

El encaje de la anulación parcial de un laudo con la vulneración del orden público

Partial annulment of an award for violation of public order

 ÁLVARO ALARCÓN DÁVALOS*

 ANTONIO SIQUIER CARBONELL**

197

Resumen

La sentencia del Tribunal Constitucional español n.º 65/2021, de 15 de marzo no resolvió una excepción planteada por los recurrentes en amparo: ¿Permite la Ley de Arbitraje de España anular de manera parcial un laudo cuando uno o alguno de sus pronunciamientos resulta contrario al orden público o es necesario plantear la nulidad del laudo en su conjunto?

El presente artículo tiene por objeto arrojar luz sobre esta cuestión, exponer las dos tesis que existen y tomar postura. Como veremos, la doctrina apenas se pronuncia y cuando lo ha hecho ha sido de soslayo, y, por su parte, tampoco consta jurisprudencia que aborde de manera directa la cuestión.

Asimismo, se hará una comparativa para verificar si las conclusiones alcanzadas por estos autores se pueden extrapolar y son coherentes con la regulación que hace la Ley de Arbitraje de Perú sobre la anulación de un laudo por vulneración del orden público internacional.

* Abogado por la Universidad Complutense de Madrid con Maestría en Derecho Empresarial del Centro de Estudios Garrigues y la Universidad de Nebrija. Asociado principal de la firma Deloitte Legal. Código ORCID: 0009-0001-6288-7992. Correo electrónico: aalarcondavalos@deloitte.es

** Abogado por la Universidad de las Islas Baleares con Maestría en Acceso a la Abogacía de la Universidad Carlos III de Madrid. Abogado asociado de la firma Deloitte Legal. Código ORCID: 0009-0009-5623-9436. Correo electrónico: asiquier@deloitte.es

Palabras clave:

Anulación parcial, orden público, Tribunal Constitucional, TC.

Abstract

The Spanish Constitutional Court's judgment No. 65/2021 of March 15 did not address an exception raised by the appellants: Does the Spanish Arbitration Law permit the partial annulment of an award when one or some of its provisions are contrary to public order, or must the entire award be annulled?

The purpose of this article is to clarify this question, outline the two existing schools of thought, and present a position. As we shall see, the doctrine offers limited commentary on the issue, and when it does, it is often brief. Additionally, there is no case law that directly addresses the matter.

Furthermore, a comparison will be drawn to determine whether the conclusions reached by these authors can be extrapolated and are consistent with the provisions of the Peruvian Arbitration Law regarding the annulment of an award for violations of international public order.

Keywords

Partial annulment, public order, Constitutional Court, TC.

Sumario

I. INTRODUCCIÓN. II. EL CONCEPTO DE ORDEN PÚBLICO Y SU ENTIDAD. III. LA REGULACIÓN DE LA ANULACIÓN PARCIAL EN ESPAÑA. IV. LA COMPATIBILIDAD DE LA ANULACIÓN PARCIAL CON LA VULNERACIÓN DEL ÓRDEN PÚBLICO EN ESPAÑA. V. LAS SOMBRAS QUE DETERMINAN QUE LA ANULACIÓN DE UN LAUDO CONTRARIO AL ORDEN PÚBLICO DEBE SER TOTAL Y NO PARCIAL. VI. LA REGULACIÓN DE LA ANULACIÓN PARCIAL EN PERÚ. VII. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

No cabe duda de que los años 2020 y 2021 supusieron un claro espaldarazo al arbitraje en España gracias a la jurisprudencia asentada por el Tribunal Constitucional español («TC»). En concreto, nos referimos a las SSTC n.º 46/2020, de 15 de junio; n.º 17/2021, de 15 de febrero; n.º 55/2021, de 15 de marzo; y, n.º 65/2021, de 15 de marzo.

A través de las citadas resoluciones el TC español delimitó el concepto y el alcance del orden público como motivo de anulación de los laudos y puso coto a la injerencia de los órganos jurisdiccionales en el arbitraje. En concreto, nos referimos a la práctica que habían adoptado algunos Tribunales Superiores de Justicia españoles («TSJ») al resolver la acción de anulación como una suerte de recurso

de apelación y entrar a analizar el fondo de la cuestión para valorar el mayor o menor acierto de la decisión arbitral.

Este artículo no tiene por objeto analizar dicha jurisprudencia, que ya sido comentada de forma exhaustiva por parte de la doctrina, sino abordar una cuestión que se planteó en el caso que resuelve la STC n.º 65/2021, de 15 de marzo y que ha pasado desapercibida: la posibilidad o no de anular parcialmente un laudo por contravenir el orden público a la luz del tenor literal de la normativa que regula el arbitraje en España, en concreto, del art. 41.3 de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje («LA»).

La STC n.º 65/2021, de 15 de marzo resolvió el recurso de amparo interpuesto frente a la STSJ de Madrid n.º 36/2019, de 1 de octubre que anuló parcialmente un laudo por considerar que era contrario al orden público económico.

