral en un procedimiento de anulación ya que, según el órgano jurisdiccional de control, el hecho de que las disposiciones imperativas del Derecho alemán de la competencia formen parte del orden público no justifica una revisión ilimitada del laudo. No obstante, el Tribunal Federal alemán discrepó y siguió la jurisprudencia federal anterior utilizando fundamentalmente los postulados contenidos —aun sin ser vinculantes— en las Conclusiones del Abogado General WATHELET en el asunto del TJUE *Genentech*:

“El laudo arbitral está sujeto a revisión irrestricta por el tribunal ordinario con respecto a la aplicación de estas normas de hecho y de derecho”¹⁵⁵.

142. Dispone el Tribunal Federal que el laudo es contrario a las disposiciones sobre cárteles contenidas en los artículos 19, 20 y 21 de la Ley Alemana de Defensa de la Competencia, que constituyen elementos fundamentales del ordenamiento jurídico alemán:

¹⁵² Vid. extensamente S. A. SÁNCHEZ LORENZO, “Un análisis comparado de la motivación del laudo en el arbitraje comercial internacional”, *Arbitraje*, vol. XI, nº 3, pp. 659-701.

¹⁵³ Sobre este auto, vid. el análisis de J. IZQUIERDO JIMÉNEZ y M. ROBLES CHÁFER, “La motivación de los laudos arbitrales carece de incidencia en el orden público. Auto del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 21 de diciembre de 2023”, *La Ley. Mediación y Arbitraje*, nº 18, 2024.

¹⁵⁴ También, en los últimos tiempos, los tribunales franceses parecen adoptar una posición maximalista. Sobre la jurisprudencia francesa, vid. F. POLONI y K. BAZELAIS, *Challenging and appealing arbitral awards in France*, disponible en: <https://www.signaturlitigation.com/flore-poloni-and-kimberley-bazelais-discuss-challenging-and-appealing-arbitral-awards-in-france-in-lexispsl-arbitration/> (último acceso 15/12/2024).

¹⁵⁵ Sentencia del Tribunal Federal alemán 27 de septiembre 2022, *KZB 75/21* (párr. 14).

“Dado que las prohibiciones de los artículos 19, 20, 21 [de la Ley Alemana de Defensa de la Competencia] se encuentran entre las bases elementales del ordenamiento jurídico y las normas fundamentales del Derecho de cárteles, el reconocimiento o la ejecución del laudo arbitral de conformidad con estos principios ya es contrario al orden público (ordre public) si se basa en una aplicación incorrecta de estas disposiciones”¹⁵⁶.

143. El Tribunal Federal alemán utiliza varios argumentos adicionales para la revisión sin restricciones de los laudos que aplican la legislación *antitrust*, que se indican a continuación.

144. El Derecho de la competencia está al servicio del interés público:

Los artículos 19, 20 y 21 de la Ley Alemana de Defensa de la Competencia “[...] no sólo sirven al interés de las partes en el acuerdo de arbitraje, sino también a la protección del interés público en el funcionamiento de la competencia”¹⁵⁷.

145. El tribunal arbitral no puede plantear una cuestión prejudicial al TJUE:

“A diferencia del tribunal estatal, el tribunal arbitral no está facultado, en principio, para plantear al Tribunal de Justicia de la Unión Europea una cuestión relativa a la aplicación del Art. 101 [del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, “TFUE”] o del art. 102 TFUE en los casos en que, además de las Secciones 19, 20, 21 [de la Ley Alemana de Defensa de la Competencia], deba aplicarse el Art. 101 TFUE o el art. 102 TFUE”¹⁵⁸.

146. Si la revisión del laudo sólo tuviera lugar en casos de infracción manifiesta, sería imposible proteger los derechos afectados:

“Si la revisión de un laudo arbitral se limitara a la violación manifiesta de estas disposiciones de la legislación de defensa de la competencia, la consecuencia en muchos casos sería que los tribunales se verían impedidos de llevar a cabo una revisión adecuada [...] sería imposible o excesivamente difícil (...)”¹⁵⁹.

147. Desde un punto de vista teleológico, el legislador alemán pretende la revisión completa del laudo que aplica el Derecho *antitrust* alemán:

“El control ilimitado del laudo arbitral con respecto a dichas normas del derecho de cárteles, que pertenecen a los fundamentos elementales del derecho alemán, también corresponde a la intención del legislador”.

