

hecho esto, vuelve a errar dando prioridad al art. 2.2º LA sobre el art. 9.6º, precepto específicamente referido al acuerdo arbitral.

Partiendo de estos razonamientos, que cuanto menos, resultan inquietantes al ser emitidos por el máximo órgano de control de una sede que aspira a ser fiable, previsible y atractiva para el Arbitraje internacional, la Sentencia convalida un Laudo que deviene inexorablemente en ineficaz: El Estado venezolano –donde debe causar efectos en última instancia–, amparado en la Convención de Nueva York (art. 5.2º.b), podrá denegar su reconocimiento y ejecución, al comprobar que con ello se vulnera su orden público.

A través de Auto de 25 de abril de 2012, el Tribunal rectifica y elimina cualquier referencia a la posible temeridad de Dianca. Sin embargo, permanece intacta la esencia de la resolución judicial de 13 de marzo de 2012, por la que se establece la validez de un acuerdo arbitral que resultaría nulo de aplicarse correctamente tanto el Derecho venezolano, como el propio español.

Control judicial del laudo: disposiciones transitorias de la Ley 11/2011 y orden público

(Sentencia del TSJ de Madrid de 23 de mayo de 2012) *

Gonzalo STAMPA **

1. La Sentencia TSJ Madrid de 23 de mayo de 2012 aborda dos cuestiones prácticas relevantes, relacionadas con el control judicial del laudo: (i) la aplicación de las normas procesales de Derecho transitorio, en relación con algunos de los preceptos de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre (en lo sucesivo, la Ley de Arbitraje) modificados por la Ley 11/2011, de 20 de mayo, de reforma de la Ley de Arbitraje y de regulación del arbitraje institucional en la Administración General del Estado (en lo sucesivo, la Ley 11/2011); y (ii) la definición del concepto de orden público.

2. La Ley 11/2011 ha modificado el art. 8.5º LA. Desde el 10 de junio de 2011, la atribución de competencia objetiva para conocer de las acciones de anulación reside en la Sala de lo Civil y de lo Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma donde el laudo se hubiere dictado, en detrimento de la competencia en tales funciones hasta entonces detenida por la Audiencia Provincial correspondiente. En puridad técnica y por su propia configuración legislativa, el riesgo de aplicación del Derecho transito-

* *Vid. infra*, pp. 864-871.

** Stampa Abogados (Madrid).

rio sería menor y controlable, en tanto que estaría acotado a aquellos laudos cuyo control judicial se hubiese solicitado en el período comprendido entre la fecha de la aprobación de la Ley 11/2011 –20 de mayo de 2011– y la entrada en vigor de la modificación competencial indicada (*v.gr.*, 10 de junio de 2011). Un período transitorio ya extinguido y superado, cuya breve existencia no ha impedido, sin embargo, que las partes hayan invocado sus contenidos como excepción procesal, en sus dos posibles vertientes: (i) como declinatoria de jurisdicción ante el Tribunal Superior de Justicia, a favor de la Audiencia Provincial –resuelta adecuadamente por el Auto de esta misma Sala de fecha 30 de noviembre de 2011– y (ii) como error procesal grave, con efectos de caducidad del plazo, derivados de la interposición de la demanda de acción de anulación del laudo ante un órgano judicial incompetente desde el 10 de junio de 2011, que es el caso que nos ocupa. En ambos supuestos, esta legítima invocación ha instrumentado, en realidad, un beneficio final indebido para el solicitante: la ampliación efectiva de su exiguo plazo procesal para contestar la demanda.

Comoquiera que la ley procesal es irretroactiva, la jurisprudencia es constante al considerar como Derecho intertemporal aplicable de las normas procesales aquel vigente en el momento de presentación de la demanda; aplicación que debe acontecer con independencia de que los hechos materiales y jurídicos que fundamenten el proceso sean anteriores al mismo (*tempus regit actum*) (*cf.* por todas, Sentencia de la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 12 de mayo de 2004). De igual manera, la determinación del orden jurisdiccional competente para conocer de una materia dependerá de la legislación vigente en la fecha de la interposición de la demanda y de su admisión a trámite. Aplicando ambos principios aceptados al supuesto que comentamos, el cuerpo de la Sentencia permite abocetar –desde su generalidad descriptiva– que la demandada habría denunciado la comisión por el demandante de un grave error procesal, consistente en la presentación inicial de la demanda de acción de anulación del laudo ante la Audiencia Provincial de Madrid –por eliminación lógica– en detrimento de la Sala de lo Civil y de lo Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid; error cuyo efecto procesal inmediato sería la caducidad del plazo de interposición alegada por la demandada en su defensa.