Ese supuesto tenía su origen en un arbitraje de equidad iniciado por una mercantil frente a una entidad bancaria por la comercialización de un producto financiero, en concreto, un swap de tipos de interés¹. El tribunal arbitral declaró probado que existió un incumplimiento de los deberes de información en la comercialización por parte del banco, pero, no obstante, consideró que no procedía estimar la pretensión indemnizatoria porque no había existido daño ya que el producto había cumplido la finalidad de cobertura pretendida.

199

Por su parte, la demandante interpuso una acción de anulación parcial por vulneración del orden público (art. 41.1 f/ LA) ante la Sala de lo Civil y lo Penal del TSJ de Madrid ceñida únicamente al segundo de los pronunciamientos contenidos en el laudo, esto es, el relativo a la inexistencia de daño.

Así las cosas, el TSJ de Madrid, mediante la sentencia n.º 36/2019, de 1 de octubre estimó la demanda de anulación parcial al considerar que el laudo era contrario al orden público económico *ex* art. 9.3 de la Constitución Española («CE») por el hecho de reconocer el incumplimiento de los deberes de información y no conceder la indemnización pretendida. Así, la anulación se limitó únicamente al pronunciamiento de la ausencia de daño.

Frente a dicha resolución se interpuso recurso de amparo por parte de la entidad por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva *ex* art. 24 CE

¹ Un swap o permuta financiera es un contrato por el que dos partes se comprometen a intercambiar una serie de cantidades de dinero en fechas futuras bajo unas condiciones determinadas. En el caso de los swaps de tipos de interés, las partes intercambian pagos de intereses y son utilizados para mitigar el riesgo asociado a las fluctuaciones en los tipos de interés.

en relación con los arts. 1.1 y 10 CE sobre la base de que la STSJ de Madrid n.º 36/2019, de 1 de octubre habría aplicado al laudo el canon de motivación de las resoluciones judiciales a los laudos para entrar a conocer del fondo de la cuestión.

Todo ello condujo al dictado de la STC n.º 65/2021, de 15 de marzo que estimó el citado recurso al concluir que el TSJ de Madrid había realizado una interpretación extensiva del concepto de orden público y se había extralimitado en sus funciones ya que su labor en sede de anulación debe limitarse a la comprobación de errores *in procedendo* o la ausencia de motivación.

No obstante, en los dos procedimientos referenciados —ante el TSJ de Madrid y, posteriormente, ante el TC— se planteó una suerte de excepción por parte de la entidad bancaria que versaba sobre la imposibilidad de anular parcialmente un laudo por contravenir el orden público a la luz del tenor literal del art. 41.3 LA.

Según dicho precepto, la anulación parcial está prevista únicamente para dos supuestos concretos, a saber: (i) la extralimitación de los árbitros y (ii) la arbitralidad. No así, se entendía, para la contravención del orden público.

Tal y como desarrollaremos, el TSJ de Madrid se limitó a dar por sentada dicha posibilidad sobre la base de que existían resoluciones anteriores en las que había acordado la anulación parcial en los casos de vulneración del orden público, sin mayor motivación ni justificación. Por su parte, el TC guardó silencio acerca de la compatibilidad del orden público con la figura de la anulación parcial.

En el presente artículo analizaremos de la manera más fidedigna posible, a pesar de la escasa doctrina y jurisprudencia que existe en la actualidad, las dos posturas que se intuyen sobre dicha suerte de excepción: (i) la primera, favorable a la anulación parcial de un laudo por contravenir el orden público al entender que prima una interpretación teleológica del art. 41.3 LA; (ii) la segunda, en contra de la anulación parcial por seguir la senda de la estricta literalidad o, si se nos permite, de la legalidad, y la propia entidad del concepto de orden público.

Por último, analizaremos el Decreto Legislativo 1071 que norma el arbitraje en Perú (la «Ley de Arbitraje de Perú») para verificar si las conclusiones alcanzadas por estos autores resultan o no compatibles y extrapolables a la regulación peruana.

II. EL CONCEPTO DE ORDEN PÚBLICO Y SU ENTIDAD

Para poder dar respuesta a la pregunta de si es posible o no anular parcialmente un laudo cuando contiene uno o algún pronunciamiento contrario al orden público, conviene dar un paso atrás y detenernos en la definición de dicho concepto.

En este sentido, el artículo 41.1 f/ LA dispone que uno de los motivos para anular un laudo, entre otros, es que este resulte contrario al orden público. No obstante, la norma no nos ofrece una definición por lo que debemos acudir a la doctrina y la jurisprudencia. De igual modo, el artículo 63.1 f/ de la Ley de Arbitraje de Perú incluye como causal de anulación la vulneración del orden público internacional, en el caso de arbitrajes internacionales.

Así, el orden público se define por la doctrina y la jurisprudencia como las reglas más esenciales de nuestro ordenamiento jurídico que resultan obligatorias e indisponibles. Aterrizado este concepto al ámbito del proceso, el orden público estaría formado por el conjunto de formalidades y principios necesarios de nuestro ordenamiento procesal.

