



Roj: **STSJ M 5159/2022 - ECLI:ES:TSJM:2022:5159**

Id Cendoj: **28079310012022100136**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **19/04/2022**

Nº de Recurso: **54/2021**

Nº de Resolución: **15/2022**

Procedimiento: **Nulidad laudo arbitral**

Ponente: **JESUS MARIA SANTOS VIJANDE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid

Domicilio: C/ General Castaños, 1 - 28004

Teléfono: 914934850,914934750

31001590

NIG: 28.079.00.2-2021/0461814

Procedimiento ASUNTO CIVIL 54/2021

Nulidad laudo arbitral 37/2021

Materia: Arbitraje

Demandante: GRUPO ALIFRUT SABOR DE LA TIERRA S.L.

PROCURADOR D./Dña. JORGE DELEITO GARCIA

Demandado: COMPAÑIA ESPAÑOLA DE SEGUROS DE CREDITO A LA EXPORTACION SA

PROCURADOR D./Dña. JOAQUIN FANJUL DE ANTONIO

SENTENCIA N° 15 /2022

Excmo. Sr. Presidente:

D. Celso Rodríguez Padrón

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. Francisco José Goyena Salgado

D. Jesús María Santos Vijande

En Madrid, a 19 de abril del dos mil veintidós.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 21 de diciembre de 2021 tuvo entrada en esta Sala la demanda presentada por Lexnet el 17.12.2021, que formula la representación de GRUPO ALIFRUIT SABOR DE LA TIERRA, S.L. -en adelante, ALIFRUIT-, ejercitando, contra COMPAÑÍA ESPAÑOLA DE SEGUROS DE CRÉDITO A LA EXPORTACIÓN, S.A., CÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS, Sociedad Mercantil Estatal (en adelante, CESCE), acción de anulación del Laudo de 20 de octubre de 2021, que dicta el Árbitro D. Antolín Fernández Antuña en el Expediente Arbitral nº 586/2020, administrado por la Corte Española de **Arbitraje**.

SEGUNDO.- Previa atención de los requerimientos efectuados por Diligencias de Ordenación de 21/12/2021, 29/12/2021 y 14/01/2022 se admite a trámite la demanda supra referenciada (Decreto de 25 de enero de 2022).

TERCERO.- Realizado el emplazamiento de la demandada, ésta, representada por el Procurador de los Tribunales D. Joaquín Fanjul de Antonio, presentó contestación a la demanda mediante escrito de fecha 24 de febrero de 2022, registrado en este Tribunal el siguiente día 25.

CUARTO.- Por Diligencia de Ordenación de 1 de marzo de 2022 se tiene por comparecida a la demandada y por contestada en tiempo y forma la demanda, dando traslado de la contestación a la parte demandante para la presentación de documentos adicionales o proposición de prueba ex art. 42 LA.

La actora, mediante escrito presentado el día 17 de marzo de 2022, solicitó que se dé por reproducida la solicitud de prueba evacuada con el escrito de demanda.

QUINTO.- El 18 de marzo de 2022 se da cuenta al Ponente al objeto de analizar los medios de prueba solicitados, la solicitud de vista interesada y proponer a la Sala la resolución correspondiente (Diligencia de Ordenación de 18.03.2022).

SEXTO.- Por Auto de 21 de marzo de 2022 la Sala acordó:

1º. Haber lugar al recibimiento del pleito a prueba.

2º. Admitir y tener por aportada la documental acompañada a los escritos de demanda y de contestación.

3º *Requerir a la CORTE ESPAÑOLA DE **ARBITRAJE** para que, en el plazo de cinco días, remita a esta Sala el Expediente Arbitral nº 586/2020, laudado por el Árbitro D. Antolín Fernández Acuña, acompañando certificación de que lo remitido constituye el referido Expediente en su integridad, debiendo incluir la grabación de la Audiencia celebrada el día 5 de julio de 2021.*

4º. Denegar la demás prueba interesada.

5º. No haber lugar a la celebración de vista pública.

6º. Recibida la documentación recabada, dese cuenta.

SÉPTIMO.- Cumplimentado el anterior requerimiento y recibida en esta Sala la documental recabada el día 31 de marzo de 2022, se señala para el inicio de la deliberación y fallo de la presente causa el día **19de abril de 2022**, fecha en la que tuvieron lugar (DIOR 01/04/2022).

Es Ponente el Ilmo. Sr. D. Jesús María Santos Vijande (DIOR 21/12/2021), quien expresa el parecer mayoritario del Tribunal.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1. Sin perjuicio de las inexcusables precisiones de hecho y de Derecho que se hayan de hacer, cumple dejar constancia de una primera y general referencia al origen, contexto y delimitación, no discutidos, de la controversia sometida a **arbitraje**.

En el desarrollo de su actividad y para dar cobertura a sus ventas en el extranjero ALIFRUIT formalizó con CESCE la Póliza de Seguro CESCE CLASSIC nº 19143/38, con fecha de efecto 1 de abril de 2018, habiendo autorizado la aseguradora clasificación de clientes hasta 150.000 euros. Entre el 20 y el 25 de mayo de 2018 ALIFRUIT sostiene haber formalizado una serie de ventas con la mercantil de nacionalidad francesa SAS LA ROUTE DE NIMES: esas ventas de albaricoque, que fueron las primeras y únicas que habría realizado a este nuevo cliente, se concertaron -al decir de ALIFRUIT- de forma verbal, sin contrato por escrito, y por un importe total de 186.767,56 euros, de los que el cliente pagó las tres primeras facturas a los dos y tres meses y no pagó el resto, dejando un incobrable de 86.640,86 euros (§ 79 del Laudo).

ALIFRUIT defiende en el **arbitraje** que comunicó en tiempo y forma -en el plazo pactado en la póliza- el siniestro a CESCE, la cual procedió a la apertura del siniestro el 19.11.2018; asimismo habría remitido la documentación justificativa de las ventas y la reclamada por CESCE. Al propio tiempo, una vez tuvo conocimiento del concurso de acreedores presentado por LA ROUTE DE NIMES, procedió a comunicar el crédito y su importe al Administrador Concursal judicialmente designado, quien, tras las preceptivas averiguaciones y previo contacto con la concursada, reconoció dicho crédito, reputándolo incobrable; extremos estos últimos también puestos en conocimiento de CESCE.

