

Control efectivo -en profundidad- del laudo arbitral: a propósito de la sentencia Royal Football Club Seraing del TJUE (C-600/23)

Effective Control -in Depth- of the Arbitral Award: The Royal Football Club Seraing Judgment of the CJEU (C-600/23)

MIGUEL GÓMEZ JENE

Catedrático de Derecho Internacional Privado
Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED)
ORCID ID: 0000-0002-4916-5119

Recibido: 03.09.2025 / Aceptado: 09.09.2025
DOI: 10.20318/cdt.2025.9881

Resumen: La sentencia del TJUE en el asunto *RFC Seraing* supone un paso más en la delimitación de la compleja relación entre el arbitraje y el Derecho de la UE. Dictada a partir de un supuesto en el que se planteaba el reconocimiento de un laudo TAS (arbitraje deportivo, con sede en Suiza) en un Estado miembro, el Tribunal analiza desde una perspectiva amplia la compatibilidad de ese laudo con el ordenamiento jurídico de la UE. Es muy importante destacar que el análisis en cuestión se hace desde la aplicación de normas fundamentales del Derecho de la UE: en concreto, se analiza el encaje del arbitraje en el Derecho de la UE desde el *derecho a la tutela judicial efectiva* tal y como se garantiza en los artículos 19 TUE y 47 CDFUE. A partir de aquí, el TJUE impone un control *efectivo* y *en profundidad* del laudo arbitral extranjero en sede de reconocimiento, se pronuncia sobre la eficacia del convenio arbitral y limita la autonomía de la voluntad de las partes a la hora de definir la tutela cautela.

La sentencia del TJUE tiene una relevancia capital, en particular, para los tribunales españoles. En primer lugar, porque viene a enmendar cierta jurisprudencia del TC, que no supo apreciar en su momento la relevancia del Derecho imperativo de la UE en sede de anulación del laudo arbitral. En segundo lugar, porque impone un modelo de revisión efectivo del laudo arbitral, mucho más riguroso que el que llevan a cabo nuestros TSJ por mor de una desafortunada jurisprudencia del TC. Y, en tercer lugar, porque permite avanzar el sentido de su próximo fallo en respuesta a la oportuna y certeza cuestión prejudicial planteada por el TSJ de Madrid. De hecho, es tal la contundencia de esta sentencia del TJUE, que bien podría retirarse la cuestión prejudicial y resolver conforme a la misma.

Palabras clave: Laudo arbitral. Convenio arbitral. Tutela judicial efectiva. Tutela cautelar. Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

Abstract: The CJEU judgment in the *RFC Seraing* case represents a further step in defining the complex relationship between arbitration and EU law. Issued in the context of a case concerning the recognition in a Member State of a CAS award (sports arbitration, seated in Switzerland), the Court undertakes a broad analysis of the compatibility of that award with the EU legal order. It is very important to emphasize that this analysis is carried out applying certain fundamental rules of EU law: specifically, the compatibility of arbitration with EU law is examined in light of the right to *effective judicial protection* as guaranteed by Articles 19 TEU and 47 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union

(CFR). On this basis, the CJEU requires an *effective* and *in depth* review of the foreign arbitral award at the recognition stage, rules on the effectiveness of the arbitration agreement, and limits the parties' autonomy in defining interim relief

The CJEU judgment is particularly significant for Spanish courts. Firstly, because it corrects certain case law of the Constitutional Court, which failed at the time to appreciate the relevance of mandatory EU law in the context of setting aside arbitral awards. Secondly, because it imposes a model of effective review of arbitral awards, much more rigorous than that currently carried out by our High Courts of Justice due to an unfortunate line of Constitutional Court case law. Thirdly, because it allows us to anticipate the direction of the forthcoming decision in response to the timely and well-founded preliminary question referred by the High Court of Justice of Madrid. In fact, the judgment of the CJEU is so forceful that the preliminary question could well be withdrawn and the case resolved in accordance with it.

Keywords: Arbitral award. Arbitration agreement. Effective judicial protection. Provisional relief. Charter of Fundamental Rights of the European Union.

Sumario: I. Introducción: supuesto de hecho y estructura de la sentencia. II. El artículo 47 de la Carta: La *tutela judicial efectiva* como base jurídica del control efectivo del laudo arbitral. III. Alcance y cauces para ejercer el control *efectivo y en profundidad* del laudo arbitral. IV. Orden público europeo: delimitación de las normas imperativas que lo conforman. V. Efecto directo del artículo 19 TUE. VI. Tutela cautelar irrenunciable. VII. Aportaciones adicionales de la sentencia: coherencia con la jurisprudencia del TEDH y afectación al convenio arbitral. VIII. Control incidental: ¿conexidad como motivo de suspensión del reconocimiento del laudo TAS? IX. Relevancia de la sentencia para la jurisprudencia española. 1. Las desafortunadas sentencias del TC. 2. La jurisprudencia del TC es incompatible con la jurisprudencia del TJUE: aplicación inmediata de la jurisprudencia *Seraing*. 3. La oportunidad de la cuestión prejudicial presentada por el TSJ de Madrid. X. A modo de conclusión.

I. Introducción: supuesto de hecho y estructura de la sentencia

1. El **supuesto de hecho** que está en el origen de la sentencia podría resumirse así¹: *RFC Seraing*, club de fútbol belga organizado en forma de sociedad anónima (el Club), celebró dos contratos con la empresa maltesa *Doyen Sports Investments Ltd (Doyen)*. Ambos contratos tenían por objeto, en esencia, regular futuros acuerdos de financiación de jugadores y ceder a *Doyen* parte de los derechos económicos que el Club tuviera sobre determinados jugadores.

Dichos contratos fueron objeto de investigación por la FIFA. Como consecuencia de esta investigación, la FIFA incoó un procedimiento disciplinario contra *RFC Seraing* por infracción del Reglamento sobre el Estatuto y Transferencia de Jugadores (Reglamento ETJ). En concreto, por infracción de sus artículos 18bis y 18ter, que imponían a clubes y jugadores la prohibición de concertar operaciones de cesión de los derechos económicos derivados del traspaso de jugadores (operaciones sobre TPOs), así como concertar operaciones con terceros que les permitieran ejercer influencia en asuntos laborales y sobre transferencias de los jugadores de los clubes de fútbol (operaciones sobre TPIs).

El Reglamento ETJ establecía, además, que la Comisión Disciplinaria de la FIFA podría imponer medidas disciplinarias a aquellos clubes de fútbol y jugadores que incumplieran las citadas prohibiciones. Tal Comisión incoó, en consecuencia, expediente disciplinario contra *RFC Seraing* y concluyó que los contratos suscritos infringían la prohibición y limitaciones en materia de operaciones sobre TPOs establecidas en el Reglamento ETJ. A resultas de esta conclusión, la FIFA impuso al Club sanciones disciplinarias, que fueron recurridas ante la Comisión de Apelación de la FIFA.

Desestimado el recurso, el Club acudió al procedimiento arbitral de apelación -obligatorio- ante el TAS, cuyo laudo confirmó, básicamente, la validez de las disposiciones sobre TPOs del Reglamento ETJ y las sanciones disciplinarias impuestas al Club. El laudo fue confirmado por el *Tribunal fédéral suizo (TF)*.

¹ Para una estructurada descripción del supuesto *vid.* Conclusiones de la Abogada General Sra. Tamara Čapeta de 16 de enero de 2025, C-600/23, ECLI:EU:C:2025:24.

2. En paralelo *-rectius*, con anterioridad a la incoación del expediente disciplinario por parte de la FIFA-, *Doyen* y *RFC Seraing* interpusieron demanda ante los tribunales belgas frente a la FIFA, la UEFA y la URBSFA (Federación belga de fútbol). En su virtud, se solicitaba que se declarase la incompatibilidad con el Derecho de la UE de las prohibiciones de la FIFA contenidas en el Reglamento ETJ, por ser contrarias, en particular, a la libre circulación de capitales (artículo 63 TFUE), la libre prestación de servicios (artículo 56 TFUE), la libre circulación de trabajadores (artículo 45 TFUE) y al Derecho de la competencia (artículos 101 y 102 TFUE).

El *Tribunal de Commerce* de Bruselas se declaró, en primera instancia incompetente. En segunda instancia, la *Cour d'Appel* desestimó el recurso de apelación y concluyó, además, que, tras la acción de anulación ante el TF, el laudo TAS era firme y había adquirido fuerza de cosa juzgada. Interpuesto el pertinente recurso, la *Cour de Cassation* decidió plantear la cuestión prejudicial resuelta por el TJUE en la sentencia objeto de comentario.

