

EL CONTROL JUDICIAL DE LA NULIDAD DE PLENO DERECHO DEL LAUDO ARBITRAL (Sobre la STC 288/1993, de 4 de octubre)

ANGEL BONET NAVARRO
Catedrático de Derecho Procesal
Universidad de Zaragoza

SUMARIO: I. PREVIO. II. MATERIALES PARA LA DETERMINACION DEL CONCEPTO DE LO QUE NO ES UN RECURSO. 1. El nombre. 2. La naturaleza del arbitraje: el equivalente jurisdiccional. 3. La versión tradicional de la intervención judicialista en el arbitraje *more recursu*. 4. La exclusión de la revisión judicial del laudo. III. ACOGIDA DE LA ACCION DE NULIDAD DE PLENO DERECHO DEL LAUDO EN EL RECURSO DE ANULACION. 1. De nuevo sobre el equivalente jurisdiccional. 2. La pretensión de nulidad. 3. Contenido procesal y carácter constitutivo de la acción de anulación. IV. EL PROCESO DECLARATIVO ESPECIAL DE ANULACION.

I. PREVIO

La posibilidad de someter a revisión el laudo arbitral, por causa de nulidad de pleno derecho, presenta dos aspectos de notable relevancia por su incidencia directa e indirecta en dos planos diferentes: el del tratamiento y el de la eficacia del denominado *recurso* judicial de anulación. Esos dos aspectos son los ofrecidos por la consideración de la naturaleza del *recurso* y el ámbito de la revisión judicial. Hemos de plantearnos si lo establecido por la Ley de Arbitraje (LA) es un verdadero recurso jurisdiccional; y si, por medio del mismo, se puede revisar todo lo que afecta a la corrección, eficacia e ineficacia del laudo, o si, por el contrario, como se mantuvo —doctrinal y jurisprudencialmente— en el régimen arbitral

anterior, ante la estrechez de las posibilidades concedidas por los recursos y, precisamente por esta naturaleza de la actividad revisora, aún cabe denunciar la nulidad de pleno derecho en un juicio declarativo posterior.

La STC 288/1993, de 4 de octubre (1), al examinar la anulación del laudo, considerando que está en presencia de un recurso, aborda el estudio de la pretensión de amparo desde este ángulo. Lo que menos importa —aunque no sea indiferente—, en este punto, es que el TC utilice la denominación de recurso para esta actuación jurisdiccional revisora establecida en los artículos 45 y siguientes de la Ley de Arbitraje. La configuración mantenida formal y externamente, en estos preceptos, viene determinada por la decisión de equiparar, en su contenido, la actividad anulatoria a un recurso y así lo considera también el Tribunal Constitucional en los argumentos introductorios de la fundamental razón en que apoya la decisión de conceder el amparo (2).

Por otro lado el TC confirma esta postura al utilizar, como clave de sustentación de su argumento, la referencia al requisito de admisibilidad de los recursos que implica la fijación de un plazo para su interposición (3).

Un asunto que dejó irresoluto la LA fue el ámbito real de la actividad judicial revisora. Afirmar que este ámbito está perfecta y limitadamente

(1) Sala Primera, en Boletín de Jurisprudencia Constitucional, n.º 151, noviembre de 1993, pp. 50-52.

(2) A esto equivale argumentar en el FJ 2.º diciendo: "Es reiterada la jurisprudencia de este Tribunal que ha afirmado la innegable conexión entre la protección jurídica de la inmodificabilidad de las decisiones judiciales y el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, de forma que (entre otras, SSTC 32/1982, 67/1984 y 176/1985) el derecho a la tutela judicial supone, desde este punto de vista, una dimensión positiva consistente en que el fallo judicial se cumpla, y una dimensión negativa, en cuanto proscribire que, fuera de los supuestos y cauces taxativamente previstos, los órganos judiciales dejen sin efecto resoluciones firmes (entre otras, SSTC 15/1986 y 119/1988), ya que la tutela judicial ha de producirse en los términos y dentro de los cauces que el legislador, respetando el contenido esencial del artículo 24 de la Constitución, haya querido articular, por lo que sólo en la medida en que se respeten íntegramente aquellos cauces legales darán los jueces cabal cumplimiento a lo que el citado precepto constitucional dispone.

Trasladadas estas ideas al sistema de recursos, cabe afirmar que del mismo modo que un órgano judicial no puede inadmitir un recurso previsto por la Ley, tampoco le está permitido pronunciarse en vía de recurso sobre una determinada materia cuando exista una causa impeditiva excediéndose de la competencia que el legislador le ha otorgado en el caso concreto, exceso que este Tribunal Constitucional debe corregir en la medida en que el pronunciamiento judicial pudiera lesionar el derecho de otros justiciables a la tutela judicial efectiva (STC 116/1984)."

(3) La presencia del carácter de recurso que se atribuye a esta actuación no se pierde en ningún momento, llegando el TC (FJ 3) a apoyarse en el artículo 240 LOPJ el cual hace innegablemente referencia a los recursos como medio de denunciar la nulidad de pleno derecho y de los defectos de forma en los actos procesales que comportan la deficiencia de los requisitos indispensables para alcanzar su fin o producen indefensión.

