



Roj: **ATSJ M 511/2021 - ECLI:ES:TSJM:2021:511A**

Id Cendoj: **28079310012021200069**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Civil y Penal**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **09/09/2021**

Nº de Recurso: **52/2017**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Nulidad laudo arbitral**

Ponente: **FRANCISCO JOSE GOYENA SALGADO**

Tipo de Resolución: **Auto**

Resoluciones del caso: **STSJ M 4399/2021,**
ATSJ M 511/2021

Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid Domicilio: C/ General Castaños, I - 28004
Teléfono: 914934850,914934750 31010520

NIG: 28.079.00.2-2017/0122289

Procedimiento Nulidad laudo arbitral 52/2017 Materia: **Arbitraje**

Demandante: D./Dña. Gabino PROCURADOR D./Dña. MARIA DEL CARMEN ORTIZ CORNAGO Demandado:
D./Dña. Felisa , D./Dña. Felisa y D./Dña. Florencia PROCURADOR D./Dña. VICTORIO VENTURINI MEDINA
MAZACRUZ SL PROCURADOR D./Dña. CONSUELO RODRIGUEZ CHACON

EXCMO. SR. PRESIDENTE D. CELSO RODRÍGUEZ PADRÓN ILMOS. SRES. MAGISTRADOS D. FRANCISO JOSÉ
GOYENA SALGADO D. JESÚS MARÍA SANTOS VIJANDE

AUTO.

En Madrid, a nueve de septiembre de dos mil veintiuno.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO.

PRIMERO.- En el presente procedimiento de anulación de laudo arbitral NLA 52/2017, se dictó sentencia, con el siguiente fallo: "QUE DEBEMOS DESESTIMAR Y DESESTIMAMOS la demanda ejercitando la acción de anulación, formulada por la procuradora D.^a MARÍA DEL CARMEN ORTIZ CORNAGO, en nombre y representación de D. Gabino , frente al Laudo de fecha 6 de abril de 2017, con su aclaración y complemento de 25 de mayo de 2017, que dicta el Árbitro D. Lucio , imponiendo las costas causadas en este procedimiento a la parte demandante. Frente a esta sentencia no cabe recurso alguno (art. 42.2 Ley de **Arbitraje**). Lo acuerdan, mandan y firman los Sres. Magistrados que figuran al margen."

SEGUNDO.- Por la procuradora D.^a MARÍA DEL CARMEN ORTIZ, en nombre y representación de D. Gabino se formuló escrito por el que se promueve INCIDENTE DE NULIDAD DE ACTUACIONES, con base en los motivos y alegaciones que estimó oportunos y con el suplico de que se dicte resolución en la que se estime el incidente de nulidad de actuaciones y se dicte resolución por la que se declare la nulidad de la sentencia de fecha 21 de mayo de 2021, acordando dejarla sin efecto y, en consecuencia, ordenando reponer las actuaciones al momento de dictarse sentencia para que sea dictada una nueva, en la que se resuelva de conformidad con lo solicitado por esta parte en la demanda de nulidad del laudo arbitral.

Mediante segundo otrosí, solicita se acuerde la suspensión de los efectos de la sentencia cuya nulidad se promueve durante la pendencia del incidente, para evitar que pueda perder su finalidad, ofreciendo caución a criterio de la Sala.



TERCERO.- Admitido a trámite el incidente, se dio traslado a la parte contraria, que evacuó el trámite formulando escrito de oposición, con base en los motivos que estimó oportunos, solicitando la desestimación del Incidente, con imposición de costas a la parte que promueve el incidente.

Ha sido ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. FRANCISCO JOSÉ GOYENA SALGADO, que expresa el criterio mayoritario de la Sala, habiendo manifestado la intención de formular voto articular el Ilmo. Sr. Magistrado D. Jesús María Santos Vijande.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO.

PRIMERO.- Fundamenta la parte incidentante la formulación del presente incidente de nulidad de actuaciones, en que por parte de este Tribunal se ha desestimado la anulación de un Laudo que vulnera el orden público porque:

- Se ha dictado con patente falta de imparcialidad. - Por decretar la disolución y liquidación de una sociedad sin causa legal ni estatutaria. - Por resolver en contra de los Estatutos de la compañía, extralimitando el convenio arbitral. - Por desconocer y laminar los efectos de al menos tres sentencias firmes de la Sala Primera del Tribunal Supremo. - Por contener una motivación irracional, ilógica y arbitraria que sostiene una decisión exorbitante, contraria a los principios constitucionales de autonomía de la voluntad y lesiona los derechos a la libertad de empresa y a la propiedad privada. - Por contener un pronunciamiento inconexo, vinculado a una pretensión de la demanda que fue desestimada y, por ello, incongruente y contraria al orden público, como es la valoración de Mazacruz.

Al respecto y como primera consideración por parte de esta Sala, a nuestro juicio, dichas consideraciones no suponen si no la reproducción de los fundamentos de fondo de la demanda de nulidad, sobre los que el árbitro se pronunció expresamente en su Laudo y constituyen, por tanto presupuestos de fondo o sustantivos de la aplicación del derecho -aunque el Laudo se resolviera en equidad-, que hace el árbitro y que como apuntaremos excede de los límites y finalidad del incidente de nulidad planteado.

El examen del escrito por el que se plantea el incidente de nulidad que examinamos, lleva a la Sala a su desestimación, en el caso presente, y a juicio de los quienes sostenemos el criterio mayoritario de la Sala, debemos discrepar de las imputaciones que se nos achaca, concluyendo que el objeto real del incidente es la de articular un a modo de novedoso recurso, con el fin de que se reconsidere por la Sala la decisión por la que se no se anula el Laudo arbitral.

SEGUNDO.- Conforme tiene declarado la doctrina del Tribunal Constitucional, "la normativa reguladora de la nulidad de las actuaciones judiciales está inspirada en un criterio claramente restrictivo de la declaración de nulidad, a la par que conservador de dichos actos, que se manifiesta en diversos condicionamientos, y entre ellos los siguientes: a) permitir en lo posible la subsanación de los defectos cometidos, de manera que sólo pueda decretarse la nulidad cuando la falta sea insubsanable o no se subsanare por el procedimiento legal (arts. 11.3 y 240.2 LOPJ y 231 LEC); y b) ponderar la entidad del vicio observado, exigiendo que, en todo caso, la infracción procesal haya producido efectiva y no solo formal indefensión a las partes, de modo que, para que se acuerde la nulidad, no basta con constatar la existencia de cualquier incumplimiento o violación de las normas procedimentales, sino que además es preciso que con ello se haya colocado a las partes en una situación de real indefensión (art. 238.3 LOPJ y 225.3 LEC)" SSTC. 17-6-1987, 22.20-1990, 24-1-1995, 2-10-2009)

Como señala el ATS. 28-1-2019: "El régimen del recurso de nulidad de actuaciones viene establecido en los artículos 240 y 241 de la LOPJ en su redacción dada por la LO 6/2007, de modificación de la LO 2/1979, del Tribunal Constitucional, que establece asimismo una nueva regulación del recurso de amparo constitucional.

El artículo 240, regula los mecanismos para subsanar el defecto o, de no ser posible, decretar la nulidad de actuaciones antes de que recaiga resolución que ponga fin al proceso, así dice: "La nulidad de pleno derecho, en todo caso, y los defectos de forma en los actos procesales que impliquen ausencia de los requisitos indispensables para alcanzar su fin o determinen efectiva indefensión, se harán valer por medio de los recursos legalmente establecidos contra la resolución de que se trate, o por los demás medios que establezcan las leyes procesales.

Sin perjuicio de ello, el juzgado o tribunal podrá, de oficio o a instancia de parte, antes de que hubiere recaído resolución que ponga fin al proceso, y siempre que no proceda la subsanación, declarar, previa audiencia de las partes, la nulidad de todas las actuaciones o de alguna en particular. En ningún caso podrá el juzgado o tribunal, con ocasión de un recurso, decretar de oficio una nulidad de las actuaciones que no haya sido solicitada en dicho recurso, salvo que apreciare falta de jurisdicción o de competencia objetiva o funcional o se hubiese producido violencia o intimidación que afectare a ese tribunal."



Por su parte, el artículo 241 se dedica en exclusiva al incidente autónomo de nulidad de actuaciones, reservándole para los casos, como el presente, en que se ha dictado ya resolución firme. El artículo 241 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, así establece: "No se admitirán con carácter general incidentes de nulidad de actuaciones. Sin embargo, excepcionalmente, quienes sean parte legítima o hubieran debido serlo, podrán pedir por escrito que se declare la nulidad de actuaciones fundada en cualquier vulneración de un derecho fundamental de los referidos en el artículo 53.2 de la Constitución, siempre que no haya podido denunciarse antes de recaer resolución que ponga fin al proceso y siempre que dicha resolución no sea susceptible de recurso ordinario ni extraordinario.

Admitido a trámite el escrito en que se pida la nulidad fundada en los vicios a que se refiere el apartado anterior de este artículo, no quedará en suspenso la ejecución y eficacia de la sentencia o resolución irrecurribles, salvo que se acuerde de forma expresa la suspensión para evitar que el incidente pudiera perder su finalidad, y se dará traslado de dicho escrito, junto con copia de los documentos que se acompañasen, en su caso, para acreditar el vicio o defecto en que la petición se funde, a las demás partes, que en el plazo común de cinco días podrán formular por escrito sus alegaciones, a las que acompañarán los documentos que se estimen pertinentes.

Si se estimara la nulidad, se repondrán las actuaciones al estado inmediatamente anterior al defecto que la haya originado y se seguirá el procedimiento legalmente establecido. Si se desestimara la solicitud de nulidad, se condenará, por medio de auto, al solicitante en todas las costas del incidente y, en caso de que el juzgado o tribunal entienda que se promovió con temeridad, le impondrá, además, una multa de 90 a 600 euros.

Contra la resolución que resuelva el incidente no cabrá recurso alguno."

De ello se deduce:

1) El incidente de nulidad de actuaciones tiene un elemento esencial que constituye su principal innovación, como es la posibilidad de atacar sentencias o resoluciones que han adquirido firmeza, al margen del recurso de revisión;

2) La principal característica de la nulidad, y que es prácticamente la razón de su existencia, es que pretende reparar situaciones de vulneración de derechos fundamentales e indefensión que no han podido ser denunciadas con anterioridad a la resolución que pone fin al proceso, ni existen recursos en los que puedan ser invocadas. "La única cuestión a considerar el actual recurso, es si existió vulneración de los derechos fundamentales del art. 53.2 de la CE, que se remite a los de la Sección I del Capítulo II, y más en concreto aquel conjunto de derechos que vertebran el proceso penal en una sociedad democrática y que se articula por un haz de garantías procesales y sustantivas " (ATS de 18 de julio de 2007).

3) La excepcionalidad de este incidente es que constituye un remedio extraordinario que de prosperar supone un quebranto del principio de respeto a la cosa juzgada y a la imperiosa necesidad de certeza o seguridad en el campo del derecho. De ahí que este incidente sólo pueda ser viable cuando se trate de sanar situaciones acreditadas de vulneración de derechos fundamentales que no han podido ser denunciados con anterioridad. No tendrán en él cabida, las discrepancias que posea el recurrente con la fundamentación jurídica de la Sentencia o con el desarrollo de alguno de sus argumentos."

En el sentido apuntado en el último párrafo transcrito, no dejan de advertir los AATS. 12-2-2019 Y 11-2-2019: "Los argumentos del Tribunal Constitucional ya se vieron reflejados en su momento en la exposición de motivos de la LO 6/2007 de 24 de mayo, al afirmar que la protección y garantía de los derechos fundamentales no es una tarea única del Tribunal Constitucional, sino que los tribunales ordinarios desempeñan un papel esencial y crucial en ella. Por ello, y con la intención de aumentar las facultades de la jurisdicción ordinaria para la tutela de los derechos fundamentales, se modifica el incidente de nulidad de actuaciones del artículo 241.1 de la Ley Orgánica 6/1985 de 1 de julio. Se introduce así una configuración del incidente de nulidad de actuaciones mucho más amplia, porque se permite su solicitud con base en cualquier vulneración de alguno de los derechos fundamentales referidos en el artículo 53. 2 de la Constitución en lugar de la alegación de indefensión o incongruencia prevista hasta el momento.

Ahora bien, la referida reforma no debe derivar en una instrumentalización perversa del incidente de nulidad de actuaciones utilizándolo como un nuevo recurso para replantear las cuestiones ya dirimidas en la sentencia con el pretexto de que hay en juego derechos fundamentales. Pues ahora se trata de resolver la vulneración de derechos fundamentales que no hayan podido denunciarse antes de dictarse la resolución que pone fin al proceso.

La vía de revisión que permite el artículo 241 de la LOPJ no es la de un recurso que permita reconsiderar decisiones ya adoptadas respecto a las que el debate quedó resuelto en sentencia. Y la dictada en este caso aborda ampliamente las cuestiones que ahora se reproducen, por lo que no se aprecian méritos que justifiquen la admisión a trámite del incidente."



TERCERO.- El incidente formulado objeta a nuestra resolución, el que se ha vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva y que solo su anulación, con los efectos que solicita en el suplico, permitiría restaurar dicho derecho.

Efectivamente el incidente de nulidad de actuaciones, como hemos expuesto al hilo de la doctrina jurisprudencial reseñada, tiene por objeto, como remedio excepcional, subsanar los defectos en que haya podido incurrir una resolución judicial firme, en los casos previstos en el art. 238 LOPJ y concordante art. 225 LEC y que hayan producido efectiva indefensión a la parte.

No es ocioso decir que dicho instrumento no es de aplicación a los Laudos arbitrales, sino únicamente a la sentencia judicial, que, en su caso, haya podido dictarse con ocasión de un recurso de anulación de la Ley de **Arbitraje**. Por lo tanto, no puede hacerse valer el incidente ante el tribunal jurisdiccional para atacar el laudo, aunque indirectamente, en la medida en que la sentencia judicial pueda ser nula, pueda afectar al Laudo, en cuanto que deba dictarse una nueva sentencia.

El incidente formulado plantea los siguientes motivos de nulidad:

1º. Irrazonabilidad de la motivación de la sentencia en cuanto rechaza la denuncia de falta de imparcialidad del árbitro como motivo de anulación, provocando la quiebra del derecho a la tutela efectiva de la parte incidentante.

2º. Irrazonabilidad de la motivación de la sentencia en cuanto rechaza el motivo quinto de la anulación, donde se denuncia la valoración de Mazacruz, S.L. como materia inarbitrable a efectos del art. 41.1 e) L A y como decisión contraria al orden público.

3º. Irrazonabilidad de la motivación de la sentencia, que determina que la disolución y liquidación de Mazacruz, S.L., decretada por el laudo no vulnera el orden público por considerar que no infringe ninguna norma imperativa, pese a no concurrir causa legal ni estatutaria que justifique dicha decisión.

4º. La sentencia desconoce y vulnera el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva en relación con los derechos a la libertad de empresa y el derecho a la propiedad privada constitucionalmente reconocidos en cuanto admite la validez de un laudo que vulnera el orden público al decretar la disolución y liquidación de una sociedad sin causa legal ni estatutaria que lo ampare.

5º. Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva en relación con el derecho a la propiedad privada como motivo de nulidad de la sentencia, en tanto infringe el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión, consagrado en el art. 24.1 CE, al privar a esta parte de sus derechos con una motivación racional y arbitraria.

6º. Vulneración el derecho a la intangibilidad de las sentencias firmes (art. 24.1 CE), que han declarado la validez del voto plural de D. Gabino como infracción del orden público.

7ª. Irrazonabilidad de la sentencia en cuanto rechaza el motivo cuarto de anulación donde se denuncia la violación del orden público por infracción del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) y a la proscripción de la arbitrariedad (art. 9.3 CE) en la motivación y en la valoración probatoria.

El examen del enunciado de los motivos de nulidad de nuestra sentencia, y que se corrobora con el extenso desarrollo que de los mismos hace la parte incidentante, nos lleva a discrepar y no compartir las consideraciones y afirmaciones que hace la parte incidentante, por lo que debemos rechazar el incidente y mantener nuestra resolución, pudiendo al respecto hacer una serie de consideraciones generales, que abarcan al conjunto de los motivos de nulidad.

a) De los motivos de nulidad expuestos, realmente solo tendrían encaje en el incidente de nulidad, aquellos vicios procesales -no se discute la competencia de la Sala para el dictado de la sentencia que se ataca relacionados con la falta de motivación, y su equivalencia cuando la motivación es irracional y arbitraria.

Los motivos que atacan nuestra Sentencia que no denuncian dicho vicio, son claramente motivos que reproducen los motivos de anulación del Laudo, expuestos en la demanda que ha dado lugar al presente procedimiento. Son motivos que afectan al fondo de lo resuelto por la Sala, dentro del marco que la Ley de **Arbitraje** y la reciente doctrina del Tribunal Constitucional fijan para el recurso de anulación. Exceden, por tanto, como ya avanzábamos, el objeto, alcance y finalidad del incidente de nulidad de actuaciones. En su caso, deberán ser expuestos en el eventual recurso de amparo que se vislumbra, por la parte incidentante.

Abunda, sin duda, en esta apreciación acerca del exceso en la utilización del incidente, el apoyo que, en alguno de los motivos de oposición, utiliza del voto particular emitido contra la sentencia mayoritaria de la Sala.

Decimos esto, no porque no sea legítimo hacerlo, máxime el extenso y razonado voto particular emitido, como era de esperar, sino porque, lógicamente el voto particular discrepa de la sentencia de instancia, a salvo algún



extremo, en relación a la decisión de fondo adoptado por la mayoría del Tribunal, pero no porque haya incurrido la sentencia en alguno de los vicios que acarream la nulidad, conforme a lo previsto en el art. 238 LOPJ.

CUARTO.- Sin perjuicio de que podamos hacer alguna breve consideración sobre alguno otro de los motivos de nulidad, examinaremos los que tiene verdadero y correcto encaje en el incidente de nulidad, y que se circunscriben a la denunciada falta de motivación o a la calificación de la misma como irracional y arbitraria.

A juicio de la Sala, nuestra resolución está motivada y da respuesta en derecho a la pretensión deducida por la parte demandante, que recordemos es la que ejercita la acción de anulación.

Sobre esta cuestión la STC 113/2021, de 31 de mayo de 2021 establece al respecto: "La jurisprudencia constitucional ha establecido que el derecho a la tutela judicial efectiva comprende el derecho a obtener de los órganos judiciales una resolución motivada, fundada en Derecho y congruente con las pretensiones oportunamente deducidas por las partes. Esta obligación, aparte de venir impuesta en el art. 120.3 CE, es una exigencia derivada del art. 24.1 CE con el fin de que se puedan conocer las razones de la decisión posibilitando su control mediante el sistema de los recursos y como garantía frente a la arbitrariedad e irrazonabilidad. Esto implica que la resolución ha de contener los elementos y razones de juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos que fundamentan la decisión y que la motivación esté fundada en Derecho, lo que determina que no baste una mera declaración de voluntad en un sentido u otro, sino que debe ser consecuencia de una exégesis racional del ordenamiento y no fruto de la arbitrariedad o de un error patente (así, por ejemplo, STC 24/2021, de 15 de febrero, FJ 2). "

Por su parte el Tribunal Supremo, por todas la STS 28-6-2016, señala que: "El derecho a la tutela judicial efectiva, establecido en el art. 24.1 CE. comprende, entre otros derechos, el de obtener una resolución fundada en derecho de los Jueces y Tribunales y exige que las sentencias expliciten de forma suficiente las razones de sus fallos, esto es, que estén motivadas de forma bastante, lo que además ya venía ya preceptuado en el art. 142 LECrim. está prescrito en el art. 120.3 CE. y se deduce implícitamente de la prohibición de la arbitrariedad que impone el art. 9.3 de la misma Supra Ley.

En este sentido, igualmente, las SSTS. de 25 de junio de 2015, 22 de julio 2015, y 25 de septiembre de 2015, entre otras, sostienen al respecto: "La motivación de las sentencias consiste en la exteriorización del iter decisorio o conjunto de consideraciones racionales que justifican el fallo. De esta forma, la motivación de las sentencias se presenta como una exigencia constitucional establecida en el artículo 120.3 CE (EDL 1978/3879) configurándose como un deber inherente al ejercicio de la función jurisdiccional en íntima conexión con el derecho a la tutela judicial efectiva que establece el artículo 24 CE (EDL 1978/3879) (STC 144/2003 (EDJ 2003/50534) de julio y STS de 5 de diciembre de 2009). Esta Sala ha venido exigiendo la aplicación razonada de las mismas que consideran adecuadas al caso en cumplimiento de las funciones o finalidades que implícitamente comporta la exigencia de la motivación : la de permitir el eventual control jurisdiccional mediante el efectivo ejercicio de los recursos, la de exteriorizar el fundamento de la decisión adoptada, favoreciendo la comprensión sobre la justicia y corrección de la decisión judicial adoptada, y la de operar, en último término, como garantía o elemento preventivo frente a la arbitrariedad (SSTS 5 de noviembre de 1992, 20 de febrero de 1993 y 18 de noviembre de 2003, entre otras). Pero también, como resulta lógico, hay que señalar que esta exigencia de motivación no autoriza a exigir un razonamiento judicial exhaustivo y pormenorizado de todos los aspectos y perspectivas que las partes pudieran tener de la cuestión que se decide, sino que deben considerarse suficientemente motivadas aquellas resoluciones que vengan apoyadas en razones que permitan invocar cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales fundamentadores de la decisión, es decir, la ratio decidendi que ha determinado aquélla (de 29 de abril de 2008 de 22 de mayo de 2009 y 9 de julio de 2010)."

En definitiva, como señala la STS 421/2015, de 22 de julio : "La razón última que sustenta este deber de motivación reside en la sujeción de los jueces al Derecho y en la interdicción de la arbitrariedad del juzgador (art. 117.1 CE), cumpliendo la exigencia de motivación una doble finalidad : de un lado, exteriorizar las reflexiones racionales que han conducido al fallo, potenciando la seguridad jurídica, permitiendo a las partes en el proceso conocer y convencerse de la corrección y justicia de la decisión; de otro, garantizar la posibilidad de control de la resolución por los Tribunales superiores mediante los recursos que procedan, incluido el amparo".

Ya exponíamos que, a la falta de motivación se equiparaba la motivación aparente o la que resulta ser irracional y arbitraria.

Al respecto cabe traer a colación la STS. 770/2006, de 13 de julio: "El derecho a la tutela judicial efectiva, establecido en el art. 24.1 de la CE., comprende, entre otros derechos, el de obtener una resolución fundada en Derecho de los Jueces y Tribunales, y exige que las sentencias expliciten de forma suficiente las razones de sus fallos, esto es, que estén motivadas de forma bastante, lo que además venía ya preceptuado en el art. 142 de la LECrim., está prescrito por el art. 120.3º de la CE., y se deduce implícitamente de la prohibición de la arbitrariedad que impone el art. 9.3º de la misma Supra Ley.



Por ello, podrá considerarse que la resolución judicial impugnada vulnera el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva cuando no sea fundada en derecho, lo cual ocurre en estos casos: primero, cuando la resolución carezca absolutamente de motivación, es decir, no contenga los elementos y razones de juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos que fundamentan la decisión. Al respecto, debe traerse a colación la doctrina constitucional sobre el requisito de la motivación, que debe entenderse cumplido si la sentencia permite conocer el motivo decisorio excluyendo del mero voluntarismo selectivo o de la pura arbitrariedad de la decisión adoptada (SSTC. 25/90 de 19.2, 101/92 de 25.6), con independencia de la parquedad del razonamiento empleado: una motivación escueta e incluso una fundamentación por remisión pueden ser suficiente porque: "La CE. no garantiza un derecho fundamental del justiciable a una determinada extensión de la motivación judicial", ni corresponde a este Tribunal censurar cuantitativamente la interpretación y aplicación del derecho o revisar la forma y estructura de la resolución judicial, sino solo "comprobar si existe fundamentación jurídica y, en su caso, si el razonamiento que contiene constituye lógica y jurídicamente suficiente motivación de la decisión adoptada" (STC. 175/92 de 2.11); y en segundo: cuando la motivación sea solo aparente, es decir, el razonamiento que la funda es arbitraria, irrazonable, o incurre en error patente. Es cierto, como ha dicho el ATC. 284/2002 de 15.9 que "en puridad lógica no es lo mismo ausencia de motivación y razonamiento que por su grado de arbitrariedad o irracionalidad debe tenerse por inconsistente; pero también es cierto que este Tribunal incurriría en exceso de formalismo si admitiese como decisiones motivadas y razonadas aquellas, que a primera vista y sin necesidad de mayor esfuerzo intelectual y argumental, se comprueba que parten de premisas inexistentes o patentemente erróneas o siguen un desarrollo argumental que incurre en quiebras lógicas de tal magnitud que las conclusiones alcanzadas no pueden considerarse basadas en ninguna de las razones aducidas".

El examen de la sentencia dictada por esta Sala, resolviendo la demanda de anulación de Laudo arbitral, que da lugar a la presente litis, op01iunamente deducida, como decimos, por la parte demandante, cumple con los expuestos requisitos de motivación exigibles, dando una respuesta en derecho, razonada y razonable, a juicio de la Sala, examinando todos los aspectos fácticos y jurídicos planteados tanto por la parte demandante, como de la parte demandada, oponiéndose a la misma.

El mero examen de nuestra resolución, con independencia del acierto de la misma, cuestión de fondo que excede examinar con ocasión del presente incidente de nulidad, pone de manifiesto que existe una fundamentación, que aborda expresamente las cuestiones planteadas por la parte demandante en relación a la petición de anulación del Laudo cuestionado.

Dicha afirmación la mantenemos, tanto en relación con la denunciada irrazonabilidad de nuestra resolución frente a la alegación de falta de imparcialidad del árbitro, como en relación a la resolución del motivo de anulación, relativo a la disolución y liquidación de Mazacruz, S.L., así como en cuanto a privar a la parte de sus derechos con una motivación irracional y arbitraria y, en fin, en cuanto al rechazo del cuarto motivo de anulación del Laudo.

Por lo que se refiere a la primera cuestión, no podemos sino poner en valor lo que señala la parte contraria y es la trascendencia que alcanza, con ocasión del incidente de nulidad, la cuestión de la denunciada falta de imparcialidad del árbitro, cuando en la demanda de anulación era una cuestión tratada accesoriamente.

Ya señalábamos en nuestra resolución, que no desconocíamos la obligación que para el árbitro se desprende del art. 17 L A, pero lo anterior lo tratábamos conjuntamente con lo que también disponía el art. 17.2 en su último párrafo, respecto de la diligencia que es exigible a las partes en este tema de la posible falta de imparcialidad.