148. El hecho de que el arbitraje sea una alternativa a los tribunales ordinarios en Alemania implica que los tribunales arbitrales deben aplicar normas imperativas del Derecho de la competencia. La arbitrabilidad del Derecho de la competencia está sujeta a la revisión ilimitada del laudo por los tribunales estatales:

La anterior normativa alemana sobre arbitraje y derecho de la competencia “establecía que los acuerdos de arbitraje sobre futuras disputas legales derivadas de los contratos [...] [*que decidían sobre asuntos de Derecho de la competencia*] eran nulos si no concedían a cada parte el derecho a elegir entre el arbitraje y los tribunales. Una de las razones para la supresión de la disposición era que el tribunal arbitral tenía que observar las disposiciones (obligatorias) de la ley de cárteles de la misma manera que el tribunal estatal y que el laudo arbitral estaba sujeto al control de los tribunales estatales en cuanto al cumplimiento de estas disposiciones en el marco de los procedimientos de anulación y reconocimiento y ejecución”¹⁶⁰.

¹⁵⁶ *Ibidem* (párr. 15).

¹⁵⁷ *Ibidem* (párr. 16).

¹⁵⁸ *Ídem*.

¹⁵⁹ *Ibidem* (párr. 17).

¹⁶⁰ *Ibidem* (párr. 18).

149. El Tribunal Constitucional español adopta una posición más minimalista, en sede de arbitraje comercial, y más acorde con la jurisprudencia del TJUE. Como ya se ha indicado, en su STC 2 diciembre 2024, rec. amparo 921/2022 (Sala Primera), sistematiza la doctrina constitucional anterior, declarando la nulidad de una sentencia del TSJ de Madrid que, a su vez, anulaba parcialmente un laudo arbitral que jamás debió ser anulado. En concreto, el TC se refiere a su consolidada doctrina en cuanto a la relación entre jurisdicción y arbitraje y a la incardinación del arbitraje en los arts. 1 y 10 CE y no en el art. 24 del mismo texto legal. El TC insiste en que el término “equivalente jurisdiccional” utilizado en la doctrina constitucional con anterioridad se refiere únicamente al efecto de cosa juzgada y ejecutabilidad del laudo. El TC también incide en que la motivación del laudo carece de incidencia en el ámbito del orden público, se refiere al significado de orden público material y procesal y recuerda el alcance y los límites del control jurisdiccional del laudo. El TC rechaza el argumento del TSJ Madrid relativo a un supuesto derecho del órgano jurisdiccional ordinario de discrepar de la doctrina del Tribunal Constitucional.

150. En este caso concreto de la STC 2 diciembre 2024, rec. amparo 921/2022, el TC declara la nulidad de la STSJ Madrid 22 octubre 2021, 66/2021 (ECLI:ES:TSJM:2021:9028 (Ponente J.M. SANTOS VIJANDE, con voto particular discrepante de C. RODRÍGUEZ PADRÓN) que, a su vez, declaraba la nulidad parcial de un laudo administrado por la Cámara Oficial de Comercio, Industria y Servicios de Madrid.

151. El TSJ Madrid anuló parcialmente el laudo porque entendió la mayoría de los magistrados que el laudo incurrió en un error del Derecho aplicable: el tribunal arbitral debió aplicar el art. 101 TFUE y no, como hizo, el art. 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (Ley de Defensa de la Competencia), incurriendo en un error relativo a la “doble barrera” o del “sistema de espejo” propio del Derecho de la competencia. Lo cierto es que, como se indica en el voto particular discrepante, el laudo sí que se refirió al Derecho europeo de la competencia y, aunque sea de manera complementaria o con un papel informador, a la jurisprudencia del TJUE que lo interpreta. El tribunal ordinario realiza un escrutinio profundo y extenso (37 páginas de resolución sin contar con el voto particular discrepante) del laudo indicando los errores que, según el parecer del tribunal ordinario, incurrió el laudo, incluyendo en la sentencia de anulación importantes esfuerzos argumentativos, con cita a abundante jurisprudencia, para demostrar que el tribunal arbitral se equivocó y que la decisión debió ser otra, sustituyendo el tribunal ordinario la labor decisoria del tribunal arbitral por una nueva, la del tribunal ordinario. El tribunal de control menciona las Conclusiones del Abogado General en el asunto *Genentech* —que, recordemos, no son vinculantes— para sustentar su posición, y utiliza términos tan gruesos para definir el laudo como que tiene un “déficit absoluto de motivación”.