fijado por los distintos motivos o causas señalados en el artículo 45 es no decir nada o tan apenas nada. Dejando a un lado, por ahora, el enigmático párrafo 5.º del artículo 45 que ha inducido a la doctrina (4) a tratar de desentrañar qué se halla tras la expresión “*contrario al orden público*”, nos encontramos con otras cuestiones eslabonadas con la actividad revisora que el legislador —a pesar de haberse planteado en la doctrina científica española (5)— no despacha de una manera aparentemente explícita. Me refiero a la posibilidad de pedir la rescisión del laudo en casos de nulidad de pleno derecho o absoluta fuera de este recurso y por tanto sin sujeción al plazo (arts. 1300 y 1301 Cc) (6). El TC, pese a algunas imprecisiones terminológicas sobre las que volveremos más adelante, parece responder a esta pregunta al explicar en el FJ 3 que “... *la Ley prevé unos mecanismos específicos de revisión judicial de los laudos arbitrales, de forma que, como afirma el Ministerio Fiscal, sólo podrán ser anulados en los casos expresamente previstos en el artículo 45 cuando el recurso es presentado en el plazo preclusivo regulado en el artículo 46. En consecuencia, hay que concluir que cuando este efecto se produce por causa distinta a las taxativamente previstas o en virtud de recurso presentado fuera de plazo se está desconociendo el efecto de cosa juzgada que la Ley les otorga, vulnerando el principio de inmodificabilidad de las decisiones judiciales firmes que les es de aplicación y, en última instancia, desconociendo la tutela judicial efectiva del beneficiado por él*”.

Estimo que un estudio adecuado de los dos aspectos del control judicial del laudo, antes apuntados, puede ayudar a resolver —por medio de una interpretación integradora del artículo 45— esta cuestión. Porque para saber si es posible —o está vetado— acudir a otro proceso posterior para ejercitar la acción pretendiendo la nulidad radical del laudo —y de otras actuaciones del procedimiento arbitral—, es preciso conocer primeramente si de tal asunto se trata exhaustivamente

(4) Cfr. BERCOVITZ, R., “Comentarios a la Ley de Arbitraje” (coordinados por él). Madrid, 1991, pp. 56 y ss; ALBALADEJO, “La ominosa tentativa de hacer irrecorrible el laudo de Derecho que infringe las normas debidas aplicar”, en *Revista de Derecho Privado*, marzo 1990, pp. y 171, ss.; CABANILLAS SANCHEZ, “Comentarios a la Ley de Arbitraje”, (Coordinador R. Bercovitz), *op. cit.*, pp. 724 y ss.; BARONA, S., “El recurso de anulación del laudo arbitral”, en *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, 1988-1989, p. 120; e HINOJOSA, *El recurso de anulación contra los laudos arbitrales (Estudio jurisprudencial)*, Madrid, 1991, pp. y 102 ss. y 483 y ss., además de otros.

(5) Cfr. FENECH, “El arbitraje en Derecho español”, en *Estudios de Derecho Procesal* (con CARRERAS). Barcelona, 1962, p. 427; SERRA, “El proceso arbitral”, en *Estudios de Derecho Procesal*, Barcelona, 1969, pp. 612-614.

(6) Jurisprudencialmente el asunto fue tratado durante la vigencia de la legislación anterior, afirmando el TS la posibilidad de acudir al proceso declarativo posterior para pedir la declaración de nulidad del compromiso, del laudo, del contrato preliminar de arbitraje y la inefectiva observancia del principio de contradicción. Un resumen de esta jurisprudencia puede verse en SERRA, *El proceso*, *op. cit.*, p. 613.

—cerrando el catálogo— en el artículo 45, como causa de *anulación*, dicha y contemplada en un sentido amplio que excede del concepto de la mera anulabilidad, y alcanza hasta la nulidad radical e insanable, en su caso; y, en segundo lugar, si en el *recurso* cabe denunciarla, o si, por estar clausurado el acceso a esta causa de ineficacia del laudo, no queda más remedio que permitir que los interesados acudan a un juicio declarativo posterior y, de paso, sin sujeción al plazo estricto del artículo 46. Todavía puede añadirse otra consideración que derivará de lo anterior; si el juicio declarativo ordinario es de carácter plenario ¿hay algún óbice en proponerlo como cauce idóneo para ejercitar en él las pretensiones de anulación —las de nulidad de pleno derecho *a fortiori*—, esquivando, en cualquier caso, el *recurso* de anulación? Es decir ¿cabe que los interesados acudan directamente al juicio declarativo ordinario, prefiriéndolo al *recurso* de anulación?

II. MATERIALES PARA LA DETERMINACION DEL CONCEPTO DE LO QUE NO ES UN RECURSO

Forzosamente el análisis de los elementos que sirven para definir la naturaleza y función del *recurso* de anulación del laudo arbitral nos llevará a practicar una doble selección: la de aquellos que deben ser preteridos por su evidente acción perturbadora y errónea, y la de los que deben ser tenidos en cuenta por su eficacia clarificadora y constructiva.

1. El nombre

La denominación utilizada por la LA ni constituye una explicación de lo que regula, ni ofrece un indicio para intuir lo que el legislador ha querido poner en manos de los afectados por un laudo arbitral que consideren irregular por alguna de las causas mencionadas en el artículo 45: simplemente, el nombre crea un equívoco.

No es ésta la única ocasión en que el legislador utiliza el nombre de recurso para denominar algo que no tiene naturaleza ni caracteres —ni función— de recurso; el recurso de revisión de sentencias firmes civiles (art. 1796 LEC) es un proceso revisorio; se inicia por demanda (art. 1803 LEC) y además el artículo 1251 del Cc lo denomina sin ambages *juicio de revisión*. De manera semejante hay que ponderar la naturaleza y contenido del recurso de responsabilidad civil contra jueces y magistrados (arts. 903 ss LEC). En ambos casos se exige como presupuesto positivo para abrir esos procesos lo que constituye el presupuesto negativo para admitir cualquier recurso: la firmeza de la sentencia o del auto.

El TC, asentando una opinión aceptada por un amplio sector científico (7) y recibida por la STC 62/1991, de 22 de marzo, al afirmar que el arbitraje es “*un equivalente jurisdiccional, mediante el cual las partes pueden obtener los mismos objetivos que con la jurisdicción civil, esto es, la obtención de una decisión al conflicto con todos los efectos de la cosa juzgada*” (FJ 3) (8), llega a considerar el procedimiento arbitral y sus resultados —el laudo— como si de procesos jurisdiccionales estatales se tratara.