Por su parte, en apretada síntesis de lo que refleja el § 58 del Laudo), CESCE adujo en el **arbitraje** haber probado plenamente que ALIFRUIT no aportó a la aseguradora la documentación que justificase su derecho a la indemnización, especialmente la relativa a las ventas que dice impagadas -tampoco habría cumplimentado los requerimientos al respecto del Árbitro en el seno del **arbitraje**: no aportó el contrato comercial, ni el pedido en que se estableciesen los términos, condiciones y naturaleza de la venta -precios, si era o no una venta



"en firme" o, por el contrario, "en consignación" y "a resultas", ésta última no objeto de cobertura: en este punto, aduce CESCE cómo la testifical de D^a. Ariadna -Gerente del Grupo Alifruit- demostraría que la actora en ocasiones vende *en consignación y a resultas*, ventas que no son firmes y por tanto no objeto de cobertura por la Póliza suscrita. Tampoco acreditó ALIFRUIT el cumplimiento por su parte de dicho contrato comercial: no aportó la correspondencia comercial con el deudor, ni probó la entrega en firme de la mercancía al deudor, ni que el crédito que afirmaba ostentar frente al deudor se derivase de una venta cubierta por la póliza. Además, CESCE sostuvo que la comunicación del impago se realizó a todas luces fuera del plazo de 60 días establecido en la póliza (art. 6.a) y contraviniendo el plazo máximo de vencimiento de 180 días previsto en el suplemento de clasificación... *Toda la documentación aportada por ALIFRUIT sería de elaboración unilateral, no ratificada por la deudora ...*, con la excepción de la certificación aportada por el Administrador Concursal. Sobre este último particular, CESCE defendió en el **arbitraje** que de esa certificación no se sigue en ningún caso que dicho crédito se corresponda con el comunicado como impago a CESCE, ni que derive de ventas en firme -únicas cubiertas por la póliza-, ni, sobre todo, que se haya dado cumplimiento a las obligaciones, términos y condiciones convencionalmente asumidos para que la aseguradora deba indemnizar el impago que se dice acaecido.

El laudo impugnado resuelve que la reclamante, ALIFRUIT ha incumplido -por las razones expuestas en la Sección VIII del Laudo- las obligaciones y deberes establecidos en la Póliza para el tomador, por lo que no puede ser exigible a la aseguradora prestación indemnizatoria alguna, desestimando íntegramente la petición de ALIFRUIT de condenar a CESCE al abono de las sumas reclamadas, con imposición de las costas del **arbitraje** a la demandante.

2. La actora sustenta su demanda de anulación, en primer lugar, en que el Laudo infringe el orden público [art. 41.1.f) LA] por irracional valoración de la prueba, pues incurre en omisiones y yerros de ponderación del acervo probatorio con relevancia constitucional que convertirían, a su vez, en arbitrario el entendimiento por el Laudo de que ALIFRUIT "ha incumplido su deber para con CESCE de colaboración y aportación de documentación y que no ha cumplido con -rectius, subvenido a- la carga de la prueba de las condiciones para la exigencia de indemnización a la aseguradora" (§ 99), esto es, que no ha acreditado que el impago que dice sufrido lo fuera en términos tales que, de acuerdo con la Póliza suscrita, debiera ser cubierto por CESCE.

En pormenorización de este alegato, postula ALIFRUIT que el Laudo ignora gravemente las reglas de valoración conjunta de la prueba, pues no pondera lo que se contiene en los CMR aportados -solo atiende al hecho de que no están firmados por el cargador; ni repara en los requerimientos efectuados por ALIFRUIT para su firma; ni en los albaranes acompañados con los Documentos C-4 a C-7; ni concede el debido efecto probatorio -"nada dice al respecto" - al hecho, acreditado en el procedimiento arbitral, de que el Administrador Concursal de la empresa francesa deudora -La Route de Nimes- haya reconocido como crédito ordinario del concurso -lamentablemente incobrable por agotarse la masa activa con el pago de los créditos privilegiados-, tras recabar la debida información, el que ostenta ALIFRUIT frente a la concursada por la suma de 86.640,86 euros, que es precisamente la cantidad reclamada a CESCE ante el impago por LA ROUTE DE NIMES de varias facturas derivadas de la venta de albaricoques. Tampoco pondera el Árbitro las declaraciones de D. Luis y D^a. Ariadna ; ni argumenta el Laudo sobre el valor probatorio de la aportación de las facturas NUM000 , NUM001 y NUM002 , con sus correspondientes albaranes y los justificantes de transferencias remitidas por LA ROUTE DE NIMES, que acreditarían que la deudora abonó las tres primeras facturas y dejó de pagar las tres siguientes, cuyo impago constituye el siniestro de que CESCE no se ha hecho cargo.

La ausencia de valoración de la documental y de los testimonios mencionados infringiría el orden público, pues convierte en arbitraria la apreciación del Árbitro de que no existe prueba de que la venta "haya sido en firme y que se realizara en forma verbal".

En segundo término, aduce la actora que el Laudo infringe el orden público por radical déficit de motivación en relación con tres aspectos nucleares debatidos por las partes en el **arbitraje**:

1º) Que la venta se haya acordado con un vencimiento a 180 días, plazo máximo previsto al efecto en el Suplemento de Clasificación;

2º) Que el impago se haya comunicado en plazo a la aseguradora; y

3º) Que, una vez producido el siniestro, ALIFRUIT haya remitido la documentación reclamada por CESCE.

Sobre este particular aduce la demandante que, si bien el Laudo declara el incumplimiento de los dos primeros apartados, nada justifica al respecto: ALIFRUIT comunicó las ventas realizadas el 22 de mayo de 2018 -de acuerdo con el art. 4.4 de la Póliza- y comunicó el siniestro antes de los 180 días a que le autorizaba el Suplemento de Clasificación.



La demandada opone, ante todo -por si se entendiera que hay pretensión de incongruencia omisiva, no asimilable, obvio es decirlo, al déficit de motivación-, que ALIFRUIT no solicitó complemento alguno del Laudo -art. 39.1 LA y art. 52 RCEA.

A partir de aquí considera CESCE que la demanda arbitral lo que en realidad pretende, subvirtiendo el ámbito propio de la acción de anulación - SSTC 46/2020, 17/2021 y 65/2021-, es una revisión del juicio de fondo, intentado que esta Sala verifique una nueva valoración probatoria, frente a un Laudo que ha motivado, con imparcialidad, completitud y sin arbitrariedad de ningún tipo las razones por las que entiende que CESCE, de acuerdo con la Póliza suscrita entre las partes, no tiene que hacerse cargo del riesgo derivado de las relaciones mercantiles en el caso controvertidas, habida cuenta de que ALIFRUIT no habría acreditado hechos constitutivos de su acción, constando por el contrario demostrados hechos impeditivos de la misma. CESCE reproduce en apoyo de este postulado los §§ 63 a 99 del Laudo. Concluye en el sentido de que no cabe apreciar infracción alguna del orden público cuando en el devenir del **arbitraje** no ha existido ningún error *in procedendo*, ni el Laudo evidencia el menor yerro fáctico, y menos manifiesto y notorio.

