

Recibido: 13 febrero 2108
Aceptado: 19 marzo 2018

Arbitraje, vol. X, nº 3, 2017, pp. 783–798

Principio dispositivo y acción de anulación

José Fernando MERINO MERCHÁN *

Sumario: I. Planteamiento. Una deriva judicial inquietante. II. Delimitación de la cuestión. La libertad como principio determinante del sistema procesal civil y en particular del arbitraje. 1. Libertad constitucional y autonomía de la voluntad. 2. Naturaleza de la acción de anulación. III. Principio dispositivo y proceso de nulidad del laudo. Estado de la cuestión. IV. Conclusiones.

Resumen: Principio dispositivo y acción de anulación

En este trabajo el autor expone el significado y fundamento del derecho de disposición en el curso de la acción impugnatoria de anulación del laudo. Para ello, la libertad se toma como premisa determinante del proceso civil y en particular del arbitraje. Esta premisa se contrasta con la llamada “jurisprudencia” de las Salas de lo Civil de los Tribunales Superiores de Justicia, en particular cuando el derecho de disposición se manifiesta, en la acción de anulación contra el laudo, mediante un acuerdo transaccional, o desistimiento sin oposición del demandado o en el allanamiento promovido por este último. Lo que muestra este estudio, es que, hasta ahora, unánimemente, salvo los casos en fraude de Ley, todas las resoluciones de los Tribunales Superiores de Justicia, otorgan prevalencia a las manifestaciones del derecho dispositivo, priorizando la libertad de las partes y dando por terminado el proceso civil del art. 42 LA. Sin embargo, esta tendencia pacífica, anclada en el principio de legalidad y en la seguridad jurídica, se ha visto interrumpida en los últimos años por la posición adoptada por la Sala de lo Civil del Tribunal Superiores de Justicia de Madrid, que viene negando sistemáticamente el derecho de disposición de los litigantes una vez iniciado el proceso civil de anulación del laudo. Al examen de las más relevantes de esas resoluciones y del voto particular discrepante, siempre mantenido con firmeza por el Presidente de la Sala, se contrae el análisis de este trabajo

Palabras clave: LIBERTAD” AUTONOMÍA – CONVENIO ARBITRAL – PRINCIPIO DISPOSITIVO – VOLUNTAD DE LAS PARTES – ACCIÓN DE ANULACIÓN” RENUNCIA” TRANSACCIÓN” DESISTIMIENTO” ALLANAMIENTO – PRINCIPIO DE LEGALIDAD – EXTRALIMITACIÓN JURISDICCIONAL.

Abstract: *Device principle and cancellation action*

* Árbitro.

In this work the author exposes the meaning and basis of the right of disposition in the course of the impugnant action of annulment of the award. For this, freedom is taken as the determining premise of the civil process and in particular of arbitration. This premise is contrasted with the current status of the so-called "jurisprudence" of the Civil Chambers of the Superior Courts of Justice, in particular when the right of disposition is manifested, in the annulment action against the award, through a transactional agreement, or withdrawal without opposition from the defendant or in the raid promoted by the latter.

What this study shows is that, until now unanimously, except in cases of fraud of law, all the resolutions of the Superior Courts of Justice, grant prevalence to the manifestations of the dispositive law, prioritizing the freedom of the parties and terminating the civil process of article 42 LA.

However, this peaceful trend, anchored in the principle of legality and legal security, has been interrupted in recent years by the position adopted by the Civil Chamber of the Superior Court of Justice of Madrid, which systematically denies the right of disposition of the litigants once the civil process of cancellation of the award has begun. Upon examination of the most relevant of those resolutions and of the discrepant private vote, always firmly maintained by the President of the Chamber, the analysis of this work is referred to.

Keywords: FREEDOM – AUTONOMY – ARBITRATION AGREEMENT – DEVICE PRINCIPLE – WILL OF THE PARTIES – CANCELLATION ACTION "RESIGNATION" TRANSACTION – WITHDRAWAL SEARCHING PRINCIPLE OF LEGALITY – JURISDICTIONAL OVERSHOOT.

I. Planteamiento. Una deriva judicial inquietante

Minime sunt mutanda, quae interpretationem certam Semper habuerum. Este aforismo (Paulo, D. 1.3.23), aboca, como fácilmente se habrá comprendido, a que no debe alterarse lo que siempre tuvo en el ordenamiento y en la aplicación jurisprudencial, una interpretación cierta por exigirlo razones fundadas en la seguridad jurídica, recogida ésta como principio constitucional insoslayable del ordenamiento jurídico español (art. 9.3º CE) y proclamado como tal, junto al principio de legalidad como límite de la actividad jurisdiccional, entre otras, las SSTS de 15 enero 1985, 4 julio 1985 y 6 diciembre 1996; y por el propio Tribunal Constitucional, que ha reiterado que "la seguridad jurídica equivale a certeza en la aplicación del derecho, evitando provocar perplejidades difícilmente salvables respecto a la previsibilidad de cuál sea el derecho aplicable" (SSTC 46/1990, 150/1990 y 67/1994, entre otras muchas).