Materialmente el arbitraje cumple los mismos objetivos que el proceso jurisdiccional declarativo, pero formalmente es distinto. Por tanto, una trasposición generalizada de términos y nombres, utilizados en el proceso jurisdiccional estatal, para designar los fenómenos que ocurren en el procedimiento arbitral o como consecuencia del mismo, es absolutamente improcedente. Si los recursos jurisdiccionales se dan contra las resoluciones judiciales (arg. art. 408 LEC), difícilmente podemos admitir tales medios de gravamen contra decisiones que no sean propiamente judiciales: providencias, autos y sentencias (art. 245 LOPJ). La observación que acabo de hacer tiene ciertamente una mínima relevancia, pero encierra en sí el germen de un discurso argumentativo que merece prestarle mejor atención. Los nombres nos introducen en las cosas engañosa o verazmente. Es preciso quitar nombres que entorpecen la visión de las cosas. Para esto es necesario comenzar por ver la naturaleza de esas cosas.

2. La naturaleza del arbitraje: el equivalente jurisdiccional

Repitamos la idea. Materialmente el arbitraje cumple los mismos objetivos que el proceso jurisdiccional civil declarativo (9). Pero los cumple de distinta manera. No hay inconveniente en mantener la naturaleza jurisdiccional del arbitraje —la tiene— al mismo tiempo que se excluye un trata-

(7) En Italia, MORTARA, *Commentario del Codice e delle legi di procedura civile*, Milano, 1923, 4.ª ed., t. III, p. 51, apuesta por la inclusión del arbitraje dentro del ámbito jurisdiccional, la cual es seguida por otros autores de su nacionalidad. En España es amplia la nómina de científicos del Derecho Procesal que mantienen posiciones decididamente jurisdiccionalistas respecto del arbitraje; FENECH, CARRERAS, DE LA OLIVA, MONTERO, ALMAGRO, GIMENO SENDRA, GOMEZ COLOMER, GONZALEZ MONTES, LORCA NAVARRETE, ORTIZ NAVACERRADA, RAMOS, SERRA y PEREZ GORDO.

(8) No debe perderse de vista que CARNELUTTI, *Sistema de Derecho Procesal Civil*, (trad. Alcalá Zamora), Buenos Aires, 1944, t. I, p. 208, al tratar de los equivalentes jurisdiccionales, excluye el arbitraje de este género.

(9) Sobre las identidades y desemejanzas del arbitraje y del proceso jurisdiccional puede consultar el lector a BONET NAVARRO, “Perspectivas en la solución heterocompositiva de conflictos laborales ante el proyecto constitucional: el jurado y el arbitraje privado”, en *Escritos sobre la Jurisdicción y su actividad*, Zaragoza, 1981, p. 453.

miento parigual e indiscriminado del proceso jurisdiccional y del proceso arbitral. Si, en lo orgánico, los árbitros no se hallan en la planta judicial estatal, por su misma naturaleza temporal e infungible, en lo procesal tampoco están sujetos a las normas del procedimiento establecidas en la LEC para desarrollar el proceso arbitral. El proceso arbitral se rige por lo dispuesto por la voluntad de las partes o por las normas establecidas por la Corporación o Asociación administradora del arbitraje; en todo caso, deberá ajustarse a lo establecido en la LA (art. 21.1 y 2).

Si tenemos en cuenta esta consideración resulta fácil entender que, en la actual LA, lo que se intenta contra el laudo para rescindir su eficacia no se logra por el vehículo de un recurso, porque, ante el arbitraje, no estamos en presencia de actos jurisdiccionales estatales que generen resoluciones jurisdiccionales susceptibles de recurso. Una cosa es predicar del laudo la fuerza de cosa juzgada —hablar de *firmeza* del laudo e incluso admitir que contra el laudo *firme* sólo cabe el recurso de revisión, como acaece en el caso de las sentencias judiciales también firmes— y otra bien distinta es —por sólo esa circunstancia— entender que se puede aplicar a él todo lo que concierne a las sentencias. La cita que el TC hace del artículo 240 de la LOPJ, en el que se conceden los recursos para denunciar la nulidad de pleno derecho, como argumento excluyente de la ilimitación de los plazos para su ejercicio, es señaladamente inapropiada y posiblemente consecuencia de no haberse despegado todavía de la tradición jurídica española en esta materia: la recurribilidad de los laudos. Por eso es más inadecuado aún trasladar la teoría de la tutela judicial en los recursos (10), al sistema impugnatorio de los laudos en la LA (11). El propio legislador, en la Exposición de Motivos de la LA, hace protesta convencido de separarse del régimen hasta entonces vigente de los recursos contra el laudo, aunque las explicaciones y consecuencias que saca de esta toma de postura es un poco extraña (12).

(10) Para un examen crítico de la jurisprudencia constitucional en este punto V. BORRAJO INIESTA, I., DIEZ-PICAZO GIMENEZ, I., y FERNANDEZ FARRERES, G. *El derecho a la tutela judicial y el recurso de amparo. Una reflexión sobre la jurisprudencia constitucional*, Madrid, 1995, p 25 y ss.

(11) Remito al lector a hacer una nueva lectura del texto transcrito del FJ 2 más arriba, en la nota 2.

