

# HASTA DÓNDE LLEGA EL ORDEN PÚBLICO O DE CÓMO MEDIR SIN METRO EN JUSTICIA

*Pedro Álvarez Sánchez de Movellán*

Profesor Titular de Derecho Procesal  
Universidad de León

## 1. EL ORDEN PÚBLICO ES UN CONCEPTO «VIDRIOSO»

Dentro de lo mucho y muy diverso que podría decirse sobre el concepto de orden público, hemos querido comenzar (en atención a la publicación en la que se enmarca este estudio) por el calificativo que le dispensa el Profesor RAMOS MÉNDEZ<sup>1</sup>. Según este autor el concepto de orden público es «vidrioso». A su vez, el DRAE nos da como tercera acepción del concepto «vidrioso», dicho de una materia, «que debe tratarse o manejarse con gran cuidado y tiento». Se podría pensar que la aportación conceptual es excesivamente parca, escasa o moderada y en cualquier caso excesivamente abierta. Por estas razones pensamos que ninguna manera mejor para atacar nuestro concepto de orden público que ésta. Porque efectivamente, por un lado el orden público es una categoría abierta donde las haya. Tan es así que no podría decirse que es algo «excesivamente» abierto ya que es tan abierto como el legislador ha querido, y más concretamente, todo lo abierto que el ordenamiento ha permitido. Dicho esto, y por otro lado, efectivamente el concepto de orden público debe «manejarse con gran cuidado y tiento» porque de no ser así, pensamos que no exageramos si decimos que se podrá hacer del orden público una cosa y su

---

1. RAMOS MÉNDEZ, Francisco. *Enjuiciamiento civil. Cómo gestionar los litigios civiles*. Tomo I. Barcelona, 2008, pág. 499.

contraria. Y esto con fundadas dudas de que esa haya sido realmente la voluntad del legislador. Sí, efectivamente: compartimos la opinión de que, de entada, el orden público es un concepto vidrioso.

## 2. BREVES APUNTES SOBRE LA VERSATILIDAD DE UNA INSTITUCIÓN CAMALEÓNICA

Decimos que es versátil porque el orden público es «capaz de adaptarse con facilidad y rapidez a diversas funciones» (segunda acepción de la palabra versátil en el DRAE). Y obsequiamos a nuestro concepto con el calificativo de camaleónico porque esto es lo que se dice de la «persona con habilidad para cambiar de actitud». Ciertamente el orden público no es una «persona»; pero puesto en manos de determinadas personas el orden público es capaz de amoldarse a los cambios de actitud y criterio que disfruten o padezcan dichas personas<sup>2</sup>.

Bajando un poco a la tierra podemos ir adelantando una conclusión a la que llegaremos en este trabajo. Ciertamente, y dicho sea en el contexto de la introducción que hasta aquí hemos hechos, pensamos que es posible hablar de distintas realidades de orden público dentro de las distintas grandes ramas del Derecho. Y aun dentro de estas, cabe diferenciar distintas formas de orden público para distintas instituciones que giren dentro de la misma rama jurídica.

Así se entiende la determinación de ORMAZABAL SÁNCHEZ<sup>3</sup>, en nuestra opinión perfectamente legítima y acertada, de desgajar del estudio del orden público referido en la Ley de Arbitraje el concepto de orden público que se estudia en el Derecho Internacional Privado. Efectivamente, ante el estudio del orden público como motivo de anulación del laudo, se opta por prescindir de la ardua problemática que entraña el control judicial respecto del orden público en materia de arbitraje comercial internacional, donde se presentan características específicas que hacen que dicho control resulta en buena medida diferente cuando se plantea respecto de laudos internos o de laudos internacionales. Los derechos, los intereses y el perfil de los titulares de los unos y los otros son heterogéneos y por tanto el orden público que de ellos se predica es razonable que no sea el mismo.

Además, como habíamos dicho, dentro de ámbitos homogéneos del Derecho distintas instituciones pueden tener a su servicio al orden público para atender a necesidades muy diversas exigidas para el correcto funcionamiento de cada

---

2. La más reciente literatura al respecto no ha cambiado su opinión sobre este juicio, y respecto del orden público se dice que es difícil encontrar nociones o conceptos jurídicos tan vaporosos y de contenido tan indeterminado (lo que no necesariamente significa vago o impreciso) como la de orden público, acerca del cual sobreabundan escritos y pronunciamientos jurisprudenciales que tratan, con un grado de éxito más bien moderado de desentrañar su contenido. ORMAZABAL SÁNCHEZ, Guillermo. *El control judicial sobre el fondo del laudo*. Madrid, 2017, págs. 69-70.

3. ORMAZABAL SÁNCHEZ, Guillermo. *El control judicial sobre el fondo del laudo...*, cit., pág. 70.

una de dichas instituciones. ¿Y a dónde nos llevaría esta afirmación si fuese cierta? Por un lado a confirmar la versatilidad del orden público. Y por otro lado, sin duda más interesante, a disponer de un poderoso criterio hermenéutico para desentrañar la identidad del orden público, que necesariamente tendría que participar del ADN de la institución jurídica en la que en cada caso opera. Y a este fin ofreceremos la comparativa del orden público referido en la Ley de Arbitraje y el orden público que en la Ley de Sociedades de Capital define el régimen de caducidad de las acciones de impugnación de acuerdos sociales.

### 3. EL ORDEN PÚBLICO AL SERVICIO DE UN SISTEMA RESTRINGENTE DE LA IMPUGNACIÓN DE ACUERDOS SOCIALES

3.1. Orden público, caducidad y eficacia claudicante de la acción de impugnación de acuerdos

La caducidad de la acción de impugnación de acuerdos sociales ha formado parte de la regulación de la misma desde la creación del proceso especial. Entendemos que esto sea así dentro de los principios que regulan este procedimiento, haciendo por minorar la presencia judicial en la vida de la sociedad dotando de agilidad y celeridad a la efectividad de la entidad mercantil<sup>4</sup>. Efectivamente, desde que el procedimiento de impugnación de acuerdos lo es, este se ha concebido siempre con un plazo de caducidad para el ejercicio de la acción<sup>5</sup>. En la LSA/1951 con la que se concibió y se reguló un procedimiento especial, ya se dispuso en el art. 68 un singular (y poco afortunado) régimen de caducidad de la acción de impugnación que distinguía entre la anulación, sujeta a breve plazo de caducidad, y nulidad de acuerdos, que no estaban sometido a plazo alguno de caducidad<sup>6</sup>.

---

4. Por tanto, por el mismo motivo porque la Ley prevé que haya acuerdos no impugnables por entender que carecen de la debida entidad o importancia, por el mismo motivo decíamos la acción de impugnación se extingue por el mero transcurso del tiempo de tal forma que los acuerdos sociales también resultan inatacables por el mero transcurso del plazo establecido en la ley. Sobre este particular, RIBELLES ARELLANO, José María. «La impugnación de acuerdos sociales», en *Procesos especiales dispositivos por razón de la materia en la Ley de Enjuiciamiento Civil*, (coordinados por Julio Picatoste Bobillo y José Luis Seoane Spiegelberg). Barcelona, 2013, pág. 168.

5. Sobre ese plazo de caducidad es interesante la reflexión que hace PICÓ Y JUNOI en el sentido de que, si bien no estamos ante de naturaleza procesal sino material, la única forma de permitir el cumplimiento íntegro de dicho plazo, esto es, hasta la 24 horas del *dies ad quem*, es permitiendo la presentación de la demanda dentro de la quince horas del día siguiente. Y cita en este sentido la STS 150/2015, de 25 de marzo (recurso 23/2013). PICÓ Y JUNOI, Loan. «La impugnación judicial de los acuerdos de sociedades de capital: problemas y soluciones», en *Derecho, Justicia, Universidad. Liber amicorum de Andrés de la Oliva Santos, tomo II*. Madrid, 2016, pág. 2.605.

6. Se disponía en concreto en ese artículo que «la acción de impugnación de los acuerdos a que se refiere el artículo anterior, deberá ejercitarse en el plazo de cuarenta días, a partir de la fecha del acuerdo. Si éste fuere objeto de inscripción en el Registro, la impugnación podrá realizarse también dentro del mes siguiente a la fecha en que la inscripción tenga lugar.

El modelo, con virtudes y defectos, dejó una idea para la reflexión. Idea que, en palabras de GÓMEZ ORBANEJA, consistían en que prescindir de la nulidad radical no es un ideal realizable. Ninguna legislación ha creído posible renunciar a la nulidad. La razón es que existen en el meollo del derecho de Sociedades normas en tal grado imperativas, que el ordenamiento jurídico no puede renunciar a su observancia, por el solo hecho de que todos los accionistas se pongan de acuerdo para infringirlas, o simplemente, porque ninguno de aquellos impugne el acuerdo correspondiente<sup>7</sup>.