Viene a cuento lo anterior a propósito de la inquietante deriva intervencionista que viene adoptando la Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en el control judicial de los laudos arbitrales; en particular, en cuanto al reconocimiento *ex novo* del concepto de "orden público económico", lo que ha alterado la pacífica aceptación que existía entre todos los operadores, incluida la continua

jurisprudencia de las Salas de lo Civil de los Tribunales de Justicia y anteriormente por la Audiencia Provinciales. De hecho, el TSJ de Madrid con ese nuevo concepto ha introducido —como si de un legislador se tratase— un motivo más en el elenco de las tasadas causas de anulación previstas en el art. 41.1º LA. Pero no es esta la cuestión a la que se va a referir este trabajo, cuestión que por otro lado ya ha sido tratada por la doctrina en un sentido crítico y adverso a la posición adoptada por la Sala de lo Civil del TSJ de Madrid. Por tanto, no voy a insistir en estas líneas en ese problema que solo se ha puesto de ejemplo de ataque a la seguridad jurídica de la que nos hablaba Paulo y que reconoce el citado art. 9.3º CE.

A la cuestión que nos vamos a referir en estas líneas, es a la actividad jurisdiccional vulneradora de la certeza del ordenamiento jurídico, iniciada por la Sala de lo Civil del TSJ de Madrid que viene cuestionando y quebrando el derecho de las partes a disponer de la acción de anulación, una vez interpuesta ésta, mediante acuerdos de transacción, desistimiento o allanamiento.

El art. 42 LA establece un procedimiento para la sustanciación de la acción de anulación del laudo; pero ni este procedimiento ni ninguno de los motivos previstos en el art. 41.1º de la citada Ley impiden que las partes puedan acogerse a su libertad individual para transigir o disponer de dicha acción de anulación, conforme autorizan los arts. 19 ss LEC, con el límite de indisponibilidad prevista en el art. 751 LEC, para determinados casos especiales (prodigalidad, nulidad matrimonial y separación y divorcio), entre los que no se incluye, y tampoco lo hace el art. 748 LEC, el proceso de anulación del laudo recogido en el art. 42 LA.

En efecto, cuando parecía que el arbitraje en España estaba completamente reconocido en su fundamento (libertad constitucional y autonomía de las partes), en sus fines (apartamiento *ex officio iudicis*) y en su control jurisdiccional, meramente extrínseco del laudo, aparece una nueva y preocupante deriva en la Sala de lo Civil del TSJ, consistente en cuestionar y negar el legítimo derecho de las partes en el curso del proceso de anulación a pactar mediante transacción o disponiendo de la acción misma con el fin de terminar y apartarse del referido proceso de anulación.

Debe quedar claro que la cuestión que aquí planteamos nada tiene que ver con la problemática de la renuncia anticipada a la impugnación del laudo, materia sobre la que el legislador español mantiene un sonoro silencio en contraste con otras legislaciones del Derecho comparado que han tomado posiciones a favor o en contra de esa renuncia

anticipada a la acción de anulación. Pero este tampoco es el problema sobre el que nos vamos a centrar en este trabajo. A la cuestión que nos estamos refiriendo aquí, es la de que, interpuesta acción de anulación las partes de común acuerdo o de manera unilateral pero aceptada por la otra, disponen poner término al proceso en que la acción de anulación se sustancia a través de los cauces del juicio verbal.

Este derecho de disposición de las partes, constitucional y legalmente reconocido, es el que ahora se ha puesto en cuestión por la Sala de lo Civil del TSJ de Madrid. La terminación del proceso de anulación del laudo por satisfacción extraprocesal, por carencia sobrevenida del objeto o por allanamiento del demandado, no puede verse impedida arbitrariamente por el juzgador más allá de las expresas limitaciones recogidas en los citados arts. 19.1º, 22 y 751 LEC.

En todo caso y antes de seguir es procedente delimitar la cuestión que vamos a examinar. En primer lugar, el control judicial sobre el laudo procede de un arbitraje y como producto del mismo de un laudo, instrumento este que solo concierne a las partes, porque así lo quisieron éstas al optar por este medio heterónomo de solución de conflictos, apartándose del juez del Estado; y, en segundo lugar, precisamente al tratarse el arbitraje de un sistema de solución de conflictos asumido voluntariamente por las partes, como algo ajeno a la jurisdicción del Estado, ésta no puede traspasar los límites del control de legalidad estrictamente formal que le viene impuesto por el legislador (arts. 9.3º, 117.1º CE y arts. 8 y 9 LOPJ y 1 LEC). Bajo ningún concepto la acción de anulación y el procedimiento en que ésta se sustancia es un proceso de naturaleza devolutiva no requiere una sobre protección solo atribuible a la jurisdicción del Estado, como son por ejemplo los artículos mencionados 748 y 751 LEC.

Planteada así la cuestión, debe quedar claro que sobre la institución arbitral y el control jurisdiccional del laudo basculan dos cuestiones a las que haremos referencia brevemente, a saber: la libertad constitucional de separarse y renunciar del art. 24 CE y la propia naturaleza de la acción de anulación. A ambas cuestiones nos referiremos a continuación.

II. Delimitación de la cuestión. La libertad como principio determinante del sistema procesal civil y en particular del arbitraje.