(12) “El órgano competente para conocer del recurso es la Audiencia Provincial. Es ésta una decisión ecléctica entre la regulación vigente de los recursos contra el laudo, cuyo conocimiento se atribuye al Tribunal Supremo, como si de una sentencia se tratara, y los que postulan que, siendo el laudo una decisión puramente privada, su anulación debería incumbir a los Juzgados de Primera Instancia...” No se adivina qué tiene que ver la elección del criterio de sustituir el género recurso por el de otro modo de impugnación con ligar este cambio de criterio a atribuir a las Audiencias Provinciales el conocimiento de tales actuaciones. Si queremos adivinar más allá de lo que dicen las

3. *La versión tradicional de la intervención judicialista en el arbitraje more recursu*

Cuando explícita o implícitamente se ha considerado que el arbitraje formaba parte del dispositivo judicial —no sólo jurisdiccional— estatal, configurándose como una primera instancia atribuida a los árbitros, no ha habido graves inconvenientes en admitir que contra su laudo pudiera interponerse un recurso de apelación que abriera eventualmente una segunda instancia ante la Audiencia Provincial, o un recurso de casación ante el Tribunal Supremo (13), aunque las disfunciones advertidas por la doctrina (14) no fueran remediadas por el legislador, al ser ineficaces las normas para someter íntegramente, a la disciplina de la segunda instancia o de la casación, la *jurisdicción arbitral*, cuando ésta ya no pertenecía íntegramente al sistema judicial estatal.

Ante una figura arbitral como la ofrecida actualmente por la LA no se corresponde el mantenimiento del instrumento del recurso, como medio para atacar el laudo.

Sin embargo, las razones que se utilizan, a veces, para advertir que no estamos en presencia de un recurso no son definitivamente decisivas, porque admiten objeciones que han de tenerse en cuenta.

Suele decirse que, cuando se admite un recurso, si es no devolutivo conoce el mismo órgano que dictó la resolución que produce el gravamen, y si es devolutivo conoce un órgano distinto y superior. Con esto se quiere indicar que la Audiencia Provincial —o en su caso el TS, o el Juzgado de Primera Instancia, si así se hubiera dispuesto por el legislador— no es órgano superior de los árbitros. La devolución —doble grado de jurisdic-

palabras quizá podamos descubrir que el redactor de la EM sigue pensando que está ofreciendo algo híbrido que comparte naturalezas de recurso y de impugnación autónoma, y que por eso atribuye el conocimiento de la actuación revisora a un órgano que típicamente es competente para conocer de los recursos devolutivos. Si esto es así flaco servicio hace el redactor de la EM al intérprete, porque lejos de exponer cuál es el designio de la LA le sume en el mismo desconcierto que produce la lectura del título VII.

(13) Así se contemplan ambos recursos en los artículos 809 y 816 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 5 de octubre de 1855 para el “Juicio arbitral”; en los artículos 87 a 93 de la Ley de 22 de abril de 1878 que permitió interponer recurso de casación contra las sentencias de los amigables componedores; o en los artículos 818 y 826 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 3 de febrero de 1881.

(14) Ya desde el primer momento GUASP, *El arbitraje en el derecho español*, Barcelona, 1956, p. 168, advirtió la difícil adaptación de un sistema de recursos de casación como era el imperado desde la LEC, a una institución que, por su naturaleza, era difícil de insertar en él. El TS se vio obligado a calificar el recurso de casación como de naturaleza especial, recuso excepcional, recurso extraordinario, singular recurso, recurso *sui generis*, o con similares expresiones, por su peculiar comportamiento y desviación de lo que es propiamente la función casacional, cuando hay reenvío del asunto al Tribunal de instancia por apreciar la concurrencia de un vicio *in procedendo* y cuando es preciso sustituir la sentencia de la instancia por una sentencia sobre el fondo dictada por el propio TS.

ción— ciertamente no implica, por naturaleza, que del recurso conozca un Tribunal superior; no es nota esencial de la segunda fase del proceso (15). Ciertamente la Audiencia Provincial, que está llamada a conocer del *recurso* de anulación, no es superior de los árbitros, pero por esa circunstancia no se puede concluir simplemente que no puede hablarse de recurso; desde esta perspectiva nada impediría construir un recurso que abriera una segunda fase del proceso arbitral ante un órgano no superior, pero distinto.

En la actuación de la Audiencia Provincial (*ex art. 45 y ss*) quiere verse una concesión a la entrada en el ámbito de la tutela judicial efectiva (16) que no puede negarse a los justiciables que convinieron el arbitraje. En esto hay un resabio de querencia por el recurso tradicional; algo parecido a no querer que el proceso arbitral terminara sin concederse la oportunidad de acudir al juez; en este caso la Audiencia Provincial. Trataremos de explicar esto luego. Pero innegablemente en el proceso arbitral tiene lugar un fenómeno que se da también en otros procesos jurisdiccionales; con el laudo en aquél —con la sentencia en éstos— se pone término en única instancia a todo el proceso (ejemplo, arts. 732 y 1810 LEC). La segunda fase sólo se abre cuando se da el presupuesto de procedibilidad que consiste en que la Ley conceda un recurso. La LA no concede contra el laudo recurso alguno. El artículo 37 dispone que contra el laudo “sólo cabrá el recurso de revisión”; no otro y además sabemos que éste no es recurso. Luego, realmente no cabe ningún recurso.

El proceso arbitral —sin lugar a dudas— no está configurado para desarrollarse en dos instancias: una arbitral y otra judicial. No es un proceso híbrido; en la EM se hallan suficientes argumentos para defender que el arbitraje es un instrumento autónomo, en el que se limita al máximo la intervención judicial, la cual —dicho de paso— tiene atribuido siempre un papel subalterno y de ayuda para constituir aquellas situaciones jurídicas que, por el desapoderamiento, en lo *público*, de las partes para realizar actos coactivos y por la falta de *potestas* de los árbitros para ejecutar actos de *imperium*, se requieren para la eficacia de la institución. Por tanto, la actividad de la *iuris dictio*, respecto del asunto sometido a arbitraje se ejerce plena, y exhaustivamente e irrepetiblemente en el laudo por los árbitros y al modo arbitral.