3. Sobre la **cuestión prejudicial** importa destacar que se plantea en torno a la compatibilidad del laudo suizo con tres normas fundamentales del Derecho de la UE: artículo 19 TUE, 267 TFUE y 47 CDFUE. En efecto, lejos de plantearse la interpretación de alguna norma del Derecho derivado de la UE, la *Cour de Cassation* pregunta al Tribunal de Justicia -nada menos-: “*sobre la interpretación del artículo 19 TUE, en relación con el artículo 267 TFUE y el artículo 47 de la Carta, para poder pronunciarse sobre si estos preceptos se oponen a la aplicación, a un laudo arbitral dictado por el TAS y confirmado por el Tribunal fédéral (Tribunal Supremo Federal), por un lado, de disposiciones nacionales que reconocen a los laudos arbitrales definitivos la fuerza de cosa juzgada en las relaciones entre las partes de la controversia y, por otro lado, de una norma nacional que atribuye a esos laudos, por mor de dicha fuerza de cosa juzgada, valor probatorio frente a terceros*”. O dicho más concretamente, “*el órgano remitente pregunta, en esencia, si el artículo 19 TUE, apartado 1, párrafo segundo, en relación con el artículo 267 TFUE y el artículo 47 de la Carta, debe interpretarse en el sentido de que se opone, por un lado, a que se atribuya fuerza de cosa juzgada a un laudo del TAS, en el territorio de un Estado miembro, en las relaciones entre las partes de la controversia en cuyo contexto se dictó ese laudo, en caso de que la conformidad de dicho laudo con el Derecho de la Unión no haya sido controlada previamente por un órgano jurisdiccional nacional facultado para remitirse al Tribunal de Justicia con carácter prejudicial, y de que se opone, por otro lado, a que, como consecuencia de tal fuerza de cosa juzgada, se atribuya valor probatorio a ese laudo, en el territorio del mismo Estado miembro, en las relaciones entre las partes de esa controversia y los terceros.*”

4. Y la respuesta a estas dos preguntas, en interpretación de los artículos citados, ha sido particularmente contundente. En concreto, establece el Tribunal en su fallo que dichos preceptos deben interpretarse en el sentido de que **se opone** a que: *(i)* se atribuya fuerza de cosa juzgada a un laudo TAS, en el territorio de un Estado miembro, en caso de que la conformidad de dicho laudo con los principios y las disposiciones que forman parte del orden público de la Unión no haya sido controlada previamente, de manera efectiva, por un órgano jurisdiccional de ese Estado miembro facultado para remitirse al Tribunal de Justicia con carácter prejudicial; o *(ii)* a consecuencia de la citada fuerza de cosa juzgada, se atribuya valor probatorio frente a terceros, en el territorio del mismo Estado miembro, a ese laudo TAS.

5. Sea por la invocación de preceptos claves del Derecho originario de la UE, sea por la relevancia que el TJUE otorga a la cuestión, lo cierto es que, una vez más, en el concreto ámbito de la relación entre *arbitraje* y el *Derecho de la UE*, el TJUE resuelve en **Gran Sala**². Deberá convenirse, por tanto,

² También decidió en Gran Sala, entre otras sentencias que directamente afectan a la relación *arbitraje-Derecho de la UE* y mayoritariamente citadas en el fallo objeto de comentario: STJUE de 10 STJUE de 10 de febrero 2009, *Allianz*, C-185/07, ECLI:EU:C:2009:69; STJUE de 13 de mayo de 2015, *Gazprom*, C-563/13, ECLI:EU:C:2015:316; STJUE de 6 de marzo de 2018, *Achmea*, C-284/16, ECLI:EU:C:2018:158; STJUE de 2 de septiembre de 2021, *Komstroy*, C-741/19, ECLI:EU:C:2021:655; STJUE de 26 de octubre de 2021, *PL Holdings Sàrl*, C-109/20, ECLI:EU:C:2021:875; STJUE de 20 de junio de 2022, *London Steam*, C-700/20, ECLI:EU:C:2022:488; y, STJUE de 21 de diciembre 2023, *International Skating Union*, C-124/21 P, ECLI:EU:C:2023:1012.

que el Tribunal de Luxemburgo otorga máxima importancia a esta relación, además de perseguir un criterio de interpretación estable en el tiempo, lo que, a su vez, bien justifica la propuesta de la Comisión para regular cuestiones relativas a la relación entre arbitraje y jurisdicción (litispendencia) en el proyecto de modificación del Reglamento Bruselas I *refundido* (o Bruselas I bis)³.

6. En directa relación con la relevancia de la sentencia, conviene advertir que la sentencia presenta una **estructura** que, a mi juicio, pretende dar a entender que la solución adoptada trasciende más allá del supuesto de hecho que está en su origen (laudo arbitral TAS -arbitraje deportivo-), para extenderla también a supuestos más generales de arbitraje comercial. Así, el apartado clásico titulado *Sobre las cuestiones prejudiciales* que se ubica siempre tras la transcripción de las concretas cuestiones prejudiciales se divide, a su vez, en tres subapartados: *Cuestiones preliminares*; *Sobre la tutela judicial efectiva de los particulares en la Unión, incluyendo cuando se recurre al arbitraje*; y, *Sobre el control jurisdiccional de los laudos dictados por el TAS en controversias relacionadas con la práctica de un deporte como actividad económica en el territorio de la Unión*. Es precisamente ese segundo subapartado, dedicado a un análisis del alcance de la tutela judicial efectiva en el que incluye expresamente al arbitraje, el que, además de servir de criterio hermenéutico clave para determinar la intensidad del control judicial del laudo arbitral, sirve para fijar ya las directrices de la futura resolución que resolverá la certera cuestión prejudicial planteada por el TSJ de Madrid⁴. De ahí, la especial trascendencia de esta sentencia para el próximo desarrollo jurisprudencial de esta materia en España.

7. El primer subapartado -*Cuestiones preliminares*- merece un breve comentario, por cuanto analiza la posibilidad de integrar, en el contexto del procedimiento que resuelve la cuestión prejudicial, disposiciones del Derecho nacional no invocadas por el órgano remitente. En autos, la cuestión tenía su importancia, pues podrían invocarse disposiciones del Derecho interno en materia de reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales favorables al mismo (distintas formas de reconocimiento; como el reconocimiento incidental y el no reconocimiento). Además, se advertía al Tribunal de su vinculación con la interpretación del Derecho interno hecha por el órgano jurisdiccional remitente.

Ante estas observaciones, el TJUE se limita a reconocer que el juez nacional es competente para interpretar y aplicar el Derecho nacional, así como para determinar las disposiciones nacionales aplicables al litigio principal. Configurado así el alcance de la cuestión prejudicial -es decir, no tomando en consideración aquellas disposiciones del Derecho interno que no han sido traídas al debate por el órgano jurisdiccional- procede a responder de forma conjunta las dos preguntas que componen la cuestión prejudicial.

8. El segundo subapartado -*Sobre la tutela judicial efectiva de los particulares en la Unión, incluyendo cuando se recurre al arbitraje*-, al que el TJUE dedica más de veinte párrafos y sobre el que abundaremos en los siguientes epígrafes, no solo se caracteriza por explicar con detalle la relación entre el artículo 19 TUE y el artículo 47 de CDFUE -aquel como cauce procesal para garantizar los Derechos que éste protege-, sino que sienta las bases de lo que debe ser el control *efectivo* de todo laudo arbitral (ya sea el que deriva de un arbitraje deportivo, ya sea el típicamente comercial). Se trata, en esencia, de una prolongación cartesiana de la doctrina fijada por el mismo TJUE en su sentencia *Skating*⁵, que, en virtud de este epígrafe, queda inexorablemente prolongada al arbitraje comercial.

9. El tercer subapartado -*Sobre el control jurisdiccional de los laudos dictados por el TAS en controversias relacionadas con la práctica de un deporte como actividad económica en el territorio de*

³ *Vid. Report from the Commission to the European Parliament, the Council and the European Economic and Social Committee on the application of Regulation (EU) No 1215/2012 of the European Parliament and of the Council of 12 December 2012 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters (recast)*, Brussels, 2.6.2025, COM(2025) 268 final

⁴ Auto TSJ de Madrid de 20 de marzo 2025, ECLI:ES:TSJM:2025:21A. Asunto C-244/25, *Cabify España, DOUE*, Serie C, 25.8.2025.

⁵ STJUE de 21 de diciembre 2023, *International Skating Union*, C-124/21 P, ECLI:EU:C:2023:1012.

la Unión-, si bien parece expresamente delimitado al arbitraje deportivo, además de insistir en la interpretación del artículo 19 TUE y 47 CDFUE (que, a mi juicio, bien pudiera haberse hecho en el segundo subapartado) contiene una serie de relevantes precisiones que, como desarrollaremos a continuación, también son incuestionablemente extrapolables al arbitraje comercial, siempre que -claro está- el supuesto de base esté afectado por el Derecho de la UE en tanto que derecho aplicable al fondo. Interpreto, por tanto, que, pese a la aparente especialidad de este subapartado (con expresa referencia al arbitraje TAS), su relevancia y alcance no debe constreñirse a los arbitrajes *obligatorios*. A mayor abundamiento, muchas de las manifestaciones que encierra son una mera repetición de la muy relevante sentencia *Skating*. En gráfica expresión, podría afirmarse que este tercer subapartado extiende al arbitraje deportivo (forzoso) todo lo dicho en el segundo subapartado *con mayor motivo*.