La parte incidentante hace especial hincapié en la primera parte, con apoyo en el voto discrepante. En definitiva, estaríamos ante una discrepancia en la interpretación del precepto. En cualquier caso, la Sala explica por qué opta por la respuesta que se da, bastando la mera lectura de nuestra resolución, aunque no se comparta.

En cualquier caso, cabe señalar: a) Que la mera falta del deber de revelación no siempre infringe el deber previsto en el art. 17 L A, en la medida en que realmente no afecte a la parcialidad del árbitro. No basta la mera sospecha -que es lo único que la parte demandante aportaba-sino que hace falta aportar un principio de certeza de dicha falta de imparcialidad. Ello al margen de que la falta de imparcialidad debe venir referida sustancialmente con las partes

Así se ha considerado en sentencias como la SAP Madrid, de 15-9-2008, STSJC y L de 20-1-2015. Por otra parte, no siempre la existencia de vínculos, por ejemplo, económicos o de jerarquía, entre el árbitro y la institución arbitral o alguna de las partes o con el abogado de una de ellas, determina la infracción del deber de revelación. En este sentido cabe citar las STSJM de 28-1-2015, 22-5-2014, 28-1-2015.



En el caso presente la Sala, conforme al criterio mayoritario, valoró la prueba aportada, considerándola insuficiente para pasar de una mera sospecha de falta de imparcialidad a una duda razonable de la misma. Así lo exponemos y razonamos, añadiendo el resto de razones que fundamentan el rechazo del motivo de nulidad. Existe, por tanto, motivación suficiente.

En otro orden de cosas y aplicable a todos los apartados de que configuran los motivos de anulación formulados, en cuanto que contrarios al orden público, la motivación que desarrolla nuestra sentencia tiene en cuenta, a la hora de valorar la labor decisoria del árbitro y la suficiencia valorativa de la prueba y de la fundamentación que plasma en el Laudo, la reciente doctrina del Tribunal Constitucional, de la que es claro reflejo la que dictada en relación con el presente procedimiento, motiva el dictado de la segunda sentencia.

En su reciente sentencia 46/2020, de 15 de junio de 2020, el Tribunal Constitucional, ha señalado: "Por consiguiente, es claro que la acción de anulación debe ser entendida como un proceso de control externo sobre la validez del laudo que no permite una revisión del fondo de la decisión de los árbitros, «al estar tasadas las causas de revisión previstas en el citado art. 45, y limitarse estas a las garantías formales sin poderse pronunciar el órgano judicial sobre el fondo del asunto, nos hallamos frente a un juicio externo» (SSTC 174/1995, de 23 de noviembre, FJ 3, y 75/1996, de 30 de abril, FJ 2). Por todo ello, ninguna de las causas de anulación previstas en el art. 41.1 de la Ley de **arbitraje** puede ser interpretada en un sentido que subvierta esta limitación, pues «la finalidad última del **arbitraje**, que no es otra que la de alcanzar la pronta solución extrajudicial de un conflicto, se vería inevitablemente desnaturalizada ante la eventualidad de que la decisión arbitral pudiera ser objeto de revisión en cuanto al fondo» (ATC 231/1994, de 18 de julio, FJ 3). A ello hay que añadir -a diferencia de lo afirmado por el órgano judicial- que es doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que las «exigencias relativas a la eficacia del procedimiento arbitral justifican que el control de los laudos arbitrales tenga carácter limitado y que solo pueda obtenerse la anulación de un laudo en casos excepcionales» (STJCE de 26 de octubre de 2008, asunto Mostaza Claro, C-168/05). Es cierto que la contravención del «orden público» se establece en el art. 41.1 f) de la Ley de **arbitraje** como motivo de anulación y en el art. V.2 B) del Convenio de Nueva York de 1958 como causa de denegación del reconocimiento de laudos extranjeros. Ahora bien, el problema que precisamente suscita este asunto es el de qué debe entenderse por orden público o si la interpretación llevada a cabo por el órgano judicial de lo que deba entenderse por orden público es arbitraria e irrazonable y con esa irrazonabilidad se ha vulnerado el derecho de las partes a la motivación razonable de las resoluciones judiciales. Es jurisprudencia reiterada de este Tribunal la de que por orden público material se entiende 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 (SSTC 15/1987, de 11 febrero; 116/1988, de 20 junio, y 54/1989, de 23 febrero), y, desde el punto de vista procesal, el orden público se configura como el conjunto de formalidades y principios necesarios de nuestro ordenamiento jurídico procesal, y solo el **arbitraje** que contradiga alguno o algunos de tales principios podrá ser tachado de nulo por vulneración del orden público. Puede decirse que el orden público comprende los derechos fundamentales y las libertades garantizados por la Constitución, así como otros principios esenciales indisponibles para el legislador por exigencia constitucional o de la aplicación de principios admitidos internacionalmente."

En relación al orden público el Tribunal Constitucional no deja de reconocer, como no podía ser de otro modo que "la contravención del «orden público» se establece en el art. 41.1 f) de la Ley de **arbitraje** como motivo de anulación." Y que "desde el punto de vista procesal, el orden público se configura como el conjunto de formalidades y principios necesarios de nuestro ordenamiento jurídico procesal, y solo el **arbitraje** que contradiga alguno o algunos de tales principios podrá ser tachado de nulo por vulneración del orden público.", dicho de otro modo, el **arbitraje** que infrinja dichos principios, con la interpretación que hace el tribunal, vulnerará el orden público y dará lugar a la concurrencia del motivo de nulidad.

La motivación que se contiene en nuestra sentencia, recogiendo el criterio mayoritario, se ajusta, como no podía ser de otro modo a dicha doctrina, que no puede ser desconocida, aunque se discrepe de la misma y lógicamente supone que la Sala debe centrar su motivación, en el examen de los motivos de anulación, a dichos parámetros, abandonando posturas de aplicación desorbitada del concepto de orden público, cuando bajo dicho concepto en realidad lo que se reexamina es la decisión del árbitro, a modo de un recurso pleno en segunda instancia.

El canon constitucional de motivación, a juicio de la Sala -en su composición mayoritaria-, pese a lo manifestado por la parte incidentante, se ha cumplido, máxime cuando, incluso en relación a los motivos de anulación (los primeros) formulados por la parte demandante se apoya en la sentencia inicialmente dictada -que acogimos como nuestros para volver a desestimar dichos motivos-, por lo que cabe señalar, como pone de relieve la parte contraria, que hay una motivación, suficientemente expuesta, apoyada por dos Salas y respecto de lo que ninguna tacha de insuficiente fundamentación hizo el Tribunal Constitucional.



Cierto es que no podemos obviar la contradicción que supone el que la sentencia inicial fuera votada por unanimidad, sin salvar el criterio discrepante advirtiéndolo que lo era solo por mayoría o formulando entonces voto particular y que con ocasión del resultado del recurso de amparo, se formule, sin duda legítimamente, un voto particular respecto de los extremos que ya fueron enjuiciados por el primitivo Tribunal. Al Magistrado discrepante le corresponde y así lo hace, justificar su decisión, que podrá ser valorada por las partes.

En definitiva, cabe colegir de la lectura del escrito formulando el incidente de nulidad, que el desarrollo argumental de las objeciones planteadas en el presente incidente de nulidad, son injustificados en cuanto a la denunciada falta de motivación, o en su caso irrazonabilidad y arbitrariedad de la misma, y que en otros extremos supone el volver a desarrollar los presupuestos fácticos y jurídicos que fundamentan la demanda de anulación. No se acredita la vulneración del derecho fundamental apuntado por la parte incidentante, sino que lo que evidencia es la discrepancia sobre el contenido de la resolución dictada, de modo que debe inadmitirse el incidente de nulidad, porque esta pretensión excede, como decíamos, del contenido posible del mismo, volviendo a plantear un reexamen de lo resuelto por la Sala en nuestra sentencia, articulando, en suma, un inexistente recurso extraprocesal.

QUINTO.- Por lo que respecta a la petición de suspensión, que la parte incidentante solicitaba en su otro sí segundo, dada la conclusión desestimatoria del incidente que se alcanza en la presente resolución, así como por las razones que sobre esta petición, en otros momentos del procedimiento, ya ha expuesto la Sala, no ha lugar a su estimación.

SEXTO.- De conformidad con lo que dispone el art. 241.2, párrafo 2º, segundo inciso de la L.O.P.J., procede imponer a la parte promotora del Incidente de nulidad las costas causadas por el mismo.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación.

III.- PARTE DISPOSITIVA.

LA SALA ACUERDA: DESESTIMAR EL INCIDENTE DE NULIDAD planteado por la procuradora D.ª MARÍA DEL CARMEN ORTIZ, en nombre y representación de D. Gabino frente a la Sentencia recaída en las presentes actuaciones NLA 52/2017.

Procede imponer a la parte incidentante las costas procesales causadas por el Incidente planteado.

Notifíquese la presente resolución a las partes personadas.

Frente a la presente resolución no cabe interponer recurso ordinario.

Lo acuerdan, mandan y firman los Magistrados citados al margen

DILIGENCIA.- Seguidamente se cumple lo mandado. Doy fe.

Procedimiento: Nulidad laudo arbitral 5212017.

Demandante: D. Gabino Procurador/a: D.ª. María del Carmen Ortiz Cornago.

Demandados: D.ª. Felisa D.ª. Florencia y D.ª. Felisa Procurador/a: D. Victorio Venturini Medina.

"MAZACRUZ, S.L. EN LIQUIDACIÓN" Procurador/a: D. Ernesto Lozano García-Martín.

VOTO PARTICULAR

DEL MAGISTRADO

D. Jesús María Santos Vijande

Con respeto a la opinión mayoritaria y en coherencia con el Voto Particular que en su día emití frente a la Sentencia de esta Sala 31/2021, de 21 de mayo, cuya nulidad ahora se pretende, debo dejar constancia de mi discrepancia con parte de la fundamentación y con el fallo del Auto que desestima este incidente, a través de la formulación de este voto particular, emitido ex art. 260 LOPJ.

I

A diferencia de lo que afirma el Auto del que discrepo -último párrafo del FJ 3º-, mi Voto Particular a la Sentencia dictada por esta Sala en las presentes actuaciones sí decía repetidamente -hasta en 6 ocasiones- que es el Tribunal de Justicia el que vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva si no repara la arbitrariedad de la motivación del Laudo o si el propio Tribunal razona en términos no compatibles con el contenido esencial de



ese derecho fundamental, siendo la consecuencia obvia de tal afirmación la nulidad de la Sentencia lesiva del art. 24.1 CE.

No viene a cuento citar el art. 238 LOPJ, pues el incidente extraordinario de nulidad de actuaciones del art. 241 LOPJ tiene un ámbito de aplicación que no es el de la nulidad de los actos procesales, sino el de la lesión de derechos fundamentales. Tal es lo que, en mi opinión, aquí ha sucedido, en los casos y por las razones que expuse en mi precedente voto particular en relación con la Sentencia propiamente dicha -sin exorbitancia alguna en el planteamiento del incidente-. Voto particular que acredita lo que digo y que paso a reproducir en sus propios términos.

Sumario:

Preliminar

I. Parámetros de enjuiciamiento.

A) Sobre la "infracción del orden público", la "revisión de fondo del Laudo" y el ámbito propio de la acción de anulación concebida como "control formal o externo". Referencia a la infracción del orden público material: vulneración de normas y principios imperativos; orden público económico: ámbito societario v libertad de empresa (art. 38 CE); motivación en equidad y respeto a las normas imperativas (STC 17.2021, FJ 2º in fine).

B) La motivación del laudo, ex art. 24.1 CE, puede infringir el orden público procesal, como causa de anulación; análisis del FJ 7º de la Sentencia mayoritaria y referencia a la jurisprudencia sentada por las SSTC 46/2020, 17/2021, 55/2021y 65/2021.

C) Parámetros de enjuiciamiento en torno al deber de revelación del Árbitro (art. 17 LA) asumidos por esta Sala, entre otras, en la Sentencia 28/2019, de 12 de septiembre (FJ 3º.1) -roj STSJ M 6983/2019.

II. Desarrollo y, en su caso, recapitulación de las razones por las que el Laudo debió ser anulado.

1. La infracción del deber de revelación y las dudas fundadas, de conocimiento sobrevenido, sobre la imparcialidad del Árbitro.

2. El Laudo infringe el orden público material: lesiona la libertad de empresa (art. 38 CE) -tal y como es entendida por el propio Tribunal Constitucional- cuando acuerda, "ex aequo et bono", la disolución de una sociedad de capital sin acreditar ni justificar la concurrencia de una causa legal ni estatutaria para ello.

3. El Laudo vulnera el orden público procesal por radical déficit de motivación del juicio de hecho que se constituye en causa de la decisión de disolver MAZACRUZ.

<< Preliminar.-

Estoy sustancialmente de acuerdo con los tres primeros fundamentos de la Sentencia mayoritaria. No así con la reseña de la jurisprudencia constitucional del FJ 4º, por las razones que detallaré, y menos aún con el alcance que se le atribuye en relación con la solución del caso concreto en el FJ 7º. Estimo que la doctrina constitucional -la que se cita y la que en su conjunto ha emitido el TC- no restringe nuestra libertad de enjuiciamiento poco menos que hasta el punto de determinar nuestro fallo y la reconducción de nuestro juicio sobre la causa sometida a nuestra deliberación, tal y como viene a expresar el FJ 7º de esta nuestra Sentencia.

Coincido con el FJ 6º en qué ha de entenderse como integrante del orden público societario, en la línea argüida por nuestra primera Sentencia, y en la conclusión de que la disolución y liquidación de una sociedad sin causa legal o estatutariamente predeterminada sí puede suponer -y, de hecho, supone- una infracción del orden público económico/societario. Por el contrario, creo que el tenor de laudo en modo alguno autoriza a mantener -aunque lo hayamos dado por bueno en su día y lo volvamos a hacer ahora, esta vez con mi discrepancia expresa, visto el sentido del fallo- que "el (Árbitro) decreta la disolución y liquidación de Mazacruz por causa asimilable a causa legal -imposibilidad manifiesta de conseguir el fin social art. 363 LSC". No; el Laudo acuerda la disolución de una sociedad de responsabilidad limitada por abuso de derecho de un socio y por pérdida de la "affectio societatis", pero ni dice ni menos aún justifica que ese entendimiento en equidad haya de ser equiparado a las causas legales "de imposibilidad manifiesta de conseguir el fin social o de paralización de los órganos sociales de modo que resulte imposible su funcionamiento " [apdos. c) y d) del art. 363.1 LSC]. Es cierto, además de obvio, que la jurisprudencia admite en estos casos la disolución de la sociedad, sobre todo en sociedades en las que existen dos socios o dos grupos de socios, como es el caso, enfrentados entre sí; pero, como veremos, esa jurisprudencia en absoluto convierte en causa legal de disolución de una sociedad de capital las meras desavenencias entre los socios ni el abuso de derecho en cuanto tal: son Sentencias, lo anticipo ya, en que o la sociedad no estaba en funcionamiento -no tenía actividad-, o éste no era posible -ni en consecuencia se podía cumplir el fin social- por la posición de bloqueo en la adopción de decisiones de uno



de los socios o grupos de socios...; circunstancias a todas luces no concurrentes en el caso de la mercantil MAZACRUZ.

Creo, en definitiva, que el Laudo, por razones en su día expuestas y por otras que no adujimos y/o no acertamos a expresar, debió ser anulado, pues conculca, a mi juicio de manera patente, el orden público procesal por déficit palmario de motivación en la valoración de la prueba y por arbitrariedad en la motivación de la decisión de fondo; el Laudo también infringe el orden público material tanto por lesionar la libertad de empresa del art. 38 CE -tal y como es entendida por el propio Tribunal Constitucional- como por permitir, en la práctica, que se lleve a cabo la disolución de una sociedad de capital sin concurrir una causa legal ni estatutaria para ello.

Tampoco puedo compartir la argumentación y la conclusión que la mayoría postula en relación con la imparcialidad del árbitro -FJ 9º- y el análisis del quebrantamiento por su parte del deber de relevación de circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas sobre su imparcialidad e independencia.

El Árbitro vulneró su deber de relevación de un hecho que, in casu, debió ser puesto de manifiesto a las partes y, en especial, a la aquí demandante, pues, en términos puramente objetivos, pudo suscitar dudas fundadas sobre su imparcialidad: me refiero al hecho de que un Abogado de la demandante en el procedimiento arbitral -Letrado presente en todas las actuaciones- sea hermano de un Abogado en el bufete del que es socio y cofundador el Árbitro, D. Lucio . Deber de revelación tanto más necesario si se tiene en cuenta el origen judicial del nombramiento del Árbitro, es decir, un nombramiento en su día efectuado por esta Sala mediante el correspondiente sorteo en el que las partes no tuvieron intervención previa de ninguna clase: ni efectuaron propuestas, ni consideraron las formuladas por una Corte Arbitral - en práctica habitual cuando de **arbitraje** institucional se trata...

En esta línea de pensamiento, debo dejar constancia a modo de inciso - sin el menor ánimo exhaustivo- de las dudas que expuse a la Sala acerca de la compatibilidad con el Derecho de la Unión Europea de que se pueda disolver una sociedad de capital mediante **arbitraje** de equidad "y" sin sujeción a las causas legal o estatutariamente previstas. Aunque no tengo duda alguna de que la aplicación del Derecho interno, por así decir, debió avocar al fallo anulatorio, ello no es óbice para subvenir al deber de plantear la correspondiente cuestión prejudicial como tribunal de última instancia que somos, pues puede resultar también determinante de la decisión del caso el hecho de que el Laudo dictado en equidad -y más tal y como "parece" concebir el **arbitraje** de equidad la reciente STC 17/2021- conculque la libertad de empresa del art. 16 CDFUE, sin que, en lo que se me alcanza, el TJUE ya haya establecido un precedente ni el Derecho de la Unión sea tan evidente que no deje lugar a una duda razonable. El asunto que planteo suscita una cuestión general de interpretación del Derecho de la Unión, sin que la exégesis de conformidad con ese Derecho pueda deducirse de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia existente. Soy consciente de que, a día de hoy, no existe un Derecho de sociedades europeo codificado -la armonización avanza lentamente; pero también creo que el carácter de Derecho primario de la Carta de Derechos Fundamentales desde la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, y su idéntico valor jurídico al de los Tratados (art. 6.1 TUE), su eficacia directa y la primacía que les es propia, habilitaban en el presente caso el planteamiento de una cuestión prejudicial - art. 267 TFUE- , donde, con la debida explicitación fáctica y jurídica, se inquiriese del TJUE respuesta, v.gr., sobre si es compatible con la estabilidad inherente a la libertad de empresa -consistente en el derecho a iniciar y sostener la actividad empresarial con los límites legalmente establecidos deferir a un **arbitraje** de equidad la disolución de una sociedad de capital; y, en su caso, sobre si el **arbitraje** de equidad puede acordar la disolución de una sociedad sin que el juicio ex aequo et bono se acomode en su resultado y se someta a las causas legales de disolución...

Dicho lo que antecede, consignaré acto seguido los parámetros de enjuiciamiento y las razones que expuse a la Sala y que, a mi juicio, fundan el deber de anular el Laudo. Expondré mi discrepancia con la fundamentación de la Sentencia mayoritaria, que, con todo respeto lo digo, entiendo justifica su decisión en una concepción del orden público que no puedo compartir en su aplicación al caso, pues, en la práctica, convierte en quiméricas o irreales unas premisas de enjuiciamiento que, sin embargo, son invocadas con toda solemnidad no ya por esta Sala sino de un modo general: que el **arbitraje**, como equivalente jurisdiccional que es, no puede sustraerse a los preceptos, principios y derechos constitucionales, entre ellos los derechos fundamentales que son de inexcusable observancia y de insoslayable control, real y efectivo, por parte de los Tribunales llamados a conocer de la acción de anulación; o que el **arbitraje** ha de respetar el Derecho imperativo de la Unión y/o sus principios esenciales, entre ellos los de eficacia directa y primacía... Tribunales de Justicia que inconcusamente estarían infringiendo el art. 24.1 CE al conocer de la acción de anulación si, verbigracia, no impidiesen mediante la declaración de nulidad que la motivación de un Laudo dé carta de naturaleza a déficits de motivación constitucionalmente relevantes, pues entonces se desconoce, en la práctica, que el Tribunal de anulación ha de preservar que la fundamentación de los laudos -al igual que la de los órganos jurisdiccionales- responda a su más radical finalidad: garantizar la interdicción de la arbitrariedad.

I. Parámetros de enjuiciamiento.



La infracción del orden público como causa de anulación que funda la demanda obliga a dejar clara constancia de los parámetros que delimitan el ámbito de nuestro enjuiciamiento en la acción de anulación cuando se invoca el art. 41.1.f) LA, tal y como hemos recordado en nuestra Sentencia 4/2020, de 8 de enero -autos de anulación de Laudo arbitral nº 17/2019, roj STSJ M 1469/2020-, que, cita entre muchas, la precedente Sentencia 46/2019, de 26 de noviembre, en su FJ 3º -roj STSJ M 12788/2019.

A) Sobre la "infracción del orden público", la "revisión de fondo del Laudo" y el ámbito propio de la acción de anulación concebida como "control formal o externo". Referencia a la infracción del orden público material: vulneración de normas y principios imperativos; orden público económico: ámbito societario v libertad de empresa (art. 38 CE); motivación en equidad y respeto a las normas imperativas (STC 17.2021, FJ 2º in fine).

(1). Dejar constancia, en primer lugar, de que, como tantas veces hemos dicho -recientemente, entre muchas, en la S. 45/2017, de 4 de julio, roj STS 8072/2017-, la acción de anulación no configura una nueva instancia, como si este Tribunal estuviese habilitado por la ley para revisar, con plenitud de jurisdicción, el juicio de hecho y la aplicación del Derecho efectuados por los árbitros al laudar.

En tal sentido, v.gr., las Sentencias de esta Sala de 24 de junio de 2014 (rec. n º 70/2013) y de 5 de noviembre de 2013 (rec. n º 14/2013), cuando dicen (FFJJ 8 y 4, respectivamente):

"Como ha puesto de manifiesto esta Sala desde la sentencia de 3 de febrero de 2012, la acción de anulación de laudo arbitral diseñada en la Ley de **Arbitraje** no permite a la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia, a la que ahora se atribuye la competencia para el conocimiento de este proceso, reexaminar las cuestiones debatidas en el procedimiento arbitral. La limitación de las causas de anulación del laudo arbitral a las estrictamente previstas en el artículo 41 de esa Ley de **Arbitraje**, restringe la intervención judicial en este ámbito a determinar si en el procedimiento y la resolución arbitrales se cumplieron las debidas garantías procesales, si el laudo se ajustó a los límites marcados en el convenio arbitral, si éste carece de validez o si la decisión arbitral invade cuestiones no susceptibles de **arbitraje**. Así lo indica con claridad la Exposición de Motivos de la Ley 60/2003 cuando precisa que "los motivos de anulación del laudo han de ser tasados y no han de permitir, como regla general, una revisión del fondo de la decisión de los árbitros...". "La esencia del **arbitraje** y el convenio arbitral, en cuanto expresa la voluntad de las partes de sustraerse a la actuación del poder judicial, determinan - como destaca la sentencia del Tribunal Supremo de del 22 de Junio del 2009 (ROJ: STS 5722/2009)- que la intervención judicial en el **arbitraje** tenga carácter de control extraordinario cuando no se trata de funciones de asistencia, pues la acción de anulación, de carácter limitado a determinados supuestos, es suficiente para la satisfacción del derecho a la tutela judicial efectiva, en su modalidad de acceso a los tribunales (SSTC 9/2005, y 761/1996 y 13/1927) y, según la jurisprudencia esta Sala, tiene como objeto dejar sin efecto lo que pueda constituir un exceso del laudo arbitral, pero no corregir sus deficiencias u omisiones (SSTS 17 de marzo de 1988, 28 de noviembre de 1988, 7 de junio de 1990)".

Ahora bien; una cosa es lo que antecede y otra, totalmente distinta, la tesis de que la Sala de anulación en ningún caso puede revisar el fondo de la controversia y/o de la argumentación del Laudo. Ni legal ni dogmáticamente se puede mantener tal postulado con el debido fundamento.

Evidentemente que "la acción de anulación" no abre una segunda instancia, un "novum iudicium" en el que se pueda revisar sin limitaciones, con "plenitud de jurisdicción" -en locución del TEDH-, el juicio de hecho y el razonamiento de Derecho efectuado por el tribunal arbitral. Tampoco se puede identificar la acción de anulación, como antaño el recurso de tal nombre, con una suerte de casación donde se podía analizar, como motivo de revisión del laudo, la infracción de ley y/o de doctrina jurisprudencial (Ley de **Arbitraje** de 1953)...

Pero de ahí a afirmar, del modo general y categórico con que a veces se hace, la exclusión de todo análisis del fondo de la controversia va un abismo... A modo de ejemplo derechamente conectado con el caso presente: se postula, sin distinguos ni matices, que el Tribunal que conoce de la acción de anulación no puede revisar la motivación del juicio de hecho efectuada por el árbitro en contra de conteste doctrina del Tribunal Constitucional y de la Sala Primera del TS que identifica los supuestos, que no son pocos, en que una determinada valoración de la prueba lesiona el art. 24.1 CE.

Repárese en que la Exposición de Motivos de la LA excluye, "como regla general", que la acción de anulación se convierta en una revisión del fondo de la decisión de los árbitros; es más, se suele identificar tal concepto -revisión del fondo de la decisión- con cualquier cuestión que, directa o lateralmente, concierne al fondo de la controversia, cuando conceptualmente son cuestiones del todo discernibles.

Se ha de poner de relieve que esa "regla general" de que habla la E. de M. de la Ley de **Arbitraje** tiene excepciones, algunas incontrovertidas en el ámbito, por ejemplo, del análisis de la arbitrabilidad de la materia, que, sin embargo, son incomprensible y contradictoriamente negadas, cuando tal excepción a la regla general se pondera y se aprecia como posible infracción del orden público.



De nuevo a modo de ejemplo: ¿qué tiene que hacer, ope legis, un Tribunal de anulación cuando examina si la controversia es arbitrable por recaer sobre materias de libre disposición? No puede dejar de examinar la naturaleza disponible, o no, de la materia controvertida, ni su régimen jurídico... Lo hemos dicho con toda claridad en la S. 56/2015, de 13 de julio: "decidir si una materia es disponible, o no, exige, sin lugar a dudas, analizar su régimen jurídico, la naturaleza de las normas reguladoras, los intereses públicos o privados en juego -trascendiendo incluso las circunstancias del caso concreto..." (y lo hemos repetido, con la subsiguiente argumentación, v.gr., entre otras, en las SS. 61/2017, de 31 de octubre; 32/2016, de 19 de abril; 3/2016, de 19 de enero; 79/2015, de 3 de noviembre; y 74/2015, de 23 de octubre).

