

Sobre la anulación del laudo: el marco general y algunos problemas

Jesús Remón Peñalver

Abogado
Despacho Uría Menéndez

*Abstract**

En todos los sistemas jurídicos existe la posibilidad de instar la revisión en vía judicial de la validez de un laudo arbitral por motivos tasados, que nunca pueden afectar a la decisión de los árbitros sobre el fondo del asunto. El examen de los distintos sistemas de anulación del laudo pone de manifiesto la importancia de la elección de la sede del arbitraje. Contra la decisión que pone término al juicio de anulación no cabe ningún recurso salvo el de amparo. El Tribunal Constitucional enseña que el laudo arbitral no puede ser objeto de amparo directo del mismo modo que las garantías del artículo 24 de la Constitución no pueden trasladarse con el mismo rango de derecho fundamental al procedimiento arbitral.

El sistema jurídico español no admite el “pacto de exclusión” de la acción de anulación en el convenio arbitral, como sucede en la mayor parte de los sistemas comparados que nos son más próximos. Este dato no afecta en modo alguno a la solidez y eficacia de nuestro sistema de arbitraje.

Finalmente, se aborda el problema de la actuación de los árbitros, en el arbitraje de Derecho, cuando la pretensión de alguna de las partes se funda en que la ley aplicable al caso y relevante para decidir el fondo es contraria a la Constitución o al Derecho comunitario.

In every legal system there is a possibility to request the courts to review the validity of an arbitral award on listed grounds, which can never affect the arbitrators substantive decision. The analysis of the various systems of challenging an award reflects the importance of the choice of the arbitration seat. There is no legal remedy against the decision ending the challenge of an award, with the exception of an application for a declaration of fundamental rights (“recurso de amparo constitucional”). The Constitutional Court shows that the arbitral award cannot be subjected directly to such application (“recurso de amparo”), just as the guarantees of article 24 of the Constitution cannot be transferred in their position as a fundamental right to the arbitration procedure.

The Spanish legal system does not permit the “exclusion clause” of the right to challenge an award in the arbitral agreement as happen in most comparative legal systems. This fact does not affect in anyway the soundness and effectiveness of the Spanish arbitration system.

Finally, we will analyze the problem of the intervention of the arbitrators in an arbitration at law, when the claim of any of the parties is based on the fact that the applicable law which is relevant to substantively decide the matter, is against the Constitution or European Union Law.

Title: Regarding the Challenge to an Award: General Framework and some Problems

Keywords: Arbitration, Award, Action to set aside the Award, Waive, Public Order.

* Jesús Remón Peñalver es socio de Uría Menéndez, Abogado del Estado en excedencia y Profesor Asociado de la Universidad Carlos III.

Sumario

1. El marco general
2. El modelo español
3. La renuncia a la acción de anulación
4. Un apunte final sobre el orden público como motivo de anulación
5. Bibliografía

1. El marco general

La clave del arbitraje se encuentra en la autonomía de la voluntad. Las partes determinan la ley aplicable, fijan el procedimiento y designan o acuerdan el modo de designación del árbitro o árbitros que resolverán sus controversias. Pero en la práctica totalidad de los ordenamientos jurídicos ese acuerdo de excluir de la jurisdicción la decisión sobre el fondo del asunto no impide el establecimiento de un sistema de control del procedimiento arbitral y de los laudos por los órganos judiciales del lugar del arbitraje.

En su sesión plenaria del 11 de diciembre de 1985, la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional aprobó la Ley modelo sobre arbitraje comercial internacional (en adelante, Ley Modelo) que, junto con la Convención sobre reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras de 1958 (en adelante, Convención de Nueva York), ha contribuido de manera decisiva al establecimiento de un marco jurídico internacional cada vez más uniforme para la solución en la vía arbitral de las controversias nacidas de las relaciones comerciales internacionales.

Las medidas adoptadas por la Ley Modelo para tratar de impulsar la convergencia de los diferentes regímenes de anulación de laudos arbitrales fueron dos: (i) proponer un solo tipo de recurso a un órgano judicial como medio de impugnar activamente el laudo; y (ii) disponer una lista taxativa de motivos de impugnación, que coincide esencialmente con la consagrada en el artículo V de la Convención de Nueva York para denegar el reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros. El modelo persigue hacer compatible la eficacia del arbitraje con las garantías debidas en el procedimiento y, por eso mismo, la impugnación no traslada al juez el conocimiento y decisión del fondo del asunto. La decisión de fondo está encomendada a los árbitros¹. La jurisdicción concentra su papel de control en los posibles vicios *in procedendo* y la garantía del orden público constituye un mero límite negativo, “un contrapunto o contrapeso no menos exasperante que imprescindible”².

Esta directa vinculación entre los motivos de anulación y las causas de denegación del reconocimiento y la ejecución de laudos extranjeros es uno de los aspectos esenciales para poner de

¹ En el Reino Unido, la *Arbitration Act* de 1996 establece en su § 69 un recurso sobre puntos de derecho (*appeal on point of law*), que puede ser excluido por acuerdo de las partes, y que permite la corrección de errores evidentes en cuestiones de interés público. En Francia, los artículos 1482 y 1486 del *Nouveau Code de Procédure Civile* regulan un recurso de apelación al que las partes pueden renunciar haciéndolo constar así en el convenio arbitral. En Italia, como explica Mauro RUBINO SAMMARTANO (2002, p. 901), “*la violazione delle norme di diritto sostanziale, ossia l’error in iudicando, è oggetto di un separato motivo di nullità della decisione arbitrale, che è escluso qualora le parti abbiano autorizzato gli arbitri a decidere secondo equità o abbiano dichiarato le decisione arbitrale non impugnabile*”. Sin embargo, el sistema español, como luego se verá, se ajusta con gran fidelidad a la Ley Modelo y contra el laudo sólo cabe la acción de anulación y, en los casos excepcionales previstos en la Ley de Enjuiciamiento Civil, la revisión.

² CADARSO PALAU (2004, pp. 435-436) explica que es “exasperante, por la tradicional dificultad de su definición o concreción, dado su carácter pluridimensional e irremediamente mudable en el espacio y en el tiempo. Imprescindible, por la pura consideración pragmática de que, por elevado que sea el grado de emancipación o deslocalización del arbitraje, su misma aspiración a la eficacia le impide desentenderse por entero del orden público de, al menos, el lugar donde previsiblemente el laudo haya de ser ejecutado”.

relieve la importancia que tiene la elección de la sede en el arbitraje. El artículo V.1. e) de la Convención de Nueva York dispone, en efecto, que

“Sólo se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de la sentencia, a instancia de la parte contra la cual es invocada, si esta parte prueba ante la autoridad competente del país en que se pide el reconocimiento y la ejecución: (...) e) que la sentencia no es aún obligatoria para las partes o ha sido anulada o suspendida por una autoridad competente del país en que, o conforme a cuya ley, ha sido dictada esa sentencia”.

