



Roj: **STSJ M 23/2021 - ECLI:ES:TSJM:2021:23**

Id Cendoj: **28079310012021100003**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **02/03/2021**

Nº de Recurso: **12/2020**

Nº de Resolución: **6/2021**

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: 28.079.00.2-2020/0005301

**Procedimiento: Asunto civil 12/2020. Nulidad laudo arbitral 5/2020.**

Demandante: D<sup>a</sup>. Salvadora

Procurador: D. Jorge Deleito García.

#### **Demandados:**

D<sup>a</sup>. Teresa

Procurador: D. Bosco Hornedo Muguero.

D<sup>a</sup> Yolanda

En rebeldía.

D<sup>a</sup> María Teresa

En rebeldía.

#### **SENTENCIA N° 6/2021**

**Excmo. Sr. Presidente:**

**D. Celso Rodríguez Padrón**

**Ilmos. Sres. Magistrados:**

**D. Francisco José Goyena Salgado**

**D. Jesús María Santos Vijande**

En Madrid, a 2 de marzo del dos mil veintiuno.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** El 29 de enero de 2020 se presentó vía lexnet la demanda formulada por la Procuradora de los Tribunales D<sup>a</sup>. María José Moruno Cuesta, en nombre de D<sup>a</sup>. Salvadora, ejercitando, contra D<sup>a</sup>. Yolanda, D<sup>a</sup> Teresa y D<sup>a</sup>. María Teresa, acción de anulación del Laudo arbitral de 21 de octubre de 2019 y del Laudo de 26 de noviembre de 2019, que deniega la aclaración-rectificación del anterior, dictados por D. Manuel Gerardo



Tarrío Berjano en el Procedimiento Arbitral 2/2018, administrado por la Corte de Arbitraje de la Fundación Notarial SIGNUM.

**SEGUNDO.-** Verificada la sustitución en la representación procesal de la actora por el Procurador D. Jorge Deleito García y atendidos los requerimientos efectuados por Diligencia de Ordenación de 17.02.2020 -fijación de cuantía, acreditación de la fecha de notificación de los Laudos y de la representación- mediante escrito - y documental a él adjunta- presentado el 04.03.2020, es admitida a trámite la demanda por Decreto de 29 de mayo de 2020.

**TERCERO.-** Efectuados los oportunos emplazamientos, mediante Diligencia de 28.07.2020 se tiene por personada y parte a D<sup>a</sup>. Teresa , y por presentado su escrito de contestación a la demanda con fecha de entrada en Sala el 09.07.2020.

**CUARTO.-** Las codemandadas D<sup>a</sup> Yolanda y D<sup>a</sup> María Teresa , son declaradas en rebeldía, con preclusión del plazo para contestar a la demanda, respectivamente por Diligencias de Ordenación de 28 de julio y 4 de diciembre de 2020, rectificadas esta última por error material en lo tocante al cambio de Ponente -DIOR de 29 de enero de 2021.

**QUINTO.-** Dado traslado en Diligencia de Ordenación de 4 de diciembre de 2019 -notificada el siguiente día 9.12- a la demandante por diez días para presentar documentos adicionales o proponer prueba ex art. 42.1.b) LA, la representación de D<sup>a</sup>. Salvadora , mediante escrito presentado el 29 de diciembre de 2020, efectúa la siguiente proposición de prueba:

*1<sup>a</sup>. Se reitera por medio del presente escrito la solicitud contenida en el escrito de demanda (remisión íntegra del Expediente arbitral) de forma cautelar y sin perjuicio de que su práctica tardía y extemporánea requiera dar nuevo trámite a esta parte para alegaciones y proposición de prueba sin que en ningún caso pueda producirse indefensión.*

*2<sup>a</sup>. Se libre oficio Sociedad Estatal de Loterías y Apuestas del Estado SME S.A con domicilio en la calle Poeta Joan Maragall, 53, 28020 Madrid para que certifique que el actual gestor del punto de venta integral de loterías nº 410 de Madrid número de receptor 96825 28/000/410 sito en la Avda. de Bruselas nº 41 28028 Madrid es la mercantil SERVICIOS EMPRESARIALES TRADING S.L con CIF B-87734638 cuyas socias son Salvadora , Yolanda y Teresa , en virtud de expediente administrativo mortis causa seguido ante dicho organismo tras el fallecimiento de su titular Asunción , o, en su caso, certifique los datos completos del actual gestor de dicho punto de venta y título en virtud del cual haya accedido a tal titularidad. Se trata de una prueba para el aseguramiento de los bienes de la herencia yacente de D<sup>a</sup>. Asunción .*

*3<sup>a</sup>. Se libre oficio a Sociedad Estatal de Correos y Telégrafos para que remita certificación de los envíos certificados o por burofax remitidos a Salvadora por parte de Yolanda o SERVICIOS EMPRESARIALES TRADING S.L con CIF B-87734638 en el que conste número de envío, fecha, y, en su caso, avisos físicos realizados en papel en el buzón durante los ejercicios 2019 y 2020. Se trata de una prueba para el aseguramiento de los bienes de la herencia yacente de D<sup>a</sup>. Asunción .*

*4<sup>a</sup>. Se requiera a Yolanda para que aporte a estos autos los documentos 1 a 27 aportados por dicha demandada en el procedimiento de arbitraje con posterioridad a la contestación a la demanda y en la sesión de celebración de prueba y que se unieron a las actuaciones sin dar traslado de los mismos en tiempo y forma a esta parte.*

*5<sup>a</sup>. Se requiera a la demandada María Teresa para que aporte a estas actuaciones su contestación a la demanda de la que no se ha dado traslado a esta parte.*

*6<sup>a</sup>. Se requiera a Teresa para que aporte todos los documentos aportados al procedimiento de arbitraje, y de los que no se dio traslado a esta parte en tiempo y forma.*

*7<sup>a</sup>. Se tenga por aportado pen drive con el contenido de las sesiones de celebración de prueba que no consta en el Laudo estar grabado a diferencia de todas las demás y se entregó a esta parte sin traslado en tiempo y forma y no a las demás partes. Sobre el contenido de dicho pen drive y los cortes que contiene la grabación se propondrá prueba a la vista del expediente de la Corte.*

Los subrayados son de esta Sala.

En el suplico se añade a lo anterior, en correspondencia con lo previamente alegado en el escrito -pág. 10-, que se admitan los documentos numerados acompañados al presente escrito con los ordinales 1 a 8 por no disponer de ellos con anterioridad y solo cautelarmente ya que forman parte del expediente completo de arbitraje como prueba documental propuesta en tiempo y forma por esta parte en el escrito de demanda.

Doc. 1.- Copia de escritura pública autorizada de **testamento** abierto otorgado por D<sup>a</sup>. Asunción el 8 de agosto de 2012 ante el Notario de Alicante D. Antonio Ripoll Soler.-



Doc. 2.- Burofax remitido a *Salvadora* por parte de la Corte de Arbitraje con la solicitud de arbitraje. Se adjunta copia.

Doc. 3.- Escrito de adhesión al arbitraje de mi representada.

Doc. 4.- Acta de Misión de fecha 20 de noviembre de 2018. Se adjunta copia. Brilla por su ausencia en dicho documento el objeto del arbitraje...

Doc. 5.- Escrito de solicitud de fijación del objeto del arbitraje de fecha 16.04.2019 y 13.05.2019 presentado (sic) por *Salvadora*. Se adjunta copia.

Doc. 6.- Acta de fecha 17 de mayo de 2019.

Doc. 7. Laudo completo. Se aportó con el escrito de 4 de marzo de 2020 de subsanación por traslado conferido mediante DIOR de esta Sala de 17.02.2020.

Doc. 8. Pen drive que recoge la celebración de las comparecencias de práctica de pruebas...

**SEXTO.**- El 1 de febrero de 2021 se da cuenta al Ponente al objeto de analizar los medios de prueba solicitados y proponer a la Sala la resolución correspondiente (Diligencia de Ordenación de 01.02.2021).

**SÉPTIMO.**- Por Auto de 4 de febrero de 2021, la Sala acordó:

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

2º. Admitir y tener por aportada la documental acompañada por las partes a sus escritos de demanda y contestación, y por la actora a su escrito de fecha 3 de marzo de 2020.

3º. No admitir la demás prueba propuesta.

4º. No haber lugar a la celebración de vista pública.

5º. Señalar para el inicio de la deliberación y fallo de la presente causa el día 2 de marzo de 2021.

**OCTAVO.**- Recurrido en reposición el anterior Auto mediante escrito presentado el 16 de febrero de 2021, la Sala, por Providencia del siguiente día 22, acordó:

*Inadmitir a trámite el recurso de reposición interpuesto contra el Auto de 4 de febrero de 2021.*

*Aclarar que sí forma parte de la documental admitida la acompañada a los escritos de la actora de fecha 3 de marzo de 2020, incluyendo el registrado con el número 563/2020.*

Es Ponente el Ilmo. Sr. D. Jesús María Santos Vijande, quien expresa el parecer unánime del Tribunal.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.**- El Laudo impugnado de 21 de octubre de 2019 resuelve:

" 1º. De los bienes que son objeto de la discusión de las Partes en este arbitraje forman parte de la herencia de la causante D<sup>a</sup>. Yolanda -sic, rectius Asunción :

- Formando parte del activo: Apartamento de San Juan (Alicante), por su valor acordado por las partes de 350.000 €; Derechos de explotación o licencia del punto de venta integral nº 410 (nº de establecimiento 96.825-28/000/0410) de Loterías y Apuestas del Estado (la Administración de Loterías); Objetos de plata, joyas y muebles por su valor acordado por las partes de 83.025 €; Devolución IRPF 2016, por su valor acordado por las partes de 11.270,47 €; Devolución IRPF 2017, por su valor acordado por las partes de 11.431,97 €; Saldo en la cuenta corriente del Banco de Santander nº NUM000 por su valor acordado por las partes de 13.036,97 €.

- Formando parte del pasivo: Deuda con el SEPE por salarios de D. Carlos por su valor acordado por las partes de 10.167,04 €; Gastos de consumos y mantenimiento del apartamento de San Juan y del depósito de las joyas, plata y muebles.

2º. La Licencia de Expenduría General de Tabacos y Efectos Timbrados nº 660 (Licencia de Estanco) cedida gratuitamente en vida por D<sup>a</sup>. Asunción a favor de su hija D<sup>a</sup>. Teresa no es colacionable en la partición de la herencia de aquélla.

3º. El piso sito en la CALLE000 , nº NUM001 (finca registral NUM002 del Registro de la Propiedad nº 29 de Madrid) no es colacionable en la partición de la herencia de D<sup>a</sup>. Asunción .

4º. La suma de 240.000 € procedentes de la venta de la vivienda sita en la CALLE001 , NUM003 (piso NUM004 , o piso NUM005 ) no es colacionable en la herencia de D<sup>a</sup>. Asunción .