10. Visto entonces como se estructura el fallo, a continuación analizo lo que entiendo son las cuestiones más relevantes que encierra, centrándome, principalmente, en el análisis del subapartado de la sentencia que considero más relevante: el segundo.

En cualquier caso, quisiera advertir, ya desde este momento, de la profunda divergencia que hay entre la base jurídica que asume el TJUE en su resolución y la base jurídica que asume nuestro TC en resoluciones vinculadas al arbitraje: la *tutela judicial efectiva* en el primero; la *autonomía de la voluntad* en el segundo. Una grave e inconciliable divergencia que, visto el tenor de este fallo, en algún momento tendrá que corregir el TC⁶. Por lo menos, en aquellos supuestos en los que subyazca Derecho imperativo de la UE al fondo de la controversia.

II. El artículo 47 de la Carta: La *tutela judicial efectiva* como base jurídica del control efectivo del laudo arbitral

11. El punto de partida del Tribunal en su análisis sobre el control del laudo arbitral pasa por aceptar que el arbitraje es, por principio, compatible con el Derecho de la UE: “78. … *el ordenamiento jurídico instaurado por los Tratados no se opone, por principio, a que los particulares que forman parte de ese ordenamiento jurídico a consecuencia del ejercicio de una actividad económica en el territorio de la Unión sometan a un mecanismo de arbitraje las controversias que, en el contexto de dicho ejercicio, puedan enfrentarlo*”. E insiste en su siguiente párrafo (*in fine*): “79. … *el que los particulares recurran a un arbitraje es en principio posible*”.

12. A partir de aquí, reconoce también -como de hecho viene insistentemente reconociendo en su jurisprudencia- que: “84. … *atendiendo a la facultad de los particulares de recurrir al arbitraje… y a las exigencias relacionadas con la eficacia del procedimiento arbitral, el control jurisdiccional de esos laudos bien puede tener un carácter limitado*”. Todo esto con cita expresa de sus bien conocidas sentencias *Eco Swiss*, *Mostaza Claro* y *Skating*.

13. Pues bien, *carácter limitado* no quiere decir, ni remotamente, *control superficial* (o por utilizar la expresión del TC, *juicio externo*). De ser así, no solo quedaría en papel mojado todo lo que precisa la sentencia *Eco Swiss*, también quedaría en el olvido lo establecido en jurisprudencia mucho más antigua (*Nordsee*) sobre la mayor o menor entidad de la revisión del laudo. En concreto: “40. … *Ahora bien…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 sobre la entidad o alcance de la revisión: “… *procede llamar la atención sobre el hecho de que, si un arbitraje convencional suscita cuestiones de Derecho comunitario, los órganos jurisdiccionales ordinarios podrían tener que examinar estas cuestiones, bien en el marco de la asistencia que prestan a los tribunales arbitrales, especial-*

⁶ Para una crítica a la jurisprudencia constitucional en relación con el arbitraje y el Derecho de la UE, *vid.* M. GÓMEZ JENE, *Arbitraje Comercial Internacional*, Madrid, Civitas, 2^a Ed, 2023, pp. 608-610.

mente para asistirles en ciertos actos procedimentales o para interpretar el Derecho aplicable, bien en el marco del control del laudo arbitral, de mayor o menor entidad según el caso”⁷.

Tampoco lo entiende así una consolidada jurisprudencia francesa, que de forma constante viene afirmando que en la revisión del laudo en sede judicial “*no existe límite alguno al poder de la jurisdicción de investigar todos los elementos de hecho o de derecho, relativos a los vicios en cuestión*”⁸, aunque en el control del Derecho imperativo de la UE no siempre haya practicado un control efectivo. De forma mucho más tajante se ha manifestado la Sala del Derecho de la Competencia del TS alemán (*Kartellsenat, Bundesgerichtshof -BGH-*), en la medida en que se ha pronunciado categóricamente a favor de una intensa revisión del laudo cuando el mismo sea fruto de una controversia resuelta en aplicación de normas de Derecho de la Competencia: “*El laudo arbitral es susceptible de ser sometido a un control sin restricción por parte del tribunal de justicia en la aplicación de estas normas tanto en perspectiva del supuesto de hecho como en la aplicación del derecho*”⁹.

Tiende a olvidarse, además, que existe un interesante debate doctrinal a nivel comparado sobre el control del laudo arbitral en aplicación de normas imperativas. Así, se acepta en general que, como contrapartida a la arbitrabilidad del Derecho imperativo, una segunda revisión en sede judicial del laudo tiene sentido, en la medida en que garantiza el legítimo interés público en controlar que tales disposiciones imperativas se han interpretado correctamente en el laudo. Esta revisión de la aplicación de las normas imperativas se ha dado en denominar “*second look doctrine*”¹⁰.

14. En armonía con lo anterior, es de destacar que la todavía reciente sentencia del TJUE en el asunto *Skating* ha impuesto, dando un paso más a favor de la revisión del laudo, un “*control jurisdiccional efectivo*” de las normas imperativas del Derecho de la UE¹¹.

15. A la luz de todas estas manifestaciones, la interpretación más coherente de lo que el Tribunal insinúa con la posibilidad -solo posibilidad- de que el control jurisdiccional tenga carácter *limitado* pasa por entender -como entiende la jurisprudencia francesa- que el carácter limitado va referido principalmente al perímetro del control, pero no a su profundidad. De tal forma que cuando el control vaya referido a normas imperativas del Derecho de la UE, el control debe hacerse en profundidad.

16. En cualquier caso, estimo que la relevancia de la sentencia objeto de comentario por lo que respecta a la cuestión relativa a la intensidad del control del laudo arbitral no radica en que confirma sin ambages el *control jurisdiccional efectivo* del laudo arbitral consagrado ya en la sentencia *Skating*; radica, sobre todo, en que determina que la base jurídica de este control efectivo se encuentra en el artículo 47 CDFUE. En concreto, el Tribunal establece que el derecho a la *tutela judicial efectiva* garantizado en el artículo 47 de la Carta exige “*75. ... en particular, que esos órganos jurisdiccionales puedan llevar a cabo un control judicial efectivo de los actos, medidas o comportamientos respecto de los cuales se sostiene, en un litigio determinado, que han vulnerado los derechos o las libertades que el Derecho de la Unión confiere a los justiciables. Esta exigencia implica, en principio, que esos órganos jurisdiccio-*

⁷ Sobre esta jurisprudencia, con mayor detalle *vid. M. GÓMEZ JENE, Arbitraje Comercial Internacional*, Madrid, Civitas, 2ª Ed, 2023, pp. 604-608.

⁸ Entre otras muchas, siguiendo la jurisprudencia de la Corte de Casación francesa en el caso *Plateau des Pyramides*, *vid. Corte de Apelación de París, (Sala 1ª Sección C) de 25 de septiembre de 2008, Spain Arbitration Review, 6/2009*, pp. 117-127.

⁹ BGH, *Beschluss* de 27 de septiembre de 2022, ECLI:DE:BGH:2022:270922BKZB75.21.0: *Der Schiedsspruch unterliegt einer uneingeschränkten Kontrolle durch das ordentliche Gericht im Hinblick auf die Anwendung dieser Normen in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht.... Der Senat hält daran auch nach neuer Rechtslage fest.* Cabe destacar, además, que en su fallo, el Alto Tribunal va más allá de la jurisprudencia de la *Cour de cassation* francesa sobre el particular (de hecho, incluso la cita), lo que demuestra una disparidad de criterios sobre esta cuestión entre los tribunales de los distintos Estados miembros de la UE que, en buena lógica, a partir de la sentencia objeto de comentario debe entenderse resuelta a favor del criterio *maximalista* adoptado por el BGH.

¹⁰ P. M BARON / S. LINIGER, “A Second Look at Arbitrability”, *Arb. Int.*, 2003, pp. 27-54; A. STONE SWEET / F. GRISEL, *The Evolution of International Arbitration*, Oxford University Press, 2017, p. 178. Más recientemente, D. MISHRA, “Antitrust Arbitration: A piped Dream”, (2025) 46 *E.C.L.R.*, pp. 276-287.

¹¹ Al respecto, *vid. S. CHAIDIN ORTELLS*, “Control de laudos en aplicación del Derecho europeo de la competencia”, *La Ley Mediación y Arbitraje*, Nº 20, 2024.

nales sean competentes para examinar todas las cuestiones de hecho y de Derecho relevantes para resolver el litigio”.