En la aplicación de este principio, la mayor parte de las legislaciones siguen el criterio territorial (autoridad competente del país dónde se dictó el laudo) y no el procedimental (autoridad competente del país conforme a cuya ley fue dictado el laudo). En consecuencia, la regla general es que la anulación del laudo por la jurisdicción del país de la sede es causa de denegación de su reconocimiento y ejecución o, dicho de otra forma, que “la ‘vulnerabilidad’ del laudo o sentencia arbitral en su Estado de origen es exportada (...) a los demás Estados contratantes del convenio”³.

El principio es, pues, que la anulación del laudo en el Estado en que se haya dictado impide su ejecución en todos los demás Estados contratantes. Hay, no obstante, que tener en cuenta que la Convención de Nueva York deja en total libertad a los Estados contratantes para determinar los motivos de anulación. En el asunto *Berardi v. Clair* los Tribunales franceses denegaron el reconocimiento de un laudo dictado en Ginebra, que había sido anulado en Suiza por considerarse “arbitraria” la decisión sobre el fondo del asunto. Se puso entonces de relieve que el sistema de la Convención de Nueva York no es un sistema cerrado sino abierto a los diferentes modelos por la remisión implícita en su artículo V.1 e)⁴, que convierte en potenciales causas de denegación del reconocimiento y ejecución del laudo extranjero a los motivos de anulación establecidos en la legislación de cualquiera de los Estados contratantes. El riesgo latente se encuentra en que puede haber legislaciones nacionales que incluyan causas de anulación completamente extrañas a los principios del sistema internacional de arbitraje o contrarios al orden público del lugar de ejecución o que la sentencia de anulación aparezca como abusiva o manifiestamente arbitraria.

Para atajar estos riesgos, algunas opiniones recalcaron que la Convención no impone la denegación del reconocimiento del laudo extranjero anulado sino que *faculta* al tribunal de la ejecución para denegarla (PAULSSON, 1983)⁵. De hecho, en la jurisprudencia francesa no es extraño encontrarse con

³ VIRGÓS SORIANO (2006, p. 661). La ejecución en un Estado contratante de un laudo anulado por la jurisdicción de la sede sería, sin duda, una patología a la que sólo cabría encontrar alguna explicación si el motivo de anulación fuese manifiestamente contrario al orden público del lugar de ejecución.

⁴ PARK (1999, p. 805), en esta línea, advierte lo siguiente: “*unconditional respect for all foreign annulments will hardly promote efficient arbitration, since an award might be annulled in bad faith or in violation of fundamental notions of justice*”.

⁵ REISMAN (1992, p. 115) explica que en el fondo de este debate hay un problema de versiones de la Convención: “*Because of the language in the English text of the convention, the control system has appeared to some to be optional rather than*

casos de ejecución de laudos extranjeros anulados. Pero fuera del caso excepcional de que se trate de un motivo de anulación contrario al orden público del país de la ejecución, la lógica del sistema postula a favor de dotar de eficacia *erga omnes* a la anulación del laudo.

En esta línea, POUURET y BESSON (2002, p. 963) han destacado los inconvenientes de la línea jurisprudencial de la *Cour de cassation* que, en esencia, provoca un conflicto entre jurisdicciones, convierte al juez del exequátur en censor de la jurisdicción de la sede (que fue la elegida por las partes), genera un doble control judicial del laudo y consagra la prevalencia de la ley del lugar de ejecución sobre la ley del lugar del arbitraje⁶.

La eficacia del arbitraje se vería, en efecto, seriamente dañada con una lectura de la Convención como la auspiciada por esa jurisprudencia, que favorece el “*cherry picking*” de jurisdicciones y abre el riesgo de quedar sujetos a laudos contradictorios sobre el fondo en dos Estados distintos (porque la ejecución del laudo anulado no impedirá que en el Estado de origen pueda dictarse un segundo laudo en sustitución del anulado)⁷. No parece necesario asumir esos inconvenientes cuando los riesgos derivados de posibles causas de anulación extrañas al sistema o no homologadas internacionalmente pueden evitarse con una cuidadosa selección de la sede del arbitraje. Los riesgos no son, además, excesivos porque paulatina pero incansablemente se están dando pasos de importancia en la homogeneización de las distintas legislaciones estatales de arbitraje. La solución definitiva merecería ser abordada mediante una regulación detallada de los conflictos que puedan surgir en este campo entre los órdenes jurisdiccionales de los distintos Estados, que no aparecen resueltos en la Convención de Nueva York pero tampoco en los Convenios de Bruselas y Lugano ni en el Reglamento CE 44/2001, que excluyen el arbitraje de su ámbito de aplicación.

imperative: recognition and enforcement of the award may be refused but may be refused 'only' if there is proof of a defect, as detailed by the convention. The French text of the convention, which is equally authentic, suggests that the control system is mandatory. The Spanish text is even more clearly mandatory”.

⁶ Quienes se hacen eco de la propuesta de FOUCHARD (1997, pp. 329-352) de suprimir la posibilidad de control del laudo por la jurisdicción de la sede para reservarlo al juez del exequátur. La misma solución fue adoptada por la Ley belga de 27 de marzo de 1985, que suprimió cualquier vía de impugnación del laudo. Como explican FOUCHARD, GAILLARD y GOLDMAN (1999, p. 912), “*this innovative provision, which was intended to promote arbitration in Belgium, has some success. In particular, it may well be the case that this provision influenced the choice of Brussels as the seat of arbitration made in the Channel Tunnel contract between ten Anglo-French construction contractors and a pool of banks*”. El sistema fue abandonado con la Ley de 19 de mayo de 1998, que siguió un modelo similar al suizo de admisibilidad de la renuncia previa a la acción de anulación en determinadas condiciones.

⁷ En la literatura internacional suele citarse el *Chromally case*. La jurisdicción egipcia anuló un laudo dictado a favor de una empresa norteamericana. Los tribunales americanos y franceses optaron, no obstante, por reconocer y ejecutar el laudo, al amparo del artículo VII de la Convención de Nueva York: “Las disposiciones de la presente convención no afectarán la validez de los acuerdos multilaterales o bilaterales relativos al reconocimiento y la ejecución de las sentencias arbitrales concertados por los Estados contratantes ni privarán a ninguna de las partes interesadas de cualquier derecho que pudiera tener a hacer valer una sentencia arbitral en la forma y medida admitidas por la legislación o los tratados del país donde dicha sentencia se invoque”. El mismo criterio siguió la *Cour de cassation* francesa en casos como *Hilmarton*, *Norsolor* o *Polish Ocean Line*.

2. El modelo español

La Ley española de arbitraje de 23 de diciembre de 2003 (LA) sigue a la Ley Modelo. En consecuencia, contra un laudo definitivo podrá ejercitarse la denominada acción de anulación, que no es ninguna segunda instancia que pueda permitir al Tribunal⁸ completar o corregir el laudo porque no alcanza al fondo del asunto sino únicamente a los presupuestos del arbitraje y al desarrollo del procedimiento⁹. De forma que el objeto de la acción de anulación no es la controversia suscitada entre las partes sino una revisión, por motivos tasados, de la validez del laudo¹⁰.