SEGUNDO.- El análisis de estos alegatos ha de efectuarse confrontando la argumentación con los parámetros que han de regir nuestro enjuiciamiento, sin exceder del ámbito propio de la acción de anulación.

1. Criterios de enjuiciamiento .-

A.- Una Jurisprudencia constante, ya clásica, nacida en el seno de las Audiencias Provinciales cuando ostentaban la competencia para conocer de cuestiones como la que hoy nos ocupa, y aquilatada por el Tribunal Supremo en sucesivas sentencias, vino desarrollando el concepto jurídico indeterminado en que consiste el orden público, tanto en su vertiente material como desde el enfoque procesal.

Si la primera vertiente se relaciona directamente con la infracción de los derechos y libertades fundamentales contemplados en la Constitución, el orden público procesal se centra en los derechos que proyecta el artículo 24 del texto fundamental y la tutela efectiva. El **arbitraje**, no por su condición de institución sustitutiva del proceso judicial puede obviar el cumplimiento de las garantías esenciales que la Constitución reconoce en el ámbito citado. El carácter flexible del procedimiento arbitral no puede desligarse, por ejemplo, de la consecuencia de cosa juzgada que resulta inherente al laudo que le pone fin de acuerdo con lo establecido en el artículo 43 de la Ley de **Arbitraje**.

Desarrollando estos conceptos, esta misma Sala de lo Civil y Penal, entre otras muchas en las Sentencias ya citadas, vino a resumir cuanto dijo en pronunciamientos anteriores (por ejemplo SS de 6 de noviembre de 2013 -Acción de anulación 5/2013; 13 febrero de 2.013 - Acción de anulación 31/2012; y 23 mayo de 2.012 - Acción de anulación 12/2011), en los siguientes términos: "*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 (STC 54/1989, de 23-2), y por ende, a los efectos previstos en el citado artículo, debe considerarse contrario al orden público, aquel Laudo que vulnere los derechos y libertades fundamentales reconocidos en el Capítulo II, Título I de la Constitución, garantizados a través de lo dispuesto en términos de generalidad en el artículo 24 de la misma, incluyendo la arbitrariedad patente referida en el art. 9.3 de la Constitución, y desde luego, quedando fuera de éste concepto la posible justicia del Laudo, las deficiencias del fallo o el modo más o menos acertado de resolver la cuestión*".

B.- Las Sentencias del Tribunal Constitucional 46/2020, de 15 de junio, 17/2021, de 15 de febrero, y 65/2021, de 15 de marzo, han incidido con especial rigor en la correcta delimitación del concepto de orden público, en clara doctrina contraria a su entendimiento expansivo. Resulta innecesario recordar que con arreglo a estos criterios es como debe llevarse a la práctica la interpretación del ordenamiento jurídico a la luz del expreso mandato contenido en el artículo 5.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Muy sintéticamente, recordaremos que con arreglo a esta jurisprudencia constitucional, el ámbito de revisión jurisdiccional de los laudos arbitrales resulta ciertamente limitado, pudiendo leer, como parámetros esenciales de referencia, en este momento inicial, y sin perjuicio de ulteriores precisiones específicas, las siguientes consideraciones:

- La STC 17/2021, de 15 de febrero, dice que "*la acción de anulación, por consiguiente, solo puede tener como objeto el análisis de los posibles errores procesales en que haya podido incurrir el proceso arbitral, referidos al cumplimiento de las garantías fundamentales, como lo son, por ejemplo, el derecho de defensa, igualdad, bilateralidad, contradicción y prueba, o cuando el laudo carezca de motivación, sea incongruente, infrinja normas legales imperativas o vulnere la intangibilidad de una resolución firme anterior*".

- La misma STC 17/2021 añade que "*debe quedar, por tanto, firme la idea de que el motivo previsto en el apartado 1, letra f) del art. 41 LA no permite sustituir el criterio alcanzado por el árbitro por parte de los jueces*



que conocen de la anulación del laudo, así como que la noción de orden público no puede ser tomada como un cajón de sastre o puerta falsa..."

- Ya que el motivo que ahora resolvemos ataca la motivación del laudo hemos de resaltar que, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional que venimos invocando, este concepto, tantas veces invocado al ejercitar la acción de anulación, ha sido merecedor de importantes precisiones. En la STC 65/2021, de 15 de marzo, se resalta la vertiente de orden público procesal como causa excepcional de anulación de los laudos, pero la Sentencia añade de modo diferenciado (FJ 3) otra fuente de nulidad (no causa tasada en el artículo 41 LA), y así nos dice que podrá verse anulado también un laudo arbitral "cuando carezca de motivación, o esta sea arbitraria, ilógica, absurda o irracional...". No se pueden confundir ambas figuras. Esta misma Sentencia dedica el FJ 5 a la delimitación de la motivación como deber legal del árbitro. Viene a reiterar el TC lo ya expresado en Sentencias anteriores: el deber de motivación de los laudos arbitrales no surge del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE), que solo es predicable de las resoluciones emanadas del Poder Judicial, sino de la propia Ley de **arbitraje**. Y añade algunas precisiones que enmarcan lo que podríamos llamar la "intensidad" de la motivación: - la motivación de los laudos no se integra en un derecho fundamental. - el árbitro no tiene que descender a todos los argumentos presentados por las partes. - tampoco tiene que indicar las pruebas en las que se ha basado para tomar su decisión. - ni motivar su preferencia por una norma u otra. - el deber de motivación no se integra en el orden público ("carece de incidencia" dice el TC).

2. Motivación del Laudo y decisión de la Sala .

A. La argumentación cuestionada del Laudo se contiene en sus §§ 63 a 99, que analizan la interpretación literal de las cláusulas de la Póliza para determinar su ámbito de cobertura y si el siniestro comunicado por ALIFRUIT supone un impago de un importe efectivamente debido por LA ROUTE DE NIMES cuyo impago haya de ser cubierto por CESCE.