Ese análisis -añadíamos- concierne, por definición, al fondo de la controversia, a su regulación sustantiva. Y aquí, sobre la base del principio del favor arbitrandi, existe una general anuencia en que una materia puede ser arbitrable pese a que en su ordenación aparezcan normas inequívocamente imperativas; ahora bien, en contrapartida, no se discute -hablando de arbitrabilidad- el correlativo deber del árbitro de aplicar las normas imperativas que regulen tales o cuales aspectos de la materia que se dice arbitrable, pues, en caso contrario, el Tribunal arbitral infringiría el orden público incurriendo el laudo en causa de anulación.

En total congruencia con esta línea de pensamiento se ha manifestado este Tribunal repetidas veces, v.gr., en estos o parecidos términos: "no pocas materias son disponibles, perfectamente susceptibles de **arbitraje**, pese a que aspectos de su ordenación estén regulados por normas imperativas, lo que no excusa el deber de los árbitros de aplicar dichas normas, so pena de infringir el orden público -v.gr., por todas, las Sentencias de esta Sala nº 23/2015, de 24 de marzo (ROJ STSJ M 3275/2015), 56/2015, de 13 de julio -FJ 3.B- (ROJ STSJ M 8881/2015), 16/2018, de 12 de abril -FJ 2º.A- (ROJ STSJ M 3985/2018), 18/2018, de 17 de abril -FJ 3º.2.A- (ROJ STSJ M 3986/2018) y 49/2018, de 13 de diciembre -FJ 2º.1- (ROJ STSJ M 12822/2018).

Expresaba en su día este planteamiento generalmente admitido, con especial lucidez, el Profesor Fernández Rozas, J.C. ["Ámbito de actuación y límites del juicio de árbitros tras la Ley 60/2003, de **Arbitraje**", en La Nueva Ley de **Arbitraje**, Estudios de Derecho Judicial, 102-2006, CGPJ, 2007, págs. 80 y 81] con las siguientes palabras:

La arbitrabilidad de la controversia, es cierto, va ganando terreno conforme el **arbitraje** se hace usual entre los participantes del tráfico comercial internacional. De esta forma terrenos tradicionalmente 'incómodos' en el **arbitraje** como el Derecho de la competencia o la propiedad industrial, el derecho de sociedades multinacionales, son hoy pronunciamientos habituales de los árbitros tanto en el **arbitraje** interno como en el internacional. Sin embargo, este avance del sector de materias arbitrables tiene un precio: si el **arbitraje** se adentra en terrenos afectados por intereses generales o políticas legislativas de protección, debe tener muy presente el terreno en que ha entrado y lo que implica tratar con materias intervenidas por una atención especial de los Estados. La entrada del **arbitraje** en estos sectores del ordenamiento entraña una relación proporcional con el aumento de control en cuanto al fondo. Es aquí donde, de manera manifiesta, el resultado sustantivo de un laudo arbitral va a ser controlado, y esto puede afirmarse sin paliativos. Los Estados no prohíben la solución de un conflicto mediante **arbitraje**; pero si la controversia está regida por normas materiales imperativas o principios de orden público positivo el Tribunal estatal encargado de la anulación puede, legítimamente, esperar su respeto y aplicación. El discutido concepto -orden público- que encierra el art. 36.b.ii) de la Ley Modelo Uncitral o, en sede de reconocimiento de laudos arbitrales extranjeros, el art. V.2.b) del Convenio de Nueva York de 1958 está perfectamente claro. Realmente, manteniendo el principio de ausencia de control a todos los efectos, era difícil establecer a qué se referían estos preceptos, teniendo en cuenta que el orden público procesal tiene su propio lugar de revisión en las causas de anulación relativas a la regularidad del procedimiento arbitral. Pero lo cierto es que el control existe y se refiere específicamente al fondo del asunto; cuando una norma imperativa quiere ser aplicada, cuál sea el órgano enjuiciador, nacional o extranjero, arbitral o judicial, pasa a un segundo plano". Los resaltados son nuestros.

Y añade, poco después -ibídem, págs. 82 in fine y 83- este tratadista:

"Un laudo dictado con indiferencia a normas de aplicación necesaria puede encontrar problemas... La efectividad del laudo se vería impugnada por la contravención al orden público del Estado que lo enjuicia y no por causa de la inarbitrabilidad de la controversia. Es esa la opinión del TJUE en asunto "Eco Swiss c. Benetton", reiterada en jurisprudencia posterior, que implica el deber de respeto del orden público comunitario en todas sus variantes".

Sin embargo, paradójicamente, este planteamiento teórico -inobjetable en ocasiones cae en el más absoluto de los "olvidos" o es negado con patente contradicción, cuando un Tribunal verifica, sub specie de infracción del orden público -art. 41.1.f) LA-, si un Laudo ignora, no aplica o contraviene paladinamente normas imperativas de inequívoco carácter tuitivo, como son, verbigracia, las llamadas a tutelar el principio de buena fe contractual en supuestos especialmente necesitados de protección o las que disciplinan las sociedades de capital en sus



principios configuradores, entre las cuales se hallan, indudablemente, aquellas normas con rango de ley que establecen los casos en que una sociedad puede ser disuelta y, posteriormente, extinta.

En otras palabras: a la vez que se postula que el respeto de las normas imperativas es un deber del árbitro que, si incumplido, vulnera el orden público-extremo que afirma, sin distinguos ni matices, recientemente, la STC 17/2021, de 15 de febrero, FJ 2º- se afirma un contradictorio "exceso de jurisdicción" cuando el Tribunal llamado a juzgar, precisamente, si el laudo ha infringido dicho orden público se decide a comprobar si, al dictarlo, se han observado, o no, esas mismas normas imperativas...

De lo que vengo diciendo -y de lo transcrito- se sigue con igual claridad que el concepto de orden público no se limita a la infracción de derechos fundamentales y/o de garantías de índole procesal, ni en las normas internacionales (Ley Modelo Uncitral o Convenio de Nueva York) ni en las internas que son trasunto de aquellas; criterio que deriva de una exégesis lógica de tales normas legales y convencionales, por lo demás asumida por la Jurisprudencia patria, que siempre ha hablado de que "por orden público han de estimarse aquel 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 (Sentencia del Tribunal Constitucional, Sala 2 nº 54/1989, de 23-2)" [entre muchas, S. de esta Sala 58/2015, de 21 de julio, FJ 2, ROJ STSJ M 8994/2015].

El Tribunal Constitucional abunda en esta idea en su Sentencia 46/2020, de 15 de junio (FJ 4º): el hecho de que la acción de anulación se conciba, nemine discrepante, como un expediente procesal de impugnación que no entraña en sentido estricto una nueva instancia, lo que a veces se ha expresado indicando que el Tribunal de anulación ha de realizar un "control formal o externo" del Laudo, no debe inducir a una confusión dogmática en la que con frecuencia se incurre, a saber: ese denominado enjuiciamiento formal o externo que delimita el ámbito propio de la acción de anulación debe ser rectamente entendido, tal y como se sigue de la doctrina jurisprudencial-constitucional y ordinaria- ya constatada: la acción de anulación, desde la perspectiva de la eventual infracción del orden público -también, con toda evidencia, cuando se analiza si la materia es arbitrable- tiene un objeto de enjuiciamiento que en absoluto consiste solo en la comprobación periférica o formal de que el Laudo está motivado o de que en el procedimiento arbitral se han respetado los principios de contradicción, audiencia e igualdad. Lo reitera el FJ 4º de la precitada STC 46/2020 -y las posteriores SSTC 17, 55 y 65/2021-, cuando dice:

"Es jurisprudencia reiterada de este Tribunal la de que por orden público material se entiende 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 (SSTC 15/1987, de 11 febrero; 116/1988, de 20 junio, y 54/1989, de 23 febrero), y, desde el punto de vista procesal, el orden público se configura como el conjunto de formalidades y principios necesarios de nuestro ordenamiento jurídico procesal, y solo el **arbitraje** que contradiga alguno o algunos de tales principios podrá ser tachado de nulo por vulneración del orden público. Puede decirse que el orden público comprende los derechos fundamentales y las libertades garantizados por la Constitución, así como otros principios esenciales indisponibles para el legislador por exigencia constitucional o de la aplicación de principios admitidos internacionalmente".

O, en palabras de la Sala Primera -con cita de jurisprudencia del TJUE en su Auto de 14 de noviembre de 2018 -roj ATS 11859/2018: una cosa es "revisar el fondo" en sentido estricto de un Laudo o de una resolución judicial extranjera, y otra, muy distinta, analizar si se ha conculcado el orden público, entendido como "una violación manifiesta de una norma jurídica considerada esencial en el ordenamiento jurídico del Estado o de un derecho reconocido como fundamental en este ordenamiento (Sentencias Krombach -asunto C- 7/98-, Renault -asunto C-38/98-, Apostolides -asunto C-420/07-, Trade Agency -asunto C-619/10- y FlyLAL-Lithuanian Airlines -asunto C-302/13-)".

(2). En su vertiente material, la infracción del orden público a que se refiere el art. 41.1.f) LA comprende, sin género de duda, la quiebra de preceptos y principios básicos e irrenunciables que informen en el plano sustantivo las relaciones inter privados, así concebidos y calificados por la Sala Primera, como supremo exégeta que es de la ley civil y mercantil y de la legislación procesal civil - art. 123.1 CE-; también incluye, desde luego -dicho sea sin ánimo exhaustivo-, el respeto de principios y normas básicos de la Unión Europea -piénsese en las libertades fundamentales de la Unión, en los principios de primacía y eficacia directa de ese Derecho-, de acuerdo con la interpretación clara y reiterada que de los mismos haya efectuado el Tribunal de Justicia Unión Europea -su conculcación por el Laudo, no reparada por el Tribunal de anulación, entrañaría una quiebra del derecho a la tutela judicial efectiva.

Hoy no cabe dudar, a la vista de la jurisprudencia del TJUE y del Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo, v.gr., desde sus SS. de 20 de enero de 2014 (ROJ STS 354/2014) y 265/2015, de 22 de abril (ROJ STS 1723/2015), de que, dentro de ese concepto jurídico indeterminado denominado "orden público", ha



de incluirse el "orden público económico", que se prevé en normas imperativas y en principios básicos de inexcusable observancia en supuestos necesitados de especial protección por las más variopintas razones: protección del consumidor, salvaguarda del pequeño o mediano inversor o, más ampliamente, tutela de las libertades fundamentales que conforman la Unión Europea...

Llegados a este punto y en relación con este caso concreto, ya he manifestado mi total acuerdo con el parecer mayoritario cuando reitera lo que en su día dijo el FJ 3º de nuestra Sentencia 1/2018, de 8 de enero-, sobre el ámbito del orden público societario:

"El orden público ha sido así identificado con los contenidos esenciales de nuestra Carta Magna, sin olvidar, también lo principios civiles, procesales y sustantivos que rigen nuestro ordenamiento. El Juzgador ya sea público o privado, en el caso de los árbitros, deberá atender al sustrato jurídico que sirve de referente a la totalidad del ordenamiento, destacando aquellas reglas principios que la sociedad entiende como intangibles en el actual contexto cultural, económico y político.

Así, en materia societaria, el Tribunal Supremo ha afirmado que el concepto de orden público 'es de los denominados indeterminados, y que generalmente se aplica a acuerdos, convenios o negocios que suponen un ataque a la protección de los accionistas ausentes, a los accionistas minoritarios e incluso a terceros, pero siempre con una finalidad, la de privarles de la tutela judicial efectiva que proclama el art. 24.1 de la Constitución Española" (SSTS 18 de mayo de 2000 -RJ\2000\3934-, 5 de febrero de 2002 -RJ\2002\1600-, 4 de marzo de 2002 -RJ\2002\2421-, 26 de septiembre de 2006 -RJ\2006\7477-, 30 de mayo de 2007 -RJ\2007\3608- y 10 de septiembre de 2015 -RJ\2015\5012-). En términos similares, el Tribunal Supremo ha señalado que en este ámbito debe aplicarse "un concepto de orden público sustentado especialmente en los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución y en los principios básicos del orden social en su vertiente económica, ya que de sociedades de capital se trata" (SSTS de 4 de marzo de 2002 -RJ\2002\2421-, 26 de septiembre de 2006 -RJ\2006\7477- y 30 de mayo de 2007 -RJ\2007\3608-). De ahí que deba considerarse como contrario al orden público "un acuerdo que vulnere de algún modo normas imperativas que afecten a la esencia del sistema societario, así como normas relativas a derechos fundamentales" (SSTS de 28 de noviembre de 2005 - RJ\2006\1233- y 30 de mayo de 2007 -RJ\2007\3608-). También se han considerado comprendidos en el concepto de orden público societario los llamados "principios configuradores" del tipo social y las normas que afectan a la esencia del sistema del sistema societario y a los derechos del socio que participan de esa misma naturaleza esencial: "A lo que parece, con la más autorizada doctrina, podría pensarse que en la disciplina legal de la sociedad anónima cabría encontrar el orden público en los 'principios configuradores de la sociedad'" (SSTS de 28 de noviembre de 2005 -RJ\2006\1233-, 30 de mayo de 2007 -RJ\2007\3608- y 19 de abril de 2010 -RJ\2010\3538-).

Como consecuencia de lo anterior, podemos afirmar, que el hecho de decretar la disolución y liquidación de una sociedad sin causa legal o estatutariamente predeterminada sí puede suponer una infracción del orden público económico/societario, si con ello se produce una vulneración de normas imperativas que afecten a la esencia del sistema societario.

(...)

Las causas de disolución se configuran como hechos sobrevenidos que dan lugar a la disolución sobre presupuestos y requisitos establecidos por el legislador. La imposibilidad manifiesta de conseguir el fin social o la paralización de los órganos sociales de modo que resulte imposible su funcionamiento aparecían contempladas en el artículo 104.1.c) LSRL, actualmente, con mayor precisión, en el artículo 363.1.b) y c) TRLSC. Lo único que afecta a la pertinencia de la declaración de disolución es que se constate la paralización, naturalmente, de modo permanente y definitivo, de manera que resulta improcedente buscar grupos responsables del enfrentamiento y vincular la procedencia o no de la disolución a la imputabilidad de dicho enfrentamiento. La causa se fundamenta en la desaparición de la "affectio societatis", entendido como desenvolvimiento de su objeto en el marco del contrato societario, por más que se continúe desarrollando alguna actividad, teniendo en cuenta además que la actividad empresarial exige la exteriorización de la voluntad social para poder cumplir tanto su fin como sus diferentes objetivos (STS de 10 de junio de 1.999).

Esta paralización puede provenir de diversas circunstancias, y entre ellas el enfrentamiento existente entre los socios que se proyecte sobre las juntas. Esto no significa, según ha puesto de relieve la Jurisprudencia, que el mero enfrentamiento dé lugar a apreciar la causa de disolución, pues ésta no deriva de los conflictos que puedan suscitarse entre los socios, sino de la proyección de esos conflictos en la formación de la voluntad social, de manera que quede paralizada la junta general hasta el extremo de que se encuentre en una situación de bloqueo que aparezca como permanente y definitivo. Por eso la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de marzo de 2011 señala que: "El que un accionista (el aquí recurrente) pueda impugnar reiteradamente los acuerdos no produce paralización de los órganos, ni imposibilita el funcionamiento de la entidad. De



admitirse una tesis tan singular cualquier socio minoritario podría por su voluntad dar lugar a la disolución de la sociedad".

A lo dicho entonces debo añadir ahora otra reflexión sobre el ámbito del orden público societario que me parece especialmente importante para la decisión del presente caso, a saber: no solo forman parte del orden público económico los principios jurídicos básicos de la organización político-social y económica a que se refieren los derechos fundamentales y las libertades públicas; en el ámbito societario también se incluyen en el orden público los derechos de los socios que encuentran anclaje constitucional, categoría a la que indudablemente pertenecen, verbigracia, el derecho de propiedad o la libertad de empresa. Por más que pueda ser calificado de obviedad, es necesario reiterarlo: la noción de orden público no se limita estrictamente a los derechos fundamentales y libertades públicas de los artículos 15 a 29 de la Constitución (junto con el principio de igualdad del artículo 14); comprende también derechos y libertades constitucionales como el derecho de propiedad del art. 33 CE (en tal sentido, *expressis verbis* para el ámbito societario, cfr. STS de 29 de noviembre de 2007 -RJ\2008\32-) y la libertad de empresa (art. 38 CE).

Quiero detenerme en la constatación de cómo es concebida, en su contenido esencial, la libertad de empresa. A tal fin, no está de más recordar el tenor de los mis. 38 y 53.1 CE:

Art. 38.- Se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación.

Art. 53.1.- Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161, 1, a).

Pues bien, no parece que se pueda negar la directa conexión de la disolución de una sociedad con la restricción grave, por no decir eliminación, del ejercicio de la libertad de empresa. Digo esto porque, a continuación dejaré constancia de qué entiende el Tribunal Constitucional, desde la década de los 80 hasta hoy contestemente, por contenido esencial de la libertad de empresa en sentencias dictadas por el Pleno del TC, esto es, con el especial efecto vinculante que para el propio TC revisten ex arts. 10.1.b) y 13, ambos de la LOTC.

El FJ 3º de la STC (Pleno) 831/1984, de 24 de julio, dice:

"En el art. 38 (no) se reconoce el derecho a acometer cualquier empresa, sino sólo el de iniciar y sostener en libertad la actividad empresarial, cuyo ejercicio está disciplinado por normas de muy distinto orden. La regulación de las distintas actividades empresariales en concreto, no es por tanto una regulación del ejercicio de los derechos constitucionalmente garantizados en el 38. No significa ello, en modo alguno, que las regulaciones limitativas queden entregadas al arbitrio de los reglamentos, pues el principio general de libertad que la Constitución (artículo 1.1) consagra autoriza a los ciudadanos a llevar a cabo todas aquellas actividades que la Ley no prohíba, o cuyo ejercicio no subordine a requisitos o condiciones determinadas y el principio de legalidad (arts. 9.3 y 103.1) impide que la Administración dicte normas sin la suficiente habilitación legal. En unos casos, bastarán para ello las cláusulas generales; en otros, en cambio, las normas reguladoras o limitativas deberán tener, en cuanto tales, rango legal, pero ello no por exigencia de los arts. 35.1 y 38 de la Constitución, sino en razón de otros artículos de la Constitución, que configuran reservas específicas de Ley".

Es particularmente ilustrativo el FJ 5º de la STC (Pleno) 135/2012, de 19 de junio, cuando señala:

Con relación a la libertad de empresa "hay que recordar que el art. 38 del texto constitucional dispone que los poderes públicos garantizan el ejercicio de la libre empresa de acuerdo con las exigencias de la economía general. Dicho mandato debe ser interpretado poniéndolo en relación, primero, con los arts. 128 y 131 CE [SSTC 37/1981, de 16 de noviembre, FJ 2; 111/1983, de 2 de diciembre, FJ 10; y 225/1993, de 8 de julio, FJ 3.b)], viniendo a implicar, fundamentalmente, el derecho a iniciar y sostener una actividad empresarial (STC 83/1984, de 24 de julio, FJ 3) y a hacerlo en libre competencia (SSTC 88/1986, de 1 de julio, FJ 4; y 135/1992, de 5 de octubre, FJ 8), lo que exige, entre otras cosas, la defensa de los empresarios contra prácticas, acuerdos, conductas o actuaciones atentatorias de esa libertad (STC 71/1982, de 30 de noviembre, FJ 15)" (STC 96/2002, de 25 de abril, FJ 11). El derecho a la libertad de empresa, como hemos recogido en la STC 18/2011, de 3 de marzo, no es absoluto e incondicionado sino limitado por la regulación que, de las distintas actividades empresariales en concreto, puedan establecer los poderes públicos, limitaciones que han de venir establecidas por la ley respetando, en todo caso, el contenido esencial del derecho. Este Tribunal ha resaltado en distintas ocasiones que las actividades empresariales han de ejercerse "con plena sujeción a la normativa sobre ordenación del mercado y de la actividad económica general" [SSTC 225/1993, de 8 de julio, FJ 3 b), y 112/2006, de 5 de abril, FJ 8], o que "la vigencia de la libertad de empresa no resulta constitucionalmente resquebrajada por el hecho de la existencia de limitaciones derivadas de las reglas que



disciplinen, proporcionada y razonablemente, el mercado" [SSTC 127/1994, de 5 de mayo, FJ 6 b); y 112/2006, de 5 de abril, FJ 8].

La libertad de empresa, "junto a su dimensión subjetiva, tiene otra objetiva e institucional, en cuanto elemento de un determinado sistema económico, y se ejerce dentro de un marco general configurado por las reglas, tanto estatales como autonómicas, que ordenan la economía de mercado y, entre ellas, las que tutelan los derechos de los consumidores, preservan el medio ambiente, u organizan el urbanismo y una adecuada utilización del territorio por todos" [STC 227/1993, de 9 de julio, FJ 4 e)].

Como dijimos en la STC 88/1986, de 1 de julio (FJ 4) "el reconocimiento de la economía de mercado por la Constitución, como marco obligado de la libertad de empresa, y el compromiso de proteger el ejercicio de ésta -art. 38, inciso segundo- por parte de los poderes públicos supone la necesidad de una actuación específicamente encaminada a defender tales objetivos constitucionales. Y una de las actuaciones que pueden resultar necesarias es la consistente en evitar aquellas prácticas que puedan afectar o dañar seriamente a un elemento tan decisivo en la economía de mercado como es la concurrencia entre empresas, apareciendo así la defensa de la competencia como una necesaria defensa, y no como una restricción, de la libertad de empresa y de la economía de mercado, que se verían amenazadas por el juego incontrolado de las tendencias naturales de éste".

Ideas reiteradas de forma categórica en la STC (Pleno) 103/2018, de 4 de octubre -FJ 8º-, en los siguientes términos:

"Como declara la STC 89/2017, de 4 de julio, FJ 14, el artículo 38 CE establece 'los límites dentro de los que necesariamente han de moverse los poderes constituidos al adoptar medidas que incidan sobre el sistema económico de nuestra sociedad. El mantenimiento de esos límites... está asegurado por una doble garantía, la de la reserva de ley y la que resulta de la atribución a cada derecho o libertad de un núcleo del que ni siquiera el legislador puede disponer, de un contenido esencial' (STC 37/1981, de 16 de noviembre, FJ 2). Lo anterior es compatible con la afirmación del Tribunal en el sentido de que "[e]l derecho a la libertad de empresa no es absoluto e incondicionado sino limitado por la regulación que, de las distintas actividades empresariales en concreto, puedan establecer los poderes públicos, limitaciones que han de venir establecidas por la ley, respetando, en todo caso, el contenido esencial del derecho" (STC 18/2011, de 3 de marzo, FJ 15, y 135/2012, de 19 de junio, FJ 5) y han de estar "derivadas de las reglas que disciplinen, proporcionada y razonablemente, el mercado" (entre otras SSTC 127/1994, de 5 de mayo, FJ 6; 109/2003, de 5 de junio, FJ 15, y 112/2006, de 5 de abril, FJ 8).

El derecho fundamental a la libertad de empresa se ejerce, por tanto, dentro de un marco general configurado por las reglas establecidas por el legislador".

A la luz de lo que antecede, una pregunta surge de inmediato: ¿cómo es posible que la STC 17/2021, dictada por una Sala del TC, dé por bueno que un árbitro pueda laudar en equidad sobre un thema decidendi que afecta directamente al contenido esencial de la libertad de empresa, y diga, respecto del caso que está enjuiciando, que un Árbitro de equidad puede laudar llegando a un resultado incompatible con la solución que resultaría de la aplicación de las normas de derecho material? Si se disuelve una sociedad de capital en equidad en contra de las previsiones de la LSC, tal y como son interpretadas por el supremo exégeta de la ley mercantil -la Sala Primera-, ¿no se está vulnerando el contenido esencial de la libertad de empresa? No parece dudoso que disolver una sociedad en equidad contraviniendo las causas que la Ley prevé al efecto es una decisión que atenta contra la reserva legal de que habla el TC y que, por ello, lesiona el contenido esencial mismo de ese derecho constitucional, que comprende el derecho a permanecer en libertad en la actividad empresarial elegida, salvo causa que reúna dos requisitos: estar prevista en la ley y no atentar por otro motivo añadido contra el contenido esencial de esa libertad: v.gr., por restricción objetivamente injustificada, irrazonable o desproporcionada de la libertad de empresa, entendida en el seno de una economía de mercado.

He de recordar en este punto las palabras exactas de la Sala Primera del TC en la precitada Sentencia 17/2021 (FJ 2º in fine):

"Además, hay que poner de manifiesto, especialmente para supuestos como el ahora enjuiciado, que cuando las partes se someten a un **arbitraje** de equidad, aunque ello no excluya necesariamente la posibilidad de que los árbitros refuercen "su saber y entender" con conocimientos jurídicos, pueden prescindir de las normas jurídicas y recurrir a un razonamiento diferente al que se desprende de su aplicación, porque lo que se resuelve ex aequo et bono debe ser decidido por consideraciones relativas a lo justo o equitativo. Y aquí también debe quedar meridianamente claro que es el tribunal arbitral el único legitimado para optar por la solución que considere más justa y equitativa, teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso, incluso si tal solución es incompatible con la que resultaría de la aplicación de las normas del derecho material". Los énfasis son míos.



Sinceramente creo que ese aserto de la STC 17/2021 tiene que ser susceptible de una interpretación alternativa, que no elimine de facto y contravenga de iure la reserva de Ley que la propia doctrina constitucional establece a la hora de limitar y/o de cercenar el derecho a permanecer en la actividad empresarial iniciada conforme a la Ley, cuya observancia indudablemente forma parte del orden público societario, pues concierne a la entraña misma de esa libertad constitucional reconocida en el art. 38 CE, dentro del Capítulo II de su Título I. La disolución de una sociedad, en este caso mercantil, afecta al contenido esencial de la libertad de empresa en su vertiente subjetiva o de derecho a permanecer en el ejercicio de la actividad empresarial elegida con las únicas restricciones previstas en la Ley y siempre que éstas no menoscaben el contenido esencial de esa libertad. Debe, pues, entenderse esa referencia al juicio de equidad de la STC 17/2021 como no predicable de aquellos casos en que la solución en equidad sea incompatible, en su resultado material, con lo dispuesto en normas imperativas. Respeto a las normas imperativas que es un deber del árbitro que, si incumplido, vulnera el orden público -como, por otra parte, también afirma, sin distinguos ni matices, la propia STC 17/2021, de 15 de febrero, FJ 2º.