17. Que el TJUE determine que la base jurídica de este control está en la *tutela judicial efectiva* (art. 47 CDFUE) supone tanto como situar esta cuestión en el núcleo duro de los derechos procesales más elementales del justiciable y, en consecuencia, debe entenderse que tal control es extensible a cualquier tipo de arbitraje, ya sea voluntario o forzoso. Por otro lado, demuestra también -insistimos en ello- la seria divergencia que existe con la -errónea- base jurídica adoptada por el TC para abordar esta cuestión, que la sitúa en el ámbito de la *autonomía de la voluntad* (art. 10 CE). Sobre esta cuestión volveremos más adelante, no sin antes analizar previamente hasta dónde llega o cómo debe efectuarse el control efectivo del laudo arbitral que el Tribunal de Luxemburgo reclama.

III. Alcance y cauces para ejercer el control efectivo y en profundidad del laudo arbitral

18. Una vez establecido que el control *efectivo* del laudo es una manifestación inherente a la *tutela judicial efectiva*, la segunda aportación relevante de esta sentencia se encuentra en la descripción que incorpora sobre cómo debe llevarse a cabo ese control. Se trata, sin duda, de una aportación que suscitará distintas y enfrentadas interpretaciones en la doctrina, por más que, en esencia, la claridad de la manifestación no admite duda alguna: guste o no, el párrafo 75 *in fine* de la sentencia dice lo que dice: “*Esta exigencia [de control efectivo] implica, en principio, que esos órganos jurisdiccionales sean competentes para examinar todas las cuestiones de hecho y de Derecho relevantes para resolver el litigio*”. Sin paliativos. Y por si no fuera suficiente, el párrafo 86 -en su totalidad- enumera uno por uno todos los ámbitos que deben examinarse en el contexto de un control efectivo del laudo arbitral: “86. *Para que sea efectivo, ese control debe ser apto para garantizar la observancia de esos principios y disposiciones, lo que implica que debe referirse a la interpretación de los citados principios y las citadas disposiciones, a las consecuencias jurídicas que deben atribuirse a estos en lo tocante a su aplicación en un caso determinado y, si procede, a la calificación jurídica, a la luz de esos principios y disposiciones, de los hechos en los términos en que han sido constatados y apreciados por el órgano arbitral*”. Bien es cierto que este último inciso (*hechos constatados por el tribunal arbitral*) podría interpretarse en el sentido de que se excluye de tal revisión a los mismos hechos constatados por los árbitros; sin embargo, esta interpretación no me parece que esté en línea con lo manifestado en el párrafo 75: “*todas las cuestiones de hecho y de Derecho*”.

En cualquier caso, lo anterior, dentro del segundo subapartado descrito, que hace expresa alusión en su tenor al arbitraje (en general).

19. Puede afirmarse, en consecuencia, que el TJUE exige un control en *profundidad* del laudo¹². Y para conciliar esta nueva afirmación con la tradicional afirmación utilizada en su jurisprudencia (*control limitado*), habrá de convenirse que, una vez delimitado el perímetro de la revisión, el control es total: alcanza -insistimos en ello- a *todas las cuestiones de hecho y de Derecho relevantes para resolver el litigio*. Pero es que, además, si resulta que también debe controlarse la *interpretación* en sentido amplio -y el TJUE dice que así debe hacerse- debemos convenir también que no hay otra forma de controlarla sino a través de la *motivación* del laudo. Posteriormente volveremos sobre este punto, baste ahora con confirmar que, a resultas de lo expuesto, el control jurisdiccional del laudo europeo se configura como una suerte de segunda instancia sobre el perímetro limitado de la revisión.

20. Una consecuencia -a mi juicio- lógica de esta jurisprudencia es que, aún llegándose al mismo resultado del laudo por aplicación de una norma interna que por aplicación de una norma europea, el solo hecho de que no se haya aplicado la norma europea cuando debió serlo es suficiente para anular el laudo o denegar su ejecutápur. En efecto, una primera aproximación a un supuesto en el que -por ejem-

¹² De hecho, este término es el que utiliza la Nota de Prensa del TJUE en el comentario a esta sentencia.

plo- se debata la aplicación de las normas internas o normas europeas del Derecho de la competencia al fondo de la controversia, debe afectar a la anulación del laudo con independencia de que el resultado al que llegue el laudo hubiese sido el mismo en aplicación de una norma u otra.

Es cierto que esta aproximación choca con la interpretación general de los TSJ en virtud de la cual, el vicio denunciado debe tener un efecto directo sobre el resultado del laudo; de tal suerte que, si no se constata el resultado determinante del vicio denunciado, el laudo puede, en principio, pervivir¹³. Pues bien, si desde una perspectiva de orden público *procesal* esta interpretación puede ser aceptable, estimo que, sin embargo, no es extrapolable a un arbitraje en el que deba ser de aplicación el Derecho de la UE. Con independencia de que el resultado al que se llegue en aplicación de uno u otro Derecho sea exactamente el mismo. Ello es así porque el mero error de ley aplicable -interna o europea- condiciona nada menos que la aplicación de la misma Carta de Derechos Fundamentales y, en consecuencia, priva al justiciable de la protección que le brinda el artículo 47 CDFUE en relación con los artículos 19 TUE y 267 TFUE. Es decir, es el mero riesgo de que el justiciable quede desprotegido por el artículo 47 CDFUE lo que puede justificar una anulación -o denegación del ejecutár- del laudo. De hecho, este razonamiento está implícito también en la sentencia *Achmea*, donde el Tribunal optó por declarar la incompatibilidad de los artículos 267 y 344 TFUE con la sumisión a un arbitraje de inversión, pese a que el laudo de inversión afectado en el caso fuera objeto de control jurisprudencial con acceso a la cuestión prejudicial en dos momentos procesales distintos (tribunal de apelación primero y casación después).

21. En cualquier caso, esta nueva aportación del TJUE tendrá, inevitablemente, un fuerte impacto en las tradicionales concepciones teóricas sobre el alcance de la revisión del laudo: aproximación *maximalista* v. aproximación *minimalista*. Y es que, se quiera o no, la discusión doctrinal sobre la conveniencia de una y otra deja de tener sentido. En esencia, no parece adecuado mantener únicamente dos aproximaciones, pues el alcance de la revisión depende extraordinariamente del supuesto de hecho: resolución de la controversia en equidad pura, en aplicación de Derecho disponible, en aplicación de Derecho imperativo o en aplicación del Derecho de la UE¹⁴. La revisión podrá tener mayor o menor intensidad dependiendo de cada uno de los supuestos, como, por otro lado, ya estableció el TJUE en su célebre sentencia *Nordsee*¹⁵; pero, tras la sentencia objeto de comentario, queda claro que, en supuestos de *dimensión europea*, los tribunales constitucionales no pueden imponer al juez del control del laudo límite alguno -como así hizo el TC en su momento¹⁶-.

22. El criterio de control efectivo y en profundidad que ahora impone el TJUE al juez del control del laudo es también coherente con el irrelevante papel que el Tribunal otorga al árbitro en el contexto del *espacio judicial europeo*. Tal y como estableciera en su sentencia *Gazprom*, los tribunales arbitrales no se benefician en modo alguno del *principio de confianza* (como sí ocurre entre los jueces de los distintos Estados miembros)¹⁷.

23. Por fin, es evidente que este inciso de la sentencia basta -por sí solo- para convertir una parte muy relevante de la jurisprudencia del TC en materia de arbitraje en papel mojado: negar la revisión de los pronunciamientos *in iudicando* del laudo -como en su momento hizo el TC- es, sencillamente, incompatible con la imposición que el TJUE ahora impone a los jueces encargados del control del laudo: aún a riesgo de ser reiterativo, *examinar todas las cuestiones de hecho y de derecho relevantes*.

¹³ Por solo citar un ejemplo reciente, STSJ de Madrid de 20 de diciembre de 2023, ECLI:ES:TSJM:2023:14663.

¹⁴ Sobre esta jurisprudencia, con mayor detalle *vid.* M. GÓMEZ JENE, *Arbitraje Comercial Internacional*, Madrid, Civitas, 2^a Ed, 2023, pp. 604-608.

¹⁵ STJCE de 23 de marzo de 1982, *Nordsee*, C-102/8, ECLI:EU:C:1982:107.

¹⁶ Sobre el error del TC en este ámbito y la necesidad de un control más intenso, así como la conveniencia de una cuestión prejudicial, *vid.* M. GÓMEZ JENE, “*Arbitraje europeo*: una crítica a la Sentencia del Tribunal Constitucional 65/2021, de 15 de marzo”, *CDT*, 2021, Vol 13, Nº 2, pp. 745-753. *Vid.* también, I. QUINTANA AGUIRRE, “Estándar de protección de los derechos fundamentales y Derecho Europeo en la revisión judicial de los laudos arbitrales”, www.almacendederecho.org

¹⁷ STJUE del 13 de mayo de 2015, *Gazprom*, C-563/13, ECLI:EU:C:2015:316.