El Laudo inicia su análisis exponiendo el marco normativo aplicable al caso -§§ 64 a 78-, relativo a un contrato de seguro en su modalidad de grandes riesgos, enfatizando que el derecho del asegurado a ser indemnizado pasa por el cumplimiento de las condiciones establecidas en la Póliza y en el Suplemento de Clasificación para la admisión en cobertura del siniestro, dentro de sus límites (Preámbulo, arts. 1.1, 1.3.h y 7.1.a de la Póliza). Destaca como deberes del asegurado cuyo incumplimiento exonera a CESCE de su prestación indemnizatoria "el de **informar** en todo momento **sobre la existencia de retrasos o impagos**" (art. 4.3); el de **notificar a CESCE el impago del crédito en el plazo** máximo de 60 días siguientes a contar desde la fecha de su vencimiento (art. 6.a); el de **acompañar, con la notificación del impago, toda la documentación que justifique su derecho a la indemnización** especialmente la relativa a la venta y a la exigencia y exigibilidad del crédito en el plazo de 30 días contados a partir de la comunicación del impago, para el análisis de cobertura y realización de la gestión del cobro (art. 6.b); y, por último, recuerda el deber del asegurado de **colaborar con CESCE** , especialmente en la aportación de la documentación a que se refiere el art. 6.b (art. 8.1)

A partir de aquí constata una realidad fáctica que va a constituir la genuina premisa de su *ratio decidendi*: que toda la documentación aportada por ALIFRUIT para acreditar su derecho a ser indemnizada es de confección unilateral -si bien, constata esta Sala, con una salvedad, a la que luego nos referiremos, que también es analizada por el Laudo. Dice al respecto el § 80 del Laudo:

*"Ninguno de los documentos aportados sobre las ventas, ni los albaranes, ni las facturas, ni los CMR, constan sellados ni firmados por el cliente, LA ROUTE DE NIMES. Pese a los requerimientos realizados, primero por la aseguradora y después en sede del presente **arbitraje**, la Demandante no ha aportado ningún documento relativo a las ventas que haya sido emitido por el cliente. No ha aportado ni el pedido, ni la correspondencia cruzada, ni un correo electrónico emitido por el cliente".*

Se remite el Laudo a las contradicciones explicitadas por la Demandada entre la documentación aportada por la Actora y sus testificales (§ 81).

En particular, añade el § 83 que **en ningún momento se ha aportado documento emitido, firmado o sellado por LA ROUTE DE NIMES, que acredite que la venta se ha realizado en firme** -como demanda la Póliza-, con vencimiento del pago a un máximo de 180 días, y que el impago se haya comunicado en plazo.

A esta falta de documentación se uniría la infracción del deber de colaboración: " *de la documentación reclamada por CESCE no remitió (y tampoco aporta a este **arbitraje**): la correspondencia cruzada y el contrato o pedido*", tal y como evidenciaría el documento R-11, de 26 de febrero de 2019, por el que CESCE comunica la exclusión de cobertura por incumplimiento del deber de colaboración (§ 85 del Laudo) y el hecho mismo de no haber atendido al requerimiento del Árbitro sobre la incorporación al expediente arbitral de dicha documentación, cuya aportación es carga que asiste a la asegurada reclamante.

Acto seguido, el Laudo repara en un alegato nuclear de ALIFRUIT: *que la documental aportada -facturas, también las previamente abonadas a las no pagadas, albaranes, CMRs, y la certificación del Administrador del concurso de LA ROUTE DE NIMES reconociendo el crédito de ALIFRUIT frente a la concursada- permite entender probado que las ventas impagadas se concertaron de forma verbal .*

A este alegato de ALIFRUIT el Laudo opone, de un lado (§ 86), que tal circunstancia en absoluto consta consignada en los albaranes, facturas y CMRs: las facturas en concreto solo refieren el número y fecha de albarán correspondiente, la matrícula del transporte y el nº de pedido (001)... De otro lado, el Laudo da por buena la tesis de CESCE sobre la significación jurídica que se ha de atribuir a la certificación del administrador concursal, cuando dice (§ 87):

"Que el liquidador de La Route certifique la insolvencia definitiva, y que incluso (reconozca) el importe del crédito ordinario de 86.640,86 euros no quiere decir... que dicho crédito sea derivado de ventas en firme y, sobre todo, que se encuentre en cobertura conforme a lo establecido en la Póliza. Pues eso es algo que no depende del liquidador, sino del cumplimiento de las obligaciones, términos y condiciones establecidas entre las partes en la Póliza suscrita".

"Una cosa es que si un crédito no está reconocido en el pasivo de la deudora concursada no puede ser objeto de cobertura y otra bien distinta es que el mero reconocimiento de un crédito en el pasivo... implique la cobertura del crédito".

El Laudo, de nuevo frente al alegato de que nada consta en autos de que la venta no fuera en firme, opone que tampoco consta dato alguno en el procedimiento en sentido contrario, recayendo sobre la asegurada la carga de probar los hechos constitutivos de su acción: en el caso, que se cumple la condición establecida en la Póliza de que la venta impagada se hubiera realizado en firme (§ 89).

También pondera el Árbitro la jurisprudencia que cita ALIFRUIT de la Audiencia de Barcelona -que a su vez se remite a la doctrina de la Sala Primera- sobre el antiformalismo inherente a la contratación mercantil y sobre la necesidad de valorar desde esa premisa la prueba documental - en particular facturas y albares no firmados - al efecto de acreditar la realidad de una relación de tráfico, destacando que la falta de firma del receptor de la mercancía no puede suponer sin más la privación de todo valor probatorio a dicho documento, si bien la parte que pretende valerse de él deberá completar su fuerza probatoria a través de otras pruebas. Enfatiza esa jurisprudencia que cita la propia demandante que, *" ciertamente, estimar probada una entrega de género mediante albaranes no firmados, tratándose de documentos unilaterales en cuya creación no interviene el deudor, dejaría en una situación de práctica indefensión a éste (que, además, se vería obligado a probar un hecho negativo: la falta de entrega); ahora bien, (no cabe) negar todo valor probatorio a dicho documento por la falta de la firma, teniendo en cuenta lo dinámico de las relaciones comerciales y las relaciones de confianza que en relaciones de tracto sucesivo o mantenidas en el tiempo se establecen. En definitiva, pues, los albaranes pueden constituir un principio de prueba que ha de ser completada por otros medios probatorios".*

En este contexto es en el que el Laudo argumenta (§ 90) que, **" sin embargo, las ventas que nos ocupan no (son) ventas masificadas, ni (acaecidas) en una relación de tracto sucesivo, ni de relaciones de confianza, ni una relación mantenida en el tiempo. Como la demandante ha señalado, se trató de una venta o ventas de albaricoque puntuales a un nuevo cliente, realizadas en el margen de escasos días en el mes de mayo de 2018, por importe de 186.767,86 euros. Y no se ha aportado ni contrato, ni pedido, ni correspondencia cruzada "**

Sobre las cartas de porte (CMRs) aduce el Laudo que no se encuentran firmadas por el cargador (§ 91). Asevera haber efectuado una valoración conjunta de la prueba documental y testifical -cfr. § 81) y reprocha a ALIFRUIT que habiendo tenido la oportunidad de completar la prueba documental en el seno del **arbitraje** no lo haya hecho alegando problemas informáticos (§ 92). Únicamente ha aportado algunos correos remitidos por la propia ALIFRUIT al cliente; nunca una respuesta de éste (§ 94). Aparte de la total falta de cualquier comunicación emitida por el cliente, tampoco ha adjuntado ALIFRUIT los albaranes de las facturas NUM000 , NUM001 y NUM002 .