152. El Tribunal Constitucional determina que han de responderse dos cuestiones fundamentales en sede de recurso de amparo: si el tribunal ordinario puede controlar, a través de la noción de orden público del art. 41 LA, el cumplimiento del laudo con el art. 101 TFUE y, en caso afirmativo, si el tribunal de control cumplió con la doctrina constitucional sobre el alcance y límites del control jurisdiccional de los laudos arbitrales.

153. El TC contesta afirmativamente y con rotundidad a la primera pregunta, con cita del asunto *Eco Swiss* y a su anterior doctrina constitucional. El TC también se refiere expresamente a los principios de equivalencia y efectividad del Derecho de la UE:

“La anterior conclusión deriva de la aplicación en este caso de los principios de equivalencia y efectividad del Derecho de la Unión Europea para casos como el presente, en el que regulaciones normativas semejantes inciden sobre la cuestión planteada en la controversia sometida a arbitraje, imponen que las normas declaradas de orden público por la jurisprudencia interpretativa del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sean tomadas en consideración para valorar la supuesta contrariedad al orden público nacional del laudo arbitral, al delimitar su ámbito de control judicial. De esta forma, si bien los requisitos establecidos por las legislaciones nacionales en materia de limitación de prácticas restrictivas de la competencia y sus excepciones no pueden ser menos favorables que los que se aplican al resolver

controversias semejantes de naturaleza interna (principio de equivalencia) tampoco pueden interpretarse ni articularse de manera que hagan en la práctica imposible o excesivamente difícil la aplicación de la normativa de Derecho de la UE declarada principio de orden público (principio de efectividad) (...).

En consecuencia, la respuesta al primer interrogante ha de ser afirmativa, pues habiendo sido declarado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea que las previsiones del art. 101 del TFUE constituyen principios de orden público, formaba parte de la potestad de jurisdicción de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia el control de su supuesta inaplicación. Para ello, lógicamente, era necesario que la Sala hubiera podido apreciar, en un examen externo del contenido del laudo arbitral impugnado, que tal alegada inaplicación se había producido¹⁶¹.

154. Respecto de la segunda cuestión, el TC determina que el TSJ Madrid no ha cumplido con la doctrina constitucional sobre el alcance y límites del control jurisdiccional de los laudos arbitrales y estima el recurso de amparo.

155. En concreto, el TC indica que el laudo no carece de motivación y concreta que el laudo cuenta con 404 apartados, 99 páginas y que aplica correctamente el Derecho de la competencia español en relación con el Derecho europeo de la competencia:

“Es claro por tanto y no ofrece dificultad dialéctica, que el laudo votado mayoritariamente sí tuvo en cuenta lo dispuesto en el art. 1.4 LDC, que revisó las excepciones contempladas en el apartado 3 del artículo 8a del Tratado CE (art. 101 TFUE), y que no encontró ninguna que permitiera afirmar que pese a haber incurrido la empresa demandante del procedimiento arbitral en prácticas colusorias del art. 1 LDC referidas al mercado nacional, la misma estarían amparadas por no tener la misma consideración por el ordenamiento de la Unión Europea. La afirmación de la Sala del Tribunal Superior de Justicia de que el laudo había inaplicado los mencionados arts. 1.4 LDC y 1 TFUE es incorrecta, y en ella, precisamente, fundamenta todo su discurso parcialmente anulatorio del laudo¹⁶².

156. El TC se refiere a su doctrina consolidada respecto del control externo del laudo, indicando que el tribunal de control se lanzó sin motivo a disertar sobre la jurisprudencia “sustituyendo indebidamente al colegio arbitral en su tarea de sentar las premisas de derecho material sobre las cuales se debía resolver la controversia. Menos defendible todavía, si cabe, es que la sentencia tache la motivación del laudo como de «déficit absoluto de motivación»¹⁶³.

157. Finalmente, el TC determina que el tribunal de control entró a valorar el fondo del asunto, algo que corresponde al tribunal arbitral, vulnerando así la doctrina constitucional al respecto.

158. Sobre un supuesto derecho del tribunal de control a discrepar de la doctrina del TC, el tribunal de amparo es claro:

“(…) no corresponde a un órgano judicial el sugerir o proponer a este Tribunal Constitucional un cambio o abandono de una determinada doctrina suya, mediante el expediente de resolver a espaldas de ella¹⁶⁴.