(15) Han existido momentos históricos en que la segunda instancia ha sido remitida a un Tribunal del mismo grado que conoció de la primera; el ejemplo francés, después de 1790, es un caso bien conocido; Cfr. SELIGMANN, *La justice en France pendant la Révolution*, I, p. 299.

(16) V. La EM apoya este pensamiento: “El convenio arbitral no implica renuncia de las partes a su derecho fundamental de tutela judicial, consagrado en el artículo 24 de la Constitución.”

Si no se admite que éste sea un recurso, es debido a que, para que se pueda construir un régimen de recursos, en general, es preciso que el órgano *a quo* y el órgano *ad quem* pertenezcan a un mismo orden orgánico y ejerzan la función del mismo modo; lo que no quiere decir que sea la misma función. Aquí radica la diferencia; los árbitros —jueces privados— no se hallan dentro del mismo orden orgánico que los Jueces estatales. No ejercen jurisdicción oficial sino arbitral y por eso la Audiencia Provincial no puede intervenir revisando la actuación del árbitro *more recurso* (17). Faltando además la subordinación o coordinación jerárquica entre árbitros y Audiencia Provincial es impensable la renovación del juicio ante el juez estatal. El fenómeno no es extraño en la historia del Derecho. En el *ordo privatorum* romano no era concebible una segunda instancia ante un tribunal superior, ya que el juez era una persona privada y no existía relación alguna de dependencia jerárquica y orgánica (18). El paso a la segunda instancia se dio cuando se introdujo una modificación en la constitución política que sólo fue posible con Augusto. Por esa razón la sentencia dictada por el juez privado se convertía inmediatamente en firme; definitivamente, irrecurrible e inatacable. Lo que importaba pues en el proceso clásico era conseguir que las sentencias formalmente reunieran todos los presupuestos, requisitos y elementos determinados. De ahí que lo único que se podía combatir era la regularidad formal de la sentencia, haciendo constar la falta de algún requisito o la inexistencia misma de la sentencia (*infitiatio*). El artículo 53 de la LA dispone que el laudo es eficaz desde la notificación a las partes.

4. La exclusión de la revisión judicial del laudo

Frente a la postura de mantener una revisión judicial del laudo por la vía de los recursos, cabe adoptar otra radicalmente distinta: excluir de todo género de revisión judicial lo decidido por los árbitros. Si el arbitraje se contempla como un medio para hacer más accesible y más eficaz la tutela de los derechos de los ciudadanos (19) no resulta descabellado afir-

(17) En el Derecho Civil aragonés se halla una norma que suscita similares reflexiones a las que venimos haciendo. El artículo 85 de la Compilación de Derecho Civil concede una *apelación* —“serán apelables los acuerdos” de la Junta de Parientes— ante el juez de Primera Instancia. El intento, aplicado literalmente, es imposible, porque junta de Parientes y juez de Primera Instancia no se hallan en el mismo orden orgánico.

(18) Cfr. ORESTANO, “Appello (Diritto romano)”, en *Enciclopedia del Diritto* II, 1958, p. 709.

(19) V. la EM de la LA y el propio sentido de la Recomendación 12/1986, de 16 de septiembre, del Comité de Ministros del Consejo de Europa; y la Resolución A3-0318694 sobre el fomento del recurso al arbitraje de Derecho para la resolución de los conflictos de orden jurídico (Diario Oficial de las Comunidades Europeas n.º C 205/519, de 25 de julio de 1994).

mar, como hipótesis, la absoluta prohibición del control judicial del laudo; pues someter a la jurisdicción el resultado de la actividad que las partes desearon y buscaron para evitar la intervención de los órganos jurisdiccionales constituye un contrasentido. El arbitraje recibe su fuerza de la *auctoritas* reconocida por las partes en los árbitros que ellas eligen; y esto separa el mecanismo de confección del arbitraje y la decisión recaída en él, de la actividad revisora de los jueces, en todo lo que afecta al fondo del asunto y al desarrollo procesal de la actividad de las partes y de los árbitros.

La realidad del entorno jurídico y político europeo es contraria a excluir por completo el control judicial del laudo (20).

Una postura intermedia —a medio camino entre la negación total de la revisión del laudo arbitral en cualquier caso y la aceptación de la revisión incluso en lo que se refiere al fondo del asunto— se sitúa en la exclusión del control judicial del juicio sobre el mérito efectuado por los árbitros, pero no de otros aspectos. La razón que lleva a excluir esta revisión no es desatendible. Las partes no quisieron el juicio judicial (estatal) ¿por qué se les ha de imponer? ¿No se les planteó el arbitraje como “una alternativa más eficaz a la acción judicial”? (21). Además, no existe ninguna garantía de que la Audiencia Provincial formule el verdadero y acertado juicio que satisfaga la *justicia* del caso. La propia concesión del acceso a la casación por el motivo 4.º del artículo 1692. La LEC muestra el convencimiento del legislador de que es posible —y no infrecuente— que las Audiencias Provinciales yerren al aplicar el derecho. En este caso, la revisión del laudo se concede sólo *propter rerum judicatarum auctoritatem* (22). Para algunos el *recurso* de anulación en la LA no tiene otro alcance que el de controlar la regularidad formal de la creación, desarrollo y terminación del proceso arbitral (23).

(20) Con causas limitadas admiten la anulación del laudo el Código de procedimiento civil italiano (arts. 827-831), la ZPO alemana (§ 1041), la ZPO austríaca (§ 595), Código de procedimiento civil francés (art. 1484).

(21) Cfr. EM de la Ley de Arbitraje.

(22) Cfr. VICENTE Y CARAVANTES, J., *Tratado histórico, crítico filosófico de los procedimientos judiciales en materia civil según la nueva Ley de Enjuiciamiento con sus correspondientes formularios*, Madrid, 1858, t. IV, p. 85.