En un Estado de Derecho la idea de libertad, incluida la económica, se constituye en eje del sistema procesal civil, en el que los derechos

subjetivos e intereses legítimos en pugnan no solo puedan ser garantizados y protegidos sino que también pueda ser de libre disposición para las partes enfrentadas en un conflicto. Si existe un derecho constitucional a acudir a la tutela jurisdiccional para la defensa de los derechos privados, no es menos cierto que existe también el derecho a la renuncia y al apartamiento de los órganos judiciales que entienden de un conflicto. Esto se produce con mayor motivo en el ámbito del arbitraje, en el que prima facie a través del convenio se pacta por las partes acudir a un sistema dirimente ajeno a la planta jurisdiccional del Estado.

1. Libertad constitucional y autonomía de la voluntad.

Ciertamente la Ley de Arbitraje de 2003 no contiene referencia alguna a la Constitución, como sí hacía, en cambio, la Ley 36/1988, en el último apartado de su Exposición de Motivos, que apelaba a la libertad de los ciudadanos para fundamentar la institución arbitral y para incentivar este sistema de solución de conflictos entre los ciudadanos, invocándose para ello el art. 9.2º CE, conforme al cual se ordena a los poderes públicos que remuevan los obstáculos que dificulten o impidan la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integran.

Esta omisión es como poco sorprendente, como lo es que el legislador haya guardado silencio en la Exposición de Motivos sobre la importante y enjundiosa jurisprudencia del Tribunal Constitucional recaída desde los años 80 hasta la actualidad sobre el significado, delimitación y valor del arbitraje como medio de composición de conflictos entre los ciudadanos, sin que tal opción elegida libremente por los particulares y ajena a la actividad jurisdiccional del Estado, ponga en duda o en cuestión la tutela efectiva de los jueces y tribunales del Estado a que se refiere el art. 24.1º CE, y menos aún la atribución exclusiva que se otorga a esos últimos para que se juzgue y ejecute lo juzgado en todo tipo de proceso (art. 117.3º CE).

Habría sido más correcto que el legislador, como es usual, con o sin cita expresa de las sentencias del Tribunal Constitucional, se hubiese referido en su Exposición de Motivos a la importancia que ha tenido para la institución arbitral la jurisprudencia de ese Alto Tribunal, como forma de robustecer los cimientos de la reforma legislativa llevada a cabo por la Ley 60/2003, de Arbitraje.

Nada impide, por consiguiente, calificar el arbitraje como una manifestación suprema de la libertad constitucional (arts. 1.1º, 10.2º,

17.1º, 33.1º y 38 CE), que encuentra su fundamento como pacto en la autonomía de la voluntad (art. 1255 Cc), de modo que los ciudadanos se manifiestan como titulares de auténticos derechos subjetivos privados, de los que pueden disponer salvo las excepciones tasadas legalmente establecidas; por ello, si la autonomía de la voluntad es el elemento integrante de las relaciones jurídicas y de ese reconocimiento de la libertad y de la autonomía de la voluntad encuentran su justificación en la Constitución, no debiera existir impedimento alguno que obstaculizase a los titulares de esos derechos e intereses legítimos optar por resolver sus controversias por medios distintos de la jurisdicción, y por tanto, también, de la sentencia final que esa jurisdicción pueda dictar.

Esa doctrina ha sido explícitamente reconocida por el Tribunal Constitucional en repetidas Sentencias, siendo seminal de todas ellas la STC 43/1988, que vino a establecer de forma definitiva que el derecho fundamental a la libertad y el principio de autonomía de la voluntad permite a los ciudadanos optar entre el juez del Estado y la vía del arbitraje; y puntualizándose que de la misma manera cabe el que las partes renuncien por alguna de las formas previstas (desistimiento, transacción o allanamiento) del proceso civil debido.

2. Naturaleza de la acción de anulación

Es relevante para entender la libre disposición de las partes sobre la acción de anulación, conocer la naturaleza jurídica de ésta última; que, como se sabe, no es un recurso de plena cognitio cuya función sea revisar lo decidido por los árbitros, sino que se trata de una pretensión de impugnación de la validez extrínseca del laudo, que a su vez da lugar a un proceso independiente y nuevo ante los órganos jurisdiccionales competentes (*vid.* art. 8.5º LA); pero siempre a partir de lo decidido por los árbitros sin entrar en el fondo de lo resuelto por ellos.

Ese examen de la validez del laudo por el órgano jurisdiccional, solo tiene razón de ser como consecuencia de la previa existencia de un procedimiento arbitral finalizado por un laudo. El control judicial así establecido por el legislador no se fundamenta en el resquemor o desconfianza hacia los árbitros o hacía el laudo que estos dictan sino que se trata de otorgar un plus de fiscalización adicional al mismo sobre su observancia al convenio arbitral y al propio procedimiento arbitral preestablecido, bien en la Ley de Arbitraje o bien en la Corte a las que las partes se hayan remitido para la sustanciación de ese procedimiento.