De todo lo cual, concluye el Laudo (§ 97), tras citar el art. 37.2 RCEA relativo a la carga de la prueba, que *"resulta evidente que ALIFRUIT no ha subvenido a la carga de acreditar las condiciones para la exigencia de indemnización a la aseguradora y que ha incumplido su deber de colaboración y de aportación de documentación. Por consiguiente, la Demandante no tiene derecho a la prestación indemnizatoria".*

Expuesta del modo reseñado la *ratio decidendi* y su motivación, solo a mayor abundamiento expresa el Laudo que la falta de documentación aportada impiden concluir con certeza sobre alegatos adicionales de CESCE en relación con el incumplimiento del plazo máximo de vencimiento de los créditos y del plazo para la comunicación de los impagados (§ 98).



B. La Sala ha juzgado conveniente exponer con detalle las posiciones de las partes y la motivación del Laudo como forma de evidenciar que no cabe sostener, con el debido fundamento, que el Laudo incurra en la arbitrariedad, el error patente o la sinrazón -quiebra de las reglas de la lógica- constitucionalmente proscritas por lesivas del derecho a la tutela judicial efectiva: la motivación del Laudo en cuanto a los hechos, su valoración de la prueba es cumplida -examina las posiciones de los litigantes-, lógica y, desde luego, exenta de voluntarismo o de error inmediatamente verificable con incidencia en la *ratio decidendi* y causante de un perjuicio para el justiciable -requisitos del error patente que demanda la doctrina constitucional.

Desde los límites a nuestro enjuiciamiento *supra* reseñados y que guardan relación con el contenido del motivo, la Sala constata que buena parte de los argumentos de ALIFRUIT entrañan una mera discrepancia con la cabal valoración de la prueba efectuada por el Tribunal Arbitral, cuando no una tergiversación de la realidad misma de esa valoración: v.gr., como sucede cuando la Demandante afirma que el Laudo nada ha dicho sobre el significado probatorio de la certificación del crédito ordinario de ALIFRUIT frente a la concursada...

Ante todo, para determinar si la motivación del juicio de hecho es irracional y/o deficitaria por exclusión del análisis de tal o cual medio de prueba, ha de partirse de una premisa insoslayable: verificar qué hecho o hechos, contemplados desde una de determinada perspectiva jurídica, se constituyen en *ratio* de la decisión; porque, en efecto, puede suceder que un Árbitro, como un Juez, no analice exhaustivamente el acervo probatorio, pero que ello sea irrelevante porque adolezca de virtualidad revocatoria del fallo. Pues bien, lo que el Laudo aprecia para excluir la responsabilidad de CESCE, ante todo y sobre todo, es que ALIFRUIT no ha subvenido a la carga que le asiste de probar que las ventas que dice impagadas tuvieron lugar en firme -no, v.gr., a *resultas* o en *consignación*-, de modo que se hubiera perfeccionado la obligación de abonar el precio cuyo impago se pretende repercutir sobre CESCE. El Laudo también proclama la infracción del deber de colaboración con CESCE -v.gr., al no haber aportado el contrato o pedido ni la correspondencia cruzada-; en realidad la infracción de ese deber es un motivo más para fundar lo que nuclearmente sustenta la decisión del Laudo: la insuficiencia de la prueba aportada por ALIFRUIT para entender acaecida una sustancial premisa fáctica de la cobertura asumida por CESCE: que han resultado impagadas unas ventas realizadas en firme.

Esa apreciación en absoluto deriva de un déficit en la ponderación de la prueba y menos aún de una irracional valoración de la misma.

De entrada, el Laudo adolece de cualquier atisbo de arbitrariedad cuando, sin yerro alguno en la apreciación de la documental que pondera, observa que toda ella es de confección unilateral; por el contrario, la Sala Primera -v.gr., la STS, 1ª, 13.10.2013, FJ 11º (roj STS 5358/2013-, en ocasiones ha entendido como valoración arbitraria de la prueba haber tenido por cierto un hecho ante una actividad probatoria manifiestamente insuficiente, como es la aportación de facturas emitidas de forma unilateral en que se fija el importe de unos costes que se pretende repercutir. Es más, completando el círculo de un razonamiento que, compártase o no, ni es arbitrario ni incurso en sinrazón, el Árbitro explica por qué, en las circunstancias concurrentes en el caso, esa documental de factura unilateral que pondera no le lleva a entender como plausible la celebración de un contrato verbal -ante la no aportación del contrato o pedido, ni de correspondencia cruzada entre las partes-, a saber: porque, en plena sintonía con la jurisprudencia que cita la misma ALIFRUIT, el antiformalismo que se pretende es más propio de **ventas masificadas, (acaecidas) en una relación de tracto sucesivo, en relaciones de confianza o mantenidas en el tiempo. Por el contrario, enfatiza el Laudo que, "como la demandante ha señalado, se trató de una venta o ventas de albaricoque puntuales a un nuevo cliente, realizadas en el margen de escasos días en el mes de mayo de 2018, por importe de 186.767,86 euros. Y no se ha aportado ni contrato, ni pedido, ni correspondencia cruzada "** (§ 90).

Lo que a su vez se completa con la alusión -esta vez no pasa de ahí- del § 81 del Laudo a las contradicciones entre la documental y la testifical de la propia ALIFRUIT, en referencia implícita pero inequívoca a cómo en la audiencia la gerente de ALIFRUIT reconoció que en ocasiones efectuaban ventas en *consignación* o a *resultas*..., éstas no amparadas por la Póliza.

El Laudo también pondera la certificación del administrador concursal sobre el reconocimiento como crédito ordinario de ALIFRUIT frente a la masa de 86.640,86 euros: es incuestionable que una certificación sobre la inclusión del crédito en el listado definitivo de acreedores de la masa pasiva tiene en nuestro Derecho un indudable valor jurídico a favor de la existencia y legitimidad del crédito (FJ 2º.2 STS 558/2018, de 9 de octubre -roj STS 3468/2018- y FJ 3º STS 364/2021, de 26 de mayo -roj STS 2137/2021); pero de ahí no se sigue que esa inclusión goce de efecto vinculante para el árbitro *respecto de la cobertura del impago de ese crédito por la aseguradora*: el reconocimiento de un crédito como incobrable en un concurso no significa que ese impago se haya generado observando las condiciones pactadas en la Póliza para poder repercutirlo sobre la aseguradora, que es lo que se analiza en la presente causa. Ese reconocimiento, alegado como hecho mediante la aportación de la certificación del Administrador Concursal y de un listado del Registro del Tribunal de Comercio de Nimes con la relación global de la admisión de créditos en el concurso SAS LA ROUTE DE NIMES, puede ser valorado



por el árbitro conjuntamente con el resto de la prueba -y así ha sido-, pero sin que su efecto vinculante -ejecutivo- pueda ser asimilado al que podría derivar del correspondiente reconocimiento en España de la decisión judicial extranjera -*mutatis mutandis*, art. 32 R(UE) 2015/848 en relación con R(UE) 1215/2012, extremo que no consta.