Por lo expuesto -y por lo que se dirá - no cabe asimilar la infracción del orden público, como motivo de anulación del laudo, a la mera comisión de una suerte de "error patente" -apreciable sin necesidad de elucubración alguna- en la motivación del Laudo; sin que, como a veces se ha propugnado de forma simplista, quepa oponer a favor de la inexistencia de infracción del orden público que el Tribunal enjuiciador haya de efectuar argumentaciones complejas para su apreciación. Conviene recordar, al menos, dos evidencias: la primera -ya verificada hasta la saciedad-, que la "infracción del orden público" no consiste sólo en uno de los posibles vicios de motivación constitucionalmente relevantes ex art. 24.1 CE; la segunda, que no se debe confundir justificación con explicación: una ignorancia o yerro argumentativo puede ser lógicamente inexcusable, constitutivo incluso de ignorancia elemental, y sin embargo recaer sobre una materia en sí misma compleja, que requiera de explicaciones que pongan en claro lo injustificado de un determinado postulado, argumento o decisión, por su incompatibilidad con preceptos y principios básicos e irrenunciables; preceptos y principios no solo relativos a la observancia de garantías procesales, que sean así concebidos - como básicos e irrenunciables- por la doctrina jurisprudencial de los Tribunales funcionalmente superiores en el ámbito material aquí concernido, de acuerdo con sus respectivas competencias: el Tribunal de Justicia de la Unión, el Tribunal Constitucional y la Sala Primera del Tribunal Supremo.

B) La motivación del laudo, ex art. 24.1 CE, puede infringir el orden público procesal, como causa de anulación; análisis del FJ 7º de la Sentencia mayoritaria y referencia a la jurisprudencia sentada por las SSTC 46/2020, 17/2021, 55/2021 y 65/2021.

1). Llegados a este punto, he de ponderar aquel planteamiento, especialmente enfatizado en el momento presente, que excluye la posibilidad de que la Sala, al conocer de la acción de anulación, pueda incidir en la valoración de la prueba efectuada por los árbitros, revisando el acervo probatorio, al tiempo que también niega, más en general, que el Tribunal de anulación pueda realizar toda suerte de control positivo de la motivación contenida en el laudo.

Hasta el momento, hemos venido diciendo con reiteración lo siguiente:

" (i) Est++a tesis se ha sustentado, en ocasiones, en la premisa de que el Tribunal Constitucional habría proclamado que el derecho a la tutela judicial efectiva no se proyecta sobre el procedimiento arbitral, de lo que se seguiría la conclusión de que sus exigencias de motivación no son trasladables al ámbito del **arbitraje**.

El error en la conclusión trae causa de un entendimiento equivocado de la jurisprudencia constitucional que se considera. Es cierto que el Tribunal Constitucional ha señalado, desde hace décadas -no solo recientemente- que "no puede hacerse derivar la extensión de las garantías del art. 24 CE al proceso arbitral", pero esa afirmación no se puede sacar de contexto. El TC realiza esa aseveración justificando la exclusión del ámbito objetivo del recurso de amparo del laudo mismo, no para excluir, con motivos de anulación apreciables por el Tribunal competente del Poder Judicial, las infracciones de los deberes de motivación constitucionalmente exigibles tanto al dictar sentencia como al laudar, que son a la vez garantía de la interdicción de la arbitrariedad.

En este sentido, con toda claridad, el ATC 179/1991, de 17 de junio (FJ 2), cuando dice:

"... el derecho a la tutela judicial efectiva sin que en ningún caso pueda producirse indefensión que reconoce y consagra el art. 24 de la Constitución se refiere a una actividad jurisdiccional de Jueces y Tribunales, es decir, por los órganos jurisdiccionales del Estado, integrados en el Poder Judicial, habiendo de destacarse, asimismo, que el recurso de amparo constitucional se da contra los actos de los poderes públicos que lesionan derechos fundamentales. Ello significa que si bien los pronunciamientos de los Tribunales de Justicia de las decisiones de los árbitros en los supuestos legalmente previstos pueden ser vulneradores de tal derecho, esto no puede extenderse más allá de los límites que establece el precepto constitucional, pues, aunque pudiera admitirse con algún sector doctrinal que la actividad de los árbitros es una actividad de naturaleza jurisdiccional, en la



medida en que produce efectos de cosa juzgada, de ello no puede hacerse derivar la extensión de las garantías del art. 24 de la Constitución al proceso arbitral ni la ampliación del proceso constitucional de amparo (Cfr. ATC 701/1988). Quiere significarse con ello que quien haya obtenido un laudo arbitral a lo que tiene derecho en el marco del art. 24.1 C.E. es a que aquél sea revisado, y en su caso anulado, por los Tribunales de Justicia por los cauces y con los requisitos legalmente previstos. Y es esta resolución judicial sobre la que recae el control constitucional que ejerce este Tribunal a través del recurso de amparo".

O, con mayor explicitud, si cabe, la STC 9/2005, de 17 de enero, cuando señala (FJ 2):

Es necesario comenzar destacando que, conforme a nuestra reiterada jurisprudencia, el Laudo arbitral no puede ser objeto directo de impugnación por medio del recurso de amparo y que "este Tribunal carece de jurisdicción para enjuiciar el Laudo arbitral en sí mismo considerado, por cuanto, como acto no referible a ningún tipo de poder público (art. 41.2 LOTC), resulta extraño al ámbito y función del proceso constitucional de amparo" (SSTC 176/1996, de 11 de noviembre, FJ 1; 13/1997, de 27 de enero, FJ 2). "Sólo en la medida... en que las supuestas vulneraciones alegadas sean referibles a la actuación del órgano jurisdiccional que conoció del recurso frente al Laudo, estará justificado que este Tribunal enjuicie una eventual lesión del derecho a la tutela judicial efectiva" (STC 176/1996, de 11 de noviembre, FJ 1). El cumplimiento de las exigencias del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión y de las demás garantías contenidas en el art. 24 CE puede ser objeto de examen por este Tribunal a través del recurso de amparo cuando la infracción alegada sea "imputable de modo inmediato y directo a un acto u omisión producido en el proceso judicial en el que han de observarse y son exigibles" dichas garantías, pero trasladar éstas "con el mismo rango de derecho fundamental al procedimiento arbitral para basar en determinadas irregularidades o vicisitudes ocurridas durante su tramitación la nulidad del Laudo... es algo que, en principio, resulta extraño a esta jurisdicción" (STC 13/1997, de 27 de enero, FJ 2).

El **arbitraje** es un "medio heterónimo de arreglo de controversias que se fundamenta en la autonomía de la voluntad de los sujetos privados, lo que constitucionalmente lo vincula con la libertad como valor superior del ordenamiento (art. 1.1 CE)" (STC 176/1996, de 11 de noviembre, FJ 4); y "aquello que, por voluntad expresa de las partes, se defiende al ámbito del proceso arbitral, por esa misma voluntad expresa de las partes queda sustraído al conocimiento del Tribunal Constitucional" (STC 176/1996, de 11 de noviembre, FJ 1) a través de un recurso de amparo en el que se invoquen las garantías del art. 24 CE, cuyas exigencias se dirigen, en principio, a la actividad jurisdiccional estatal (véanse, también, los AATC 701/1988, de 6 de junio, FJ I; y 179/1991, de 17 de junio, FJ 2) y que, con respecto al **arbitraje**, sólo proyecta sus garantías con el carácter de derechos fundamentales a aquellas fases del procedimiento arbitral y a aquellas actuaciones para las cuales la ley prevé la intervención jurisdiccional de los órganos judiciales del Estado, entre las más relevantes, la formalización judicial del **arbitraje** (en estafase se situó el conflicto que dio lugar, por ejemplo, a la STC 233/1988, de 2 de diciembre), el recurso o acción de anulación y la ejecución forzosa del laudo.

Debe concluirse, en consecuencia, que sólo pueden examinarse aquí las vulneraciones alegadas en la demanda de amparo de diversas garantías del art. 24 CE con respecto a la Sentencia de la Audiencia Provincial impugnada, pero no con respecto al Laudo arbitral, que ha de quedar excluido del objeto de este proceso constitucional.

Siendo por lo demás evidente que el Tribunal Constitucional (v.gr., en el propio ATC 231/1994, de 18 de julio, FJ 3) ha puesto especial énfasis en la necesidad de asegurar la fiscalización judicial de los laudos arbitrales, llamados a producir efectos de cosa juzgada, haciendo mención expresa a la necesidad de preservar "las garantías esenciales del procedimiento que a todos asegura el art. 24 CE", así como la corrección del laudo desde la perspectiva del derecho constitucional sustantivo, so pena de infringir el orden público. Asimismo, sin perder de vista que la acción de anulación no es, en efecto, una nueva instancia, señala el TC que "las incorrecciones -del laudo- referidas a materias de legalidad carentes de relevancia constitucional se cohonestan perfectamente con la propia naturaleza contractual del convenio de **arbitraje**, referido siempre a objetos de libre disposición para las partes ". Con esto está diciendo el Tribunal Constitucional, sin lugar a equívocos, lo que hemos reflejado en el apartado precedente y resulta por demás evidente: el ámbito de la acción de anulación trasciende el de la mera constitucionalidad, procesal y sustantiva, del laudo, para concernir también al necesario respecto de lo que es arbitrable y disponible para las partes y para el propio árbitro.

Del mismo modo que el **arbitraje** es un "equivalente jurisdiccional" -idea asentada en la jurisprudencia constitucional durante décadas, en la que el Tribunal Constitucional se ha ratificado reiteradamente en su Sentencia 1/2018, de 11 de enero, y rememora de nuevo en las Sentencias 54/2018, de 24 de mayo, y 102/2018, de 24 de octubre, y más recientemente aún, en los términos que luego veremos, en las SSTC 46/2020, 17/2021, 55/2021 y 65/2021-, el Laudo, correlato de la Sentencia judicial y de eficacia análoga a la misma -con fuerza de cosa juzgada material es, nemine discrepante, un título ejecutivo que se califica como de naturaleza judicial-, tiene unas exigencias de motivación que lo son en garantía de la exclusión de la arbitrariedad tanto para



las partes, como, en sede de fiscalización judicial -donde ya no rige la confidencialidad del arbitraje-, para la confianza legítima de la propia sociedad en el recto proceder de quien juzga o lauda.

Cumple recordar, como hemos hecho en Sentencias precedentes -de las que son exponentes recientes, entre muchas, nuestras Sentencias 46/2019, de 26 de noviembre (roj STSJ M 1278/2019) y 4/2020, de 20 de enero- que sí puede el Tribunal de anulación fiscalizar, desde la perspectiva del control del orden público, la motivación, en general, y la valoración probatoria, en particular, contenidas en el Laudo que pudieran lesionar el art. 24.1 CE. Como también puede el Tribunal de anulación fiscalizar que la motivación del Laudo no vulnera los preceptos sustantivos de la Constitución, ni excede de lo que es arbitrable y disponible para las partes y para el propio árbitro (en tal sentido, STC 46/2020, FJ 4°).

Viene a cuento aquí reseñar -sin pretensión de exhaustividad- los más elementales deberes de motivación, cuya infracción constituiría por sí sola una vulneración del art. 24.1 CE, tal y como aparecen identificados, con especial claridad, por todos, en el Fundamento Jurídico 3 de la emblemática STC 147/1999 -emblemática porque consagra una línea jurisprudencial conteste hasta la fecha, v.gr., SSTC 178/2014, de 3 de noviembre -FJ 3- y 30/2017, de 27 de febrero -FJ 4-, cuando dicen:

"Procede recordar que el derecho a obtener una resolución fundada en Derecho, favorable o adversa, es garantía frente a la arbitrariedad e irrazonabilidad de los poderes públicos (SSTC 131/1990 y 112/1996), y que ello implica, en primer lugar, que la resolución ha de estar motivada, es decir, contener los elementos y razones de juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos que fundamentan la decisión (SSTC 122/1991, 5/1995 y 58/1997). En segundo lugar, que la motivación debe contener una fundamentación en Derecho, esto es, que el fundamento de la decisión sea la aplicación no arbitraria de las normas que se consideren adecuadas al caso, pues tanto si la aplicación de la legalidad es fruto de un error patente, como si fuere 'arbitraria, manifiestamente irrazonada o irrazonable' no podría considerarse fundada en Derecho, dado que la aplicación de la legalidad sería tan sólo una mera apariencia (SSTC 23/1987, fj 3°; 112/1996, fj 2°, y 119/1998, fj 2°)".

En idéntico sentido, las síntesis que de su doctrina hace el Tribunal Constitucional en su S. 101/2015, de 25 de mayo (FJ 4), en la que, con cita de la STC 102/2014, de 23 de junio (FJ 3), afirma lo siguiente:

"Este Tribunal viene expresando reiteradamente que la motivación se integra en el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE y consiste en la expresión de los criterios esenciales de la decisión o, lo que es lo mismo, su ratio decidendi (SSTC 119/2003, de 16 junio; 75/2005, de 4 abril, y 60/2008, de 26 mayo), por lo que se produce infracción constitucional cuando no hay motivación -por carencia total-, o es insuficiente, pues está desprovista de razonabilidad, desconectada con la realidad de lo actuado. Del mismo modo, hemos afirmado que 'la arbitrariedad e irrazonabilidad se producen cuando la motivación es una mera apariencia. Son arbitrarias o irrazonables las resoluciones carentes de razón, dictadas por puro capricho, huérfanas de razones formales o materiales y que, por tanto, resultan mera expresión de voluntad (STC 215/2006, de 3 de julio), o, cuando, aún constatada la existencia formal de la argumentación, el resultado resulte fruto del mero voluntarismo judicial, o exponente de un proceso deductivo irracional o absurdo (STC 248/2006, de 24 de julio) '.

O, como reitera la STC 263/2015, de 14 de diciembre, en su FJ 3:

Es obligado recordar que aun cuando los derechos y garantías previstos en el art. 24 CE ni garantizan la justicia de la decisión o la corrección jurídica de la actuación o interpretación llevada a cabo por los órganos judiciales comunes, pues no existe un derecho al acierto, ni tampoco aseguran la satisfacción de la pretensión de ninguna de las partes del proceso, lo que en todo caso sí aseguran es el derecho a que las pretensiones se desenvuelvan y conozcan en el proceso establecido al efecto, con observancia de las garantías constitucionales que permitan el derecho de defensa, y a que finalice con una resolución fundada en Derecho, la cual podrá ser favorable o adversa a las pretensiones ejercitadas (STC 173/2002, de 9 de octubre, FJ 8). El artículo 24 de la Constitución impone a los órganos judiciales la obligación de dictar resoluciones fundadas en Derecho, no pudiendo considerarse cumplida esta exigencia con la mera emisión de una declaración de voluntad en un sentido u otro, sino que debe ser consecuencia de una exégesis racional del ordenamiento y no fruto de la arbitrariedad. No basta, pues, con obtener una respuesta motivada, sino que, además, ésta ha de tener contenido jurídico y no resultar arbitraria. Y una resolución judicial puede tacharse de arbitraria cuando, aun constatada la existencia formal de una argumentación, la misma no es expresión de la administración de justicia sino simple apariencia de la misma por ser fruto de un mero voluntarismo judicial o expresar un proceso deductivo irracional o absurdo (SSTC 148/1994, de 12 de mayo, FJ 4; 244/1994, de 15 de septiembre, FJ 2; 54/1997, de 17 de marzo, FJ 3; 160/1997, de 2 de octubre, FJ 7, y 173/2002, de 9 de octubre, FJ 6).

Si el desarrollo argumental incurre en quiebras lógicas de tal magnitud que las conclusiones alcanzadas no pueden considerarse basadas en ninguna de las razones aducidas, entonces la lesión del art. 24.1 CE resulta ineluctable (STC 148/2019, FJ 4).



En este punto, no está de más recordar cómo el Tribunal Constitucional atribuye virtualidad lesiva del art. 24.1 CE a aquellos razonamientos contrarios a las reglas de la lógica o incursos en "incoherencia o incongruencia internas", en el sentido que a esa locución otorga el Tribunal Constitucional, v.gr., en sus SS. 25/2006 (FJ 4º) y 172/2009.

También señala, muy ilustrativamente, la STC 206/1999, de 23 de noviembre, que lo determinante es que "la resolución judicial sea el producto de un razonamiento equivocado que no se corresponde con la realidad, por haber incurrido el órgano judicial en un 'error patente' en la determinación y selección del material de hecho o del presupuesto (jurídico) sobre el que se asienta su decisión..." (FJ 2º). En este sentido, desde el punto de vista de la infracción del art. 24.1 CE, confiere especial trascendencia a "la negativa judicial a examinar una cuestión que debería constituir premisa lógica en el proceso racional de formación de la decisión", entre otras, la STC 39/2015, de 2 de marzo (FJ 6). El error patente, la doctrina constitucional es clara, ha de ser "inmediatamente verificable de forma incontrovertible a partir de las actuaciones judiciales y que resulte determinante de la decisión adoptada" (entre otras, SSTC 83/1999, de 10 de mayo, FJ 4; 34/2002, de 11 de febrero, FJ 4; 297/2005, de 21 de noviembre, FJ 3; 30/2017, de 27 de febrero, FJ 5); y 148/2019, de 25 de noviembre (FJ 3).

Cfr., en el mismo sentido que venimos indicando, el FJ 3º in fine de la precitada STC 46/2020, de 15 de junio.

Y sin que tampoco quepa olvidar que esta Sala ha afirmado en alguna ocasión que "no resulta descartable - y así se afirma en la doctrina constitucional - que quepa anular una Sentencia o un Laudo por infracción del orden público al ignorar una doctrina jurisprudencial consolidada, si bien ello dependerá de las circunstancias del caso" -FJ 3º.3 S. 61/2017, de 31 de octubre, en autos de anulación 37/2017 (roj STSJ M 11931/2017) y FJ 4º S. 8/2018, de 13 de febrero (roj STSJ M 1953/2018)-: afirmación hecha en referencia explícita al principio de seguridad jurídica - art. 9.3 CE- y ante la realidad de que, "aunque la doctrina jurisprudencial no es fuente del Derecho en sentido formal - art. 1.6 CC-, sí es completamente cierto que nuestro Ordenamiento ha evolucionado hacia un entendimiento cada vez más acusado de su efecto vinculante sobre los tribunales funcionalmente inferiores -v.gr., STC 37/2012, de 19 de marzo, FJ 7º-, con declaración incluso de vulneración del art. 24.1 CE en determinados casos: v.gr., no está de más traer a colación -además del supuesto analizado por la STC 37/2012-, cómo la propia doctrina del Tribunal Constitucional -con los requisitos que en ella se contienen- anuda la lesión del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE a la ignorancia de postulados claros bien de la normativa de la Unión -principio de primacía en conexión con el de eficacia directa-, bien de la jurisprudencia conteste del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (SSTC 232/2015, 148/2016, 206/2016, 207/2016, 208/2016, 209/2016, 218/2016, 221/2016, 223/2016, 3/2017 y 4/2017). Y ello por no hablar, de nuevo a título de ejemplo, de lo expresamente dispuesto en el art. 5.1 LOPJ respecto de la doctrina del Tribunal Constitucional, y del hecho de que la manifiesta negativa al deber de acatamiento de dicha doctrina por los tribunales confiera especial trascendencia constitucional al recurso de amparo (STC 155/2009)" -FJ 3º in limine de la precitada Sentencia 61/2017 en autos de anulación de Laudo arbitral nº 37/2017.

(ii). En otro orden de consideraciones, refiriéndonos ya al ámbito de nuestro control sobre la valoración de la prueba efectuada por el Árbitro, esta Sala viene diciendo con reiteración -v.gr., recientemente, en las Sentencias 57/2017, de 24 de octubre (FJ 2º, roj STSJ M 11066/2017); 8/2018, de 13 de febrero (FJ 3º.1, roj STSJ M 1953/2018); 10/2018, de 20 de febrero (FJ 4º.1, roj STSJ M 1960/2018); 15/2018, de 5 de abril -FJ 5º, roj STSJ M; 16/2018, de 12 de abril (FJ 5º.1, roj STSJ M 2018/2018; 47/2018, de 11 de diciembre de (FJ 3º.1, en autos de anulación 35/2018, roj STSJ M 13827/2018; 18/2019, de 7 de mayo -roj STS 11332/2019, FJ 2º.B; y 4/2020, de 8 de enero (FJ 3º)- que el análisis de este alegato se ha de efectuar dentro de los límites propios de la acción de anulación, que no es una segunda instancia, de modo que a este Tribunal no le compete volver a valorar la prueba, ni, en consecuencia, sustituir el juicio de hecho efectuado por el Árbitro, que ha presenciado la práctica de la prueba y ponderado el acervo probatorio; por ello, tampoco cobija la acción de anulación pretensiones que no entrañen sino una mera discrepancia con la valoración de la prueba efectuada, razonada y cabalmente, por el Tribunal arbitral. Ello no obstante, también hemos declarado con no menor asiduidad que del ámbito limitado de la acción de anulación no se sigue que el Tribunal no pueda examinar la racionalidad de la ponderación probatoria desde la perspectiva de la infracción del orden público.

En efecto, es conteste la jurisprudencia constitucional y ordinaria que entiende que, en determinadas circunstancias, la valoración del acervo probatorio -explicitada en su motivación- puede lesionar el derecho a la tutela judicial efectiva y, consiguientemente, infringir el orden público. Ya lo apuntábamos en nuestra Sentencia de 24 de junio de 2014, en los siguientes términos (FJ 8): "no puede este Tribunal revisar la valoración probatoria en la que se basa el laudo arbitral ni la acción de nulidad para cuya resolución es competente le facultaría a subsanar eventuales errores en la decisión del árbitro, salvo que dicha valoración fuese expresión de una motivación patentemente lesiva del derecho a la tutela judicial efectiva".

La jurisprudencia se ha cuidado de determinar en qué circunstancias una valoración probatoria conculca el art. 24.1 CE. Así, la Sala Primera del Tribunal Supremo "sólo permite plantear en el recurso (extraordinario por



infracción procesal) la e1Tónea valoración de la prueba, al amparo del art. 469.1.4º LEC, si la efectuada en la sentencia recurrida es arbitraria, ilógica o absurda, en forma suficiente para estimar vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva, o inválida por vulnerar un derecho fundamental" (Acuerdo de 30/11/2011, I, recurso extraordinario por infracción procesal, nº 14, párrafo tercero). Resumen a la perfección la doctrina al respecto de la Sala Primera, los AATS, 1 de 18 de febrero (ROJ ATS 665/2013) y 8 de enero de 2013 (ROJ ATS 157/2013). En palabras de este último (FJ 1.b):

"Es doctrina de esta Sala, como señala la sentencia de esta Sala de 4 diciembre 2007, que «la valoración probatoria sólo puede excepcionalmente tener acceso a la casación mediante un soporte adecuado, bien la existencia de un error patente o arbitrariedad en la valoración de la prueba, en cuanto, según la doctrina constitucional, comporta la infracción del derecho la tutela judicial efectiva (SSTS de 20 de junio de 2006, 17 de julio de 2006), bien la infracción de una norma concreta de prueba que haya sido vulnerada por el juzgador (SSTS de 16 de marzo de 2001, 10 de julio de 2000, 21 de abril y 9 de mayo de 2005, entre otras).

[...]

Solamente cuando se conculque el art. 24.1 de la Constitución por incurrirse en error de hecho palmario, irracionalidad o arbitrariedad (la cual puede darse cuando se desconoce una norma de prueba legal o tasada) cabe la posibilidad de un control a través del recurso extraordinario por infracción procesal al amparo del ordinal 4º del art. 469.1 LEC".

En este mismo sentido, entre muchos, el ATS, 1ª, de 13 de noviembre de 2019 (FJ 3º, roj ATS 11808/2019) y la STS, 1ª, de 29 de octubre de 2013 (FJ 11º, ROJ STS 5358/2013), que reprueba la valoración arbitraria de la prueba, por error patente, arbitrariedad o por infracción de una norma tasada, con la consiguiente conculcación del test de razonabilidad exigible para respetar el art. 24.1 CE, y ello "por haber reputado la Audiencia un hecho como probado sin explicar ni justificar las razones que había tomado en consideración para ello, ante una actividad probatoria manifiestamente insuficiente (emisión unilateral de una factura en que se fija el importe de unos costes que se pretende repercutir), ausente de cualquiera explicación o justificación que permita otorgarle un valor probatorio suficiente al haber sido expresamente cuestionada por la parte contraria".

De nuevo a modo de ejemplo, la STS, 1ª, de 5 de febrero de 2010 (ROJ STS 329/2010) estima ilógica e irrazonable la valoración de la prueba efectuada por el Tribunal a quo "por incurrir en contradicciones internas y rechazar las conclusiones de la prueba pericial por causas incomprensibles" (FJ 5). Como también es posible "invocar el carácter ilógico de una presunción judicial para demostrar la existencia de una valoración de la prueba manifiestamente errónea o arbitraria, al amparo del art. 24 CE" (STS, 1ª, de 23 de febrero de 2010, ROJ 988/2010, FJ 7).

Tampoco está de más enfatizar, porque atañe al caso, que el Tribunal Constitucional ha declarado que la no valoración de prueba obrante en la causa de conformidad con las reglas de la sana crítica puede entrañar una violación del derecho a la tutela judicial efectiva (STC 1071 2019, de 30 de septiembre, FJ 5); y que esta misma Sala, al resolver un caso en el que se trataba de descubrir la real voluntad de las partes al suscribir el contrato, concedió relevancia a la total falta de ponderación de actos coetáneos y posteriores a la firma del Contrato (art. 1.282 del Código Civil); aclarando categóricamente, en sintonía con la doctrina constitucional expuesta, que sí corresponde a esta Sala comprobar si la valoración probatoria que realizó el laudo arbitral no resulta arbitraria por apartarse notoriamente del resultado probatorio o por omitir injustificadamente la evaluación de medios probatorios que resulten trascendentes para la resolución de las cuestiones debatidas - STSJ Madrid 15/2018, de 5 de abril, FJ 5º). Y añadíamos entonces que no se trata de que este Tribunal se pronuncie sobre cuál ha de ser la valoración correcta del acervo probatorio, ni de exigir un análisis exhaustivo de las pruebas practicadas, pero sí de comprobar la racionalidad y la suficiencia de la motivación: el total silencio sobre medios probatorios relevantes desde el punto de vista del orden público español, sin explicación ni justificación alguna, provoca una apariencia de arbitrariedad en el Tribunal arbitral desde el momento en que la ausencia de la valoración de esos medios probatorios impide conocer las razones por las que se desprecia su consideración en una de las cuestiones más importantes debatidas...

Estos criterios sobre los casos en que la valoración de la prueba puede conculcar el art. 24.1 CE y, de este modo, infringir el orden público son concreción de un planteamiento más general formulado por el Tribunal Constitucional en relación con las exigencias constitucionales de motivación de las resoluciones judiciales -concierna esa motivación a lo que concierna, valoración de la prueba, interpretación normativa...-".