Pues bien, obviando la historia que hay por medio, ya desde hace casi tres décadas el orden público ha venido a identificar (¿?!;) ese «meollo», esas normas «en tal grado imperativas» que quedan a salvo del mecanismo de la caducidad que hace inimpugnable un acuerdo social<sup>8</sup>.

Como sintetizaba GIMENO SENDRA, la «*ratio legis*» de esta innovación hay que encontrarla en la crisis de la teoría de la nulidad del negocio jurídico ante las exigencias de la celeridad y seguridad del tráfico mercantil<sup>9</sup>. Todo ello con las matizaciones que con carácter excepcional la práctica haya exigido<sup>10</sup>. Régimen excepcional que quedará bajo la custodia del concepto de «orden público». Cuando se atenta al orden público en un acuerdo que es objeto de impugnación ya no rigen ni restricciones judiciales, ni caducidad, ni naturaleza constitutiva en la pretensión de impugnación. El orden público sujeta el régimen de impugnación de acuerdos sociales a la lógica de la nulidad radical o de pleno derecho civil, solución indeseable para la vida societaria. Y por eso, y muy probablemente por el carácter de «sublime excepcionalidad» del concepto de orden público se llega a esta solución<sup>11</sup>.

---

No quedan sometidas a estos plazos de caducidad las acciones de nulidad de los acuerdos contrarios a la Ley, que podrán ejercitarse pasados esos plazos por el procedimiento del juicio declarativo ordinario»

7. GÓMEZ ORBANEJA, Emilio. «Las acciones de impugnación en la Ley de Sociedades Anónimas», en *Revista de Derecho Procesal*, 1951, n° 4, pág. 560. Y continúa diciendo el mismo autor que no, renunciar a la nulidad no es un ideal realizable. Pero sigue siendo un ideal, esto es, algo a que se tiende aun a sabiendas de que no es dable alcanzarlo del todo. Si no me engaño, esto es lo que se desprende de esas «enseñanzas ajenas» que según las palabras del autor de nuestra Ley, eran enseñanzas aprovechables.

8. En la actualidad, el art. 205.1 LSC dispone que «la acción de impugnación de los acuerdos sociales caducará en el plazo de un año, salvo que tenga por objeto acuerdos que por sus circunstancias, causa o contenido resultaren contrarios al orden público, en cuyo caso la acción no caducará ni prescribirá».

9. GIMENO SENDRA, Vicente. *La reforma procesal mercantil. Los nuevos procesos de impugnación de acuerdos y de la propiedad industrial*. Valencia, 1990, págs. 21-22.

10. Un buen ejemplo sería el de la SAP de Barcelona (Sección 15ª) núm. 66/2015 de 19 marzo (JUR 2015\115214), en la que se estima una impugnación de acuerdos sociales por simulación absoluta del contrato de compraventa de unas participaciones sociales, y que tuvo reflejo en la votación y adopción de los acuerdos impugnados, entendiéndose la Sala que en atención a aquella simulación absoluta los efectos son «ex nunc» y se deben retrotraer al momento de su adopción.

11. Efectivamente, y como se deduce de la caracterización del proceso de impugnación de acuerdos, en atención a la denominada eficacia claudicante que la ley atribuyó a la caducidad de la acción de nulidad unida al hecho de que no sea posible hacer valer la nulidad por otro cauce ni

### 3.2. Intencionalidad y orden público

Dicho todo lo cual, podemos decir que ya tenemos, frente a frente, al orden público y al operador jurídico, escrutando este último la identidad del primero. Después de hacer una tímida propuesta (en el sentido de tener por contrario al orden público aquellos acuerdos que vulneren preceptos imperativos, entendiendo por tales los que la ley lo diga expresamente) ARROYO MARTÍNEZ sentencia que vano será el esfuerzo por encontrar el catálogo expreso y completo de materias inderogables porque afectan a las bases o los fundamentos de la sociedad mercantil<sup>12</sup>. Asumiendo las dificultades que existen (insalvables) para decir qué es el orden público vamos a referirnos a criterios que permiten su identificación.

Atendiendo al supuesto de hecho y comenzando por el capítulo de novedades legislativas respecto de la mención al orden público en la impugnación de acuerdos sociales debe hacerse referencia a que en el texto del art. 116 LSA se hablaba de los acuerdos contrarios al orden público «por su causa y contenido», mientras que en la norma vigente a la que nos hemos referido se hace mención a «sus circunstancias, causa o contenido». En un primer momento podría entenderse que el problema no va a estar en esta breve añadidura, pues este cambio es anecdótico frente a la enorme indeterminación que genera en este ámbito la referida mención al «orden público».

Pero lo cierto es que este añadido que se hace en la ley al «orden público» ha tenido su virtualidad práctica, como se pone de relieve en la STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 841/2007 de 19 de julio, F.J. 2 (RJ 2007\5092)<sup>13</sup>, en el sentido de valorar el propósito práctico o la intención perseguida con el acuerdo que, en el caso concreto de haber creado la apariencia de una Junta universal que no se ajusta a la realidad y con el propósito de eludir la intervención de socios que desconocen su existencia ataca los más elementales principios de la vida social, de manera que los acuerdos, *por su causa*, serían contrarios al orden público<sup>14</sup>. La doctrina viene reconociendo también el sig-

---

por otros motivos que no sean los expresamente previstos en la LSC, no parece que la doctrina clásica sobre la nulidad pueda ser aplicada en toda su extensión. Y esto explicaría que todas las acciones ejercitadas al amparo de lo previsto en los preceptos reguladores de la impugnación de acuerdos que esta ley establece sean de naturaleza constitutiva. En este sentido DAMIÁN MORENO, Juan y ARIZA COLMERAREJO, María Jesús. *Impugnación de Acuerdos de Sociedades Anónimas. (Doctrina y jurisprudencia). Adaptado a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*. Madrid, 2000, pág. 9.

12. ARROYO MARTÍNEZ, Ignacio. *Comentarios a la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada* (Coordinado por Ignacio Arroyo, José Miguel Embid y Carlos Górriz), Madrid, 2009, págs. 715-716.

13. Entre otras, invoca la doctrina de esta sentencia recientemente la SAP de Las Palmas (Sección 4ª) núm. 393/2014 de 22 julio, F.J. 2 (AC 2014\1662) declarando atentatoria al orden público la nulidad por simulación una vez acreditada la no celebración de las Juntas.

14. Se razona en concreto en la referida Sentencia, citando la Sentencia de 5 de febrero de 2002 (RJ 2002, 1600) que apuntaba que un acuerdo social puede ser contrario al orden público por su contenido o por su causa, lo que permite valorar el propósito práctico perseguido con el acuerdo y, en casos como el presente, declarar que la nulidad que se postula, con oposición al orden público, no radica en el contenido del acuerdo, sino en que fue tomado con grave lesión

nificado de la mención a la «causa y contenido», entendiendo que con ello el legislador quiere decir que la motivación, fundamento o finalidad, es decir la causa como la materia sobre la que versa el acuerdo, es decir, el contenido, son suficientes para desencadenar la nulidad, si contradicen el orden público. En este sentido parece que la ratio legal se mueve más en el plano de la materia y de la finalidad que de la forma. Los acuerdos contrarios al orden público van referidos a requisitos sobre el objeto y/o la causa del acuerdo y no sobre las condiciones formales del acuerdo<sup>15</sup>.

Esta relevancia de las «circunstancias» para el mismo supuesto que hemos referido podría operar en sentido contrario. Así es el caso enjuiciado en la STS (Sala de lo Civil, Sección1ª) núm. 120/2015 de 16 marzo, F.J. 5 (RJ 2015\2099), en la que precisamente «las circunstancias concurrentes en el caso que enjuiciamos» imponen no aplicar la doctrina expuesta sobre las Juntas inexistentes tomando en consideración «aquellos supuestos en que por la reiterada decisión de los socios —exteriorizada «facta concludentia»—, las juntas universales no se reúnen de hecho, los temas se tratan por los partícipes en sus conversaciones telefónicas o aprovechando encuentros familiares y las actas se redactan después de aquellas o de estos, siendo firmadas por todos, sucesivamente, en sus respectivos domicilios».