En todo caso, ya hemos dejado constancia de que la falta de valor demostrativo de la documentación aportada en el **arbitraje** sobre las características y realidad misma de las ventas que se dicen impagadas y la efectiva entrega de las mercaderías -para así acreditar el interés asegurado- ha sido examinado por el Árbitro con suficiente detalle: v.gr., cuando repara en que las cartas de porte -CMRs o documentos que formalizan un contrato de transporte internacional de mercancías por carretera- no están firmados por el destinatario en prueba de recepción de la mercancía, sin que, es de observar, tampoco consten la fecha de la descarga, la forma de pago, ni el precio y gastos del transporte...

A lo que cabe añadir que ese déficit probatorio que el Árbitro aprecia no ha sido subsanado ni antes ni durante el procedimiento arbitral, en ocasiones dando alguna explicación que el Árbitro no ha reputado creíble sin contravención alguna de las reglas de la lógica, como cuando ALIFRUIT no acompaña sino algunos correos por ella emitidos -cuando se le reclamaba la correspondencia electrónica cruzada entre ella y LA ROUTE DE NIMES- expresando que ha tenido "*dificultades informáticas para recuperar algunos archivos*" -§ 94 del Laudo. Esa quiebra del deber de colaboración que el Laudo aprecia se predica también, v.gr., de la no aportación de los albaranes de las facturas pagadas NUM000, NUM001 y NUM002 ...-§ NUM003.

Es verdad, como señala la Demandante, que el Laudo apenas argumenta sobre dos extremos que ALIFRUIT entiende plenamente acreditados: que las ventas tuvieron lugar con un vencimiento dentro de los 180 días, plazo máximo previsto al efecto en el Suplemento de Clasificación; y que los impagos se comunicaron en plazo a la aseguradora.

El propio Laudo, frente a los alegatos de CESCE sobre la que pretende clara extemporaneidad en la comunicación de los impagos, explica que, "*aunque de determinados documentos de ALIFRUIT podría alegarse (sic) dichos incumplimientos, como ha quedado reflejado, las contradicciones constatadas en la prueba aportada por ALIFRUIT y, en definitiva, la falta de documentación completa, impiden concluir con certeza al respecto*" (§ 94)...Está refiriéndose el Laudo, v.gr., a la contradicción que supone la comunicación en plazo del siniestro que postula ALIFRUIT con lo que se seguiría de los albaranes por ella aportados en el **arbitraje** en los que figura que, "*transcurridos 7 días desde la salida de la mercancía, se procederá al cierre de la factura y en el plazo de 30 días deberá ser abonada*": el vencimiento estaría dentro del lapso autorizado en el Suplemento de Clasificación; pero, emitidas las facturas en mayo de 2018 y cargada la mercancía en ese mismo mes -según los CMRs acompañados por ALIFRUIT-, la Póliza prevé un plazo de 60 días desde el vencimiento para la comunicación del impago; plazo que resultaría cumplidamente excedido al haberse producido esa comunicación, al decir de la propia actora, el 19 de noviembre de 2018... Ahora bien; el Laudo no asume conclusión alguna al respecto dada la falta de completitud de la documentación aportada por ALIFRUIT, conclusión a la que se podría objetar -dicho sea a mayor abundamiento- que es perfectamente posible e incluso tradicional en nuestras reglas de valoración probatoria tener por ciertos hechos personales reconocidos por aquella parte a quien puedan perjudicar...

Pero, lo que es más importante: cualquier déficit de motivación en el Laudo sobre estas cuestiones no se constituye en causa de anulación porque no concierne ni afecta a la *ratio* de su decisión. Así el Laudo mismo reconoce (§ 94 *in fine*) que concluir con certeza sobre tales extremos -con la debida motivación, claro está- "*no resulta necesario, pues ya se ha concluido de forma indubitada que la Demandante ha incumplido su deber de colaboración y aportación de documentación y que no cumplido con la carga de la prueba de las condiciones para la exigencia de indemnización a la aseguradora*".

En suma: procede desestimar la demanda de anulación porque ni es de apreciar que el Laudo contenga una irracional valoración de la prueba lesiva del orden público, ni concurre déficit de motivación relevante que concierna a la *ratio decidendi* de lo laudado.

TERCERO- Rechazadas totalmente las pretensiones de la demanda, es obligado, conforme al artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, imponer a la demandante las costas causadas en este procedimiento, pues tampoco pueden apreciarse serias dudas de hecho o de Derecho en el asunto planteado.

Vistos los artículos de aplicación,

FALLAMOS

DESESTIMAMOS la demanda de anulación del Laudo de 20 de octubre de 2021, que dicta el Árbitro D. Antolín Fernández Antuña en el Expediente Arbitral nº 586/2020 de la Corte Española de **Arbitraje**, formulada por el Procurador de los Tribunales D. Jorge Deleito García, en nombre y representación de GRUPO ALIFRUIT SABOR DE LA TIERRA, S.L., contra COMPAÑÍA ESPAÑOLA DE SEGUROS DE CRÉDITO A LA EXPORTACIÓN, S.A.,



COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS (CESCE); con expresa imposición a la demandante de las costas causadas en este procedimiento.

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.

PUBLICACION.- En Madrid, a dieciséis de marzo de dos mil veintidós. Firmada la anterior resolución es entregada en esta secretaría para su notificación, dándose publicidad en legal forma y se expide certificación de la misma para su unión al rollo. Doy fe.

Procedimiento: Asunto Civil 54/2021 -Nulidad laudo arbitral 37/2021.

Demandante: GRUPO ALIFRUIT SABOR DE LA TIERRA, S.L.

Procurador/a: D. Jorge Deleito García

Demandada: COMPAÑÍA ESPAÑOLA DE SEGUROS DE CRÉDITO A LA EXPORTACIÓN, S.A., CÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS, Sociedad Mercantil Estatal (CESCE)

Procurador/a: D. Joaquín Fanjul de Antonio.