2). A las anteriores reflexiones debo añadir otras precisando los parámetros de enjuiciamiento que estimo aplicables, al hilo del texto de la Sentencia que finalmente se aprueba por mayoría. Reflexiones que tienen que ver con la reciente jurisprudencia del Tribunal Constitucional y el modo en que ésta es entendida, como si dicha jurisprudencia fuese incompatible con los anteriores postulados -cuando creo que esos postulados se acomodan perfectamente a ella-, sin perjuicio, claro está, de que este Tribunal -como cualquier otro- pueda



incurrir in casu en un error de apreciación y exceder sus límites de enjuiciamiento, y ser ello corregido -para eso está- por el Tribunal funcionalmente superior.

(i). De nuevo con la debida consideración hacia el criterio de la mayoría he decir que, a mi juicio, la Sentencia no juzga necesario explicar en qué medida los defectos de motivación del Laudo que este Magistrado puso de relieve no son tales, de acuerdo con la doctrina jurisprudencial constitucional y ordinaria. La Sentencia verifica, sí, que el Laudo contiene una fundamentación -que va reseñando-, asevera que no puede ser tachada de absurda y concluye en la validez del Laudo. Lo hace de modo primordial en el FJ 7º, del que destaco su generalidad -verificación formal o externa de la existencia de motivación, que se afirma apoyada en la reciente doctrina del TC. Ejemplo paradigmático de lo que digo es el siguiente introito del FJ 7º:

"No se alega tampoco infracción de los principios que deben regir el procedimiento arbitral, singularmente el derecho a ser oídas las partes, a proponer las pruebas que estimen oportunas en favor de sus respectivas pretensiones y a hacer las pertinentes alegaciones en su defensa, en definitiva, los aspectos que integrarían el orden público como el conjunto de formalidades y principios necesarios de nuestro ordenamiento jurídico procesal (el derecho de defensa, igualdad, bilateralidad, contradicción y prueba).

Se ha practicado prueba, que se relaciona y valora por parte del Árbitro, y en la que se apoya para formular sus conclusiones, por lo que en este aspecto no puede afirmarse que se haya infringido el orden público, máxime cuando la valoración probatoria, en principio, es de la soberanía del árbitro.

A juicio de la Sala, como ya hemos afirmado, no existe falta de motivación, ya sea porque el laudo carezca de ésta -a lo que cabe añadir la que se contiene en la resolución de 25 de mayo de 2017-, ya por una sustantiva insuficiencia, irrazonabilidad o arbitrariedad, lo que por otra parte es afirmado, si se quiere de forma indirecta por la sentencia del Tribunal Constitucional que anula la primigenia resolución dictada por esta Sala.

En este sentido el examen del laudo, pone de manifiesto como el Árbitro ha desarrollado un esquema argumental claro, preciso, secuenciado, de manera que ha ido sentando las premisas a partir de las cuáles pasa a desarrollar las siguientes consideraciones, valoración y conclusiones; de manera razonada y razonable, sin que entre la Sala, dado el alcance del procedimiento en el que nos encontramos, a valorar, a su vez, ni la prueba tenida en cuenta por el tribunal arbitral ni el acierto o desacierto jurídico que se establece.

Así el Laudo desarrolla, a partir de enumerar los distintos medios de prueba propuestos y admitidos, la valoración que le merecen los hechos que declara probados, desde la perspectiva, tal como el propio Árbitro analiza desde el principio, de que su tarea la ha de realizar en equidad, empezando por establecer con contundencia el objeto de la cuestión que ha de resolver (fol.46, último párrafo, 47 a 51).

A los fols. 51 y ss. el Laudo expone el resultado de los distintos medios probatorios practicados ". El resaltado es mío.

Creo indiscutible, en el ámbito del derecho procesal y de la doctrina jurisprudencial conteste tanto civil como penal, que exponer el contenido de los distintos medios de prueba no es valorarlos, es decir, explicitar el discurso lógico que lleva del medio de prueba que se pondera al hecho que se declara probado; exponer el contenido de la prueba de un modo puramente ilativo no es valorarla. Pero es que ni siquiera el Laudo contiene una identificación de los elementos de prueba en que basa su decisión de entender acreditadas las conductas abusivas de D. Gabino como administrador de MAZACRUZ ya sea con respecto a las demás partícipes en esa sociedad limitada, ya en las decisiones relativas a las filiales de MAZACRUZ.

Prueba de lo que digo es que la propia redacción del FJ 7º -el nuclear en este punto- no llega a identificar los hechos abusivos -salvo uno, déficit de información sobre el devenir de las sociedades participadas por MAZACRUZ- y el porqué de que se declaren probados.

La Sentencia parte de una premisa que afirma el Árbitro asumiendo un fragmento de la demanda arbitral:

"Resulta acertada y coincidente con mi criterio basado en la equidad-el resumen de la situación de MAZACRUZ, que se sintetiza en el fol. 152 de la demanda y que supone que los 'propietarios de la mayoría del capital de "Mazacruz "... estén tensionados y asistiendo a situaciones continuadas de abusos de derecho, fraude de ley, imposición a los herederos de permanecer en la indivisión de la herencia, vinculaciones perpetuas, que derivan en litigios continuos y perjuicios a esa mayoría de capital".

A continuación de enunciar esta premisa fáctica, el Árbitro -de ello da cuenta la Sentencia- expresa su obligación de buscar una solución en equidad. De inmediato constata la Sentencia mayoritaria -FJ 7º- dos datos que el Laudo afirma en tres frases:



Que es un acto de autonomía de la voluntad, justo y necesario, que tres socios de Mazacruz reclamen la disolución y liquidación "al estar al borde de la desaparición irreversible de aquel ánimo de mutua confianza y común beneficio que dio causa al contrato de Sociedad".

Que la realidad estructural de Mazacruz está impidiendo a los socios mayoritarios en el capital acceder a lo que ocurre realmente por debajo de "Mazacruz", ya que al no ser socios directos de las participaciones -sic, rectius, participadas- se ven privados ilegítimamente acceder a dichas sociedades.

El foco del problema es la conducta abusiva de D. Gabino como administrador de Mazacruz "sustentada por la estructura de Grupo, vetando información a las Demandantes sobre las participadas -hecho probado- con la justificación formal de que no son socias directas de las participadas -...fraude de ley".

A renglón seguido el Laudo asevera que "la solución es la disolución inmediata y liquidación de Mazacruz disponiendo que la cuota de liquidación correspondiente a cada socio sea proporcional, única y exclusivamente, a su participación en el capital, cualesquiera que sean los derechos políticos de sus participaciones".

Es lo que la Sentencia mayoritaria califica como "descender en el desarrollo argumental", como si el discurso del Laudo se hubiese concretado o fuese a concretarse en argumentos que justificasen las razones de su decisión tanto desde el punto de vista de la concurrencia de una causa de disolución, como desde la perspectiva, previa, de la justificación del juicio de hecho. Muy distintamente, en argumento en buena parte circular -expresivo de una patente petición de principio que hace supuesto de la cuestión-, el Árbitro explica a continuación "los aspectos positivos de su decisión, justa y necesaria" -de ellos también da cuenta la Sentencia-, a saber:

"1. Se pone fin a que "Mazacruz" sea una tenaza que manejada tal como ha quedado probado tiene presos a los propietarios del 72,54 % del capital.

2. Que "Mazacruz" sea un tapón que hace imposible y/o arbitrariamente a cuenta gotas, conocer el estado real del verdadero y tangible patrimonio que está constituido por las sociedades filiales que desarrollan empresas de economía real, mientras que "Mazacruz" es una ficción interpuesta al cobijo de conductas con abusos de derechos y fraude de ley.

3. Acabar formalmente con lo que es una realidad: el contrato societario sobre el que erige la persona jurídica ("Mazacruz") se ha evaporado ya que su causa ha quedado destruida..."Mazacruz", es productora de problemas entre socios y un peligro para las sociedades filiales, que hay que conservar y potenciar.

4. En efecto, las sociedades filiales, patrimonio de "Mazacruz" (mediante participación del 99 % +/-) hay que salvarlas y el mejor procedimiento resolviendo en equidad es que los propietarios sean titulares directos a través de la cuota de liquidación correspondiente a cada socio, proporcional, único y exclusivamente, a su participación actual en el capital de "Mazacruz", cualesquiera que sean los derechos políticos de sus participaciones.

5. Defendemos, así, en equidad la continuidad ordenada de las empresas (complejo de intereses respetables y dignos de protección), administradas ordenada y diligentemente por quienes son propietarios reales, y no a través de una pantalla (inútil e innecesaria) en manos de un minoritario en el capital. Se restablecerá, en equidad, la ecuación capital = mando = riesgo, aniquilándose la inversión actual mando = sin capital = sin riesgo".

La Sentencia no puede avanzar más, pues el Laudo tampoco da más de sí. Fácilmente se advierte que el Árbitro explica por qué considera equitativa la decisión que toma; pero en absoluto subsume esa decisión -habremos reincidente en ello- en una causa legal o estatutaria de disolución, ni explica en virtud de qué elementos de prueba reputa acreditado el comportamiento abusivo de D. Gabino, negando información o actuando, como administrador de MAZACRUZ, en las sociedades filiales de ésta con alguna suerte de ilegalidad. Eso sí, resulta palmariamente claro que el Laudo atribuye buena parte de los males que aquejan a Mazacruz al hecho de que las participaciones de D. Gabino, socio minoritario en el capital de Mazacruz, gocen del derecho de voto quintuple, lo que le permite gobernar la Sociedad desde la minoría de capital. Ese derecho ha sido reconocido por Sentencia firme de la Sala Primera del Tribunal Supremo. El Laudo podrá decir en repetidas ocasiones que acata esa Sentencia, pero lo cierto y verdad es que su juicio se apoya abiertamente en considerar injusto ese Derecho en sí mismo y en su ejercicio pretendidamente abusivo, pero, insisto, sin explicar por qué ese ejercicio del voto múltiple incurre en otro abuso o fraude que no sea el hecho mismo de su valor quintuple, y sin dar razón tampoco de si esa pretendida conducta abusiva puede subsumirse en una causa legal o estatutaria de disolución.

El FJ 7º de la Sentencia -que he reseñado de un modo completo concluye:



"La respuesta dada por el Árbitro, desde el punto de vista externo, es decir sin entrar a valorar el mayor o menor acierto de la misma, en lo que la Sala no puede entrar, cumple suficientemente con el deber de motivación, conforme al canon que ha establecido la sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 15 de febrero de 2021, de la que trae causa la que ahora dicta la Sala, que por otra parte no se revela ni ilógico, ni arbitrario ni absurdo o representativo de una mera apariencia vacua de dicha motivación, por lo que debe ser refrendada por la Sala".

Con el máximo respeto hacia el criterio de la mayoría: ¿qué mayor vacuidad o mera apariencia puede haber en una motivación que dice basarse en un abuso de derecho cuyas premisas fácticas son afirmadas de un modo semejante al *ita ius esto -rectius, ita aequitas esto?* Aun cuando cupiera hacer cuestión aparte -que no cabe de que se ha decretado la disolución de una sociedad mercantil sin causa legal ni estatutaria, con quiebra de la libertad de empresa e infracción del orden público societario, lo cierto y verdad es que no se trata de que esta Sala deba exigir del Árbitro el acierto en su decisión; pero sí debemos demandarle, por imperativo constitucional, que su decisión sea expresión de una genuina motivación, acertada o no, pero en ningún caso arbitraria o fruto de la mera expresión de un acto de voluntad. Abundaré sobre ello en el apartado conclusivo de este voto particular, pero no puedo dejar de preguntarme de nuevo, ¿en qué parte del Laudo se da razón de por qué el Árbitro llega a la convicción de que D. Gabino ha actuado abusivamente y ha incurrido en los concretos actos de abuso de derecho a los que más adelante me referiré?

Como se acaba de ver, para sostener este parecer del FJ 7º -que, v.gr., no desciende al detalle del análisis de la racionalidad de los concretos argumentos del Laudo o de si éste vulnera reglas imperativas-, invoca la Sentencia mayoritaria en el FJ 4º la doctrina del Tribunal Constitucional en sus recientes SSTC 46/2020, 17/2021, de 15 de febrero, y 55/2021 y 65/2021, ambas de 15 de marzo (recursos de amparo 2563/2019 y 976/2020, respectivamente).

Insisto: en el caso, debió analizarse, en concreto, con qué argumentos y en virtud de qué medios de prueba la motivación del Laudo considera acreditados los concretos y precisos hechos abusivos en que basa su decisión de disolver la sociedad; también se debió verificar dónde se encuentra en el propio Laudo la subsunción del abuso de derecho en una causa legal de disolución de la sociedad..., que la Sentencia afirma. Y es que "la óptica de la corrección jurídica" no puede ser obviada cuando están en juego la observancia de reglas y/o de principios imperativos -orden público material-, o cuando se sostienen conclusiones irracionales por sustentarse en doctrina jurisprudencial manifiestamente inaplicable al caso de acuerdo con esa propia doctrina -motivación manifiestamente errada, que vulnera el orden público procesal-, tal y como sucede a mi juicio en el presente caso.

Estas conclusiones que anticipo hacen pertinente desarrollar algunos aspectos dogmáticos en parte ya apuntados a lo largo de este voto particular -y de otros recientemente emitidos- que arrancan de una idea fundamental, del todo sustentada en la doctrina del Tribunal Constitucional: ni de *Constitutione*-doctrina constitucional incluida-, ni de *lege lata*, el control jurisdiccional de la motivación de los Laudos en el seno de la acción de anulación puede hacer caso omiso de las exigencias de motivación demandadas por la Norma Fundamental (art. 24.1 CE), en garantía insoslayable de la interdicción de la arbitrariedad (art. 9.3 CE). Los Tribunales de Justicia, genuinos poderes públicos, infringirían la Constitución por partida doble si no verificasen que el razonamiento de los Laudos, en la interpretación normativa y en la valoración probatoria, no es arbitrario, irrazonable, absurdo, patentemente errado, meramente aparente o inexistente, concerniendo también tales exigencias a la motivación del juicio de hecho, esto es, a la ponderación de la prueba directamente conectada con la *ratio decidendi*.

Da igual cuál sea el origen o la raíz, legal o constitucional, del deber de motivación del Laudo: lo que no es cuestionable -o al menos no lo ha sido hasta la fecha por la jurisprudencia constitucional- es que un Tribunal de Justicia que no repara un déficit de motivación constitucionalmente relevante infringe él mismo el art. 24.1 CE. Y los parámetros de esa verificación jurisdiccional han de ser, a todas luces, los que conforman el contenido esencial del derecho fundamental implicado y, más ampliamente aún, el contenido constitucionalmente declarado de ese derecho fundamental, precepto o principio constitucional concernido -o principio internacionalmente admitido; en esta línea *expressis verbis*, como veremos, la STC 65/2021, FJ 5º.

(ii). Abundando sobre lo que antecede, proceden unas reflexiones sobre la afirmación, esta vez sí, de la reciente doctrina constitucional en relación con el fundamento del deber de motivar al Laudo.

Más allá de que la doctrina sentada por las SSTC 46/2020, 17/2021, 55/2021 y 65/2021 sobre la fiscalización de los Laudos mediante la acción de anulación ha de ser considerada en su integridad y de modo sistemático, de suerte que el control del Tribunal que conoce de la acción de anulación sigue refiriéndose a la salvaguarda, entre otros extremos, de los derechos fundamentales...; más allá de esta realidad, digo, creo oportuno efectuar alguna breve reflexión sobre una afirmación del Tribunal Constitucional, a saber: que el deber de motivación del Laudo no dimana de la Constitución misma ni se integra en un derecho fundamental (art. 24 CE). Es una



obligación de configuración legal, establecida en el art. 3 7.4 LA, de la que bien podría prescindir el legislador sin alterar la naturaleza del sistema arbitral.

Ya he dicho que una cosa es que el Árbitro tenga la obligación de motivar porque se lo impone una Ley, y otra, muy distinta y compatible con la anterior, que, si el orden público comprende la preservación de derechos fundamentales -entre ellos el de tutela judicial efectiva- y de principios y preceptos materiales -v.gr., libertades fundamentales de la Unión, derechos y libertades constitucionales...-, los Tribunales llamados a conocer de la acción de anulación hayan de verificar, so pena de vulnerar ellos sí, en tanto que poderes públicos, esos derechos fundamentales y esos preceptos y principios básicos del Ordenamiento, que la motivación del Laudo no es arbitraria, irracional, absurda, inexistente o mera mente aparente al aplicar el Derecho y/o al valorar la prueba, y que esa misma motivación no infringe normas imperativas de carácter constitucional, del Derecho de la Unión y de nuestro propio ordenamiento interno...; respeto a las normas imperativas que el mismo Tribunal Constitucional reiteradamente integra en la labor de fiscalización al analizar la eventual infracción del orden público, pues su contravención vulnera ese mismo orden público como causa de anulación. Esa labor de fiscalización, realmente efectuada -no verificada de forma quimérica, ilusoria o ficticia resultaría ontológicamente imposible si nuestro control se limitase a constatar la mera existencia de motivación en el Laudo -"que el Laudo contiene razones"-, como en un momento dado dicen las SSTC 17/2021 de 15 de febrero, FJ 2º y 65/2021, de 15 de marzo, FJ 5º -en frase que no puede ser descontextualizada-, esto es, como si tales razones hubiesen de darse por buenas fueran éstas cuales fueren o aunque no mereciesen la consideración de tales por contravenir las reglas de la lógica, por ser arbitrarias, irracionales o meramente aparentes -desconectadas del tema decidendi. Creo evidente que postular una conclusión semejante no resiste el menor análisis sistemático y contextual de la propia Jurisprudencia constitucional, y no digamos de la del TJUE. Y es que, en efecto, el Tribunal Constitucional vierte esa frase en un determinado contexto: cuando precisa que, al igual que sucede con las decisiones judiciales, la salvaguarda del derecho a la tutela judicial efectiva por el Tribunal de anulación no comprende el derecho de la parte al acierto del árbitro; extremo que a su vez ha de cohererse con el criterio de que el árbitro ha de atenerse a la doctrina jurisprudencial propiamente dicha del TC, del TJUE y de la Sala Primera del Tribunal Supremo, en lo concerniente a la observancia de preceptos y principios constitucionales y reglas imperativas, cuya infracción se incluye en el orden público como causa de anulación, de acuerdo con la jurisprudencia de esos Altos Tribunales.

Ahora bien; dicho esto -que desde luego será susceptible de un desarrollo más pormenorizado-, añadiré que, en un primer momento, pensé que la aseveración del Alto Tribunal de que el Legislador podría prever el dictado de Laudos inmotivados era un argumento obiter dicta, y ello por una lisa y llana razón: no podía constituir ratio decidendi de un recurso de amparo donde el objeto debatido partía de la premisa legal de que el Laudo será en todo caso motivado: el Tribunal de anulación se puede exceder en su control de fiscalización, pero desde luego no es ratio decidendi de ese fallo constitucional -en otros reiterado- la afirmación de que la Ley pudiera prever la posibilidad de laudar inmotivadamente.

Sin embargo, tanto si es un argumento a mayor abundamiento como si se quiere conectar ese aserto con el de que el art. 24.1 CE no impone al Legislador el deber de que el Laudo esté motivado -desconectando ese deber de esa raíz constitucional y vinculándolo a la configuración legal de la Ley de Arbitraje-, tengo que dejar constancia de dos reflexiones que me parecen elementales, a saber:

La primera, que las Salas del Tribunal Constitucional no son competentes para pronunciarse en un recurso de amparo sobre la adecuación a la Constitución de enunciados legales y menos aún con carácter hipotético: esa es una competencia del Pleno del Tribunal Constitucional al conocer de recursos de inconstitucionalidad, y del Pleno y de las Salas al resolver las distintas modalidades de cuestiones de inconstitucionalidad [arts. 10.1.b) y c) y art. 55.2 LOTC]. Entiéndaseme bien: por supuesto que las Salas del Tribunal Constitucional gozan de plena libertad para efectuar aseveraciones como la que ahora considero -cabría una Ley que autorizase a laudar inmotivadamente-, pero su reputación como "doctrina constitucional " depende de que esa aseveración sobre la constitucionalidad de una Ley eventual se haga en un proceso constitucional que tenga por objeto una labor de enjuiciamiento en que el Tribunal Constitucional actúe como Juez de la Ley en su adecuación a la Constitución y no solo como Supremo Intérprete de la Constitución (en tal sentido, inequívocamente, el art. 40.2 LOTC). Los Tribunales ordinarios estamos vinculados ex art. 5.1 LOPJ por la interpretación que de la Constitución haga el TC en todo tipo de procesos, pero ese precepto ha de compatibilizarse con la previsión del art. 40.2 LOTC, que se refiere a la interpretación que de la Ley haga el Tribunal Constitucional al juzgar su conformidad o no con la Norma Fundamental -consideración que añadido al FJ 4º de la Sentencia mayoritaria. Vinculación que por lo demás ha de conjugarse con la independencia judicial.

La segunda reflexión es que, en esa tarea de enjuiciamiento -aún no realizada- sobre la constitucionalidad de una ley que previese que se pudiera laudar sin motivar pero con fuerza de cosa juzgada material, inexcusablemente habría que abordar, entre otras, una problemática que no es objeto de análisis en las SSTC



46/2020, 17/2021, 55/2021 y 65/2021: si el **arbitraje** es "un equivalente jurisdiccional", referida esta expresión "especialmente" -lo que indica que no de forma exclusiva-, según recuerda el TC, a que el Laudo tiene los mismos efectos que una Sentencia firme -por eso, nemine discrepante, la doctrina y la LEC lo tratan como un título ejecutivo de carácter judicial, v.gr., arts. 519 y 520 LEC-, si esto es así, digo, habría que examinar si la Constitución consiente que en un conflicto inter privados se conforme un título ejecutivo análogo al judicial sin motivación, es decir, sin posibilidad de control frente a la interdicción de la arbitrariedad que la propia Constitución consagra -art. 9 en conexión con el art. 24.1 CE; ausencia de control dado que, a diferencia de los títulos ejecutivos extrajudiciales, aquí no cabría un proceso declarativo posterior donde juzgar con plenitud, publicidad y transparencia litigios a cuya solución por un tercero independiente se le atribuye, como excepción al principio de exclusividad que informa la Jurisdicción ex art. 117.3 CE, la misma fuerza que si de una Sentencia se tratase.

Esta Sala ha dicho en numerosas de ocasiones que no sería admisible una dispensa del monopolio constitucional del ejercicio de la función jurisdiccional que no respetara exigencias indeclinables, según la propia Constitución, del desempeño lícito de la función jurisdiccional por el Poder Judicial; aserto que hemos predicado, señaladamente, del principio de igualdad, que evita el desequilibrio a favor o en perjuicio de una de las partes, tanto en la designación de los árbitros como en el devenir mismo del procedimiento arbitral v.gr., entre muchas, SSTSJ Madrid 5/2019, de 15 de febrero; 6/2018, de 6 de febrero; 33/2017, de 4 de mayo; 22/2017, de 23 de marzo; 70/2016, de 4 de noviembre; 55/2016, de 19 de julio; 65/2015, de 17 de septiembre; 57/2015, de 21 de julio; 63/2014, de 13 de noviembre; 61/2014, de 12 de noviembre; 52/2014, de 23 de septiembre; 47/2014, de 16 de julio, etcétera. La cuestión ahora suscitada es si la admisibilidad de la dispensa del monopolio constitucional del art. 117.3 CE en que el **arbitraje** consiste atañe también a vicios in iudicando -no solo in procedendo- en que pueda incurrir el árbitro, amén de a todo lo concerniente al orden público material: a mi parecer, la doctrina constitucional emitida, la que se afirma con carácter general sobre el ámbito procesal y material del orden público -la que ratifica que la infracción de normas imperativas está incurso en el art. 41.1.f) LA-, autoriza perfectamente al Tribunal que conoce de la acción de anulación a verificar si el canon de motivación aplicado por el Árbitro satisface las exigencias de interdicción de la arbitrariedad y de tutela efectiva que sí ha de preservar el Tribunal de Justicia para no conculcar la Constitución misma.

Creo en este sentido, a salvo de opinión mejor fundada en Derecho y, por supuesto, del criterio de autoridad que en su día pueda sentar el TC, que la Constitución no permite conferir fuerza de cosa juzgada material a una decisión vinculante para los justiciables, aun sobre materia disponible, pero respecto de la que no fuera posible controlar y salvaguardar la interdicción de la arbitrariedad. Dicho de otra forma: la libertad, que como valor superior del Ordenamiento (art. 1.1 CE en conexión con art. 10 CE) conforma e inspira la institución misma del **Arbitraje**, admite, sí, la renuncia ocasional al derecho de acceso a la Jurisdicción -en locución del TC-, pero no tolera, dada la fuerza de cosa juzgada material del Laudo, dar un paso más y concluir que esa libertad de renuncia in casu a la Jurisdicción acepta y da por buena una decisión que, totalmente análoga en su fuerza y efectos a una Sentencia firme, no gozase, sin embargo, de las garantías constitucionales exigidas a todo Juez en su labor de juzgar; garantías in iudicando de las que es expresión señera el deber de motivar en términos racionales, acordes a las reglas de la lógica -las categorías del juicio son unas y las mismas, creo, para Jueces y Árbitros, sin posible discriminación al respecto (así, v.gr., la Analítica Trascendental-, a postulados elementales de la hermenéutica, sin incurrir en errores patentes, ni en una motivación meramente aparente que, desconectada de lo que las partes suscitan o haciendo caso omiso de ello, conforme la ratio decidendi de un modo arbitrario...

Lo reitero: una cosa es que la titularidad del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) lo sea del justiciable -incluido el Ministerio Fiscal frente a la actuación de los órganos jurisdiccionales en tanto que poderes públicos y otra, muy distinta, que, reconocida la eficacia de cosa juzgada material al Laudo, éste pueda emitirse obviando las exigencias constitucionales de motivación, que son garantías institucionales de la interdicción de la arbitrariedad. Y tan inadmisibles me parecen también, al menos, que se pretendiese que el Tribunal de Justicia llamado a fiscalizar que el laudo no vulnera el orden público, no pueda anularlo cuando su motivación contravenga la Constitución, el Derecho Imperativo de la Unión Europea y/o del ordenamiento civil y mercantil de España, de acuerdo con la propia jurisprudencia del TC, del TJUE y de la Sala Primera del Tribunal Supremo, de conformidad con sus respectivas supremacías exegéticas, constitucional o convencionalmente declaradas. Si tal aconteciese sería el propio Tribunal que enjuicia la demanda de anulación el que infringiría el derecho a la tutela judicial efectiva.

