



Roj: **STSJ M 6983/2019 - ECLI: ES:TSJM:2019:6983**

Id Cendoj: **28079310012019100135**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **12/09/2019**

Nº de Recurso: **66/2018**

Nº de Resolución: **28/2019**

Procedimiento: **Civil**

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: 28.079.00.2-2018/0204261

Procedimiento: **Nulidad laudo arbitral 66/2018.**

Demandante: OBRASCÓN HUARTE LAÍN, S.A. (OHL).

Procurador/a: D. Ramón Rodríguez Nogueira.

Demandados:

1. ADMINISTRADOR DE INFRAESTRUCTURAS FERROVIARIAS (ADIF).

Procurador/a: D^a. Sharon Rodríguez de Castro Rincón.

2. COBRA INSTALACIONES Y SERVICIOS INTERNACIONAL, S.A. (COBRA).

Procurador/a: D^a. María del Carmen Jiménez Cardona.

3. CONSULTRANS, S.A. (CONSULTRANS).

Procurador/a: D. Roberto Granizo Palomeque.

4. S.A. DE OBRAS Y SERVICIOS COPASA (COPASA).

Procurador/a: D. Argimiro Vázquez Senín.

5. SIEMENS RAIL AUTOMATION, S.A.U. (SIEMENS).

Procurador/a: D^a. Elena López Macías.

6. IMATHIA, S.L. (IMATHIA).

Procurador/a: D^a. María Granizo Palomeque.

7. INSTALACIONES INABENSA, S.A. (INABENSA).

Procurador/a: D. Luciano Roch Nadal.

8. INDRA SISTEMAS, S.A. (INDRA).

Procurador/a: D^a. Silvia Vázquez Senín.

9. INGENIERÍA Y ECONOMÍA DEL TRANSPORTE, S.M.E. M.P. S.A. (INECO).

Procurador/a: D^a. Sara Martín Moreno.

**10. RENFE-Operadora (RENFE).**

Procurador/a: D^a. Gloria Teresa Robledo Machuca.

11. PATENTES TALGO, S.L.U. (TALGO).

Procurador/a: D^a. María del Carmen Ortiz Cornago.

SENTENCIA N^o 28 /2019

Excmo. Sr. Presidente:

D. Celso Rodríguez Padrón

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. Francisco José Goyena Salgado

D. Jesús María Santos Vijande

En Madrid, a **12 de septiembre** del dos mil diecinueve.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 27 de noviembre de 2018 se presentó vía lexnet la demanda formulada por el Procurador de los Tribunales D. Ramón Rodríguez Nogueira, en nombre de **OBRASCON HUARTE LAÍN, S.A. (en adelante, OHL)**, ejercitando, contra las once demandadas supra mencionadas (**en adelante, ADIF, COBRA, CONSULTRANS, COPASA, SIEMENS, IMATHIA, INABENSA, INDRA, INECO, RENFE y TALGO**), acción de anulación del Laudo Parcial de 27 de septiembre de 2018, dictado por D. Valeriano Hernández-Tavera Martín en Procedimiento Arbitral administrado por la Corte Española de **Arbitraje** (CEA) **-arbitrajes** acumulados núms. 508/2017 y 519/2018-.

SEGUNDO.- Subsana la falta de aportación documental señalada en la Diligencia de Ordenación de 12.12.2018, por Decreto de 18 de diciembre de 2018 se admite a trámite la demanda con emplazamiento de las partes para contestación.

TERCERO.- Tras la subsanación del defecto de postulación de TALGO (DIOR 15/01/2019) y una vez aportada por OHL la documental traducida al español requerida por las representaciones de INDRA y COPASA -docs. 4, 5 y 11 de la demanda-, lo que había dado lugar a la suspensión del plazo para contestar a la demanda (DIOR 21.01.2019), alzada que fue dicha suspensión (DIOR 30.01.2019), todas las mercantiles demandadas presentaron en tiempo y forma sus respectivas contestaciones.

CUARTO.- Dado traslado en Diligencia de Ordenación de 29 de marzo de 2019 a la demandante para presentar documentos adicionales o proponer prueba ex art. 42.1.b) LA, la representación de OHL, mediante escrito datado y presentado el 22.04.2019, solicita la admisión a trámite de los docs. 41 a 46, que se corresponden con actuaciones del **arbitraje** sustanciadas con posterioridad a la presentación de la demanda de anulación del Laudo parcial acaecida el 27.11.2018, y cuya admisibilidad se funda en el art. 270.1.1^o LEC.

QUINTO.- El 9 de mayo de 2019 se da cuenta al Ponente al objeto de analizar los medios de prueba solicitados y proponer a la Sala la resolución correspondiente (Diligencia de 07.05.2019).

SEXTO.- Mediante Auto de 13 de mayo de 2019 la Sala acordó:

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

2^o. Admitir y tener por aportada la documental acompañada a los escritos de demanda, de contestación y de proposición de prueba adicional.

3^o. No haber lugar a la celebración de vista pública.

4^o. Señalar para el inicio de la deliberación y fallo de la presente causa el día **10 de septiembre de 2019**, a las 10:00 horas.

Es Ponente el Ilmo. Sr. D. Jesús María Santos Vijande (Diligencia de Ordenación de 12 de diciembre de 2018), quien expresa el parecer unánime del Tribunal.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El Laudo Parcial impugnado contiene la siguiente parte dispositiva (§ 866):

"El Árbitro resuelve:

A. Declararse competente para resolver las cuestiones procesales planteadas por OHL.

B. Desestimar íntegramente las pretensiones de OHL y, en consecuencia:

a) Declarar que la Corte tiene competencia para administrar el **arbitraje**.

b) Declarar que la Corte no ha incurrido en ninguna causa de inhabilidad, falta de imparcialidad o conflicto de intereses

c) Declarar que el Árbitro debe ser único y es válida su designación por la Corte.

d) Declarar que el Árbitro es competente para resolver las controversias objeto de los dos **arbitrajes** acumulados.

e) Declarar que las Actas de Misión han sido válidamente aprobadas por el Árbitro y por la Corte.

f) Declarar que la acumulación ha sido válidamente acordada.

g) Declarar que no se ha infringido ningún principio del procedimiento y que éste se está tramitando conforme a lo acordado por las partes.

h) Declarar que no concurre ninguna circunstancia que haga imposible la continuación del **arbitraje**.

i) Ordenar la continuación del **arbitraje**.

C. Condenar a OHL al pago a las siguientes partes Solicitantes de estas cantidades en concepto de costas por honorarios de Letrados:

1) INDRA: 15.000 euros.

2) CONSULTRANS: 5.500 euros.

3) IMATHIA: 5.500 euros.

4) INABENSA: 25.000 euros.

5) TALGO: 25.000 euros.

6) COPASA: 25.000 euros.

7) COBRA: 21.242,82 euros.

8) ADIF: 704 euros.

9) RENFE: 704 euros.

1-0) INECO: 8.000 euros.

D. Condenar a OHL al pago a las mencionadas partes Solicitantes de los derechos de la Corte y honorarios del Árbitro, en la cuantía que el Árbitro determinará una vez la Corte haya hecho la liquidación correspondiente".

La demanda de anulación invoca tres motivos, si bien reconoce que parte de los alegatos en que cada uno se sustenta son a su vez fundamento de los demás: en primer lugar, aduce OHL la inexistencia o invalidez del convenio arbitral [art. 41.1.a) LA]; en segundo término, sostiene que ni la designación del Árbitro ni el procedimiento arbitral mismo, en particular en lo tocante a la firma del Acta de Misión, se han ajustado a lo pactado por las partes [art. 41.1.d) LA]; por último, aduce infracción del orden público [art. 41.1.f) LA] por las causas denunciadas en los motivos anteriores y por otros añadidos: indeterminación en la sustanciación de los procedimientos arbitrales acumulados de quiénes son partes demandadas y demandantes; duplicidad de representación procesal de las solicitantes de **arbitraje**; traslados simultáneos para alegaciones negando a OHL el debido trámite de réplica; y negativa arbitraria de la prueba propuesta por OHL para acreditar la competencia de la CCI (Corte de **Arbitraje** de la Cámara de Comercio Internacional) y no de la CEA. Solicita la anulación del Laudo y la condena en costas de las demandadas en caso de oposición.

Las mercantiles demandadas niegan la concurrencia de tales causas de anulación con sustancial mismidad de alegatos e interesan la desestimación íntegra de la demanda y la condena en costas de la actora.

SEGUNDO.- La demanda defiende que el **Arbitraje** controvertido ha sido tramitado sobre la base de un convenio arbitral especial inexistente (v.gr., §§ 156 y ss.), a saber: el reflejado por el *Acta de Socios Españoles del Consorcio Al-Shoula de 3 de agosto de 2017*; convenio arbitral pretendidamente modificativo de la cláusula 26.1 del *Acuerdo de Socios Españoles* -doc. nº 4 de la demanda-, a su vez novada por la *Primera Adenda al Acuerdo del Consorcio* de fecha 21 de mayo de 2010... Postula OHL que en ningún momento ratificó ese convenio



especial: reconoce, sí, haber firmado el Acta de la reunión que a él se refería, pero no en cambio "el escrito circularizado" - sic- entre los socios españoles por el secretario de la reunión, D. Felix, de HSF (asesor jurídico allí del Consorcio): escrito que, al decir de OHL, contendría el verdadero acuerdo independiente, esto es, el pretendido convenio arbitral (§ 167), y que ni siquiera ha sido aportado al procedimiento arbitral. Hasta tal punto esto sería así que las mercantiles ahora demandadas no invocaron tal convenio cuando instaron los **arbitrajes** finalmente acumulados.

Añade la actora (§ 172) que " *aun en el supuesto de que se llegara a entender que OHL aceptó inicialmente el convenio especial -quod non- el mismo, por expresa voluntad de las partes, exigía de su posterior ratificación de manera que: o bien (i) dicho convenio es inválido (pues no manifiesta de manera inequívoca la voluntad de someterse definitivamente a un laudo) o (ii) difiere a un momento posterior su ratificación; ratificación que en nuestro caso -es indiscutido- no ha existido (inexistencia, pues, en tal caso de convenio)*".

Estas últimas consideraciones de la demanda tienen su fundamento esencial en la creencia de la actora de que " *el acuerdo -ese convenio especial documentado en el Acta de 3 de agosto- prevé con toda claridad que el Acta de Misión del **arbitraje** habrá de ser acordada por todas las partes... en un plazo de 20 días hábiles desde la designación del Árbitro*". El Acta de Misión sería pues, *in casu*, un instrumento ineludible de ratificación del convenio; lo que además resultaría plenamente conforme con la naturaleza y funciones del Acta de Misión, en tanto que cauce procedimental de cristalización del litigio y de complemento del convenio que le sirvió de base. Por el contrario, el Laudo ha conferido pleno efecto vinculante al Acta de 3 de agosto de 2017. Recuerda la demanda, en coherencia con este planteamiento, que OHL no ha acordado ni firmado el Acta de Misión inicial -doc. 21- ni el Acta de Misión de los **arbitrajes** acumulados -doc. 29-, dadas sus manifiestas discrepancias con la tramitación y objeto de los **arbitrajes**; discrepancias que en relación con el Acta de Misión se plasmaron en sus escritos de 22 y 24 de enero y 28 de abril de 2018 -docs. 19 y 28. En esta línea de pensamiento la demanda de anulación reprueba (§§ 187-191) lo que califica de irregulares intentos y excusas del Laudo parcial y de la Corte para sustituir la voluntad de OHL y no atender a lo expresamente pactado sobre la firma unánime del Acta de Misión...: a juicio de la actora, el Acta de 3 de agosto es perfectamente clara sobre esa insoslayable ratificación por todas las partes, a diferencia de la exégesis contenida en el Laudo, que admite la posibilidad de que, a falta de unanimidad, el Acta de Misión pueda ser aprobada por la Corte administradora del **Arbitraje**..., impidiendo así la inviabilidad unilateral del **arbitraje** previamente convenido e instado.

En palabras conclusivas, en este punto, de la demanda de OHL (§§ 201-204):

"Sin embargo, en nuestro caso las partes sometieron su consentimiento arbitral a una ratificación o consenso posterior, lo que en términos anglosajones se ha venido a denominar en el ámbito arbitral el "agreement to agree" (acuerdo para acordar), "acuerdo" al que tanto la doctrina como la jurisprudencia han negado continuamente validez alguna (inexistencia de convenio). Y ello desde la premisa fundamental de que sólo será válido aquel convenio arbitral en el que el procedimiento previsto pueda seguir su cauce sin necesidad de un consentimiento posterior por las partes sobre cómo debe realizarse, esto es, que no sea un mero acuerdo para acordar (agreement to agree).

*En el presente caso, el supuesto acuerdo derivado del acta de 3 de agosto sólo puede definirse como un "acuerdo para acordar", en la medida en que en el mismo se incluyó como requisito ineludible para su prosecución que todas las compañías hablan de suscribir y prestar su consentimiento al acta de misión de un eventual **arbitraje** (el acta de misión y la orden procesal serán acordadas por las partes).*

Otra opción en Derecho puede ser la de considerar que, aun existiendo convenio inicial' su cumplimiento se está dejando al arbitrio de una de las partes (que obviamente puede no querer aceptar el acta de misión u orden procesal propuestas) llegando a la misma conclusión y es que de acuerdo con nuestro Código Civil -artículos 1256 y 1115 -, el acuerdo en tal sentido resulta nulo (invalidez del convenio arbitral).

También sostiene la demandante la inexistencia de convenio arbitral en relación con el **arbitraje** acumulado nº 519/2018: de un lado, OHL no firmó el Acta de la reunión de Socios españoles de 8 de septiembre de 2017 en la que se planteaba el tema de la ampliación del prístino **arbitraje**; de otro, sucede a mayores que las concretas controversias planteadas en la nueva solicitud de **arbitraje** evacuada el 25 de enero de 2018 trascienden en parte las materias reseñadas en la reunión de 8 de septiembre de 2017. En los términos de la demanda de anulación (§ 213):

"...en el referido acta de la reunión de 8 de septiembre de 2017 se alude al ' informe del PMT sobre los trabajos urgentes y vinculados al BOCC y al Depot de Medina y a las work and Maintenance Bases', pero lo cierto es que en la nueva solicitud (vid. Suplico del escrito de ampliación de 25 de enero de 2018) se han incluido controversias:

– Ajenas al informe del PMT sino que vienen de años atrás: punto (v) ' trabajos asignados a Indra en el BOCC y a Renfe en el Depot de Medina de acuerdo con el Informe del CEO'.



-- O calificados como no urgentes por el propio PMT: puntos (iii), ' trabajos relativos a las workbases contenidos en el Informe del PMT', y (iv) ' los trabajos relativos a las acometidas en cuartos de señalización'; que el propio acta de la reunión de 8 de septiembre de 2017 califica como ' no urgentes' (vid. apartado 2.2 del Acta de dicha reunión bajo el título ' trabajos que no tienen carácter urgente para la service demonstration, entre los que se incluyen los dos anteriores'.

Esto es, en contra de lo acriticamente afirmado por la CEA y confirmado por el sr. Árbitro es palmario con tan solo leer la documentación que los trabajos contemplados en los puntos de debate (iii), (iv) y (v) de la solicitud de ampliación están manifiestamente fuera de los siquiera referidos en el acta de 8 de septiembre de 2017".