En este sentido, Doral García, J.A. (1967) resume el contenido de la noción e indica que este expresa el sentimiento jurídico de la sociedad que, a su vez, compone el marco en el que se desarrollan las tareas legislativa y jurisprudencial². Además, Doral García, J.A. (1973) señala que son también aspectos concretos del orden público, entre otros, el respeto a la buena fe, a la confianza o al mantenimiento de los derechos adquiridos³.

Para Díez-Picazo, L. (1969) el orden público se encuentra constituido por aquellas normas en donde cristalizan las convicciones básicas de un grupo humano respecto a su propia organización fundamental⁴.

Por su parte, Luna Serrano configura el orden público como aquel conjunto de reglas cardinales imprescindibles que en un ordenamiento jurídico componen sus reglas imperativas y cuyo desconocimiento desnaturalizaría este sistema jurídico global⁵.

Asimismo, el TC de España definió el concepto de orden público como «el conjunto de principios, normas rectoras generales y derechos fundamentales constitucionalizados en el Ordenamiento Jurídico español, siendo sus normas jurídicas básicas e inderogables por la voluntad de las partes, tanto en lo social como en lo económico» (STC n.º 54/1989, de 23 de febrero).

² Cfr., Doral García, J.A. (1967), p.136: «El orden público no es siempre estructura del orden social establecido, sino el núcleo mismo de ese orden, nunca acabado y perfecto, porque en su dinamismo, tiende a perfeccionarse más y más en sus sucesivos logros».

³ Cfr., Doral García, J.A. (1973), p. 381.

⁴ Cfr., Díez-Picazo, L. (1969), p. 472.

⁵ Cfr., Luna Serrano, L. (1987), p. 157.

En línea con lo expuesto por el TC español, el TC de Perú, estableció que: «El orden público es el conjunto de valores, principios y pautas de comportamiento político, económico y cultural en sentido lato, cuyo propósito es la conservación y adecuado desenvolvimiento de la vida coexistencial. En tal sentido, consolida la pluralidad de creencias, intereses y prácticas comunitarias orientadas hacia un mismo fin: la realización social de los miembros de un Estado. El orden público alude a lo básico y fundamental para la vida en comunidad, razón por la cual se constituye en el basamento para la organización y estructuración de la sociedad» (Exp. n.º 3283-2003-AA/TC).

En definitiva, tanto para la doctrina como para la jurisprudencia, el orden público representa los principios y reglas más esenciales de nuestro ordenamiento jurídico.

Por tanto, como veremos, la propia entidad y el alcance del orden público se presenta como el primer escollo para poder defender su compatibilidad con la figura de la anulación parcial del laudo.

III. LA REGULACIÓN DE LA ANULACIÓN PARCIAL EN ESPAÑA

202

El art. 41.3 LA prevé la posibilidad de anular parcialmente un laudo únicamente en aquellos supuestos en los que (i) la anulación afecte a cuestiones no sometidas a decisión de los árbitros (art. 41.1 c/ LA) o (ii) no susceptibles de arbitraje, siempre que puedan separarse de las demás (art. 41.1 e/ LA).

En concreto, el citado precepto predica como sigue: «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».

A efectos meramente ilustrativos, veamos los motivos de anulación listados del art. 41.1 LA conforme los clasifica Lorca Navarrete⁶ y la vinculación con el art. 41.3 LA:

- En el primer grupo, se ubican los errores *in negotio*, que afectan al ámbito negocial de resolución de la controversia sometida a arbitraje a través de la suscripción del convenio arbitral o a su ámbito objetivo negocial concertado por las partes —letras a/, c/ y e/ del art. 41.1 LA—.

⁶ Cfr. Lorca Navarrete, A.M. (2004).

- En el segundo grupo se hallan los errores *in procedendo*, basados en la ausencia de notificaciones, o en que la designación de los árbitros o el procedimiento arbitral no se ha ajustado a lo establecido en la LA o, en fin, en la vulneración del orden público procesal —letras b/, d/ y f/ del art. 41.1 LA—.
- En el tercer grupo se hallarían los errores *in iudicando* justificados en que los árbitros han vulnerado el orden público material al desatender la aplicación del derecho sustantivo indicado por las partes al someterse a arbitraje de derecho —letra f/ del art. 41.1 LA—.

Tal y como se comprueba, el art. 41.3 LA ciñe la anulación parcial a los errores *in negotio* —letras c/ y e/ del art. 41.1 LA. No así para el resto de los supuestos, entre ellos, la vulneración del orden público (art. 41.1 f/ LA).

El hecho de que la anulación parcial abarque estos supuestos es perfectamente comprensible, en palabras de Gómez Jene, M. (2021) ya que: «*puede que solo una parte de la controversia sea inarbitrable y puede también que la incongruencia o extralimitación se manifieste de forma limitada*»⁷.

Por tanto, hay que partir de que ni el art. 41.3 ni cualquier otro precepto de la LA contemplan que un laudo contrario al orden público sea susceptible de ser anulado parcialmente.