Por eso decía antes que postular una conclusión semejante -limitarse a verificar que el Laudo contiene razones- o permitir que en la práctica la fiscalización sobre el deber de motivación al laudar consista solo en eso, más allá de la proclamación solemne de asertos generales, no resiste el menor análisis sistemático y contextual de la propia Jurisprudencia constitucional, y no digamos de la del TJUE.



(iii). En nada se opone a los postulados que acabo de expresar -antes al contrario, los reafirma- la reciente jurisprudencia del Tribunal Constitucional y, en concreto, las SSTC 17/2021, de 15 de febrero, y 65/2021, de 15 de marzo, que son las que más detenidamente razonan sobre el ámbito de la acción de anulación y la fiscalización jurisdiccional de la motivación de los Laudos, cuya doctrina, como ya he dicho, ha de ser ponderada en su conjunto, no parcialmente ni con cita de frases descontextualizadas.

Es unánimemente aceptado -el Tribunal Constitucional resulta diáfano al respecto y hemos abundado supra sobre ello- que no se puede convertir el orden público como motivo de anulación en una revisión plena -un novum iudicium- del asunto sometido a **arbitraje** imponiendo además al árbitro un indiscriminado deber de acierto en su decisión, aunque sí haya de observar las reglas imperativas. Enfatiza la STC 17/2021 "que si la resolución arbitral no puede tacharse de arbitraria, ilógica absurda o irracional no cabe declarar su nulidad amparándose en la noción de orden público ". En este punto es evidente que el propio TC está aplicando al **arbitraje** su doctrina sobre el llamado "canon de la arbitrariedad", y máxime cuando poco después cita su Sentencia 164/2002 y reconoce que la motivación del Laudo ha de aunar la coherencia formal con la razonabilidad. Se deja claro así, y se dice expresamente, que la fundamentación del Laudo es garantía frente a la arbitrariedad, por más que, al igual que sucede con las Sentencias judiciales, el Laudo no requiera una argumentación exhaustiva y pormenorizada de todos los aspectos y perspectivas que las partes puedan tener de la cuestión que se decide; y ello en consonancia a la vez, claro está, con que la ratio decidendi ha de ser cabal, lógica y suficientemente expresiva, pues "la resolución ha de contener los elementos y razones de juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos o de equidad que fundamentan la decisión, que no deben resultar arbitrarios". Nada que no se haya dicho desde hace tres décadas por el propio TC según hemos constatado.

Llegados a este punto se aborda un aspecto verdaderamente nuclear de la doctrina constitucional -que ya he apuntado supra: en total coherencia con lo que antecede reconoce, acto seguido, la STC 17/2021 que, si bien la semejanza entre las resoluciones judiciales y los laudos arbitrales no es absoluta, "ello no significa que cuando hablamos del deber de motivación de unas y otras no se pueda enjuiciar su cumplimiento comparecido canon de control".

Me he referido ya en este mismo Fundamento a ese "parecido canon de control" -sin que la STC 17/2021 llegue a discriminar de forma expresa en qué consiste la semejanza frente a la identidad-: "semejanza" de parámetros de enjuiciamiento que viene exigida tanto por la mismidad de las reglas de la lógica y de las categorías del juicio, como por el hecho de que el canon de análisis de la suficiencia de motivación es el establecido por la Constitución misma, cuando la Norma Fundamental es la concernida por el thema debatido y por la ratio decidendi del Laudo; además, es evidente que esa suficiencia de motivación puede tener que ser examinada desde el prisma del Derecho Imperativo de la Unión Europea y/o de los demás principios y reglas básicos que conforman el orden público según la doctrina constitucional y de la Sala Primera del Tribunal Supremo.

Sobre este particular la STC 65/2021 aporta un argumento fundamental que precisa el alcance de la precedente STC 17/2021 con una lógica aplastante en realidad, inobjetable-, cuando dice -FJ 5º in fine-: "las posibilidades de control judicial sobre la motivación del Laudo son en cierto modo similares a las que el Tribunal reconoce cuando revisa en amparo las decisiones judiciales ".

No puede ser de otro modo y lo he dicho antes de manera expresa: el Tribunal de anulación tiene que verificar, cuando de respetar la Constitución se trata, que la motivación del Laudo se acomoda al contenido esencial y al contenido constitucionalmente declarado del derecho fundamental y, en su caso, del precepto o del principio constitucional concernido.

Estando implicado el derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de deber de motivación es claro, y así lo reitera el TC, que no somos una tercera instancia, y que hemos de limitarnos a controlar que el Laudo no sea arbitrario, irracional o absurdo y "la razonabilidad del discurso que une la actividad probatoria y el relato fáctico que de ella resulta", es decir, que "el respeto a los derechos y principios de defensa, igualdad, bilateralidad, contradicción y prueba ", comprende también en lo que a esta última se refiere -derecho fundamental a la prueba pertinente-, no solo que no se denieguen indebidamente medios de prueba, sino que los practicados sean valorados por el Árbitro -en el sentido que fuere pero en todo caso de forma racional y no arbitraria-, so pena de reducir a la inanidad ese derecho fundamental... En esta misma línea de pensamiento, la propia STC 17/2021, aun anulando la de esta Sala, concede especial preeminencia al hecho -que afirma sin más detalle- de que "el Árbitro practicó y valoró toda la prueba propuesta " (FJ 3º in fine).

Destaco estos últimos asertos por su importancia en general y por su trascendencia particular para lo que estimo debió ser la decisión del presente caso: fiscalizar si un Laudo vulnera un derecho fundamental, un principio o precepto constitucional y/o normas imperativas del Derecho de la Unión exige ver en qué consisten ese derecho y esas reglas y principios, y cuándo se conculcan de acuerdo con la jurisprudencia constitucional,



del TJUE y/o del TS, pero considerada en concreto, según la ratio decidendi de los casos que resuelve; verificar si un Laudo supera el "canon de la arbitrariedad", más allá de su enunciación general en frases por todos conocidas y de sobra repetidas, exige, verbigracia, aplicar la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre irracionalidad o insuficiencia en la valoración probatoria, sobre libertad de empresa...

(iv).- En estas reflexiones he insistido en lo que me parece una evidencia: la necesidad de que la doctrina constitucional recientemente emitida sea ponderada en su conjunto y contextualmente, no en una literalidad a veces parcial y, por ello, sesgada, que llevaría justamente a desvirtuar, por entendimiento indebido, el efecto vinculante de esa doctrina. Haré referencia a continuación a tres afirmaciones que son relevantes para la decisión del presente caso y que resultan particularmente susceptibles de ser invocadas de forma descontextualizada...

a) En un momento dado, dice la STC 17/2021 "que la acción de anulación no es un mecanismo de control de la correcta aplicación de la jurisprudencia ". Este aserto está emitido en un contexto muy claro: que la acción de anulación no es una nueva instancia revisora de los hechos y el derecho aplicado por el Laudo. Pero ello en el bien entendido de que el control del orden público afecta a lo que afecta: a veces no quedará más remedio, para verificar el ámbito material y procesal del orden público -tal y como ha sido declarado por el propio TC-, que acudir a la Jurisprudencia en sentido estricto (TC, TJUE y TS) para verificar si se ha infringido una norma o un principio imperativos, un derecho fundamental... En este punto, en verdad delicado, una cosa es la independencia de criterio del árbitro -que, como la del Juez, ha de ser respetada- y otra que ese criterio no se acomode ostensiblemente al contenido constitucionalmente declarado de un derecho fundamental, o a la interpretación clara y conteste que del Derecho imperativo de la Unión haga el TJUE, o a la reiterada exégesis suprema de la Ley Civil, Mercantil y Procesal Civil de la Sala Primera cuando define el orden público en el ámbito que le es propio ex art. 123 CE, en cuyos casos ese orden público que es causa de anulación sí puede entenderse conculcado por la contravención de la doctrina jurisprudencial. Digo esto sin perjuicio de que el Árbitro justifique su criterio e incluso razone, ante una eventual acción de anulación, la procedencia de que el Tribunal llamado a conocerla suscite una cuestión prejudicial o una cuestión de inconstitucionalidad, para cuyo planteamiento el Árbitro adolece de legitimación... No entenderlo así, excluir de raíz la verificación de que el Laudo se acomoda a la jurisprudencia que define en cada caso en qué consista el orden público, si se me permite la expresión, creo que sería tanto como intentar la cuadratura del círculo.

Ya he puesto en este voto particular un ejemplo de lo que estoy diciendo particularmente importante para la decisión del presente caso. He recordado más arriba que "tampoco cabe olvidar que esta Sala ha afirmado en alguna ocasión que 'no resulta descartable -y así se afirma en la doctrina constitucional- que quepa anular una Sentencia o un Laudo por infracción del orden público al ignorar una doctrina jurisprudencial consolidada, si bien ello dependerá de las circunstancias del caso' -FJ 3º S. 61/2017, de 31 de octubre, en autos de anulación 37/2017 (roj STSJ M 11931/2017) y FJ 4º S. 8/2018, de 13 de febrero (roj STSJ M 1953/2018)-: afirmación hecha en referencia explícita al principio de seguridad jurídica - art. 9.3 CE- y ante la realidad de que, "aunque la doctrina jurisprudencial no es fuente del Derecho en sentido formal - art. 1.6 CC-, sí es completamente cierto que nuestro Ordenamiento ha evolucionado hacia un entendimiento cada vez más acusado de su efecto vinculante sobre los tribunales funcionalmente inferiores -v.gr., STC 37/2012, de 19 de marzo, FJ 7º-, con declaración incluso de vulneración del art. 24.1 CE en determinados casos: v.gr., no está de más traer a colación -además del supuesto analizado por la STC 37/2012-, cómo la propia doctrina del Tribunal Constitucional -con los requisitos que en ella se contienen- anuda la lesión del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE a la ignorancia de postulados claros bien de la normativa de la Unión -principio de primacía en conexión con el de eficacia directa-, bien de la jurisprudencia conteste del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (SSTC 232/2015, 148/2016, 206/2016, 207/2016, 208/2016, 209/2016, 218/2016, 221/2016, 223/2016, 3/2017 y 4/2017, entre otras)".

A la luz de lo que antecede y dicho a modo de ejemplo -sin pretensión alguna de exhaustividad: parece que sería un entendimiento maximalista y errado de la jurisprudencia constitucional, amén de generador de una insoportable inseguridad jurídica en el ámbito del **arbitraje** nacional e internacional desarrollado en España, estimar que si un Laudo infringe abiertamente la doctrina, clara y estable, del TJUE sobre las reglas estructurales de la libre competencia, de la libertad de establecimiento..., o sobre los derechos irrenunciables de los consumidores y/o de los inversores no profesionales (Directivas MiFid), no se estaría vulnerando el orden público económico de la Unión, como causa de anulación de un Laudo. Y lo mismo cabe decir de la jurisprudencia del TS sobre el orden público societario y/o de la del TC en materia de libertad de empresa...

b) En un momento ulterior, de aplicación al caso más que de enunciación de doctrina general, afirma la STC 17/2021 que "la anulación solo puede referirse a errores in procedendo y no puede conducir a revisar la aplicación del derecho sustantivo por los árbitros" (FJ 3º); ese aserto, es obvio, no puede entenderse de un modo general puesto que está emitido en referencia a las garantías procedimentales de la instancia arbitral



-que el TC menciona acto seguido: es evidente que vicios in iudicando son motivos expresos de anulación en la Ley de Arbitraje (v.gr., la incongruencia omisiva y por extra petitum), así como el déficit de motivación constitucionalmente relevante, tal y como queda reseñado ad nauseam. Añade la STC 17/2021 en este momento de aplicación al caso de su doctrina general que "le está vedado al órgano judicial revisar la prueba realizada por los árbitros o la valoración de la misma" (FJ 3º); dicho sea en el bien entendido, claro está, de que como también afirma el Tribunal Constitucional, esa valoración de la prueba no conculque, por su irracionalidad o arbitrariedad, el derecho mismo a valerse de los medios de prueba pertinentes para la defensa u otro derecho fundamental...

Por lo demás, es igualmente evidente que, en términos puramente dogmáticos, no se puede contraponer vicio in procedendo con la infracción al laudar del orden público material, que es motivo autónomo y distinto de anulación, y que el propio Tribunal Constitucional admite y define, sin que su preservación entrañe "la revisión de la aplicación del Derecho por los Árbitros " que resulta vedada por la jurisprudencia constitucional.

c) La STC 65/2021, cuando abunda en que la motivación de los Laudos no se integra en un derecho fundamental (art. 24.1 CE), sino que es de configuración legal, precisa que "el deber de motivación del Laudo no se integra en el orden público exigido en el art. 24.1 CE"; esta afirmación -ya lo hemos dicho- es perfectamente compatible con que al conocer de la acción de anulación haya de verificarse que esa motivación del Laudo satisface las exigencias constitucionales, so pena de que sea el Tribunal de Justicia el que vulnere el art. 24.1 CE. Por eso dos párrafos después de haber vertido ese aserto la STC 65/2021 establece que "las posibilidades de control judicial sobre la motivación del Laudo son en cierto modo similares a las que el Tribunal Constitucional reconoce cuando revisa en amparo las decisiones judiciales ".

Sin embargo, cuando la STC 65/2021 vincula el deber de motivación del Laudo con el art. 10 CE -aunque su control judicial sea el del art. 24.1 CE-, emite una afirmación cuyo eventual alcance general no acie1io a precisar - reconozco mi limitación al respecto-, a saber: "la motivación del Laudo se ajusta a un parámetro definido en función del art. 10 CE. Este parámetro deberán configurarlo, ante todo, las propias partes sometidas a arbitraje a las que corresponde, al igual que pactan las normas arbitrales, el número de árbitros, la naturaleza del arbitraje o las reglas de la prueba, pactar si el Laudo debe estar motivado (art. 37.4 LA) y en qué términos. En consecuencia, la motivación de los Laudos arbitrales carece de incidencia en el orden público ".

El párrafo transcrito me resulta perfectamente inteligible si se considera, como es lógico, en referencia al precepto que menciona. El art. 37.4 LA establece que "El laudo deberá ser siempre motivado, a menos que se trate de un laudo pronunciado en los términos convenidos por las partes conforme al artículo anterior". A su vez, el art. 36 LA dice:

"1. Si durante las actuaciones arbitrales las partes llegan a un acuerdo que ponga fin total o parcialmente a la controversia, los árbitros darán por terminadas las actuaciones con respecto a los puntos acordados y, si ambas partes lo solicitan y los árbitros no aprecian motivo para oponerse, harán constar ese acuerdo en forma de laudo en los términos convenidos por las partes".

Dicho de otra manera: cuando, pendiente el arbitraje, las partes llegan a una transacción total o parcial sobre materia disponible, es lógico y está previsto legalmente que el acuerdo se pueda plasmar y homologar en un Laudo que es título ejecutivo con fuerza de cosa juzgada material, donde se haga constar lo convenido por las partes, entre lo que se puede incluir la motivación o la razón por la que llegan a ese pacto. Ahora bien; el propio precepto reconoce que el árbitro puede apreciar motivos para oponerse al "Laudo de conformidad", v.gr., porque exista una prohibición legal, o concurren limitaciones legales por razones de interés general o en beneficio de tercero (art. 19 LEC). Es decir: las partes pueden pactar que el Laudo esté motivado y en qué términos en el caso del art. 37.4 LA en conexión con el art. 36.1 LA, y siempre que el Árbitro, que es y debe permanecer independiente e imparcial durante todo el arbitraje (art. 17.1 LA), no se vea en la necesidad de oponerse por las razones expresadas. Es en este exclusivo contexto, y con el matiz reseñado, en el que tiene todo el sentido decir que "la motivación de los Laudos arbitrales carece de incidencia en el orden público".

No puedo empero compartir, por entender que no es tal lo que pretende decir el Tribunal Constitucional, que se quiera dotar a ese párrafo transcrito de la STC 65/2021 de un alcance general desconectado de su referencia expresa y concreta al art. 37.4 LA, que se remite al art. 36 LA. Las partes pueden, desde luego, convenir que el Laudo se dicte en Derecho o en equidad en cuanto a su motivación; han de determinar, por supuesto, el thema decidendi -sin perjuicio de las facultades integradoras que ostenta el árbitro; pueden también fijar el Derecho aplicable y el procedimiento arbitral que tengan por conveniente respetando los principios de audiencia, contradicción e igualdad; pero, en un arbitraje donde no se llega a un Laudo pactado, en modo alguno pueden decirle al Árbitro en qué sentido tiene que resolver y con qué fundamento, pues entonces la independencia del Árbitro sería eliminada como garantía estructural de su estatuto: independencia que es



presupuesto mismo del **Arbitraje**, de que el Árbitro pueda actuar con vocación de irrevocabilidad y de que al Laudo se le pueda conferir fuerza de cosa juzgada material de un modo justificado ex art. 117.3 CE.

C. Parámetros de enjuiciamiento en torno al deber de revelación del Árbitro (art. 17 LA) asumidos por esta Sala, entre otras, en la Sentencia 28/2019, de 12 de septiembre (FJ 3º.1) -roj STSJ M 6983/2019.

Transcribo lo que esta Sala ha dicho sobre el deber de revelación del árbitro, cara al posterior análisis tanto del alegato que el demandante efectúa al respecto -que es el que me parece más relevante de todos los que conciernen directa o mediatamente a la queja de parcialidad del árbitro- como de lo que el parecer mayoritario expresa en el FJ 9º de la Sentencia.

Nuestra Sentencia 28/2019, dice en su FJ 3º. 1 :

<< La observancia del principio de igualdad en la ratificación del convenio arbitral, en el procedimiento de designación de árbitros y, más en general, durante todo el procedimiento arbitral tiene, como una de sus plasmaciones legales, lo dispuesto en la interdicción que establece el art. 17.1 LA, cuando, tras afirmar que "todo árbitro debe ser y permanecer durante el **arbitraje** independiente e imparcial", añade: "En todo caso, no podrá mantener con las partes relación personal, profesional o comercial".

Sobre este enunciado legal esta Sala ya ha señalado en repetidas sentencias (v.gr., -entre muchas, FJ 6º de las SS. 22/2017, de 23 marzo; 33/2017, de 4 de mayo; 15 de febrero de 2019 -procedimiento de nulidad de laudo arbitral 37/2018-; 24/9/2014 en el procedimiento de anulación 15/2014; 13/2015, de 28 de enero, en autos de anulación 20/2014; y S. 70/2016, de 4 de noviembre - roj STSJ M 11933/2016) que la exigencia indeclinable del art. 17.1 LA debe entenderse referida, en todo caso, tanto al momento presente como al momento futuro. De un lado, la Ley quiere destacar que, en el momento de la designación como árbitro, no deben existir ciertas relaciones entre los árbitros y las partes -una o todas- que puedan poner en entredicho las garantías de imparcialidad e independencia. De otro lado, la prohibición no puede dejar de proyectarse pro futuro, de tal modo que las partes no se relacionen extraprocesalmente con el árbitro mientras se desarrolla el procedimiento arbitral y hasta que se dicte el laudo. Tales relaciones podrían dar lugar a sospechas fundadas sobre la imparcialidad e independencia del árbitro; de ahí que, para evitar recusaciones por esos motivos sobrevenidos, el legislador impone el deber de que entre las partes y los árbitros se mantenga la distancia necesaria que requieren las garantías de neutralidad e independencia. Estamos, en efecto, ante una verdadera prohibición: la Ley prohíbe tales relaciones, y si éstas existieran en el momento de la designación -en determinados casos incluso antes- podrían ser alegadas como motivo de recusación y, en su caso, dar lugar a la sustitución del árbitro.

En total coherencia con esa prohibición la Ley establece una obligación correlativa: la obligación de la persona propuesta como árbitro y también del árbitro, a partir de su nombramiento, de "revelar todas las circunstancias que puedan lugar a dudas justificadas sobre su imparcialidad e independencia" (art. 17.2 LA); más aún: el precepto precisa con mayor detalle el alcance de esa obligación para el caso de que el árbitro ya haya sido designado: entonces su deber consiste "en revelar a las partes sin demora cualquier circunstancia sobrevenida ". En suma: el árbitro deberá proporcionar la información que pueda suscitar dudas sobre su imparcialidad o independencia con carácter previo a su aceptación, en la medida en que el art. 17.2 LA expresa claramente que esa obligación recae sobre 'la persona propuesta para ser árbitro'. Pero ese deber se mantiene a lo largo de todo el proceso de **arbitraje**, de manera que el árbitro ya nombrado está obligado a revelar "sin demora" las circunstancias sobrevenidas -o anteriores pero no comunicadas- que pudieran afectar a su imparcialidad e independencia.

También hemos señalado sobre el alcance y contenido del deber de revelación de los árbitros -v de las instituciones arbitrales- que pueden tenerse en cuenta, de un modo puramente indicativo, las causas de abstención previstas en el art. 219 LOPJ para Jueces y Magistrados. No obstante, dada la cláusula abierta del art. 17.3 LA, la Sala también pondera las Directrices de la International Bar Association (IBA) sobre los Conflictos de Intereses en el **Arbitraje** Internacional, adoptadas por Acuerdo del Consejo de la IBA de 23 de octubre de 2014; Directrices que analizan distintas situaciones del deber de revelación del árbitro, y determinan las consecuencias de la infracción de tal deber, aunque ello no presuponga, claro está, la aceptación de tales consecuencias por la Sala, que habrán ser analizadas en cada caso.

Congruentemente, y a título ejemplificativo, la IBA señala distintas situaciones de parcialidad del árbitro - extensibles, como hemos dicho, a las instituciones arbitrales en lo que les sea extrapolable-, que en todo caso deben ser comunicadas, pero que se califican, unas de irrenunciables -por ser expresión del principio *nemo iudex in causa propria*-, y otras que, por el contrario, si expresamente comunicadas, pese a su importancia, podrían ser dispensadas por las partes siempre que esa dispensa constase también de manera explícita. La IBA ejemplifica esas situaciones en que el árbitro -y por extensión la entidad administradora del **arbitraje**- actúan como jueces en causa propia en el denominado listado rojo irrenunciable.



Por lo demás, como esta Sala ya ha establecido, por todas, en su Sentencia nº 56/2013, de 9 de julio (ROJ S TSJ M 8245/2013), "la verificación de la falta de imparcialidad alegada, como la verificación de la vulneración del orden público en que cabe incluirla, debe constatarse "in casu", tal y como enseña, entre otras, la STC 236/97, comprobando la real y efectiva contaminación o eliminación de la imparcialidad objetiva y subjetiva que resulta exigible a los miembros de los órganos decisorios de controversias dentro de una sociedad democrática, así como la efectiva desaparición de esa necesaria apariencia más allá de las meras sospechas o de presunciones basadas en indicios no concluyentes, incapaces de destruir a su vez la presunción de imparcialidad que ha de predicarse de los órganos decisorios, ya sean éstos de naturaleza jurisdiccional, ya integrados en una institución arbitral o que participen de esa naturaleza". Postulado igualmente claro -también lo hemos señalado, v.gr., en la S. 13/2015, de 28 de enero (FJ 3)-, respecto del cuestionamiento de la neutralidad de una Corte de **Arbitraje**, que tiene que sustentarse en razones objetivas, en motivos que, considerados con idéntica objetividad, más allá de las conjeturas o de las meras sospechas, sean aptos para comprometer la debida ecuanimidad de la Corte, atendidas las circunstancias del caso concreto.

Es verdad que el nudo gordiano de la cuestión radica en percatarse de la verdadera naturaleza del deber de revelación instaurado por el art. 17.2 LA. Este precepto solo mediatamente trata de preservar la imparcialidad o la independencia del árbitro y por extensión de la Corte Arbitral; su finalidad directa es otra y más amplia: a modo de "garantía institucional" -en el sentido técnico de la expresión-, busca preservar el riesgo de que el procedimiento arbitral se desarrolle sin las debidas garantías y/o con menoscabo del derecho de las partes a elegir con verdadera libertad a los árbitros y a las Instituciones llamadas a administrar el **arbitraje**: la norma, trasunto casi literal del art. 12.1 de la Ley Modelo Uncitral, se ordena a la salvaguarda de la transparencia en el procedimiento arbitral y a que, a resultas de ella, impere la libertad de las partes, de forma que sea posible tanto recusar con el debido fundamento como rechazar recusaciones infundadas, como que las partes acepten y den por buenas ciertas causas que pudieran propiciar recusaciones siempre que no resulte comprometido el principio de igualdad en la designación de árbitros, y todo ello sobre la base de la adecuada información aportada por el árbitro, de las explicaciones que las partes puedan recabar -art. 17.2, 2º inciso LA- y de la prueba que se pudiera proponer y practicar al respecto en el seno del propio procedimiento arbitral.

Las consideraciones que acabamos de hacer aparecen muy acertadamente reflejadas en la Introducción a las Directrices de 2014 de la IBA, que identifica a la perfección la ratio iuris del art. 17.2 LA, equivalente al art. 12.1 Ley Modelo UNCITRAL, cuando dice: "Hay una tensión, por una parte, entre el derecho que tienen las partes a conocer hechos o circunstancias que puedan dar lugar a dudas sobre la imparcialidad e independencia de un árbitro con el fin de proteger su derecho a un proceso con las garantías debidas, y, por otra, la necesidad de evitar recusaciones innecesarias contra árbitros con el fin de proteger el derecho de las partes a elegir árbitro libremente" -los subrayados son nuestros.

Esta perspectiva de análisis permite enfocar adecuadamente las consecuencias de la infracción del deber de revelación: por supuesto que lo no revelado ha debido ser manifestado v. por esa razón, ha de tener una cierta entidad: la suficiente como para suscitar dudas justificadas sobre la imparcialidad y/o la independencia del árbitro y/o de la Corte; pero hoy no cabe cuestionar -es conteste y reiteradísima la jurisprudencia nacional e internacional sobre la apariencia de imparcialidad- que las dudas no son certezas. v menos certezas que puedan ser apreciadas a posteriori y sin que se haya practicado prueba alguna al respecto.

Abonan esta conclusión algunas consideraciones añadidas sobre el art. 17.2 LA.

En primer lugar, no está de más traer a colación que el art. 17.2 LA instaure un deber de revelación más amplio que el de su precedente, el art. 17.3 LA de 1988, que circunscribía ese deber a aquello que pudiera concernir a los motivos de recusación de los árbitros, que, en sustancia, eran las causas de abstención previstas en el art. 219 LOPJ para los Jueces y Magistrados (art. 17.1 LA de 1988). Es comúnmente admitido que la nueva norma prevé un deber más estricto: el árbitro ha de revelar todo cuanto pueda dar lugar a dudas justificadas... El deber de revelación existe aun cuando el árbitro -o los miembros de la Corte que intervienen en la administración del **arbitraje**- sean y se sientan imparciales e independientes, y existe porque no se trata solo de preservar esas dos garantías esenciales a todo **arbitraje**, a toda decisión jurisdiccional o a ella equivalente; se trata también de salvaguardar la verdadera libertad de las partes en la designación de árbitros y de Cortes, como expresión de la mayor flexibilidad del **arbitraje**, también en este punto, respecto de la Jurisdicción.