Por último, OHL cuestiona la validez del convenio sobre la base de un alegato también afectante a la eventual infracción del orden público: la inhabilidad de la Corte para administrar los **arbitrajes** acumulados por inobservancia de sus deberes de independencia e imparcialidad.

Al respecto, señala OHL, con cita de jurisprudencia de esta Sala, cómo la CEA habría infringido sus *deberes de revelación* al no comunicar a OHL la reunión mantenida antes del inicio del **arbitraje** con Letrados de las Solicitantes sobre " los árbitros más adecuados para hacerse cargo del **arbitraje**, sus nombres y cómo la parte actora los propondría, recibiendo de la CEA expresas indicaciones al respecto, así como sobre la forma en que se podrían acelerar los **arbitraje** promovidos finalmente contra OHL" -§ 217.

En segundo término, la CEA no habría preservado *in casu* su independencia dada la vinculación que tiene con algunas de las Solicitantes del **arbitraje**: en síntesis, postula la actora que la CEA es una entidad sin personalidad jurídica dependiente económica, orgánica y laboralmente de la Cámara de Comercio de España (CCE). Dos datos objetivos abonarían los vínculos de dependencia que se denuncian: que forman parte del órgano supremo de gobierno de la CCE, esto es, del Pleno de la misma tanto la Solicitante, INDRA, como el propio Ministerio de Fomento, del que dependen las entidades públicas solicitantes del **arbitraje** RENFE, ADIF e INECO...; y que el Secretario de la Corte de **Arbitraje** es también el Secretario de la Cámara de Comercio de España...

Analizaremos este último alegato, más directamente atinente a la infracción del orden público, con arreglo a premisas de análisis específicas de tal causa de anulación.

El examen de la inexistencia y/o 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.

Recordábamos recientemente en nuestra **Sentencia 24/2018, de 24 de mayo** (FJ 4º.1) -roj STSJ M 2724/2018, 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 arbitrase 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-, 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 aquella 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).

Desde estas premisas analizaremos la queja de la actora y, claro está, los argumentos del Laudo, que examina con todo detalle las objeciones sobre la existencia del convenio arbitral que ahora se reproducen ante esta Sala, y otras que, alegadas en el procedimiento arbitral, no han sido reproducidas en la demanda de anulación.

2. Sobre si OHL se sometió a **arbitraje: el Acta de 3 de agosto de 2017 y el Acta de la reunión de socios españoles de 8 de septiembre de 2017 . -**

La recta comprensión de cuanto hayamos de concluir pasa por consignar algunos hechos probados no controvertidos que permitirán verificar el alcance de la firma por OHL del Acta de 3 de agosto de 2017 y de la no firma, por la misma mercantil, del Acta de la reunión de Socios españoles de 8 de septiembre de 2017. También daremos cuenta de la valoración probatoria que contiene el Laudo, en particular para inferir allí donde es preciso -por vía presuntiva- la voluntad de OHL de someterse a **arbitraje**. Habremos de verificar, en un caso, si media sumisión expresa y, en otro, si esa voluntad, pese a no resultar corroborada por la firma de OHL, fue válidamente emitida y plasmada por escrito o resulta de un intercambio documental que deje constancia del acuerdo de forma suficientemente concluyente.

A. Reseña de hechos probados .

En el año 2009, doce compañías españolas (ADIF, COBRA, CONSULTRANS, COPASA, IMATHIA, INABENSA, INDRA, INECO, RENFE, TALGO, DIMETRONIC S.A. y OHL) decidieron participar de forma conjunta en la licitación



del proyecto denominado "Haramain High speed Railway - Phase Z"(HHR-Fase 2), con objeto de construir una línea ferroviaria de alta velocidad entre Medina y La Meca (Arabia Saudí). DIMETRONIC S.A. fue posteriormente sustituida por SIEMENS (§ 487).

Las empresas españolas llegaron a un acuerdo con la empresa saudí AL-SHOULA GROUP (AL-SHOULA) para formar el denominado Consorcio Al-Shoula. AL-SHOULA pertenece a cierto miembro de la familia real saudí (información pública).

El proyecto HHR-Fase 2 comprendía: (i) el diseño y construcción de la vía y sistemas; (ii) el suministro del material rodante; (iii) el mantenimiento del material rodante y (iv) la operación y mantenimiento de la línea.

En septiembre de 2009, las doce empresas españolas y AL-SHOULA suscribieron y remitieron a la empresa pública saudí Saudi Railways Organization (SRO) un primer Memorandum of Understanding (MoU) en el que confirmaban: (i) su intención de presentar una oferta conjunta en la licitación del proyecto y (ii) su responsabilidad conjunta y solidaria por las actividades y obligaciones del Consorcio, como requería el cliente (expositivo C del "Consortium and Shareholders Agreement in relation to the 'Spanish SPV'" y expositivo B del "Consortium Agreement in relation to the 'KSA SPV'", a los que hemos denominado Consortium de Socios Españoles y Consortium de Socios Españoles y Saudíes respectivamente).

El 29 de septiembre de 2009, el Consorcio Al-Shoula (formado por los socios españoles y por los saudíes) recibió de la empresa pública saudí SRO la cualificación preliminar para participar en la licitación y una invitación para presentar su oferta (§§ 488-491).

Las doce empresas españolas suscribieron el 9/10 de abril de 2010 el **Consortium de Socios Españoles** (titulado "Haramain High-speed Railway- Phase 2", "Consortium and Shareholders Agreement in relation to the 'Spanish SPV'") (§ 492). Este Acuerdo contenía, entre otras, la **Cláusula 26.1** que sometía cualquier disputa relacionada con ese contrato a un **arbitraje** en Madrid, en idioma español, desarrollado conforme a las reglas de la Cámara de Comercio Internacional (CCI) y con un Árbitro único que debía ser experto en la materia e independiente de las partes (§ 495).

El **21 de mayo de 2010** esos mismos socios españoles acordaron modificar el **Consortium de Socios Españoles** mediante la firma del documento titulado "Haramain High-speed Railway- Phase 2", "Addendum and Amendment to the Consortium and Shareholders Agreement in relation to the 'Spanih SPV'"(**Primera Adenda**). El número de adiciones y modificaciones introducidas por esa Primera Adenda era considerable y entre ellas estaba la **modificación introducida por su cláusula 15.1 en la cláusula 26.1 del Consortium, relativa al arbitraje**. Según la Adenda, los socios españoles resolverían las disputas derivadas de su Consortium mediante **arbitraje** de uno o varios Árbitros, en el marco de la Corte Española de **Arbitraje**, de conformidad con su Reglamento y Estatutos. Las diferencias con la redacción anterior eran que cambiaba la Corte (CEA en lugar de CCI), se abría la posibilidad de que hubiera un Árbitro único o un tribunal arbitral (antes sólo se contemplaba un Árbitro único), desaparecía la alusión a la sede del **arbitraje**, también desaparecía la alusión al idioma del **arbitraje** y no se requería una cualificación específica del Árbitro (§§ 498 y 499).

Los días **30 de junio y 2 de julio de 2010**, las doce compañías españolas, AL-SHOULA y AL-ROSAN suscribieron el documento denominado "Haramain High-speed Railway- Phase 2", "Consortium Agreement in relation to the 'KSA SPV'"(**Consortium de Socios Españoles y Saudíes**). La cláusula 13.1 de este Consortium preveía resolver las disputas relacionadas con el mismo mediante **arbitraje**, en París, en inglés, conforme al Reglamento de la CCI y por un Árbitro único que debía ser experto en la materia e independiente de las partes (§§ 504 y 515).

Los socios españoles modificaron otra vez su Consortium de 9/10-04.2010 mediante una **Segunda Adenda de 15 de octubre de 2010**, que, en lo que ahora importa, contenía una **cláusula 3**, que el Laudo califica de *importante*, estableciendo "la prevalencia de las disposiciones del Consortium de Socios Españoles (incluyendo sus Adendas) sobre el Consortium de Socios Españoles y Saudíes y sobre cualquier otro acuerdo alcanzado con los 'Local Partners'" (§§ 515 y 522).

El 31 de diciembre de 2013, los socios españoles suscribieron tres contratos que se denominan conjuntamente 'Escrow Agreements' (conjunto documental COBRA-6), cuyo propósito era establecer los procedimientos de refacturación de diferentes gastos que debían soportar todos esos socios en determinados porcentajes: Gastos Generales, Gastos Comunes y Bolsa de Riesgos. Los Escrow Agreements contenían varias cláusulas arbitrales (Cláusula I-4 Arbitration) previendo que el procedimiento fuera administrado por la Corte Española de **Arbitraje** (§ 547).

Tras una reunión fallida del Consejo de Administración del Consorcio de Socios Españoles (CEAVMM) el 13 de julio de 2017 en la que se trató la controversia en torno a los trabajos relativos a la "media tensión al Depósito de Medina y al edificio BOCC (§§ 559 a 563), tuvo lugar la **Reunión de Socios Españoles de 28 de julio de**



2017, que se documenta por **Acta de 3 de agosto siguiente** en la que se incluye una Propuesta de Acuerdo intitulada " *Consortio Al-Shoula. Acuerdo Media Tensión al Depósito de Medina y Edificio BOCC*". Bajo tal rúbrica, de modo bien definido en el plano formal -en cursiva-, se afirma que **los socios " acuerdan por unanimidad"** lo siguiente -transcribimos solo lo relevante para lo que ahora se enjuicia (§§ 559-568):

1. (...)

2. "Que todos los Socios se comprometen a iniciar y finalizar conjuntamente un procedimiento arbitral ante la Corte Española de **Arbitraje** de conformidad con lo previsto en la cláusula 26.1 del Acuerdo de Consorcio (i) con un Árbitro único que será elegido de forma libre y directa por la Corte Española de **Arbitraje** (ii) cuya objeto será literalmente 'la controversia acerca de a qué Socio o Socios le corresponden los Trabajos Adjudicados; y (iii) las pretensiones de los Socios consistirán en que el Árbitro declare a quién o quiénes les corresponden los Trabajos Adjudicados y que les condene a abonar los costes y gastos de la realización de los Trabajos Adjudicados junto con los intereses devengados (al tipo del interés legal del dinero en España) y los costes del **arbitraje** y de las partes, no pudiendo ser objeto de las pretensiones de los Socios en este **arbitraje** posibles reclamaciones adicionales de daños y perjuicios.

A estos efectos, los Socios se obligan a llevar a cabo todas las actuaciones necesarias para que los representantes de los Socios presenten formalmente la solicitud común de **arbitraje** y, en este sentido, aportarán a la Secretaría del CEAVMM la identificación y datos de sus representantes en el **arbitraje**, quienes deberán firmar la misma, así como aportar cualquier otra información necesaria. En todo caso, esta obligación se deberá cumplir antes del 4 de septiembre de 2017. Si llegada esa fecha hay Socios que no han aportado esos datos el **arbitraje** se iniciará por el resto de Socios, quienes mandatan a estos efectos a Herbert Smith Freehills Spain LLP (HSF) para que presente la solicitud de **arbitraje**.

En dicho **arbitraje** el Árbitro podrá contar con el apoyo de Herbert Smith Freehills Spain LLP a los efectos de obtener la información que fuera relevante y garantizar la eficiencia y celeridad del procedimiento arbitral, en concreto, contará con su apoyo para la elaboración del acta de misión y la orden procesal, y que serán acordadas por las partes en un plazo de 20 días hábiles desde la designación del Árbitro".

3. (...)

4. "Previo adjudicación de los trabajos que proponga el PMT (Projet Management Team) como urgentes y vinculados al BOCC y al Depot de Medina y a las Work and Maintenance Bases, en un informe técnico que emitirá a dichos efectos para el cual se le mandará al PMT, a esos trabajos se les aplicará el mismo tratamiento que se establece en los apartados 2 y 3 anteriores".

Según el Acta, el Presidente solicitó a los socios, tras exponer en qué consistía el Acuerdo, que votaran la propuesta. OHL votó en contra explicando el sentido de su voto en los siguientes términos (§ 573):

"El representante de Obrascón Huarte Laín, S.A., D. Rosendo vota en contra y manifiesta que para que su voto fuera favorable necesitaría que, entre otras cuestiones (i) Cobra realizara una declaración en un documento aparte en el que individualmente dijese que su posición como adjudicataria no prejuzga ninguna acción que Cobra pudiese iniciar o que se ejercitase contra ella; y (ii) que se tendría que puntualizar que el **arbitraje** ante la Corte Española de **Arbitraje** se realizaría con carácter excepcional y para este caso concreto al entender que el Acuerdo de Consorcio no dispone que esa sea la corte aplicable a las controversias de los Socios" (recordemos que en este acta se denomina 'Acuerdo de Consorcio' al Consortium de Socios Españoles)" -§ 573 del Laudo.

Son particularmente relevantes las siguientes comunicaciones posteriores entre los socios españoles de que da cuenta el Laudo en su relato de hechos probados (§§ 575 a 588):

"El **1 de agosto de 2017**, D. Silvio (de HSF), en nombre del Secretario del Consejo de CEAVMM, envió un correo electrónico a los socios remitiéndoles el borrador del acta e informándoles de que '*conforme a lo hablado en dicha reunión, el Presidente ha mantenido diversas conversaciones con los socios que votaron en contra del acuerdo propuesto y por parte de Imathia y Talgo han comunicado que su voto sería favorable a la propuesta, según se ha reflejado al final del acta. Los socios que faltarían por confirmar si su voto se mantiene en contra o si se modifica serían OHL y Cobra. Conforme a lo indicado en dicha reunión, rogaríamos que por favor estos socios se pronunciaran a lo largo del día*' (documento 1- adjunto a los escritos de OHL de 26 de diciembre de 2017 y 23 de febrero de 2018)".

El **2 de agosto**, el Sr. Silvio, en nombre de D. Felix, envió a los socios otro correo (documento 1 adjunto a los escritos de OHL de 26 de diciembre de 2017 y 23 de febrero de 2018), donde decía que siguiendo indicaciones del Presidente informaba de que "*los socios (i) Imathia (ii) Talgo y (iii) OHL (con la manifestación que se incluye a continuación) han votado a favor de la propuesta y (iv) Cobra ha manifestado que votaría a favor si se excluyera del acuerdo las Work and Maintenance Bases del punto 4 de la propuesta*".

Ese mismo correo electrónico copiaba a continuación y entre comillas la manifestación de OHL:

"... el representante de Obrascón Huarte Lain, S.A., D. Rosendo , comunica con posterioridad a la reunión que vota a favor manifestando que el **arbitraje** que en este acuerdo se adopta ante la Corte Española de **Arbitraje** se realizará con carácter excepcional y únicamente para este caso concreto puesto que a criterio de OHL el Acuerdo de Consorcio que aplica no dispone que esa sea la corte a la que deban referirse las controversias y disputas de los Socios ".