5º. La cantidad de 575.280,89 €, que por los conceptos de obras de acondicionamiento del local para Estanco, rentas, gastos de comunidad, IBI y Tasa de Residuos Urbanos, gasto de agua, y trabajo realizado para su madre es reclamada por Dª. Teresa a su favor como pasivo de la herencia, no se corresponde con bienes adquiridos, gastos satisfechos ni dinero empleado a tal fin de la causante, no forman parte de su herencia, ni pueden ser objeto de inclusión en la partición de la misma, ni como activo ni como pasivo.

6º. Del desembolso realizado por la causante para ayudar económicamente a su hija Dª. María Teresa, cifrado en el **testamento** en la cantidad de 623.000,00 € solo corresponde colacionar ahora, en las operaciones de adjudicación y partición de la herencia que las partes vayan a realizar, la cantidad de 249.600,00 € sin perjuicio de la futura liquidación que haya de hacerse entre ellas o con sus herederos, una vez se pueda determinar de modo definitivo el grado de cumplimiento de la carga vitalicia (modo) impuesto a Dª. María Teresa por la testadora.

7º. Su falta de competencia en este arbitraje para, más allá del ámbito definido por la testadora, realizar la partición de la herencia y llevar a efecto la distribución de sus bienes.

8º. Los honorarios del árbitro y gastos del arbitraje serán soportados por las partes por iguales cuartas partes, según lo acordado en el apartado 118 de los fundamentos de Derecho.

9º. Por los costes, honorarios y gastos de este arbitraje suplidos por Dª. Yolanda como parte de las provisiones correspondientes a las demandadas: Dª. Teresa adeuda a Dª. Yolanda la cantidad de 4504,42 €; Dª. Salvadora adeuda a Dª. Yolanda la cantidad de 4504,52 €; y Dª. María Teresa adeuda a Dª. Yolanda la cantidad de 9505,15 €.

10. No procede condena en costas. Cada parte pagará las causadas a su instancia así como los honorarios, gastos de sus defensores o representantes respectivos y los demás gastos en que hayan incurrido en la defensa legal de este procedimiento arbitral.

A su vez, el Laudo de 26 de noviembre de 2019 declara en su parte dispositiva que "no procede realizar la aclaración rectificación parcial del Laudo Arbitral de 21 de octubre de 2019 solicitada por la representación de la demandada Dª. Salvadora".

La demandante sustenta la nulidad del Laudo en los motivos que formalmente enuncia en los términos siguientes:

1º. Invalidez de la cláusula arbitral (art. 41.1.a LA) por contravención del art. 10 LA en clara nulidad *contra legem*. La cláusula testamentaria instituyendo el arbitraje lo hace, cierto es, "a salvo de las legítimas", pero ello no obvia el hecho incontestable de que las desavenencias dirimidas por el árbitro lo han sido entre herederos forzosos, con infracción del límite subjetivo que marca el precitado art. 10 LA. A lo que añade el motivo que, como reconoce el propio Árbitro, el arbitraje y el Laudo mismo no pueden encontrar su fundamento en el art. 9.5 LA, pues "la sumisión al arbitraje testamentario no puede presuponer su posible transformación en otro ordinario por el hecho de que las pretensiones del demandante se muevan fuera del ámbito definido por el testador..." (§ 115 del Laudo).

2º. Al amparo del art. 41.1.c) LA postula la demandante que el árbitro ha resuelto sobre cuestiones no sometidas a su decisión. En sentido estricto, la parte nuclear de este motivo abunda en lo expuesto en el precedente queriendo indicar que, propiamente, el Árbitro ha resuelto sobre cuestiones no susceptibles de ser sometidas a su decisión por imperativo del art. 10 LA: "el Laudo entra a determinar el activo y pasivo de la herencia, qué bienes son parte de la misma y cuáles son o no colacionables, para lo cual entra a interpretar las cláusulas testamentarias... el Árbitro ha entrado a resolver controversias que afectan a los derechos de los herederos forzosos, lo que está prohibido por el art. 10 LA y por la propia cláusula arbitral" (en particular, en materia de bienes colacionables).

La aceptación del arbitraje por la actora por escrito de 7 de junio de 2018 lo habría sido en exclusiva para el estricto cumplimiento de la voluntad de la testadora, siendo totalmente distinto lo pretendido por las hoy demandadas desde el inicio del arbitraje.

3º. Con fundamento en el art. 41.1.d) LA postula la demandante su indefensión en el seno del procedimiento arbitral, pues la no fijación del objeto del arbitraje desde el primer momento le habría impedido valerse adecuadamente de sus medios de defensa.

En su virtud, interesa la anulación de Laudo de 21 de octubre de 2019 con expresa condena en costas para el caso de oposición.

La contestación a la demanda suscita dos cuestiones previas:

De un lado, la falta de litisconsorcio pasivo necesario al no haber sido demandado el Notario otorgante del **testamento** por incluir una cláusula nula de arbitraje testamentario, así como la Fundación Notarial Signum



y el Árbitro mismo... Insta en este punto al cambio de la jurisprudencia de esta Sala -Sentencias 21/2018 y 40/2019-, pues, para el improbable caso de que se estimase la demanda, los indebidamente preteridos deberían poder comparecer en esta causa para defender que no es nula la cláusula arbitral predispuesta testamentariamente.

De otro lado, denuncia la demandada la inadecuación de la cuantía reconociendo que no incide en la clase de juicio y que su única relevancia lo sería a efectos de la tasación de costas.

Al primer motivo de anulación opone la demandada que tal alegato de adverso contraviene el *ne venire contra factum proprium*, habida cuenta de que en ningún momento del procedimiento arbitral, ni en la contestación a la demanda ni en el escrito de conclusiones adujo quien ahora lo pretende la nulidad de la cláusula arbitral ni la del arbitraje sustanciado. Entiende asimismo la representación de D<sup>a</sup>. Teresa que la voluntad de las partes de someterse al arbitraje es relevante y cita una opinión doctrinal sobre el ámbito de aplicación del art. 10 LA.

Por lo demás, el Árbitro no habría cometido ninguna exlimitación: se remite aquí la contestación a lo argumentado al respecto en el Laudo de 26.11.2019, que deniega la aclaración-rectificación propuesta, al tiempo que postula que no existe razón alguna para entender que el árbitro no pueda conocer de los mismos conflictos que se puedan suscitar ante un Juez.

Niega la contestación cualquier indefensión de la actora durante el arbitraje, pues, amén de su condición profesional de Letrada, estuvo convenientemente asesorada en todo momento y alegó y probó cuanto a su Derecho convino.

Por lo expuesto, interesa la desestimación de la demanda de anulación, con imposición de costas a la actora. "Subsidiariamente, para el caso de que se declarase nulo el **testamento** determine que la demandante únicamente tiene derecho a la legítima estricta. Fijando la cuantía del presente procedimiento en la cantidad de 2.535.334.01 €".

**SEGUNDO.- A.** El art. 10 LEC señala: " Serán considerados partes legítimas quienes comparezcan y actúen en juicio como titulares de la relación jurídica u objeto litigioso. Se exceptúan los casos en que por ley se atribuya legitimación a persona distinta del titular". La legitimación tiene así una *dimensión procesal*, que tiene que ver con la afirmación de la titularidad del derecho y correspondencia entre la titularidad afirmada y las consecuencias jurídicas pretendidas, esto es, en síntesis, la coherencia de la posición subjetiva que se invoca con las peticiones que se deducen, ( Sentencias de 31 de marzo de 1997 ; de 11 de mayo de 2000 ; de 12 de mayo y de 28 de diciembre de 2001 ; de 11 de marzo de 2002 ; de 19 de abril de 2003 ; de 13 de febrero y de 21 de abril de 2004 ; de 20 de febrero , 30 de marzo , 25 de abril y de 24 de noviembre de 2006 , entre otras); y tiene también presenta la legitimación una *dimensión material*, ligada al fondo, vinculada con normas de derecho material o sustantivo, susceptibles de casación, que tiene que ver con la existencia de la titularidad del derecho a la luz de esta normativa ( SSTS de 2 de julio de 2008, rec. 1354/2002; de 9 de diciembre de 2012, rec. 604/2010 ). Como indica la STS de 15 de enero de 2014 la legitimación, al menos en uno de sus aspectos, "es un presupuesto preliminar del proceso susceptible de examen previo al de la cuestión de fondo, aunque tiene que ver con esta", que a su vez cita ( STS de 2 de julio de 2008, rec. 1354/2002, de 18 de marzo de 2009, rec. 813/2004 , de 28 de diciembre de 2012, rec. 1227/2012 y de 30 de octubre de 2012, rec. 1756/2009 ).

Lo anterior ha de conciliarse con lo que también es doctrina constante de la Sala Primera -por todas, FJ 4º STS 696/2015, de 4 de diciembre, roj STS 5147/2015-, a la que esta Sala ha hecho referencia reiteradamente -v.gr., Sentencias 26/2018 y 13/2019, y Auto de 5 de diciembre de 2017-: "la que viene declarando que la *legitimatio ad causam* activa se visualiza en una perspectiva de relación objetiva entre el sujeto que demanda y el objeto del proceso; más concretamente, entre el derecho o situación jurídica en que se fundamenta la pretensión y el efecto jurídico pretendido (entre otras, SSTS de 13 de abril de 2011, rec. nº 1162/2007, y 17 de abril de 2015, rec. nº 611/2013, con cita de la STS de 30 de marzo de 2006). En su versión ordinaria se estructura en la afirmación de la titularidad de un derecho o situación jurídica coherente con el resultado jurídico pretendido en las peticiones de la demanda. La realidad o existencia del derecho o situación jurídica afirmada no forma parte de la legitimación, sino de la cuestión de fondo, respecto de la que aquella es de examen previo. Por tanto, junto con su perspectiva procesal, la legitimación activa ad causam presenta también una dimensión sustantiva, circunstancia que ha llevado a esta Sala a admitir su planteamiento en casación como cuestión de fondo (en este sentido, SSTS de 21 de noviembre de 2013, rec. nº 1951/2011, 12 de marzo de 2012, rec. nº 1203/2008 -legitimación del perjudicado en accidente de tráfico -, y 15 de octubre de 2013, rec. nº 1268/2011 -legitimación de la herencia yacente)".

De lo anterior se siguen consecuencias importantes: la primera, que la legitimación es un presupuesto material de la acción que debe resolverse en sentencia, porque es cuestión de fondo; la segunda que cuando la legitimación presenta una dimensión en que, por razón del tipo de proceso, las propias normas procesales prefiguran el interés legalmente exigible para ser parte, tal extremo ha de ser examinado incluso con carácter



previo a otras cuestiones de fondo también allegadas a la categoría de la legitimación, " *de modo que la pretensión es inviable cuando quien la formula no pueda ser considerado 'parte legítima'*" - STS de 2 de abril de 2014 (que cita otras muchas interpretando el art. 10 LEC, tales como la STS de 2 de abril de 2012, rec. 2203/2010, con cita de las SSTs de 30 de abril de 2012 y 9 de diciembre de 2010). Guarda relación con esto que decimos el hecho de que hayamos entendido que, suscitada la acción de anulación por quien carece de legitimación al efecto o planteada frente a quien carezca de ella, la Sala, sin descartar en según qué casos la posibilidad de dar traslado al Ministerio Fiscal en defensa de los intereses que legalmente tiene atribuidos - art. 41.2 LA-, no ha de ejercer la facultad/deber que le atribuye ese mismo art. 41.2 LA, so pena de instaurar una suerte de acción pública de anulación del Laudo.