(23) Cfr. HINOJOSA SEGOVIA, R., *El recurso de anulación contra los laudos arbitrales (Estudio jurisprudencial)*, Madrid, 1991, pp. 70-71.

III. ACOGIDA DE LA ACCION DE NULIDAD DE PLENO DERECHO DEL LAUDO EN EL RECURSO DE ANULACION

1. De nuevo sobre el equivalente jurisdiccional

Un sector doctrinal (24) mantiene que la consecuencia de afirmar el carácter jurisdiccional del arbitraje crea cierta proclividad a que el sistema de impugnación del laudo se instrumente como un recurso. Por el contrario una postura contractualista en la calificación del arbitraje permitiría hablar con toda soltura y libertad de anulación y de proceso de anulación (25). El desarrollo de esta proposición puede llevar a conclusiones que no están alejadas de este comentario. En la vía del *recurso* se puede alcanzar la anulación del laudo por las causas exhaustivamente señaladas en el artículo 45. Afirmando que existe —no un *recurso*— una acción de anulación que abre un proceso, queda abierta la puerta a otras afirmaciones, como por ejemplo que existe también una acción de nulidad no contemplada en el artículo 45 y que, con apoyo en el Código civil, se puede ejercitar de la misma manera que frente a cualquier negocio jurídico (arts. 1300 y ss. Cc) en un juicio declarativo posterior.

Pienso que la regulación del arbitraje en la LA ha roto con la tradición arbitral española en dos aspectos: separándose del régimen de los recursos que nunca fue satisfactorio; y avalorando el contenido del laudo como decisión autónoma que escapa del poder de las partes y que no es rescindible más que en casos verdaderamente excepcionales. La excepcionalidad no supone que el número de impugnaciones sea reducido, sino que éstas se dan por casos de excepción y no por cualquier causa.

La naturaleza jurídica jurisdiccional del arbitraje no impone que la revisión del laudo inexorablemente deba llevarse a cabo en la vía de un recurso. El asunto no es desconocido en la legislación procesal española. El auto que pone término a las medidas coetáneas en los procesos matrimoniales (arts. 1895 y ss LEC) se impugna no mediante un recurso, sino mediante un proceso declarativo que comienza con un escrito (demanda) de *oposiciones* (art. 1900 LEC), el cual se tramita por el procedimiento de los incidentes; en el proceso de ejecución hipotecaria regulado por el artículo 131 de la LH, la pretensión de nulidad de actuaciones se efectúa mediante el ejercicio de la correspondiente acción en un juicio declarativo ordinario que corresponda a la cuantía del asunto, el cual puede desarrollarse paralelamente a la tramitación del proceso de ejecución (art. 132.6 LH). Si con-

(24) Cfr. HINOJOSA SEGOVIA, *El recurso de anulación*, op. cit., p. 59.

(25) Cfr. OGAYAR AYLLON, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, (dirigida por Albaladejo), t. XXII, vol. 2.º, Madrid, 1983, p. 224.

tra las resoluciones judiciales se dan acciones de impugnación (anulación) en una vía que no es la del recurso ¿qué inconveniente ha de existir en que así se haya constituido por el legislador para el supuesto de anulación del laudo arbitral que tiene toda la naturaleza de un acto jurisdiccional?

La misma separación del régimen de los recursos traza el contenido de la acción de anulación y de la sentencia anulatoria judicial. Determina la existencia de un proceso. Ahora no nos detendremos en explicar esta realidad bien tratada por la doctrina (26). Pero partiremos de estas tres realidades —acción, proceso y sentencia— para acercarnos más a la doctrina de esta sentencia del TC.

Por lo que a mí me parece, en esta sentencia hay un argumento que, criticado en un aspecto parcial con anterioridad, exige que le prestemos de nuevo atención por el principio que sienta, el cual sirve para iluminar otros conceptos expresados con no gran fortuna. En el FJ 3 (párrafo 4) dice la sentencia que "... ni en la Ley 36/1988 ni en el artículo 240 de la LOPJ existe base legal alguna para entender que el plazo del recurso no rige cuando se trata de una 'nulidad total'...".

El artículo 240 de la LOPJ es de inadecuada cita, como hemos dicho antes, por la referencia que el mismo hace a los recursos. Pero este precepto de la Ley Orgánica también cita como instrumentos útiles para entender la nulidad de los actos procesales "los demás medios que establezcan las leyes procesales". Estos medios procesales distintos de los recursos establecidos en la Ley son la audiencia al rebelde (art. 762 y ss. LEC), el proceso de revisión (art. 1796 y ss. LEC), el juicio declarativo posterior al sumario, el incidente de oposición a la ejecución y liquidación. Pero en modo alguno puede considerarse otro medio el juicio declarativo posterior. El TC, en SS 159/1988, 215/1988 y 22/1989; y A 251/1989, afirma una constante doctrina según la cual las demandas de nulidad de actuaciones haya o no recaído sentencia firme, son inviables para reparar vicios de procedimiento (27).

Pero la sentencia comentada comienza esta argumentación aludiendo a la LA; tampoco en ésta existe base legal alguna para entender que además del *recurso* exista un juicio declarativo posterior sin sujeción a plazo,

(26) Cfr. CARNACINI, "Arbitrato rituale", en *Novissimo Digesto Italiano*, 1-2. Torino 1957, pp. 912-913 y FONT SERRA, "La nueva configuración del arbitraje en el Derecho español", en *Justicia* 1989, II, p. 375.