El **3 de agosto**, el Sr. Silvio en nombre del Secretario del Consejo envió a los socios un nuevo correo electrónico (documento 1 adjunto a los escritos de OHL de 26 de diciembre de 2017 y 23 de febrero de 2018) informando de que COBRA había votado a favor, en interés del buen desarrollo del Proyecto, sin perjuicio de las manifestaciones que realizaba y se incorporaron al Acta... La redacción del punto cuarto del Acuerdo no se modificó, pese a haberse formulado comentarios al respecto... Ese mismo correo de 3 de agosto terminaba diciendo:

"... quedan unánimemente aprobadas la propuesta de acuerdo de media tensión al depósito de Medina v al BOCC que se incluye en el acta de la reunión de socios del 28 de julio de 2017, así como dicho acta".

En la versión final del acta, que se acompañaba al correo electrónico de 3 de agosto, consta que con posterioridad a la reunión los cuatro socios que al principio habían votado en contra cambiaron luego de posición y votaron a favor con las manifestaciones de cada uno de ellos.

El **7 de agosto** D. Silvio remitió a los socios españoles un nuevo correo con dos documentos: (i) El Acta de la reunión de socios de 28 de julio de 2017; un denominado Acuerdo de Media Tensión al Depósito de Medina y Edificio BOCC".

El acta de la reunión de 28 de julio de 2017, fechada el 3 de agosto, fue firmada por todos los asistentes, incluida OHL a través de D. Pablo Jesús . Entre los destinatarios de los correos del Sr. Silvio de los días 24 de julio, 1, 2, 3 y 7 de agosto de 2017 estaba OHL (D. Pablo Jesús , DIRECCION000), que no ha dicho que el Sr. Pablo Jesús careciera de facultades para asistir, votar, aprobar, firmar o recibir la notificación del acta. OHL tampoco ha dicho que el acta o los correos del Sr. Silvio sean inexactos, ni ha formulado su desacuerdo con ellos. Al contrario, OHL ha dicho que siendo el acta un documento cuya misión era plasmar lo acontecido en la citada reunión y en las conversaciones posteriores, " no había ningún motivo para no firmarla".

En cuanto al documento titulado 'Acuerdo Media Tensión al Depósito de Medina y Edificio BOCC', que remitió el Sr. Silvio junto con el acta en su correo de 7 de agosto, no consta si alguno de los socios y destinatarios lo firmó (INDRA, en su escrito de 2 de enero de 2018, § I-L, se refirió a ese documento como "borrador de Acuerdo de Media Tensión" y dijo que "no ha sido firmando por las partes).

OHL afirma que no lo firmó porque "no contenía la previsión condicional establecida por OHL" (§ 4. vii del escrito de OHL de 26 de diciembre de 2017) o porque el "Acuerdo Media Tensión...no contemplaba la salvedad indicada por OHL (carácter excepcional de tal sumisión)" (§ 22 del escrito de OHL de 23 de febrero de 2018).

OHL alegó en el § 4.viii de su escrito de 26 de diciembre de 2017 que durante las semanas siguientes al correo del Sr. Silvio de 7 de agosto y a lo largo de septiembre de 2017 ' **intentó comentar la cuestión con HSF intercambiando diversos correos al respecto, pero cada vez que OHL quería incluir la salvedad señalada o centrar y concretar el alcance del arbitraje propuesto para técnicamente reflejar el sentido del mismo o incluso asegurar la independencia de los Sres. Árbitros (número característica; etc.) HSF simplemente se negaba "**. Sin embargo -añade el Laudo-, **en este arbitraje no aparece ninguno de los correos a los que OHL alude, ni ninguna discrepancia de OHL con el "Acuerdo Media Tensión al Depósito de Medina y Edificio BOCC" hasta el día 20 de septiembre de 2017 .**

Finalmente, por lo que toca a la existencia de convenio arbitral en relación con las controversias suscitadas en el **arbitraje** 519/2018, acumulado al 508/2017, la Sala estima que tienen relevancia para la decisión del caso los siguientes hechos probados

El 21 de agosto de 2017, el Presidente del Consejo de Administración de CEAVMM, D. Dimas , envió la convocatoria de una reunión de socios a celebrar el día 8 de septiembre. El orden del día propuesto tenía dos puntos y uno de ellos era "2. Adjudicación de los trabajos urgentes y vinculados a la media tensión del BOCC depósito de Medina y Workbases (presentación de informe al respecto por el PMT)". Se trataba de dar continuidad a lo acordado en el apartado 1.4 del acta de 3 de agosto (§ 589).

El día 5 de septiembre de 2017D. Eloy (de HSF) envió a los socios españoles un correo electrónico en el que decía que su intención era presentar la solicitud de **arbitraje** a finales de aquella misma semana "para dar inicio al procedimiento conforme a lo acordado por los socios el pasado mes de julio", y pedía a aquellos socios que todavía no habían remitido a HSF los datos de los representantes que debían actuar en el **arbitraje** que los

remitieran a la mayor brevedad (se había previsto como fecha límite el 4 de septiembre). Ese correo -añade el Árbitro- no transpiraba la sospecha de que OHL fuera a oponerse a la solicitud (§ 595).

El 8 de septiembre de 2017, tuvo lugar la reunión de socios españoles que había sido convocada el 21 de agosto. De esa reunión se levantó acta y en ella aparece un punto segundo del orden del día que se titula " 2. Adjudicación de los trabajos urgentes y vinculados a la media tensión del BOCC depósito de Medina y Workbases (presentación de informe al respecto por el PMT)". Era el tema del que trataba el punto 4 del Acuerdo sobre la media tensión del depósito de Medina y el edificio del BOCC plasmado en el acta de 3 de agosto.

Según el Acta de 8 de septiembre, tras haber expuesto el PMT su Informe " **por unanimidad de los asistentes a la reunión se alcanzaron los siguientes acuerdos** " (§ 611):

1) "Trabajos urgentes para la *service demonstration*

Se acuerda mandar al PMT para que adjudique (i) los trabajos de suministro, instalación, testing & commissioning de los cuadros definitivos 1, 2 y 3 (recogidos en el informe del PMT) y los trabajos adicionales para conectar el cuadro general existente (ATS) a dichos cuadros del BOCC con un presupuesto máximo de 450.000 SAR; y (ii) los trabajos de obra civil y trabajos electromecánicos correspondientes al Depot de Medina recogidos en el informe del PMT con un presupuesto máximo de 1.511.000 SAR.

Asimismo, se acuerda que dichos trabajos se incluyan en el objeto del **arbitraje** de media tensión (low voltage power supply) acordado en la pasada reunión de 28 de julio en la medida en que efectivamente se proceda a su adjudicación debiendo financiarse, hasta la resolución del **arbitraje** mediante la partida de Other Costs correspondientes a los Gastos generales del Consorcio para lo que se realizarán las modificaciones pertinentes en el acuerdo de escrow correspondiente".

2) "Trabajos que no tienen carácter urgente para la *service demonstration*.

Se acuerda incluir en el objeto del **arbitraje** de la media tensión (low voltage power supply) acordado en la pasada reunión del 28 de julio la determinación sobre a qué Socio o Socios corresponde la ejecución (i) de los trabajos relativos a las workbases contenidos en el informe del PMT; y (ii) de los trabajos relativos a las acometidas en cuartos de señalización y telecomunicaciones del Depot de Medina conforme al informe del PMT".

3) "Trabajos adicionales.

Se acuerda incluir en el objeto del **arbitraje** de media tensión (low voltage power supply) acordado en la pasada reunión del 28 de julio la determinación sobre a qué Socio o Socios corresponde la ejecución de los trabajos asignados a Indra (BOCC) y a RENFE (depot de Medina) en el informe del CEO de 4 de mayo de 2016".

Repara el Laudo en que, con independencia de su carácter urgente o no, " *según el Acta, se acuerda incluir todos esos trabajos en el **arbitraje** acordado en la reunión de julio. Es una aprobación por unanimidad y no aparece ningún voto en contra* (§ 612).

El Acta recoge además las manifestaciones vertidas, entre otras, por OHL, cuyo representante hizo constar:

*"como hizo en la reunión de socios de 28 de julio, que la remisión del **arbitraje** de media tensión (low voltage power supply) ante la Corte Española de **Arbitraje** se realizó con carácter excepcional y únicamente para ese caso concreto, puesto que a criterio de OHL el Acuerdo de Consorcio que aplica no dispone que sea esa la corte a la deban referirse las controversias y disputas de los socios"*.

HSF pasó el Acta de la reunión de 8 de septiembre a la firma de los socios, quienes la firmaron con la excepción de OHL.

El Árbitro se plantea si, pese a la falta de firma, el Acta demuestra algún hecho y concluye que "demuestra lo que sucedió según su relato: la unanimidad de los asistentes en los acuerdos transcritos... En palabras del Laudo (§§ 616 y 617):

"(El Árbitro) llega a esa conclusión, primeramente, porque OHL no ha negado que el acta sea exacta. Es un documento al que niega valor no por su inexactitud, sino por la falta de su firma. Y cuando intenta justificar que no firmara el acta, como hace en su escrito de 9 de febrero, sostiene que la razón fue 'la utilización que se está haciendo de las actas de las reuniones', una explicación que no se entiende bien, puesto que el 8 de septiembre de 2017 ningún socio había hecho 'utilización' del acta de 3 de agosto, y al menos hasta el día 11 de septiembre (fecha del último borrador de solicitud de **arbitraje** donde aparecía como solicitante OHL) había consenso según la prueba aportada. No consta el disenso hasta el 20 de septiembre".



"El Acta de 8 de septiembre hizo constar la opinión de OHL sobre la excepcionalidad del **arbitraje**, igual que había hecho el acta de 3 de agosto, y de ese detalle de coherencia resulta también que el acta de 8 de septiembre, pese a no contar con la firma de OHL, refleja lo que pasó".

Ahora bien; el Laudo no se limita a explicar por qué entiende que, pese a la falta de firma, el Acta es un documento que plasma la voluntad unánime de los socios españoles en someterse a **arbitraje**. También justifica esa conclusión en virtud de actos posteriores de la propia OHL: los correos de 11 y 20 de septiembre de 2017.

Particular relevancia adquiere en este punto, como refiere el § 618 del Laudo, que "el lunes 11 de septiembre es decir el siguiente día hábil a la reunión del viernes 8 de septiembre, HSF remitió un correo electrónico a los socios españoles en el que 'conforme lo anticipado en la reunión del pasado viernes' se remitía una nueva versión de la solicitud de **arbitraje** con diversos cambios ' **incluyendo entre otras cuestiones la ampliación del objeto de la controversia acordado en la reunión de socios del viernes ...** ': OHL aportó este correo como documento 2 de sus escritos de 26 de diciembre de 2017 y 23 de febrero de 2018, pero no aportó la nueva versión de la solicitud de **arbitraje** que el correo remitía. **Lo lógico es pensar que esa solicitud se formulaba en nombre de los doce socios porque el viernes anterior había habido consenso y porque el email se dirigía a todos. Esta es una deducción que el Árbitro cree poder hacer por vía de presunción**".

También repara el Laudo (§ 619) en el correo electrónico remitido por OHL el 20 de septiembre de 2017. Es cierto que ese correo expresa ya un disenso pretendiendo modificar el documento remitido por HSF el 7 de agosto y, en definitiva, modificar lo que figuraba como acuerdos en las actas de 3 de agosto y 8 de septiembre; pero no es menos cierto que en ese correo OHL no pretendía inexactitud alguna del acta de 8 de septiembre, al tiempo que definía las controversias que habían de ser sometidas a **arbitraje** -que había de laudarse un solo árbitro elegido de manera libre y directa por la Corte Española de **Arbitraje**- de forma idéntica a la expresada en la solicitud de ampliación del **arbitraje** (cfr., v.gr., §§ 619 a 622 y 842 del Laudo).

B. Conclusión de la Sala .

Esta pormenorizada exposición de hechos probados, en sí mismos no controvertidos, y las inferencias que a partir de ellos realiza el árbitro, acomodadas en lo sustancial a las reglas de la lógica y a las máximas de la experiencia, hacen que hayamos de concluir en la inconsistencia, en este punto, del motivo de anulación invocado ex art. 41.1.a) LA.

La Sala no puede menos de compartir la racionalidad de la minuciosa valoración probatoria efectuada por el Árbitro a la hora de entender existente la voluntad de OHL de someter a **arbitraje** las controversias deducidas en los procedimientos arbitrales acumulados. Apreciamos que la voluntad inequívoca que demanda la doctrina jurisprudencial supra expuesta está cumplidamente motivada en el Laudo, que analiza sin el menor atisbo de arbitrariedad los actos precedentes, coetáneos y posteriores de OHL al 3 de agosto de 2017 para justificar la existencia y consiguiente vinculación del Acuerdo que documenta el Acta de esa fecha, por una parte, y, por otra, cómo OHL se sometió a **arbitraje** en la reunión de 8 de septiembre de 2017, pese a no firmar el acta que plasma lo allí acordado, y ello en virtud de actos concluyentes de OHL, de actos suficientemente expresivos de su voluntad de someterse a **arbitraje**.

De entrada, el Laudo -sin objeción relevante en la demanda de anulación- despeja cualquier duda sobre la prevalencia de lo pactado respecto de sí mismos por los socios españoles en general, y en particular en materia de sumisión a **arbitraje**, sobre lo establecido en el Consortium de socios españoles y saudíes (cfr. §§ 663 a 674). Nada ha lugar a añadir a lo allí manifestado.

Resulta inequívoca -sin perjuicio de lo que se dirá en el fundamento siguiente- la voluntad de OHL de someterse a **arbitraje** de la CEA que expresa el acuerdo del que da constancia el Acta de 3 de agosto de 2017: esa voluntad ya se plasmaba en la cláusula 26.1 del Consortium de Socios Españoles, modificada por la cláusula 15.1 de la Primera Adenda -supra reseñadas: el Acta de 3 de agosto da cuenta de un convenio arbitral que nova, sin duda, el contenido de los anteriores; ese Acta es firmada por OHL y el Laudo desecha las objeciones de la aquí actora con motivación razonable y cumplida.

Así, frente al alegato de que el Acta no contiene un acuerdo porque HSF remitió a todos los socios el 7 de agosto un documento denominado " *Acuerdo Media Tensión*" que no llegó a firmar, el Laudo opone que "no existe en el Acta nada que indique que los contratantes tenían que suscribir más tarde -o coetáneamente, añadimos- otro documento sin el cual no habría acuerdo" (§ 680): no consta razón alguna por la cual no hubiera de entenderse perfeccionado el convenio que expresa el Acta.

Anuencia en la voluntad de someterse de OHL que vendría corroborada por los correos enviados por HSF a todos los socios, en particular el del día tres de agosto, no habiendo acreditado OHL su alegato de haber reaccionado en contra: como relata el Laudo sin óbice relevante en la demanda de anulación, " *lo cierto es que,*



independientemente del efecto que hubiera podido producir tal oposición, OHL no aporta ninguno de los correos que dice que se sucedieron entre HSF y ella misma en agosto y septiembre..." (§ 684).

Por lo demás, es ocioso abundar en que lo manifestado por OHL sobre el carácter excepcional de la competencia de la CEA - "únicamente para este caso concreto puesto que a criterio de OHL el Acuerdo de Consorcio que aplica no dispone que esa sea la corte a la que deban referirse las controversias y disputas de los Socios"- no entraña una genuina condición, es decir, un hecho futuro e incierto del que se haga depender la virtualidad de su asentimiento al **arbitraje** presente.