También hemos recordado recientemente - **Sentencias 26/2018, de 24 de mayo**, roj STSJ M 2724/2018, FJ 3º y **13/2019, de 2 de abril**, FJ 2º.C, roj STSJM 3775/2019- cómo "este Tribunal, con apoyo en el art. 24.1 CE y en la similitud de este proceso con ciertas acciones anulatorias tales como la que cubija el incidente de nulidad de Sentencias firmes de los arts. 241 LOPJ y 228 LEC, ha admitido una interpretación no estrictamente literal del art. 41.1 LA, y ha entendido legitimados para incoar la acción de anulación y desde luego para intervenir en estos procesos no solo a quienes hayan sido parte en el procedimiento arbitral, sino también a quienes, pese a no haber actuado en dicho procedimiento, sin embargo puedan justificar su interés directo en el ejercicio de la acción anulatoria, porque debieron haber intervenido como parte en el seno del arbitraje y no lo hicieron, o porque, queriendo haberlo hecho, les fue denegada indebidamente esa intervención (Sentencia 65/2016, de 13 de octubre, FJ 2, roj STSJ M 11921/2016). En esta misma línea, desde la perspectiva de la legitimación directa y del interés igualmente directo característico de la legitimación propiamente dicha en el proceso civil, nuestra Sentencia 73/2016, de 28 de noviembre -FJ 3, roj STSJ M 13751/2016-, con cita de la STS de 27 de junio de 2014 -roj STS 3158/2014). Cfr., asimismo, nuestro Auto de 5 de septiembre de 2017 (autos de anulación nº 23/2017), estableciendo que **tampoco es dable desconocer que el "interés directo y legítimo" a que se refiere el art. 13 LEC no es identificable, siempre y en todo caso, con el interés directo propio de la legitimación a secas: tal identidad resulta predicable, desde luego, de la llamada intervención adhesiva litisconsorcial, pero no de la doctrinal y jurisprudencialmente denominada intervención adhesiva simple**. Reseñando la admisibilidad de esta suerte de intervención y sus limitaciones desde el punto de vista de la actuación procesal del interviniente, cfr. **ATS 22.03.2017**, FJ 2º, roj ATS 2579/2017; **ATS 9.03.2016** -FJ 2º, roj ATS 1893/2016.; y **STS 454/2015, de 3 de septiembre** FJ 3º.2 (roj STS 3717/2015)".

Traemos esto a colación para poner de relieve algo que sí se sigue inequívocamente de esos precedentes jurisprudenciales: que presupuesto material de la legitimación -activa/pasiva- es que lo que se impugna afecte directa o mediatamente -ámbito del "interés legítimo" tutelado por el art. 24.1 CE- a quien dice ostentar tal legitimación y a aquel frente a quien se ostenta, esto es, a quien ha de acreditar una posición amparada por el Derecho que por ello merece ser protegida.

También cumple recordar las siguientes palabras del FJ 2º de nuestras **Sentencias 21/2018, de 24 de abril** - roj STSJ M 3982/2018 - y **40/2019, de 21 de octubre** -roj STSJ M 11974/2019 :

"En el Procedimiento de Anulación, la legitimación, con la salvedad comentada, corresponde a las partes en el procedimiento arbitral, siendo titular de la legitimación pasiva la otra parte en el arbitraje que no ha ejercitado la acción de anulación y frente a quien se debe dirigir la demanda. A los Árbitros se les niega tanto la legitimación activa como pasiva en el proceso de anulación de Laudos, al igual que a las instituciones arbitrales. Hay que poner de relieve que durante la tramitación de la reforma de la Ley 60/2003, por la Ley 11/2011, se trató de incluir un párrafo en su artículo 42.1 que permitía la personación en el procedimiento de anulación de la institución arbitral, en los supuestos de arbitraje institucional, disponiendo, tras declarar la competencia de éste Tribunal, que 'deberá notificar el inicio del procedimiento de anulación a la institución arbitral que administró el arbitraje, quien podrá personarse en el procedimiento como demandada'. Modificación que se proponía de la Ley que no culminó con la Ley 11/2011.

Por otro lado, cuando el Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la materia, la legitimación de la institución arbitral y de los árbitros en el procedimiento de anulación no la ha admitido, así el Auto del Tribunal Constitucional 326/1993, de 28 de octubre, dispone que 'el árbitro como tal no puede personarse y actuar como una parte más en los procesos que puedan desencadenarse con ocasión de un laudo. Es a los titulares de los derechos e intereses legítimos que se encuentran en litigio a quienes corresponde su defensa en los correspondientes cauces procesales, incluido en su caso el recurso de amparo en sede constitucional'.

En este momento, pese a que Ley 60/2003 ha introducido ciertas modificaciones que alteran de alguna manera el sistema establecido anteriormente, pues la nueva Ley alude a ésta de forma mucho más extensiva a como lo hacía la Ley de 1988, estimamos que los autores de los Laudos, los árbitros, e incluso las instituciones arbitrales con su responsabilidad económica reconocida en la Ley de Arbitraje no pueden comparecer en el

proceso de anulación de laudos. Así el art. 41.1 LA nos dice expresamente que 'el laudo sólo podrá ser anulado cuando la parte que solicita la anulación alegue y pruebe'. Esta dicción parece hacer ver que comprende a quienes fueron parte en el proceso arbitral, y -como queda dicho- a aquellos que no siendo parte en el procedimiento arbitral, sin embargo puedan justificar un interés en el ejercicio de la acción anulatoria, porque debieron ser parte, o que, pudiendo haber sido, se les haya denegado indebidamente su intervención, pero no a los árbitros".

En otras palabras: aun con una concepción máximamente garantista del término "parte" empleado por el art. 41.1 LA -concepción de la que hemos dado cuenta supra-, *de lege lata*, en el presente estado de nuestro Ordenamiento no resulta posible conferir legitimación pasiva y mucho menos en régimen de litisconsorcio pasivo necesario al Árbitro que ha laudado ni a la Institución que ha administrado el Arbitraje en el ejercicio de una acción de anulación contra el Laudo. A fortiori, tampoco cabe apreciar la irregular constitución de esta litis pretendida por no haber sido demandado el Notario que otorgó el **testamento** por incluir una cláusula de arbitraje eventualmente nula. Es evidente que lo ventilado en este proceso - como en el arbitraje- no vincula al fedatario público ni condiciona una acción de responsabilidad, sujeta a presupuestos jurídicos que ni aquí en absoluto son analizados, ni *de lege lata* pueden serlo.

La excepción es desestimada.

**B.** Por lo que se refiere a la impugnación de la cuantía en la presente causa, ya indicamos en nuestro Auto de 27 de junio de 2017, recaído en el proceso de nulidad de laudo arbitral 15/2017, cuán anómalo resulta, ex art. 255 LEC, emitir este pronunciamiento en Sentencia, lo que allí efectuamos por razones de economía procesal, sin esperar al momento de la tasación de costas y de su eventual impugnación. En el presente caso, no concurren esas circunstancias, debiendo estarse a lo resuelto o que se haya de resolver por las vías impugnatorias iniciadas frente a la Diligencia de Ordenación de 4 de diciembre de 2020, que fija la cuantía como indeterminada. La demandada reconoce que la única trascendencia de la impugnación de la cuantía en esta causa lo es a efectos de tasación de costas. Condena en costas que, como se justifica en esta misma Sentencia infra FJ 6º, no es impuesta a ninguno de los litigantes.

**TERCERO.**- Como ya se ha reseñado el primer motivo de anulación del recurso, de análisis prioritario si se ha de respetar una elemental lógica jurídica, postula la invalidez de la cláusula de sumisión a arbitraje predisuelta en el **testamento** de Dª. Asunción -madre de las aquí litigantes- por contravenir el art. 10 LA, cuando, bajo la rúbrica "arbitraje testamentario", dispone:

*"También será válido el arbitraje instituido por disposición testamentaria para solucionar diferencias entre herederos no forzosos o legatarios por cuestiones relativas a la distribución o administración de la herencia".*

La cláusula controvertida -Disposición Sexta del **testamento**- es del siguiente tenor:

*"Toda controversia derivada de (sic) **testamento**, a salvo las legítimas, incluida cualquier cuestión relativa a su existencia, validez, terminación, interpretación o ejecución- se someterá para su resolución en primer lugar a mediación. La mediación será administrada por la Fundación Notarial Signum de Resolución Alternativa de Conflictos.*

*Si la mediación resultare infructuosa, la controversia será resuelta definitivamente mediante arbitraje de derecho, administrado por la Fundación Notarial Signum de Resolución Alternativa de Conflictos.*

*La designación de árbitro y mediadores y la administración del arbitraje y la mediación se regirán por las normas de la Fundación vigentes a la fecha de presentación de la solicitud de arbitraje o mediación.*

*Si esta cláusula fuese impugnada (sic) será igualmente aplicable la opción compensatoria establecida en la disposición antecedente, en perjuicio del que la impugnase" -atribución únicamente de la legítima estricta.*

La invalidez de la cláusula arbitral (art. 41.1.a LA) la basa la demanda en su contravención con lo dispuesto por el art. 10 LA en clara nulidad *contra legem*. La cláusula testamentaria instituyendo el arbitraje lo hace, cierto es, "a salvo de las legítimas", pero ello no obvia el hecho incontestable de que las desavenencias dirimidas por el árbitro lo han sido entre herederos forzosos, con infracción del límite subjetivo que marca el precitado art. 10 LA. A lo que añade el motivo que, como reconoce el propio Árbitro, el arbitraje y el Laudo mismo no pueden encontrar su fundamento en el art. 9.5 LA, pues "la sumisión al arbitraje testamentario no puede presuponer su posible transformación en otro ordinario por el hecho de que las pretensiones del demandante se muevan fuera del ámbito definido por el testador..." (§ 115 del Laudo).

Frente a este alegato opone la demandada, en síntesis que también hemos reseñado, que tal alegato de adverso contraviene el *ne venire contra factum proprium*, habida cuenta de que en ningún momento del procedimiento arbitral, ni en la contestación a la demanda ni en el escrito de conclusiones adujo quien ahora lo



pretende la nulidad de la cláusula arbitral ni la del arbitraje sustanciado: la voluntad de los herederos forzosos de someterse al arbitraje es relevante al efecto de mantener la validez del Laudo.

El examen de la invalidez del convenio arbitral ha de efectuarse teniendo en cuenta los siguientes parámetros de enjuiciamiento -amén de las genéricas exigencias constitucionales de motivación prohibitivas de la arbitrariedad, de la contravención de las reglas de la lógica y del error patente...-, que pasamos a reseñar.