Y siendo esto así, habría que poner en tela de juicio que el acuerdo contrario al orden público se pudiera derivar exclusivamente de la infracción de una norma imperativa como se ha apuntado desde la doctrina. Pensamos que la infracción (a la que nos referiremos más adelante) debe ir acompañada de una «intención» con efectivo perjuicio. Y esto cabría entender de la sentencia de 18 de mayo de 2000 (RJ 2000, 3934)<sup>16</sup>, cuando dice que «el concepto de orden público en el área de los acuerdos sociales es de los denominados indeterminados, y que generalmente se aplica a acuerdo, convenios o negocios que suponen un ataque a la protección de los accionistas ausentes, a los accionistas minoritarios e incluso a terceros, pero siempre *con una finalidad, la de privarles de la tutela judicial efectiva que proclama el art. 24.1 CE* (la cursiva es nuestra).

---

de los derechos del accionista, especialmente señalados en el artículo 48 LSA, derechos cuya efectiva protección constituye uno de los principios configuradores de la sociedad (artículo 10 LSA), pues, como decía la Sentencia de 30 de mayo de 2007, cualquiera que sea la concepción que se tenga del orden público a estos efectos, no puede entenderse que resulte indemne a actos falsarios, que vulneran frontalmente el nivel participativo de los socios allí donde es conceptual y legalmente indispensable, a lo que añadía que «crear la apariencia de una Junta universal que no se ajusta a la realidad y con el propósito de eludir la intervención de socios que desconocen su existencia ataca los más elementales principios de la vida social; y los acuerdos, por su causa, infringen la normativa legal (artículos 99 y 48 LSA), afectando al orden público societario».

15. Así se expresa ARROYO MARTÍNEZ (*Comentarios a la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada...*, cit., pág. 716), señalando como ejemplo de acuerdos no contrarios al orden público aquellos acuerdos que contradicen aspectos formales de la Ley pero salvan las normas de contenido, por ejemplo los preceptos relativos a plazos.

16. Y a esta se remite, en un estudio profundo y sistemático sobre el concepto de orden público en el ámbito de la impugnación de acuerdos sociales, la STS (Sala de lo Civil, Sección1ª) núm. 596/2007 de 30 de mayo (RJ 2007\3608).

De la misma manera deberíamos interpretar la STS Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 596/2007 de 30 mayo, F.J. 4 (RJ 2007\3608) cuando estima la infracción de orden público ya que «crear la apariencia de un Junta universal que no se ajusta a la realidad y con el propósito de eludir la intervención de socios (la cursiva es nuestra) que desconocen su existencia ataca los más elementales principios de la vida social; y los acuerdos, por su causa, infringen la normativa legal (arts. 99 LSA y 48 LSRL) afectando al orden público societario.

### 3.3. Interpretación restrictiva del orden público

Desde el momento en que carecemos de un concepto preciso de orden público no es fácil entrever el riesgo de que se abuse de este supuesto de nulidad sobre el que no opera plazo de caducidad alguno en la correspondiente acción de nulidad. Parece evidente que no va por ahí la voluntad del legislador.

Sobre lo que deba entenderse por «orden público» —expone GIMENO SENDRA— al objeto de exonerar de la vigencia de dicho plazo al ejercicio de la acción de impugnación sobre el acuerdo nulo ha de tenerse en cuenta que dicho concepto constituye un «standard» jurídico que habrá de ser integrado mediante la jurisprudencia de los Tribunales, la cual, si como se ha dicho, es de interpretación restrictiva a la hora de apreciar la concurrencia de la nulidad de pleno derecho, con mayor razón habrá de serlo cuando el acuerdo nulo sea además contrario al orden público. El mismo autor continúa su exposición, y sin ánimo exhaustivo cita como ejemplos de dichas contravenciones, los acuerdos que pudieran infringir las normas constitucionales tuteladoras de los derechos fundamentales<sup>17</sup>. Estamos de acuerdo en que el carácter de excepción a la regla general obliga, en buena lógica, a una aplicación restrictiva del orden público. Pero aquí se juntan además las características del concepto de orden público que debe partir de la excepcionalidad del mismo<sup>18</sup>.

Pensamos que un buen primer punto de partida es el criterio restrictivo al que acabamos de referirnos. Ciertamente este criterio ha sido acogido por nuestra jurisprudencia, razonando que es difícil «definir qué deba entenderse por orden público a efectos de evitar el plazo de caducidad en la vigente regulación que se contiene en el artículo 116 TRLSA. El concepto de orden público, como

---

17. GIMENO SENDRA, Vicente. *La reforma procesal mercantil. Los nuevos procesos de impugnación de acuerdos y de la propiedad industrial...*, cit., pág. 23. Basaba esa solución en la doctrina del Tribunal Constitucional, pues dicho Tribunal tiene declarado que «el libre ejercicio de tales derechos conforma hoy el concepto de «orden público»: STC 41/1982, 19/1985, 112/1986, 199/1987, 39/1988) o los que sean, al propio tiempo, constitutivos de un ilícito penal».

18. Sobre este propósito nos referiremos más adelante al intento del legislador respecto de la reforma de la Ley de Arbitraje de 2003 llevada a cabo por la Ley 11/2011, de 20 de mayo, de reforma de la misma. Efectivamente, en el texto del Proyecto de Ley de 2010 se pretendía, respecto de los motivos de anulación del laudo, la modificación del texto del art. 41.1.f) «que el laudo es contrario al orden público» por el siguiente texto: «que el laudo sea manifiestamente contrario al orden público».

límite de la autonomía privada, ofrece serias dificultades de fijación, y presentado como excepción a la regla de caducidad de las acciones de impugnación debe ser aprehendido en sentido restrictivo<sup>19</sup>, pues de otro modo podría suceder que un concepto lato generara tal ampliación de las posibilidades de impugnación que bien pudiera destruirse la regla de la caducidad de la acción de impugnación, sin duda establecida en seguridad del tráfico<sup>20</sup>.

### 3.4. Los principios configuradores de la sociedad y la protección de los derechos del socio

Pero más allá del criterio restrictivo se hace necesario dotar de contenido positivo al repetido orden público. Porque ese contenido esencial e innegociable del derecho societario sí existe. Y habría que buscarlo «en el meollo del derecho de Sociedades normas en tal grado imperativas, que el ordenamiento jurídico no puede renunciar a su observancia» siguiendo el consejo ya referido de GÓMEZ ORBANEJA.

Compartimos con ARROYO MARTÍNEZ<sup>21</sup> en que determinar exhaustivamente cuando la causa o contenido de un acuerdo en concreto choca con el orden público, es tarea imposible de resolver de antemano. Es evidente que en una cuestión como esta resulta de particular interés atender a los criterios jurisprudenciales, sobre todo cuando no se conocen intentos del legislador por hacer menos «indeterminado» este concepto<sup>22</sup>. Sobre este punto, sistematiza la doctrina del Alto Tribunal la STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 841/2007 de 19 de julio, F.J. 2 (RJ 2007\5092)<sup>23</sup>, recordando que esta Sala ha sostenido en sentencias anteriores la aplicación del artículo 116.1, segundo inciso, LSA a

---

19. Con arreglo a esta idea, la SJM núm. 1 de Granada de 26 marzo 2015, F.J. 2 (AC 2015\571) declara que «el orden del día pertenece a la esfera de legalidad societaria y no de orden público en tanto a la limitación o extensión que respecto del mismo deben operar los acuerdos que finalmente sean adoptados en la junta. Se trata de exigencias mínimas (STS de 3 de abril de 1986 (RJ 1986, 1792)) que impone la norma cuya claridad debe considerarse esencial pero que solo contradirán el orden público en tanto a su contenido y no en cuanto a su extensión, valoración o disfunción».

20. En este sentido y entre otras, la STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 902/2005 de 28 de noviembre, F.J. 9 (RJ 2006\1233) o la STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 841/2007 de 19 de julio, F.J. 2 (RJ 2007\5092).

21. ARROYO MARTÍNEZ, Ignacio. *Comentarios a la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada...*, cit., pág. 716.

22. Sí hay constancia en cambio en relación con la reforma de 2011 de la Ley de arbitraje a la que nos hemos referido. Como diremos más adelante se intentó equiparar el orden público para anular el laudo a «que el laudo se hubiere dictado fuera del plazo o con infracción de las normas imperativas o constitucionales». También se propuso añadir un párrafo con un propósito explicativo o delimitador del orden público, en el que se dispusiere que «se considerará que un laudo es manifiestamente contrario al orden público cuando se haya dictado con vulneración de los principios o derechos fundamentales de la Constitución».