Alguna precisión añadida requiere el análisis sobre la existencia del convenio arbitral que documenta el Acta de 8 de septiembre de 2017; convenio que justificaría la segunda solicitud de **arbitraje**, con ampliación de la controversia suscitada en el procedimiento 508/2017, que da lugar al expediente 519/2018 finalmente acumulado al 508/2017.

Hoy no cabe dudar -tampoco con la Ley de 1988- de que el requisito de forma escrita contenido en el art. 9.3 LA es un requisito *ad probationem* y no *ad solemnitatem*, de modo que en este punto la cuestión sobre la validez del convenio arbitral queda limitada a establecer si, en virtud de las normas que regulan la prueba, puede entenderse acreditada la constancia documental que la Ley demanda... Y esto es así con mayor razón cuando se repara en "el criterio antiformalista" que expresamente proclama el apartado II de la Exposición de Motivos de la Ley, plasmado, entre otros, en los apartados 3 y 5 del art. 9 LA. Aun reconociendo la exigencia de que el convenio arbitral **conste** por escrito y que la **Ley contempla las diversas modalidades de constancia escrita**, la Exposición de Motivos es muy clara cuando afirma que "la voluntad de las partes sobre la existencia del convenio arbitral se superpone a sus requisitos de forma".

Pues bien, aunque el Acta de 8 de septiembre de 2017 no está firmada por OHL, el Laudo la valora sin sombra de arbitrariedad y de modo concorde con la doctrina de la Sala Primera al entender que documenta válidamente un convenio arbitral...

En este momento no está de más traer a colación, por evidente que resulte, que **el acta no es el acuerdo social -en este caso, el de sumisión a arbitraje-**; el acta ni se identifica con los acuerdos ni con su formación, simplemente los relata y describe, constituyendo **un medio de prueba** de los mismos. El acuerdo es "el acto" jurídico unitario de declaración conjunta de voluntades y "el acta" es el documento en el que se relatan los acuerdos (los actos) cuyo cometido natural no es influir en los hechos y actos descritos sino informar de los mismos y acreditarlos. El acta cumple, pues, una función de declaración de ciencia de lo sucedido en la reunión: parafraseando la E. de M. de la LA, el acta es un medio de constancia escrita del convenio arbitral.

El FJ 4º de la STS de 5 de enero de 2007 -roj STS 95/2007- lo razona en los siguientes términos:

"La substantividad que en el derecho de sociedades tiene, por razones subjetivas, circunstanciales y funcionales, el acta de la junta en relación con los acuerdos adoptados en ella impide considerarla elemento constitutivo de éstos. Al fin, los acuerdos son la expresión de la voluntad mayoritaria obtenida mediante la suma de declaraciones individuales paralelas, emitidas en las condiciones y forma que establece la Ley. Mientras que el acta no es más que un instrumento de constancia, por elementales razones de seguridad y prueba, de la adopción anterior de unos acuerdos".

En suma, como dice la STS 54/2002, de 5 de febrero -roj STS 709/2002, "e l acta de la junta no es elemento constitutivo del acuerdo, sino medio de prueba del mismo, de aquí que tenga un carácter "ad probationem" y no "ad solemnitatem" (FJ 2º).

Cfr. asimismo RRDGRN 5-I-1993 y 3-V-1993, 16-VI-1994 y 7-IV-2011.

Visto lo que antecede, esta Sala no puede sino asumir, en sus propios términos -pues son ajenos a cualquier idea de arbitrariedad o sinrazón valorativa de la prueba- los argumentos del Laudo que hemos reseñado para estimar que el Acta de 8 de septiembre de 2017 plasma un acuerdo unánime de los socios españoles del Consorcio, incluido OHL, de someter a **arbitraje** de la CEA los trabajos que en el Acta se describen incluyéndolos en el objeto del **arbitraje** de media tensión acordado en la reunión de 28 de julio -que documenta el Acta de 3 de agosto.

Una precisión final: la Sala constata que, a diferencia de lo que postula la demanda, los trabajos incluidos en la solicitud ampliación del **arbitraje** son, sin género de duda, los que refleja el acta de 8 de septiembre: basta con confrontar al respecto el § 633 del Laudo y el § 213 de la demanda de anulación.

3. Sobre si OHL se sometió a arbitraje de forma condicional: en concreto, supeditada a la firma unánime del Acta de Misión.



Ya hemos constatado con todo detalle al comienzo de este fundamento aquella argumentación de OHL que parte de la base de que el Acta de 3 de agosto permite sostener que la firma del Acta de Misión era un requisito de ratificación del convenio: no existiría convenio porque OHL no firmó las Actas de Misión -la del primer **arbitraje** y la del procedimiento arbitral una vez efectuada la acumulación. Este alegato de OHL se apoya en las siguientes palabras del párrafo tercero del punto 2 del Acuerdo que documenta el Acta:

"En dicho **arbitraje** el Árbitro podrá contar con el apoyo de Herbert Smith Freehills Spain LLP a los efectos de obtener la información que fuera relevante y garantizar la eficiencia y celeridad del procedimiento arbitral, en concreto, contará con su apoyo para la elaboración del acta de misión y la orden procesal, y que **serán acordadas** por las partes en un plazo de 20 días hábiles desde la designación del Árbitro".

Mucho más concisos habremos de ser en el análisis de esta cuestión. Vista la conclusión alcanzada sobre la existencia de convenios arbitrales válidamente emitidos, el compromiso arbitral documentado por el Acta de 3 de agosto ni permite inferir que se supedita su validez a la unánime aprobación del acta de misión -como si hubiese una previsión en tal sentido que pudiese condicionar la virtualidad misma del convenio-: la Sala coincide con el Laudo en que dicha Acta nada deja al arbitrio de nadie en relación con la existencia misma de la sumisión a **arbitraje**. Convenio que, *in casu*, tampoco es expresión de cláusula patológica alguna -en sentido propio-, esto es, de un pacto que por sus propias e infranqueables previsiones haga imposible llevar a efecto el **arbitraje** en los términos en que ha sido pactado. En cambio, el eventual -aquí real- desacuerdo en la firma de las actas de misión, consideradas en anuencia con lo que propiamente son, no bloquea el **arbitraje**: el acta de misión, según el art. 20 del Reglamento de la Corte a la que las partes han encomendado la administración del **arbitraje**, debe recoger ciertas menciones básicas (árbitro, partes, controversia, idioma...) y las precisiones relativas a las reglas aplicables al procedimiento y el calendario de actuaciones. Ahora bien; la Sala de nuevo coincide con el Árbitro en que el Acta de Misión no equivale a un convenio arbitral, ni entraña per se un acto de imprescindible renovación del consentimiento expresado en aquél...

A mayor abundamiento: el Laudo efectúa una exégesis colmada de cuál es el significado y la intención que subyace al acta de tres de agosto, en concreto cuando afirma que " ... *el acta de misión y la orden procesal serán acordadas por las partes en un plazo de 20 días desde la designación del árbitro*": tal es el texto en que OHL funda la dependencia del convenio a la unanimidad de esa firma. Son resumen cabal de esa exégesis los §§ 774 a 779 del Laudo:

"Si se contempla el Acuerdo del acta de 3 de agosto en su totalidad, enseguida se ve que los socios previeron dos escenarios en cuanto a los aspectos procesales del **arbitraje**: uno de consenso total y otro de consenso parcial (o falta de consenso total, es decir desacuerdo). El Presidente había luchado por la unanimidad y había conseguido hasta el último voto a pesar de las dificultades, pero nadie perdió de vista la posibilidad de que, al final, el **arbitraje** no fuese totalmente consensuado y la solicitud se presentase sólo por algunos de los socios (" *el arbitraje se iniciará por el resto de socios...*").

Pues bien, la previsión de que el Acta de Misión sería" acordada por(todas) las partes' correspondía al escenario de consenso total, igual que otras previsiones de similar talante (todos los socios se comprometían a iniciar y finalizar conjuntamente el **arbitraje**, todos harían lo preciso para presentar una solicitud común, todos debían firmar la solicitud...). Pero los doce socios previeron también otro escenario: que el **arbitraje** fuera solicitado sin unanimidad, en cuyo caso lo lógico es entender que los socios querían que el **arbitraje** continuara hasta el final, sin que pudiera frustrarlo la mera negativa de una parte a firmar el Acta de Misión, pues ¿para qué iniciar un **arbitraje** que al primer compás una parte podía hacer fracasar? Hubiera sido una incoherencia que no cabe imaginar. OHL no ha dado ninguna respuesta racional a la pregunta formulada, y el Árbitro no la ha encontrado.

El **arbitraje** se inició por solicitud de la mayoría de los socios, pero esa solicitud también podía haber sido sólo de una minoría. El acta de 3 de agosto no establecía distinciones por el número de solicitantes (sólo distinguía si eran todos o no lo eran) y respecto del Acta de Misión sucede algo parecido. Las dos Actas del **arbitraje** han sido consensuadas por la mayoría, pero si sólo hubieran obtenido la aprobación de la minoría (si la mayoría se hubiera opuesto al borrador del Árbitro) la consecuencia hubiese sido la misma: no habría habido ningún obstáculo para proseguir el **arbitraje** porque el Árbitro habría aprobado el Acta.

En definitiva, el ' *serán acordadas*' no comporta una obligación ni es un requisito de procedibilidad ineludible, sino que forma parte del supuesto de consenso total definido en el acta de 3 de agosto. Fuera de tal supuesto, el Acta de Misión no ha de ser acordada y habrá que sacar las consecuencias lógicas que se deriven de las circunstancias.

Además de hacer una interpretación sistemática, es necesario recordar la regla que ordena favorecer la eficacia del negocio, '*favor negotii*', según el artículo 1284 del CC. Si una cláusula admite distintos sentidos se entenderá en el más favorable para que produzca efecto. La interpretación del Árbitro promueve la eficacia del acuerdo



y, si hemos de aceptar la tesis de FERRI, también respeta la voluntad objetiva del negocio, pues el convenio de nuestro asunto, como todo convenio arbitral, 'quiere' resolver la controversia.

Así que, por vía de interpretación del acuerdo de 3 de agosto, llegamos al mismo lugar que si partimos de que hay un desacuerdo en el procedimiento: no hay obstáculo alguno que impida la continuación del procedimiento y en cuanto al Acta de Misión hay que atenerse a lo que decida el Árbitro".

En suma: El "acta de misión" sirve, sin duda, para delimitar el objeto del **arbitraje** y configurar el procedimiento; puede ser incluso idónea para confirmar por vía exegética la existencia de un convenio dudoso; pero no es apta para excluir de forma unilateral un **arbitraje** válidamente pactado. Es en este sentido -por referencia al ámbito propio del acta de misión- en el que, en efecto, esta Sala ha afirmado que su efectividad " *no está condicionada a su aceptación por las partes*" (FJ 3º, S. 72/2015, de 16 de octubre, roj STSJ M 12226/2015. Existiendo convenio arbitral y habiéndose instado el **arbitraje**, si las partes no firman el acta de misión será cometido, en su caso, de la Corte y, en último término, siempre del árbitro resolver sobre los plazos y trámites del procedimiento arbitral, tal y como le habilita el art. 25.2 LA a falta de acuerdo de las partes y/o de previsión al efecto en el Reglamento de la Corte que administre el **arbitraje**.

Precisamente por mor de ese título legal habilitante tampoco entraña irregularidad alguna -y menos con virtualidad invalidante- el hecho de que el Árbitro haya sometido a la Corte la aprobación de las Actas de Misión, ceñidas al ámbito que les es propio en su configuración reglamentaria: como marco procesal de solución del debate y siempre sin suplantar el ámbito de decisión exclusivamente atribuido al Árbitro.

Ha de desestimarse pues la concurrencia de la causa de anulación invocada al amparo del art. 41.1.a) LA: OHL sometió a **arbitraje** las controversias ventiladas en los **arbitrajes** acumulados supra reseñados sin que a ello obste en modo alguno que no haya firmado las respectivas actas de misión.

Ahora bien; como tantas veces ha dicho esta Sala -y alega el demandante de anulación-, hemos de verificar si la Corte de **Arbitraje** gozaba de las condiciones de independencia e imparcialidad que le son exigibles, pues, de no ser así, el Laudo habría de ser anulado por infracción del orden público, pero incidiendo ese motivo de anulación en la validez misma del convenio arbitral: si éste se hubiera configurado con infracción de insoslayables exigencias del principio de igualdad -v.gr., adoleciendo la Corte elegida para administrar el **arbitraje** de la debida neutralidad objetiva y subjetiva-, es claro que una vulneración tal del orden público abocaría a la invalidez misma del Convenio, que ni podría ser invocado como sustento de un **arbitraje** posterior, ni en rigor podría ser novado en el caso de persistir un vicio de inhabilidad, dependencia y/o parcialidad inconciliable con irrenunciables exigencias constitucionales en la conformación del **arbitraje**, dada su condición de equivalente jurisdiccional.

TERCERO.- La demanda de anulación postula la inobservancia por la CEA de su deber de neutralidad, con cita de jurisprudencia de esta Sala, por haber infringido sus *deberes de revelación* al no comunicar a OHL la reunión mantenida antes del inicio del **arbitraje** con Letrados HSF, a la sazón bufete asesor de las 11 mercantiles Solicitantes, sobre " *los árbitros más adecuados para hacerse cargo del **arbitraje**, sus nombres y cómo la parte actora los propondría, recibiendo de la CEA expresas indicaciones al respecto, así como sobre la forma en que se podrían acelerar los **arbitraje** promovidos finalmente contra OHL*" -§ 217.

1. Parámetros de enjuiciamiento en torno al deber de revelación, extensible a las instituciones llamadas a administrar el **arbitraje.**

Es criterio muy reiterado por esta Sala -entre muchas, FJ 6º de las **SS. 22/2017, de 23 marzo ; 33/2017, de 4 de mayo ; y 15 de febrero de 2019** -procedimiento de nulidad de laudo arbitral 37/2018- aquel que afirma que **las instituciones arbitrales actuarán de forma independiente y neutral**, especificando, en sintonía con las recomendaciones del Club Español del **Arbitraje**, que " **deberán informar a las partes de cualquier situación que pueda generar dudas sobre su independencia y neutralidad**".

Esta premisa ha sido plenamente aceptada por la Sala: la obligación de independencia e imparcialidad, con los consiguientes **motivos de abstención, y los deberes de revelación y de información que asisten a los árbitros, mutatis mutandis, son exigibles a las instituciones llamadas a administrar el **arbitraje****. Extremo ratificado por la Directrices de la IBA sobre los Conflictos de Intereses en el **Arbitraje** Internacional, que, en su primera consideración para la aplicación práctica de las normas generales -entre las cuales se hallan dos reglas relativas a los deberes de revelación e información, reglas 3ª y 7ª-, señala que " *las Directrices deben ofrecer criterios específicos a los árbitros, a las partes, a las instituciones arbitrales (e incluso) a los tribunales estatales sobre qué tipo de circunstancias crean o no conflictos de intereses, y cuáles deben o no ser objeto de revelación*".