#### 1. Criterios de enjuiciamiento.

**A.** Lo primero que, de un modo general, hemos de recordar, con nuestra **Sentencia 24/2018, de 24 de mayo** (FJ 4º.1) -roj STSJ M 2724/2018, es cómo la **STC 1/2018, de 12 de enero**, enfatiza los rasgos que ha de reunir la voluntad de someterse a arbitraje y la trascendencia constitucional de que dicha sumisión adolezca de tales caracteres: cuales son la claridad y no equivocidad de la voluntad manifestada, y la libertad en su emisión y no la imposición ni la indebida extensión a tercero.

Dice la STC 1/2018, en su FJ 3º:

*El derecho a la tutela judicial efectiva que reconoce y consagra el artículo 24 CE se refiere a una potestad del Estado atribuida al poder judicial, consistente en la prestación de la actividad jurisdiccional por jueces y tribunales. Esta actividad prestacional permite al legislador, como se ha declarado reiteradamente, su configuración y la determinación de los requisitos para acceder a ella, pues "al ser el derecho a la tutela judicial efectiva un derecho prestacional de configuración legal, su ejercicio y efectividad están supeditados a la concurrencia de los presupuestos y requisitos que, en cada caso, haya establecido el legislador, que no puede, sin embargo, fijar obstáculos o trabas arbitrarios o caprichosos que impidan la tutela judicial garantizada constitucionalmente" ( STC 17/2008, de 31 de enero , FJ 3, por todas).*

*Ha de partirse de la idea de que la configuración del arbitraje como vía extrajudicial de resolución de las controversias existentes entre las partes es un "equivalente jurisdiccional", dado que las partes obtienen los mismos resultados que accediendo a la jurisdicción civil, es decir, una decisión al conflicto con efectos de cosa juzgada (por todas, SSTC 15/1987, de 6 de febrero , y 62/1991, de 22 de marzo ). La exclusividad jurisdiccional a que alude el artículo 117.3 CE no afecta a la validez constitucional del arbitraje, ni vulnera el artículo 24 CE . En relación con el sometimiento de controversias al arbitraje, este Tribunal ha reiterado que, si bien el derecho a la tutela judicial efectiva ( artículo 24.1 CE ) tiene carácter irrenunciable e indisponible, **ello no impide que pueda reputarse constitucionalmente legítima la voluntaria y transitoria renuncia al ejercicio de las acciones en pos de unos beneficios cuyo eventual logro es para el interesado más ventajoso que el que pudiera resultar de aquel ejercicio. A esos efectos, se ha incidido en que dicha renuncia debe ser explícita, clara, terminante e inequívoca y si bien, por la protección que se debe dispensar a la buena fe, se ha declarado que la renuncia puede inferirse de la conducta de los titulares del derecho, no es lícito deducirla de una conducta no suficientemente expresiva del ánimo de renunciar (por todas, STC 65/2009, de 9 de marzo , FJ 4). Esta circunstancia es lo que ha determinado que se haya considerado contrario al derecho a la tutela judicial efectiva ( art. 24.1 CE ) la imposición obligatoria e imperativa del sometimiento a arbitraje** (por todas, STC 174/1995, de 23 de noviembre , FJ 3).*

*Hay que subrayar, como se ha hecho en anteriores ocasiones, que el arbitraje en cuanto equivalente jurisdiccional, se sustenta, en la autonomía de la voluntad de las partes plasmada en el convenio arbitral. Es "un medio heterónomo de arreglo de controversias que se fundamenta en la autonomía de la voluntad de los sujetos privados ( art. 1.1 CE )" ( STC 176/1996, de 11 de noviembre , FJ 1). Dicha Sentencia, en su fundamento jurídico 4, resalta la **importancia de la nota de voluntariedad en el arbitraje** "lo que constitucionalmente le vincula con la libertad como valor superior del ordenamiento ( art. 1.1 CE ). De manera que no cabe entender que, por el hecho de someter voluntariamente determinada cuestión litigiosa al arbitraje de un tercero, quede menoscabado y padezca el derecho a la tutela judicial efectiva que la Constitución reconoce a todos. Una vez elegida dicha vía, ello supone tan sólo que en la misma ha de alcanzarse el arreglo de las cuestiones litigiosas mediante la decisión del árbitro y que el acceso a la jurisdicción -pero no su 'equivalente jurisdiccional' arbitral, SSTC 15/1989 , 62/1991 y 174/1995 - legalmente establecido será sólo el recurso por nulidad del Laudo Arbitral y no cualquier otro proceso ordinario en el que sea posible volver a plantear el fondo del litigio tal y como antes fue debatido en el proceso arbitral. Pues como ha declarado reiteradamente este Tribunal, el derecho a la tutela judicial efectiva no es un derecho de libertad, ejercitable sin más y directamente a partir de la Constitución, sino un derecho prestacional, sólo ejercitable por los cauces procesales existentes y con sujeción a su concreta ordenación legal ( SSTC 99/1985 , 50/1990 y 149/1995 , entre otras)".*

**Ello quiere decir que la falta de la necesaria concurrencia de la voluntad de ambas partes litigantes para someterse a este mecanismo extrajudicial de resolución de conflictos y su imposición a una de ellas, en principio, no se compadece bien con el básico aspecto contractual del arbitraje y con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva que garantiza el derecho de acceso a los órganos jurisdiccionales ( art. 24.1 CE).**





La razón estriba en que ha de entenderse que en el mecanismo arbitral, la renuncia al ejercicio del derecho fundamental proviene de la legítima autonomía de la voluntad de las partes, que, libre y voluntariamente, se someten a la decisión de un tercero ajeno a los tribunales de justicia para resolver su conflicto, y ello, correctamente entendido, no implica una renuncia general al derecho fundamental del artículo 24 CE, sino a su ejercicio en un determinado momento, no quebrantándose principio constitucional alguno ( SSTC 174/1995, 75/1996 y 176/1996 ). Precisamente por su naturaleza alternativa a la jurisdicción ordinaria, la STC 174/1995 afirmó que el artículo 38.2, párrafo primero, de la Ley de ordenación de los transportes terrestres, que imponía un arbitraje obligatorio e imperativo, excluyente del acceso a la jurisdicción, resultaba contrario al derecho a la tutela judicial efectiva. Allí se afirmó además que "[n]o se opone a esta conclusión el posible control final por los órganos judiciales, a que aluden el Abogado del Estado y el Ministerio Fiscal con referencia al recurso de nulidad del laudo previsto en el art. 45 de la Ley de Arbitraje. La objeción tendría consistencia si dicho control judicial no estuviera limitado -como lo está- a su aspecto meramente externo y no de fondo sobre la cuestión sometida al arbitraje; pero al estar tasadas las causas de revisión previstas en el citado art. 45, y limitarse éstas a las garantías formales sin poderse pronunciar el órgano judicial sobre el fondo del asunto, nos hallamos frente a un juicio externo ( STC 43/1988 y Sentencias del Tribunal Supremo que en ella se citan) que, como tal, resulta insuficiente para entender que el control judicial así concebido cubre el derecho a obtener la tutela judicial efectiva que consagra el art. 24.1 C.E."

En plena sintonía con estos criterios de la doctrina constitucional, esta Sala ha venido recordando con reiteración ciertos postulados comúnmente asumidos sobre las características que ha de reunir la voluntad de someterse a arbitraje para poder ser reputada como tal.

Así, hemos dicho en el FJ 2º de nuestra Sentencia **14/2017, de 28 de febrero** (roj STSJ M 1752/2017):

"la voluntad de someterse a arbitraje ha de poder ser apreciada de un modo claro, sin que a ello obste la supresión legal del adjetivo "inequívoca" con que se calificaba tal designio en la Ley de 1988. Como señala, por todas, la STSJ País Vasco 8/2015, de 23 de septiembre (roj STSJ PV 3148/2015) -FJ 2, con cita de sus precedentes Sentencias de 10 de noviembre de 2011 (NLA 9/11) y 25 de septiembre de 2012 (NLA 8/2012),

*"El convenio arbitral, como es sabido, es el acuerdo de las partes para someter a arbitraje las controversias que hayan surgido o puedan surgir respecto de una determinada relación o ámbito jurídico, contractual o no contractual. Tanto en la doctrina como en la jurisprudencia impera a la hora de examinar su existencia o validez un criterio antiformalista, que considera innecesarias fórmulas rituales, aunque sea exigible, de acuerdo con el artículo 9.3 LA, la forma escrita en un documento firmado por las partes o en un intercambio de cartas, telegramas, teles, fax u otros medios de telecomunicación que dejen constancia del acuerdo, o del intercambio de escritos de demanda y contestación en que su existencia sea afirmada por una parte y no negada por la otra (art. 9.5 LA). **Es, por tanto esencial que la voluntad de las partes de someter su controversia, actual o futura, a arbitraje sea patente y perceptible** ."*

*"La Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje, en su art. 9.1, ha hecho desaparecer la exigencia de que el convenio arbitral debe expresar la voluntad de forma "inequívoca", término éste que sí se recogía expresamente en el art. 5.1 de la anterior ley de arbitraje vigente hasta el 26 de marzo de 2004 (Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de Arbitraje), lo que tiene su sentido dada la proclamación del antiformalismo a que se refiere incluso la Exposición de Motivos de la actual Ley en su apartado III".*

*Pero la actual ley de arbitraje sigue exigiendo la existencia de voluntad a fin de que sea válido el convenio arbitral, es decir, ha de ser patente el deseo de las partes de acudir a arbitraje, extremo esencial (..), lo que no es sino mera consecuencia de la naturaleza del convenio arbitral al desplazar voluntariamente la jurisdicción, encomendando la resolución de los conflictos que puedan surgir a los árbitros(..). Y, (...) esta voluntad de las partes de acudir a arbitraje puede expresarse en las diferentes formas recogidas en el art. 9 LA, es decir, de forma expresa o de forma tácita, ya que la voluntad contractual del convenio arbitral no tiene, en principio, ninguna característica que la diferencie de la voluntad negocial general".*

En la misma línea de pensamiento esta Sala ha proclamado con reiteración que " es axioma incontrovertido que la interpretación extensiva de la cláusula arbitral -a terceros que no la han suscrito o a situaciones o ámbitos de aplicación no comprendidos claramente en ella- ha de estar sólidamente sustentada, no solo por la exigencia de la voluntad de sumisión y por escrito como fundamento de la existencia del convenio arbitral (arts. 9.1 y 9.3 LA) -- lo que no excluye su emisión tácita, deducida de actos concluyentes, v.gr., por falta de oposición al arbitraje incoado (art. 9.5 LA) , en particular en casos no concernidos por la normativa tuitiva de consumidores y usuarios, donde no se trata solo de entender emitida una libre declaración de voluntad, sino que se requiere una negociación expresa del contenido del contrato -- , sino porque, al fin y a la postre, la inferencia de esa voluntad lleva aparejada una radical consecuencia jurídica: nada más y nada menos que la renuncia al derecho de acceso a la jurisdicción, "núcleo duro" -en locución del TC- o "contenido esencial" -en expresión de



la Constitución misma ( art. 53.1 CE) del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva ( art. 24.1 CE)" ( **SS. 2/2015** , de 13 de enero -FJ 4 , roj STSJ M 19 **7/2015** -; **7/2015**, de 20 de enero -FJ 2, roj STSJ M 201/2015 ; **25/2015** , de 25 de marzo -FJ 3 , roj STSJ M 32 **79/2015** ; **79/2015**, de 3 de noviembre -FJ 3, roj STSJ M 15511/2015 ; **31/2016** , de 13 de abril -FJ 3, roj STSJ M 3292/2016 ), **14/2017** , de 28 de febrero (FJ 2, roj STSJ M 1752/2017 ) y **23/2018, de 22 de mayo** (FJ 2, roj STSJ M 5933/2018 ). Y ello por la razón supra reseñada: la acción de anulación responde a motivos tasados, que no permiten un nuevo y pleno enjuiciamiento del *thema decidendi* sometido a la consideración de los árbitros.