Los motivos de anulación, como los de la Ley Modelo, configuran una triple escala de control:

- a) El control de la existencia y validez del convenio arbitral.
- b) El control de la regularidad del procedimiento en garantía del derecho de defensa y de los principios de igualdad, audiencia y contradicción.
- c) El control sobre el fondo, estrictamente limitado a la garantía del orden público.

El Tribunal Supremo español enseña que el hecho de que el legislador haya excluido de todo recurso

⁸ El conocimiento y decisión de la acción de anulación corresponde a las Audiencias Provinciales.

⁹ Contra los laudos cabe también interponer revisión, dentro de los cinco años siguientes a la notificación del laudo y en los plazos fijados en la Ley de Enjuiciamiento Civil, ante la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo y sólo por los motivos tasados que enuncia el artículo 510 de la Ley de Enjuiciamiento Civil: si después de pronunciado el laudo se recobrasen u obtuviesen documentos decisivos, de los que no se hubiera podido disponer por fuerza mayor o por obra de la parte a cuyo favor se hubiera dictado; si el laudo hubiera recaído en virtud de documentos que al tiempo de dictarse ignoraba una de las partes haber sido declarados falsos en un proceso penal o cuya falsedad se declarase después en la vía penal; la posterior condena por falso testimonio de los peritos y testigos del procedimiento, si bien el Código Penal únicamente tipifica el falso testimonio prestado en “causa judicial” o ante “tribunales internacionales” (arts. 458 y 459 del Código Penal), lo que hace difícilmente trasladable al arbitraje este motivo de revisión; o si el laudo se hubiera ganado injustamente en virtud de cohecho, violencia o maquinación fraudulenta.

¹⁰ El artículo 41 de la Ley española de arbitraje, de 23 de diciembre de 2003, dispone lo siguiente: “1. El laudo sólo podrá ser anulado cuando la parte que solicita la anulación alegue y pruebe: a) que el convenio arbitral no existe o no es válido; b) que no ha sido debidamente notificada de la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales o no ha podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos; c) que los árbitros han resuelto sobre cuestiones no sometidas a su decisión; d) que la designación de los árbitros o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo entre las partes, salvo que dicho acuerdo fuera contrario a una norma imperativa de esta Ley o, a falta de dicho acuerdo, que no se han ajustado a esta Ley; e) que los árbitros han resuelto sobre cuestiones no susceptibles de arbitraje; f) que el laudo es contrario al orden público. 2. Los motivos contenidos en los párrafos b), e) y f) del apartado anterior podrán ser apreciados por el Tribunal que conozca de la acción de anulación de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal en relación con los intereses cuya defensa le está legalmente atribuida. 3. En los casos previstos en los párrafos c) y e) del apartado 1, la anulación afectará sólo a los pronunciamientos del laudo sobre cuestiones no sometidas a decisión de los árbitros o no susceptibles de arbitraje, siempre que puedan separarse de las demás. 4. La acción de anulación del laudo habrá de ejercitarse dentro de los dos meses siguientes a su notificación o, en caso de que se haya solicitado corrección, aclaración o complemento del laudo, desde la notificación de la resolución sobre esta solicitud, o desde la expiración del plazo para adoptarla”.

a la sentencia que resuelve la pretensión anulatoria de un laudo no entraña ninguna vulneración del contenido del derecho a la tutela judicial efectiva, que reconoce el artículo 24 de la Constitución. Esa exclusión responde a una legítima opción legislativa, que el Tribunal Supremo asocia en su Auto de 21 de febrero de 2006¹¹ a “la especial función de la institución arbitral y el efecto negativo del convenio arbitral, que veta por principio la intervención de los órganos jurisdiccionales para articular un sistema de solución de conflictos extrajudicial, dentro del cual la actuación de los Tribunales se circunscribe a actuaciones de apoyo o de control expresamente previstas por la ley reguladora de la institución (cfr. art. 7 LA)”. Y añade el Tribunal Supremo:

“Es consustancial al arbitraje, por lo tanto, la mínima intervención de los órganos jurisdiccionales por virtud y a favor de la autonomía de la voluntad de las partes, intervención mínima que, tratándose de actuaciones de control, se resume en el de la legalidad del acuerdo de arbitraje, de la arbitrabilidad – entendida en términos de disponibilidad, como precisa la exposición de motivos de la Ley 60/2003- de la materia sobre la que ha versado, y de la regularidad del procedimiento de arbitraje. Para ello, tal y como asimismo se señala en el Preámbulo de la vigente Ley de Arbitraje, se contempla un cauce procedimental que satisface las exigencias de rapidez y de mejor defensa, articulando el mecanismo de control a través de una única instancia procesal, que se sujeta a las reglas del juicio verbal, y cuya competencia se atribuye a las Audiencias Provinciales”.

La acción de anulación no es, pues, un recurso sino una acción rescisoria (FERNÁNDEZ BALLESTEROS, 2004, p. 412)), cuyo ejercicio da lugar a un proceso declarativo especial en el que “se pretende tan sólo que el Tribunal se pronuncie acerca de la validez o no del laudo” (HINOJOSA SEGOVIA, 2006, p. 513). Pero el laudo es ejecutable aunque se haya ejercitado la acción de anulación, sin perjuicio de que el ejecutado pueda solicitar la suspensión de la ejecución siempre que ofrezca caución por el

¹¹ La corrección de esta válida opción legislativa es asimismo evidente desde una perspectiva estrictamente constitucional ya que, como recuerda el Tribunal Supremo en el Auto de la Sala Primera de 21 de febrero de 2006, citado en el texto, nuestra jurisprudencia constitucional tiene repetidamente declarado que no existe, fuera del ámbito penal, un derecho a los recursos, a la doble instancia o a un determinado tipo de recurso, siendo posible que el legislador no prevea ningún recurso contra algunos tipos de resoluciones o los subordine a la concurrencia de determinadas condiciones, sin que de la Constitución española deriva tampoco una exigencia a una protección jurisdiccional incondicionada dada la naturaleza de derecho prestacional que presenta el derecho a la tutela judicial efectiva. En idéntica dirección se ha pronunciado el Tribunal Constitucional. La STC 176/1996, de 11 de noviembre, enseña que una vez elegida la vía arbitral, “ello supone tan sólo que en la misma ha de alcanzarse el arreglo de las cuestiones litigiosas mediante la decisión del árbitro y que el acceso a la jurisdicción (pero no su ‘equivalente jurisdiccional’ arbitral, SSTC 15/1989, 62/1991 y 174/1995) legalmente establecido será sólo el recurso por nulidad de la LA y no cualquier otro proceso ordinario en el que sea posible volver a plantear el fondo del litigio tal y como antes fue debatido en el proceso arbitral”. La misma orientación es seguida en la reciente STC 352/2006, de 14 de diciembre, y en el ATC 231/1994, de 18 de julio, cuyo FJ 3º enseña que “en definitiva, versando el arbitraje en todo caso sobre materias informadas por el principio dispositivo y teniendo por norte la resolución extrajudicial de conflictos de intereses, libremente acordada, las exigencias derivadas del art. 24 de la Constitución se satisfacen sobradamente con los mecanismos y supuestos de anulación previstos en la vigente Ley de Arbitraje, por cuanto aseguran un *minimum irrenunciable* (el respeto al convenio arbitral libremente pactado, a la propia Ley de Arbitraje y a las garantías del propio art. 24 C.E.) , más allá del cual, por la vía de la revisión judicial de fondo, quedaría desnaturalizada la institución del arbitraje”.

valor de la condena más los daños y perjuicios que pudieran derivarse de la demora en la ejecución del laudo (art. 45 LA).