VI. Consideraciones finales

159. En este trabajo se estudia la noción de orden público como motivo de anulación del laudo arbitral comercial en España, con referencias al Derecho comparado, y con particular atención a la noción de orden público de la Unión Europea. En este trabajo se defiende que, si bien la cláusula

¹⁶¹ STC 2 diciembre 2024, rec. amparo 921/2022 (FJ7).

¹⁶² *Ídem*.

¹⁶³ *Ídem*.

¹⁶⁴ *Íbidem* (FJ8).

general de orden público puede encontrarse en distintos sectores del ordenamiento jurídico, el Derecho internacional privado puede servir de prisma para analizar la noción de orden público en el ámbito del control jurisdiccional del laudo arbitral comercial (anulación y reconocimiento y ejecución) pero se indican diferencias entre la noción de orden público *ius* internacional privatista clásica y la que se emplea en el mundo del arbitraje, incluida la jurisprudencia del TJUE sobre la materia. Por ejemplo, se indica que en el ámbito arbitral se utiliza la cláusula general de orden público para controlar judicialmente la inaplicación de normas imperativas en sede arbitral, existiendo, no obstante, una diferenciación clásica —como mecanismos que funcionan de manera distinta— entre normas imperativas y orden público en el Derecho internacional privado (fundamentalmente en el *civil law*).

160. En este artículo se defiende que, en España, debe existir una única noción de orden público con independencia de que el laudo que se controle sea nacional, internacional o extranjero y que, en línea con la jurisprudencia europea, el orden público español o de la Unión Europea sólo debe activarse cuando el laudo arbitral que se controla presente la suficiente vinculación con España o con la Unión Europea, aplicando un orden público “de proximidad”, de tal manera que el laudo despliegue efectos que afectan a la sociedad española o europea, a lo que habrá que estar al caso concreto.

161. En este trabajo también se defiende que si bien la jurisprudencia del TJUE en materia de Derecho de la Unión Europea y arbitraje comercial y, en relación particularmente con el principio de efectividad del Derecho de la Unión y el control del laudo puede calificarse como maximalista, muchas veces se obvian los límites a este principio y a la aplicación del orden público establecidos por el propio TJUE, como es, por ejemplo, el de la caducidad de la acción de anulación.

162. En el asunto *ISU*, se confirma la jurisprudencia anterior del TJUE por cuya virtud se establece que el principio de efectividad del Derecho de la Unión queda asegurado en materia de arbitraje por virtud de la acción de anulación o el procedimiento de reconocimiento y ejecución en cuyo seno el órgano jurisdiccional de control puede remitir cuestión prejudicial al TJUE.

163. Podría argumentarse que debería revertirse la doctrina *Danfoss* y siguientes y permitir que los tribunales arbitrales comerciales con sede en la Unión Europea puedan ejercitar cuestión prejudicial al TJUE y determinar que el arbitraje es, en el mejor de sus sentidos, un equivalente jurisdiccional (en tanto que los laudos gozan de efecto de cosa juzgada y ejecutabilidad), aunque su competencia se deba a la libre autonomía de las partes, requisito de construcción puramente jurisprudencial por parte del TJUE. En favor de este posicionamiento, podría alegarse que el diálogo arbitraje-jurisdicción no puede quedar relegado a las medidas de apoyo al arbitraje, la anulación y el reconocimiento y ejecución, sino que debe ir más allá a través, entre otros, de la habilitación del mecanismo de la cuestión prejudicial.

164. Este planteamiento se complica cuando el tribunal arbitral que tiene que aplicar el Derecho de la UE tiene su sede en un tercer Estado. Debe recordarse, de todos modos, que la sede es una ficción jurídica, un factor de conexión voluntario que conecta el arbitraje con una determinada jurisdicción nacional. Si la sede se encuentra fuera de la Unión Europea, sería necesario modificar el TUE y el TFUE para habilitar esta posibilidad. Otro de los inconvenientes de permitir que los tribunales arbitrales remitan cuestión prejudicial (al menos si están sitos en la UE) es que podría abusarse de este mecanismo de remisión por parte de los tribunales arbitrales y de las partes en el arbitraje, menoscabando el atractivo de los Estados Miembros como sede del arbitraje y como jurisdicciones pro-arbitraje. Además, el canon de motivación distinto que algunas *lex arbitri*, como al española, exigen al laudo arbitral es poco compatible con la remisión prejudicial al TJUE y la propia arquitectura judicial de la UE.