La observancia del principio de igualdad en la ratificación del convenio arbitral, en el procedimiento de designación de árbitros y, más en general, durante todo el procedimiento arbitral tiene, como una de sus



plasmaciones legales, lo dispuesto en la interdicción que establece el art. 17.1 LA, cuando, tras afirmar que "todo árbitro debe ser y permanecer durante el **arbitraje** independiente e imparcial", añade: " **En todo caso, no podrá mantener con las partes relación personal, profesional o comercial** " .

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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

No se trata solo de que el árbitro o la Corte no reveladores puedan por ese hecho ser recusado o apartada respectivamente; se trata también, e incluso antes, de que el procedimiento arbitral ha de preservar la libertad de las partes en la designación de árbitros y de instituciones administradoras del **arbitraje** y su real posibilidad



de acreditar la verdadera significación de un hecho que pueda suscitar dudas fundadas sobre el árbitro o la Corte a la vista de sus relaciones con una de las partes.

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

2. Los contactos previos a la iniciación del **arbitraje** entre HSF y la Corte Española de Arbitraje.

El Laudo refiere al respecto los siguientes hechos probados (§§ 591 - 599):

" En esos primeros días de septiembre. D. Nicolas (de HSF) contactó telefónicamente con la Corte al objeto de pedir información acerca de la solicitud de **arbitraje**. La Letrada de la Corte D^a. María Arias Navarro atendió la llamada y facilitó la información con el grado de detalle con que la Corte atiende habitualmente peticiones similares (informe del Secretario General de la Corte de 3 de julio de 2018 emitido a propuesta de OHL).

D. Nicolas también solicitó una reunión con la Corte, que tuvo lugar esos primeros días de septiembre y en la que participaron, por parte de HSF D. Felix y D. Nicolas , y por parte de la Corte su Secretario General D. Adolfo Díaz-Ambrona y los Letrados D^a. María Arias Navarro y D. Fernando Cabello de los Cobos. El informe de la Corte de 3 de julio de 2018 indica que la reunión versó sobre cuestiones generales del procedimiento, que fueron abordadas como la Corte atiende habitualmente peticiones similares.

La información facilitada por HSF a la Corte en la llamada y reunión que acaban de referirse fue que la solicitud de **arbitraje** a presentar se refería a un asunto atípico por existir pluralidad de partes cuyas posiciones procesales no estarían definidas al presentarse la solicitud, y se presentaría por HSF en nombre de todas las partes sin perjuicio de que posteriormente cada una de ellas pudiese designar a sus representantes. De ello se deduce que HSF no era consciente, en ese momento, de que OHL fuera a negarse a solicitar el **arbitraje**, fuese a poner condiciones, pensara que la Corte era incompetente, etc.

Por su parte, la Corte informó a HSF del régimen previsto en el artículo 12 del RCEA sobre el sistema de designación de Árbitros, de acuerdo con el cual, si existe acuerdo previo entre las partes sobre el nombramiento de Árbitro, la Corte se limita a confirmar el nombramiento, salvo que concurra algún impedimento para ello, etc.

El 5 de septiembre de 2017, D. Eloy (de HSF) envió a los socios españoles un correo electrónico en el que decía que su intención era presentar la solicitud de **arbitraje** a finales de aquella misma semana ' para dar inicio al procedimiento conforme a lo acordado por los socios el pasado mes de julio', y pedía a aquellos socios que todavía no habían remitido a HSF los datos de los representantes que debían actuar en el **arbitraje** que los remitieran a la mayor brevedad (se había previsto como fecha límite el 4 de septiembre). Ese correo no transpiraba la sospecha de que OHL fuera a oponerse a la solicitud.

El mismo correo mencionaba cómo se abordaría el nombramiento del Árbitro: 'siguiendo indicaciones de la corte y con la finalidad de acelerar el procedimiento y contar con Árbitros de amplia experiencia hemos propuesto a la corte la elección entre tres posibles candidatos. Sin perjuicio de esto, si cualquiera tiene comentarios por favor no dudéis en hacérselos llegar lo antes posible'.

La Corte afirma en su informe de 3 de julio de 2018 que no dio indicaciones a HSF, sino que dio información sobre el RCEA. En cambio, el correo de HSF de 5 de septiembre habla de indicaciones recibidas de la Corte.

Lo que pasó luego fue que HSF propuso a las partes la terna a que alude su correo de 5 de septiembre y esa terna no logró el consenso necesario, por lo cual en el siguiente borrador de solicitud igual que en la solicitud finalmente presentada, ya no apareció el nombre de ningún Árbitro y la Corte nombró sucesivamente a otros que no aparecían en la terna.

Con el correo de 5 de septiembre HSF remitió a todos los socios, incluida OHL, un borrador de 'solicitud de **arbitraje** relativa a la media tensión' (documento 3 adjunto a los escritos de OHL de 26 de diciembre de 2017 y 23 de febrero de 2018) cuyas principales características eran las siguientes: (i) aparecían como solicitantes los doce socios españoles, incluida OHL; (ii) HSF aportaba el acta de 3 de agosto como título de representación de las partes, aunque preveía que cada una actuara con representación separada; (iii) la solicitud decía que, al ser solicitantes todas las partes, no era necesaria la contestación a la solicitud; (iv) la controversia se definía de la siguiente forma: 'qué socio/s debe/n llevar a cabo y soportar el coste de los trabajos relativos a la media tensión del Depósito de Medina y del BOCC: (v) las pretensiones eran las que aparecieron finalmente en la solicitud del **arbitraje** 508/2017; (vi) se pedía que la Corte designara libremente y de forma directa un Árbitro único entre tres candidatos que se citaban".

A los anteriores hechos probados acompaña el Laudo dos valoraciones del Árbitro:

La primera, que del correo de 5 de septiembre remitido por HSF a todos los socios resulta que " en tal fecha HSF creía que el **arbitraje** se plantearía de común acuerdo " (§ 600).

La segunda refiere cómo entiende el Árbitro la aparente contradicción entre el correo de HSF de 5.09.2017, que habla de *indicaciones* recibidas de la Corte, y el Informe de la CEA de 3.7.2018, aseverando que *no dio indicaciones a HSF*. Al respecto, señala el Laudo (§ 597):

"Probablemente cada uno entiende de distinta manera el significado de la palabra 'indicaciones' (OHL no ha pedido que declarara ninguno de los miembros de HSF). Si la Corte le dijo a HSF que para ganar tiempo lo mejor era proponer un Árbitro o varios de común acuerdo, eso puede ser una 'indicación' sin pasar de ser una 'información' genérica. Mientras no se pruebe que la Corte dio 'indicaciones' que no debiera o pudieran cuestionar su neutralidad (por ejemplo, indicar que preferiría un Árbitro no estrictamente imparcial), hay que partir de que no lo hizo y no hay la menor razón para pensar que lo hiciera. Desde luego, no tenía ningún interés en ello."

En el mismo sentido los §§ 703 a 717 del Laudo concluyendo que ni consta la oposición de OHL al **arbitraje** consensuado el día 5 de septiembre (§ 708), ni que la Corte auspiciara la terna de árbitros propuesta por HSF -que decae cuando OHL manifiesta oposición-; consta, por el contrario (§ 712), que, una vez la CEA recibió la solicitud de **arbitraje**, constatando que no había acuerdo entre las partes, procedió a nombrar el Árbitro en la forma prevista en el acuerdo que documenta el Acta de 3 de agosto de 2017.

Frente a estas consideraciones del Laudo -cuya valoración luego efectuaremos-, en síntesis la demanda de anulación opone los siguientes alegatos (§§ 234 - 236):

"Esta parte no afirma que la CEA deliberada y clandestinamente se reuniera a sabiendas con una de las partes para beneficiarla, lo que afirma es que en la situación de relajo de formalidades que la presentación por parte de HSF de un **arbitraje** especial, por consenso de todos los integrantes españoles del Consorcio, en el que todas las partes irían representadas por el mismo despacho -HSF- que es precisamente con el que se reunían (esto es en el escenario en que no habría ninguna parte que enfrentara tal **arbitraje** -premisa de HSF), la CEA abordó cuestiones (cómo presentar la solicitud para acelerar el procedimiento, qué árbitro o árbitros debía proponer la actora, etc.) que jamás habría abordado en un **arbitraje** contradictorio asesorando a las Solicitantes (que recibieron 'indicaciones de la Corte' al respecto).

Habida cuenta de lo anterior la CEA tan pronto como verificó (ya que así lo denunció OHL) que la Solicitud de **Arbitraje** no era la que se le anunció y de la que trató con HSF, es decir que no contemplaba a una de las partes, que el bufete HSF no representaba a OHL, y que de hecho OHL se oponía a la competencia de la Corte para celebrar dicho **arbitraje** (esto es, que el **arbitraje** que se le presentó para abordar esa reunión no era tal) debió (i) revelar a OHL la celebración de dicha reunión, su contenido detallado, alcance, intervinientes y temas analizados y (ii) consultar a OHL si en el actual escenario conflictual entendía que la obvia duda de imparcialidad que genera tal situación concurría o entendía que pudiera ser enervada.

Sin embargo, y este es el grave reproche, lo que entiende esta parte que no podía hacer la CEA es: (i) ocultar dicha reunión, o al menos no revelarla; (ii) tratar el **arbitraje** (contradictorio) presentado como si se tratase del especial y de consenso que HSF le presentó -de hecho hasta inventándose el convenio arbitral sobre el cual construirlo que ni siquiera la Solicitud de **Arbitraje** citaba-; llegar hasta a (iii) sustituir la voluntad de OHL al aprobar ella el Acta de Misión; y (iv) desde luego, tan pronto como se haya dado cuenta del error, declarar la nulidad de todo lo actuado, volviendo a la situación inicial".

3. Conclusión de la Sala .

Este Tribunal no aprecia en el proceder acreditado de la Corte Española de **Arbitraje** el menor indicio de parcialidad por la infracción del deber de revelación que se denuncia.

La Corte de **Arbitraje** "no revela" la reunión habida con Letrados de HSF sin la menor mala fe: actúa en la creencia de que el **arbitraje** se va a instar por todos los socios españoles. Aunque no es imposible desde el punto de vista más objetivo de la preservación de la apariencia de imparcialidad, difícilmente puede aparecer comprometida la neutralidad de la Corte cuando ésta actúa en la conciencia de que la solicitud de información a la que atiende no discrimina entre partes, pues todas van a solicitar el **arbitraje** de forma consensuada. A lo que cabe añadir que la ocultación de la reunión no es propiamente tal: si la Corte actuaba en la creencia de que HSF representaba a un conjunto de mercantiles que de común acuerdo iban a instar un **arbitraje**, perfectamente pudo colegir -como en efecto sucedió- que de esa reunión todas las sociedades iban a ser conocedoras.

Y lo que es más importante aún: en el contexto de **arbitraje** consensuado en el que se produce el contacto previo a la solicitud de **arbitraje** entre HSF y la CEA, tampoco consta acreditado que la CEA efectuara indicaciones o prestara un asesoramiento que pudiera comprometer su neutralidad en un momento ulterior: ni está probado que propusiera una terna inicial de árbitros -la iniciativa fue de HSF-, ni aunque tal circunstancia se hubiera producido resultaría en entredicho su neutralidad, pues, en cuanto tiene constancia de la solicitud de **arbitraje** contradictoria procede a aplicar en sus propios términos -habremos de repetirlo- el régimen de nombramiento de árbitros previsto en el Acta de 3 de agosto...



Sí entiende probado el Laudo, ajeno a cualquier motivación arbitraria, que las indicaciones recibidas de la Corte tenían que ver con la forma de presentación de la solicitud y con aspectos generales del procedimiento arbitral; nada que concierna a los hechos debatidos, prejuzgue la controversia específica o atañe a los argumentos que quepa esgrimir al respecto haciendo ver la opinión que el *thema decidendi* pudiera merecer a la institución.

HSF actúa con idéntica buena fe: comunica a todos los socios su reunión informativa con la CEA en su correo de 5 de septiembre; remite la propuesta de solicitud en la que se incluye la terna que sugiere para elegir el árbitro único, e insta a las partes a hacer las observaciones que juzguen oportunas.

OHL tuvo conocimiento desde el primer momento de esa reunión e inicialmente guarda silencio.

Por lo demás, cuanto llevamos expuesto en esta resolución permite desechar alegatos de OHL en este punto que poco tienen que, por cierto, con la quiebra del deber de revelación que se denuncia: ni la CEA se "ha inventado" el convenio arbitral, ni ha sustituido indebidamente la voluntad de OHL al ratificar las Actas de Misión...

En estas circunstancias hemos de concluir, como este Tribunal ha hecho en casos semejantes, que, en rigor, no hay quiebra del deber de revelación porque no consta ningún extremo que hubiese de ser revelado, nada que en recta razón permita cuestionar la apariencia de imparcialidad, en este caso, de la institución arbitral (cfr., *mutatis mutandis*, las Sentencias de esta Sala 54/2014, 13/2015 y 46/2016).

CUARTO.- Al decir de la demanda, la CEA no habría preservado *in casu* su independencia dada la vinculación que tiene con algunas de las Solicitantes del **arbitraje**: en síntesis, postula la actora que la CEA es una entidad sin personalidad jurídica dependiente económica, orgánica y laboralmente de la Cámara de Comercio de España (CCE). Dos datos objetivos abonarían los vínculos de dependencia que se denuncian: que forman parte del órgano supremo de gobierno de la CCE, esto es, del Pleno de la misma tanto la Solicitante, INDRA, como el propio Ministerio de Fomento, del que dependen las entidades públicas solicitantes del **arbitraje** RENFE, ADIF e INECO...; y que el Secretario de la Corte de **Arbitraje** es también el Secretario de la Cámara de Comercio de España... (§§ 242-247 de la demanda).

Frente a este alegato opone el Laudo la siguiente argumentación (§§ 722-224):

1º. Que " la CEA fue designada por OHL y por las demás partes en el Convenio Arbitral del Consortium de Socios Españoles, que data de 2010, siete años antes del **arbitraje**. Esa misma Corte volvió a ser designada en los Escrow Agreements, y otra vez en el Acta de 3 de agosto de 2017. Si aplicamos *mutatis mutandis* los mismos criterios a las Instituciones que a los Árbitros, la recusación por falta de imparcialidad, cuando el Árbitro o Institución han sido designados de común acuerdo, sólo puede efectuarse cuando concurren circunstancias nuevas respecto del momento de la elección, o circunstancias conocidas después de la elección (artículo 17.3 de la LA y artículo 134 del RCEA). En otro caso, las partes están obligadas a atenerse a sus acuerdos, no sólo porque son producto de la autonomía de la voluntad sino también porque es lo que corresponde con arreglo a la Ley, consideración que conduce por sí sola a rechazar la alegación de OHL ".

2º. En relación con ADIF, RENFE e INECO el Laudo sobreentiende, correctamente -y más vista la demanda de anulación-, que OHL denuncia su pertenencia al Pleno de la CCE. A lo que objeta que " el Pleno está compuesto por los más diversos miembros, entre los cuales se hallan las Cámaras de Comercio territoriales, las Cámaras de Comercio en el Exterior, casi 30 grupos empresariales, bancos y grandes empresas, la CEOE, las Asociaciones de Autónomos y diversos Ministerios (uno de ellos, el de Fomento). Existen también varias decenas de vocales colaboradores que son grandes empresas, la mayoría privadas. Es decir, la presencia en el Pleno de un Ministerio como el de Fomento es una circunstancia que no determina ninguna inclinación de la Corte, pues el peso de un miembro del Pleno en el funcionamiento de la Corte es nulo".