23. Se cita esta sentencia, entre otras en la SAP de Barcelona (Sección 15ª) núm. 29/2015 de 10 de febrero F.J. 3 (AC 2015\331)

supuestos como el que nos ocupa, tratando de centrar la aplicación del concepto, ciertamente indeterminado, de orden público en conexión con los principios configuradores de la sociedad y con la protección de accionistas ausentes o minoritarios. Es capital a este efecto la ya citada Sentencia de 30 de mayo de 2007, en la que se recoge la doctrina fundamental al respecto (...) por lo que centra el concepto, de acuerdo con la doctrina más autorizada, en los «principios configuradores de la sociedad» a que se refiere el artículo 10 LSA, y en la lesión de los derechos y libertades del socio (STC 43/1986, de 15 de abril RTC 1986, 43]). Esta misma idea, de protección de los derechos de los accionistas, está presente en la STS de 18 de mayo de 2000 (RJ 2000, 3934), cuya doctrina recogen las SSTS de 4 de marzo de 2002 (RJ 2002, 2421) y de 26 de septiembre de 2006 (RJ 2006, 7477), en la que también se apunta a «normas imperativas que afecten a la esencia del sistema societario», sin perjuicio de otras consideraciones de orden más general que destacan otras decisiones (SSTS 11 de abril de 2003 [RJ 2003, 3269], 21 de febrero de 2006 [RJ 2006, 827], etc.).».

Partimos pues de la base de que la nulidad insubsanable y cuya acción carece de plazo de caducidad tiene su origen en la infracción de normas legales imperativas. Añadir a este presupuesto un *plus* de «agresión al ordenamiento» en el sentido de que el acuerdo atente contra los principios configuradores de la sociedad y la protección de los derechos del socio debe valorarse como algo razonable. Por lo tanto, en palabras de DAMIÁN MORENO y ARIZA COLMEREAREJO, para que pueda darse una causa de nulidad por este motivo, no basta con que el acuerdo haya vulnerado una norma legal, sino que es necesario que la infracción afecte gravemente a dichos principios pues de lo contrario no tendría ningún sentido que el legislador le hubiera dispensado este trato tan extraordinariamente favorable<sup>24</sup>.

### 3.5. El orden público no se limita a los derechos fundamentales

La afirmación merece una explicación ya que no es infrecuente la vinculación del orden público y derechos fundamentales partiendo de que el orden público se corresponde con los principios jurídicos básicos de un ordenamiento. Incluso hay resoluciones de nuestro Tribunal Supremo que alimentarían esa identificación. Así por ejemplo, la STS (Sala de lo Civil) núm. 496/2000 de 18 de mayo, F.J. 1 (RJ 2000\3934) vincula el orden público a la finalidad de privar de la tutela judicial efectiva que proclama el art. 24.1 CE. En un sentido parecido, la STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 913/2006 de 26 septiembre, F.J. 3 (RJ 2006\7477) declara que unos acuerdos serán contrarios al orden público cuando «afecten a la esencia del sistema societario, así como normas

---

24. DAMIÁN MORENO, Juan y ARIZA COLMEREAREJO, María Jesús. *Impugnación de Acuerdos de Sociedades Anónimas...*, cit., pág. 41.

relativas a derechos fundamentales». Todo esto unido al carácter restrictivo con que debe ser interpretado el concepto de orden público podría llevar a restringir su ámbito a dichos derechos fundamentales.

De forma clara rechaza esta posibilidad la STS (Sala de lo Civil, Sección1ª) núm. 596/2007 de 30 de mayo, F.J. 4 (RJ 2007\3608). Allí se desmiente que el concepto de orden público deba reducirse al ámbito de los derechos fundamentales y libertades públicas garantizadas constitucionalmente resultando «indudable que no cabe limitar su alcance» en los referidos términos. Y esto es así porque aunque efectivamente la finalidad o la consecuencia de privar a los legitimados de la tutela judicial efectiva pueden ser determinante para que se aprecie la vulneración del orden público, no solo por ese motivo se puede alcanzar dicha vulneración. De hecho, incluso en las resoluciones referidas en las que se vincula el orden público con los derechos fundamentales, no se hace esto de forma exclusiva y excluyente. Y así se hace referencia también al ataque a la protección de los accionistas ausentes, a los accionistas minoritarios e incluso a terceros que pueda suponer un acuerdo (STS (Sala de lo Civil) núm. 496/2000 de 18 de mayo, F.J. 1 (RJ 2000\3934)); o la vulneración de algún modo de normas imperativas que afecten a la esencia del sistema societario (STS (Sala de lo Civil, Sección1ª) núm. 913/2006 de 26 septiembre, F.J. 3 (RJ 2006\7477)).

Por tanto y después de lo visto podríamos concluir que el orden público previsto en la Ley de Sociedades de Capital, según el cual y cuando se haya vulnerado por la adopción de una cuerdo social no hay plazo de caducidad que ponga límite temporal a su impugnación, es, sin duda un concepto jurídico indeterminado. Y hasta donde sea posible resulta «determinable» atendiendo a varios parámetros. 1) Guarda relación con la vulneración de los derechos fundamentales particularmente con el derecho a la tutela judicial efectiva, pero no de manera exclusiva y excluyente. 2) que el acuerdo atente contra los principios configuradores de la sociedad y la protección de los derechos del socio, siendo necesario que la infracción afecte gravemente a dichos principios. 3) Para la apreciación de esos parámetros objetivos, deberá estarse también a la intencionalidad del acuerdo adoptado, pues esta puede marcar la frontera entre una mera infracción y una falta contra el orden público societario. 4) Y todos estos criterios aplicados siempre con un criterio restrictivo.

#### **4. LA ANULACIÓN DEL LAUDO CONTRARIO AL «ORDEN PÚBLICO»**

##### **4.1. Cuando la anulación del laudo era ajena al orden público**

Y así era efectivamente cuando el arbitraje comenzó a exigir de una Ley especial. La Ley de 22 de diciembre de 1953, por la que se regulan los arbitrajes de Derecho Privado dio ese paso sumando el arbitraje a la larga listas

de instituciones que huyeron de los códigos y leyes generales, para ampararse en una ley especial, con mejor o peor fortuna.

Pues bien, yendo directamente a la cuestión que aquí nos ocupa, es sabido que en la referida Ley el régimen de impugnación del laudo era doble. Por un lado y para los arbitrajes celebrados con arreglo a Derecho disponía la Ley que los laudos pudieran ser objeto de impugnación judicial a través del «recurso de casación por infracción de Ley o quebrantamiento de forma ante la Sala Primera del Tribunal Supremo». Para los arbitrajes dictados en equidad, el art. 30 de la LA/1953 disponía que «solo cabrá recurso de nulidad ante la Sala Primera del Tribunal Supremo por los motivos y según el procedimiento que se establece en el artículo mil seiscientos noventa y uno número tres, y en los artículos mil setecientos setenta y cuatro a mil setecientos ochenta de la Ley de Enjuiciamiento Civil».

Siendo estos últimos relativos al procedimiento, la cuestión de los motivos se salda en la remisión al art. 1.691.3 LEC/1881. Y en esta norma, y después de referirse en los dos números anteriores a la casación por infracción de Ley y por quebrantamiento de forma, incluye como causa tercera el «haber dictado los amigables componedores la sentencia fura del plazo señalado en el compromiso, o resuelto puntos no sometidos a su decisión o que, aunque lo hubieran sido, no fueren de índole civil o estuvieren comprendido en las excepciones consignadas en el párrafo 2º del art. 487»<sup>25</sup>.

#### **4.2. Incorporación del orden público al régimen legal del arbitraje. Criterios para la interpretación de una norma**

Siguiendo la historia normativa del arbitraje tenemos que irnos a la Ley de Arbitraje de 1988 para encontrar mención expresa al orden público. ¿Y cómo aparece nuestro orden público en esta Ley y en el régimen legal del arbitraje? Es en el art. 45 LA/1988 donde se relacionan los motivos que pueden dar lugar al entonces llamado recurso de anulación del laudo, incluyéndose en quinto y último lugar el del laudo contrario al orden público.

En la elaboración de aquel texto normativo ya se puede apreciar cierta huella de la Ley Modelo UNCITRAL<sup>26</sup>, que realmente estuvo presente en la metamorfosis que se elaboró de la Ley de Arbitraje de Derecho Privado de

---

25. Artículo este que fue derogado precisamente por la Ley de Arbitrajes de Derecho Privado de 1953 y que disponía que «toda contestación entre partes, antes o después de deducida en juicio, y cualquiera que sea su estado, puede someterse al juicio arbitral o al de amigables componedores, si tiene aptitud legal para contraer este compromiso».