IV. Orden público europeo: delimitación de las normas imperativas que lo conforman

24. Asentado todo lo anterior, quedaría todavía por preguntarse qué normas del Derecho de la UE tienen carácter imperativo, con vocación, por tanto, de activar la cláusula de orden público en el control del laudo y anularlo en consecuencia (en caso, por ejemplo, de no aplicación o incluso de aplicación manifiestamente errónea del Derecho de la UE)

25. A este respecto cabe apuntar lo siguiente. Tradicionalmente, el TJUE ha sido reacio a desarrollar un concepto autónomo de orden público *europeo*¹⁸. Por lo menos en el contexto de la interpretación de los Reglamentos de Derecho internacional privado (DIPr), el TJUE se ha limitado a establecer lo siguiente: “*si bien no corresponde al Tribunal de Justicia definir el contenido del orden público de un Estado miembro, sí le corresponde controlar los límites dentro de los cuales los tribunales de un Estado miembro pueden recurrir a este concepto para no reconocer una resolución dictada por un órgano jurisdiccional de otro Estado miembro*”¹⁹. Sin embargo, en la sentencia *Skating*²⁰ -es decir, en un contexto de arbitraje v. Derecho de la UE- el TJUE hace expresa mención a un orden público *europeo*, al afirmar que “*los artículos 101 TFUE y 102 TFUE son disposiciones de efecto directo... que forman parte del orden público de la Unión*”.

26. Esta primera mención al *orden público europeo* en directa relación con el arbitraje se consolida definitivamente con esta sentencia. El reconocimiento expreso de un orden público europeo se manifiesta de forma reiterada en distintos epígrafes de la sentencia. Por solo citar dos epígrafes representativos²¹: “82. ... ese mecanismo [arbitraje] debe concebirse y aplicarse de tal forma que garantice, por una parte, su compatibilidad con los principios que estructuran la configuración jurisdiccional de la Unión y, por otra parte, el **respeto efectivo del orden público de la Unión**”; “85. ... los particulares a los que conciernen esos laudos deben seguir teniendo, en cualquier caso, la posibilidad de obtener un control, por parte de un órgano jurisdiccional... sobre si tales laudos son compatibles con los principios y las disposiciones que forman parte del orden público de la Unión”.

27. Consagrado entonces un *orden público de la Unión*, queda todavía por preguntarse por su alcance, esto es, por las disposiciones que lo conforman. En este contexto, y aun reconociendo el carácter siempre abierto de la cuestión, la sentencia también arroja cierta luz al respecto. Así, el Tribunal matiza, de entrada, que el orden público se compone tanto de *principios* como de disposiciones del Derecho *primario* y disposiciones del Derecho *derivado* de la Unión que tengan carácter esencial para el ordenamiento -también de la Unión-. Por tanto, queda claro que el TJUE concibe que Reglamentos y Directivas, en tanto que Derecho derivado, puedan tener tal consideración, lo que permite presumir, a su vez, que ese orden público de la Unión estará compuesto por un abanico de disposiciones más amplio de lo inicialmente esperable. Evidentemente, será el TJUE quien vaya determinando, caso por caso, qué disposiciones conforman ese orden público; pero estimo que el punto de partida que asumirá el TJUE en este proceso de calificación será particularmente amplio: si atendemos a los principios que debe respetar el legislador de la UE (*principios de subsidiariedad y proporcionalidad*), el carácter esencial de la norma europea es más fácil de justifica .

28. En cualquier caso, si la sentencia *Skating* -en consonancia con la sentencia *Eco Swiss*- ya estableció que los artículos 101 y 102 TFUE forman parte del orden público de la Unión, esta sentencia da un paso más e incluye en ese selecto grupo de normas fundamentales (con efecto directo) los artículos

¹⁸ Por más que la doctrina sobre la cuestión se remonte ya a principios de los años 60: J. H. v. BRUNN, “Der europäische Ordre public”, *NJW*, 1962, pp. 985-989.

¹⁹ Entre otras muchas, STJUE de 16 de julio de 2015, C-681/13, *Diageo Brands*, C-681/13, ECLI:EU:C:2015:471. Como uno de los últimos referentes, STJUE de 4 de octubre de 2024, *Real Madrid*, C-633/22, ECLI:EU:C:2024:843.

²⁰ STJUE de 21 de diciembre 2023, *International Skating Union*, C-124/21 P, ECLI:EU:C:2023:1012.

²¹ La mención al *orden público de la Unión* es constante a lo largo de todo el fallo: párrafos 88, 89, 91, 95, 100, 102, 106, 108, 111, 114, 115, 117, 121, 122 y 125.

45, 56 y 63 TFUE. Dice en concreto: “89. *La libre circulación de trabajadores, la libre prestación de servicios y la libre circulación de capitales, garantizadas respectivamente por los artículos 45 TFUE, 56 TFUE y 63 TFUE*”. Es decir, los tres preceptos controvertidos en el litigio principal, en tanto que disposiciones de orden público, deben ser objeto de un examen efectivo y en profundidad por el órgano judicial competente.

29. Qué duda cabe de que la lista de disposiciones enunciadas es todavía incipiente, pues el TJUE se ha limitado a calificar normas aplicables en los supuestos sometidos a su consideración. Por tanto, cabe esperar que, a medida que se vaya preguntando al Tribunal en el contexto de supuestos distintos, la lista de disposiciones imperativas, que forman parte del orden público de la Unión, irá en aumento. De momento, es incuestionable que el TJUE acepta ya la existencia de un orden público de la Unión que deberá influir decisivamente en la modulación del concepto de *orden público* de cada Estado miembro.

V. El efecto directo del artículo 19 TUE

30. La importancia capital que este precepto tiene para el TJUE ya quedó puesto de manifiesto en su sentencia *Unibet*²². Ahora, el TJUE confirma su *efecto directo* en general (lo que implica, en esencia, que el justiciable puede invocar los derechos que el precepto le confiere sin necesidad de intervención legislativa alguna por los Estados miembros) y en el contexto del arbitraje en particular. Y lo hace señalando que ni este precepto ni el artículo 47 CDFUE “76. ... implica que los justiciables dispongan de una vía de recurso directa cuyo objeto, con carácter principal, impugnar una medida determinada, siempre que existan, por otra parte, en el sistema jurisdiccional nacional de que se trate, una o varias vías de recurso que les permitan obtener, **con carácter incidental**, un control jurisdiccional efectivo de esa medida y que de ese modo garanticen la observancia de los derechos y libertades que el Derecho de la Unión les reconoce”. E insiste en esta idea en otras partes del fallo: “100. ... debe tener la posibilidad de obtener **con carácter incidental**, a instancia de ellos o de oficio, de cualquier órgano jurisdiccional de un Estado miembro que en cualquier forma pueda conocer de ese laudo...”.

31. Pues bien, sabiendo el TJUE como sabe que todo laudo extranjero tiene que ser sometido a un procedimiento de reconocimiento o exequártur conforme a lo previsto en el Convenio de Nueva York de 1958 (CNY) para poder desplegar efectos en el Estado miembro afectado; y sabiendo, por tanto, que todos los Estados miembros tienen un mecanismo de control del laudo a título principal (el mismo procedimiento de reconocimiento o execuártur del laudo extranjero), llama la atención la alusión insistente en la sentencia a un control *incidental*.

32. Es evidente que tal alusión puede deberse a una mera repetición -cita- de su misma jurisprudencia (lo que tiene matices, pues en *Unibet* solo se refiere al control incidental que, en ese caso, ofrecía el Derecho sueco); o puede deberse también a la alusión del Gobierno belga hecha en autos al posible reconocimiento *incidental* al que puede someterse el laudo extranjero en ese país (párrafo 63). A mi juicio, sin embargo, en la cita subyace una crítica a la incompetencia declarada por el tribunal de instancia belga al que se solicitó, entre otras cosas, un pronunciamiento mero declarativo sobre la incompatibilidad del Derecho de la UE con la prohibición de las prácticas denominadas *third-party influence* y *third-party ownership*²³; es decir, critica al tribunal de instancia que no supiera ver el alcance del artículo 19 TUE. Y es que, es cierto que el TJUE ya estableció en su sentencia *YS* que no es exigible la existencia de un cauce autónomo para garantizar los derechos tutelados por el artículo 47 CDFUE, siempre que haya otros cauces. Con todo, se observa también que el TJUE aprueba implícitamente la existencia de ese cauce²⁴.

²² STJUE del 13 de marzo de 2007, *Unibet*, C-432/05, ECLI:EU:C:2007:163.

²³ *Vid.* párrafo 44 de la sentencia.

²⁴ STJUE de 24 de septiembre de 2024, *YS*, C-233/19, ECLI:EU:C:2020:753.