Lo anterior no empece en absoluto, sino todo lo contrario, para mantener que el laudo es un producto jurídico que solo concierne a quienes han sido partes en el proceso arbitral, y, en consecuencia, sin entrar ahora en la polémica acerca de la viabilidad o no a la renuncia previa a la acción de anulación, lo que si resulta claro, es que una vez interpuesta ésta, la pretensión impugnatoria de la validez formal del laudo resulta disponible para las partes de acuerdo con lo recogido en los tan citados arts. 19 y 22 LEC; pues, ni pueden existir terceros perjudicados que no han sido parte en el procedimiento arbitral ni existen razones de interés general (o de orden público) que limiten la transacción, desistimiento de la acción impugnatoria o el allanamiento de la misma; ya que, pues por definición el laudo solo opera en la esferas jurídica de la partes interesadas, no trasciende el interés general solo afecta a los intereses legítimos discutidos en el curso del arbitraje. Esto último tiene como excepción la previsión contenida en el art. 11 ter LA.

Cuando por circunstancias sobrevenidas a la interposición de la acción de anulación deje de existir el interés legítimo para mantener la pretensión ante los órganos jurisdiccionales competentes, bien porque se hayan satisfecho las pretensiones del actor o por cualquier otra causa, se tiene el derecho incontestable a solicitar la terminación y archivo del proceso judicial y que éste le sea concedido sin que el órgano judicial pueda interrumpir o violentar tal derecho. Pues de producirse, como manifiestamente viene haciendo la Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, el órgano judicial se estaría excediendo de sus límites jurisdiccionales, violentándose el principio de legalidad.

III. Principio dispositivo y proceso de nulidad del laudo. Estado de la cuestión

Recuérdese que el principio dispositivo significa que, la actividad jurisdiccional solo puede iniciarse ante la petición de parte, y que la determinación del objeto del proceso judicial corresponde al actor mediante la pretensión que es la que abre el debate contradictorio entre las partes. El órgano jurisdiccional, en la esfera civil, está destinado a satisfacer por medio del proceso y la sentencia, los intereses legítimos de las partes. Pero esa sentencia debe ser congruente con lo pedido y si esas últimas alcanzan un acuerdo o el actor desiste de su pretensión sin oposición del demandado, el órgano judicial debe de inhibirse del conocimiento del debate procesal estrictamente hablan-

do para resolver mediante auto lo acordado por las partes. De estas reglas generales, hasta ahora siempre admitidas, se excluyen, como ya hemos dicho más atrás, los llamados procesos civiles necesarios del art. 748 LEC, que no son del caso que aquí se trata.

El órgano judicial en el ámbito civil debe limitar su enjuiciamiento solo a aquello que las partes le hayan pedido, y no puede otorgar cosa distinta ni indiferente a lo solicitado por aquellas, como tampoco puede omitir pronunciarse sobre todas las cuestiones planteadas, lo que toma relevancia cuando las partes en uso de su libertad ejercitan el principio dispositivo en el proceso de anulación del laudo.

En consecuencia, interpuesta la acción de anulación, esta puede tener uno de los siguientes recorridos: que siga su curso hasta sentencia (a); que el actor desista de su acción anulatoria (b); que el demandado se allane ante la acción anulatoria (c); y que actor y demandado alcancen un acuerdo transaccional apartándose del control jurisdiccional del laudo (d). Obviamente aquí solo nos interesan los apartados (b), (c) y (d).

En este análisis, se ha de empezar afirmando que el laudo por su propia naturaleza es, como hemos dicho más atrás, disponible, porque ha recaído en un procedimiento arbitral cuyo objeto solo puede versar sobre materias de libre disposición (art. 2.1º LA). Por tanto, si las partes de común acuerdo transan apartarse de la acción de anulación, el órgano judicial competente deberá aceptar el acuerdo alcanzado, validándolo sin entrar en el examen del fondo de la pretensión anulatoria. En otro caso, entendemos que puede producirse *ultra vires* jurisdiccional. De hecho, así venía siendo reconocido de forma conteste por las Salas de los Civil de los Tribunales Superiores de Justicia, como antes los habían hecho las Audiencias Provinciales. Sin embargo, esta "jurisprudencia" se ha visto interrumpida por la posición adoptada por la Sala de los Civil del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, con un planteamiento que pugna contra la libertad constitucional y con el derecho a la tutela judicial efectiva al disponer del objeto del proceso separándose el órgano jurisdiccional de lo acordado por las partes.

La dispersión jurisprudencial de la cuestión que comentamos tomó máxima relevancia en la STJM de 17 septiembre 2015, autos 65/2015, de la que fue ponente D. Jesús María Santos Vijande. En esta resolución se trató un caso en el que habiéndose interpuesto acción de anulación al amparo del arts. 41.1º.f (orden público), las partes (actor y demandado), acogiéndose a las normas de la LEC (arts. 19, 20 y 22,

en relación con los arts. 1.1º y 24 CE), solicitaron la terminación del procedimiento de anulación del laudo ante el TSJ de Madrid, aduciendo satisfacción extraprocésal e instando del órgano judicial que se decretase el archivo de las actuaciones.