Y no cabe dudar -como dijimos en las **Sentencias 75/2016** , de 13 de diciembre , y **2/2015** , de 13 de enero , y señala también la **STSJ País Vasco 8/2015** , de 23 de septiembre , *supra* reseñada- de que a esa renuncia, de tanta relevancia constitucional, le son aplicables los requisitos generales de la renuncia de derechos, a saber: la claridad, el sentido terminante de la misma. En palabras de la Sala Primera: " *por su propia naturaleza, la renuncia ha de ser clara, terminante, incondicional e inequívoca, aunque no resulta imprescindible que sea expresa, ya que puede deducirse de actos inequívocos y concluyentes* " (v.gr., entre muchas, **SS. 623/2013**, de 26 de octubre -roj 4952/2013-, FJ 6, y 358/2014, de 20 de junio -roj 2486/2014-, FJ 2). En suma: *in dubio, pro iurisdictione*".

"Conscientes de que nos hallamos ante una cuestión en según qué casos muy discutida, también hemos reparado en la existencia de decisiones dispares en la jurisprudencia atendiendo a las circunstancias de cada caso. Así, como dijimos en las **Sentencias de esta Sala 68/2014** , de 16 de diciembre (FJ 4, roj STSJ M 15736/2014 ), y **2/2015** , de 13 de enero -FJ 4, roj STSJ M 197/2015 -, entre otras, no se puede ignorar que, en ocasiones, el Tribunal Supremo ha negado la llamada extensión o transmisión del convenio arbitral a quienes no lo han suscrito: por ejemplo, la **STS 567/2007, de 27 de mayo** (ROJ STS 4499/2007), en que la Sala Primera no ha permitido extender la cláusula arbitral que prevén los Estatutos de una Comunidad para dirimir las controversias entre comuneros a las reclamaciones de éstos contra la Comunidad o de aquélla contra éstos; o también la **STS 26/2010, de 11 de febrero** (ROJ STS 1669/2010 ), que tampoco ha autorizado la extensión de la cláusula arbitral firmada por la empresa a su administrador, demandado junto con la empresa en su calidad de tal. En otros supuestos, en cambio, la Sala Primera expresamente admitió la extensión o transmisión del convenio arbitral incluso a tercero que no lo ha suscrito, **pero que está directamente implicado en la ejecución del contrato** , en el caso, por su condición de avalista (supuesto resuelto por la **STS de 26 de mayo de 2005** , ROJ STS 3403/2005 -y analizado también por la **Sentencia de esta Sala 64/2015, de 16 de septiembre** , FJ 3º, roj STSJ M 10502/2015)".

En el mismo sentido, a modo de ejemplo, nuestra **Sentencia 20/2017, de 21 de marzo** (FJ 4º, roj STSJ M 3280/2017 ), donde, en total congruencia con lo que antecede, también recordábamos (FJ 4º), como doctrina reiteradísima, que, a la hora de ponderar la existencia y efectos de un convenio arbitral, es imprescindible preservar las exigencias de la buena fe y de la congruencia con los propios actos: este Tribunal ha conferido especial trascendencia a la coherencia que la pretensión de anulación guarde con la propia conducta del recurrente, lo cual a su vez también es expresión del principio general de buena fe, del que es concreción la máxima *ne venire contra factum proprium*(v.gr., **S. 13.2.2013** , ROJ STSJ M 8205/2013; *mutatis mutandis*, **S. 22.7.2013** , ROJ STSJ M 8247/2013; y, más recientemente, **SSTSJ Madrid de 16 de diciembre de 2014**, 13 de enero, 17 de febrero y 3 de marzo de 2015, 16 de febrero y 20 de diciembre de 2016 - en recursos de anulación 36/2014, 45/2014, 26/2014, 95/2014, 71/2015 y 69/2016, respectivamente).

De ahí que esta Sala venga aceptando sin dificultad alguna la extensión de la cláusula arbitral a terceros en casos de **sucesión** contractual, con la correspondiente asunción de derechos y obligaciones, y, entre ellas, la de sumisión a arbitraje ( **S. 13.2.2013**, ROJ STSJ M 8205/2013; **S. 68/2014**, de 16.12; **S. 2/2015**, de 13.1; y, *mutatis mutandis*, **S. 22.7.2013**, ROJ STSJ M 8247/2013). Teniendo presente, claro está, que en tales situaciones era inconcusa la mismidad de la relación contractual, y sin que ello signifique que el inicio de una relación jurídica con sumisión a arbitraje permita extender ese consentimiento a contratos ulteriores, no previstos en el pacto inicial y modificativos de sus condiciones -expresivos de una nueva relación jurídica aun cuando guarde relación con otra precedente-, en las que aquella sumisión no tiene lugar (v.gr., en tal sentido, **STSJ Cataluña 16.05.2013**, ROJ STSJ Cat 5343/2013 ), o a situaciones de hecho anteriores al prístino momento de vigencia del convenio arbitral -*exégesis pro praeterito* reprobada por nuestra Sentencia 2/2015.

Ahora bien, como asimismo hemos dicho, entre otras, en la **Sentencia 77/2016, de 20 de diciembre** -roj STSJ M 13752/2016 - " *lo anterior -que veda exégesis extensivas del convenio arbitral sin el debido fundamento- ha de conciliarse con otro postulado elemental, a saber: que la congruencia en el arbitraje tiene un matiz diferencial respecto del proceso civil cuando se atiende a dos características del arbitraje puestas de relieve desde antiguo por la jurisprudencia: la búsqueda de la verdad objetiva -con las consiguientes facultades para el árbitro de acordar prueba de oficio-, y la misión pacificadora inherente al arbitraje, que exige decidir suficientemente la controversia: de ahí, por ejemplo, la atenuación de la rigidez de la preclusión al conformar el thema decidendi en*

el procedimiento arbitral, por oposición a la que impera en la jurisdicción civil (v.gr., en tal sentido, siempre que se respete la contradicción, S. AP Madrid, Sec. 12ª, de 28 de diciembre de 2005; S. AP Badajoz, Sec. 3ª, de 17 de mayo de 2006); de ahí que la fijación del objeto del arbitraje no exija, ni muchísimo menos, la precisión del suplico de una demanda, ni tenga los límites temporales para su determinación previstos en la LEC (v.gr., art. 401); y de ahí también la frecuencia con que, al cumplir su función pacificadora, los árbitros hayan de integrar, ampliándola, la causa debatida, en orden a decidir suficientemente sobre ella, analizando, por ejemplo, aspectos que sea consecuencia lógica de la pretensión formulada aun no cuando no hayan sido alegados de forma explícita. A este cometido alude una reiterada jurisprudencia, que también señala la necesidad de conciliar estos criterios aplicables al arbitraje con la rigurosa observancia de la interdicción de indefensión.

En suma: por una parte, se ha de guardar la debida cautela para no incurrir en una exégesis extensiva o en una aplicación analógica que traspase el ámbito de la sumisión a arbitraje realmente querido por las partes; pero, por otra, no se debe confundir la extralimitación en la sumisión con una interpretación restrictiva de los términos del convenio, que yugule la función pacificadora del arbitraje al no permitir, con excesivo rigorismo, una solución integral de la controversia que evite nuevos litigios" (FJ 8º).

En este mismo sentido, más recientemente, el FJ 2º de la **Sentencia de esta Sala 5/2018, de 30 de enero** -roj STSJ M 928/2018).

**B.** Las anteriores reflexiones, amén de útiles para decidir sobre la estimación o no del motivo, constituyen la premisa general de cuanto hemos de decir, de un modo más especial, en relación con la admisibilidad del llamado "arbitraje testamentario", previsto y regulado en el art. 10 LA.

Siendo un tema muy controvertido en la doctrina el relativo al ámbito de aplicación del art. 10 LA, ceñiremos nuestras consideraciones a aquellas que son relevantes para la decisión del caso.

Más allá de las dudas de constitucionalidad sobre el art. 10 LA que un sector doctrinal preconiza desde el punto de vista del derecho de acceso a la Jurisdicción ( art. 24.1 CE), habida cuenta de que el genuino arbitraje testamentario -el instituido en **testamento**- lo es por predisposición del causante, cuya voluntad " se impone" a la de los " herederos no forzosos" de que habla la Ley; más allá incluso de la oposición a este criterio fundado en el hecho de que la posibilidad de aceptar o repudiar la herencia haría que se pudiese inferir la renuncia libre a la Jurisdicción propia de todo arbitraje -problemática que, como veremos, no es aquí relevante, v.gr., a los efectos del art. 35 LOTC, porque de la validez del art. 10 LA no va a depender la decisión de este caso; lo cierto es que existe hoy un mayoritario asentimiento en entender, *de lege lata*, que la referencia de ese precepto a los herederos no forzosos responde al afán de excluir del arbitraje testamentario cuanto pueda afectar a aquello que es indisponible para el propio testador en beneficio de los legitimarios, es decir, a aquellas controversias que conciernen a la *intangibilidad cuantitativa y cualitativa de la legítima*, incluida la mejora, con independencia del título por el que se atribuya (v.gr., arts. 670 y 813 a 820 CC). En lógica correspondencia con este fundamento que late en la redacción del precepto legal está su previsión de que no puedan objeto de arbitraje testamentario sino aquellas controversias que tengan que ver con la administración y distribución de la herencia, pero sin *concernir a ni condicionar* los intangibles derechos de los legitimarios.

Ahora bien; la Sala entiende que el que no se pueda desposeer a los legitimarios de su derecho a someter a la Jurisdicción todo lo relativo a su condición y al contenido de sus derechos como tales, no significa que, respetando el requisito de la disponibilidad de la materia (art. 2.1 LA), no puedan acudir al arbitraje en el ejercicio libre de su voluntad, expresa o tácitamente manifestada en los términos del art. 9 LA, pudiendo incluso referirse esa voluntad inequívoca de los sucesores al arbitraje instituido en **testamento** y, desde luego, al que puedan establecer por convenio entre sí o con otros sucesores, en este caso ya para resolver cualquier cuestión relativa a sus derechos sucesorios.

**C.** La decisión sobre el presente motivo de anulación obliga también a considerar la doctrina constantemente sentada por esta Sala sobre el alcance del art. 6 LA, cuando dice:

"Si una parte, conociendo la infracción de alguna norma dispositiva de esta ley o de algún requisito del convenio arbitral, no la denunciare dentro del plazo previsto para ello o, en su defecto, tan pronto como le sea posible, se considerará que renuncia a las facultades de impugnación previstas en esta ley".