Píndaro consideraba el aprovechamiento de la oportunidad en todas las cosas como el máximo mérito. Un honor al cual parece haber renunciado la Sentencia, desperdiciando una de las escasas oportunidades existentes para haber consolidado la delimitación de los criterios aplicables en estos complejos supuestos de derecho transitorio. El mejor ejemplo de esta conclusión es su superficial denegación de la excepción planteada, fundamentada en no apreciar que “...por sí sola, la aludida equivocación suponga la pérdida de la oportunidad legal de la anulación en atención a lo previsto en los arts. 4, 44 y 48.1º LEC/2000...”.

La aproximación de la Sentencia impide su análisis sustantivo. Por un lado, admite la existencia de una equivocación en el planteamiento competencial de la demanda. Pero, por otro lado, obvia la determinación de su grave-

dad, omitiendo detalles procesales explícitos sobre la fecha de la interposición de la demanda de anulación del laudo ante la Audiencia Provincial de Madrid o su iter previo a la llegada –ignoramos si en plazo o fuera de plazo– al registro del Tribunal Superior de Justicia de Madrid. Parámetros que, en nuestra opinión, debieran haberse relacionado con otros dos aspectos esenciales, también apuntados en la Sentencia, con timidez: (i) la fecha del laudo impugnado –1 de junio de 2011– y (ii) la fecha de recepción de la demanda de acción de anulación por el Tribunal Superior de Justicia, acaecida el 14 de septiembre de 2011. La relevancia de dos de estas fechas –la de la interposición de la demanda y la de llegada al registro del Tribunal Superior de Justicia– radica en que son, en todo caso, posteriores a la fecha de entrada en vigor de la nueva redacción del art. 8.5º LA (*v.gr.*, 10 de junio de 2011), atribuyendo desde ese momento la competencia objetiva para ejercer las funciones de control del arbitraje al Tribunal Superior de Justicia de Madrid (*cf.* LEC, arts. 2 y 44, en relación con el art. 73.1º.c de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, según reforma operada por la Ley Orgánica 5/2011, de 20 de mayo, complementaria a la Ley 11/2011 para la modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial y con la Disposición Transitoria Cuarta del Código Civil).

El análisis conjunto de estos elementos con los principios procesales pacíficos anteriormente apuntados nos conduciría a concluir que la equivocación competencial a la que alude la Sentencia tendría un alcance más lejano que el decidido; un efecto procesal –caducidad del plazo– más severo que la mera amonestación que su texto recoge. Motivo por el cual entendemos que la solución proporcionada por la Sentencia sobre esta excepción resulta poco satisfactoria; especialmente, en un período de consolidación de doctrina jurisprudencial arbitral como el que se halla inmerso el Tribunal Superior de Justicia de Madrid en materia arbitral. Su razonamiento en la decisión de la excepción de caducidad del plazo planteada arroja una sombra de duda, inconveniente para la consecución de los objetivos fijados por la reforma de la Ley de Arbitraje sobre este particular: consolidar la seguridad jurídica y la previsibilidad decisoria en estas importantes decisiones sobre el control judicial del laudo.

3. La Sentencia aborda también el concepto de orden público en el arbitraje, con la pretensión –tácita e incumplida– de definir sus límites. Bien es verdad que los motivos esgrimidos por la entidad demandante como supuesta vulneración del orden público por el laudo –modificación de unos estatutos de funcionamiento de una UTE, con infracción del derecho de asociación; la convalidación en vía arbitral de acuerdos que atentan al orden público o la ausencia de un pronunciamiento en el laudo acerca de la suspensión temporal de una persona cuya función se ignora– no resultan propensos al lucimiento doctrinal; pero esta limitación argumentativa no debiera extenderse asimismo a la Sentencia.

De hecho y al igual que ocurriese con el aspecto analizado con anterioridad, la Sentencia pierde una oportunidad para haber delimitado el concepto

de orden público en materia de control judicial del arbitraje. A pesar de ser coetánea, la Sentencia omite toda mención al Auto de 19 de abril de 2012, dictado por la Sala de lo Civil y de lo Penal del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco y que entiende que la “...noción de orden público sólo debe utilizarse para evitar el reconocimiento de un laudo que contradiga de forma manifiesta principios fundamentales, no aquellos otros que, por muy discutible que pueda llegar a ser, no chocan o conculcan los principios nucleares de nuestra convivencia...”.