Ahora bien, esa mayor libertad discurre en un doble sentido: por un lado, permite a las partes aceptar, en determinados casos, que un Árbitro laude cuando un Juez no podría hacerlo; pero también ha de permitir que la parte interese el apartamiento de un Árbitro -su tacha, tal y como autorizan no pocos Reglamentos, o incluso su recusación- y que se practiquen cuantas pruebas sean necesarias para aceptar o rechazar, con el debido fundamento, la solicitud de apartamiento del Árbitro.

Es admisible, en recta razón, con arreglo a la lógica y al principio de normalidad en la valoración probatoria, lo que afirma la Directriz IBA 3.C) de sus "Normas Generales": "se infiere que un Árbitro que revela ciertos hechos o circunstancias que pudieran generar dudas acerca de su imparcialidad e independencia, se considera a sí mismo independiente e imparcial respecto de las partes, a pesar de haber revelado tales hechos o circunstancias y, por consiguiente, capaz de cumplir con sus deberes de árbitro. De lo contrario el árbitro no habría aceptado la designación desde un principio o habría renunciado".

Ahora bien; al explicar esta "directriz" de nuevo la IBA atiende a la naturaleza jurídica del deber de revelación: "La revelación de hechos no implica la existencia de un conflicto de intereses... El propósito de revelar algún hecho o circunstancia es permitir a las partes juzgar por sí mismas si están o no de acuerdo con el criterio del árbitro -o de la Corte que acepta administrar el **arbitraje**- y, si así lo estiman necesario, averiguar más sobre el asunto...".

No se trata solo de que el árbitro o la Corte no reveladores puedan por ese hecho ser recusado o apartada respectivamente; se trata también, e incluso antes, de que el procedimiento arbitral ha de preservar la libertad de las partes en la designación de árbitros y de instituciones administradoras del **arbitraje** y su real posibilidad de acreditar la verdadera significación de un hecho que pueda suscitar dudas fundadas sobre el árbitro o la Corte a la vista de sus relaciones con una de las partes>>.

A la luz de las precedentes consideraciones y sobre la base de hechos incontrovertidos analizaré, acto seguido, la virtualidad anulatoria de la denuncia de infracción del deber de revelación que suscita la parte demandante.

II. Desarrollo y, en su caso, recapitulación de las razones por las que el Laudo debió ser anulado.

1. La infracción del deber de revelación y las dudas fundadas, de conocimiento sobrevenido, sobre la imparcialidad del Árbitro.

La parte demandante de nulidad aduce, como hecho de posterior conocimiento al dictado del Laudo, que "uno de los Letrados firmantes de la demanda de **arbitraje**, D. Leonardo, es hermano de uno de los Abogados integrantes del Despacho Jiménez de Parga -del que es socio cofundador el Árbitro-, en concreto, hermano de D. Melchor, con despacho profesional en Paseo de la Castellana nº 53 de Madrid, es decir, el designado por el Árbitro como su sede y donde han tenido lugar las reuniones con las partes, sus abogados y la práctica de las pruebas así como la entrega de escritos y documentación, y el lugar donde también presta sus servicios profesionales el Letrado D. Javier López-Cantal Marín, del Despacho Jiménez de Parga, designado por el Árbitro como Secretario suyo en la Orden Procesal nº 1, en una función de auxilio y asistencia al árbitro de todo punto lógica habida cuenta de la complejidad del asunto...".

Entiende el demandante que el árbitro debió haber revelado esta circunstancia desde el primer momento para poder, en su caso, promover su recusación, habiendo privado a las partes de su derecho a esclarecer el alcance de ese hecho no revelado, que puede evidenciar alguna incompatibilidad, conflicto de intereses o circunstancia afectante a las exigidas imparcialidad e independencia. Contrapone su proceder con el del Árbitro inicialmente nombrado, D. Alexander -D. E. P.-, quien expuso en la primera reunión que mantuvo con las partes que uno de los Letrados de la actora, D. Bernardo Cremades, había prologado un libro escrito por el árbitro, lo que no dio lugar, en buena lógica, a ninguna objeción.

Explica también la demanda que las dudas suscitadas por ciertas intervenciones y decisiones del Árbitro en el curso del procedimiento arbitral -v.gr., preguntas al perito D. Balbino cuestionando en términos negativos el hecho de que un minoritario en el capital tenga la mayoría de los derechos de voto, docs. 104 y 105-, y en el dictado mismo del Laudo -v.gr., tildando de artificial y anómala la validación del derecho de voto múltiple por la Sala Primera-, la llevaron a investigar las posibles circunstancias personales y profesionales que pudieran guardar alguna relación con "esa, a nuestro respetuoso juicio, manifiesta falta de imparcialidad". Asevera la actora haber conocido la relación familiar descrita entre los expresados Letrados por mor de un Informe de agencia de detectives de 7.07.2017, que acompaña como doc. nº 106.

Es oportuno consignar estos detalles para expresar, ante todo, que no puedo compartir el parecer mayoritario expresado en el FJ 9º de la Sentencia. En él se reprocha a la parte demandante de anulación tres defectos de su proceder en el seno del **arbitraje**:

Que "podía o debía conocer dicha circunstancia, lo mismo que ahora la pone de manifiesto, pudiendo hacer uso de lo que dispone el último párrafo del mencionado art. 17.2 L A: "En cualquier momento del **arbitraje** cualquiera de las partes podrá pedir a los árbitros la aclaración de sus relaciones con alguna de las otras partes", disposición que, permitiría preguntar al árbitro acerca de la existencia de los denunciados vínculos.



La conducta de la parte demandante resulta incongruente con la realidad de dichas dudas, desde el momento en que no hizo uso, al ser designado el árbitro o durante el procedimiento, si tuvo conocimiento después, de la figura de la recusación -ex art. 17.3 L A.

No basta, tampoco, con la simple afirmación de que la parte tenga dudas sobre la imparcialidad del árbitro, sino se acompaña de algún principio de prueba o indicio suficiente que permita cristalizar esa duda.

Con la debida consideración, el primer reproche hace supuesto de la cuestión: la parte demandante aduce plausiblemente el conocimiento del hecho no revelado con posterioridad al dictado del Laudo; se le reprocha no haber subvenido a una carga de investigación o de indagación ante terceros y ante el Árbitro que nuestro ordenamiento no impone a la parte en el **arbitraje**. La patente quiebra del deber de revelación en que incurrió el árbitro no puede verse excusada por el incumplimiento de un inexistente deber de investigación por la parte.

No se puede convertir el deber de revelación en un deber de investigación -en esta línea nuestra Sentencia 60/2017, FJ 6º. Sin prejuzgar la mayor o menor bondad de una eventual reforma legislativa en tal sentido, lo cierto es que en el estado actual de nuestro Ordenamiento -a diferencia, por ejemplo, del Derecho Suizo- es el árbitro el que tiene el deber de revelar: no asiste a la parte la carga de investigar sobre aquello que el árbitro tiene la obligación de descubrir. En tal sentido la Norma General 7.d) de las Directrices IBA señala que "es deber del árbitro realizar averiguaciones de manera razonable para identificar la existencia de posibles conflictos de intereses y de hechos o circunstancias que razonablemente puedan crear dudas acerca de su imparcialidad e independencia. La omisión de revelar un posible conflicto de intereses no puede ser excusada por desconocimiento de su existencia, cuando el árbitro no haya realizado las averiguaciones correspondientes de manera razonable". Con mayor razón no podrá ser excusada la omisión de la revelación debida cuando cabe presumir que el Árbitro conoce a los Letrados que comparten bufete con él en su sede en Madrid, no tratándose por aquel entonces de un bufete de grandes dimensiones.

Tampoco cabe olvidar -lo destaca con la antedicha Sentencia 60/2017- que existe general anuencia -de la que son expresión las propias Directrices IBA- en que el Árbitro propuesto y, con mayor razón, si es nombrado, debe desplegar una máxima diligencia en la ponderación e investigación de los extremos que debe revelar, habiendo de resolverse cualquier duda que surja acerca de si un árbitro ha de desvelar algún hecho o circunstancia a favor de su revelación -Norma General 3.d) IBA.

Por lo demás, es evidente que mal se puede hacer uso del deber de recusar cuando el hecho en que habría de fundarse el acto recusante es de posterior conocimiento al dictado del Laudo.

En lo tocante al principio de prueba que sustente la duda de parcialidad también me parece claro que el Informe de la agencia de detectives sí acredita una realidad, por nadie negada, que es la expresada relación familiar que precisamente "cristaliza esa duda".

Y en cuanto al fondo de la cuestión quiero traer a colación, a título puramente orientativo, uno de los supuestos que categoriza la IBA -sin ánimo exhaustivo, como no puede ser de otra manera-, y que está inserto en su Listado Rojo Renunciable, aquel "que incluye situaciones serias", pero de menor gravedad que las Listado Rojo Irrenunciable -casos en que el Árbitro actúa como juez de su propia causa. Al decir de la IBA el Listado Rojo Renunciable comprende supuestos en que, pese a su gravedad, podrían ser renunciados por las partes, "pero solo en caso de que las partes, conociendo el conflicto de intereses, explícitamente manifiesten su voluntad de que la persona que han elegido desempeñe las funciones de Árbitro". El supuesto a que me refiero, análogo -no igual- al que aquí concurre, viene descrito en el punto 2.3.3 del Listo Rojo Renunciable:

"Tanto el árbitro con el abogado de una de las partes son abogados del mismo bufete de abogados".

In casu, un hermano de uno de los abogados principales de la actora es Letrado compañero del Árbitro en su mismo bufete. Creo inequívoco que el Árbitro debió revelar esta circunstancia, indudablemente sería, y dar ocasión así a las partes de determinar el verdadero alcance de la relación de los hermanos entre sí, y la de D. Melchor con el propio Árbitro. La revelación del Árbitro hubiera permitido inferir, como dice la propia IBA, que no consideraba que la expresada relación familiar comprometía su imparcialidad -sin que ello signifique descartar la realidad de ese eventual menoscabo; ahora bien, su silencio, indebido, claro que justifica y hace fundadas las dudas al respecto que ahora manifiesta la parte actora.

Aquí se da la circunstancia más grave si cabe, que acentuaba la intensidad del deber de revelación del árbitro, de que las partes no habían tenido la menor intervención previa en su nombramiento, efectuado por este Tribunal por sorteo en un proceso contencioso de designación de Árbitro.

Coincido plenamente con aquel criterio doctrinal -que no he visto, s.e.u.o, contradicho- que afirma que "el Árbitro debe considerar su deber de revelación desde la perspectiva, más estricta, de las partes" (Alonso Puig, J. Mª).



Esta aseveración tiene un hondo calado jurídico y viene muy a cuento en el presente caso, vistas las consideraciones supra efectuadas sobre el sentido y alcance del art. 17.2 LA, que es trasunto del art. 12,1 de la Ley Modelo UNCITRAL.

Hilando con lo que digo: ¿cómo ha de valorar la parte desde su propia perspectiva -que es la que el Árbitro ha de considerar para decidir qué ha de revelar o no- el hecho de que el Árbitro no haya desvelado un dato como el que aquí se examina? ¿Puede inducir a sospecha a posteriori -único momento posible de análisis cuando de no revelación se trata- el hecho de que en su Declaración de Imparcialidad e Independencia el Árbitro nada manifestase sobre la relación de fraternidad entre un Letrado de la actora y otro de su propio bufete? A mi juicio, claramente, sí.

Las precedentes reflexiones, emitidas con la mayor consideración hacia el parecer de la mayoría, tratan de explicar mi discrepancia con algunos de los postulados de la Sentencia, así como mi creencia de que lo que este voto sostiene es totalmente consecuente con precedentes decisiones de esta Sala - como las ya citadas SS. 60/2017 y 28/2019-, amén de coherente con los hechos analizados.

Cierto que ha habido ocasiones -v.gr., SS. 54/2014 y 13/2015- en que la infracción del deber de revelación era totalmente inane al no constar acreditada, ni siquiera indiciariamente, relación alguna del árbitro con las partes intervinientes en el **arbitraje**, o ser ésta tan lateral e inconsistente que no permitía, en recta razón, cuestionar la apariencia de imparcialidad o de independencia del árbitro. En rigor, en casos semejantes no hay quiebra del deber de revelación porque nada hay que revelar. Otras veces hemos manifestado que el Árbitro, de haber concurrido los hechos aducidos por el solicitante de anulación, debería haberlos revelado, pero que, in casu, la prueba practicada no permitía entender acreditados tales hechos - v.gr., en nuestra Sentencia 46/2016.

En este contexto es en el que hemos dicho que no toda infracción del deber de revelación puede llevar a la nulidad del Laudo por quiebra de la debida imparcialidad; en este contexto es en el que hemos señalado que el incumplimiento de la obligación de comunicar a las partes las circunstancias que pudieran dar lugar a dudas sobre su imparcialidad no implica la automática apreciación de pérdida de imparcialidad ni la nulidad del laudo.

Ahora bien; la quiebra del deber de revelación no adquiere relevancia solo si denota, indica o significa objetivamente la falta de imparcialidad o independencia; el art. 17.2 no dice eso sino que conecta el deber de revelación con "las dudas justificadas sobre la imparcialidad e independencia del árbitro": basta la duda justificada sobre la imparcialidad -lo que, por cierto, es incluso más laxo que la "apariencia fundada de parcialidad" - para que el deber de revelación sea tal, y su infracción tenga las consecuencias anulatorias a que he hecho referencia supra, ya sea en aplicación del art. 41.1.f) LA, ya, en su caso, por el cauce del art. 41.1.b) LA.

Si no hemos de reducir a la inoperancia -casi a supuestos de laboratorio un precepto tan importante como es el art. 17.2 LA - art. 12.1 Ley Modelo UNCITRAL-, no debemos, creo, sentar la premisa de que su infracción solo es relevante a efectos anulatorios si, en un juicio de probabilidad efectuado a posteriori y sin práctica de prueba que permita precisar el alcance de lo no revelado -teniendo lo callado entidad indiciariamente demostrativa de que han podido existir relaciones profesionales o personales del Árbitro con una de las partes-, llegamos a la inequívoca conclusión de que lo no revelado compromete la imparcialidad o la independencia del Árbitro. Entiendo, sencillamente, que si lo no desvelado por el Árbitro, dolosa o negligentemente, tiene entidad suficiente para suscitar dudas razonables sobre su ecuanimidad y/o independencia -que no se traduce solo en los eventuales intereses económicos del árbitro-, el procedimiento arbitral no se ha desarrollado con las debidas garantías y el Laudo, así dictado, debe ser anulado, salvo que resulte acreditada la mala fe de la parte recurrente, extremo que aquí no es de apreciar.

2. El Laudo infringe el orden público material: lesiona la libertad de empresa (art. 38 CE) -tal y como es entendida por el propio Tribunal Constitucional- cuando acuerda, "ex aequo et bono", la disolución de una sociedad de capital sin acreditar ni justificar la concurrencia de una causa legal ni estatutaria para ello.

Me remito a lo dicho supra apartado I.A.(2) sobre qué comprende el orden público económico en el ámbito societario y, aunque padezca una brevedad ya maltrecha, reiteraré ahora, por su especial importancia para el caso, parte de lo que allí he argüido sobre este particular.

<<...No solo forman parte del orden público económico los principios jurídicos básicos de la organización político-social y económica a que se refieren los derechos fundamentales y las libertades públicas; en el ámbito societario también se incluyen en el orden público los derechos de los socios que encuentran anclaje constitucional, categoría a la que indudablemente pertenecen, verbigracia, el derecho de propiedad o la libertad de empresa. Por más que pueda ser calificado de obviedad, es necesario reiterarlo: la noción de orden público no se limita estrictamente a los derechos fundamentales y libertades públicas de los artículos 15 a 29 de la Constitución (junto con el principio de igualdad del artículo 14); comprende también derechos y libertades



constitucionales como el derecho de propiedad del art. 33 CE (en tal sentido, *expressis verbis* para el ámbito societario, cfr. STS de 29 de noviembre de 2007 -RJ\2008\32-) y la libertad de empresa (mi. 38 CE).

Quiero detenerme en la constatación de cómo es concebida, en su contenido esencial, la libertad de empresa. A tal fin, no está de más recordar el tenor de los arts. 38 y 53.1 CE:

Art. 38.- Se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación.

Art. 53.1.- Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161, 1, a).

Pues bien, no parece que se pueda negar la directa conexión de la disolución de una sociedad con la restricción grave, por no decir eliminación, del ejercicio de la libertad de empresa. Digo esto porque, a continuación dejaré constancia de qué entiende el Tribunal Constitucional, desde la década de los 80 hasta hoy contestemente, por contenido esencial de la libertad de empresa en sentencias dictadas por el Pleno del TC, esto es, con el especial efecto vinculante que para el propio TC revisten ex arts. 10.1.b) y 13, ambos de la LOTC.

El FJ 3º de la STC (Pleno) 83/1984, de 24 de julio, dice:

"En el art. 38 (no) se reconoce el derecho a acometer cualquier empresa, sino sólo el de iniciar y sostener en libertad la actividad empresarial, cuyo ejercicio está disciplinado por normas de muy distinto orden. La regulación de las distintas actividades empresariales en concreto, no es por tanto una regulación del ejercicio de los derechos constitucionalmente garantizados en el 38. No significa ello, en modo alguno, que las regulaciones limitativas queden entregadas al arbitrio de los reglamentos, pues el principio general de libertad que la Constitución (artículo 1.1) consagra autoriza a los ciudadanos a llevar a cabo todas aquellas actividades que la Ley no prohíba, o cuyo ejercicio no subordine a requisitos o condiciones determinadas y el principio de legalidad (arts. 9.3 y 103.1) impide que la Administración dicte normas sin la suficiente habilitación legal. En unos casos, bastarán para ello las cláusulas generales; en otros, en cambio, las normas reguladoras o limitativas deberán tener, en cuanto tales, rango legal, pero ello no por exigencia de los arts. 35.1 y 38 de la Constitución, sino en razón de otros artículos de la Constitución, que configuran reservas específicas de Ley".

Es particularmente ilustrativo el FJ 5º de la STC (Pleno) 135/2012, de 19 de junio, cuando señala:

Con relación a la libertad de empresa "hay que recordar que el art. 38 del texto constitucional dispone que los poderes públicos garantizan el ejercicio de la libre empresa de acuerdo con las exigencias de la economía general. Dicho mandato debe ser interpretado poniéndolo en relación, primero, con los arts. 128 y 131 CE [SSTC 37/1981, de 16 de noviembre, FJ 2; 111/1983, de 2 de diciembre, FJ 10; y 225/1993, de 8 de julio, FJ 3.b)], viniendo a implicar, fundamentalmente, el derecho a iniciar y sostener una actividad empresarial (STC 83/1984, de 24 de julio, FJ 3) y a hacerlo en libre competencia (SSTC 88/1986, de 1 de julio, FJ 4; y 135/1992, de 5 de octubre, FJ 8), lo que exige, entre otras cosas, la defensa de los empresarios contra prácticas, acuerdos, conductas o actuaciones atentatorias de esa libertad (STC 71/1982, de 30 de noviembre, FJ 15)" (STC 96/2002, de 25 de abril, FJ 11). El derecho a la libertad de empresa, como hemos recogido en la STC 181/2011, de 3 de marzo, no es absoluto e incondicionado sino limitado por la regulación que, de las distintas actividades empresariales en concreto, puedan establecer los poderes públicos, limitaciones que han de venir establecidas por la ley, respetando, en todo caso, el contenido esencial del derecho. Este Tribunal ha resaltado en distintas ocasiones que las actividades empresariales han de ejercerse "con plena sujeción a la normativa sobre ordenación del mercado y de la actividad económica general" [SSTC 225/1993, de 8 de julio, FJ 3 b), y 112/2006, de 5 de abril, FJ 8], o que "la vigencia de la libertad de empresa no resulta constitucionalmente resquebrajada por el hecho de la existencia de limitaciones derivadas de las reglas que disciplinen, proporcionada y razonablemente, el mercado" [SSTC 127/1994, de 5 de mayo, FJ 6 b); y 112/2006, de 5 de abril, FJ 8].

La libertad de empresa, "junto a su dimensión subjetiva, tiene otra objetiva e institucional, en cuanto elemento de un determinado sistema económico, y se ejerce dentro de un marco general configurado por las reglas, tanto estatales como autonómicas, que ordenan la economía de mercado y, entre ellas, las que tutelan los derechos de los consumidores, preservan el medio ambiente, u organizan el urbanismo y una adecuada utilización del territorio por todos" [STC 227/1993, de 9 de julio, FJ 4 e)].

Como dijimos en la STC 88/1986, de 1 de julio (FJ 4) "el reconocimiento de la economía de mercado por la Constitución, como marco obligado de la libertad de empresa, y el compromiso de proteger el ejercicio de ésta -art. 38, inciso segundo- por parte de los poderes públicos supone la necesidad de una actuación específicamente encaminada a defender tales objetivos constitucionales. Y una de las actuaciones que pueden



resultar necesarias es la consistente en evitar aquellas prácticas que puedan afectar o dañar seriamente a un elemento tan decisivo en la economía de mercado como es la concurrencia entre empresas, apareciendo así la defensa de la competencia como una necesaria defensa, y no como una restricción, de la libertad de empresa y de la economía de mercado, que se verían amenazadas por el juego incontrolado de las tendencias naturales de éste".

Ideas reiteradas de forma categórica en la STC (Pleno) 103/2018, de 4 de octubre -FJ 8º-, en los siguientes términos:

"Como declara la STC 89/2017, de 4 de julio, FJ 14, el artículo 38 CE establece 'los límites dentro de los que necesariamente han de moverse los poderes constituidos al adoptar medidas que incidan sobre el sistema económico de nuestra sociedad. El mantenimiento de esos límites... está asegurado por una doble garantía, la de la reserva de ley y la que resulta de la atribución a cada derecho o libertad de un núcleo del que ni siquiera el legislador puede disponer, de un contenido esencial' (STC 3711981, de 16 de noviembre, FJ 2). Lo anterior es compatible con la afirmación del Tribunal en el sentido de que "[e]l derecho a la libertad de empresa no es absoluto e incondicionado sino limitado por la regulación que, de las distintas actividades empresariales en concreto, puedan establecer los poderes públicos, limitaciones que han de venir establecidas por la ley, respetando, en todo caso, el contenido esencial del derecho" (STC 18/2011, de 3 de marzo, FJ 15, y 135/2012, de 19 de junio, FJ 5) y han de estar "derivadas de las reglas que disciplinen, proporcionada y razonablemente, el mercado" (entre otras SSTC 127/1994, de 5 de mayo, FJ 6; 109/2003, de 5 de junio, FJ 15, y 12/2006, de 5 de abril, FJ 8).

El derecho fundamental a la libertad de empresa se ejerce, por tanto, dentro de un marco general configurado por las reglas establecidas por el legislador".

¿Cómo es posible que la STC 17/2015, dictada por una Sala del TC, dé por bueno que un árbitro pueda laudar en equidad sobre un *thema decidendi* que afecta directamente al contenido esencial de la libertad de empresa, y diga, respecto del caso que está enjuiciando, que un Árbitro de equidad puede laudar llegando a un resultado incompatible con la solución que resultaría de la aplicación de las normas de derecho material? Si se disuelve una sociedad de capital en equidad en contra de las previsiones de la LSC, tal y como son interpretadas por el supremo exégeta de la ley mercantil - la Sala Primera-, ¿no se está vulnerando el contenido esencial de la libertad de empresa? No parece dudoso que disolver una sociedad en equidad contraviniendo las causas que la Ley prevé al efecto es una decisión que atenta contra la reserva legal de que habla el TC y que, por ello, lesiona el contenido esencial mismo de ese derecho constitucional, que comprende el derecho a permanecer en libertad en la actividad empresarial elegida, salvo causa que reúna dos requisitos: estar prevista en la ley y no atentar por otro motivo añadido contra el contenido esencial de esa libertad: v.gr., por restricción objetivamente injustificada, irrazonable o desproporcionada de la libertad de empresa, entendida en el seno de una economía de mercado.

He de recordar en este punto las palabras exactas de la Sala Primera del TC en la precitada Sentencia 17/2021 (FJ 2º in fine):

"Además, hay que poner de manifiesto, especialmente para supuestos como el ahora enjuiciado, que cuando las partes se someten a un **arbitraje** de equidad, aunque ello no excluya necesariamente la posibilidad de que los árbitros refuercen "su saber y entender" con conocimientos jurídicos, pueden prescindir de las normas jurídicas y recurrir a un razonamiento diferente al que se desprende de su aplicación, porque lo que se resuelve *ex aequo et bono* debe ser decidido por consideraciones relativas a lo justo o equitativo. Y aquí también debe quedar meridianamente claro que es el tribunal arbitral el único legitimado para optar por la solución que considere más justa y equitativa, teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso, incluso si tal solución es incompatible con la que resultaría de la aplicación de las normas del derecho material". Los énfasis son míos.

Sinceramente creo que ese aserto de la STC 17/2021 tiene que ser susceptible de una interpretación alternativa, que no elimine de facto y contravenga de iure la reserva de Ley que la propia doctrina constitucional establece a la hora de limitar y/o de cercenar el derecho a permanecer en la actividad empresarial iniciada conforme a la Ley, cuya observancia indudablemente forma parte del orden público societario, pues concierne a la entraña misma de esa libertad constitucional reconocida en el art. 38 CE, dentro del Capítulo II de su Título I. La disolución de una sociedad, en este caso mercantil, afecta al contenido esencial de la libertad de empresa en su vertiente subjetiva o de derecho a permanecer en el ejercicio de la actividad empresarial elegida con las únicas restricciones previstas en la Ley y siempre que éstas no menoscaben el contenido esencial de esa libertad. Debe, pues, entenderse esa referencia al juicio de equidad de la STC 17/2021 como no predicable de aquellos casos en que la solución en equidad sea incompatible, en su resultado material, con lo dispuesto en normas imperativas. Respeto a las normas imperativas que es un deber del árbitro que, si incumplido, vulnera



el orden público -como, por otra parte, también afirma, sin distinguos ni matices, la propia STC 1712021, de 15 de febrero, FJ 2º>>. Estas reflexiones enmarcan una conclusión que también me he permitido anticipar, a saber:

Coincido con el FJ 6º de la Sentencia mayoritaria en qué ha de entenderse como integrante del orden público societario, en la línea argüida por nuestra primera Sentencia; también convengo en la conclusión de que la disolución y liquidación de una sociedad sin causa legal o estatutariamente predeterminada sí puede suponer -y, de hecho, supone- una infracción del orden público económico/societario. Por el contrario, creo que el tenor de laudo en modo alguno autoriza a mantener que "el (Árbitro) decreta la disolución y liquidación de Mazacruz por causa asimilable a causa legal -imposibilidad manifiesta de conseguir el fin social art. 363 LSC". No; el Laudo acuerda la disolución de una sociedad de responsabilidad limitada por abuso de derecho de un socio y por pérdida de la "affectio societatis", pero ni dice ni menos aún justifica que ese entendimiento en equidad haya de ser equiparado a las causas legales "de imposibilidad manifiesta de conseguir el fin social o de paralización de los órganos sociales de modo que resulte imposible su funcionamiento" [apdos. c) y d) del art. 363.1 LSC].