La validez de la cláusula arbitral predispuesta en el **testamento** de Dª Asunción no ha sido cuestionada en el seno del procedimiento arbitral. Para conferir la debida trascendencia a este hecho habrá de tenerse en cuenta lo que hemos dicho, por todas, en la **Sentencia 7/2019, de 5 de marzo**, FJ 2º *in fine* -roj STSJ M 2136/2019 :

"Es inequívoco que el no cuestionamiento en el seno del arbitraje por el ahora demandante de la representación que afirmaba ostentar el Sr. Rubén causa estado: da por buena dicha representación, que, por lo demás, en absoluto es puesta en tela de juicio por quien la otorga, Dª. María Cristina .



De ahí que, como postula la demandada, quepa entender tácitamente renunciada -art. 6 LA- la facultad de impugnar la existencia o la validez misma del convenio.

Dicho sea lo que antecede en el bien entendido de que no estamos ante uno de esos casos en que, como sucede en las relaciones de consumo, la invalidez del convenio arbitral es apreciable de oficio, aunque no haya sido planteada tal cuestión en el seno del procedimiento arbitral. Ciertamente que, en una primera aproximación, pudiera pensarse que este motivo de anulación no es apreciable de oficio ex art. 41.2 LA. Sin embargo, hemos dicho con reiteración que la alegación de inexistencia y/o invalidez del convenio en no pocas ocasiones está indisolublemente vinculada -por razón de los hechos y/o de los argumentos en que se sustenta tal causa de nulidad, más allá de su mera denominación- a la tutela del orden público y/o de intereses generales cuya protección y salvaguarda no puede ser declinada.

Valga como ejemplo de lo que decimos la doctrina del TJUE que, en garantía de los consumidores, obliga a los Tribunales de la Unión a apreciar de oficio la nulidad de convenios arbitrales que hayan de ser calificados como abusivos (v.gr., SSTJUE de 26 de octubre de 2006 -asunto Mostaza Caro-, 4 de junio de 2009 -asunto Pannon- y 9 de noviembre de 2010 -asunto PénczygiLízing). Tampoco cabe dudar de que la invalidez de un convenio arbitral puede traer causa de una infracción del orden público, como tal apreciable de oficio, por afectar frontalmente al derecho de acceso a la jurisdicción ( art. 24.1 CE): v.gr., esta Sala reiteradamente ha declarado la radical invalidez del convenio cuando en su ratificación se ha quebrado el principio de igualdad (v.gr., S. 65/2015, de 17.9, y las que allí se citan); asimismo hemos anulado laudos que declaran la existencia de un convenio arbitral en virtud de interpretaciones lesivas del derecho a la tutela judicial efectiva, bien por sustentarse en un puro voluntarismo no acorde con las reglas de la lógica - Sentencia de 13 de diciembre de 2016, en autos de nulidad 65/2016-, bien por extender arbitrariamente el alcance del convenio a terceros que no lo han suscrito o a situaciones no amparadas por el compromiso arbitral -v.gr., paradigmáticamente, la Sentencia 2/2015, sobre exégesis extensiva del convenio a situaciones de hecho anteriores al prístino momento de vigencia del mismo.

En tales situaciones no es dable desvincular la tutela del orden público del análisis de la existencia o de la validez del convenio arbitral, ni en consecuencia resulta de aplicación el art. 6 LA, ni cabría inferir la existencia del convenio de la conducta adoptada por las partes en el procedimiento arbitral o en un previo o coetáneo proceso jurisdiccional".

## 2. Decisión de la Sala .

A la luz de los criterios que acabamos de reseñar el motivo ha de ser desestimado.

Ciertamente es que el arbitraje se ha desarrollado solo entre herederos forzosos dirimiendo, es inconcuso, aspectos que derechamente tienen que ver con derechos intangibles de los legitimarios. Basta leer el parágrafo 102 del Laudo, describiendo las siete cuestiones de fondo sometidas por las partes a la decisión arbitral, para convenir en esta inequívoca conclusión: en síntesis, el Árbitro hubo de determinar los bienes, derechos y obligaciones (activo y pasivo) que han de formar parte de la herencia de la causante, y cuáles no, de entre los que son objeto de discusión por las partes en el arbitraje" - todos los herederos forzosos. En particular, el Laudo resolvió sobre si han de colacionarse la Licencia de Expenduría de Tabacos y Efectos Timbrados nº 660, el valor de un piso sito en la CALLE000 de Madrid, 240.000 € procedentes de la venta de una casa en la CALLE001 de Madrid, y el desembolso realizado por la causante para ayudar económicamente a su hija D<sup>a</sup>. María Teresa , cifrado en el **testamento** en la cantidad de 623.000 €. También fue objeto del arbitraje la reclamación a la herencia por la heredera D<sup>a</sup>. Teresa de la cantidad de 575.280,89 €. Que esto es así lo reconoce el propio Laudo, cuando en sintonía con un criterio jurisprudencial conteste, afirma (§ 105, pág. 63 *in fine*):

*"El cómputo de la legítima es la fijación cuantitativa de ésta y se hace calculando la cuota correspondiente al patrimonio hereditario del causante, que se determina sumando el relictum con el donatum ( SSTS 17.03.89 , 28.09.05 , 21.04.90 , 23.10.92 , 21.04.97 y 24.01.08 ). Mientras que la colación es la adición contable a la masa hereditaria del valor del bien donado, la agregación intelectual que deben hacer al activo hereditario los legitimarios que concurren en una **sucesión** con otros, de los bienes que hubieren recibido del causante en vida de éste, a título gratuito, para computarlo en la regulación de las legítimas y en la cuenta de la partición, como dice el art. 1035 CC . El causante puede dispensar de la colación a uno o varios de los legitimarios, pero no puede impedir que se computen para calcular la legítima, por mor del art. 813 CC . La colación lleva simplemente a una menor participación de uno o varios legitimarios en la herencia equivalente a lo que recibió en vida del causante..."*

El Laudo, tal y como ha entendido y aplicado la disposición 6<sup>a</sup> del **testamento** otorgado por D<sup>a</sup>. Asunción , ha vulnerado el ámbito de aplicación de esta modalidad de arbitraje admitido y previsto en el art.10 LA, de acuerdo con lo expuesto supra apartado 1.B de este mismo Fundamento.



Ahora bien; de ahí no se sigue con la debida justificación que proceda declarar su nulidad por invalidez del convenio tanto por razones procesales como por entender que ha existido una voluntad arbitral válidamente emitida que sustenta la decisión del Árbitro.

No consta -ni en rigor se alega- que la validez de la cláusula arbitral predispuesta en el **testamento** de D<sup>a</sup> Asunción haya sido cuestionada por la actora -ni por nadie- en el seno del procedimiento arbitral, sin que, por lo que de inmediato se dirá, estemos ante unos de esos casos en que, por imperativo del orden público, resulte obligado apreciar de oficio la invalidez o inexistencia de un convenio arbitral. En consecuencia, el motivo ahora esgrimido lo es sin subvenir a la carga de satisfacer el requisito de procedibilidad previsto en el art. 6 LA.

Lo que decimos lleva a la desestimación del motivo, pero merece alguna reflexión añadida habida cuenta de que, en efecto, el arbitraje se ha ventilado con infracción de una regla imperativa, cual es el art. 10 LA en conexión con el art. 6.3 CC, lo que por sí solo pudiera llevar aparejada la infracción del orden público como motivo de anulación ( STC 15.02.2021, en el recurso de amparo 3956/2018).

La Sala, como se puede deducir de lo expuesto en el precitado apartado 1.B) de este fundamento no comparte aquel criterio expuesto en el § 115 del Laudo en cuya virtud " *la sumisión al arbitraje testamentario no puede presuponer su posible transformación en otro ordinario por el hecho de que las pretensiones del demandante se muevan fuera del ámbito definido por el testador...*". Distintamente a lo postulado por el Laudo, esta Sala entiende que nada impide que los herederos forzosos puedan acudir al arbitraje en el ejercicio libre de su voluntad, expresa o tácitamente manifestada en los términos del art. 9 LA, pudiendo incluso referirse esa voluntad inequívoca de los sucesores al arbitraje instituido en **testamento** y, desde luego, al que puedan establecer por convenio entre sí o con otros sucesores, en este caso ya para resolver cualquier cuestión relativa a sus derechos sucesorios.

Y es que, en rigor, lo que es indisponible para el testador y a cuya observancia subviene el art. 10 LA, es, en buena medida -a salvo de previsiones específicas-, ya disponible para los sucesores desde la aceptación de la herencia, a partir de cuyo momento la herencia es disponible, enajenable, gravable y, por tanto, susceptible de ser sometida a arbitraje, pudiendo los herederos -dicho sea a modo de ejemplo-, si son mayores de edad y con libre disposición de sus bienes, distribuir la herencia *de común acuerdo* de la manera que tengan por conveniente ( art. 1058 CC, STS 20.10.1992). En palabras de la STS, 1<sup>a</sup>, 232/2008, de 18 de marzo (FJ 3<sup>o</sup>, roj STS 1537/2008):

"No puede desconocerse que el artículo 1.058 del Código Civil atribuye a los herederos mayores de edad que gocen, además, de la libre disposición de sus bienes, la facultad de distribuir la herencia de la manera que tengan por conveniente. Dicha facultad, en palabras de la sentencia de 19 junio 1997, es tan amplia que permite a los coherederos realizar actos particionales más allá de los propios divisorios y de lo dispuesto por el causante, con lo que se trata más bien de actos de disposición que de partición. La naturaleza de este hecho -dar ejecución a la distribución del caudal hereditario-, es de relación contractual, al surgir del acuerdo unánime de las voluntades de los interesados, que se perfecciona con la concurrencia de los requisitos del artículo 1.261 del Código Civil, al acomodarse a sus intereses ( SS. 3 enero 1962, 25 febrero 1966, 21 mayo 1966, 18 febrero 1967, 8 febrero 1996 y 12 noviembre 1996)".

En las circunstancias concurrentes en el caso la Sala no aprecia óbice para poder entender que, más allá de la aplicación del art. 10 LA, la conducta procesal de las partes en el seno del arbitraje y, en particular, de quien ahora solicita su nulidad -a la vista de sus escritos de contestación a la demanda y de conclusiones en el procedimiento, que obran en autos como docs. 3 y 4 de la contestación a la demanda de anulación-, no cuestionando en absoluto la viabilidad del arbitraje por falta de convenio y aceptando sin paliativos la sustanciación del mismo, es expresión de una voluntad suficientemente inequívoca de renunciar a la jurisdicción, deducida de verdaderos actos concluyentes, tal y como autoriza a entender el art. 9.5 LA. Cumple reiterar en este sentido, ya lo hemos dicho, que este Tribunal ha conferido especial trascendencia a la coherencia que la pretensión de anulación guarda con la propia conducta del recurrente, lo cual a su vez también es expresión del principio general de buena fe, del que es concreción la máxima *ne venire contra factum proprium*.

El motivo es desestimado.