La STC 43/1986, de 15 de abril –relacionada con las posteriores 15/1987, de 11 de febrero; 116/1988, de 20 de junio; y 54/1989, de 23 de febrero– establece dos vertientes del orden público: una, procesal, y otra, material (cf. SAP Madrid 18^a 5 de octubre de 2004). El concepto de orden público formal incluye las formalidades y principios esenciales de nuestro ordenamiento jurídico procesal. Esta Sentencia determina que la apreciación de la vulneración del orden público formal como motivo de anulación “...sólo será procedente cuando el árbitro haya pronunciado su laudo con clara infracción de los derechos fundamentales...” reconocidos en la Constitución y con vulneración de las formalidades y principios esenciales de nuestro ordenamiento jurídico procesal (cf. SSAP Barcelona 15^a 27 de marzo de 2008, 18 de noviembre de 2005 y 12 de septiembre de 2002; SAP Valencia 6^a 4 octubre de 2000; y SAP Madrid 13^a 22 de septiembre de 1992). Conculcación que deberá relacionarse, a su vez, con la identificación de tales contravenciones por los árbitros en el procedimiento arbitral y la demostración de la existencia de la consiguiente indefensión causada a las partes contendientes, a consecuencia de estas infracciones (cf. en idéntico sentido, la SAP Alicante 5^a 14 de julio de 2000 y la SAP Madrid 9^a 10 de noviembre de 1998). Es un concepto acaso reservado –en su mayoría– a cuestiones de arbitraje nacional o interno.

El concepto de orden público material abarca el conjunto de principios jurídicos públicos, privados, políticos, morales y económicos, que son absolutamente obligatorios para la conservación de la sociedad en un pueblo y en una época determinada (cf. SS TS 1^a 31 de diciembre de 1979; 5 de febrero de 2002 y 11 de abril de 2003). Por su naturaleza y alcance –y al relacionarse con el art. 41.1^o.e) LA– resulta aplicable a arbitrajes de naturaleza internacional. Sólo el laudo que contradiga alguno o algunos de tales principios podrá ser tachado de nulo, por vulneración del orden público. Y ello, porque el orden público del art. 41 LA debe entenderse que reside tanto en los principios imprescindibles de organización convivencial o social ínsitos en nuestro ordenamiento jurídico y de salvaguarda de derechos fundamentales y libertades públicas protegidos por la Constitución, como en los principios civiles, procesales y sustantivos que la sociedad entiende como intangibles en el actual contexto cultural, económico y político (cf. SAP La Coruña 4^a 22 de febrero de 2007; Sentencia de la Sala Primera de lo Civil del Tribunal Federal Suizo de 27 de marzo de 2012, dictada en el asunto *Francelino da Silva Matuzalem v. Fédération Internationale de Football Association (Fifa)*, 4A_558/2011).

La Sentencia opta por una limitación argumentativa incomprensible, con-

sistente en (i) denegar someramente los motivos esgrimidos como vulneradores del orden público arbitral, acudiendo al manido argumento de que la acción de anulación no es una segunda instancia (a pesar de que, continuando con la discutible tradición maximalista de la Audiencia Provincial de Madrid, la Sentencia analice en ocasiones el fondo de la cuestión debatida en el arbitraje, con una profundidad mayor de la que correspondería a esa limitación) y (ii) en abogar por la consideración del orden público arbitral como aquellas decisiones que vulneren los derechos y libertades fundamentales reconocidos en el Capítulo II, Título I de la Constitución –garantizados a través de lo dispuesto en términos de generalidad en el art. 24 de la misma– y “...por supuesto, la arbitrariedad patente referida en el art. 9.3º de la Constitución...”; es decir, en la vulneración del orden público constitucional. Definición ya contenida en el FJ 3ª SAP Madrid 14ª 26 de mayo de 2000 como “...conjunto de formalidades y principios necesarios de nuestro ordenamiento jurídico procesal, sólo el arbitraje que contradiga alguno o algunos de tales principios podrá ser tachado de nulo por vulneración del orden público...”. Ahí termina su argumentación, aunque la cuestión albergue una mayor complejidad técnica, con recientes evoluciones jurisprudenciales de Derecho comparado que, asimismo, la Sentencia ignora.

* * *

**Sentencia del Tribunal Superior de Justicia
(Sala Civil y Penal) de Madrid,
de 3 de febrero de 2012**

Ponente: Ilmo. Sr. D. Francisco Javier Vieira Morante.

Partes: *Postventa Digital Servicio 10, S.L. / Nokia Spain S.A.U.*

Normas aplicadas: Art. 41.1º. c) y f) LA.

Acción de anulación: ámbito.– Incongruencia *extra petita*.– Contrariedad al orden público.– Indefensión.– Desestimación.

Esa es precisamente la controversia discutida en el marco del procedimiento arbitral y resuelta en el laudo, que no está sujeto a recurso alguno tendente al reexamen de las cuestiones de fondo objeto de su decisión, como si una apelación se tratara. Por el contrario, debe recordarse que la acción de anulación del laudo sólo puede pretender que un tribunal declare la invalidez, deje sin efecto, un laudo arbitral, no que se pronuncie sobre la cuestión debatida en el arbitraje.