Apartándose por completo del principio dispositivo, la Sala dictó la referida Sentencia 65/2015, rechazando el archivo de las actuaciones y entrando en el fondo del asunto, en contra de la voluntad de las partes, estimó la demanda de anulación del laudo. En particular en su FD 1º bis

“... no cabe ignorar que la pretensión ejercitada por el actor es la anulación de un laudo, la cual solo puede ser acordada por Sentencia del Tribunal competente: no es posible satisfacer extraprocésalmente una pretensión que, *ope legis*, exige su adopción por sentencia judicial tras el correspondiente proceso...; conclusión insoslayable, por otra parte, pues resulta totalmente coherente con la naturaleza de *equivalente jurisdiccional* que ostenta el arbitraje y con la fuerza de cosa juzgada atribuida a los laudos (art. 43 LA)”

y añade,

“... La Sala entiende que no es aceptable una transacción que pretende poner fin a un proceso de anulación de laudo en el que es objeto de enjuiciamiento, tras la correspondiente alegación y prueba, un motivo de anulación, la infracción del orden público que, por razones de interés general, es apreciable de oficio por éste Tribunal, cuyo análisis en tales circunstancias, no puede quedar a lo que resulte del poder de disposición, de los pactos de los litigantes, so pena de vaciar de contenido, *contra legem*, lo dispuesto en el art. 41.2º LA.

En otros términos: una vez que se incoa un proceso de anulación de laudo arbitral por causas que, como la infracción del orden público son apreciables de oficio, no se pueden disponer por las partes de la *acción de anulación*, sustrayendo al Tribunal el ejercicio de una competencia indeclinable: verificar si concurre o no la lesión de un interés tan general la preservación del orden público”

El fallo contó con el voto particular disidente del Presidente de la Sala D. Francisco Javier Vieira Morante, en el que aceptando todos los antecedentes de hecho, manifiesta su radical discrepancia con la mayoría de la Sala con fundamento esencialmente en los arts. 19, 41.2º y 751 LEC; según este parecer particular el fallo de la Sentencia debió ser el de declarar la terminación del proceso por carencia sobrevinida del objeto, sin condena en costas a parte determinada. En concreto, el voto particular discrepante se alza contra el criterio del ponente afirmando que

“... la satisfacción extraprocésal o carencia sobrevinida del objeto, supone la terminación del proceso por desaparición del interés legítimo en obtener la tutela judicial pre-

tendida, que es lo que ocurre en este caso: el actor ha perdido su interés legítimo a pretender la nulidad del laudo arbitral cuando la parte favorecida por la resolución arbitral ha renunciado expresamente a continuar con su ejecución y a efectuar reclamación alguna en virtud del contrato que había motivado la iniciación del procedimiento arbitral. Ningún interés tiene ya el demandante en continuar la tramitación de este procedimiento ni en obtener una resolución en su favor... tampoco concurre un interés público en continuar la tramitación del procedimiento... ninguna prohibición legal concurre aquí ni limitaciones por razones de interés general”

No podemos estar de acuerdo con el fallo de la citada Sentencia y sí, en cambio, manifestar nuestra conformidad con el voto particular del Presidente de la Sala; y ello, entre otras razones, por dos argumentos que, a continuación, brevemente se exponen. En primer lugar, la Sentencia 65/2015 infringe la libertad constitucional de las partes de acuerdo con lo prevenido en las arts. 1.1º, 24.1º y 117.1º CE, al disponer el órgano judicial del objeto del proceso violentando la libertad de las partes para poner fin al mismo. En este sentido, deben traerse, como hace el voto particular del Presidente de la Sala, a colación las SSTS de 29 julio 1998, 20 octubre 2004, 7 julio 2006, 5 abril 2010 y 20 julio 2012, en las que se insiste en el poder dispositivo de las partes sobre el litigio acordado en transacción judicial e incorporada ésta al proceso es un acto procesal que pone fin al mismo como si se tratara de una sentencia firme ex artículos 1816 Cc y 19 LEC.

Por esta razón, consideramos que la Sentencia 65/2015 constituye una manifiesta violación de la libertad de los litigantes, porque sin atender el juzgador a lo transado por ellas, impuso su criterio quebrando el principio de contradicción. Esa doctrina del Tribunal Supremo se incardina perfectamente, y con mayor motivo, en el seno del arbitraje, al tratarse este de un equivalente jurisdiccional (SSTC 43/1988, 15/1989, 62/1991, 174/1995), en cuya ámbito la satisfacción extraprocesal o carencia sobrevenida del objeto supone pura y simplemente que el actor ha manifestado al acordar la transacción todo interés legítimo en su pretensión de nulidad del laudo arbitral. Pues como ya anuncio la SSTS de 29 julio 1998 *“la transacción borra del pasado y es fuente de una relación jurídica nueva y por ello el nacimiento fuera del proceso de nuevos vínculos y obligaciones”*.

A fortiori, entendemos que la citada sentencia del TSJM 65/2015, infringe también la doctrina expuesta por el Tribunal Constitucional en sus SSTC 57/1993, 13/2005 y ATC 159/2011, en las que se insiste en que *“el juez que entiende de la causa no puede apartarse de los estrictamente solicitado por los litigante”*. De modo que el juzgador que sin causa legal, de las estrictamente tasadas en los arts. 19.1º, 748 y 751 LEC, desoye la voluntad inequívoca de las partes de separarse de

sus pretensiones iniciales, causa lesión del derechos fundamental a la tutela judicial efectiva del arts. 24.1º, al resolver sobre una cuestión ya fenecida por voluntad de los litigantes (*vid.* también STC 133/2007 y ATC 400/2005).