VOTO PARTICULAR DEL MAGISTRADO

D. Jesús María Santos Vijande

Con el máximo respeto a la opinión mayoritaria, debo dejar constancia de mi discrepancia con algunos aspectos básicos de la fundamentación de la Sentencia que desestima la demanda de anulación -no así con su parte dispositiva-, a través de la formulación de este voto particular, emitido ex art. 260 LOPJ. En concreto, difiero en parte del FJ 2º.1º de la Sentencia aprobada por mayoría.

Expondré, en primer lugar, los "criterios de enjuiciamiento" en que habría de fundarse nuestra decisión, tal y como los propuse a la Sala, y que, con todo convencimiento lo digo, son armónicos y congruentes con la jurisprudencia del TC aplicable al caso: la relativa al ámbito de la acción de anulación y del art. 41.1.f) LA, y también la concerniente al art. 24.1 CE, de inexcusable observancia para este Tribunal, que ha de verificar si la motivación del Laudo existe y, de ser así, si resulta arbitraria, ilógica, incurso en error patente..., pues, en tales supuestos, la no anulación del laudo por infracción del orden público haría que fuera el propio Tribunal quien vulnerase del derecho a la tutela judicial efectiva. En una segunda parte, analizaré de un modo más sistemático -como he hecho en ocasiones precedentes-, con referencia a asertos concretos del FJ 2º.1 de la Sentencia, cuál ha de ser un entendimiento coherente, no fragmentario y descontextualizado, de la más reciente jurisprudencia del Tribunal Constitucional en materia de arbitraje y, en particular, de aquella que examina el alcance del deber de motivación al laudar y su incardinación en el art. 41.1.f) LA.

Estimo que la doctrina constitucional -la que se cita en el FJ 2º.1 de la Sentencia 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, como si esta quedase reducida a un verificación puramente externa, diríase pro forma, de que el Laudo está motivado; y esto es así, con mayor razón, cuando, en las circunstancias del caso, se observa con toda claridad que el resto de la motivación de la Sentencia -que en todo comparto como Ponente- entra a verificar la racionalidad del pormenorizado análisis del Árbitro sobre el juicio de hecho - valoración del prueba- y la proporcionalidad, sin atisbo de arbitrariedad, de su decisión en equidad.

I

A mi juicio, el FJ 2º.1 de la Sentencia debió incluir la siguiente motivación.

(i). Dejar constancia, en primer lugar, de que, como tantas veces hemos dicho -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., ya las Sentencias de esta Sala de 24 de junio de 2014 (rec. nº 70/2013) y de 5 de noviembre de 2013 (rec. nº 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 " *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: a veces se ha postulado, sin distinciones ni matices, que el Tribunal que conoce de la acción de anulación no puede revisar la valoración de la prueba 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. Sobre esto incidiremos más adelante, por su estrecha conexión con este caso.

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, concierna 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).

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 expresamente y de modo general, sin matización restrictiva alguna, 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 2ª, 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].

Recientemente, 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 a veces 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 17/2021 y 65/2021**, en particular el FJ 2º de la **STC 17/2021** -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. La acción de anulación, por consiguiente, solo puede tener como objeto el análisis de los posibles errores procesales en que haya podido incurrir el proceso arbitral, referidos al cumplimiento de las garantías fundamentales, como lo son, por ejemplo, el derecho de defensa, igualdad, bilateralidad, contradicción y prueba, o cuando el laudo carezca de motivación, sea incongruente, infrinja normas legales imperativas o vulnere la intangibilidad de una resolución firme anterior**" .

"Este tribunal ha unido a la exigencia de coherencia formal del razonamiento la exigencia de que el mismo, desde la perspectiva jurídica, no pueda ser tachado de irrazonable. A tal efecto es preciso señalar, como lo ha hecho este tribunal, que no pueden considerarse razonadas ni motivadas aquellas resoluciones 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 basarse en ninguna de las razones aducidas" (STC 164/2002, de 17 septiembre)... **Aunque es obvio que, desde la perspectiva constitucional, la semejanza entre las resoluciones judiciales y los laudos arbitrales no es desde luego absoluta, ello no significa que cuando hablamos del deber de motivación de unas y otras no se pueda enjuiciar su cumplimiento con parecido canon de control** " .

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 -)".

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.

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 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.

En congruencia con la doctrina jurisprudencial expuesta, cumple recordar, como hemos hecho en Sentencias precedentes -de las que son exponentes señeros, 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, incursas en arbitrariedad o sinrazón patentes, hayan de ser fiscalizadas por esta Sala so pena de que, de no hacerlo, fuera el Tribunal de Justicia quien lesionase el art. 24.1 CE por no reparar la infracción del art. 37.4 LA cometida al laudar. Como también puede el Tribunal de anulación, por esta misma razón, 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 4º).

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 -y, por conexión, del art. 37.4 LA-*, 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 3º; 112/1996, fj 2º, y 119/1998, fj 2º)".

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 de 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.

(ii). En este 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., 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 errónea 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, 1ª, 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 a 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, por que 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 107/2019, 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 del expuesto 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...- y, por extensión, a la fiscalización por el Tribunal de apelación "con parecido canon de control" del razonamiento de los laudos.

II.

A las anteriores reflexiones debo añadir otras precisando los parámetros de enjuiciamiento que estimo aplicables, **al hilo del texto del FJ 2º.1 de la Sentencia** . 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 postulados que acabo de reseñar -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.

Creo pertinente y necesario 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 enraizada 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 fiscalizasen 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.**

Una cosa es -y tal el sentido de lo que afirma la STC 65/2021- que en el seno del procedimiento arbitral no rija el derecho a la tutela judicial efectiva -los árbitros no son parte del Poder Judicial para poder vulnerar ese derecho; y otra, muy distinta, que en el **arbitraje** no se puedan conculcar lo que podemos llamar garantías constitucionales del proceso jurisdiccional y/o del arbitral, que son insoslayables si se ha de admitir que el Laudo goce de los mismos efectos que la Sentencia firme -eficacia de cosa juzgada que expresa el rasgo esencial del **arbitraje** en tanto que equivalente jurisdiccional. Y es que, en efecto, si el Laudo se dictase con la infracción de las garantías procesales constitucionalizadas en el art. 24 CE - contradicción, igualdad de armas, audiencia, derecho a la prueba pertinente para la defensa, derecho a una motivación no arbitraria ni incurso en error patente, intangibilidad de la cosa juzgada...- y el Tribunal de anulación no anulase ese Laudo por infracción del orden público, sería entonces el propio órgano jurisdiccional, esta vez sí, el que estaría conculcando el art. 24 de la Constitución.