Es cierto, además de obvio, que la jurisprudencia admite la disolución de sociedades en las que existen dos socios o dos grupos de socios, como es el caso, enfrentados entre sí; pero esa jurisprudencia en absoluto convierte en causa legal de disolución de una sociedad de capital las meras desavenencias entre los socios ni el abuso de derecho en cuanto tal: son Sentencias en que o la sociedad no estaba en funcionamiento -no tenía actividad-, o éste no era posible -ni en consecuencia se podía cumplir el fin social- por la posición de bloqueo en la adopción de decisiones de uno de los socios o grupos de socios...; circunstancias a todas luces no concurrentes en el caso de la mercantil MAZACRUZ.

Como deja constancia la Sentencia, el Laudo justifica la disolución de la sociedad por la pérdida de affectio societatis, que deja sin causa el contrato y le impide lograr su fin, a lo que une la conducta abusiva de D. Gabino. Cita al efecto en pro de su tesis una única Sentencia de la Sala Primera, la 441/2006 -roj STS 2973/2006-, de la que transcribe el siguiente párrafo:

"...teniendo en cuenta las razones expuestas y las circunstancias concurrentes, no parece que sea posible admitir que la sociedad pueda realizar su fin social, más bien hay una situación de imposibilidad manifiesta, ni tampoco cabe hablar de un normal funcionamiento de una sociedad, sino más bien de una inactividad, e incluso de un bloqueo social, sin que tenga sentido que la disposición o el gravamen respecto del único bien dependa del arbitrio de uno sólo de los socios. Por ello, y en atención a las especiales circunstancias del caso, procede entender que concurren las causas de disolución de la sociedad anónima del art. 260.3ª de la LSA -"imposibilidad manifiesta de realizar el fin social y paralización de los órganos sociales de modo que resulte imposible su funcionamiento".

Esa sola transcripción ya permite vislumbrar la absoluta y patente inaplicabilidad al caso de esa Sentencia, que acuerda la disolución de una sociedad inactiva y bloqueada, lo cual se acomoda perfectamente a la inveterada doctrina jurisprudencial que dice que "el fin social es el ejercicio de la actividad estatutaria para la obtención de beneficios" (STS 16.02.2006). "La imposibilidad manifiesta de conseguir el fin social" de que habla el art. 363.1.c) LSC es evidente que concurre en una sociedad sin actividad y/o que está paralizada en su toma de decisiones. La pregunta es: ¿qué tiene que ver este supuesto legal con lo que acontece en MAZACRUZ, S.L.? Y lo que es más importante todavía: el Laudo calla "las razones expuestas y las circunstancias concurrentes" a que se refiere la Sentencia que cita en el fragmento que transcribe, quizá, por una lisa y llana razón: examinadas esas razones y circunstancias, resulta que el Tribunal Supremo, en esa misma Sentencia, categóricamente advierte que la pérdida de affectio societatis, las meras desavenencias entre los socios por graves que sean, no se constituyen en causa legal de disolución de la sociedad, y que, cuando se adopta la forma societaria, la solución de esas discrepancias entre los socios ha de hacerse desde una única perspectiva de análisis: la de la forma jurídica elegida, en el caso la societaria, debiendo, en consecuencia, verificar si concurre alguna de las causas legales de disolución: imposibilidad manifiesta de realizar el fin social e inactividad e incluso bloqueo social...Acto seguido, la Sala Primera acuerda la disolución por tratarse de una Sociedad Anónima meramente aparente, sin la menor actividad y sin personal laboral alguno.

Pues bien, ¿cómo puede reputarse racional y no arbitraria -hablo ahora de orden público procesal- una motivación que se sustenta en una Sentencia manifiestamente inaplicable al caso que se pretende? Y máxime cuando, en términos de orden público material, tampoco es posible asimilar a una causa legal de disolución la pérdida de la affectio societatis ni el supuesto, como veremos indemostrado, de uso abusivo del voto quintuple por su titular.

Dicho sea a mayor abundamiento: a diferencia de lo que sucede en algunos ordenamientos -como el suizo o el británico-, nuestro Derecho no reconoce como causa de disolución societaria la que se ha dado en denominar doctrinalmente "disolución por justos motivos".



Para que no quepa lugar a la menor duda sobre la realidad de lo que estoy diciendo, transcribo "las razones expuestas y las circunstancias concurrentes", no recogidas por el Laudo, a que se refiere la STS, 1ª 441/2006, FJ 3º:

"Evidentemente unas meras desavenencias entre socios, o incluso una situación de abierta hostilidad entre los mismos, no es razón suficiente sin más para que se pueda entender que concurre una posible causa de disolución de una sociedad anónima, y en tal sentido el juicio de la sentencia impugnada es irreprochable. Sin embargo, en el caso concurren una serie de circunstancias que confieren a la situación una peculiaridad propia. La resolución recurrida no las contempla, pero sí debe hacerlo esta Sala, porque, aun cuando es cierto que la función de la casación excluye del ámbito del conocimiento del Tribunal la "questio facti", sin embargo tal restricción tiene como excepciones los supuestos de que se haya planteado correctamente la denuncia por error en la valoración de la prueba; exista un error notorio o patente; la motivación fáctica padezca de insuficiencia y sea subsanable por el tribunal que esté conociendo del recurso; y, finalmente, cuando la Sala de Casación considere debe hacer uso del mecanismo de integración del "factum", facultad, que aunque excepcional, es admitida por reiterada doctrina casacional en relación con hechos complementarios, no suficientemente explicitados en la resolución recurrida, de constancia necesaria para la decisión judicial y que por no ser controvertidos no exigen una nueva valoración probatoria de la Sala de Casación (S. 3 junio 2.005 y las que cita).

Los datos fácticos que es preciso tomar en cuenta son los siguientes: a) La sociedad demandada Mazabella S.A. tiene sólo dos socios: el aquí demandante-recurrente Dn. Jesús Ángel, titular de un 33'33% del capital social, y el aquí codemandado- recurrido Dn. Juan Ignacio, titular de un 66'67 % de dicho capital; b) Dicha sociedad tiene como único patrimonio inmobiliario una finca recalificada, y no consta que desarrolle actividad alguna en el tráfico, careciendo de personal laboral; c) Los dos socios eran administradores solidarios, pero el socio mayoritario adoptó el "acuerdo" de privar de tal condición al minoritario; d) Entre los dos socios existe una situación de absoluta enemistad, e incluso hostilidad, sin ningún tipo de comunicación; e) La situación de confrontación ha derivado en numerosos litigios entre los socios. El demandante habla de infinidad de procedimientos, y el demandado recurrido menciona en el escrito impugnatorio de la casación, aparte los pleitos laborales, un juicio de mayor cuantía y cuatro Diligencias Penales, de las que tres se iniciaron por denuncia del recurrente y una del recurrido, y en las que se imputan delitos de falsedad y estafa estando todavía dos vigentes al tiempo de dicha impugnación; f) Según el recurrente la sociedad no presenta las cuentas anuales, a lo que se replica por el recurrido que "se habla de la falta de presentación de las cuentas y se omite consignar de contrario los requerimientos del socio mayoritario al recurrente para que entregara la documentación relativa a la gestión social y rindiera cuentas, y otras maniobras e incumplimientos referidos en los autos y en otros procedimientos (el albur del procedimiento urbanístico que tanto se airea en el recurso)"; g) En el escrito de impugnación se aduce que el escrito de recurso omite señalar que el socio minoritario sólo ha desembolsado el 25 % de su participación a pesar de haber sido formalmente requerido para ello"; h) En el escrito de recurso se imputa al consocio Sr. Juan Ignacio que, a causa de su inactividad en el procedimiento urbanístico relativo a la finca -solar recalificado- que constituye el único patrimonio inmobiliario de la sociedad, aquél se encuentra paralizado; e, i) La Junta General Extraordinaria, celebrada previa convocatoria judicial, rechazó la disolución.

La valoración conjunta de los datos expresados revelan que la realidad jurídica existente no es propiamente la de una sociedad anónima, cuya vestidura es una mera apariencia, ni siquiera hay una entidad social meramente patrimonial, sino más bien una comunidad de bienes, la cual tiene como vía judicial de extinción la de la "actio comuni dividundo" (art. 400 CC). Sin embargo, como dicha forma jurídica societaria fue la configurada por los interesados y la tomada en cuenta por los mismos como objeto de controversia, a lo que no obstan las disquisiciones del recurso sobre la realidad jurídica expresada, desde tal perspectiva debe resolverse la litis. Y en este trance, teniendo en cuenta las razones expuestas y las circunstancias concurrentes, no parece que sea posible admitir que la sociedad pueda realizar su fin social, más bien hay una situación de imposibilidad manifiesta, ni tampoco cabe hablar de un normal funcionamiento de una sociedad, sino más bien de una inactividad, e incluso de un bloqueo social, sin que tenga sentido que la disposición o el gravamen respecto del único bien dependa del arbitrio de uno sólo de los socios. Por ello, y en atención a las especiales circunstancias del caso, procede entender que concurren las causas de disolución de la sociedad anónima del art. 260.3ª de la LSA - "imposibilidad manifiesta de realizar el fin social y paralización de los órganos sociales de modo que resulte imposible su funcionamiento"-, por lo que se estiman los motivos segundo y tercero que acusan la infracción de dicho precepto y de los artículos 24.1 de la Constitución Española y 5º de la Ley Orgánica del Poder Judicial".

Los resaltados son míos.



En esta misma línea de pensamiento, recordábamos en la anulada Sentencia 1/2018, de 8 de enero, cómo "La paralización (de la sociedad) puede provenir de diversas circunstancias, y entre ellas el enfrentamiento existente entre los socios que se proyecte sobre las juntas. Esto no significa, según ha puesto de relieve la Jurisprudencia, que el mero enfrentamiento dé lugar a apreciar la causa de disolución, pues ésta no deriva de los conflictos que puedan suscitarse entre los socios, sino de la proyección de esos conflictos en la formación de la voluntad social, de manera que quede paralizada la junta general hasta el extremo de que se encuentre en una situación de bloqueo que aparezca como permanente y definitivo. Por eso la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de marzo de 2011 señala que: 'El que un accionista (el aquí recurrente) pueda impugnar reiteradamente los acuerdos no produce paralización de los órganos, ni imposibilita el funcionamiento de la entidad. De admitirse una tesis tan singular cualquier socio minoritario podría por su voluntad dar lugar a la disolución de la sociedad'.

(...)

Hay que tener en cuenta que la Jurisprudencia, entre otras la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de abril de 2000, en relación a la actuación obstructiva de algún socio, establece lo siguiente: 'Lo resuelto por la sentencia aquí recurrida (en plena coincidencia con la de primer grado) está en total concordancia con la doctrina que, para supuestos similares, tiene proclamada esta Sala (Sentencias de 3 de julio de 1967, 5 de junio de 1978, 25 de julio de 1995), el espíritu de cuya doctrina (aunque dictada para supuestos en que los dos únicos socios tenían iguales participaciones sociales) es igualmente aplicable a aquellos casos en el que, como aquí nos ocupa, aunque las participaciones sociales de los dos únicos socios no sean iguales, la labor obstructiva de uno de ellos, por la patente hostilidad existente entre ambos, impida la adopción de determinados y fundamentales acuerdos sociales para cuya aprobación se exige un «quorum» especial o cualificado (aumento o reducción del capital social, prórroga de la duración de la sociedad, fusión o transformación de la misma, su disolución o modificación de la escritura social), con la consiguiente paralización del funcionamiento de los órganos sociales y la imposibilidad manifiesta de realizar el fin social".

A partir de aquí, no es acertado decir que el Laudo decreta la disolución y liquidación de Mazacruz por causa asimilable a una causa legal - imposibilidad manifiesta de conseguir el fin social art. 363 LSC-. El Laudo no despliega en ningún momento un discurso tendente a acreditar la concurrencia de tal causa legal, ni tampoco pretende resolver en Derecho, de conformidad con las pautas legales, por muy imperativas que sean. El Árbitro invoca como ratio decidendi la equidad, su leal saber y entender, y dice que la pérdida de affectio societatis priva de causa al contrato societario y le impide lograr su fin. Pero esa afirmación en ningún momento trata de expresar ni expresa la concurrencia de la causa legal de disolución consistente en la manifiesta imposibilidad de conseguir el fin social, lo que, por otra parte, en términos jurídicos resulta del todo imposible, visto el tenor de la Ley y la jurisprudencia conteste que la interpreta, contrastados con la realidad, asimismo incontestable, de que MAZACRUZ es una sociedad en funcionamiento, con actividad y beneficios sociales acreditados, con los repartos de dividendos de los que reconocidamente hay constancia en autos. La malas relaciones entre los socios, su desafección por profunda que sea, unida incluso al abuso de derecho en la adopción de acuerdos concretos -por cie1io, o no impugnados o no impugnados con éxito en sede judicial-, nada tiene que ver con la imposibilidad manifiesta y persistente de desarrollar la actividad estatutaria para la obtención de beneficios, que es lo que legalmente define tal causa de disolución; sin que, por supuesto, se invoque la inactividad de la sociedad como razón para decretar su disolución.

El Laudo vulnera el orden público material por disolver en equidad una sociedad de capital sin reconducir el juicio ex aequo et bono a una causa legal de disolución, y, al propio tiempo, infringe el orden público procesal al citar, en apoyo de su tesis, una Sentencia de la Sala Primera, transcrita sesgada y parcialmente, que no solo no sustenta sino que contradice las razones dadas por el Árbitro para acordar la disolución societaria.

3. El Laudo vulnera el orden público procesal por radical déficit de motivación del juicio de hecho que se constituye en causa de la decisión de disolver MAZACRUZ.

Me remito aquí a los parámetros de enjuiciamiento y al comentario del FJ 7º de la Sentencia mayoritaria que he efectuado supra apartado I.B.2 de este voto particular.

Recapitulo, con alguna precisión añadida, las conclusiones allí expresadas al hilo del texto de la Sentencia.

Creo indiscutible, en los ámbitos contestes de la doctrina procesal y jurisprudencial, que exponer el contenido de los distintos medios de prueba no es valorarlos, es decir, explicitar el discurso lógico que lleva del medio de prueba que se pondera al hecho que se declara probado; exponer el contenido de la prueba de un modo puramente ilativo no es valorarla. Pero es que ni siquiera el Laudo contiene una identificación de los elementos de prueba en que basa su decisión de entender acreditadas las conductas abusivas de D. Gabino como administrador de MAZACRUZ ya sea con respecto a las demás partícipes en esa sociedad limitada, ya en las decisiones relativas a las filiales de MAZACRUZ.



Prueba de lo que digo es que la propia redacción del FJ 7º de la Sentencia mayoritaria -el nuclear en este punto- no llega a identificar los hechos abusivos -salvo uno, déficit de información sobre el devenir de las sociedades participadas por MAZACRUZ- y menos aún el porqué de que se declaren probados.

El Árbitro explica por qué considera equitativa la decisión que toma desde una premisa fáctica que como tal premisa acepta a modo de axioma; pero en absoluto subsume esa decisión en una causa legal o estatutaria de disolución, ni explica en virtud de qué elementos de prueba reputa acreditado el comportamiento abusivo de D. Gabino que constantemente afirma, negando información o actuando, como administrador de MAZACRUZ, en las sociedades filiales de ésta con alguna suerte de ilegalidad. Eso sí, resulta palmariamente claro que el Laudo atribuye los males que aquejan a Mazacruz al hecho de que las participaciones de D. Gabino, socio minoritario en el capital de Mazacruz, gocen del derecho de voto quíntuple, lo que le permite gobernar la Sociedad desde la minoría de capital. Ese derecho ha sido reconocido por Sentencia firme de la Sala Primera del Tribunal Supremo. El Laudo podrá decir en repetidas ocasiones que acata esa Sentencia, pero lo cierto y verdad es que su juicio se apoya abiertamente en considerar injusto ese Derecho en sí mismo y en su ejercicio pretendidamente abusivo; pero insisto, sin explicar por qué ese ejercicio del voto múltiple incurre en otro abuso o fraude que no sea el hecho mismo de su valor quíntuple, y sin dar razón tampoco de si esa pretendida conducta abusiva puede subsumirse en una causa legal o estatutaria de disolución -cfr., en tal sentido, con paladina claridad el último párrafo de las págs. 50 y 81 del Laudo.

Con el máximo respeto hacia el criterio de la mayoría: ¿qué mayor vacuidad o mera apariencia puede haber en una motivación que dice basarse en un abuso de derecho cuyas premisas fácticas son afirmadas de un modo semejante al *ita ius esto -rectius, ita aequitas esto?* Aun cuando cupiera hacer cuestión aparte -que no cabe de que se ha decretado la disolución de una sociedad mercantil sin causa legal ni estatutaria, con quiebra de la libertad de empresa e infracción del orden público societario, lo cierto y verdad es que, en el ámbito del orden público procesal, sí creo que debemos exigir, por imperativo constitucional, que la decisión al laudar sea expresión de una genuina motivación, acertada o no, pero en ningún caso arbitraria o fruto de la mera expresión de un acto de voluntad. No puedo dejar de preguntarme de nuevo, ¿en qué parte del Laudo se da razón de por qué el Árbitro llega a la convicción de que D. Gabino ha actuado abusivamente y ha incurrido en los concretos actos de abuso de derecho que el Laudo, de un modo puramente lateral, va dejando caer de cuando en vez, pero sin el menor análisis justificativo de que dichos actos han tenido lugar y, menos aún, de que además reúnen los requisitos jurisprudencialmente consagrados para poder hablar de abuso de derecho?

Hay que tener en cuenta que, en lo referente a la doctrina del abuso de derecho, la jurisprudencia es reiterada al "afirmar que se sustenta en la existencia de unos límites de orden moral, teleológico y social que delimitan el ejercicio de los derechos exigiendo, para ser apreciada, una actuación aparentemente correcta que, no obstante, representa en realidad una extralimitación en el ejercicio del derecho a la que la Ley no ampara o concede cobertura alguna" (v.gr., STS 326/2015, de 17 de junio, ROJ STS 3189/2015, FJ 4). O, como dice la STS 690/2012, de 21 de noviembre (ROJ STS 9190/2012), en síntesis de doctrina jurisprudencial ya clásica (FJ 8): "Esta Sala ha reiterado que para apreciar el abuso del derecho es precisa la concurrencia de los siguientes requisitos: a) el uso de un derecho objetivo y externamente legal; b) daño a un interés, no protegido por una específica prerrogativa jurídica, y c) la inmoralidad o antisocialidad de ese daño, manifestada en forma subjetiva (ejercicio del derecho con intención de dañar, con "*animus nocendi*"), o en forma objetiva (ejercicio anormal del derecho, de modo contrario a los fines económico-sociales del mismo) - sentencias 455/2001, de 16 de mayo, y 722/2010, de 10 de noviembre), ya que, en otro caso, rige la regla "*qui iure suo utitur neminem laedit*" [quien ejercita su derecho no daña a nadie].

No existe una mínima valoración -ni siquiera aparente- del copioso acervo probatorio obrante en la causa que justifique el carácter abusivo de ciertos hechos que, como meros ejemplos, cita el Laudo: el nombramiento como administrador de MAZACRUZ de Paul Participaciones, S.L.; la denegación de información de las sociedades filiales de Mazacruz; las modificaciones estatutarias en las sociedades filiales; y la asfixia económica a que D. Gabino estaría sometiendo a las demandantes, entre las cuales se incluiría la reclamación de un crédito legitimario contra una de sus hermanas...

Se reconduce lo argüido por el Árbitro, en la práctica, a una constante y repetida queja sobre la injusticia moral que supone el ejercicio del voto múltiple por D. Gabino, lo que le ha permitido en los últimos diez años gobernar la sociedad MAZACRUZ -desde que le fue reconocido ese derecho de voto judicialmente con carácter firme.

Concluyo: nuestra Sentencia debió analizar, en concreto, con qué argumentos y en virtud de qué medios de prueba la motivación del Laudo considera acreditados los hechos y su carácter abusivo, que es en lo que el Laudo afirma su decisión de disolver la sociedad; también debimos verificar dónde se encuentra en el propio Laudo la subsunción del abuso de derecho en una causa legal de disolución de la sociedad..., que la Sentencia asevera. Y es que "la óptica de la corrección jurídica" no puede ser obviada cuando están en juego la observancia de reglas y/o de principios imperativos -orden público material-. Como tampoco es



dable ignorar la virtualidad anulatoria de que el Laudo contenga conclusiones irracionales por sustentarse en doctrina jurisprudencial manifiesta mente inaplicable al caso de acuerdo con esa propia doctrina -motivación patentemente errada en la selección de las premisas del razonamiento-; o que, lisa y llanamente, la motivación del juicio de hecho del Laudo no exista o sea meramente aparente, porque ignore el acervo probatorio y prescinda de toda explicación apoyada en él, convirtiéndose en expresión puramente voluntarista de la premisa mayor del silogismo que conduce al fallo; casos estos últimos que son paradigma de la vulneración del orden público procesal, que también concurre, a mi juicio, en el Laudo que es objeto de la presente acción de anulación.

La estimación de la demanda que propongo determina, conforme al artículo 394.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la imposición de costas en este procedimiento a la parte demandada.

Con respeto a la opinión mayoritaria que plasma la Sentencia, ésta debió haber tenido la siguiente parte dispositiva:

FALLAMOS

Que debemos ESTIMAR y ESTIMAMOS la demanda ejercitando la acción de anulación, formulada por la procuradora D^a. MARÍA DEL CARMEN ORTIZ CORNAGO, en nombre y representación de D. Gabino , frente al Laudo de fecha 6 de abril de 2017, con su aclaración y complemento de 25 de mayo de 2017, que dicta el Árbitro D. Lucio , imponiendo las costas causadas en este procedimiento a la parte demandada.

II

Después de haber dejado constancia de mi Voto Particular a la Sentencia de esta Sala 31/2021, de 21 de mayo, espero se percibirá con la debida claridad no ya solo por qué entendí que el Laudo debía ser anulado, sino las razones por las que, a mi juicio, la Sentencia aprobada por mayoría no repara la arbitrariedad de su motivación al tiempo que incurre, a su vez, en déficit argumentativos que, con respeto lo digo, no se compadecen con las exigencias del llamado por el Tribunal Constitucional "canon de la arbitrariedad", que conforma el contenido esencial del derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de derecho a una resolución fundada en Derecho.

Dicho esto no puedo dejar de reparar, de nuevo con la debida consideración, en el reproche que el Auto del que discrepo me hace de modo expreso por haber emitido un Voto Particular a la Sentencia desestimando la nulidad del Laudo de fecha 6 de abril de 2017, con su aclaración y complemento de 25 de mayo de 2017, enjuiciados en esta causa, y no haberlo hecho empero en el momento de dictar la inicial Sentencia de esta Sala en el presente litigio -estimatoria de la demanda de anulación-, posteriormente anulada por el Tribunal Constitucional.

Dice al respecto el Auto -penúltimo párrafo del FJ 3°:

"Cierto es que no podemos obviar la contradicción que supone el que la sentencia inicial fuera votada por unanimidad, sin salvar el criterio discrepante advirtiendo que lo era solo por mayoría o formulando entonces voto particular y que con ocasión del resultado del recurso de amparo, se formule, sin duda legitimamente, un voto particular respecto de los extremos que ya fueron enjuiciados por el primitivo Tribunal. Al Magistrado discrepante le corresponde y así lo hace, justificar su decisión, que podrá ser valorada por las partes ". El énfasis es mío.

Agradezco se me reconozca, como la Ley hace, la legitimidad de formular un voto particular a la Sentencia recaída en esta causa. No acierto a comprender, sin embargo, cómo puede ser contradictorio un voto particular que emito frente a una Sentencia cuyo fallo es diametralmente opuesto al de aquella en su día dictada por esta Sala estimando por unanimidad la pretensión anulatoria del Laudo. Este Magistrado estuvo de acuerdo con el fallo anulatorio entonces recaído; no tenía pues la menor obligación legal, ni ética, de "salvar" un supuesto criterio discrepante, ni de formular un voto eventualmente concurrente precisando conceptos o añadiendo argumentaciones. Esta contradicción que me achaca el Auto de que discrepo es tanto más insostenible cuanto que quienes la hacen ni participaron, ni conocen, ni pueden conocer - dado su carácter secreto- el contenido de las deliberaciones en su día mantenidas por la Sala entonces integrada por la Excm. Sra. D^a. Susana Polo García -quien actuó como Ponente-, por el Excmo. Sr. Presidente de la Sala, D. Francisco Javier Viera Morante, y por quien esto suscribe.

Dicho lo cual, no sé si se puede convenir conmigo en que, dentro de la plena libertad e independencia que ha de informar nuestro quehacer, la emisión de votos particulares debe practicarse con prudencia, cuando la Justicia y la propia convicción lo exijan. En todo caso asumo con sencillez -como ya apunté al inicio del voto particular que he transcrito- que todo es perfectible y más la labor de este Magistrado; si entonces no emití un voto particular concurrente espero ahora no dar lugar a la desidia que se me achaca evitando que, esta vez con



toda razón, pudiera estar justificado tamaño reproche ante mi discrepancia con el fallo y, en parte sustancial, con la fundamentación de la Sentencia cuya nulidad postulo.

III

Frente a la opinión mayoritaria que plasma el Auto, éste debió haber tenido la siguiente parte dispositiva:

FALLAMOS

Que debemos ESTIMAR y ESTIMAMOS el incidente de nulidad formulado por la procuradora D^a. MARÍA DEL CARMEN ORTIZ CORNAGO, en nombre y representación de D. Gabino , frente a la Sentencia de esta Sala 31/2021, de 21 de mayo, que anulamos, con reposición de las actuaciones para el dictado de nueva Sentencia.

No se hace expresa imposición de las costas de este incidente.

En Madrid, a 10 de septiembre de 2021.

Fdo. Jesús María Santos Vijande.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