Lamentablemente el criterio fijado por el TSJM en esa Sentencia, se ha visto confirmada en el Auto 100/2017, del mismo ponente y de nuevo con el voto discrepante del Presidente de la Sala, en el que no se accede a la homologación del acuerdo alcanzado por las partes, apelando precisamente a la Sentencia 65/2015, y en el que se insiste en que

“... no es aceptable una transacción que pretende poner fin a un proceso de anulación de laudo en el que es objeto de enjuiciamiento, tras las correspondientes alegaciones y pruebas, un motivo de anulación, la lesión del orden público, que, por razones de interés general, es apreciable de oficio por este Tribunal, y cuyo análisis, en tales circunstancias, no puede quedar a lo que resulte del poder de disposición, de los pactos de los litigantes, so pena de vaciar de contenido, *contra legem*, lo dispuesto en el art. 41.2º LA”.

Ese último Auto ha sido confirmado también por otro posterior 162/2017, de 3 mayo 2017, también como ponente Santos Vijande, por el que se desestima con costas el incidente de nulidad de actuaciones con la justificación de que

“... lo que la Sala ha afirmado y afirma es que existe un interés general prevalente, *in casu* la preservación del orden público, que hace que esos acuerdos no puedan ser utilizados —sin perjuicio de la eficacia que puedan tener inter partes— como cobertura fraudulenta —en fraude de ley— para evitar que un Tribunal cumpla con el deber indeclinable que le asiste, *ope legis*, de verificar si el objeto indisponible que ante él está sometido, la vulneración del orden público como causa de anulación, debe entenderse existente, o no; y máxime, insistimos, cuando la Ley de Arbitraje patria (art. 41.2º) y la normativa internacional le imponen incluso el deber de apreciar de oficio la concurrencia de tal motivo de nulidad... Postura que, por cierto, es perfectamente coherente con la delimitación que del principio dispositivo hace la propia LEC en su art. 19.1, que, como dijimos, obliga al Tribunal a verificar si la transacción que se somete a su consideración está incurso en prohibición legal, conculca el interés general o lo es en perjuicio de tercero, pues, en tales circunstancias, legalmente previstas, no procedería autorizar dicha transacción (art. 19.1º LEC y, entre muchos, ATS, 1ª, 10 junio 2015). Es, pues, un deber de la Sala resolver, tras la correspondiente deliberación, si la transacción resulta homologable o no.... En otros términos: una vez que se incoa un proceso de anulación de laudo arbitral, no se puede disponer por las partes de la acción de anulación, sustrayendo al Tribunal el ejercicio de una competencia indeclinable: verificar si concurre o no la lesión de intereses tan generales que la Ley no faculta, sino que impone al Tribunal el deber de salvaguardarlos de oficio”.

Sin embargo, nos parece más acertado y concorde con la libertad individual, el principio dispositivo y con el arbitraje como institución

asentada en la autonomía de la voluntad, el voto particular emitido por el Presidente de la Sala en el Auto 100/2017, cuando afirma, entre otros extremos, que la indisponibilidad de la pretensión de anulación del laudo es una construcción jurídica que carece de apoyo normativo expreso... no puede negarse radicalmente la posibilidad de transacción en estos procesos, lo que conculca la previsiones legales del citado art. 19 LEC y podría provocar un perjuicio a alguna de las partes si finalmente se dictara una sentencia en el proceso contraria a lo convenido de buena fe en la transacción.

¿Es definitiva esta tendencia jurisprudencial que se ha abierto últimamente en el TSJ de Madrid? Afortunadamente la contestación debe ser negativa, pues como se recuerda en el voto particular antes citado del Presidente de la Sala, existen múltiples resoluciones, tanto de las Salas de los Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia como de las Audiencia Provinciales, en las que la transacción convenida para apartarse de la acción de anulación en sede judicial ha sido francamente admitida. Valgan como ejemplos: STSJ Galicia, a 16 junio 2015 (26/2015), STSJ Comunidad Valenciana, a 26 enero 2015 (4/2015), STSJ Madrid, Civil sección 1 de 6 mayo 2014 (24/2014), STSJ Galicia, a 23 enero 2014 (4/2014), STSJ Galicia, a 22 enero 2014 (1/2014), STSJ Madrid, a 26 junio 2013 (46/2013), STSJ Madrid, a 29 mayo 2013 (37/2013), STSJ Madrid, a 22 octubre 2012 (38/2012), STSJ Galicia, a 12 julio 2012 (27/2012), STSJ Comunidad Valenciana, a 2 abril 2012 (11/2012), STSJ Comunidad Valenciana, a 5 marzo 2012 (5/2012).

Otro supuesto concurrente con los anteriores se produce cuando la disposición de la acción de anulación se promueve desde el propio actor, manifestando su propio desistimiento al que la parte demandada no se opone. Pues bien, lo mismo que en el caso anterior, hasta ahora se venía aceptando por los órganos judiciales este desistimiento sin objeción alguna. Sin embargo, también aquí la Sala de lo Civil del TSJ de Madrid ha roto esta tendencia, sirviendo de ejemplo las STSJM 8348/2017 (ponente Santos Vijande), en el que se plantea el caso que, después de presentada la demanda de anulación, la representación de la actora formula desistimiento interesando el archivo de la causa; y, conferido traslado a la demandada ésta no muestra oposición al desistimiento.