165. No parece apropiado entretanto, en el arbitraje comercial voluntario, impedir la remisión a arbitraje con sede en terceros Estados por el mero hecho de no poder el tribunal ordinario de anulación remitir cuestión prejudicial al TJUE, extrapolando así al arbitraje comercial una interpretación demasiado estricta de la jurisprudencia del TJUE en materia de arbitraje de inversiones y de arbitraje deportivo

obligatorio. Un tribunal arbitral comercial sito fuera de la UE debería poder aplicar Derecho de la UE, incluso normas de orden público, respetando los jueces ordinarios europeos el principio de remisión al arbitraje, consagrado en el Convenio de Nueva York (art. II) y en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional (art. 8). El control jurisdiccional de la correcta aplicación, en su caso, de dichas normas de orden público se puede ejercitar por la vía del procedimiento de reconocimiento de laudo extranjero.

166. No permitir apriorísticamente la aplicación de normas de orden público de la UE por parte de tribunales arbitrales comerciales con sede en terceros Estados llevaría al absurdo de considerar que un laudo que haya aplicado perfectamente tales normas y que haya resuelto conforme a ellas sea contrario al orden público o al Derecho de la UE por el mero hecho de que la sede del arbitraje se haya situado en un tercer Estado. O también llevaría al absurdo de considerar un acuerdo arbitral inválido cuando potencialmente pudieran aplicarse en un eventual arbitraje normas de orden público de la UE cuando ese eventual arbitraje tuviera su sede fuera de la UE, yendo todo ello en contra de la autonomía del arbitraje y de sus principios más esenciales como el de la libre autonomía de la voluntad de las partes y el de remisión al arbitraje cuando existe un acuerdo arbitral válido.

167. El Tribunal Constitucional español, en contraposición con la inapropiada y maximalista aproximación del Tribunal Federal alemán, acierta en su doctrina, recientemente sistematizada en la STC 2 diciembre 2024, rec. amparo 921/2022, estableciendo que las normas de orden público pueden ser controladas por parte del tribunal ordinario de anulación, pero adoptando una posición de deferencia hacia el arbitraje, preservando su necesaria autonomía y aplicando correctamente la doctrina del TJUE que, específicamente determina que “las exigencias relativas a la eficacia del procedimiento arbitral justifican que el control de los laudos arbitrales tenga carácter limitado y que sólo pueda obtenerse la anulación de un laudo o la denegación del reconocimiento en casos excepcionales” (*Eco Swiss*, párr. 35). En este sentido, el Tribunal Constitucional español acierta al determinar que no puede producirse un ensanchamiento de la noción de orden público en el control jurisdiccional del laudo y que debe, en su caso, realizarse un control “externo” del laudo por parte del tribunal ordinario en sede del procedimiento de anulación, sólo pudiendo declararse la nulidad del laudo cuando de ese control externo resulte que el laudo es arbitrario, ilógico, absurdo o irracional sin que el tribunal ordinario de control pueda en ningún caso sustituir la labor decisoria del tribunal arbitral.

168. El Tribunal Constitucional español también acierta situando el arbitraje en la órbita de los arts. 1 y 10 y no del art. 24 de la Constitución, determinando que el canon de motivación de los laudos arbitrales es distinto del de las sentencias jurisdiccionales y estableciendo que la motivación de los laudos debe seguir un parámetro propio. El Tribunal Constitucional aclara, asimismo, que el término “equivalente jurisdiccional” del laudo que emplea su doctrina se refiere únicamente a los efectos de cosa juzgada y ejecutabilidad.

169. Dicho lo anterior, es claro el propósito expansivo del principio de efectividad del Derecho de la Unión Europea por parte del TJUE, que no deja indiferente al arbitraje comercial. Es por ello por lo que los tribunales arbitrales deberían adoptar una visión —que diría el Prof. E GAILLARD— *westfaliana* del arbitraje: si la sede del arbitraje está en la UE o prevén un potencial reconocimiento del laudo en territorio de la UE, deben prestar mucha atención al Derecho aplicable y, en caso de tener que aplicar el Derecho de la Unión Europea, hacerlo con sumo cuidado siguiendo las interpretaciones dictadas por la jurisprudencia del TJUE. Será esta una buena forma de proteger el laudo frente a posibles anulaciones o denegaciones de reconocimiento y ejecución.