**CUARTO.**- Por lo expuesto en el fundamento precedente hemos también de desestimar el motivo segundo del recurso, pues, si bien aparece enunciado bajo la rúbrica de " *extralimitación del árbitro*", en realidad, la parte nuclear de este motivo abunda en lo expuesto en el precedente queriendo indicar que, propiamente, el Árbitro ha resuelto sobre cuestiones no susceptibles de ser sometidas a su decisión por imperativo del art. 10 LA: " *el Laudo entra a determinar el activo y pasivo de la herencia, qué bienes son parte de la misma y cuáles son o no colacionables, para lo cual entra a interpretar las cláusulas testamentarias...*; *el Árbitro ha entrado a resolver controversias que afectan a los derechos de los herederos forzosos, lo que está prohibido por el art. 10 LA y*



por la propia cláusula arbitral" (en particular, en materia de bienes colacionables. Aspectos que ya han sido analizado para desvirtuar su virtualidad anulatoria del Laudo en las circunstancias del caso.

Añadir únicamente, porque se alega en el motivo, que también adolece de semejante eficacia anulatoria el hecho de que la Corte de Arbitraje se dirigiese por burofax a la aquí demandante el 25.04.2018 invitándola a adherirse al arbitraje solicitado "en virtud del convenio arbitral invocado", bajo apercibimiento de recibir la legítima estricta en caso de oposición según la Disposición Quinta del **Testamento**, del siguiente tenor:

" Si alguno de los herederos impugnase cualquiera de las cláusulas de este **testamento** o no cumplierse fielmente la voluntad de la testadora en él plasmada, ordena la testadora que reciba la legítima estricta, sujeta al mismo régimen de colación e imputándose, en su caso, lo percibido a cuenta de la misma".

Reconoce la actora que " aceptó lo dispuesto por su madre en el **testamento** para el estricto cumplimiento de la voluntad de la testadora". Afirmación que no hace sino corroborar la anuencia en la voluntad de acudir al arbitraje: nada hubiera impedido denunciar ante el Árbitro, no ya la validez de la cláusula de sumisión, sino el exceso en su aplicación e interpretación por el Árbitro visto el tenor del art. 10 LA, vertiendo ese alegato incluso *ad cautelam*, esto es, en previsión de una eventual acción de anulación, sin que ello pudiera entrañar en modo alguno la aplicación de la "cláusula Socini". Pero lo cierto y verdad es que, más allá de esa ahora calificada constrictión, la aquí demandante no hizo sino insistir durante todo el arbitraje en su conformidad con el mismo, movida por su deseo, explícito, de que en todo se respetase la voluntad de su madre.

El motivo es desestimado.

**QUINTO.-** Como último motivo del recurso de anulación, con fundamento en el art. 41.1.d) LA, postula la demandante su indefensión en el seno del procedimiento arbitral, pues la no fijación del objeto del arbitraje desde el primer momento le habría impedido valerse adecuadamente de sus medios de defensa. Se queja de que el objeto del arbitraje fue delimitándose gradualmente durante su sustanciación, si bien reconoce que realizó alegaciones de fondo en su contestación a la demanda y discutió y se opuso a las pretensiones tanto de la demandante como de las otras dos demandadas, insistiendo no obstante en que se delimitase el objeto del arbitraje con posterioridad a su contestación en escritos de 16 de abril y 13 de mayo de 2019. Invoca el art. 24 LA en lo que toca al necesario respeto al principio de igualdad que ha de informar el procedimiento arbitral. Repara la actora en que la indefensión " es una noción material que se caracteriza por suponer una privación o minoración sustancial de su derecho a la defensa, como ha indicado en multitud de ocasiones el TC...".

**A.** Es incuestionable que el procedimiento arbitral no consiente una quiebra del principio de igualdad de armas y propiciar una situación de indefensión real y efectiva, a todas luces vedada por la propia Ley de Arbitraje (art. 24.1) y, más radicalmente aún, por la Constitución misma, que, como tantas veces ha dicho conteste jurisprudencia, no admite la violación de derechos y garantías fundamentales en el seno del procedimiento arbitral, dada su condición, la del Arbitraje, de genuino "equivalente jurisdiccional", " en el que las partes obtienen los mismos resultados que accediendo a la jurisdicción civil, es decir, una decisión al conflicto con efectos de cosa juzgada" -FJ 3º STC (Pleno) 1/2018, de 11 de enero, con especial insistencia sobre esta naturaleza del arbitraje y cita de numerosos precedentes; cfr., más recientemente, el FJ 7º STC 54/2018, de 24 de mayo.

En particular destaca la STC 1/2018 de modo explícito que acudir al arbitraje no puede entrañar una *renuncia general a los derechos fundamentales consagrados en el art. 24 CE*, en el bien entendido de que su protección y eventual reparación -en caso de violación- ha de efectuarse por la vía legalmente prevista de la acción de anulación, y subsidiariamente, si el TSJ competente no subsanare tales posibles infracciones, por el cauce del amparo constitucional.

Es, pues, del todo evidente que el Tribunal Constitucional (v.gr., también, en el ATC 231/1994, de 18 de julio, FJ 3) ha puesto especial énfasis en la necesidad de asegurar la fiscalización judicial de los laudos arbitrales, que gozan de fuerza de cosa juzgada, haciendo mención expresa al deber de preservar " las garantías esenciales del procedimiento que a todos asegura el art. 24 CE ". O, como dice la STC 9/2005 (FJ 5), "es indudable que quienes someten sus controversias a arbitraje tienen un derecho subjetivo a la imparcialidad del árbitro ( art. 12.3 de la Ley de arbitraje de 1988 y art. 17 de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre , de arbitraje) y a que no se les cause indefensión en la sustanciación de las actuaciones arbitrales (art. 21.1 de la Ley de arbitraje de 1988 y art. 24.1 de la Ley de arbitraje de 2003), derechos que derivan de la misma configuración legal del arbitraje como forma de heterocomposición de los conflictos entre ellos. Pero esos derechos tienen precisamente el carácter de derechos que se desenvuelven en el ámbito de la legalidad ordinaria y que se tutelan, en su caso, a través del recurso o acción de anulación que la regulación legal del arbitraje -por medio de motivos de impugnación tasados- concede a quienes consideren que aquéllos han sido vulnerados".

En suma: la propia naturaleza del arbitraje hace que el procedimiento arbitral haya de desenvolverse con las garantías esenciales inherentes al proceso jurisdiccional: imparcialidad e independencia del Árbitro y de la



Corte Arbitral; audiencia, contradicción, igualdad de armas y defensa efectiva de las partes intervinientes...En este sentido, de "normas básicas" habla el § VI de la Exposición de Motivos de la Ley de Arbitraje cuando dice: "El título V regula las actuaciones arbitrales. La ley vuelve a partir del principio de autonomía de la voluntad y establece como únicos límites al mismo y a la actuación de los árbitros el derecho de defensa de las partes y el principio de igualdad, que se erigen en valores fundamentales del arbitraje como proceso que es". De ahí que, en lógica correspondencia, el art. 24.1 LA -frontispicio del T. V de la Ley-, bajo la rúbrica "principios de igualdad, audiencia y contradicción", establezca que "deberá tratarse a las partes con igualdad y darse a cada una de ellas suficiente oportunidad de hacer valer sus derechos".

En anuencia con lo anterior, es incuestionable, amén de incuestionado, que la defensa se ordena en la Constitución como un derecho real y efectivo, no quimérico, dudoso o nominal, de suerte que, si ha de colmar su finalidad última -evitar razonablemente el riesgo de indefensión-, debe instrumentarse de forma tal que el Estado garantice al justiciable la auténtica posibilidad de hacer valer con efectividad sus derechos e intereses legítimos ante los tribunales. Se puede decir, con el Tribunal Constitucional, que la garantía objetiva de la posibilidad de una defensa eficaz "es" el contenido esencial del genérico derecho a la defensa. Esta afirmación tiene enorme trascendencia por lo que de ella se sigue: por una parte, que si la eficacia de la defensa no resulta suficientemente preservada en un caso concreto se infringirá el art. 24.2 CE (siempre conectado con el art. 24.1 *in fine*); por otra parte y de modo no menos importante, sucede que la salvaguarda objetiva de la defensa eficaz se constituye así en un límite infranqueable para el Legislador, que, si bien goza de un margen de libertad apreciable -máxime en los derechos fundamentales "de prestación"- para especificar las facultades inherentes al derecho, sujetando su ejercicio a determinadas formas y condiciones, ha de respetar en todo caso la definición constitucional del objeto de ese derecho: su contenido esencial ( art. 53.1 CE). Y es que la sola circunstancia de que todo derecho fundamental esté dotado de un contenido esencial, preestablecido por la Constitución e indisponible para el que legisla, demuestra que las garantías que hacen reconocible un derecho fundamental, porque se revelan indispensables para no desvirtuarlo, han de ser objetivables, lisa y llanamente porque la ley puede conculcarlas con carácter general, al margen de casos concretos.

Tomamos como hilo conductor de nuestras reflexiones una idea de nuevo comúnmente aceptada, a saber: que tanto la autodefensa como la defensa con Letrado o, si se quiere, simplemente la defensa, debe ejercitarse de modo que garantice una dialéctica procesal efectiva. Se trata, en suma, de que el artículo 24.2 CE consagra unos derechos que preservan institucionalmente un valor constitucional irrenunciable: la prohibición de que "se pueda producir indefensión" (art. 24.1 *i.f.*). Esto se traduce en que, **desechada la negligencia del justiciable y/o su comportamiento abusivo o fraudulento en el proceso**, el ordenamiento no puede sujetar el ejercicio de la defensa a unas condiciones que la conviertan en dudosa, quimérica o nominal, y no en real y efectiva.