Contra la sentencia que resuelva la anulación sólo podrá interponerse recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional siempre que se invoque la lesión de algún derecho fundamental. La interposición del recurso de amparo tampoco impide la ejecución del laudo.

El Tribunal Constitucional ha insistido en que el laudo arbitral no puede ser objeto de impugnación directa por medio del recurso de amparo, ya que “carece de jurisdicción para enjuiciar el laudo arbitral en sí mismo considerado, por cuanto como acto no referible a ningún tipo de poder público (art. 41.2 LOTC), resulta extraño al ámbito y función del proceso constitucional de amparo (SSTC 176/1996, de 11 de noviembre, FJ 1; 13/1997, de 27 de enero, FJ 2)” (STC 9/2005, de 17 de enero, FJ 2). El recurso de amparo se dirigirá, por tanto, contra la sentencia que resuelva la pretensión de anulación del laudo¹². La práctica confirma que, normalmente, los recursos de amparo interpuestos contra sentencias dictadas en procesos de anulación de laudos suelen invocar lesiones del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y que son muy pocos los recursos de amparo que pasan de la fase de admisión¹³.

La vía del amparo constitucional ha servido, sin embargo, para que la jurisprudencia constitucional precise que las garantías contenidas en el artículo 24 de la Constitución no pueden trasladarse con el mismo rango de derecho fundamental al procedimiento arbitral para basar en determinadas irregularidades o vicisitudes ocurridas durante su tramitación la nulidad del laudo. Las exigencias del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva se dirigen, en principio, a la actividad jurisdiccional estatal y, con respecto al arbitraje,

“sólo proyecta sus garantías con el carácter de derechos fundamentales a aquellas fases del procedimiento arbitral y a aquellas actuaciones para las cuales la Ley prevé la intervención jurisdiccional de los órganos judiciales del Estado, entre las más relevantes, la formalización judicial del arbitraje (en esta fase se situó el conflicto que dio lugar, por ejemplo, a la STC 233/1988, de 2 de diciembre), el recurso o acción de anulación y la ejecución forzosa del laudo” (STC 9/2005, cit., FJ 2).

¹² Como dice el ATC 179/1991, de 17 de junio, “no corresponde a esta jurisdicción [constitucional] dirimir si a la recurrente en amparo se le causó indefensión en el proceso arbitral, pues las garantías que consagra el art. 24 de la CE se refieren a la actividad prestacional de los órganos jurisdiccionales del Estado, sino comprobar si el órgano judicial al verificar las formalidades y requisitos legales del arbitraje ha vulnerado el derecho de la solicitante de amparo a la tutela judicial efectiva, al desestimar el recurso de anulación mediante una resolución judicial que pudiera ser arbitraria, manifiestamente irrazonada o irrazonable”.

¹³ La reciente reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional por la LO 6/2007, de 24 de mayo, ha sustituido el anterior sistema de causas tasadas de inadmisión del recurso por otro en el que el recurrente deberá alegar que el contenido del recurso justifica una decisión sobre el fondo en razón de su especial trascendencia constitucional, “que se apreciará atendiendo a su importancia para la interpretación de la Constitución, para su aplicación o para su general eficacia, y para la determinación del contenido y alcance de los derechos fundamentales” (art. 50.1 LOTC).

3. La renuncia a la acción de anulación

Como medida para aumentar el atractivo y la eficacia del arbitraje internacional en Suiza, liberar de trabajo al Tribunal Federal y poner coto a maniobras dilatorias de la parte perdedora, el artículo 192 de la Ley federal suiza para el derecho internacional privado de 18 de diciembre de 1987 (LDIP) permitió la renuncia anticipada a la acción de anulación siempre que ninguna de las partes del contrato tenga su domicilio, residencia o establecimiento en Suiza¹⁴. Naturalmente, la renuncia debe constar por escrito y ser consciente, deliberada y voluntaria.

Las discusiones acerca de las ventajas y la admisibilidad o no de la renuncia se plantean, fundamentalmente, en el arbitraje internacional¹⁵. Son tres los principales argumentos que suelen esgrimirse en apoyo de esta posibilidad. El primero es el de la *eficacia*, que enfatiza las ventajas de evitar estrategias de defensa dirigidas a preconstituir motivos de anulación o maniobras dilatorias una vez conocido el laudo. Si las partes han incluido en la cláusula arbitral un pacto de renuncia preventiva a la impugnación carecerán de sentido esas estrategias y las partes habrán de concentrarse en la defensa de sus respectivas posiciones de fondo facilitando la agilidad del procedimiento. El segundo argumento es de corte *sociológico* y atiende al hecho de que el interés de los árbitros por mantener intacta su reputación y autoridad es garantía suficiente de la corrección de los laudos. El control judicial sería, desde esta óptica, innecesario. El tercero de entre los argumentos que suelen aducirse es estrictamente *técnico* y se condensa en las disfunciones que se imputan a un sistema de doble control del laudo, primero, por la jurisdicción de la sede en la vía de la anulación, y más tarde, por el juez del exequátur en el proceso dirigido al reconocimiento y ejecución de los laudos extranjeros.

Ninguna de estas justificaciones resulta, en mi opinión, realmente decisiva. La eficacia del arbitraje está asegurada siempre que no se reconozca a la acción de anulación efectos suspensivos de la ejecución del laudo, como se ha visto que hace la Ley española de arbitraje de 2003. La posibilidad de

¹⁴ Esta posibilidad, seguida también por el Código tunecino de Arbitraje (1993), la Ley belga de 19 de mayo de 1998 y la *Arbitration Act* sueca de 1999, no ha estado exenta de críticas. BERGER (1993, p. 721) explica que el Profesor HEINI, uno de los miembros de la comisión redactora de la ley suiza, “*now admits that the provision in ‘simply untenable’ and that the Swiss legislature was ‘probably much too naïve’*”. Una clara exposición de los distintos sistemas se encuentra en FOUCHARD, GAILLARD y GOLDMAN (1999, p. 910-913); y en PLOUDRET y BESSON (2002, p. 826-833).