(27) La única excepción consagrada por la Ley es la referida al proceso de ejecución hipotecaria antes aludida (art. 132.6 LH). Actualmente, está en suspenso conocer si el Gobierno de la Nación cumplirá el mandato de la DA 4.ª de la LO 16/1994, de 8 de noviembre, que le emplaza para que, en el término de seis meses desde la entrada en vigor de esta Ley, remita a las Cortes un proyecto de Ley de desarrollo del artículo 53.2 de la CE, que a todas luces será aprovechado para pedir, en su día la nulidad por vías que no serán los propios recursos.

cuando se trata de una “nulidad total”. Esto se refuerza con otro argumento que también utiliza la sentencia en el FJ 3 (párrafo 2) (28): judicialmente los laudos arbitrales sólo podrán ser anulados en los casos expresamente previstos en el artículo 45.

2. La pretensión de nulidad

La STC apunta escuetamente, pero con energía, que no hay más posibilidad de anular un laudo que en la vía de este proceso de anulación. En la LA no se niega el acceso a los Tribunales para combatir el laudo (29). Pero la EM declara que la intervención jurisdiccional se ha reducido a la estrictamente necesaria. Por lo menos, en las formas —estimo que debe ser también en los contenidos y en la práctica, porque así conviene a la salud de la institución arbitral— se ha producido un acotamiento de la jurisdicción estatal respecto de su labor anterior. La LA no previene cauces diferentes.

Hechas estas consideraciones podemos preguntarnos qué ocurre hoy con la acción de nulidad que la jurisprudencia, permitía ejercitar en juicio declarativo posterior durante la vigencia de la Ley de Arbitraje Privado de 1953.

El examen del artículo 45 de la LA nos permite establecer tres grupos de causas determinantes de la anulación del laudo. Podríamos haber establecido sólo dos grupos, como es usual —vicios *in procedendo* y vicios *in judicando*— por un injustificado mimetismo con lo que puede ocurrir en una sentencia jurisdiccional estatal. Pero teniendo en cuenta que el arbitraje se elabora —*lex partium*— desde el convenio que hacen las partes de someter la cuestión litigiosa, surgida o que pueda surgir (art. 1), se impone hablar de tres clases de vicios: vicios *in conficiendo*, vicios *in procedendo* y vicios *in judicando*. A la primera clase pertenecen los enumerados en los párrafos 1 y 2, primer inciso del artículo 45; a la segunda, los establecidos en los párrafos 2, inciso 2 II, 3 y 4; y a la tercera, el definido en el párrafo 5.

Actualmente, puede decirse que, bajo la denominación —anulación de laudo— utilizada por la LA, hay que entender tanto la acción de nulidad total como la de anulabilidad. Los caracteres de un comentario de senten-

(28) “... Sólo podrán ser anulados en los casos expresamente previstos en el artículo 45 cuando el recurso es presentado en el plazo preclusivo regulado en el artículo 46.”

(29) Recordemos lo escrito antes en la nota 16, a cuyo texto hay que añadir lo que sigue argumentando el legislador en la EM de la LA: “Por ello, el título VII regula un recurso de anulación del laudo, a fin de garantizar que el nacimiento, desarrollo y conclusión del procedimiento arbitral se ajustan a lo establecido en la Ley.”

cia me impiden exponer largamente esta cuestión en la que no busco ningún tipo de emulación por causa de los desarrollos de la doctrina civilista, pero, previa una breve reflexión, cabe hallar variados supuestos de nulidad radical en cada uno de los “espacios y tiempos” contemplados en el artículo 45. El mismo supuesto de la cuestión suscitado por el recurrente ante la Audiencia Provincial de Bilbao en el caso examinado por la sentencia comentada (30), determinante de la nulidad radical, al no observarse los principios esenciales establecidos en la Ley (31), era perfectamente subsumible en la causa 2, inciso segundo.

Si no fuera porque añadiría innecesariamente más complejidad al actual estado doctrinal sobre el discernimiento de qué sea ese orden público citado en el párrafo 5, sin que de ello derivara utilidad aparente para el comentario de esta sentencia, expondría la razón de por qué cualquier causa —pretensión— de nulidad radical del laudo no contemplada en los números 1, 2, 3 y 4 del artículo 45, se halla claramente recogida en el párrafo 5. Pero lo afirmo. En este motivo 5.º no se habla sólo del orden público constitucional —al orden público procesal se refieren los números anteriores—, sino del orden público interno del laudo y el de la misma relación jurídica material ventilada en el proceso arbitral.

3. Contenido procesal y carácter constitutivo de la acción de anulación

En el FJ 3 (párrafo 2) (32), despegándose de la terminología utilizada hasta ese momento, el TC se refiere a la acción de anulación que debe ejercerse en un plazo. Determinadas cuáles son las pretensiones de anulación (art. 45, la LA se refiere a las condiciones de ejercicio de la acción (arts. 46 y 47.1), aunque en medio de su defectuosa terminología. Que no existen otras pretensiones de anulación del laudo fuera de las señaladas en el artículo 45 lo deja dicho bien claramente este precepto —“sólo podrá anularse en los siguientes casos”— y lo reitera la sentencia comentada al decir que la sentencia de la Audiencia Provincial recurrida carecía de fundamenta-

(30) Cfr. antecedente 2 c) “vulnerarse los principios esenciales de audiencia, contradicción e igualdad entre las partes en relación a (‘con’ debió decir con mejor corrección lingüística el TC) uno de los recurrentes”

(31) V. artículo 21 en relación con el 3 de la LA.

(32) “No cabe ninguna duda que esto es precisamente lo que ha sucedido en el presente recurso. El órgano judicial, tras admitir expresamente la caducidad de la acción de nulidad del laudo y conceder eficacia impeditiva a esa caducidad a determinados efectos, sin embargo resuelve anularlo en virtud de una interpretación combinada de los artículos 45 y 46 de la Ley, según la cual en los supuestos de nulidad total de los laudos no juega el plazo procesal de diez días, sino que puede ser pretendida sin ningún tipo de límites temporales a la acción.

ción jurídica al anular el laudo por una supuesta “nulidad total” en las condiciones que lo hizo —fuera de plazo—. La acción de anulación, en el sentido que venimos exponiendo, que se ejercita frente al laudo, es única y sometida a las condiciones de ejercicio que seguidamente examinaremos.