33. Pero, además, estimo que en esta insistencia por el control *incidental* -puesto en relación con los párrafos siguientes de la sentencia, que abundan en el diálogo que supone la cuestión prejudicial- subyace una invitación a conseguir un pronunciamiento de compatibilidad del laudo o del futuro laudo con el Derecho de la UE sin tener que pasar obligatoriamente por el traumático cauce de su anulación. En este sentido, el artículo 19 TUE ofrece al justiciable una vía amplia para plantear soluciones menos drásticas al control del laudo, que podrían plantearse incluso estando abierto el procedimiento arbitral. Posteriormente volveremos sobre esta cuestión, baste ahora con poner de relieve la vertiente constructiva que también subyace al fallo.

VI. Tutela cautelar irrenunciable

34. Si la relevancia de todo lo hasta aquí expuesto no fuera suficiente, cabe destacar que la sentencia en cuestión también “despliega sus efectos” en el concreto ámbito de la tutela cautelar; y nada menos que para recordarnos que, también en relación con el arbitraje, en la particular *dimensión europea*, el Derecho de la Unión impone sus propios límites, que, en buena medida, pueden condicionar las soluciones previstas al respecto en los ordenamientos internos (la tutela cautelar en relación con el arbitraje basada en la autonomía de la voluntad). El hecho de que las manifestaciones del TJUE se enmarquen en el tercer subapartado de la sentencia (referido, en particular, al arbitraje deportivo -forzoso-) no debe limitar, a mi juicio, su alcance a este tipo de arbitrajes. Y es que, no se atisba argumento alguno que así lo recomiende; máxime si consideramos que la tutela judicial efectiva del artículo 47 CDFUE -plenamente aplicable al arbitraje- está en la base de esta cuestión.

35. Sin ánimo de terciar ahora en la cuestión relativa al alcance de la autonomía de la voluntad en la tutela cautelar vinculada al arbitraje, baste ahora con precisar que si el supuesto en cuestión entra dentro del ámbito de aplicación material de la CDFUE -básicamente, aplicación del Derecho UE al fondo de la controversia *ex art. 51 CDFUE-*, habrá de tenerse en consideración lo ahora establecido en esta sentencia, en cuya virtud: “*105. ... todo órgano jurisdiccional nacional que conozca de un litigio regido por el Derecho de la Unión debe estar facultado para conceder medidas cautelares que garanticen la plena eficacia de la resolución que deba adoptarse en cuanto al fondo, incluso en el supuesto de que ese órgano jurisdiccional plantea una petición de decisión prejudicial al Tribunal de Justicia y suspenda el procedimiento a la espera de la respuesta de este. Además, ese órgano jurisdiccional debe inaplicar las normas de Derecho nacional que se opongan a esa facultad... 106. De lo anterior se sigue, por un lado, que los particulares afectados deben tener la posibilidad de solicitar de cualquier órgano jurisdiccional ante el que se haya planteado válidamente la cuestión de si un laudo arbitral es compatible con los principios y las disposiciones que forman parte del orden público de la Unión que les conceda medidas cautelares a la espera de la decisión que se adopte sobre el fondo...*”.

36. Por tanto, no cabe más que concluir que cualquier pacto de las partes que constriña o impida la tutela cautelar del juez en un supuesto de aplicación del Derecho de la UE al fondo de la controversia debe considerarse nulo e ineficaz. La tutela cautelar vinculada al arbitraje en la *dimensión europea* es, por tanto, irrenunciable.

VII. Aportaciones adicionales de la sentencia: coherencia con la jurisprudencia del TEDH y afectación del convenio arbitral

37. Aunque *prima facie* pueda parecer que se trata de aportaciones menos relevantes, la sentencia en cuestión también aborda -siquiera sea incidentalmente- dos cuestiones que, a mi juicio, tienen su importancia. La primera consiste en el alineamiento que el TJUE muestra con la jurisprudencia del TEDH en el concreto ámbito del arbitraje deportivo (arbitraje forzoso). La segunda, como consecuencia de lo anterior, se plasma en el breve comentario que hace sobre la validez formal del convenio arbitral.

38. Respecto de la primera cuestión, cabe empezar destacando que la sintonía entre la jurisprudencia del TEDH y el TJUE es siempre deseable. Sin embargo, ese alineamiento entre ambas jurisprudencias no tiene que darse necesariamente. De hecho, no en todos los ámbitos es coincidente, pues el TJUE ha llegado incluso a ofrecer una concepción propia de los Derechos fundamentales, con un nivel de protección más o menos elevado²⁵. Repárese en que la difícil concurrencia de estos dos tribunales es uno de los motivos que están en el origen de que la UE no forme parte del CEDH²⁶. No obstante, el TJUE está comprometido -e insiste ahora en ello- en interpretar el artículo 47 CDFUE a la luz del artículo 6 CEDH (párrafo 80).

39. Bajo esta premisa, el TJUE asume ahora, con las implicaciones que de ello se derivan, que el sometimiento al arbitraje voluntario debe ser, siempre y en todo caso, *libre, lícito e inequívoco*. Y, en este sentido, el convenio arbitral debe ser *claro y preciso* (párrafos 80 y 81).

40. Pues bien, estas coordenadas, impuestas en aplicación del artículo 47 CDFUE y puestas en relación con las demás manifestaciones de la sentencia, además de tener alguna relevancia tanto para interpretar ciertos convenios arbitrales de redacción controvertida como sobre el principio *favor arbitri* que subyace al artículo 9 de la Ley de Arbitraje (LA), demuestran que la cuestión relativa a la eficacia del convenio arbitral en sus distintas manifestaciones (*ad ex.* extensión del convenio a no firmantes del mismo) pueden ser objeto, en caso de duda, de una cuestión prejudicial. En efecto, si se dan los requisitos de aplicación material de la CDFUE, es perfectamente posible que, en interpretación del artículo 47 CDFUE, el TJUE se manifieste sobre la posible extensión o no de un convenio arbitral a terceros no firmantes del mismo.

41. Con todo, y a diferencia de las manifestaciones puestas de relieve en los epígrafes anteriores, estas dos cuestiones no deben afectar excesivamente en la práctica judicial española, pues ésta sitúa como punto central de la validez del convenio arbitral la constatación de una *voluntad inequívoca* de las partes de someterse a arbitraje²⁷.

VIII. Control incidental: ¿conexidad como motivo de suspensión del reconocimiento del laudo TAS?

42. De la lectura de los hechos que están en el origen de esta sentencia se desprende que, con anterioridad a la incoación del expediente disciplinario por parte de la FIFA-, Doyen y el Club interpusieron demanda ante los tribunales belgas frente a la FIFA, la UEFA y la URBSFA (Federación belga de fútbol). Como hemos apuntado más arriba, en su virtud, se solicitaba que se declarase la incompatibilidad con el Derecho de la UE de las prohibiciones de la FIFA contenidas en el Reglamento ETJ. Entendemos, por tanto, que se buscaba un pronunciamiento mero declarativo del órgano judicial belga en el sentido apuntado.

43. Hemos apuntado también que el tribunal de instancia se declaró incorrectamente incompetente, pues el artículo 19 TUE en relación con el artículo 47 CDFUE “*implica que los justiciales dispongan de una vía de recurso*”, a título principal o incidental. Esta resolución fue recurrida ante la *Cour d'appel*. En ese *interim* se inicia el arbitraje en Suiza; es decir, el arbitraje se inicia después de que se presentase la referida demanda ante el tribunal de instancia (9 de marzo de 2016 como fecha de interposición del recurso ante el TAS, frente a 8 de julio de 2015 como fecha de presentación de la demanda²⁸).

²⁵ Sobre este particular, *vid.* RIPOL CARULLA, “Los Derechos Fundamentales, parte del modo de vida europeo. A propósito de la doctrina sobre los Derechos Fundamentales de la Unión Europea en el 70 aniversario del Tribunal de Justicia”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, Núm. 74 (2023), pp. 11-28.

²⁶ De ahí que la UE no haya ratificado el CEDH. *Vid.* a este respecto el *Dictamen 2/13 de 18 de diciembre de 2014*, ECLI:EU:C:2014:2454.

²⁷ Sobre esta cuestión, *in extenso*, M. GÓMEZ JENE, *Arbitraje Comercial Internacional*, Madrid, Civitas, 2^a Ed, 2023, pp. 239-254.

²⁸ *Vid.* respectivamente párrafos 26 y 44 de la sentencia.