203

IV. LA COMPATIBILIDAD DE LA ANULACIÓN PARCIAL CON LA VULNERACIÓN DEL ÓRDEN PÚBLICO EN ESPAÑA

Una vez definido el concepto de orden público y sobre la base de que la LA no contempla la vulneración del orden público como causa de anulación parcial de un laudo, debemos analizar los argumentos a favor de la anulación parcial dados en el marco del procedimiento que culminó con la STC n.º 65/2021, de 15 de marzo y que, recordemos, no se pronunció sobre dicha cuestión.

Por un lado, el TSJ de Madrid desestimó la tesis planteada por la entidad sobre la imposibilidad de anular parcialmente un laudo contrario al orden público por dos motivos:

- El primero, por, en su opinión, «una correspondencia puramente lógica» con los supuestos a los que se refiere el art. 41.3 LA que, permítasenos aclarar, no se explicó con la debida claridad.

⁷ Cfr. Gómez Jene, M. (2021), p. 745.

Según la tesis de la Sala, el art. 41.3 LA tan solo establece una limitación a la declaración judicial de anulación que resulta acotada a cuánto puede ser considerado nulo. Por ende, negar la posibilidad de anular parcialmente un laudo cuando tan solo uno de sus pronunciamientos resulta contrario al orden público conduciría, según sus tesis, al absurdo de blindar de forma incólume todo aquel laudo que plasmase sus conclusiones combinando aciertos con vulneraciones de los derechos fundamentales.

- El segundo motivo, incurre en un sesgo confirmatorio al sostener que es posible estimar esta acción de anulación parcial porque, en ocasiones anteriores, las había estimado. En concreto, dispuso lo siguiente:

Ejemplos de acogida de pretensiones de nulidad parcial por causa de vulneración del orden público encontramos en pronunciamientos anteriores de esta Sala, como a título de ejemplo se condensan en las STSJ M STSJ M de 2 de febrero de 2016 (ROJ: STSJ M 702/2016), o la STSJ M de 11 de octubre de 2016 (ROJ: STSJ M 10733/2016).

Nótese que no citó ni doctrina ni jurisprudencia concreta que avalase razonadamente su decisión; en honor a la verdad, tampoco la había. A nuestro juicio, cayó en el sesgo de confirmación; para que se entienda, el TSJ de Madrid llegó a la conclusión de que cabía este tipo anulación parcial porque, en ocasiones anteriores, la Sala las había estimado.

En cualquier caso, dichas sentencias tampoco resultaban de aplicación puesto que: (i) no estimaban la anulación parcial del laudo por orden público, sino por otros motivos y además (ii) aunque lo hubieran hecho, lo decisivo es que en dichos supuestos las partes no invocaron dicha causa como motivo de oposición y, en consecuencia, no se analizó.

Permítasenos la analogía, pero una acción prescrita no debería prosperar, aunque, siempre y cuando el demandado no alegue la excepción, puede hacerlo perfectamente. La misma situación se producía aquí: el hecho de que el TSJ hubiera admitido anulaciones parciales no era óbice para que, una vez que esta parte opuso la excepción, impidiera la estimación de la acción.

Por otro lado, el Ministerio Fiscal, al emitir las alegaciones respecto del recurso de amparo presentado por la entidad y que dio lugar a la STC n.º 65/2021, de 15 de marzo, se pronunció de forma sucinta acerca de la posibilidad de anular un lado por violación del orden público. A efectos ilustrativos exponemos:

Por lo demás, el Ministerio Fiscal finaliza sus alegaciones expresando que no parece haber inconveniente en una anulación parcial del laudo, aun en el

supuesto de contradicción con el orden público, pues debe regir el principio de justicia rogada en materia arbitral y el principio de permanencia de los actos, por lo que aquello que haya sido objeto del laudo y no se vea contaminado por ninguna de las causas del art. 41 LA debe mantener su validez.

En definitiva, a juicio del Ministerio Fiscal, las razones que impedían la anulación parcial por aplicación de la cláusula de orden público eran, nuevamente, dos: (i) el principio de justicia rogada y (ii) la permanencia de los actos. El porqué estos principios deben aplicarse aun cuando la norma no prevé la anulación parcial para este supuesto, como se observa en el fragmento anterior, no se justificó.

La última aportación que puede enriquecer esta línea de defensa es la de Gómez Jene M. (2021), quien antes de valorar esta suerte de excepción, realiza dos apreciaciones: (i) la primera, que el TC español, efectivamente, nunca se llegó a pronunciar sobre la procedencia o no de la anulación parcial del laudo por aplicación de la cláusula de orden público; (ii) la segunda, que «no deja de ser lamentable que el tercer párrafo del art. 41 LA limite la anulación parcial del laudo arbitral a determinados supuestos»⁸.

Asimismo, dicho autor entiende que cabría interpretar teleológicamente el art. 41.3 LA ya que, a su juicio, su auténtica *ratio* es la conservación del laudo, en la medida de lo posible, por lo que sería admisible que esta anulación pudiera ser parcial —del mismo modo que lo entendía el Ministerio Fiscal—. Ahora bien, para ello considera que debe cumplirse el único requisito que establece el precepto, es decir, que las cuestiones objeto de nulidad «tengan sustantividad propia y no parezcan indisolublemente unidas a la cuestión principal»⁹.