Por lo que respecta a su contenido hemos de decir que esta acción es procesal porque va encaminada a conseguir una resolución judicial que incide estrictamente en una actividad procesal jurisdiccional —no estatal— dejándola sin efecto. Después de anular la Audiencia Provincial no se pronuncia sobre el mérito. Asimismo, es una acción de carácter constitutivo, porque el cambio de la situación jurídica del laudo sólo se puede producir por medio de la sentencia estimatoria. En efecto, “el laudo es eficaz desde la notificación a las partes” (art. 53), e incluso la ejecución se inicia a petición del interesado y sólo se suspende si el que pide la anulación del laudo lo notifica al juez ejecutor y acredita haberse opuesto (art. 55). El laudo, una vez dictado, no está sujeto a condición suspensiva en tanto no pase el plazo para “recurrir”. Las partes no pueden tampoco por sí anular el laudo. Al pactar el convenio arbitral expresan su obligación de cumplir el laudo. Son libres en cuanto a querer pactar el arbitraje; no en cuanto a determinar los efectos que derivan de ese convenio arbitral. Si una parte no quiere cumplirlo, la otra puede exigirlo pidiendo la ejecución. Si las dos partes se ponen de acuerdo en no cumplir el laudo, pueden relevarse de su cumplimiento, transigiendo o renunciando el ganador a la acción ejecutiva que nace desde que se dictó. Pero las partes no pueden disponer sobre la existencia del laudo cuyo nacimiento no depende de su voluntad y tampoco su extinción (33).

La estimación de la acción constitutiva da lugar a una sentencia constitutiva cuyo efecto jurídico directo para las partes es la anulación del laudo y el efecto secundario o accesorio la inejecución de éste.

La acción de anulación está sometida al requisito del plazo. Esta circunstancia no implica confusión alguna acerca de la naturaleza de la

(33) El artículo 31 de la LA señala un plazo preclusivo para desistir del arbitraje o suspenderlo: “en cualquier momento antes de dictarse” el laudo. PANTALEON, “Notas sobre la nueva Ley de Arbitraje”, en *La Ley*, n.º 10, febrero 1989, p. 56, señala que de la lectura de este artículo no se puede deducir otra cosa que lo que dice. Para nosotros el plazo es preclusivo. Cuando se dicta el laudo y es firme produce los efectos de la cosa juzgada (art. 37) sin que pueda alterarse (dimensión positiva y dimensión negativa a que se refiere la sentencia comentada en el FJ 2). La conducta de las partes puede llevarles a desconocer el fallo del laudo y componer sus discrepancias de manera extrajudicial, como pueden hacerlo frente a una sentencia judicial. Pero con esto no se logra “anular” el laudo. Este sigue existiendo como sigue existiendo la sentencia sobre la que las partes que la han obtenido pactan una transacción. Si esto no es así, no puede hablarse de la producción de los efectos de cosa juzgada positiva y negativa. En sentido contrario, puede verse RIVERO, *Comentario a la Ley de Arbitraje* (coordinada por Bercovitz) *op. cit.*, pp. 519 y 649-650.

actuación. En el Derecho español existen tanto supuestos de “acciones civiles”, como de “acciones procesales” cuyo ejercicio está supeditado al cumplimiento de este requisito: el retracto (art. 1524 Cc), la impugnación de la paternidad (arts. 136 y 137 Cc), la acción de revisión (arts. 1798 y 1800 LEC). Esto comporta que el derecho a pedir la nulidad del laudo está sometida a caducidad.

IV. EL PROCESO DECLARATIVO ESPECIAL DE ANULACION

El legislador no ha creado un recurso —medio de gravamen (34)— sino una acción de impugnación que abre un proceso declarativo. En este proceso se discuten eventualmente las cuestiones amparadas en los motivos señalados en el artículo 45. El legislador quiere que sea por esas causas y en ese proceso; no por otras, ni en otro proceso. En materia de anulación del laudo podemos afirmar que éste es un proceso plenario especial por razón de la materia, en el que se pueden discutir todas las cuestiones relativas a la anulabilidad y nulidad absoluta. La sentencia producirá efecto de cosa juzgada.

Esta reflexión impone algunas conclusiones sobre otras actuaciones. Al existir un juicio con tramitación especial, no podrá acudir al juicio declarativo (art. 481 LEC). Si antes se permitía esto era debido a que frente al laudo cabía interponer recursos, no acciones de impugnación que abrieran un proceso plenario. Por eso, tras los recursos se abría la oportunidad del juicio declarativo (35). Pero esto hoy no es necesario ni posible. Existe un proceso en el que pueden ejercitarse todas las pretensiones de anulación. Por tanto, las partes no pueden elegir para ejercitar la acción de nulidad absoluta o la de anulabilidad del laudo indistintamente el juicio regulado en la LA o el declarativo ordinario correspondiente.

Por otra parte, como la acción de anulación está sometida a plazo de caducidad, la demanda debe presentarse en el plazo establecido en el artículo 46 sin que quepa admitir otros plazos en ese proceso (36).

Si una parte hubiera interpuesto esta demanda de anulación en el juicio especial de la LA, después no podrá acudir a otro proceso para, sin sujeción a plazo denunciar las causas de anulación del artículo 45.

(34) Utilizamos la terminología de CALAMANDREI, *La casación civil* (trad. Sentis Melendo). Buenos Aires, 1945, t. II, pp. 216, y ss.

(35) Cfr. SERRA, “El proceso”, en *Estudios, op. cit.* pp. 612 y 613.

(36) Así lo afirma el TC en el FJ 3 de esta sentencia comentada, anteriormente transcrito.