Es cierto -ya lo hemos apuntado- que la independencia e imparcialidad se exige no sólo del árbitro, sino también de las instituciones llamadas a administrar el **arbitraje**. Resulta necesario analizar si la emisión del consentimiento al someterse a este **arbitraje** institucional está o no radicalmente viciado, según se haya emitido o no con vulneración de un principio, el de igualdad, que ha de informar tanto la sumisión a **arbitraje** en los términos en que se formule, como la designación de árbitros y la sustanciación misma del entero procedimiento arbitral. Esta Sala ha dictado al respecto una reiterada jurisprudencia, de la que son exponente los siguientes criterios -amén de los reseñados en fundamentos precedentes-, expresados, entre muchas, en las Sentencias de 14.11.2014, 10.05.2016 y 26.07.2018:

De entrada, resulta innegable la conexión que existe entre la autonomía de la voluntad de los contratantes, que ha de ser ejercida con libertad y en condiciones de igualdad, y la "limitación" que a esa autonomía supone la aceptación de un **arbitraje** institucional, que precisamente por ello ha de ser una aceptación libre y respetuosa con el principio de igualdad, cuya quiebra no sería admisible aun en el caso de que fuera consciente y deliberada.



De la "limitación" que a la autonomía de la voluntad supone la sumisión a un **arbitraje** institucional da cuenta el art. 4.a) LA al señalar que, cuando una disposición de la LA deje a las partes la facultad de decidir libremente sobre un asunto, las está facultando, a su vez, para que, sobre ese asunto -excepto en el caso de lo previsto en el art. 34 LA-, pueda resolver, en lugar de las partes y en virtud de su decisión, una institución arbitral. Y más claro es aún el art. 4.b) LA cuando, expresa y terminantemente, proclama como integradas en el convenio arbitral las disposiciones del Reglamento de **Arbitraje** al que las partes se hayan sometido. La Exposición de Motivos de la LA es del mayor interés a la hora de efectuar una exégesis auténtica de este art. 4... En otras palabras: las decisiones de la institución que administra el **arbitraje** se integran o, si se quiere, son expresión misma de la voluntad de todas las partes que suscriben el convenio arbitral -por delegación de éstas. Y qué duda cabe de que la institución administradora del **arbitraje** tiene encomendadas legalmente unas funciones y atribuidas unas responsabilidades de primer orden, que se traducen en verdaderas decisiones, cuya validez se enraíza y, por ello, se supedita a la validez misma del consentimiento de las partes que está en el origen de su actuación.

De ahí que sea evidente de toda evidencia que la sumisión a una institución arbitral deba realizarse con plena libertad en la declaración de voluntad -incompatible con la desigualdad de las partes o con la situación de preeminencia de una sobre la otra-, y que resulte asimismo incuestionable que la posición de la institución arbitral en el ejercicio de sus funciones, que aúna y representa la voluntad de ambas partes, haya de estar regida por la debida ecuanimidad.

La Ley de **Arbitraje** es muy clara al fijar los cometidos básicos de las instituciones arbitrales: "la administración del **arbitraje** y la designación de árbitros..., velar por el cumplimiento de las condiciones de capacidad de los árbitros y por la transparencia en su designación, así como su independencia" (apdos. 1 y 3 del art. 14 LA). Tanto en la designación de árbitros (art. 15.1 LA) como en la sustanciación de las actuaciones arbitrales (art. 24.1 LA) la institución arbitral ha de respetar el principio de igualdad. Las funciones que desempeñan las Cortes de **arbitraje** al administrarlo -nombramiento de árbitros, comunicaciones entre las partes, fe del procedimiento arbitral...-, han de estar presididas, es incuestionable, por el respeto al principio de igualdad, lo que es tanto como decir que la Corte arbitral ha de actuar con neutralidad respecto de las partes, con desinterés respecto del *thema decidendi*, y con independencia, con ausencia de vínculos de sujeción - más allá de los que son propios de o inherentes al **arbitraje** institucional- que puedan poner en entredicho, fundadamente, la ecuanimidad de su proceder. En este contexto es en el que ha de entenderse la previsión del art. 21.1 LA, cuando dice: "La aceptación obliga a los árbitros y, en su caso, a la institución arbitral, a cumplir fielmente el encargo, incurriendo, si no lo hicieren, en responsabilidad por los daños y perjuicios que causaren por mala fe, temeridad o dolo. En los **arbitrajes** encomendados a una institución, el perjudicado tendrá acción directa contra la misma..."

Dadas las amplias funciones de la Corte, que hemos indicado, se deben extremar las cautelas en el **arbitraje** institucional, lo que se traduce en el escrupuloso respeto al principio de igualdad, lo que es tanto como decir que la Corte arbitral ha de actuar con neutralidad respecto de las partes y con pleno desinterés respecto del *thema decidendi*. Esa neutralidad subjetiva y ese desinterés objetivo, necesarios en el caso concreto, se predica, desde luego, de cada uno de los miembros de la Corte, pero también de la Corte misma y, por inexcusable conexión o consecuencia, se ha de extender a la corporación, asociación o entidad sin ánimo de lucro que haya creado la Corte, y que pueda intervenir, más o menos directamente, en la designación de sus órganos de Gobierno".

OHL aceptó que la CEA administrara los **arbitrajes** controvertidos conociendo -era ya público y notorio en 2017- el cambio de régimen legal operado por la Ley 4/2014, de 1 de abril, *Básica de las Cámaras Oficiales de Comercio, Servicios, Industria y Navegación*, que regula la *Cámara de Comercio de España -en la que se integra la CEA-*, en particular cuando instaura nuevos regímenes de financiación y de cooptación de los miembros de sus órganos de gobierno -por contraste con el extinto Consejo Superior de Cámaras. Dice el Laudo, aplicando *mutatis mutandis* el art. 17.3 LA, que esa falta de concurrencia de circunstancias nuevas en el momento de la última designación de la CEA hace que OHL haya de ser coherente con esa su propia designación... *Esto es así, la Sala conviene en ello, pero que siempre que la designación de la Corte de Arbitraje no entrañe una infracción del principio de igualdad*: hay motivos de parcialidad o situaciones menos que más intensas de dependencia que la voluntad de las partes puede ignorar en pro precisamente de la mayor flexibilidad que impera en el **arbitraje**: ello es particularmente evidente en el caso, v.gr., del nombramiento de los llamados "árbitros de parte"; ahora bien, ese imperio de la autonomía de la voluntad no es indiscriminado; no cabe extenderlo a casos y/o situaciones que evidencien una quiebra fundada del principio constitucional de igualdad -no renunciable-, cuando la circunstancia concurrente, aun aceptada, permita poner en entredicho en términos objetivos y conforme a recta razón la ecuanimidad del proceder de la Corte. Y en este punto sí tenemos que afirmar categóricamente que nada se ha demostrado en el caso que conduzca, con mínima concreción, a fundar esa conclusión.



Ante todo, ni en términos teóricos ni prácticos se puede identificar al Ministerio de Fomento -presente en el Pleno de la CCE- con las entidades públicas empresariales RENFE y ADIF y con la empresa INECO, y menos como hace la demanda de anulación limitándose a afirmar genéricamente la dependencia de estas entidades del Ministerio de Fomento: no se concreta de forma mínima, ni siquiera en términos hipotéticos, qué actuación del Ministerio de Fomento en el seno de la CCE pudiera haber influido en la actuación de la CEA.

Y, a diferencia de lo que sucedía en el caso resuelto por nuestra Sentencia 34/2018, de 26 de julio, tampoco consta ni se alega que algún representante de dicho Ministerio ni de INDRA -de la que, cierto es, nada dice el Laudo y sí está presente en el Comité Ejecutivo de la Cámara de Comercio de España-, formen parte activa de los órganos de gobierno de la CEA; participación que hoy prohíbe el art. 4.6 de los vigentes Estatutos de la CEA -"Los miembros de los órganos de gobierno de la CCE (a saber, el Presidente y los vocales del Comité Ejecutivo y del Pleno) no podrán ser miembros de los órganos de la Corte"-, como expresión precisamente de una circunstancia que pudiera comprometer la apariencia de independencia de la Corte.

Y en relación con el Secretario General de la CCE, que lo es también estatutariamente de la CEA, la demanda se limita a aseverar esa coincidencia y a decir que es el firmante de las resoluciones de aprobación del Acta de Misión y de aceptación de la acumulación que la demandante discute. Añade, como expresión de su vinculación con el sector público, la pertenencia al cuerpo de Abogados del Estado del referido Secretario General.

La asunción de ambas Secretarías, en principio y en las circunstancias del caso, no expresa una indebida colusión de intereses: la Secretaría General de la CCE no es uno de sus órganos de gobierno, ni el Secretario General participa en el nombramiento de los llamados a integrar los órganos de gobierno de la CEA, siendo su cometido primordial velar, con voz pero sin voto, por la legalidad de los acuerdos adoptados por los órganos de gobierno (arts. 28.3 L. 1/2014 y 19 Orden ECC/953/2015, de 14 de mayo). La dependencia expresada resulta pues injustificada.

Y desde el punto de vista de la concreta actuación del Secretario General de la CEA en relación con los **arbitrajes** acumulados éste se ha limitado a la emisión de Resoluciones en el ámbito que le es propio y sin evidenciar el menor indicio de parcialidad: no consta -ya lo hemos visto- que haya prestado asesoramiento o efectuado recomendación alguna que permita fundar su falta de neutralidad.

Hemos de desestimar, pues, el alegato que cuestiona la independencia de la CEA.

QUINTO.- El segundo motivo de la demanda de anulación sostiene que ni la designación del Árbitro ni el procedimiento arbitral mismo, en particular en lo tocante a la firma del Acta de Misión, se han ajustado a lo pactado por las partes [art. 41.1.d) LA].

1. La demanda sostiene (§ 258) que la Corte ha empleado un sistema de designación no solicitado por las Partes -incurriendo incluso con ello en el motivo de anulación previsto en el apartado c) del art. 41.1 LA-; además, el procedimiento seguido por la CEA -elección libre y directa- "se separa palmariamente del procedimiento que resultaría de aplicación, el contenido en el Reglamento de la CEA, al que se remite el llamado 'convenio general' previsto en la cláusula 26.1 del Acuerdo de Socios Españoles".

Aun en la conciencia de que, como indica la jurisprudencia que reseña la actora, puede ser motivo de anulación del Laudo que la designación del árbitro vulnere lo pactado por las partes ex apartados d) y f) LA, lo cierto es que en el caso tal postulado es del todo insostenible. La Sala no puede menos de partir de lo ya dicho sobre la existencia del convenio arbitral que documenta el Acta de 3 de agosto de 2017; allí se establece con toda claridad que el Árbitro único será designado libre y directamente por la CEA, novando lo previsto en la precitada cláusula 26.1. Ni la CEA se ha separado, pues, de lo pactado, ni podía ni debía seguir el cauce previsto al efecto en su Reglamento.

Por lo demás -lo decimos a mayor abundamiento-, el Laudo explica cumplidamente el devenir en el procedimiento arbitral del alegato concerniente al número y designación de árbitros, que no fue suscitado por OHL, como objeción procesal, hasta el 26 de diciembre de 2017 (§§ 732 y ss). Ciertamente que en la inicial solicitud de **arbitraje** -26.09.2017- las Solicitantes habían pedido a la Corte que designara árbitro único conforme al art. 12 de su Reglamento y que ese árbitro cumpliera ciertos requisitos (experiencia, conocimiento de inglés...). La solicitud se apartaba de lo previsto en el acta de 3 de agosto... En su contestación a la solicitud OHL no aceptó ese sistema de nombramiento ni los requisitos del árbitro: muy distintamente, propuso que la Corte designara un Tribunal compuesto por un co-árbitro elegido por ella misma, otro por las once Solicitantes y un Presidente elegido por los dos anteriores. También afirmaba que los tres Árbitros tenían que cumplir entre otros requisitos el de no haber tenido vínculos profesionales con la Administración durante los últimos tres años. Por tanto, en esos compases iniciales del **arbitraje** ni las Solicitantes ni OHL se atenían al acta de 3 de agosto. Acta que



invocan las Solicitantes el 16.11 al justificar la competencia de la Corte apelando al sistema de designación de Árbitro en ella previsto; a lo que OHL se opuso el 26 de diciembre siguiente

Esta Sala repara en un extremo muy relevante: del comportamiento de las partes intervinientes en el **Arbitraje** no se sigue una anuencia de voluntades que permita entender modificado el convenio arbitral pactado por todas ellas y plasmado en el Acta de 3 de agosto. Convenimos por tanto con el Laudo en que siendo el convenio arbitral inequívocamente existente y aplicable el documentado en el Acta de 3 de agosto de 2017, éste debe cumplirse, y a él se ha acomodado el nombramiento del Árbitro por la CEA.

2. En cuanto al procedimiento arbitral acumulado, la demanda constata que la CEA tramitó la "solicitud de ampliación del **arbitraje**" como una *solicitud de nuevo arbitraje con añadida petición de acumulación*; en consecuencia, obvió la necesidad de determinación y designación de árbitro inherente a "dicha nueva solicitud de **arbitraje**"; nueva designación siguiendo el sistema previsto en el art. 12 RCEA tanto más evidente, añade la demanda, cuando se advierte que la controversia adicional trae causa del Acta de 8 de septiembre de 2017, que OHL no firmó.

Nada se objeta con mínimo fundamento a la viabilidad y conveniencia procesales de la acumulación acordada. Ninguna objeción, y menos invalidante, cabe hacer a lo argumentado por el Laudo a tal efecto, v.gr., en su § 840:

"La acumulación siempre persigue el interés de la eficiencia procesal y de costes, y además en algunos casos protege un interés mayor, de tal suerte que es preceptiva. En concreto, la acumulación es preceptiva, tanto en la LEC (artículo 76) como en el RCEA (artículo 19.1), si se da el riesgo de prejudicialidad o de cosa juzgada, es decir, si hay riesgo de que se produzca contradicción entre laudos o entre sentencias. En nuestro concreto procedimiento, podría producirse la contradicción entre los laudos parciales que se dictaran si no se hubiera acumulado, puesto que OHL suscita las mismas cuestiones procesales con respecto a las controversias inicial y acumuladas. Y podría haber contradicción también en los laudos finales, a causa de la conexión entre las controversias. Esta conexión existe porque se refieren a trabajos relativos a la media tensión, al BOCC o al OCC, que son objeto de informes del mismo órgano, el PMT".

En este mismo sentido el art. 19.1 RCEA precisa en términos imperativos que *"la acumulación se acordará cuando el laudo que haya de recaer en uno de los procedimientos pueda producir efectos prejudiciales en el otro, o en aquellos casos en que entre los objetos de los **arbitrajes** cuya acumulación se solicite exista tal conexión que, de seguirse por separado, pudieran dictarse laudos con pronunciamientos o fundamentos contradictorios, incompatibles o mutuamente excluyentes"*.