26. En el Preámbulo de aquella Ley, se reconoce la visión supranacional que entonces ya se tenía del arbitraje, destacando que «el Comité de Ministros del Consejo de Europa, en su Recomendación 12/1986, referente a ciertas medidas tendentes a prevenir y reducir la sobrecarga de trabajo de los Tribunales, postula que los Gobiernos adopten las disposiciones adecuadas para que «en los casos que se presten a ello, el arbitraje pueda constituir una alternativa más accesible y más eficaz a la acción judicial».

1953 que era una Ley en buena medida heredera de la LEC/1881, a la incorporación a los sistemas modernos de arbitraje que se llevó a cabo de la mano de la Ley de arbitraje de 1988. Y en buena medida seguro que por la toma en consideración de la Ley Modelo<sup>27</sup>.

Es herencia de la repetida Ley Modelo la referencia al orden público, y esto de la manera siguiente. En el art. 34 de aquel texto normativo se contemplaba «la petición de nulidad como único recurso contra un laudo arbitral». Y entre los motivos de tal petición se recoge al final el supuesto de que el tribunal compruebe «que el laudo es contrario al orden público de este Estado». Por su parte, en el art. 36 de la Ley Modelo se hace referencia a los «motivos para denegar el reconocimiento o la ejecución» se recoge también como último supuesto que el tribunal compruebe «que el reconocimiento o la ejecución del laudo serían contrarios al orden público de este Estado». Esta «coincidencia» se enmarca en el propósito de aquel texto normativo de unificar las causas de anulación del laudo y las de denegación de su reconocimiento y ejecución. Unificación ésta que fue celebrada por la doctrina<sup>28</sup> pero que nos permite pensar en los efectos propios de cualquier mestizaje jurídico. ¿Acaso no es fácil pensar que la referencia al orden público vino de la mano del arbitraje internacional y de la necesidad de los Estados de defenderse frente a él su orden público? ¿Acaso es posible pensar en una interpretación más razonable?

### 4.3. Asimilación y aplicación práctica del orden público arbitral

En su momento<sup>29</sup> defendimos que el concepto de orden público debería descifrarse en este caso en el contexto de lo que es la anulación del laudo, recordando que el recurso de anulación no constituye una vía para quien pretende una resolución más justa, ya que el referido medio de impugnación sólo

---

27. Invoca esta «paternidad» de la Ley Modelo UNCITRAL la vigente Ley de Arbitraje de 2003, en cuya Exposición de Motivos se afirma que la LA/2003 prolonga la sensibilidad de la LA/1988: «esa vocación y esa práctica, pero con la pretensión de producir un salto cualitativo. Así, su principal criterio inspirador es el de basar el régimen jurídico español del arbitraje en la Ley Modelo elaborada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, de 21 de junio de 1985 (Ley Modelo de CNUDMI/UNCITRAL), recomendada por la Asamblea General en su Resolución 40/72, de 11 de diciembre de 1985.

28. Así lo entendía ESPLUGUES MOTA afirmando que la Ley Modelo incorpora un sistema de doble control del laudo arbitral internacional. Control primero por parte de los tribunales del país donde fue dictada la decisión, y segundo, por los tribunales del país donde se solicitó el reconocimiento o la ejecución. La ley unifica *de facto* las causas, añadiendo el citado autor que la unidad de criterios constituye un elemento de gran transcendencia para lograr una reducción en la relevancia del papel jugado por el lugar donde se realiza el arbitraje, objeto perseguido por la Ley. ESPLUGUES MOTA, Carlos. «Aproximación a la nueva ley modelo UNCITRAL sobre arbitraje comercial internacional», en Revista de la Corete Española de Arbitraje, 1986, pág. 27.

29. Cfr. *La anulación del laudo arbitral. El proceso arbitral y su impugnación*. Granada, 1996. Págs. 370 y 371.

atendía a los supuestos de ilegalidad del laudo. Por este criterio de interpretación sistemática y atendiendo a la referencia que la Exposición de Motivos de la Ley de 1988 hacía a los «principios de nuestra Constitución», cabía concluir que la admisibilidad de la anulación contra el laudo arbitral, por ser éste contrario al orden público, estaría condicionada a que dicha vulneración haga referencia a alguno de los derechos fundamentales mencionados en el art. 53.2 de la Constitución<sup>30</sup>.

Esta solución se ha visto refrendada, andando el tiempo, por otras reformas legislativas que en el ámbito de la garantía del derecho a la tutela judicial efectiva ha venido haciendo el legislador. Me refiero en concreto a la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, a través de la cual se lleva a cabo, una modificación, tanto del régimen del recurso de amparo como del «reforzado» incidente de nulidad de actuaciones<sup>31</sup>.

En la práctica, la doctrina que de manera casi unánime han mantenido las diversas Audiencias Provinciales, en el sentido de vincular aquella mención al orden público a un concepto de orden público procesal<sup>3233</sup> (la mayoría de las veces<sup>34</sup>), y en cualquier caso, desligado de un control sobre la resolución del

---

30. Esta interpretación selectiva de los principios constitucionales se justificaba por ser estos derechos, con arreglo al texto constitucional, merecedores de una especial tutela judicial, tutela que es el fundamento jurídico de la acción de anulación contra el laudo arbitral.

31. Es sabido que después de esta reforma, el art. 241.1.I LOPJ queda redactado en los siguientes términos: «No se admitirán con carácter general incidentes de nulidad de actuaciones. Sin embargo, excepcionalmente, quienes sean parte legítima o hubieran debido serlo podrán pedir por escrito que se declare la nulidad de actuaciones fundada en cualquier vulneración de un derecho fundamental de los referidos en el artículo 53.2 de la Constitución, siempre que no haya podido denunciarse antes de recaer resolución que ponga fin al proceso y siempre que dicha resolución no sea susceptible de recurso ordinario ni extraordinario».

32. En la actualidad se mantiene este mismo criterio, apreciándose que si son poco frecuentes los supuestos en los que los tribunales anulan laudos arbitrales estimando contradicción con el orden público, a su vez, dentro de estos escasos pronunciamientos son abrumadoramente mayoritarios los que achacan al laudo vulneración del orden público en su vertiente procesal. Tanto es así que cabe afirmar que la anulación de laudos por vulneración del orden público en su faceta material es un supuesto excepcionalísimo en la realidad forense. ORMAZABAL SÁNCHEZ, Guillermo. *El control judicial sobre el fondo del laudo...*, cit., pág. 70.

33. Sobre el significado de este término se pronuncia la STSJ Cataluña (Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª) núm. 78/2016 de 6 octubre, F. J. 4º, (RJ 2016\5939) razonando que «el orden público procesal se identifica tras la promulgación de la Constitución Española, con los derechos y garantías constitucionalmente consagradas en relación con la proscripción de la indefensión impuesta por el art. 24.2CE, que ha de ser material, real y efectiva, no meramente formal, siendo relevante tan sólo aquella en la que la parte se ve privada injustificadamente de la oportunidad de defender su respectiva posición procesal, acarreándole tal irregularidad un efectivo menoscabo de sus derechos e intereses».

34. Es posible encontrar, aisladamente, planteamientos diversos, como los que señala LORCA NAVARRETE, Antonio María. («Los motivos de la denominada acción de anulación contra el laudo arbitral en la vigente Ley de Arbitraje», en *La Ley*, año XXV. Número 6005. Martes, 27 de abril de 2004), citando sentencias como la de la Audiencia Provincial de Barcelona de 18 de julio de 1995, o la de la Audiencia Provincial de las Islas Baleares de 4 de febrero de 1997. En dichas resoluciones

fondo del asunto<sup>35</sup>. Especialistas en la materia, como HINOJOSA SEGOVIA<sup>36</sup> han concluido y defendido que no se puede impugnar el laudo con la LA/2003 cuando éste ha infringido las normas del ordenamiento jurídico material como ya ocurría con la LA anterior de 1988. La infracción del ordenamiento jurídico material, dado el carácter dispositivo de las normas que regulan las materias sometibles a arbitraje, está excluida del concepto de orden público. Incluso podríamos hablar de situaciones que pudieran parecer supuestos de un «orden público material» y que debidamente analizados se podrían reconducir al orden público procesal<sup>37</sup>.