¹⁵ La cuestión es tratada *in extenso* por José F. MERINO MERCHÁN y José M^a CHILLÓN MEDINA (2006, pp. 1765-1769); y por M^a Victoria CUATERO RUBIO (1997, pp. 111-132). El artículo 28 del Reglamento de arbitraje de la CCI, vigente desde el 1 de enero de 1998, prevé que “todo laudo es obligatorio para las partes. Al someter su controversia a arbitraje según el Reglamento, las partes se obligan a cumplir sin demora cualquier laudo que se dicte y se considerará que han renunciado a cualesquiera vías de recurso a las que puedan renunciar válidamente”. El artículo 26.9 del Reglamento de la *London Court of International Arbitration* (LCIA) establece, por su parte, que “las partes renuncian irrevocablemente a cualesquiera vías de recurso de apelación o revisión ante cualquier juzgado o autoridad judicial competente, siempre que dicha renuncia pueda ser válidamente realizada”. El Convenio de Washington establece un sistema arbitral (ICSID), que excluye la revisión del laudo ante cualquier tribunal estatal.

control judicial del laudo también tiene ventajas porque, rectamente entendida, permitirá a la jurisdicción de la sede fijar pautas uniformes de ordenación del procedimiento y servirá como un factor de garantía del arbitraje¹⁶. Y, en fin, la conveniencia de evitar el doble control afecta sólo a los laudos extranjeros y no es, en rigor, un grave inconveniente si se atiende al paralelismo existente entre las causas de denegación del reconocimiento conforme a la Convención de Nueva York y los motivos de anulación que, siguiendo la pauta de la Ley Modelo, figuran en la mayoría de las legislaciones de nuestro entorno económico y cultural.

La Ley española de arbitraje no contiene ninguna previsión expresa sobre la renuncia anticipada a la acción de anulación o “pacto de exclusión” (*exclusión agreement*). Nada tiene que ver con este supuesto la previsión del artículo 6 de la Ley de Arbitraje que, sobre la base del artículo 4 de la Ley Modelo¹⁷, dispone que

“si una parte, conociendo la infracción de alguna norma dispositiva de esta ley o de algún requisito del convenio arbitral, no la denunciare dentro del plazo previsto para ello o, en su defecto, tan pronto como le sea posible, se considerará que renuncia a las facultades de impugnación previstas en esta ley”.

La simple lectura de la norma descubre que el supuesto de hecho que delimita es distinto. En primer lugar, porque no contempla la renuncia preventiva, en el mismo convenio arbitral, sino una renuncia abdicativa en el curso del procedimiento. Y, en segundo lugar, porque ciñe sus previsiones a las infracciones de normas dispositivas de la Ley o de los requisitos del convenio. La generalidad del precepto y la técnica empleada ha sido criticada por la doctrina¹⁸. Pero es lo cierto que lo que realmente consagra es un “mecanismo de preclusión del tiempo de pedir la anulación y la revisión del laudo”¹⁹, cuya aplicación razonable debe conducir a que el control judicial de los motivos de anulación que se vayan poniendo de manifiesto en el curso del procedimiento arbitral tenga un carácter marcadamente subsidiario. En otras palabras, que no cabrá invocar una infracción cometida en el procedimiento como motivo de anulación si no se dio con anterioridad oportunidad a los

¹⁶ BERGER (1993, p. 722) sostiene que “*the ‘prophylactic’ effect of means of recourse granted against the final award by the lex loci arbitri is a decisive factor for arbitral integrity*”.

¹⁷ El artículo 4 de la Ley Modelo dice que “se considerará que la parte que prosiga el arbitraje conociendo que no se ha cumplido alguna disposición de la presente Ley de la que las partes puedan apartarse o algún requisito del acuerdo de arbitraje y no exprese su objeción a tal incumplimiento sin demora injustificada o, si se prevé un plazo para hacerlo, dentro de ese plazo, ha renunciado a su derecho a objetar”.

¹⁸ Antonio HERNÁNDEZ-GIL (2006, p. 231) insiste “en que la generalidad de este precepto sólo puede paliarse con una amplia dosis de prudencia arbitral, primero, y jurisdiccional, después”. Félix J. MONTERO (2004, pp. 65-66) sostiene que la norma establece una presunción legal *iuris tantum*, que admitiría prueba en contrario, pero que “resulta difícil imaginar qué prueba puede presentarse que no sea precisamente la denuncia tempestiva de la infracción”. El texto del precepto no autoriza realmente, a mi juicio, a hablar de presunción. El artículo 6 de LA más bien parece imponer una consecuencia legal automática a la falta de denuncia tempestiva.

¹⁹ Luis MARTÍ MINGARRO (2004, p. 75).

árbitros de corregirla²⁰.

Este entendimiento de la acción de anulación como remedio subsidiario parece haberse decantado en la práctica judicial española. Las Sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid de 28 de septiembre de 2002 (Sección 10ª) -JUR 2003\99108-, de 18 de marzo de 2004 (Sección 10ª) -AC 2004\1030- y de 26 de abril de 2005 (Sección 21ª) -JUR 2005\157628- entienden que la acción de anulación no autoriza a la parte perjudicada por el laudo a suscitar sorpresivamente cuestiones que, pudiendo serlo, no fueron planteadas tempestivamente en el curso del procedimiento arbitral. Por lo demás, en la práctica arbitral no es extraño que, al final del procedimiento, los árbitros den oportunidad a las partes de prestar su conformidad o reparos a la tramitación para dar ocasión a corregir algún defecto que pudiera haberse producido y sea subsanable.

A falta de una previsión legal expresa, la solución al problema de la admisibilidad del “pacto de exclusión” hay que encontrarla en los principios generales de nuestro ordenamiento y, en particular, en los límites impuestos a la autonomía de la voluntad y a la exclusión voluntaria de la ley aplicable.

El artículo 1255 del Código Civil dispone 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”.

Y, por su parte, el artículo 6.2 del propio Código Civil establece:

“La exclusión 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”.

Sobre estas bases no parece difícil concluir que el llamado “pacto de exclusión” dibuja un supuesto de exclusión voluntaria de la ley aplicable más que de estricta renuncia de derechos. Lo que se persigue es determinar el contenido de la relación jurídica gobernada por la cláusula arbitral de forma distinta a como lo hace la Ley de Arbitraje y, eso sí, esa determinación se realiza mediante una recíproca renuncia de las partes al ejercicio de la acción de anulación.

²⁰ Los motivos de anulación que establece el artículo 41 de la Ley de Arbitraje permiten esa invocación previa con la excepción de los vicios de incongruencia o vulneración del orden público, que sólo se pondrán de manifiesto al dictarse el laudo. Por otra parte, no creo que el artículo 6 pueda leerse para sostener que tratándose de infracción de normas imperativas la denuncia podrá producirse en cualquier momento. La cuestión es suscitada por Silvia BARONA VILAR (2004, pp. 240-241), que no excluye la interpretación que consiste en entender “que el legislador ha dado por supuesto que en las normas imperativas las partes deben denunciar las infracciones en su momento oportuno y, en caso contrario, no podrán acceder a la acción de anulación” para terminar recomendando “proceder a la denuncia de toda clase de vicios e infracciones, incluidos los que se refieren a las normas imperativas de la ley, en el plazo de que se trate o en el momento más pronto posible desde que se conozcan”.