44. Esta particular circunstancia -inicio posterior del arbitraje- plantea de inmediato la posible suspensión del exequáтур del laudo suizo en un Estado miembro de la UE (una suerte de extensión de la doctrina que subyace a la jurisprudencia *London Steam* al supuesto de autos)²⁹. En este sentido, es sabido que el artículo VI CNY permite al juez del exequáтур aplazar la decisión al respecto hasta que el tribunal de origen decida sobre la anulación del laudo cuyo reconocimiento se pretende. Pues bien, si asumimos -como debemos asumir- que el TJUE pretende, como mínimo, un control incidental del Derecho de la UE aplicado en el laudo, extender el ámbito de aplicación de este precepto a supuestos en los que la interpretación del Derecho de la UE aplicable al fondo se haya planteado ante la jurisdicción (ya sea en la de origen, ya sea en la de destino del laudo) es, cuanto menos, recomendable. Habrá que convenir, además, que tal forma de proceder es una buena forma de preservar la *primacía* del Derecho de la UE; una forma prudente de respetar todos los intereses en juego.

45. Aún más: la misma interpretación -buscando la compatibilidad con el Derecho de la UE- es predictable respecto de los artículos II y III CNY. De lo contrario, si en aplicación estricta de estos preceptos, se niega, burla o coarta este control, se corre el riesgo de que el TJUE declare que los artículos examinados en su resolución (19 TUE, 267 TFUE y 47 CDFUE) “se oponen” a cualquier artículo del CNY que impida su aplicación. Estimo, de hecho, que es precisamente por eso por lo que el TJUE nos recuerda expresamente (no lo había hecho hasta ahora) que el Convenio de Nueva York “*no vincula a la Unión*” y que el control del laudo puede hacerse efectivo por aplicación de la cláusula de orden público (párrafo 116).

46. En consecuencia, podrá plantearse siempre y en todo caso ante un tribunal de un Estado miembro con competencia judicial internacional para ello una cuestión como la planteada por el justiciable en autos. Y podrá hacerse antes o después de iniciado el arbitraje, según lo prevean las normas procesales del Estado ante cuyos tribunales pretenda planteare. El efecto directo del artículo 19 TUE y el control *incidental* que esta sentencia proclama, confirman la compatibilidad de esos cauces con el Derecho originario de la UE. Si dicha resolución judicial no fuese firme en el momento del reconocimiento del laudo, una interpretación respetuosa del artículo VI CNY con las normas citadas recomienda la suspensión del procedimiento de reconocimiento hasta que aquélla alcance firmeza. Y en caso de que la sentencia firme sea inconciliable con el laudo, deberá negarse el reconocimiento de este último.

47. No faltarán quienes vean en la interpretación así propuesta una interpretación que mine gravemente la eficacia del arbitraje internacional, en la medida en que, al menos teóricamente, un cauce judicial -en los términos descritos- puede afectar el desarrollo o eficacia del procedimiento arbitral. Pero, a mi juicio, estos supuestos serán siempre muy excepcionales; supuestos, si acaso, como el de autos: un arbitraje con sede en un Estado *no* miembros de la UE y en cuyo seno se aprecie una clara desafección hacia las normas imperativas de la UE para resolver el fondo de la cuestión, aun sabiéndose que el laudo desplegará su eficacia en un Estado miembro de la UE

IX. Relevancia de la sentencia para la jurisprudencia española

48. La relevancia de esta sentencia entre los distintos Estados miembros va a ser muy desigual. En aquellos Estados cuyos tribunales hayan sido tributarios de un control efectivo y en profundidad del laudo que resuelve en aplicación de normas imperativas de la UE (Alemania es el mejor ejemplo), la sentencia en cuestión solo viene a confirmar su buen criterio. Por el contrario, en aquellos otros Estados cuyos tribunales hayan ejercido y ejerzan un control superficial o ligero del laudo -como lamentablemente impuso el TC en España con su “*juicio externo*”- la relevancia será capital: debe implicar, nada

²⁹ STJUE de 20 de junio de 2022, *London Steam*, C-700/20, ECLI:EU:C:2022:488. Las circunstancias son, evidentemente, muy distintas. Aquí no se da un supuesto de litispendencia ni es de aplicación el Reglamento Bruselas I *refundido*. Sin embargo, el razonamiento que subyace sí es, en cierta medida, extrapolable. Al respecto, *vid.* M. GÓMEZ JENE, “*Prestige y Arbitraje europeo: a propósito de la sentencia London Steam-Ship del TJUE (asunto C-700/20)*”, *CDT*, Vol. 14, Nº 2, pp. 1088-1099.

menos, que un cambio radical del modelo de control. Por lo menos para aquellos supuestos en los que la Carta sea de aplicación; si bien tampoco sería muy entendible mantener dos tipos de control distintos dependiendo del origen de la norma imperativa (*europea v. no europea*).

1. Las desafortunadas sentencias del TC

49. La relación entre arbitraje y Derecho de la Unión Europea ha sido examinada por el TC en dos pronunciamientos recientes. El primero, particularmente desafortunado, lo constituye la Sentencia 65/2021, de 15 de marzo³⁰. El segundo, sin acabar de enmendar los errores conceptuales del primero, lo constituye la Sentencia 146/2024, de 2 de diciembre³¹.

50. El primer pronunciamiento, en su afán por enmarcar el arbitraje en la *autonomía de la voluntad* (art. 10 CE) y apartarse del marco necesario que supone la *tutela judicial efectiva* (art. 24 CE), ignoró un dato clave, cual era que al fondo de la controversia, resuelta en equidad, le eran de aplicación normas imperativas del Derecho de la UE: nada menos que las Directivas MIFID. Un mínimo análisis del supuesto de hecho y una mínima búsqueda en la jurisprudencia del TJUE hubiera llevado al TC a citar y resolver de acuerdo con la doctrina asentada -por lo menos- en la sentencia *Almelo*, confirmando en consecuencia la impecable sentencia del TSJ de Madrid que correctamente anuló el laudo. Sin embargo, en un alarde de falta de sensibilidad con el Derecho de la UE y haciendo gala de un desconocimiento severo de la jurisprudencia del TJUE aplicable al caso, el TC proclama una “*irrazonable extensión de la noción de orden público*” al control de la compatibilidad del laudo con las normas imperativas del Derecho de la UE. Tal cual.

51. Ni que decir tiene que tan irrazonable extensión de la noción de orden público es la que ahora exige -lo exigía ya antes, de hecho- el TJUE (*supra* 18 y 19). Se da la circunstancia, por tanto, que lo único irrazonable del caso fue la irrazonable limitación en la apreciación del orden público que el TC impuso; cometiendo, de paso, una grave injusticia (la pervivencia del laudo correctamente anulado). Ya lo advertimos en su momento: “*Por fin, tan severa es la desconexión del TC con la jurisprudencia del TJUE que cabe incluso preguntarse si el mismo Tribunal ha vulnerado el derecho del justiciable a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), en la medida en que no ha resuelto conforme al sistema de fuentes establecido: al supuesto le eran de aplicación los criterios que el TJUE ha establecido reiteradamente en su jurisprudencia y, sin embargo, no han sido aplicados*”³².

52. Interesa destacar que, en su fallo, el TC contempló un limitadísimo examen de las normas imperativas, pero inviable en la práctica en la medida en que prohibía revisar la motivación. Afirma en este sentido el TC que la apreciación de la cláusula de orden público “*sólo puede tener por objeto el análisis de los posibles errores procesales en que haya podido ocurrir 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 anterior*”. Y, sin embargo, dijo también que “*la motivación de los laudos carece de incidencia en el orden público*”. Difícil ecuación.

53. En cualquier caso, es evidente que estas afirmaciones no se sostienen a la vista de lo dicho en el fallo objeto de comentario. Pese a haberlo señalado ya (*supra* 18, 19), insistimos de nuevo en ello, por el cambio tan drástico que la sentencia *Seraing* impone: “*Esta exigencia [de control efectivo] implica,*

³⁰ STC 65/2021, de 15 de marzo, ECLI:ES:TC:2021:65. Cabe señalar que las graves divergencias de esta sentencia con la doctrina del TJUE -en su momento denunciadas- han sido confirmadas en la sentencia objeto de comentario. Al respecto, M. GÓMEZ JENE, “*Arbitraje europeo: una crítica a la Sentencia del Tribunal Constitucional 65/2021, de 15 de marzo*”, *CDT*, 2021, Vol 13, Nº 2, pp. 745-753.

³¹ STC 146/2024, de 2 de diciembre, ECLI:ES:TC:2024:146.

³² M. GÓMEZ JENE, “*Arbitraje europeo: una crítica a la Sentencia del Tribunal Constitucional 65/2021, de 15 de marzo*”, *CDT*, 2021, Vol 13, Nº 2, p. 753.

en principio, que esos órganos jurisdiccionales sean competentes para examinar todas las cuestiones de hecho y de Derecho relevantes para resolver el litigio”. Respecto de la motivación -que afortunadamente no se tomó a pie de la letra por ciertos TSJ³³-, también merece la pena insistir en ello: ese control alcanza a la **interpretación** de los principios y las disposiciones -en sentido amplio- del Derecho de la UE; a las **consecuencias jurídicas**; a la **calificación jurídica**; y, a los **hechos en los términos en que han sido constatados y apreciados por el órgano arbitral**. En consecuencia, es tal el alcance de la revisión que el TJUE exige, que no se aprecia otro cauce que no sea el *examen* minucioso de la motivación para cumplir con el mandato impuesto. Motivación que, al contrario de lo que estima el TC, es un derecho más cubierto por el artículo 47 CDFUE.