En este punto, hemos de indicar que no se han localizado sentencia ni doctrina adicional en España que analice esta cuestión ya que nos hallamos ante una suerte de excepción que no había sido opuesta en otro procedimiento o, al menos, no había sido recogida en ninguna sentencia hasta la STSJ de Madrid n.º 36/2019, de 1 de octubre que fue objeto de amparo.

Por tanto, la posición favorable a acordar la anulación parcial en los casos de que tan solo uno o alguno de los pronunciamientos contenidos en el laudo sean contrarios al orden público parten de una interpretación teleológica del art. 41.3 LA y de la conservación de los actos procesales.

⁸ Gómez Jene, M. (2021), p. 752.

⁹ El entrecomillado lo extrae de la sentencia de la Audiencia Provincial («AP») de Sevilla, 20 diciembre 1996, RCEA, 1998, págs. 111-114.

V. LAS SOMBRAS QUE DETERMINAN QUE LA ANULACIÓN DE UN LAUDO CONTRARIO AL ORDEN PÚBLICO DEBE SER TOTAL Y NO PARCIAL

Frente a la tesis favorable a la anulación parcial en los supuestos de vulneración de orden público, los autores que suscriben el presente artículo, sin desmerecer los argumentos aducidos en el epígrafe anterior, son partidarios de la posición contraria ya que, consideran que el orden público, por su categoría y entidad, no admite respuestas parciales y, en caso de apreciarse, debe conllevar consigo la total anulación del laudo, no parcial.

Nuestra fundamentación parte de las siguientes premisas:

- El propio tenor literal del art. 41.3 LA ciñe la anulación parcial a aquellos motivos basados en un error *in negotio*: (i) la extralimitación de los árbitros y (ii) la arbitrabilidad de las controversias.

Como se ha referido, el Ministerio Fiscal en su alegato nunca llegó a explicar por qué si la norma es clara y precisa en su contenido, cabe confrontar su literalidad con los principios de justicia rogada y permanencia de los actos. En estos supuestos, a nuestro juicio, parece que la labor interpretativa deviene innecesaria y, si se hace, puede provocar soluciones jurídicas distintas a las que efectivamente la ley consagra e, incluso, deformar la intención del legislador.

Nótese que el art. 3.1 del Código Civil español que regula las reglas de interpretación de las normas jurídicas es claro: «Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas».

Por tanto, el hecho de que el legislador español únicamente haya seleccionado dos de los motivos recogidos en el art. 41.1 LA para permitir su posible anulación de manera parcial parece bien sencilla: el legislador quiso permitir la anulación parcial únicamente para aquellos supuestos de indudable justificación negocial, ya que, en el origen de los motivos c/ y e/ se halla un error *in negotio* que vicia el ámbito objetivo de lo concertado en el convenio arbitral. Pero no así en el resto de los motivos.

Por ende, si resulta que el sentido de la regulación y el ámbito material del art. 41.3 LA se deduce de manera clara, carece de sentido que el TSJ de Madrid y el Ministerio Fiscal acudieran a una interpretación teleológica del precepto.

De hecho, esta reflexión nos conduce a la conclusión a la que llegó Gómez Jene. M (2021), quien aun partidario de la postura favorable a la anulación parcial, parece mandar una nueva tarea al legislador, a saber: la de modificar la LA en este punto:

En cualquier caso, mientras no se produzca una necesaria modificación de la Ley de Arbitraje en este punto, la aportación del Ministerio Fiscal del TC supone un elemento relevante más a favor de admitir la anulación parcial del laudo arbitral en aplicación de la cláusula de orden público¹⁰.

De todo lo anterior se colige que el legislador no eligió al azar los dos supuestos en los que es aceptable la anulación parcial, pues estos motivos tienen un nexo que confirman su *ratio legis*, que es el error *in negotio*.

- El carácter esencial y absoluto del concepto del orden público.

Tal y como hemos expuesto en el apartado II, el orden público representa los principios y reglas más esenciales de nuestro ordenamiento jurídico, por lo que no caben medias tintas si una decisión atenta contra éste.

Esta entidad es la que justificaría la decisión del legislador de no contemplarlo como un supuesto de anulación parcial sino total.

207

De hecho, si lo comparamos con supuestos análogos en nuestro ordenamiento jurídico, la respuesta es evidente. Así, la nulidad de actuaciones procesales tiene como consecuencia la nulidad total de la resolución y, en ningún caso, permite la revocación parcial.

Es más, el propio TSJM reconoció en la sentencia objeto de amparo el carácter esencial y absoluto del orden público. En nuestra opinión, dicha afirmación resulta contradictoria con el hecho de mantener en parte un laudo que es contrario a este. Y ello porque esta decisión permitiría que un laudo que atenta contra el orden público siga manteniendo una serie de efectos. O se solicita y se concede la anulación total o no, pero ante un pilar tan esencial como es el orden público no deberían haber respuestas parciales.