Se reafirma en estos planteamientos la **STC 260/2005, de 24 de octubre**, cuando dice (FJ 3º):

*Es doctrina de este Tribunal reiterada en múltiples ocasiones, que "entre las garantías que integran el derecho a un proceso justo se incluye el derecho a la defensa y a la asistencia letrada, que el art. 24.2 CE consagra", y cuya finalidad es "la de asegurar la efectiva realización de los principios de igualdad de las partes y de contradicción, que imponen a los órganos judiciales el deber positivo de evitar desequilibrios entre la respectiva posición procesal de las partes o limitaciones en la defensa que puedan generar a alguna de ellas la indefensión prohibida en el art. 24.1 CE" ( STC 187/2004, de 2 de noviembre, FJ 3).*

Añádase a lo anterior, una consideración constantemente presente en la doctrina jurisprudencial: no es en modo alguno sostenible el reproche de indefensión -en este caso, a un Árbitro y como causa de anulación del laudo-, si ésta trae causa de que el justiciable no ha actuado con la solicitud que le era exigible, "procurando diligente y exhaustivamente la satisfacción de su pretensión" (v.gr., SSTC 154/2011, de 17 de octubre, FJ 4; 2/2011, de 14 de febrero, FJ 3; 14/2011, de 28 de febrero, FJ 2; STC 111/2011, de 4 de julio de 2011, FJ 2; STC 344/2006, de 11 de diciembre, FJ 2; STC 240/2005, de 10 de octubre, FJ 2; STC 190/2006, de 19 de julio, FJ 2; STC 168/1995, de 20 de noviembre, FJ único). En palabras de la e **STC 61/2019, de 6 de mayo** :

*" Este Tribunal también ha dicho en su STC 205/2007, de 24 de septiembre, FJ 4, que la regla o principio de interdicción de indefensión 'reclaman un cuidadoso esfuerzo del órgano jurisdiccional por garantizar la plena efectividad de los derechos de defensa de ambas partes ( STC 226/1988, de 28 de noviembre )' y que 'para que la indefensión alcance relevancia constitucional es necesario que 'tenga su origen inmediato y directo en actos u omisiones de los órganos judiciales', es decir, 'que sea causada por la incorrecta actuación del órgano jurisdiccional, estando excluida del ámbito protector del art. 24 CE la indefensión debida a la pasividad, desinterés, negligencia, error técnico o impericia de la parte o de los profesionales que la representan o defiendan' (por ejemplo, SSTC 85/2006, de 27 de marzo, FJ 7, y 61/2007, de 26 de marzo, FJ 2, entre tantas otras)".*



Y ello siempre en el bien entendido de que la indefensión constitucionalmente relevante, la que tiene potencia anulatoria ha de causar un perjuicio real y efectivo, que quien alega a su vez tiene la carga de justificar convenientemente ante el Tribunal. En palabras de la **STC 95/2020, de 20 de julio** (FJ 3º): " *la indefensión ha de ser material y no meramente formal, lo que implica que del defecto procesal se derive un perjuicio real y efectivo para el demandado en sus posibilidades de defensa (STC86/1997, de 22 de abril, FJ 1, y las que en ella se citan). En efecto, la indefensión que prohíbe el art. 24.1 CE, no nace, de la sola y simple infracción por los órganos judiciales de las reglas procesales, pues el quebrantamiento de esta legalidad no provoca, en todos los casos, la eliminación o disminución sustancial de los derechos que corresponden a las partes en razón de su posición propia en el procedimiento ni, en consecuencia, la indefensión que la Constitución proscribe. Sí surge esta indefensión -como en los casos expuestos en las SSTC 47/2019, 102/2019, 122/2019, 129/2019, 150/2019, 7/2020, 40/2020 y 43/2020 - cuando se produce una privación del derecho a alegar y a demostrar en el proceso los propios derechos, y tiene su manifestación más trascendente cuando por el órgano judicial se impide a una parte el ejercicio de este derecho a la defensa, privándola de ejercitar su potestad de alegar y, en su caso, de justificar sus derechos e intereses para que le sean reconocidos, o para replicar dialécticamente las posiciones contrarias, en el ejercicio del indispensable principio de contradicción ( STC 102/1987, de 17 de junio, FJ 2)".*

**B.** A la luz de las anteriores reflexiones resulta evidente que el alegato de indefensión y de quiebra de la igualdad de armas en el seno del arbitraje no puede prosperar.

Ante todo, por una razón que tiene que ver con la insuficiencia alegatoria de la demanda de anulación: la queja de indefensión es puramente genérica. Nada tiene de particular que el objeto del arbitraje se pueda precisar e implementar a lo largo del procedimiento arbitral; la mayor flexibilidad del arbitraje, por contraste con el proceso jurisdiccional, lenifica el rigor del deber de congruencia, al tiempo que potencia las facultades del árbitro en la dirección del procedimiento arbitral, siempre claro está con pleno respeto a los principios de contradicción, audiencia e igualdad. Decimos esto porque a la demandante le asiste la carga, y no subviene a ella, de especificar sobre qué extremo concreto del objeto sobre el que ha resuelto el árbitro no ha podido defenderse, o lo ha hecho en clara desigualdad de oportunidades con otro u otro de los contendientes.

Y esto es así, *a fortiori*, cuando el Laudo de aclaración efectúa una serie de detalladas consideraciones sobre el devenir del procedimiento arbitral y sobre lo alegado por las partes en él -remitiéndose a las aún detalladas del Laudo de 21.10.2019, págs. 21 a 49, ambas inclusive- que ni son rebatidas en la demanda, ni han dado lugar a impugnación alguna sobre lo que ambos Laudos relatan al respecto. En efecto, aun a riesgo de que padezca una brevedad ya maltrecha, cumple reseñar parte del FJ 2º del Laudo de 26 de noviembre de 2019, que desestima la solicitud de aclaración-rectificación del Laudo de 21 de octubre de 2019, pues corrobora - junto con la documental admitida y obrante en la causa- cuanto acabamos de decir:

**"Segundo. Objeto del arbitraje.-** *Todas las cuestiones fundamentadas y resueltas en el Laudo arbitral son las que... suscitaron previa y extensamente las partes demandante y demandadas en sus escritos de solicitud de arbitraje, adhesión al arbitraje, demanda, contestación a la demanda y conclusiones y valoración de prueba (11 escritos en total, todos incorporados a las actuaciones). De hecho, la totalidad de las cuestiones fueron planteadas desde un principio en los escritos de solicitud de arbitraje (1 de la demandante) y de contestación a la solicitud o adhesión al arbitraje (3 escritos de las demandadas). Después fueron reiteradas todas en todos los escritos de demanda, contestación a la demanda y conclusiones (7 escritos). Queda hecha cumplida relación de las cuestiones suscitadas por las partes..., en el apartado III (págs. 21 a 49) del Laudo Arbitral.*

*En particular, la demandada doña Salvadora dedicó 16 páginas (núms. 3 al 18, ambas inclusive) de las 26 que integran su contestación a la demanda, a fundamentar sus pretensiones sobre los bienes que han de formar parte del activo y del pasivo de la herencia de la causante, y sobre la colación de bienes (licencia de estanco, piso de CALLE000, donaciones a Dª. María Teresa, crédito cedido). Dedicó 5 páginas (18 a 22 inclusive) a la aplicación de la cautela socini a dos de las restantes partes. Y termina su contestación a la demanda solicitando del árbitro, en apartados separados: '1º.- Forme el inventario incluyendo el activo y el pasivo...- 2º.- Declare la obligación de traer a colación a la herencia... las siguientes cantidades... 4º... Proceda a elaborar el cuaderno particional... y tras los trámites legalmente procedentes, de avalúo, liquidación y formación de lotes, adjudique lo que proceda a cada uno de los coherederos... (página 24)'.*

Las mismas cuestiones las vuelve a tratar extensamente en las 12 primeras páginas de su escrito de conclusiones, dedicando las dos últimas (13 y 14) a la aplicación de la cautela socini a Dª. Yolanda y a otra de las demandadas Dª Teresa .

*Tal y como consta en las actuaciones se celebraron tres conferencias o audiencias con las partes (la preparatoria del arbitraje el 5 de noviembre de 2018, la de proposición de prueba adicional y calendario de prueba el 20 de marzo de 2019, y para la práctica de prueba de interrogatorio de las partes demandadas, testificales y de*





ratificación de dictámenes periciales el 15 de julio de 2019) en las que todas ellas demostraron un conocimiento cabal y completo del objeto del arbitraje.

Tras los escritos de solicitud de arbitraje, los de adhesión, la demanda, la contestación a la demanda y habiéndose celebrado las dos conferencias o audiencias de 5 de noviembre de 2018 y 20 de marzo de 2019, la demandada solicitante de aclaración rectificación realizó la ambigua solicitud de que 'se fije el objeto del procedimiento' (sic). Con el fin de disipar cualquier posible intento disimulado de provocar un pronunciamiento por anticipado del Árbitro sobre si en el laudo se llevaría a efecto la partición y distribución de los bienes de la herencia, se hizo saber a las partes en la Orden Procesal de 17 de mayo de 2019 que: 'Siendo el objeto del arbitraje el que las partes han determinado en sus respectivos escritos de alegaciones y la controversia que lo define existente entre ellas, lo que habrá de decidirse en el Laudo ( arts. 37 LA y 39 del Reglamento Arbitral), no procede, ni es posible anticipar ahora en la fase alegatoria del procedimiento arbitral resolución alguna que, además de no existir aún, solo puede ser materia y contenido propio de aquél' .

De hecho, en su escrito de solicitud de aclaración rectificación del Laudo Arbitral la demandada reconoce abiertamente que 'las distintas representaciones, al objeto de que no se les generase indefensión a sus respectivos representados, dieron contestación a todos los extremos planteados en la demanda inicial y las contestaciones', lo que no compatible con alegar a continuación ignorancia del objeto del proceso e indefensión".

El motivo y, con él, el recurso son desestimados.

Procede efectuar una última acotación, por demás evidente, a modo de obiter dicta: como hemos dicho, entre muchas, en nuestra Sentencia 62/2016 (FJ 6) el alcance del fallo en la acción de anulación es de naturaleza rescindente, precisando que " no corresponde a este Tribunal adoptar otra decisión que la estimación o desestimación, total o parcial, de la pretensión puramente anulatoria". Con esto hacemos referencia a que resulta improcedente que en esta causa nos pronunciemos sobre si la demandante únicamente tiene derecho a la legítima estricta: esta pretensión ha sido formulada, es verdad, con carácter subsidiario, para el caso de que declarásemos nula la cláusula testamentaria que predispone el arbitraje -lo que no hemos hecho-, pero aun en tal hipótesis no hubiera sido atendible, ni admisible, la pretensión formulada, que trasciende el ámbito propio de la acción de anulación.

**SEXTO.-** La Sala entiende que no ha lugar a acordar la expresa condena en costas, pese a haber desestimado íntegramente la demanda, por entender que el caso presenta serias dudas de Derecho ( art. 394.1 LEC. Así, la dificultad jurídica del caso viene evidenciada por el prácticamente nulo tratamiento jurisprudencial de la principal cuestión en que se sustentaba la demanda, cual es el ámbito de aplicación del art. 10 LA, que se dice trascendido por lo sustanciado y laudado en el arbitraje, dándose la circunstancia añadida de que las opiniones doctrinales al respecto son en verdad dispares. A lo que cabe agregar que, aunque sin virtualidad anulatoria, esta Sala en parte ha coincidido con el planteamiento jurídico formulado por la actora en el sentido de que en el arbitraje se sustanciaron cuestiones claramente atinentes a la legítima de los herederos forzosos, y se hizo con una interpretación de la cláusula testamentaria predisponiendo el arbitraje no compatible con lo dispuesto en el art. 10 LA.

Vistos los artículos de aplicación,

## FALLAMOS

**DESESTIMAMOS** la demanda de anulación del Laudo arbitral de 21 de octubre de 2019 y del Laudo de 26 de noviembre de 2019, denegatorio éste de la aclaración-rectificación del anterior, dictados por D. Manuel Gerardo Tarrío Berjano en el Procedimiento Arbitral 2/2018, administrado por la Corte de Arbitraje de la Fundación Notarial SIGNUM; demanda que formula la Procuradora de los Tribunales D<sup>a</sup>. María José Moruno Cuesta -sustituida por el Procurador D. Jorge Deleito García-, en nombre de D<sup>a</sup>. Salvadora , contra D<sup>a</sup>. Yolanda , D<sup>a</sup> Teresa y D<sup>a</sup>. María Teresa ; sin expresa imposición 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.