54. La segunda sentencia citada -que consiste, básicamente, en una extensa recopilación de su propia jurisprudencia-, si bien incluye en el “juicio externo” el control de las normas imperativas del Derecho de la UE, vuelve a considerar que el TSJ de Madrid extendió irrazonablemente la noción de orden público, ignorando con ello los límites propios de la acción de anulación. Pues bien, de nuevo, lo único irrazonable del caso es la limitación, contraria a las normas nucleares del Derecho de la UE (art. 19 TUE y 47 de la CDFUE) y a la jurisprudencia del TJUE, que impone el mismo TC a la revisión del laudo. En efecto, la sentencia del TSJ de Madrid, que está en el origen del recurso de amparo que resuelve el TC mediante su sentencia, razona de forma exquisita -cita incluida de jurisprudencia del TJUE- por qué considera que al supuesto de hecho le eran de aplicación las normas de Derecho de la competencia de la UE (lo que, a su vez, contrasta con la parquedad absoluta del laudo sobre el particular).

2. La jurisprudencia del TC es incompatible con la jurisprudencia del TJUE: aplicación inmediata de la jurisprudencia *Seraing*

55. Como de lo hasta aquí dicho puede apreciarse, es tal la divergencia existente entre la jurisprudencia del TC y la jurisprudencia *Seraing* y es de tal contundencia el alcance de esta última, que un cambio claro de criterio en la jurisprudencia española es obligado.

56. En este sentido, conviene recordar que la sentencia *Seraing* debe desplegar efectos de inmediato, por lo que, en los supuestos de *dimensión europea*, los TSJ deben -desde ya- dejar de aplicar el irrazonable canon de revisión establecido por el TC e incorporar el amplio y riguroso canon de revisión impuesto por el TJUE. Sin esperar a la -de por demás- muy previsible respuesta que el TJUE dará a la cuestión prejudicial planteada por el TSJ de Madrid en este sentido.

3. La oportunidad de la cuestión prejudicial presentada por el TSJ de Madrid

58. También a la luz de la jurisprudencia anterior a *Seraing*, es fácil entender la oportunidad de la cuestión prejudicial planteada por el TSJ de Madrid³⁴. A mi juicio, el TSJ tenía la obligación de corregir una deriva jurisprudencial -la del TC-que, a luz del control tan laxo que propone de las normas imperativas del Derecho de la UE, ponía seriamente en riesgo, nada menos, que la *primacía* y el *efecto directo* del Derecho de la UE.

³³ Como jurisprudencia de los TSJ posterior a la Sentencia del TC que, con el mejor de los criterios, sí anula por falta de motivación, cabe destacar: TSJ de Galicia de 17 de marzo de 2023, ECLI:ES:TSJGAL:2023:2189; TSJ de Navarra de 26 de octubre de 2023, ECLI:ES:TSJNA:2023:517; TSJ de Madrid de 19 de octubre de 2023, ECLI:ES:TSJM:2023:11599.

³⁴ *Vid.* nota a pie núm. 4. La cuestión prejudicial contiene un voto particular que no comarto. De entrada, no puede hablarse de acto aclarado cuando las interpretaciones de los tribunales de los Estados miembros sobre el canon de control del laudo arbitral son totalmente divergentes. Pero es que, además, resulta que la jerarquía que impone el artículo 5 LOPJ no se aplica en la *dimensión europea*. En clave europea, la jerarquía que prevé este precepto no es tal. De hecho, nada impide que un Tribunal de instancia plantee en sede de ejecución una cuestión prejudicial sobre la interpretación de una norma europea previamente hecha por un TSJ en sede de anulación. La jurisprudencia del TJUE, ignorada también por el TC, es implacable al respecto. *Vid.* como último referente, STJUE de 26 de septiembre de 2024, *Energotehnica*, C-792/22, ECLI:EU:C:2024:788.

59. En este sentido, conviene recordar, además, que el TSJ de Madrid ha basado su cuestión prejudicial sobre el canon de control del laudo arbitral a la luz de las mismas normas invocadas en su momento por la *Cour de cassation* belga en la cuestión prejudicial que ha dado lugar a la sentencia *Seraing* (artículos 19 TUE y 47 CDFUE). En concreto:

- 1) ¿Es compatible con los arts. 47, primer inciso, y 51.1 CDFUE, con el art. 19.1 TUE y con los principios de primacía, eficacia y unidad del Derecho de la UE, que el control judicial sobre la validez de un Laudo arbitral por infracción de normas fundamentales de orden público de la UE (*in casu*, art. 101 TFUE) haya de ser puramente externo, de modo que el órgano jurisdiccional competente de acuerdo con la Ley —arts. 8.5 y 41.1 LA— no pueda revisar, con plenitud de jurisdicción y de acuerdo con la jurisprudencia del TJUE, la decisión de los árbitros de no aplicar el Derecho imperativo de la Unión?
- 2) ¿Es compatible con los arts. 47, primer inciso, y 51.1 CDFUE, con el art. 19.1 TUE y con los principios de primacía, eficacia y unidad del Derecho de la UE, que el control judicial sobre la validez de un Laudo arbitral por infracción de normas fundamentales de orden público de la UE (*in casu*, art. 101 TFUE) haya de ser puramente externo, de modo que el órgano jurisdiccional competente de acuerdo con la Ley —arts. 8.5 y 41.1 LA— no pueda revisar, con plenitud de jurisdicción, si los árbitros han aplicado correctamente el Derecho imperativo de la Unión de acuerdo con la jurisprudencia del TJUE?
- 3) ¿Es compatible con los arts. 47, primer inciso, y 51.1 CDFUE, con el art. 19.1 TUE y con los principios de primacía, eficacia y unidad del Derecho de la UE, que el control judicial sobre la validez de un Laudo arbitral por infracción de normas fundamentales de orden público de la UE (*in casu*, art. 101 TFUE) pueda verse limitado por la doctrina y los criterios que fija la Sentencia del Tribunal Constitucional nº 146/2024, de 2 de diciembre?

60. Parece bastante evidente, por tanto, que todo lo dicho por el TJUE en esta sentencia lo volveremos a leer en la resolución judicial que, a la sazón, dicte el Tribunal de Luxemburgo; resolución judicial que bien podrá revestir la forma de *auto*, habida cuenta de que, en puridad, las cuestiones planteadas por el TSJ de Madrid ya han quedado resueltas.

VII. A modo de conclusión

61. La sentencia objeto de comentario supone un importantísimo desarrollo de la jurisprudencia del TJUE en lo que respecta la relación *arbitraje v. Derecho de la UE*. Es, probablemente, la sentencia más importante dictada por este Tribunal hasta la fecha en esta materia.

62. La sentencia establece que, por aplicación de disposiciones nucleares del Derecho de la UE (arts. 19 TUE, 267 TFUE y 47 CDFUE), el control del laudo arbitral resolviendo disputas en aplicación del Derecho europeo, ya sea a título principal o a título incidental, debe ser efectivo y en profundidad. Alcanza –nada menos– que a la interpretación de los principios y las disposiciones –en sentido amplio– del Derecho de la UE, a las consecuencias jurídicas, a la calificación jurídica y a los hechos.

63. Lo anterior no debería limitar la eficacia del arbitraje comercial. Por ello, el TJUE se conforma con un control *incidental*; un control que no debe pasar obligatoriamente por un traumático cauce de anulación. A futuro, por tanto, habrán de concebirse e incentivarse cauces de colaboración entre la autoridad de control y los árbitros. En este sentido, se ha sugerido ya la participación de la Comisión, por invitación de las partes, en el arbitraje³⁵; también podrán adoptarse soluciones previstas en el Derecho comparado (*Arbitration Act*), consistentes en elevar el laudo a una autoridad judicial para su control antes de dictarlo.

³⁵ E. PASTOR MARTÍNEZ, “De Nordsee a Seraing: arbitrabilidad y protección del orden público europeo en materia de Derecho de Competencia”, *La Ley Mercantil*, 2025, en prensa.

64. Por fin, la sentencia en cuestión afecta totalmente a la cuestión prejudicial planteada por el TSJ de Madrid, pues ya adelanta el sentido de la próxima resolución. En este sentido, es seguro que el TJUE declarará la incompatibilidad de la última sentencia del TC con el artículo 47 CDFUE. Este artículo de la Carta se opone a un canon de control del laudo limitado como proclama el TC. Por tanto, en la *dimensión europea*, los TSJ deben aplicar, desde ya, el canon exigido por el TJUE en sede de anulación o execuáтур, dejando de aplicar el canon de “control externo” que ha configurado el TC en su jurisprudencia.