Para reforzar esta idea cabe recordar una conclusión que se alcanzó en el epígrafe anterior y que además encuentra apoyo en la antedicha tesis de Gómez Jene, M. (2021)¹¹: si la doctrina y jurisprudencia están de acuerdo

¹⁰ Cfr. Gómez Jene, M. (2021), p. 753.

¹¹ Cfr. Gómez Jene, M. (2021), p. 752: «Que la anulación parcial abarque a estos supuestos es perfectamente comprensible: puede que solo una parte de la controversia sea inarbitrable y

en que, ante una vulneración de las garantías mínimas del debido proceso, por ejemplo, por una falta de notificación adecuada, el laudo tendría que ser anulado en su totalidad, ¿por qué no tendría que ser anulado también en su totalidad si estas garantías mínimas se vulneran por contravenir el orden público?

Parece que esta comparativa evidencia que permitir la anulación parcial para el supuesto recogido en la letra f/ del art. 41.1 LA y no el de a/, b/ y d/, carece de toda lógica —nótese que ninguna de estas letras se contempla en el art. 41.3 LA—.

Al igual que sucede con los partidarios de la anulación parcial, no ha sido tarea sencilla encontrar resoluciones que aborden y analicen dicha cuestión dado que parece no haberse planteado o, al menos, haberse resuelto expresamente por parte de los tribunales españoles tal cuestión.

No obstante, existen una serie de sentencias del año 2015 del TSJ de la Comunidad Valenciana que fueron y han sido de gran ayuda para reafirmarnos en el razonamiento anterior, aunque ya avanzamos que no tratan en profundidad el supuesto. En concreto, nos referimos a las Sentencias del TSJ de la Comunidad Valenciana, Sala de lo Civil y Penal, n.º 1/2015 de 12 de enero; y n.º 10/2015, de 23 de abril:

[P]ara que la estimación de la anulación pueda ser parcial es necesario que concurra el supuesto previsto en el art. 41.3 LA que requiere que concurran pronunciamientos de los previstos en los epígrafes c/ y e/ del apartado 1 «cuestiones no sometidas a su decisión» o «cuestiones no susceptibles de arbitraje», y fuera de estos casos la acción de anulación afecta al laudo conceptuado de forma unívoca.

Del fragmento anterior se deduce que el TSJ de la Comunidad Valenciana también entiende que hay que interpretar el art. 41.3 LA de manera literal. Ergo, no se puede anular parcialmente un laudo que contravenga el orden público sino de forma total.

Adicionalmente, resulta llamativa la sentencia de la AP de Navarra, n.º 246/2022, de 30 de noviembre, pues interpretó del mismo modo la derogada Ley

puede también que la incongruencia o extralimitación se manifieste también de forma limitada. Sin embargo, la invalidez del convenio arbitral, la vulneración de los derechos de defensa o las irregularidades procedimentales [...] constituyen motivos de anulación que invalidan automáticamente el laudo en su integridad; no son motivos de anulación, por tanto, que puedan considerarse de forma matizada de cara a una anulación parcial».

de Arbitraje de España de 1988 —cuya redacción acerca de qué laudos podían ser anulados parcialmente era, incluso, más clara¹²—.

Por tanto, los autores que suscriben el presente artículo consideran que el tenor literal del art. 41.3 LA y la entidad del orden público debería conllevar a la anulación total del laudo, nunca parcial.

VI. LA REGULACIÓN DE LA ANULACIÓN PARCIAL POR VULNERACIÓN DEL ORDEN PÚBLICO EN PERÚ

Una vez expuesta la situación en España y la opinión de estos autores, veamos si dichas conclusiones son extrapolables a la regulación de la anulación parcial en el Decreto Legislativo 1071 que norma el arbitraje (la «Ley de Arbitraje de Perú»), en casos de un laudo que vulnera el orden público internacional.

1. La vulneración del orden público internacional como causal de anulación

El artículo 63 de la Ley de Arbitraje de Perú regula los causales de anulación de los laudos y el alcance de dicha anulación.

Entre otros motivos, el apartado 1. f/ recoge que un laudo podrá ser anulado cuando sea contrario al orden público internacional, en caso de que nos hallemos ante un arbitraje internacional.

En este sentido, el artículo 5 de la Ley de Arbitraje de Perú determina que el arbitraje tendrá carácter internacional cuando concorra alguna de las siguientes circunstancias: (i) si las partes, al momento de la celebración del convenio arbitral, tienen sus domicilios en Estados diferentes, (ii) si el lugar del arbitraje está situado fuera del Estado en que las partes tienen sus domicilios o (iii) si el lugar de cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones o el lugar con el cual el objeto de la controversia tiene una relación más estrecha está situado fuera del territorio nacional, cuando las partes estén domiciliadas en Perú.

Pues bien, la Ley de Arbitraje de Perú, al igual que la Ley de Arbitraje de España, reconoce la anulación del laudo por ser contrario al orden público. Ahora bien, lo ciñe al orden público internacional.