Encuentra además este criterio respaldo en la doctrina del Tribunal Constitucional. Así, por ejemplo, en su Auto núm. 259/1993 (Sala Primera, Sección 1ª), de 20 julio, se afirma que «el contenido del laudo no es revisable judicialmente ni, por tanto, en sede constitucional. Así lo dijimos en nuestra STC 43/1988 (RTC 1988, 43), vigente la anterior Ley de Arbitraje, aun cuando su doctrina siga siendo válida en la actualidad. Se trata de «un proceso especial, ajeno a la jurisdicción ordinaria» con simplicidad de formas procesales y uso del arbitrio en el de equidad, sin necesidad de motivación jurídica, aunque sí, en todo caso, de «dar a las partes la oportunidad adecuada de ser oídas y de presentar las pruebas que estimen necesarias». Ahora bien, el recurso de nulidad no transfiere al Tribunal Supremo entonces, a la Audiencia Provincial hoy, ni les atribuye «la jurisdicción originaria exclusiva de los árbitros, ni siquiera la revisora del juicio de equidad en sí mismo. No es Juez del juicio de equidad,

---

se aboga por un concepto de orden público que se extiende a las normas legales de «ius cogens», tanto imperativas como prohibitivas, sean de índole procesal o material, y a los principios esenciales que de éstas derivan.

35. CRESPO MARTÍNEZ, María Carmen (*La anulación del laudo. Esencia y jurisprudencia de la relación entre jurisdicción y arbitraje*. Pendiente de publicación) resume esta doctrina sobre la anulación del laudo y el papel del orden público de la siguiente manera. Debo resaltar que lo realmente interesante es que este medio no puede considerarse como una segunda instancia. Así:

a) No puede pretenderse que se convierta en una puerta abierta para la mera sustitución del criterio del árbitro por el de los jueces, ni de un control por éstos de la justicia o equidad del laudo, pues de ese modo, la finalidad del arbitraje se vería desnaturalizada.

b) Si se permitiera esta sustitución de la decisión arbitral por la judicial se convertiría en una segunda instancia, en algo parecido a un recurso de apelación.

c) Por lo tanto como he señalado al principio, la anulación sólo puede referirse a errores *in procedendo*, de modo que la cuestión de fondo sólo puede ser atacada si se produce una inobservancia de las garantías arbitrales.

Quedan fuera de este concepto, la posible injusticia del laudo o la falta de aplicación o aplicación incorrecta de la ley.

36. HINOJOSA SEGOVIA, Rafael. «De la anulación y de la revisión del laudo», en DE MARTÍN MUÑOZ, Alberto y HIERRO ANIBARRO, Santiago. *Comentario a la Ley de Arbitraje*. Madrid, 2006, pág. 519.

37. Así lo hace CRESPO MARTÍNEZ (*La anulación del laudo...cit.*), defendiendo que en la práctica será difícil que el laudo atente contra alguno de los derechos y libertades fundamentales, fuera del art. 24CE. Quizá el único que puede darse con cierta frecuencia, sea el quebrantamiento del principio de igualdad recogido en el art. 14 CE. Pero esta vulneración debe darse en el laudo, pues si se produce la desigualdad en la designación de los árbitros se invocaría el motivo d) y si la desigualdad se produce en el procedimiento, el cauce específico sería el motivo b).

porque iría contra la misma esencia de ese juicio personal, subjetivo, de pleno arbitrio, sin más fundamento que el leal saber y entender del árbitro. La revisión que opera el recurso de nulidad es un juicio externo» (STS de 13 de octubre de 1986).

#### 4.4. ¿Sería posible ahora una Ley de Arbitraje sin referencia al orden público?

En el mismo trabajo de referencia hicimos una propuesta *de lege ferenda*, en la cual, atendiendo a que la anulación del laudo está sujeta a motivos tasados, razonamos que la manera más oportuna de tutelar el etéreo sistema de valores que conforma el orden público es la limitación del ámbito de operatividad del arbitraje a las materias disponibles con arreglo a derecho, excluyendo las reglas imperativas que *positivizan* el intangible orden público. En resumidas cuentas, la conclusión —que sólo tímidamente contempló el legislador con la mención del «laudo manifiestamente contrario al orden público— no era otra que prescindir del concepto de orden público en relación con la anulación del laudo. O, si se prefiere y se quiere respetar la fidelidad al texto de la Ley Modelo UNCITRAL, restringiendo el orden público como motivo de anulación del laudo, apreciable de oficio<sup>38</sup>, cuando el laudo dictado en un Estado fuese contrario al orden público en España<sup>39</sup>.

Más allá de la tímida restricción del motivo de orden público como anulatorio del laudo, bien podría haberse puesto encima de la mesa de debate la supresión de dicho motivo, cuando menos en relación con el arbitraje interno. El tratamiento unitario del arbitraje, ya sea interno o internacional, es evidente que puede encontrar sus excepciones. Y es reseñable que en relación con el concepto de orden público en materia de arbitraje, ha sido la propia UNCITRAL la que ha admitido el manejo de un orden público interno (para la anulación del laudo) y uno internacional (en orden al reconocimiento y ejecución del laudo)<sup>40</sup>. Es respecto del primero del que nos cabe plantear la posi-

---

38. Efectivamente, el art. 42.2 LA prevé que se pueda apreciar de oficio de cara a la anulación del laudo los motivos de falta de las debidas notificaciones y privación de derechos a las partes, falta de arbitralidad de la materia y laudo contrario al orden público; estas dos últimas, al igual que la Ley Modelo UNCITRAL.

39. Guardando de esta manera cierto paralelismo con la previsión del entonces vigente art. 954.3º de la LEC/1881, que exigía, para que una ejecutoria tenga fuerza en España «que la obligación para cuyo cumplimiento se haya procedido sea lícita en España». En cualquier caso, tampoco se podrá olvidar la existencia de un orden público interno y un orden público internacional (al respecto, ORTEU CEBRIAN, Fernando y ALÍAS MAROZ, María Isabel. *Exequatur de laudos arbitrales extranjeros al amparo del Convenio de Nueva York de 10 de junio de 1958 (Doctrina de la Sala Primera del Tribunal Supremo)*. Barcelona, 2003, págs. 95 y ss.

40. En la Nota Explicativa de la Secretaría de la CNUDMI acerca de la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1985, en su versión enmendada en 2006, se expone en el punto 48 la siguiente afirmación: «aunque los motivos para declarar la nulidad de un laudo enunciados en el párrafo 2) del artículo 34 son casi idénticos a los que pueden invocarse para denegar su

bilidad de su supresión, en el entendido de que ese motivo de anulación bien poco o nada añade a los otros motivos que ya se recogen en el art. 41 LA y que definen la impugnación del mismo. Y sin embargo, aquella mención al orden público pende como una espada de Damocles sobre la naturaleza y fundamento de aquel medio de rescisión de laudos firmes.

No es locura esta pretensión y hay que reconocer que pasó por la mesa del legislador con motivo de la reforma llevada a cabo por la Ley 11/2011, de 20 de mayo<sup>41</sup>. Allí se propuso en reforma del apartado f del art. 41.1 LA en el sentido de exigir para la declaración de nulidad del laudo que este «sea manifiestamente contrario al orden público»<sup>42</sup>. Con las virtudes y defectos que se quieran ver en la redacción de la propuesta, está claro el propósito de «subir el listón» para la apreciación del motivo de orden público<sup>43</sup>. Y esto quizá como una manifestación del sentimiento de que la mención en cuestión, en mayor o menor medida, sobra.

Ya sabemos que esta propuesta de reforma no pasó a la Ley de Arbitraje. Y como si fuera en respuesta a esta frustración parece que escribe RAMOS MÉNDEZ sus comentarios al «vidrioso concepto de orden público» que, sin estar definido objetivamente en la ley, se presta a ser interpretado por cada órgano jurisdiccional según sus particulares querencias. Ello obviamente produce inseguridad y merecería una respuesta legislativa sensata, que, hasta ahora, ningún ordenamiento se ha atrevido a dar<sup>44</sup>. Respuesta que bien sabemos que no ha llegado.

---

reconocimiento o ejecución con arreglo al párrafo 1) del artículo 36, cabe señalar una diferencia de orden práctico. En virtud del párrafo 2) del artículo 34 una petición de nulidad podrá interponerse únicamente ante un tribunal del Estado en que se haya dictado el laudo; la ejecución de un laudo, en cambio, podrá pedirse a un tribunal de cualquier Estado. Ello explica que los motivos relacionados con el orden público y con el hecho de que el objeto de la controversia no sea susceptible de arbitraje puedan diferir en cuanto al fondo en función de la ley que el tribunal aplique (sea la del Estado en el que se declare la nulidad o la del Estado en que se ejecute el laudo). Sobre los fines exclusivamente informativos de esta Nota ya nos hemos referido anteriormente.

41. Sobre esta reforma y al respecto del tema que tratamos ÁLVAREZ SÁNCHEZ DE MOVELLÁN, Pedro. «Régimen del laudo arbitral. Su anulación y ejecución. Novedades de la Ley 11/2011, de 20 de mayo de reforma de la ley 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje y de regulación del arbitraje institucional en la Administración General del Estado». En *La reforma de la Ley de Arbitraje de 2011* (Dirigido por Juan Damián Moreno). Madrid, 2011, págs. 146 y ss.