La radical conexidad que existe entre los objetos de ambos **arbitrajes** viene evidenciada, v.gr., por cuanto hemos dicho supra en relación con el convenio arbitral de que da cuenta el Acta de 8 de septiembre de 2017, que expresamente ordena que la decisión sobre los trabajos a que se refiere se incluyan en el objeto del **arbitraje** de media tensión (low voltage power supply) acordado en la pasada reunión de 28 de julio y documentado en el Acta de 3 de agosto...

Esta sola constatación permitiría plausiblemente entender que el convenio a que se refiere el Acta de 8 de septiembre -que nada dice sobre el sistema de designación de árbitro- puede integrarse con el compromiso arbitral reflejado en el Acta de 3 de agosto, que sí prevé la designación libre y directa por la CEA.

Con todo, esto no es lo más relevante sino un extremo que constata el Laudo y que esta Sala comparte, a saber (§ 838):

"El artículo 19.1 del RCEA dispone que 'en los casos en que la Corte decida acumular la nueva solicitud a un procedimiento pendiente con tribunal arbitral ya constituido, se presumirá que las partes renuncian con respecto a la nueva solicitud al derecho que les corresponde a nombrar Árbitro': OHL pretende liberarse de tal precepto diciendo que "no renuncia a su derecho", pero, primero, las partes no tienen "derecho a nombrar Árbitro" salvo en caso de acuerdo; y segundo, ese precepto es tan vinculante para las partes como el resto del convenio arbitral, porque la LA dispone en su artículo 4 b) que cuando la ley se refiera al convenio arbitral o a cualquier otro acuerdo entre las partes "se entenderá que integran su contenido las disposiciones del Reglamento de **arbitraje** al que las partes se hayan sometido'. Así pues, el RCEA integra el convenio del Consortium de Socios Españoles y para excluir la aplicación del artículo 19.1- del RCEA OHL tendría que haber expresado una salvedad o exclusión al tiempo de suscribir el convenio. Al no haberlo hecho así ha de pasar por la presunción de renuncia que contiene el RCEA y por el resto de este Reglamento".

Dicho lo cual, es completamente lógico que el nuevo **arbitraje**, que se acumula a un procedimiento pendiente, haya de ser conocido por el tribunal arbitral ya constituido, al que alude el mismo art. 19.1 RCEA.

Tampoco en este punto es de apreciar que el Laudo haya vulnerado el art. 41.1.d) LA.



3. Finalmente, la demanda postula que el procedimiento arbitral no se ha ajustado lo pactado en el convenio al no respetar la exigencia de que todas las partes presten su consentimiento al mismo suscribiendo el Acta de Misión; "acta que se constituye en barrera infranqueable de lanzamiento real del **arbitraje**, que no podría traspasarse sin el consentimiento expreso de todas ellas" (§ 278). La Corte habría sustituido la voluntad de OHL al aprobar el Acta de Misión, como requisito de procedibilidad expresamente establecido en el convenio arbitral especial que la propia Corte ha aplicado (§§ 279-282).

Este alegato ha de decaer por las razones expuestas supra FJ 2º.3, que se sintetizan en la conclusión de que ni el convenio plasmaba la inexorable firma unánime del Acta de Misión en todo caso, ni esa firma fue conformada como un requisito de procedibilidad; a lo que se ha de añadir que el Árbitro, ante el desacuerdo de las partes, está habilitado ex art. 25 LA para recabar de la propia Corte la aprobación de tales documentos, ceñidos al ámbito que les es propio...

El motivo segundo del recurso es desestimado.

SEXTO.- Por último, la demanda aduce infracción del orden público procesal [art. 41.1.f) LA] por causas denunciadas en los motivos anteriores: inexistencia o invalidez de un convenio arbitral que ni siquiera habría sido invocado por las Partes - precisión inexacta esta última, como hemos visto, pues tal preterición solo se da en el inicial escrito de solicitud de **arbitraje**; inhabilidad de la CEA por quiebra de independencia e imparcialidad; incumplimiento de las normas de procedimiento previstas por las partes e inobservancia del RCEA en la determinación del número de árbitros y de su sistema de designación.

Tales alegatos ya han sido desestimados al ser subsumidos en las causales a) y d) del art. 41.1 LA -algunos de ellos también en el apartado f) de dicho precepto-, por lo que hemos de remitirnos a lo supra argumentado, pues tampoco expresa la demanda consideraciones añadidas a las que ya ha sido enjuiciadas.

Como motivos nuevos "de vulneración del derecho de defensa de OHL", subsumibles en la infracción del orden público procesal, alega la actora: 1º) la indeterminación en la sustanciación de los procedimientos arbitrales acumulados de quiénes son partes demandadas y demandantes; 2º) duplicidad de representación procesal de las solicitantes de **arbitraje**; 3º) traslados simultáneos para alegaciones negando a OHL el debido trámite de réplica; y 4º) negativa arbitraria de la prueba propuesta por OHL para acreditar la competencia de la CCI (Corte de **Arbitraje** de la Cámara de Comercio Internacional) y no de la CEA.

Analizaremos en primer lugar y conjuntamente las alegaciones reseñadas en los ordinales 1º a 3º, específicamente conectados con la interdicción constitucional de indefensión (art. 24.1 CE) y con el derecho a la defensa (art. 24.2 CE), para después verificar si el Árbitro ha vulnerado el derecho fundamental de OHL a valerse de los medios de prueba pertinentes para la defensa (art. 24.2 CE).

A. La demanda sostiene que el inicio del procedimiento arbitral inicial se hizo sobre la base de una "artificial distinción entre entidades solicitantes y solicitada", sin apoyo alguno en la LA o en el RCEA, que se refieren a demandantes y demandados. "La inexistencia de indicación acerca de qué partes son 'demandantes' y cuáles 'demandadas' en la Solicitud de **Arbitraje** es una irregularidad flagrante que debió ser constatada por la Corte impidiendo la continuación del **arbitraje**" (§§ 293 a 295). Esa indefinición en su posición procesal pugnaría con su derecho de defensa (§ 299).

Indica la demanda, sin más precisiones, que la duplicidad de representaciones de las Solicitantes dio lugar a una desigualdad de armas de OHL y de confusión en cuanto a quién realizaba alegaciones en nombre de quién (§ 300).

Sí detalla la demanda algunas situaciones que podrían ser indiciarias de alguna desigualdad, más allá del uso más o menos acertado de las categorías propias del procedimiento arbitral, que desde luego no son en todo asimilables a los conceptos al uso en el proceso jurisdiccional. Así, el § 301 del escrito de demanda dice:

"... a pesar de que el Sr. Árbitro daba a OHL de facto la condición de demandada sin embargo se le negaba la misma a la hora de replicar determinadas alegaciones de las Solicitantes, estableciendo traslados simultáneos y negando la posibilidad a OHL de tener trámites de réplica a los argumentos de las Solicitantes, viéndose afectado con ello su derecho de defensa; por ejemplo, a raíz de la decisión de la Corte de fijar un traslado simultáneo, privándole a OHL de su posibilidad de acceder a los escritos de las restantes partes o replicar sobre un tema crucial en el **arbitraje**, como era la ampliación del mismo a solicitud de las partes demandantes a controversias adicionales no incluidas en el objeto del **arbitraje** inicial y cómo no estas no estaban ni siquiera incluidas en los temas analizados por las Solicitantes en la reunión de 8 de septiembre de 2017".

El análisis de estos alegatos ha de partir de una premisa comúnmente aceptada, no precisada de mayor análisis, a saber: que la vulneración del principio de igualdad de armas y/o la indefensión en el seno del procedimiento arbitral son alegables como motivo de anulación del Laudo por quebrantamiento de garantías



insoslayables que integran el orden público procesal. Resulta asimismo incontrovertido que no se puede identificar la real y efectiva infracción del orden público - en tanto que referida a la vulneración de la prohibición constitucional de indefensión y/o del derecho a la prueba pertinente- con cualquier irregularidad procesal o con la mera infracción de Ley Rituaria.

En palabras de la **STC 266/2015**, de 14 de diciembre (FJ 4):

" Este Tribunal ha declarado en numerosas ocasiones (por todas, STC 65/2007, de 27 de marzo, citada por la demandante) que el derecho fundamental a obtener la tutela judicial efectiva sin indefensión encuentra una de sus manifestaciones en el derecho de defensa contradictoria de las partes contendientes en todo proceso judicial (STC 143/2001, de 18 de junio, FJ 3). Esta exigencia requiere del órgano jurisdiccional "un indudable esfuerzo a fin de preservar los derechos de defensa en un proceso con todas las garantías, ofreciendo a las partes contendientes el derecho de defensa contradictoria, mediante la oportunidad de alegar y probar procesalmente sus derechos o intereses" (STC 109/2002, de 6 de mayo, FJ 2, con remisión a otras anteriores). Corresponde así a los órganos judiciales velar por que en las distintas fases de todo proceso se dé esa necesaria contradicción con idénticas posibilidades de alegación y prueba; en definitiva, con efectivo ejercicio del derecho de defensa en cada una de las instancias que lo componen. La posibilidad de contradicción es, por tanto, una de las reglas esenciales del proceso (SSTC 138/1999, de 22 de julio, FJ 4, y 91/2000, de 30 de marzo, FJ 2).

No basta con una vulneración meramente formal: " es necesario que de esa infracción formal se derive un efecto material de indefensión, con real menoscabo del derecho de defensa y con el consiguiente perjuicio real y efectivo para los intereses del afectado" (SSTC 185/2003, de 27 de octubre, FJ 4; 164/2005, de 20 de junio, FJ 3, y 25/2011, de 14 de marzo, FJ 7).

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 reciente **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)".

A la luz de estas consideraciones una conclusión se sigue, inequívoca, a juicio de esta Sala: vista la argumentación del Laudo, que de inmediato reseñaremos, y lo realmente acaecido en el devenir del procedimiento arbitral, resulta inconcuso que el Árbitro no ha restringido indebidamente las posibilidades de alegación de OHL; desde luego OHL no acredita tal extremo teniendo la carga de hacerlo, siendo así que, en ocasiones, la falta de protesta de OHL no hace sino confirmar la inanidad de alguna de las irregularidades que denuncia, que, de existir, no trascienden lo puramente formal; la Sala tampoco aprecia que se haya conferido a las partes solicitantes, por mor de una transitoria duplicidad de representaciones, más posibilidades de alegar y probar en pro de su derecho que a OHL. A lo que aún hemos de añadir que OHL no especifica qué concreto alegato, de réplica o de dúplica, relevante para la decisión del caso quiso hacer y no pudo. Su queja es puramente genérica.

La Sala comparte la argumentación del Laudo sobre los particulares ahora considerados, cuya reseña confirma cuanto acabamos de decir sobre la falta de virtualidad anulatoria de las quejas de OHL que estamos considerando.

En relación con *la posición procesal y la representación de las Solicitantes* (§§ 797 a 810), destacamos las siguientes reflexiones del Laudo:

" OHL no planteó inicialmente ninguna objeción sobre la posición ni sobre la representación de las partes, y en su contestación a la solicitud de **arbitraje** aceptó la terminología "Solicitantes" y "No Solicitante", como también



aceptó que HSF representara a todas las Solicitantes sin más apoderamiento que el contenido en el acta de 3 de agosto de 2017" (§ 797).

"Ni la LA ni el RCEA obligan a utilizar la terminología demandante-demandada ni a presentarse desde el primer momento como una de tales. Las normas relativas al procedimiento son de carácter dispositivo (a salvo los principios) y utilizan la indicada terminología en cuanto que corresponde al supuesto más común, pues lo característico de una norma general es referirse a lo que generalmente acontece ('Quod plerumque accidit'). Pero, según puede leerse en la Exposición de Motivos de la LA, 'en el **arbitraje** no se reproducen necesariamente siempre las posiciones procesales activa y pasiva de un proceso judicial, o no en los mismos términos. Al fin y al cabo la determinación del objeto de la controversia, siempre dentro del ámbito del convenio arbitral se produce de forma progresiva'" (§ 803).

Así lo revela el hecho de que, en pura hipótesis, si OHL hubiera cumplido lo pactado según el Acta de 3 de agosto todas las partes habrían sido solicitantes del **arbitraje**. En todo caso, la realidad en la que también repara el Laudo es que OHL ha actuado como demandada, y "no ha visto limitada la posibilidad de alegar sobre lo que se discute en esta fase del procedimiento arbitral... Enfatiza el Árbitro, y conviene la Sala en ello, en que no se aprecia qué aspectos de la contienda puedan haber resultados oscuros para OHL de modo tal que se haya visto dificultado el ejercicio de su derecho de defensa (§ 807).

Reconoce el Laudo que "hubo una fugaz situación transitoria en que estaba actuando HSF a la vez que algunas de las Solicitantes estaban encomendando sus intereses a otros despachos". Pero añade, sin objeción relevante de la demanda, "que la representación de cada parte quedó aclarada de inmediato a requerimiento de la Corte, sin que OHL haya objetado nada a los poderes presentados" (§ 808). Y lo que es tan importante: el que una parte esté representada por dos despachos en un **arbitraje**, simultánea o sucesivamente, no tiene por qué comportar confusión ni desigualdad, si, como es el caso, la parte asistida por representantes varios "no tiene un turno doble para cada trámite" (§ 809).

Y concluye al respecto el Laudo, sin atisbo de arbitrariedad: "HSF fue sustituido y esa sustitución no determinó la indefensión de OHL. HSF participó por última vez en un acto de este procedimiento cuando asistió como espectador al debate de 26 de enero de 2018, sin que ninguna de las partes pusiera ninguna objeción a ello y sin que HSF hiciera uso de la palabra. OHL, asistida desde el primer día por sus Letrados, no ha tenido ninguna limitación para defenderse" (§ 810).

En relación con la quiebra del principio de igualdad de armas que formula la demanda, referida de modo particular a la sustanciación del incidente de acumulación de expedientes arbitrales que finalmente decreta la Resolución de la CEA de 22 de marzo de 2018 -§ 301 supra transcrito y nota nº 85 de la demanda-, el Laudo explica cumplidamente, con pormenorizado detalle de lo acaecido en el devenir del **arbitraje**, cómo el otorgamiento de plazos comunes y los traslados efectuados no se han traducido en indefensión material de ninguna clase (§§ 812, 817-823 y 828-829).

En el orden de los hechos había acontecido lo siguiente, tal y como describe el Laudo en sus §§ 817 a 820 y 822 en relación con el § 812:

"El 12 de febrero, el Árbitro indicó a la Corte que a su juicio debían pedirse ciertas aclaraciones a las Solicitantes sobre la nueva solicitud de **arbitraje** y la Corte acordó lo que el Árbitro había propuesto.

Pero a continuación OHL pidió hacer también aclaraciones y la Corte así lo acordó. El Árbitro había pensado que OHL no era quién tenía que aclarar pues el escrito objeto de la aclaración no era suyo, y que OHL tendría oportunidad de decir lo que pensara en el escrito de contestación, que era el trámite propio a esos efectos, pero en cualquier caso la decisión de la Corte prevalece conforme al RCEA. OHL 'aclaró' la solicitud de las otras partes y no puede pedir todavía más.