A pesar de ello, por Auto de 18 julio 2017, la Sala acuerda “desestimar la solicitud de archivo del proceso de anulación del proceso arbitral, que proseguirá por sus trámites hasta culminar en sentencia”.

Lo mismo ocurre con la Sentencia 4907/2017 del TSJ de Madrid (Ponente Susana Polo García), en la que fue el demandado quien presentó escrito allanándose a la demanda del actor, y en la que en su FD 1º se recoge, entre otros extremos:

“... la anulación de un laudo puede ser acordada por Sentencia del Tribunal competente: no es posible transigir sobre una materia –aceptar la nulidad del Laudo arbitral, dejándolo sin efecto– que, *ope legis*, exige su adopción por Sentencia judicial tras el correspondiente proceso; conclusión, por otra parte, que resulta totalmente coherente con la naturaleza de 'equivalente jurisdiccional' que ostenta el arbitraje y con la fuerza de cosa juzgada atribuida a los laudos (art. 43 LA).” Concluyéndose en ese mismo Fundamento que una vez que se incoa un proceso de anulación de laudo arbitral, no cabe ni el allanamiento propiamente dicho ni la transacción sobre la validez del Laudo (Sentencia de esta Sala 13/2016, de 9 de febrero”).

Como era de esperar, en esa última Sentencia, se formula por el Presidente del Tribunal Viera Morante, un lúcido voto particular discordante en el que, en su FD 3º, se recoge lo siguiente:

“Contrariamente a otras materias establecidas legalmente (capacidad, filiación, matrimonio y menores, que por disposición expresa del art. 751 LEC, es indisponible del objeto del proceso: 'en los procesos a que se refiere este título no surtirán efecto la renuncia, el allanamiento ni la transacción'), en la acción de nulidad del laudo arbitral no existe norma alguna que impida o limite la disponibilidad de la pretensión. En esta materia, ninguna prohibición legal se establece en contra del allanamiento ni existe disposición legal alguna que lo limite por razones de interés general.

La indisponibilidad de la pretensión de anulación del laudo es una construcción jurídica que carece de apoyo normativo expreso. El art. 41.1º LA, cuando establece que 'el laudo sólo podrá ser anulado cuando la parte que solicita la anulación alegue y pruebe' alguna de las concretas causas de anulación que prevé este artículo, sólo determina, en relación al allanamiento, que no sería aceptable aquel que se basara en otras causas de anulación diferentes de las previstas legalmente. Es ese el control que corresponde hacer al Tribunal en este tipo de allanamientos para controlar si los hechos expuestos en la demanda de anulación del laudo arbitral integran alguna de las causas de nulidad previstas legalmente.

De ese modo, si los hechos alegados en la demanda, implícitamente aceptados como ciertos por el demandado al allanarse (según el art. 281.3º LEC, están exentos de prueba los hechos sobre los que exista plena conformidad de las partes), constituyeran alguna de las causas de anulación del laudo arbitral previstas en el citado art. 41.1º LA, debería sin más aceptarse el allanamiento, salvo que supusiera un fraude de ley o renuncia contra el interés general o perjuicio de tercero.

La protección de los intereses superiores está garantizada así en cualquier caso a través de los mecanismos de rechazo del allanamiento que prevé el art. 21 LEC. Pero no puede negarse radicalmente la posibilidad de allanamiento en estos procesos, lo que conculca las previsiones legales de los citados arts.19 y 21 LEC, y podría provocar un perjuicio al demandado que se allana de buena fe a la demanda al no poder acogerse a los beneficios en materia de costas que establece el art. 395 de la misma Ley Procesal”.

Finaliza ese voto particular estableciendo, en su Fundamento Tercero, la contundente conclusión de que:

“La aceptación del allanamiento en procedimientos donde se ejercita una acción de anulación del laudo arbitral es aparentemente unánime en las resoluciones dictadas por los Tribunales que en el tiempo han sido competentes para el conocimiento de estos litigios (ninguna resolución en sentido contrario se localiza en bases de datos de jurisprudencia). Esta Sala incluso se ha pronunciado en cuatro ocasiones aceptando el allanamiento cuando se ejercitaba una acción de anulación de laudo arbitral”.

Y se citan por el ponente de la Sala, sin ánimo de exhaustividad, en su voto discrepante, 28 Sentencias de Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas y de las Audiencias Provinciales, todas ellas reconociéndose sin reparo el allanamiento.

Basta tomar como botón de muestra de todas esas Sentencias a las que alude el voto discrepante del Presidente de la Sala, Viera Morante, la STSJ Madrid 8236/2013 en la que siendo ponente precisamente Susana Polo García, se reconoce el allanamiento a la demanda argumentándose en su FD 1º que

“Producido el allanamiento de la demandada a todas las pretensiones del actor, de conformidad del art. 21º LEC debe dictarse Sentencia condenatoria en los términos interesados en la demanda sin que proceda la continuación del proceso, dado que el allanamiento no aparece realizado de Ley ni supone renuncia contra el interés general o perjuicio para tercero, únicos supuestos en los que, según este artículo, debería proseguir la tramitación del procedimiento”.