¹² *Vid.* el art. 45.4: Cuando los árbitros hayan resuelto sobre puntos no sometidos a su decisión o que, aunque lo hubiesen sido, no pueden ser objeto de arbitraje. En estos casos la anulación afectará sólo a los puntos no sometidos a decisión o no susceptibles de arbitraje, siempre que los mismos tengan sustantividad propia y no aparezcan indisolublemente unidos a la cuestión principal.

Si bien el concepto de orden público nacional e internacional es difuso, autores como Soto Coaguila, C.A. y Bullard González, A. (2011)¹³ definen el orden público internacional, en contraposición con el nacional, del siguiente modo:

El Orden Público Internacional es un subconjunto del grupo de normas que conforman el Orden Público Interno, y se diferencian únicamente por el grado de importancia dentro del ordenamiento nacional. Se trata de aquellos valores esenciales del Derecho de una población en particular. De esta forma, «el número de asuntos considerados parte del orden público es más limitado en casos internacionales que en casos nacionales [...] la ejecución de un laudo sólo ha de ser denegada si la ejecución violaría las nociones más básicas de moralidad y justicia del Estado del foro». El concepto de orden público internacional es mutable y subjetivo, depende de las apreciaciones que tenga el juez de una sociedad en un momento determinado. Encuadrar conductas dentro del Orden Público Internacional es un ejercicio que debe hacerse con sumo cuidado y de forma restrictiva; sólo cuando se alteren los conceptos más fundamentales de la sociedad en cuestión.

210

En línea con lo expuesto en el apartado II, el orden público internacional se corresponde con los principios y valores más esenciales de la sociedad en su conjunto y tiene un carácter más restringido que el nacional. Es decir, la entidad y el carácter absoluto del orden público internacional es incuestionable.

Por último, conviene resaltar que, al amparo del artículo 63.6 de la Ley de Arbitraje de Perú, la vulneración del orden público internacional (causal f/) puede incluso ser apreciada de oficio por la Corte Superior que conoce el recurso de anulación. Todo ello, denota el carácter esencial que ostenta el orden público internacional.

2. La anulación parcial y la compatibilidad con la vulneración del orden público internacional

Visto que la Ley de Arbitraje de Perú recoge la vulneración por orden público internacional como causa de anulación, analicemos si su apreciación es o no compatible con la anulación parcial del laudo, no total.

En términos análogos a los del artículo 41.3 de la Ley de Arbitraje de España, la Ley de Arbitraje de Perú tan solo prevé dos supuestos en los que la anulación afectaría tan solo a una parte del laudo.

¹³ Cfr. Soto Coaguila, C.A. y Bullard González, A. (2011), págs. 29 a 30.

En concreto, el artículo 63.3 de la Ley de Arbitraje de Perú dispone lo siguiente:

Tratándose de las causales previstas en los incisos d. y e. del numeral 1 de este artículo, la anulación afectará solamente a las materias no sometidas a arbitraje o no susceptibles de arbitraje, siempre que puedan separarse de las demás; en caso contrario, la anulación será total. Asimismo, la causal prevista en el inciso e podrá ser apreciada de oficio por la Corte Superior que conoce del recurso de anulación.

Es decir, como sucede en España, la Ley de Arbitraje de Perú contempla de forma expresa la anulación parcial únicamente en dos casos: (i) cuando la anulación verse sobre cuestiones no sometidas a arbitraje (causal art. 63.1 d/ o (ii) cuando la anulación afecte a materias no susceptibles de arbitraje (causal art. 63.1 e/).

A mayor abundamiento, la Ley de Arbitraje de Perú regula en el artículo 65 las consecuencias de la anulación del laudo y en el caso de los causales d/ y e/ del artículo 63.1, hace referencia a la anulación del laudo o de «parte de él». Para el resto de los causales no se contempla esta última precisión.

En concreto, el citado precepto rige como sigue¹⁴:

- d. Si el laudo, **o parte de él, se anula por la causal prevista en el inciso d. del numeral 1 del artículo 63**, la materia no sometida a arbitraje podrá ser objeto de un nuevo arbitraje, si estuviera contemplada en el convenio arbitral. En caso contrario, la materia podrá ser demandada judicialmente, salvo acuerdo distinto de las partes.
- e. Si el laudo, **o parte de él, se anula por la causal prevista en el inciso e. del numeral 1 del artículo 63**, la materia no susceptible de arbitraje podrá ser demandada judicialmente.

En el resto de los casos, el artículo 65 hace referencia a la anulación del laudo, sin incluir la mención a «parte de él». Así, resulta lógico concluir que la anulación parcial solo se contempla para los causales d/ y e/, no para el resto, entre ellos, la vulneración del orden público internacional (causal f/).

Asimismo, los autores que suscriben este artículo tampoco han localizado una resolución del TC de Perú que haya resuelto por el momento la compatibilidad de la anulación parcial con la vulneración del orden público internacional.

¹⁴ Lo resaltado es nuestro.