Así lo ha reconocido ex profeso esta Sala en su reciente Sentencia 66/2021, de 22 de octubre -roj STSJ M 9028/2021-, cuando dijimos -FJ 4º.2:

"lo que no es cuestionable -y no lo es tampoco por la más reciente 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 este sentido expressis verbis, la STC 65/2021, FJ 5º"

En tal sentido también el FJ 3º.1 *in fine* de nuestro Auto de 11 de enero de 2022 -roj ATSJ M 81/2022.



Es más: como habremos de ver, no parece constitucionalmente admisible que se atribuya el efecto de cosa juzgada material -de decisión irrevocable de un conflicto entre partes- a una resolución que pueda ser dictada vulnerando postulados elementales de justicia como son los que expresan las garantías constitucionales del proceso jurisdiccional -audiencia, contradicción, igualdad e interdicción de la arbitrariedad en la motivación.

(i). Abundando sobre lo que antecede, procede considerar con cierto detenimiento una afirmación, esta vez sí, de la reciente **jurisprudencia constitucional en relación con el fundamento del deber de motivar al Laudar** que, de constante invocación, es muy dudoso que pueda reputarse como doctrina constitucional en sentido estricto.

Más allá de que el racionio sentado 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 considerado 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 la siguiente 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. 37.4 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 meramente 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 *thema 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 cohonestarse 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 es 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 -de



ahí la previsión del art. 55.2 LOTC: 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 laudarse 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. 9.3 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 provisional 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-, 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.

(ii) 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: 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 con parecido canon de control*".

La STC 17/2021 no llega 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, del TJUE y de la Sala Primera del Tribunal Supremo.

Sobre este particular la **STC 65/2021** 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 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 el derecho o libertad constitucional concernido..., y lo mismo cabe decir con mayor razón, si cabe, de las normas imperativas del Derecho de la Unión Europea y de su exégesis por el TJUE...

(iii).- 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, amén de relevantes para la decisión del presente caso, 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 aludido en este voto particular a un ejemplo de lo que estoy diciendo. He recordado 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.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 , 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...

Se aborda esta cuestión con cierto detalle en el Auto de esta Sala de 11 de enero de 2022 y en nuestra Sentencia 66/2021, de 22 de octubre, supra citados.

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 acierto 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 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.

(iv) Por último, *la Sentencia mayoritaria sostiene -FJ 2º.1-, que " la STC 65/2021, de 15 de marzo, resalta la vertiente de orden público procesal como causa excepcional de anulación de los laudos, pero la Sentencia añade de modo diferenciado (FJ 3) otra fuente de nulidad (no causa tasada en el artículo 41 LA), y así nos dice que podrá verse anulado también un laudo arbitral 'cuando carezca de motivación, o esta sea arbitraria, ilógica, absurda o irracional...'. No se pueden confundir ambas figuras*. Esta misma Sentencia dedica el FJ 5 a la delimitación de la motivación como deber legal del árbitro. Viene a reiterar el TC lo ya expresado en Sentencias anteriores: el deber de motivación de los laudos arbitrales no surge del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE), que solo es predicable de las resoluciones emanadas del Poder Judicial, sino de la propia Ley de **arbitraje**. Y añade algunas precisiones que enmarcan lo que podríamos llamar la "intensidad" de la motivación: - la motivación de los laudos no se integra en un derecho fundamental. - el árbitro no tiene que descender a todos los argumentos presentados por las partes. - tampoco tiene que indicar las pruebas en las que se ha basado para tomar su decisión. - ni motivar su preferencia por una norma u otra. - el deber de motivación no se integra en el orden público ('carece de incidencia' dice el TC)".

Aquí se produce, a todas luces, un "salto lógico": el Tribunal Constitucional mantiene claramente que la arbitrariedad o la inexistencia de motivación sí integran el orden público procesal: con independencia de cuál sea el fundamento constitucional y/o legal del deber de motivación del Laudo, a lo que ya me he referido, no es dable dudar, con la jurisprudencia constitucional en la mano, de que la arbitrariedad, la sinrazón, el error patente, la contravención de las reglas de la lógica, la falta radical de motivación, la motivación aparente y/o la motivación infractora de normas imperativas al laudar constituyen infracción del orden público. Y es que al concluir como concluye la mayoría, está olvidando que el TC, en referencia expresa a *la infracción del orden público como causa de anulación de los laudos arbitrales* -son palabras de la rúbrica, v.gr., del FJ 3 STC 65/2021, afirma de modo taxativo -v.gr., FJ 3º in fine STC 65/2021:

"En consecuencia, el tribunal reitera que excepcionalmente cabe anular una decisión arbitral cuando se hayan incumplido las garantías procedimentales fundamentales como el derecho de defensa, igualdad, bilateralidad, contradicción y prueba; **cuando el laudo carezca de motivación o esta sea arbitraria, ilógica, absurda o irracional; cuando se hayan infringido normas legales imperativas**; o cuando se haya vulnerado la intangibilidad de una resolución firme anterior".

Sin embargo, la Sentencia mayoritaria, partiendo de que la motivación es un requisito de configuración legal -llegando a decir que *sería prescindible por el Legislador* (STC 17/2021) y que el déficit de motivación " *carece de incidencia en el orden público* " (STC 65/2021) -asertos aislados a los que ya me he referido-, infiere que el déficit constitucionalmente relevante de motivación no se incardina en una causa tasada de anulación del art. 41 LA -sino que constituye un motivo de anulación autónomo-, lo que, si bien se mira, entraña una *contradictio in terminis*: las causas de anulación precisamente porque son tasadas han de ser subsumibles en el art. 41.1 LA. El tenor del art. 41 LA es inequívoco, cuando dice "el laudo sólo podrá ser anulado cuando la parte que solicita la anulación alegue y pruebe" las causales que a continuación enumera.

Dicho lo anterior, he de insistir en que, a diferencia de lo que postula la mayoría, cuando la STC 65/2021 dice (FJ 3º) "que podrá verse anulado también un laudo arbitral cuando carezca de motivación, o esta sea arbitraria, ilógica, absurda o irracional...", no está escindiendo del orden público procesal el déficit de motivación como causa diferenciada de anulación. Hemos visto ya que este aserto del TC **se inserta en un fundamento expresamente referente al ámbito del orden público como causa de anulación**. Cuestión distinta es, claro está,



que si la motivación del laudo infringe reglas imperativas entonces haya de sostenerse que el conculcado es el orden público en su vertiente material, que -con toda obviedad-no es incompatible con la concurrencia de los vicios y/o déficits de motivación que entrañan lesión del orden público en su vertiente procesal.

En Madrid, a 21 de abril de 2022.

Fdo. Jesús María Santos Vijande.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