Es decir, contradictoriamente en este caso al ponente mantiene una posición opuesta a la recogida en su Sentencia 4907/2017, en la que siendo ponente niega la capacidad de transigir a las partes en el curso de un proceso de anulación del laudo.

Asimismo, la STSJM 1532/2016, de 9 de febrero, Ponente Santos Vijande, se llega a afirmar que la acción de anulación del laudo no es susceptible de allanamiento recogiendo en su Fundamento Segundo que

“... a juicio de la Sala, la Ley establece una limitación muy clara, por razón de interés general, que limita sin paliativos el allanamiento en los procesos de anulación de Laudos, precisamente en defensa del arbitraje como institución y de los efectos que la Ley, de conformidad con la Constitución, atribuye a los laudos: los laudos, asimilables a las sentencias firmes con fuerza de cosa juzgada y vis ejecutiva, solo pueden ser anulados cuando, real y efectivamente, concurren alguna o algunas de las causas de anulación taxativamente previstas por la Ley, en ocasiones incluso apreciables de oficio por el Tribunal que haya de conocer de la acción de anulación, pero instada la acción siempre, eso sí, a solicitud de parte. Con esto lo que ponemos de relieve es que la anulación

de un laudo no es susceptible de allanamiento propiamente dicho, esto es, de decisión de las partes que vincule al Tribunal al margen de la apreciación de si concurre y resulta probada una —o varias— de las causas a las que la Ley anuda la consecuencia de la anulación”.

Y se concluye ese Fundamento con la siguiente aseveración

“... una vez que se incoa un proceso de anulación de laudo arbitral, no cabe el allanamiento propiamente dicho, pues la Ley explícitamente demanda que no se proceda a la declaración de anulación de un Laudo sin que se acredite la causa o causas legales que justifican esa declaración”.

Como era de esperar, de nuevo esa Sentencia tiene una categórica réplica en el voto particular emitido por el Presidente de la Sala, Viera Morante, en la que se dice apodócticamente:

“Contrariamente a otras materias establecidas legalmente (capacidad, filiación, matrimonio y menores, que por disposición expresa del art. 751 LEC, es indisponible del objeto del proceso: ‘en los procesos a que se refiere este título no surtirán efecto la renuncia, el allanamiento ni la transacción’), en la acción de nulidad del laudo arbitral no existe norma alguna que impida o limite la disponibilidad de la pretensión. En esta materia, ninguna prohibición legal se establece en contra del allanamiento ni existe disposición legal alguna que lo limite por razones de interés general. La indisponibilidad de la pretensión de anulación del laudo es una construcción jurídica que carece de apoyo normativo expreso. El art. 41.1º LA, cuando establece que “el laudo sólo podrá ser anulado cuando la parte que solicita la anulación alegue y pruebe” alguna de las concretas causas de anulación que prevé este artículo, sólo determina, en relación al allanamiento, que no sería aceptable aquel que se basara en otras causas de anulación diferentes de las previstas legalmente. Es ese el control que corresponde hacer al Tribunal en este tipo de allanamientos para controlar si los hechos expuestos en la demanda de anulación del laudo arbitral integran alguna de las causas de nulidad previstas legalmente. De ese modo, si los hechos alegados en la demanda, implícitamente aceptados como ciertos por el demandado al allanarse (según el art. 281.3º LEC, están exentos de prueba los hechos sobre los que exista plena conformidad de las partes), constituyeran alguna de las causas de anulación del laudo arbitral previstas en el citado art. 41.1º LA, debería sin más aceptarse el allanamiento, salvo que supusiera un fraude de ley o renuncia contra el interés general o perjuicio de tercero”.

IV. Conclusiones

1ª.— El derecho a la libre disposición en todos los procesos civiles y con mayor motivo en el de anulación del laudo, que trae cause de un procedimiento ajeno a la jurisdicción del Estado, tiene su fundamento en la propia Constitución de la que son trasunto los arts. 19 ss LEC. Los límites que se establecen en los preceptos de la LEC son los que derivan expresamente de una norma con rango de Ley, bien por prohibir expresamente ese derecho dispositivo o bien por establecer

limitaciones por razones de interés general. Por tanto no le es dado al juzgador traspasar los límites que el legislador ha establecido para el ejercicio del derecho dispositivo.

2^a.— La protección de los intereses superiores, a los que se ha hecho referencia en la conclusión anterior no pueden extenderse a supuestos particulares que nieguen radicalmente el derecho que los litigantes tienen para apartarse, conforme a la buena fe, del proceso estatal; en este caso al proceso civil al que se refiere el art. 42 LA.

3^a.— La inquietante deriva adoptada en estos últimos años por la Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Madrid negando sistemáticamente el derecho de los litigantes a disponer de la acción de anulación, siempre con el voto particular discrepante del Presidente de la Sala, no deja de ser una burbuja en el conjunto de las Salas de los Tribunales Superiores de Justicia del resto de Comunidades Autónomas. Por eso esperamos que se trate de una simple tendencia y que acabe siendo asumida “la jurisprudencia” que con carácter general y conteste viene dictándose por el resto de los Tribunales Superiores de Justicia con el objeto de que la seguridad jurídica vuelva a imponerse en el ámbito en que se sustancia la acción de anulación.