42. El texto del informe de la Ponencia en el Senado finalmente suprimió el apartado Once del Proyecto, que volvía sobre la recurrente cuestión del «laudo contrario al orden público».

43. En la tramitación del Proyecto no pasó desapercibida la mención al eterno interrogante del orden público, y en la Enmienda núm. 29, del Grupo Parlamentario Popular, se propuso una nueva redacción para el motivo de anulación del laudo que hablase de «que el laudo se hubiere dictado fuera del plazo o con infracción de las normas imperativas o constitucionales». La justificación: que «se delimita mejor el concepto «infracciones al orden público». En el mismo sentido, la Enmienda núm. 46, del Grupo Parlamentario Catalán (Convergència i Unió) proponía añadir un párrafo segundo con un propósito explicativo o delimitador del orden público, en el que se dispusiere que «se considerará que un laudo es manifiestamente contrario al orden público cuando se haya dictado con vulneración de los principios o derechos fundamentales de la Constitución».

44. RAMOS MÉNDEZ (*Enjuiciamiento civil. Cómo gestionar los litigios civiles...*, cit., pág. 499) Abunda en esta idea comentando que la ley no ha establecido un recurso de apelación contra el laudo arbitral. Los motivos de anulación hacen fundamentalmente referencia a aspectos de regularidad

Como finalmente el legislador dejó pasar otra ocasión para afrontar una reforma en el sentido expuesto, quedando finalmente la mención al orden público del art. 41 LA en sus mismos términos, pensamos que sería bastante con dar continuidad a la interpretación judicial que a lo largo de casi tres décadas ha permitido un funcionamiento coherente de la institución arbitral. Y una adecuada materialización del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva en un contenido tan singular como el del arbitraje, nacido precisamente para la evitación de los tribunales.

Pensamos que la interpretación que hemos señalado, a la que nos sumamos, (un orden público desligado del control sobre la resolución del fondo del asunto) es un criterio de aplicación que no pierde fuerza en su argumentación por el hecho de que aquella reforma de 2011 finalmente no haya seguido adelante con la idea de suprimir el arbitraje de equidad en el derecho interno. Sobre esta cuestión, se mantiene la redacción del art. 34 LA, en el cual se cambió la orientación de la derogada Ley de 1988 en el sentido de establecer como criterio por defecto el arbitraje de derecho frente al de equidad. Con este motivo ya señaló algún tratadista en la materia<sup>45</sup> que la obligada decisión de los árbitros justificada en la aplicación de la norma jurídica (el art. 34.1 LA) supone, por tanto, que, cuando no se aplica o se aplica indebidamente el derecho por el árbitro, se vulnera el orden público material que deriva de la inatendibilidad aplicativa, por parte del árbitro, de la norma jurídica material o sustantiva contenida en el art. 34.1 LA. A pesar de lo cual pensamos (con el mismo autor citado) que en cualquier caso y por lo que a la valoración del concepto de orden público se refiere, se ha impuesto finalmente una continuidad en los criterios que ya se venían sustentando con la LA de 1988 consistentes en no acudir a la vulneración del orden público material cuando no se aplique el derecho o se aplique mal por el árbitro al laudar.

#### **4.5. Obligada referencia al orden público económico. Un debate que puede no tener fin**

Efectivamente, para todos aquellos que sigan con cierto interés la vida (y la salud) del arbitraje en España, tratar hoy de los temas que tratamos y no hacer referencia al «orden público económico» no es posible. Nos vamos a limitar a una «referencia obligada», por limitaciones de espacio. Y porque pen-

---

en la obtención del laudo, consagrados ampliamente en la práctica internacional. Se establecen los topes máximos de control, pero, al margen de ellos, la decisión de fondo es irrecurrible. Cualquier intento alegre en contra debería chocar con la barrera de las causas legales tasadas.

45. LORCA NAVARRETE, Antonio M<sup>º</sup>. «Los motivos de la denominada acción de anulación contra el laudo arbitral en la vigente Ley de Arbitraje...», cit. Añade el citado autor que si bien mediante la anulación del laudo arbitral no se transfiere al órgano jurisdiccional las facultades que el árbitro dispuso al laudar, no es menos cierto que es posible transferir al órgano jurisdiccional las facultades jurídicas que las partes, en orden a la aplicación de la norma jurídica, atribuyeron a los árbitros en base al mandato imperativo y de orden público contenido en el art. 34.1 LA.

samos que, sin perjuicio de los muchos y muy elaborados estudios que hay al respecto, la cuestión que ahora planteamos no es ajena a una cierta toma de posición, académica o práctica, con frecuencia irreductible. La cuestión tendría su origen en tres sentencias de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, la del 28 de enero de 2015, la de 6 de abril de 2015 y la de 14 de abril de 2015 en las que se acuerda la nulidad de tres laudos arbitrales favorables a la entidad financiera demandada, relativos a la comercialización de instrumentos financieros complejos con clientes calificados como minoristas, por entender que eran contrarios al orden público económico de naturaleza sustantiva. De esta jurisprudencia menor se deduce que el orden público económico en el que se basa la anulación del laudo estaría relacionado con las reglas básicas y el principio irrenunciable de buena fe en la contratación de productos financieros necesitados de especial protección.

Son numerosos los autores y escritos que se han pronunciado sobre el tema. Un ejemplo lo tenemos en PERALES VISCASILLAS<sup>46</sup>, quien defiende que el concepto del orden público no aparece cualificado ni por términos materiales (económico, social u otros), ni por el ámbito territorial (nacional o internacional). Y citando doctrina y resoluciones judiciales concluye afirmando que existe unanimidad al entender que el orden público se considera en relación con la vulneración de los derechos fundamentales constitucionalmente reconocidos; se trata de un orden público fundamentalmente procesal: son los derechos fundamentales y las libertades públicas garantizados constitucionalmente: derecho de defensa y los principios procesales fundamentales de audiencia, contradicción e igualdad (art. 24 LA). Es igualmente pacífico el entendimiento de los principios básicos aplicables: no revisión del fondo y carácter restringido del concepto de orden público. Por ello, los motivos para la petición de anulación, son tasados y no se extienden a las infracciones de derecho material aplicable y aplicado en el laudo arbitral.

En un estudio sistemático, muy documentado y de enorme interés ORMAZABAL SÁNCHEZ<sup>47</sup> entiende que las críticas vertidas contra la referida doctrina del Tribunal Superior de Justicia de Madrid deberían tener su fundamento en la justificación de que las irregularidades que se refieren de los laudos anulados no constituyen vulneración del orden público. Porque los órganos judiciales pueden y deben, incluso de oficio (art. 41.1 LA) entrar en el fondo del

---

46. En este sentido, por ejemplo, PERALES VISCASILLAS, Pilar «Contratos de permuta financiera y arbitraje: cuestiones procesales y sustantivas», en *Revista de Derecho del Mercado de Valores* n.º 17/2015.

Refuerza su posición esta autora recordando que, con ocasión de la reforma de la LA por la Ley 11/2011 se intentó restringir la aplicación del orden público en cuanto a su contrariedad manifiesta. La filosofía que inspiraba en este punto la reforma era importante en el sentido de restringir el motivo del orden público en la anulación de los laudos, lo que implicaba todavía una interpretación más restringida de dicho motivo como causal de anulación y, en consecuencia, reforzar el principio del *favor arbitralis*.

47. ORMAZABAL SÁNCHEZ, Guillermo. *El control judicial sobre el fondo del laudo...*, cit., pág. 78.

laudo en la medida (y solo en dicha medida) en que se trate de verificar si se ha vulnerado o no el orden público.

Pensamos que la cuestión no tiene respuesta sin responder previamente a la pregunta eterna: qué es el orden público. Y aquí hemos querido dejar unas pautas para poder adentrarse en este vidrioso concepto. El orden público en la anulación del laudo es la garantía de que el laudo es «arbitral» en el sentido de sometido a la Ley de Arbitraje. Que las normas y principios de esa ley han sido respetados y por tanto que el producto del procedimiento arbitral es legal. Y aquí se termina el orden público en el arbitraje. Defender que un laudo que infrinja una norma legal sustantiva es contrario al orden público sería tanto como defender que la regulación de la casación, recurso sobre cuyo restringidísimo acceso no son necesarias aquí palabras, es contraria al orden público porque deja sin posibilidad de impugnación la mayoría de las sentencias que eventualmente pudieran haber incurrido en «infracción de normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso» (art. 477.1 LEC).