Una primera aproximación al problema nos llevaría a recordar que esa exclusión encuentra su límite en las leyes imperativas y en el orden público y que estos límites supondrían una infranqueable barrera para el “pacto de exclusión”. Sin necesidad de entrar en disquisiciones siempre complejas acerca de las consecuencias que, en este campo, habrán de seguirse del carácter imperativo de la acción de anulación²¹, esta primera aproximación puede explicarse con sencillez acudiendo al contenido del derecho a la tutela judicial efectiva. El artículo 24 de la Constitución forma parte, como es obvio, del orden público constitucional, que precisamente se condensa en los derechos fundamentales y libertades públicas que la Constitución reconoce. Pues bien, la jurisprudencia constitucional tiene declarado que, con la sola excepción del derecho a una doble instancia en materia penal, el derecho a la tutela deja en libertad al legislador para diseñar el sistema de recursos o acciones de impugnación que en cada caso considere más adecuado. Lo que ocurre es que una vez que un recurso o remedio procesal es creado por la ley se integra en el contenido del derecho a la tutela (SSTC 218/2006, de 3 de julio, FJ 3; y 69/2005, de 4 de abril, FJ 2, entre muchas) y se sitúa, por tanto, fuera de la capacidad de disposición de las partes en el contrato como elemento de orden público. Esto es, precisamente, lo que sucede con la acción de anulación, que es un remedio procesal creado por la Ley de Arbitraje y que forma parte del contenido del derecho a la tutela (STC 176/1996, de 11 de noviembre, FJ 3). Su exclusión voluntaria por las partes del convenio arbitral no sería válida²².

A la misma conclusión contraria a la validez del “pacto de exclusión” conduce una segunda línea argumental que parta del principio general favorable a la renuncia al ejercicio de los derechos²³. Estas renunciaciones son siempre revocables pero, en línea de principio, la revocación del compromiso de no ejercitar un derecho podría dar lugar a la obligación de indemnizar los daños y perjuicios causados o satisfacer una pena convencional. Ahora bien, desde esta perspectiva habrá que comprobar si la renuncia a los derechos que comporta el “pacto de exclusión” puede satisfacer o no los requisitos que la jurisprudencia viene exigiendo para la validez de la renuncia, teniendo en cuenta que los motivos de anulación se concentran en irregularidades especialmente graves,

²¹ En la comunicación que, bajo el título *Algunas cuestiones relativas a la acción de anulación del laudo*, presentó el profesor Ignacio Díez-PICAZO GIMÉNEZ en el II Congreso Internacional del Club Español del Arbitraje, se recuerda que, en nuestro sistema, los límites de la exclusión voluntaria de la ley aplicable son más estrictos que los de la renuncia de derechos; “puesto que las normas imperativas no pueden en ningún caso ser excluidas por voluntad de las partes”. En esta misma comunicación, el profesor Díez-PICAZO GIMÉNEZ sostiene que el artículo 117.3 de la Constitución “exige que los laudos arbitrales estén sometidos a unas exigencias mínimas de control, que, a mi juicio, pueden condensarse en la noción de orden público, tanto material como sustantivo; incluso aunque la efectiva puesta en marcha de dicho control quede a disposición de las partes”. En otras palabras, que “nuestra Constitución exige que las partes de un procedimiento arbitral puedan en todo caso tener abierta una vía para hacer valer infracciones del orden público”.

²² No puede, en fin, desconocerse que el laudo interno firme, que resuelve el fondo del asunto, tiene en el sistema español fuerza de cosa juzgada sin necesidad de ningún acto de reconocimiento ni homologación (art. 43 Ley de Arbitraje). La asignación de ese efecto explica que el Estado no se desentienda del laudo y posibilite una vía de control de las irregularidades más graves en que pudiera haber incurrido.

²³ Como dice Luis María Díez-PICAZO (2005, p .142), “mientras que la renuncia en general a los derechos fundamentales es sin duda inadmisibile -(...)-, dista de ser evidente que no se pueda renunciar a ejercer en un caso concreto las facultades que otorga un determinado derecho fundamental”.

imprevisibles al pactar el arbitraje y que se vinculan al derecho de defensa o al orden público.

La cuestión fue abordada, en parecidos términos, por la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 10 de marzo de 1986, que se enfrentó a una cláusula en la que las partes “pactaron la renuncia a impugnar judicialmente la decisión del arbitraje convenido” al estipular que “los contratantes renuncian a la impugnación judicial de la decisión de los arbitradores”. El Tribunal Supremo declaró entonces que

“Ciertamente una estipulación como la transcrita desconoce el fundamental ‘derecho al proceso’ en el orden jurisdiccional civil, impidiendo el de obtener la tutela efectiva reconocido en el artículo 24.1 de la CE y por lo tanto el de acudir a los Tribunales para alcanzar una resolución fundada, vicio determinante de la ineficacia de la renuncia de que se trata en cuanto vulnera una norma inserta en la Lex suprema, a cuyo mandato habrá de acomodarse lo prevenido en el artículo 6.2 del Código Civil sobre la carencia de validez de tal acto dispositivo cuando contraría el interés o el orden público”.

Parecidas objeciones encuentra el “pacto de exclusión” en la mayor parte de los sistemas comparados que nos son más próximos. En Francia, las partes pueden renunciar a recurrir en apelación el laudo pero la acción de anulación es expresamente declarada irrenunciable (art. 1484 *Nouveau Code de Procédure Civile*)²⁴. El artículo 829, p. 1º, del *Codice di procedura civile* admite en Italia “*l’impugnazione per nullità (...) nonostante qualunque rinuncia*”. Si es posible, sin embargo, renunciar preventivamente a la impugnación por errores *in iudicando* (art. 829, p. 2º)²⁵. Es generalmente aceptado en Alemania que la renuncia preventiva no puede en modo alguno alcanzar a los vicios de arbitrabilidad u orden público (& 1059 (2) nº 2 de la *Zivilprozessordnung* alemana de 22 de diciembre de 1997), que es la misma solución seguida en Holanda al amparo del artículo 1065 de su Código procesal Civil de 2 de julio de 1986²⁶. En Portugal, la Ley 31/1986, de 29 de agosto, declara irrenunciable la acción de anulación (art. 28, nº 1) contra laudos internos o internacionales. Las partes pueden, sin embargo, renunciar a los recursos ordinarios contra los laudos internos mientras que los laudos internacionales “*não é recorrível, salvo se as partes tiverem acordado a possibilidades de recurso e regulado os seus termos*”.

La filosofía que, en definitiva, se encuentra detrás de los sistemas legales que han favorecido el “pacto de exclusión” no se sitúa sólo en el afán de limitar la eficacia del derecho del lugar de la sede arbitral en el arbitraje internacional para concentrar el control en el juez de la ejecución. Para conseguir este objetivo no hace falta seguir un camino tan forzado porque, en el modelo de la

²⁴ Del mismo modo que las partes no pueden configurar una nueva vía de recurso no prevista en la Ley (POUDRET y BESSON, 2002, p. 827). La *Cour d’appel* de París en su sentencia de 10 de septiembre de 2003 aclara expresamente que el artículo 24.2 del Reglamento de la CCI no afecta al recurso de anulación, que las partes no pueden excluir.