Por tanto, los dos argumentos expuestos para sostener que la Ley de Arbitraje de España, permite anular de forma parcial un laudo por ser contrario al orden público, esto es la entidad del concepto de orden público y el tenor literal de la norma, son extrapolables a la Ley de Arbitraje de Perú. Y ello porque nos hallamos ante regulaciones análogas y sobre las que los respectivos Tribunales Constitucionales no se han pronunciado.

VII. CONCLUSIONES

El debate acerca de la posibilidad de anular un laudo parcialmente cuando uno o alguno de sus pronunciamientos resulta contrario al orden público surgió a raíz del caso que dio lugar a la STC n.º 65/2021, de 15 de marzo.

No obstante, y aunque habría sido lo óptimo para arrojar luz sobre la cuestión, el TC español dejó sin resolver esta suerte de excepción planteada en el recurso de amparo. Excepción que, hasta el momento, no había sido opuesta en ningún procedimiento español o, al menos, no había sido recogida en ninguna sentencia hasta la STSJ de Madrid n.º 36/2019, de 1 de octubre que fue objeto de amparo.

La citada excepción versaba acerca de la imposibilidad de anular de manera parcial un laudo por contravenir el orden público a la luz de lo dispuesto en el art. 41.3 LA que ciñe la anulación parcial a dos supuestos concretos: (i) la extralimitación de los árbitros y (ii) la arbitrabilidad de las controversias.

Ante dicho escenario se plantean dos posiciones contrapuestas que se han desarrollado a lo largo de este artículo:

- La línea de defensa a favor —respaldada por el TSJ de Madrid, el Ministerio Fiscal y Gómez Jene, M. (2021)— propone una interpretación teleológica del art. 41.3 LA. A juicio de sus partidarios, del precepto subyacen los principios de justicia rogada y permanencia de los actos, por lo que, si las cuestiones objeto de nulidad tienen sustantividad propia, se puede anular de manera parcial un laudo contrario al orden público.
- La línea de defensa en contra, que sostienen estos autores, y se basa en dos premisas:
 - (i) El legislador con el artículo 41.3 LA quiso permitir la anulación parcial para aquellos supuestos de indudable justificación negocial, ya que en el origen de los motivos c/ y e/ del art. 41.1 LA se halla un error *in negotio* que vicia el ámbito objetivo de lo concertado en el convenio

arbitral —no así en el resto de los motivos, v. gr. la contravención del orden público—.

- (ii) El orden público reviste tal entidad que conlleva que la resolución que lo vulnera deba ser anulada en su totalidad y no sólo de forma parcial, por lo que no caben soluciones intermedias.

En consecuencia, la tesis en contra defiende que el art. 41.3 LA es claro y preciso en su contenido, por lo que no cabe confrontar su literalidad con los principios de justicia rogada y permanencia de los actos ya que, ello puede provocar soluciones jurídicas distintas a las que efectivamente la ley consagra, así como deformar la intención del legislador.

Dicha postura resulta extrapolable a la Ley de Arbitraje de Perú dado que contiene una regulación sobre la anulación parcial análoga a la española. Es decir, tan solo contempla la anulación parcial en casos de materias no sometidas a arbitraje (art. 63.1 d/) o no susceptibles de arbitraje (art. 63.1 e/). La vulneración del orden público internacional (art. 63.1 f/) no aparece dentro de las excepciones. Asimismo, el TC de Perú tampoco se ha pronunciado a día de hoy sobre la compatibilidad de la anulación parcial con la violación del orden público internacional.

213

Así las cosas, los dos argumentos para defender la imposibilidad de anular un laudo cuando éste resulte contrario al orden público —es decir, la entidad del concepto de orden público y el tenor literal de la norma— son extrapolables a la Ley de Arbitraje de Perú.

En definitiva, el encaje de la anulación parcial con la vulneración del orden público es un debate reciente y novedoso que, no cabe duda, terminará siendo analizado por parte del TC español y peruano.

BIBLIOGRAFÍA

- Díez Picazo, L. (1969). Estudios sobre la jurisprudencia, vol. 2. *Tecnos*. Madrid.
- Doral García, J.A. (1967). La noción de orden público en el Derecho civil español. Pamplona.
- Doral García, J.A. (1973). Orden público I Derecho civil. *Gran Enciclopedia Rialp*. Madrid.
- Gómez Jene, M. (2021). Arbitraje europeo: una crítica a la sentencia del Tribunal Constitucional 65/2021, de 15 de marzo, *Cuadernos de derecho transnacional*, ISSN-e 1989-4570, Vol. 13, n.º 2.

Lorca Navarrete, A.M. (2004). Los motivos de la denominada acción de nulidad contra el laudo arbitral en la vigente Ley de arbitraje. *Diario La Ley*, n.º 6005, *Sección Doctrina*, 27 de abril de 2004, ref. D-95. *LA LEY*.

Luna Serrano, L. et. al. (1987). *Elementos de Derecho Civil*, I.3º. Barcelona.

Soto Coaguila, C.A. y Bullard González, A. (2011). *Comentarios a Ley Peruana de Arbitraje. Instituto Peruano de Arbitraje*.

Recibido: 13-09-2024

Aprobado: 01-04-2025