El 12 de febrero, el Árbitro también sugirió a la Corte que las partes (todas las partes) concretaran lo que habían manifestado previamente sobre la conexión entre las controversias acumuladas. Ni la solicitud de ampliación ni el escrito de OHL de 9 de febrero le parecían al Árbitro del todo suficientes. La Corte lo acordó concediendo a las partes un plazo común, pero OHL pidió que su turno fuera sucesivo. Dijo que tenía el derecho a "duplicar" frente a la "réplica" que a su juicio iban a formular las Solicitantes. La Corte no concedió el plazo sucesivo, sino que mantuvo el plazo simultáneo.

En su escrito de 30 de mayo de 2018 OHL invocó los principios de igualdad y contradicción por no haber tenido la oportunidad de 'duplicar' frente a la alegada 'réplica'.

Enfatiza el Laudo -§ 822- que OHL ha tenido numerosas ocasiones para pronunciarse sobre todos los extremos de la acumulación. Y menciona el precedente § 812 seis escritos presentados por OHL en contra de la acumulación o de algún aspecto de la misma: 9 de febrero (al amparo del artículo 1-9.1 del RCEA), 26 de



febrero (protesta por la petición de aclaraciones a las Solicitantes y por el plazo simultáneo para concretar las alegaciones sobre la conexidad), 27 de febrero (escritos de aclaraciones y de concreciones de OHL), 18 de abril (contestación a la solicitud de nuevo **arbitraje**), 30 de mayo (alegaciones procesales tras la acumulación) y 19 de julio de 2018 (conclusiones).

Y añade el Laudo -§ 821- que cuando la Corte pidió a las partes que concretaran sus respectivas posiciones sobre la conexión entre controversias trataba de que cada una especificara escritos que había presentado previamente.

La Sala conviene con el Árbitro en que, en caso semejante, a todas luces lo natural era conceder un plazo común, lo que no solo no infringe ningún principio del procedimiento, sino que preserva escrupulosamente la igualdad de armas; como sucede, v.gr., con el plazo común que se concede para evacuar el escrito de conclusiones tras la práctica de la prueba; plazo que responde precisamente a la conveniencia de evitar que ese trámite habilite a una de las partes para refutar, sin réplica posible ya, lo concluido de contrario.

Lleva razón de nuevo el Laudo -§ 823- cuando recuerda que, aunque los escritos presentados por las partes a raíz de las sugerencias del Árbitro no están previstos en el RCEA, tampoco están prohibidos por él, habiendo ejercido el Árbitro sus competencias conforme al art. 19.1 RCEA, y, más radicalmente aún, en total anuencia con las facultades de dirección del procedimiento que le otorga la Ley de **Arbitraje** (v.gr., art. 25).

Por lo demás, el retraso en el traslado por la Corte de algunos escritos a OHL -y a las demás partes y al propio Árbitro- tampoco ha causado indefensión material alguna, pues fueron remitidos con tiempo suficiente para evacuar el siguiente trámite, que fue el de contestación a la nueva solicitud de **arbitraje** -§§ 828 y 829-.

Todo lo cual aboca a la desestimación del motivo en estos puntos, pues, por las razones que el Laudo expone con pleno acierto, las quejas que aduce la demanda ni siquiera evidencian irregularidad alguna en la sustanciación del procedimiento, cuanto menos una restricción relevante del principio de igualdad de armas.

B. Resta por examinar aquel alegato del motivo tercero que, con apoyo en el derecho a valerse de los medios de prueba pertinentes para la defensa (art. 24.2 CE), estima arbitraria la denegación por el Árbitro de la prueba propuesta por OHL para acreditar la competencia de la CCI (Corte de **Arbitraje** de la Cámara de Comercio Internacional) y no de la CEA.

En cuanto a la prueba no admitida o no practicada, o indebidamente aportada a la causa y/o practicada, el Tribunal Constitucional ha puesto de manifiesto con reiteración que no toda irregularidad positiva u omisión procesal en materia de prueba causan *per se* indefensión material constitucionalmente relevante, toda vez que el elemento esencial para que pueda considerarse vulnerado este derecho fundamental, en tanto que queda condicionado por su carácter de derecho constitucional de carácter procedimental, reside en la necesidad de demostrar que la actividad probatoria era **decisiva en términos de defensa**, esto es, que de haberse practicado la prueba omitida -o de no haberse llevado a efecto la indebidamente acordada- la resolución final del proceso hubiera podido ser distinta en el sentido de ser favorable a quien denuncia la infracción del derecho fundamental; influencia decisiva en el pleito que lo es, en definitiva, en tanto que potencialmente trascendente para el sentido de la resolución (por todas, **SSTC 130/2017**, FJ 2º; **128/2017**, FJ 4º; **169/2015**, FJ 3; **212/2013**, FJ 4º; **126/2011**, FJ 13º; **156/2008**, FJ 2º; **113/2008**, FJ 7º; y **185/2007**, FJ 2º). Esta misma jurisprudencia proclama que asiste la carga de acreditar ese carácter decisivo de la prueba indebidamente denegada o acordada o, si admitida de forma correcta, mal practicada- a quien invoca la lesión de su derecho. En palabras del TC: *el recurrente " debe argumentar de modo convincente que la resolución final del proceso a quo podía haber sido favorable a sus pretensiones de haberse aceptado y practicado la prueba propuesta" (o de no haberse tomado en consideración - añade esta Sala- la indebidamente aportada al proceso).*

La doctrina sentada por el TC aparece muy claramente compendiada, entre muchas, en la precitada **STC 156/2008**, de 24 de noviembre, cuyo FJ 2, proclama:

Este Tribunal ha reiterado que la vulneración el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa (art. 24.2 CE) exige, en primer lugar, que el recurrente haya instado a los órganos judiciales la práctica de una actividad probatoria, respetando las previsiones legales al respecto; en segundo lugar, que los órganos judiciales hayan rechazado su práctica sin motivación, con una motivación incongruente, arbitraria o irrazonable, de una manera tardía o que habiendo admitido la prueba finalmente no hubiera podido practicarse por causas imputables al propio órgano judicial; en tercer lugar, que la actividad probatoria que no fue admitida o practicada hubiera podido tener una influencia decisiva en la resolución del pleito, generando indefensión al recurrente; y, por último, que el recurrente en la demanda de amparo alegue y fundamente los anteriores extremos (por todas, **STC 136/2007**, de 4 de junio, FJ 2).

Por lo que se refiere a la legalidad de la petición probatoria, hemos destacado que tiene el doble sentido de que el medio de prueba esté autorizado por el Ordenamiento y de que la prueba se haya solicitado en la forma y



momento legalmente establecidos (por todas, STC 48/2008, de 11 de marzo, FJ 3). En cuanto a que la ausencia de la práctica de la prueba sea imputable al órgano judicial y no a la falta de diligencia de la parte, este Tribunal ya ha señalado que cuando la prueba ha sido admitida y declarada pertinente, y el propio órgano judicial ha ordenado su práctica, es de su responsabilidad asegurarse de que la prueba se lleva en efecto a cabo. Y, de no ser así, ha de adoptar las medidas oportunas para asegurar una eficiente tutela de los derechos fundamentales de las partes en el proceso, y en particular de sus derechos a utilizar los medios de prueba pertinentes (art. 24.2 CE) y a no sufrir indefensión como consecuencia de los avatares que tengan lugar en el trámite probatorio (por todas, STC 240/2007, de 10 de diciembre, FJ 2).

Por último, en cuanto a que la prueba no admitida o no practicada hubiera podido tener una influencia decisiva en la resolución del procedimiento, este Tribunal ha puesto de manifiesto que no toda irregularidad u omisión procesal en materia de prueba causa por sí misma indefensión material constitucionalmente relevante, toda vez que el elemento esencial para que pueda considerarse vulnerado este derecho fundamental, en tanto que queda condicionado por su carácter de derecho constitucional de carácter procedimental, reside en la necesidad de demostrar que la actividad probatoria era decisiva en términos de defensa, esto es, que de haberse practicado la prueba omitida la resolución final del proceso hubiera podido ser distinta en el sentido de ser favorable a quien denuncia la infracción del derecho fundamental (por todas, STC 185/2007, de 10 de septiembre, FJ 2).

En relación con este último aspecto -efectiva indefensión del recurrente por el carácter decisivo, en términos de defensa, de la prueba no admitida o no practicada- precisa, por todas, la STC 126/2011, de 18 de julio (FJ 13), qué exige este requisito a la hora de formalizar su demanda, cuando dice:

"Esta exigencia se proyecta en un doble plano: por un lado, el recurrente debe razonar en esta vía la relación entre los hechos que se quisieron probar y no se pudieron probar y las pruebas inadmitidas; por otro lado, debe argumentar de modo convincente que la resolución final del proceso a quo podía haber sido favorable a sus pretensiones de haberse aceptado y practicado la prueba propuesta (SSTC 26/2000, de 31 de enero, FJ 2 ; 165/2001, de 16 de julio, FJ 2 ; 133/2003, de 30 de junio, FJ 3 ; 129/2005, de 23 de mayo, FJ 3 ; 244/2005, de 10 de octubre, FJ 5 ; 308/2005, de 12 de diciembre, FJ 4 ; y 42/2007, de 26 de febrero , FJ 4)".

Tal y como refleja la demanda -§ 302-, OHL propuso el siguiente " *requerimiento de exhibición documental*" en su escrito de alegaciones procesales de 30 de mayo de 2018 -en el que se reiteraba lo previamente solicitado en el escrito de alegaciones de 23.02.2018, presentado en el **arbitraje** 508/2017:

*"a) Primer requerimiento: consistente en que se requiera a las entidades Demandantes, a través de sus respectivos representantes en el presente **arbitraje**, a fin de que:*

*a.1) Confirman si han iniciado en algún momento ante la Corte Internacional de **Arbitraje** de la Cámara de Comercio Internacional (CCI) algún procedimiento arbitral en relación con el Proyecto Haramain o, si de otro modo, son parte en algún **arbitraje** iniciado por otro Socio en relación con el citado proyecto.*

a.2) En caso afirmativo, confirmen si dicho procedimiento arbitral se ha iniciado con base en la cláusula arbitral prevista en el art. 13.1 del Acuerdo de Socios de 30 de junio/2 de julio de 2010.

*a.3) Aporte copia de la portada de las solicitudes de **arbitraje** que hayan podido ser presentadas por los Demandantes contra cualquiera de las partes involucradas en el presente **arbitraje**".*

Dicha solicitud, convenientemente reiterada -docs. 33, 35 y 37 de la demanda-, fue denegada por el Árbitro en la Segunda Orden Procesal de 20 de junio de 2018 indicando que OHL no habría explicado " *cómo podría influir esa prueba en el presente **arbitraje***", concluyendo en estos términos:

*"La competencia de cada Corte debe analizarse con cada solicitud de **arbitraje** atendiendo al convenio arbitral. La eventual existencia de otras solicitudes o procedimientos no es razón para probar la incompetencia de una Corte en relación con una solicitud dada. OHL no ofrece ningún dato para llegar a otra conclusión en este caso, y por tanto el Árbitro concluye que se trata de una prueba impertinente y debe ser inadmitida". El énfasis es nuestro.*

Postula la demanda que este razonamiento del Laudo entraña un prejuicio, a la par que revela que el Árbitro comprendió perfectamente la pertinencia de la prueba propuesta, pues su práctica podía evidenciar actos propios de las Solicitantes trascendentes para interpretar cuál había de ser el convenio arbitral de aplicación... (§ 303).

El Laudo (§§ 698-700) reprocha a OHL no haber explicado para qué serviría la prueba -tal y como fue propuesta, se entiende-, habiéndose opuesto TALGO a su admisión por impertinente; se remite a lo dicho en la Segunda Orden Procesal y afirma el parecer del Árbitro sobre la dificultad de imaginar la utilidad para el caso de saber si había otros **arbitrajes** ante la CCI: " *esos **arbitrajes** quizá podían ser competencia de esa Corte sin que ello privara de competencia a la CEA para esta disputa*".



La Sala estima evidente que la prueba rechazada, tal y como fue propuesta, era de una falta de especificidad que justifica plenamente la decisión del Árbitro, no reveladora de prejuicio alguno.

Es verdad que la congruencia con los actos propios en no pocas ocasiones se constituye en elemento determinante para acreditar la existencia de un convenio arbitral y/o la preeminencia de uno sobre otro. Pero la demandante ni en el **arbitraje** ni ante esta Sala ha argumentado con mínima convicción en tal sentido: sus alegatos son nuevamente tan genéricos que impiden apreciar por qué la prueba denegada, tal y como se propuso y en las circunstancias concurrentes en el caso, hubiera podido incidir en el fallo final. La genérica afirmación de la existencia de **arbitrajes** ante otras Cortes en relación con el Proyecto AVE MECA/MEDINA - de la que el propio escrito de demanda da cuenta como hecho conocido por las diversas noticias de prensa al respecto, § 2-, nada concreto aduce para condicionar la decisión del árbitro en un caso en el que están en juego varias cláusulas de sumisión a **arbitraje** entre socios españoles y entre socios españoles y saudíes, y cuando la cláusula más debatida tiene un objeto muy específico en relación con concretos trabajos controvertidos del Proyecto Haramain High speed Railway - Phase Z"(HHR-Fase 2).

La demanda se limita a afirmar la existencia de **arbitrajes** en otras Cortes entre diversos miembros del consorcio y por diversas vicisitudes. Pero no plantea una prueba que guarde la suficiente relación con la *res in iudicio deducta*: v.gr., que todos los socios españoles estuviesen implicados en un **arbitraje** ante la CCI con un objeto idéntico o parcialmente idéntico -prejudicial- al suscitado ante la CEA. Entonces sí que la ulterior conducta procesal de los que, prima facie, venían sometidos a **arbitraje** administrado por la CEA desde 2010 hubiera podido tener relevancia para la decisión del caso. Mas nada de esto se justificó ni se propuso por OHL, que formuló una petición probatoria tan imprecisa en su generalidad que fue rechazada sin el menor atisbo de sinrazón o arbitrariedad...

El motivo tercero y, con él, la demanda de anulación son desestimados.

SÉPTIMO.- Rechazadas totalmente las pretensiones de la demanda, procede, conforme al artículo 394.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, imponer a la demandante las costas causadas en este procedimiento, pues no es de apreciar la concurrencia de serias dudas de hecho o de Derecho.

Vistos los artículos de aplicación,

FALLAMOS

DESESTIMAMOS la demanda de anulación del Laudo Parcial de 27 de septiembre de 2018, que dicta D. Valeriano Hernández-Tavera Martín en Procedimiento Arbitral administrado por la Corte Española de **Arbitraje** (CEA) -**arbitrajes** acumulados núms. 508/2017 y 519/2018-, formulada por el Procurador de los Tribunales D. Ramón Rodríguez Nogueira, en nombre de **OBRASCON HUARTE LAÍN, S.A. (OHL)**, contra las demandadas supra mencionadas (**ADIF, COBRA, CONSULTRANS, COPASA, IMATHIA, INABENSA, INDRA, INECO, RENFE, SIEMENS y TALGO**); con expresa imposición a la parte actora 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.

DILIGENCIA.- Con fecha doce de septiembre de dos mil diecinueve, firmada la anterior resolución es entregada en esta secretaría para su notificación, dándose publicidad en legal forma y se expide certificación de la misma para su unión al rollo. Doy fe.