²⁵ Mauro RUBINO SAMMARTANO (2002, pp. 851 y ss.).

²⁶ En Holanda, la Sentencia de Corte Suprema de 17 de junio de 2003 precisa que las partes pueden renunciar a invocar el motivo de anulación consistente en que los árbitros no se han ajustado a la función encomendada.

Convención de Nueva York, este último filtro ya está previsto. Es verdad que la admisión de la renuncia favorece la deslocalización del laudo internacional, que “‘flota’ sobre los diversos ordenamientos jurídicos y se conecta con uno de ellos en el caso de que no exista cumplimiento voluntario, esto es, que sea recurrido o exija reconocimiento y ejecución”²⁷. Pero más allá de esta circunstancia lo que late es una concepción del papel de la jurisdicción en el arbitraje como meramente asistencial, en línea con el principio de mínima intervención judicial que recoge el artículo 7 de la Ley española de arbitraje de 2003. La verdad es, en cualquier caso, que la experiencia demuestra que las partes suelen ser reticentes a renunciar a las facultades de impugnación²⁸ y que, sin perjuicio de que en esta materia – como en casi todas- sea recomendable huir de afirmaciones radicales, siempre que los jueces y tribunales comprendan las claves de la institución arbitral, como sucede con carácter general en España, la acción de anulación no parece que sea ningún obstáculo para el desarrollo de un eficaz sistema arbitral.

4. Un apunte final sobre el orden público como motivo de anulación

La vulneración del orden público es causa de anulación del laudo²⁹. Como es sabido, el orden público es una cláusula general que, en España, ha adquirido una nueva dimensión desde la entrada en vigor de la Constitución de 1978. En definitiva, el concepto de orden público no puede convertirse en una puerta falsa para permitir el control de la decisión de fondo adoptada por los árbitros. Su contenido incluye los principios políticos básicos que permiten la articulación de la sociedad, las normas o principios integrantes de la moral pública y los derechos fundamentales y libertades públicas garantizados por la Constitución³⁰. En la práctica de nuestros Tribunales, y a partir de la STC 43/1986, de 15 de abril, la noción de orden público incluye los derechos fundamentales y libertades públicas constitucionalmente garantizados, pero no únicamente los comprendidos en el artículo 24 de la Constitución (derecho a la tutela judicial efectiva) “sino que también cabe entender que el laudo dictado puede atentar contra principios y derechos constitucionales distintos del referido art. 24” (Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 10ª, de 4 de octubre de 2003).

²⁷ Mª Victoria CUARTERO RUBIO (1997, p. 115).

²⁸ Para Klaus Peter BERGER (1993, p. 722), “the experience with the ‘exclusion agreement’ under Sec. 3 of the English 1979 Arbitration Act reveals that parties usually do not want to renounce their right to have de award scrutinized by the courts at the seat of the arbitration”.

²⁹ Sobre el orden público, en la doctrina española, *vid.* Juan CADARSO PALAU (2004, pp. 435-440); Rafael HINOJOSA SEGOVIA (2006, pp. 548-553); Silvia BARONA VILAR (2004, pp. 1425-1435); Marta GONZALO QUIROGA (2003).

³⁰ La Resolución 2/2002 de la *International Law Association* señala que “the international public policy of any State includes: (i) fundamental principles, pertaining to justice or morality, that the State wishes to protect even when it is not directly concerned; (ii) rules designed to serve the essential political, social or economic interests of the State, these being known as ‘lois de police’ or ‘public policy rules’; and (iii) the duty of the State to respect its obligations towards other States or international organizations”.

Sobre el marco del concepto de orden público resulta problemática cuál deba ser la actuación de los árbitros, en el arbitraje de Derecho, cuando la pretensión de alguna de las partes en el arbitraje se funda en que la ley aplicable al caso es contraria a la Constitución o al Derecho comunitario.

Respecto de la posible inconstitucionalidad de la ley, el problema se plantea por la concurrencia de tres factores estructurales de nuestro sistema: (i) el Tribunal Constitucional tiene reconocido el monopolio de rechazo de las leyes postconstitucionales y, en consecuencia, “el constituyente ha querido sustraer al juez ordinario la posibilidad de inaplicar una Ley ante un eventual juicio de incompatibilidad con la Constitución” (STC 173/2002, de 9 de octubre, 73/2000, de 14 de marzo y 17/1981, de 1 de junio); (ii) la depuración del ordenamiento legal corresponde en exclusiva al Tribunal Constitucional, de forma que los jueces y tribunales están obligados a suscitar la cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional antes de inaplicar una norma con rango de ley; y, en fin, (iii) los árbitros no pueden plantear cuestiones de inconstitucionalidad (STC 43/1988, de 16 de marzo y ATC 259/1993, de 20 de julio)³¹. ¿Qué deben entonces hacer los árbitros si dudan de la constitucionalidad de la ley de cuya aplicación depende la solución de la controversia? ¿Inaplicar la ley tras motivar las razones de inconstitucionalidad que hubieran apreciado? ¿Aplicarla a pesar de mantener dudas acerca de su adecuación a la Constitución?

Naturalmente, el camino natural que se ofrece al árbitro es aplicar la Ley conforme al criterio hermenéutico de *interpretación conforme a la Constitución*. En la práctica, este ejercicio servirá, sin duda, para superar la mayoría de los casos conflictivos que puedan presentarse. Y la parte disconforme podría acudir a la acción de anulación siempre que la infracción constitucional que impute a la Ley aplicada pueda encuadrarse en el concepto de orden público³². En tal caso, lo que ocurrirá es que, invocada la inconstitucionalidad de la ley como motivo de anulación, la Audiencia Provincial competente deberá plantear la correspondiente cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional con carácter previo a la decisión del recurso.

¿Qué sucedería si, por el contrario, los árbitros decidiesen inaplicar la ley por inconstitucional? El Tribunal Constitucional tiene establecido que la inaplicación judicial de la ley postconstitucional, sin mediar el paso previo de su declaración de inconstitucionalidad a través del mecanismo de la cuestión de inconstitucionalidad, genera un supuesto de vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, en cuyo complejo contenido cabe diferenciar un “derecho al sistema de

³¹ José F. MERINO MERCHÁN y José M^º CHILLÓN MEDINA (2006, pp. 795-816) desarrollan el problema con detalle y defienden la posibilidad de que en sede arbitral pueda plantearse y promoverse la cuestión de inconstitucionalidad. Esta es la solución finalmente adoptada en Italia, a partir de la Sentencia de la Corte Constitucional 376 de 28 de noviembre de 2001: “En un ordenamiento constitucional en el que se impide a cualquier órgano judicial tanto no aplicar las leyes como dictar sentencia basándose en leyes de dudosa constitucionalidad, también los árbitros, cuyo juicio es potencialmente idéntico al de los órganos jurisdiccionales, deben aplicar el sistema de control de legitimidad de las leyes” (MERINO MERCHÁN y CHILLÓN MEDINA, 2006, p. 813).