## **5. EL ORDEN PÚBLICO ES LO QUE ES EN CADA CASO Y EN SU CONTEXTO**

Concluimos pues con esta idea: el orden público es lo que es en cada caso y en su contexto<sup>48</sup>. Podríamos decir que la correcta gestión del concepto de orden público exige identificar la naturaleza y determinar el fundamento y finalidad de la institución en cuyo régimen legal se acude al orden público; y poner al servicio de la naturaleza de esa institución el recurso al orden público que haga el legislador. Y a continuación, sería ya virtud (u obligación) del operador jurídico conocer y entender ese contexto si quiere aplicar el orden público con arreglo a la legalidad.

Expone con acierto un ejemplo ORMAZABAL SÁNCHEZ, con motivo de la tantas veces citada STC (Sala Primera) núm. 43/1986 de 15 abril (RTC 1986\43)<sup>49</sup>

---

48. Esta conclusión cuenta con la opinión contraria de reputados especialistas en la materia. Por ejemplo DORAL GARCÍA DE PAZOS apuesta por una noción unitaria del orden público. Entiende este autor que por tratarse de un factor integrante de la dinámica social, su delimitación se hace indispensable. No es un concepto inmóvil, dada su radical inserción en el orden social. De aquí que la pretensión de logran una noción unitaria del orden público haya de referirse a la realidad social. DORAL GARCÍA DE PAZOS, José Antonio. *La noción de orden público en el Derecho civil español*. Pamplona, 1967, pág. 135.

49. Se declara en esa sentencia que «antes de la entrada en vigor de la Constitución, la Ley de Enjuiciamiento Civil (art. 954) y la doctrina jurisprudencial han venido denegando el reconocimiento y ejecución de Sentencias extranjeras contrarias al orden público del foro. Este concepto de orden público ha adquirido una nueva dimensión a partir de la vigencia de la Constitución de 1978. Aunque los derechos fundamentales y libertades públicas que la Constitución garantiza sólo alcanzan plena eficacia allí donde rige el ejercicio de la soberanía española, nuestras autoridades públicas, incluidos los Jueces y Tribunales, no pueden reconocer ni recibir resoluciones dictadas por autoridades extranjeras que supongan vulneración de los derechos fundamentales y libertades públicas garantizados constitucionalmente a los españoles o, en su caso, a los españoles

en la que se invoca el orden público en relación con la petición del *exequatur* de una sentencia extranjera. En aquella ocasión el Tribunal Constitucional resolvió la calificación del orden público acudiendo a los derechos fundamentales y libertades públicas reconocidas en la Constitución. Pero esta solución, ¿por qué razón principalmente? Pues precisamente por tratarse de una resolución dictada por el Tribunal Constitucional ante una solicitud de amparo de los derechos consagrados en el Texto Fundamental. Ese es el contexto concreto de aquella definición del orden público. Pero si se quisiera extrapolar la referida definición a cualquier otra aparición del «orden público» en nuestro ordenamiento, en opinión del citado autor llegaríamos a una conclusión desmesurada, pues supondría ignorar el peculiar cauce procesal en que dicho pronunciamiento ha recaído, a saber, en un recurso de amparo, que únicamente puede ser fundamentado y resuelto con referencia a los derechos fundamentales<sup>50</sup>.

Esta misma lógica hemos querido hacer ver que está presente en la regulación de la caducidad de la acción de impugnación de acuerdos sociales. La mención al orden público en el art. 205 LSC puede presentar las formas y apariencia de otras referencias al mismo en otros ámbitos del ordenamiento jurídico. Pero la «genética» de este orden público es absolutamente específica. Sería una simpleza identificarlo sin más con los «derechos fundamentales y libertades públicas reconocidas en la Constitución». Señalamos como coordinadas del mismo: la vulneración de los derechos fundamentales particularmente el derecho a la tutela judicial efectiva; la infracción y perjuicio grave de los principios configuradores de la sociedad y de la protección de los derechos del socio; la intencionalidad del acuerdo adoptado; y siempre un criterio restrictivo para aplicar estas pautas.

Por tanto el orden público que refiere el art. 205.1 LSC se identifica con los principios que rigen el funcionamiento de las sociedades de capital. Y sin la comprensión y el entendimiento de aquellos<sup>51</sup>, malamente se podrá aplicar con acierto el art. 205.1 LSC a la hora de excepcional el plazo de caducidad de la acción de impugnación de acuerdos por razón de orden público. Podría entenderse en este sentido la mención que ya hemos hecho a resoluciones del Alto Tribunal en el que se utiliza el término de «orden público societario» para referirse al contenido y significado del orden público deducido en la Ley de Sociedades de Capital para excepcionar la aplicación del plazo de caducidad

---

y extranjeros. El orden público del foro ha adquirido así en España un contenido distinto, impregnado en particular por las exigencias del artículo 24 de la Constitución».

50. ORMAZABAL SÁNCHEZ, Guillermo. *El control judicial sobre el fondo del laudo...*, cit., pág. 73. Añade el citado autor que el cometido del Tribunal Constitucional se ciñe a resolver sobre la dimensión constitucional del orden público, ya que este tribunal no está autorizado para pronunciarse más allá de este parámetro constitucional.

51. Nos parece magistral la síntesis y el entendimiento de aquella normativa que se deduce de las palabras de GÓMEZ ORBANEJA cuando afirma que «nada sería señores, tan erróneo y tan peligroso como suponer que es misión del Juez entrar a determinar el contenido de la voluntad de una Sociedad mercantil». GÓMEZ ORBANEJA, Emilio. «Las acciones de impugnación en la Ley de Sociedades Anónimas...», cit., pág. 564.

de un acuerdo que atenta gravemente contra los derechos y principios que inspiran el derecho societario<sup>52</sup>.

Pero ese «orden público societario» es una conceptualización del orden público con arreglo a la ley; adaptada al Derecho societario. La categoría del orden público económico y su utilización para la anulación de laudos entendemos que es una conceptualización contraria a la ley, que no está en armonía con la regulación del arbitraje.

En el caso del arbitraje la regulación de la anulación de laudos tiene como fundamento hacer presente la tutela judicial efectiva en la definición del arbitraje. Pero el arbitraje está definido en la Ley como un proceso de única instancia (sin perjuicio de que por voluntad de las partes pacten la posibilidad de apelar)<sup>53</sup>. No parte el arbitraje de un modelo de doble grado de jurisdicción<sup>54</sup>; ni le alcanza las posibilidades de la casación para el supuesto de infracción de norma legal sustantiva. Y esto, sencillamente, porque el arbitraje es así. Y porque los derechos son disponibles. Y porque estamos en el reino por excelencia de la voluntad de las partes para la resolución de conflictos. Tan rico y diverso es el Derecho.

---

52. Hablamos de la STS Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección1ª) núm. 596/2007 de 30 mayo, F.J. 4 (RJ 2007\3608) en la que se estimaba que «crear la apariencia de un Junta universal que no se ajusta a la realidad y con el propósito de eludir la intervención de socios que desconocen su existencia ataca los más elementales principios de la vida social; y los acuerdos, por su causa, infringen la normativa legal (arts. 99 LSA y 48 LSRL) afectando al orden público societario.

53. Y no hace falta insistir aquí en la idea ya sabida que el derecho a los recursos es un derecho constitucional de configuración legal. Así se recordaba por ejemplo en la STC (Sala Primera) núm. 20/1991 de 31 enero, FJ 2 (RTC 1991\20) cuando manifestaba como «reiteradamente ha declarado este Tribunal que, salvo en el orden jurisdiccional penal, no es constitucionalmente exigible la doble instancia, pudiendo el legislador establecer libremente los recursos que, ordinarios o extraordinarios, estime procedentes frente a las resoluciones judiciales, los casos y requisitos exigibles para su pertinente utilización y las demás previsiones procesales que las normas de esta naturaleza establezcan en virtud de la potestad legislativa del Estado que corresponde a las Cortes Generales (art. 66.2 de la C.E.).»

54. Haciéndose eco de una abundantísima relación de resoluciones judiciales al respecto afirma FERNÁNDEZ PÉREZ, que el mecanismo arbitral carece por definición de una «segunda instancia», en el sentido de que un órgano superior jerárquico pueda dictar una posterior decisión en la que se altere lo acordado por los árbitros. El juicio que realizan los árbitros es de plena cognición por lo que no resulta de recibo que un proceso posterior sobre el mismo objeto pueda ser competencia de otro órgano arbitral, o «con mayor razón al ser consustancial al arbitraje su mínima intervención», de un órgano judicial. FERNÁNDEZ PÉREZ, Ana. *El arbitraje entre la autonomía de la voluntad de las partes y el control judicial*. Barcelona, 2017, pág. 117.