³² Estoy de acuerdo con el criterio expresado por el Profesor Díez-PICAZO GIMÉNEZ en la comunicación citada en la nota 24 al decir que “dista de estar claro que todas y cada una de las normas constitucionales formen parte del orden público”.

fuentes" (SSTC 23/1988, de 22 de febrero y 173/2002, de 9 de octubre)³³. La inaplicación en la vía arbitral de la Ley, en razón de su posible inconstitucionalidad, podría ser, por tanto, tachada de contraria al derecho a la tutela judicial efectiva.

La solución debe ser similar si las dudas se plantean por posible contravención del Derecho comunitario. El primer dato relevante coincide con el que planea sobre el problema de la inconstitucionalidad de las leyes en el arbitraje: los árbitros no están legitimados para formular cuestiones prejudiciales ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea por no ser órgano jurisdiccional (art. 177 Tratado CEE, STJCE de 23 de marzo de 1982, *caso Nordsee*). Un segundo dato es asimismo coincidente. El derecho a la tutela en su faceta comprensiva del "derecho al sistema de fuentes" sujeta al árbitro a una doble vinculación a la ley y al Derecho comunitario. Los árbitros están sujetos al Derecho comunitario y lo aplican con frecuencia, siempre que sea invocado por las partes, lo mismo que los órganos judiciales de los Estados miembros. El tercer dato se resume en el manifiesto interés del ordenamiento jurídico comunitario de que, con el fin de evitar futuras divergencias de interpretación, toda disposición de Derecho comunitario pueda recibir una interpretación uniforme, cualesquiera que sean las condiciones en que tenga que aplicarse (STJCE de 25 de junio de 1992, *caso Federconsorzi*).

El problema se ventiló ante el Tribunal de Justicia en el *asunto Eco Swiss*, que fue resuelto por la Sentencia de 1 de junio de 1999. El TJCE sentó dos reglas de indudable importancia:

- a) 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 el recurso basado en la prohibición impuesta en el apartado 1 del artículo 85 (actual art. 81) del Tratado (libre competencia en el mercado interior).
- b) El Derecho comunitario no obliga a un órgano jurisdiccional nacional a no aplicar las

³³ La misma vulneración del derecho a la tutela se produce por aplicación indebida de normas derogadas. Como dice la STC 290/2006, de 9 de octubre, FJ 3, "constituye reiterada doctrina constitucional que la selección de las normas aplicables, así como el análisis de su vigencia y derogación, corresponde en exclusiva a la jurisdicción ordinaria de acuerdo con el art. 117 CE, de suerte que el control por parte de este Tribunal de la selección de la norma aplicable sólo podrá producirse, en términos generales, si se ha tratado de una decisión arbitraria, manifiestamente irrazonable o si ha sido fruto de un error patente (SSTC 90/1990, de 23 de mayo, FJ 4; 233/1991, de 10 de diciembre, FJ 4; 55/1993, de 15 de febrero, FJ 5; 245/1993, de 19 de julio, FJ 5; 214/1999, de 29 de noviembre, FJ 4; 151/2001, de 2 de julio, FJ 5; 52/2003, de 17 de marzo, FJ 4, entre otras muchas). Tal acontece cuando se aplica una norma derogada que resulta decisiva para el fallo, lo que 'convierte en irrazonable la elección de la norma aplicable, de tal manera que no puede afirmarse que estemos ante una decisión fundada capaz de satisfacer el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el art. 24.1 CE' (STC 203/1994, de 11 de julio, FJ 3). Y es que, como recuerda la STC 99/2000, de 10 de abril, FJ 6, 'el derecho de tutela judicial efectiva exige que las resoluciones judiciales al decidir los litigios sean fundadas en Derecho, y ese fundamento desaparece cuando con total evidencia se omite la consideración de la norma aplicable, y se decide mediante la aplicación de normas que han perdido su vigencia' (STC 144/2003, de 14 de julio, FJ 2). Criterios todos ellos que resultan también aplicables a los procedimientos de anulación de laudos arbitrales seguidos ante las Audiencia Provinciales (STC 32/2002, de 11 de febrero, FJ 4)". (STC 290/2006, de 9 de octubre, FJ 3)

normas procesales internas conforme a las cuales un laudo arbitral parcial que tenga carácter de laudo final y que no haya sido objeto de recurso de anulación dentro de plazo adquiere fuerza de cosa juzgada y no puede ser revocado por un laudo arbitral posterior. Y ello, aunque fuera necesario para poder examinar, en el proceso de anulación del segundo laudo, si un contrato que el laudo parcial declaro válido es o no conforme al artículo 85 (actual art. 81) del Tratado.

5. Bibliografía

Klaus Peter BERGER (1993), *International Economic Arbitration*, Kluwer.

Silvia BARONA VILAR (2004), *Comentarios a la Ley de Arbitraje (Ley 60/2003, de 23 de diciembre)*, Civitas, Madrid.

Juan CADARSO PALAU, Miguel Ángel FERNÁNDEZ BALLESTEROS, Félix J. MONTERO y otros (2004), *Comentarios a la nueva Ley de Arbitraje 60/2003, de 23 de diciembre*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra).

M^a Victoria CUARTERO RUBIO (1997), *El recurso de anulación contra el laudo arbitral en el arbitraje comercial internacional*, Eurolex, Madrid.

Luis María Díez-PICAZO (2005), *Sistema de derechos fundamentales*, , Civitas, 2^a ed., Madrid.

Ph. FOUCHARD (1997), "La portée internationale de l'annulation de la sentence dans son pays d'origine", *Rev. Arb.*

FOUCHARD, GAILLARD y GOLDMAN (1999), *International Commercial Arbitration*, Kluwer.

Marta GONZALO QUIROGA (2003), *Orden Público y arbitraje internacional en el marco de la globalización internacional*, Dykinson, Madrid.

Antonio HERNÁNDEZ-GIL, Rafael HINOJOSA SEGOVIA, Miguel VIRGÓS SORIANO y otros (2006), *Comentario a la Ley de Arbitraje*, Marcial Pons, Madrid.

José F. MERINO MERCHÁN y José M^a CHILLÓN MEDINA (2006), *Tratado de Derecho Arbitral*, Civitas, Madrid.

William W. PARK (1999), "Duty and discretion in international arbitration", *The American Journal of International Law*, Vol. 93, n^o 4, Octubre.

Jan PAULSSON (1983), "Delocalization of International Commercial Arbitration: When and why it matters", *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 32.

Jean-François POUDRET y Sébastien BESSON (2002), *Droit compare de l'arbitrage international*, Schulthess, Ginebra.

W. Michael REISMAN (1992), *Systems of Control in International Adjudication and Arbitration. Breakdown and Repair*", Duke University Press.

Mauro RUBINO SAMMARTANO (2002), *Il Diritto dell'arbitrato*, Cedam, 3ª ed., Padua.