



Roj: **STSJ M 4921/2023 - ECLI:ES:TSJM:2023:4921**

Id Cendoj: **28079310012023100177**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **27/04/2023**

Nº de Recurso: **10/2019**

Nº de Resolución: **17/2023**

Procedimiento: **Nulidad laudo arbitral**

Ponente: **FRANCISCO JOSE GOYENA SALGADO**

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: 28.079.00.2-2019/0010801

Procedimiento ASUNTO CIVIL 10/2019-Nulidad laudo arbitral 8/2019

Materia: Arbitraje

Demandante: ACUAMED (AGUAS DE LAS CUENCAS MEDITERRANEAS)

Sr. ABOGADO DEL ESTADO

Demandado: SOGEOSA SOCIEDAD GENERAL DE OBRAS Y TORRESCAMARA Y CIA: UNION TEMPORAL DE EMPRESAS

PROCURADOR D./Dña. JAVIER CAMPAL CRESPO

Excmo. Sr. Presidente:

D. CELSO RODRÍGUEZ PADRÓN

Ilmos. Sres. Magistrados:

DON FRANCISCO JOSÉ GOYENA SALGADO

D. JESÚS MARÍA SANTOS VIJANDE

SENTENCIA N° 17/2023

En Madrid, a veintisiete de abril de dos mil veintitrés

I.- ANTECEDENTES DE HECHO.

PRIMERO .- El 11 de febrero de 2019 tuvo entrada en esta Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia la demanda formulada por EL ABOGADO DEL ESTADO, en representación y defensa de la "SOCIEDAD ESTATAL AGUAS DE LAS CUENCAS MEDITERRÁNEAS, S.A, ejercitando, contra la mercantil "SOGEOSA SOCIEDAD GENERAL DE OBRAS Y TORRESCÁMARA Y CÍA. DE OBRAS UNIÓN TEMPORAL DE EMPRESAS LEY 18/1982" (UTE RAMBLA GALLINERA)", acción de anulación del Laudo con nº de expediente CIMA 924, de fecha 14 de noviembre de 2018, que dicta el Tribunal Arbitral de la CORTE CIVIL Y MERCANTIL DE **ARBITRAJE** de Madrid (CIMA).



SEGUNDO.- Por Decreto de fecha 6 de marzo de 2019 se admitió a trámite la demanda supra referenciada, acordando dar traslado a la parte demandada, a la que se emplazó en legal forma, para contestación de la demanda formulada.

TERCERO.- Transcurrido el plazo para comparecer y contestar a la demanda, compareció la parte demandada "SOGEOA SOCIEDAD GENERAL DE OBRAS Y TORRESCÁMARA Y CÍA. DE OBRAS UNIÓN TEMPORAL DE EMPRESAS LEY 18/1982" (UTE RAMBLA GALLINERA), representada por el procurador D. JAVIER CAMPAL CRESPO, asistida por el letrado D. MANUEL A. ROMERO REY, formulando escrito de contestación a la demanda, con base en los hechos y fundamentos que estimó pertinentes y solicitando la desestimación íntegra de la demanda, con expresa condena en costas a la parte demandante.

CUARTO.- Por Auto de fecha 3 de julio de 2019 se acordó recibir el pleito a prueba, admitiendo la documental aportada por la parte demandante y la demandada, señalándose para deliberación y resolución.

Con fecha 4 de octubre de 2019 se dictó sentencia con el siguiente fallo:

" **DECLARAR** la nulidad del Laudo dictado con fecha 4 de abril de 2018, por la CORTE CIVIL Y MERCANTIL DE **ARBITRAJE** de Madrid (CIMA), en el Expediente nº 924, que se deja sin efecto, y sin hacer expresa imposición de las costas causadas en este procedimiento, debiendo cada parte soportar las propias y por mitad las comunes.

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."

QUINTO.- Por el procurador D. JAVIER CAMPAL CRESPO, en nombre y representación de "SOGEOA SOCIEDAD GENERAL DE OBRAS Y TORRESCÁMARA Y CÍA. DE OBRAS UNIÓN TEMPORAL DE EMPRESAS LEY 18/1982" (UTE RAMBLA GALLINERA), se formuló INCIDENTE DE NULIDAD DE ACTUACIONES, con base en las alegaciones que estimó oportunas y solicitando se dicte resolución por la que se estime el incidente, acordando la retroacción de las actuaciones al momento anterior al dictado de la sentencia recaída en el presente rollo.

Admitido a trámite y dado traslado a la parte contraria para alegaciones, por el Sr. ABOGADO DEL ESTADO, en representación y defensa de la "SOCIEDAD ESTATAL AGUAS DE LAS CUENCAS MEDITERRÁNEAS, S.A. (ACUAMED), se evacuó el trámite, haciendo las alegaciones pertinentes y solicitando la desestimación del incidente.

Por Auto de fecha 27 de julio de 2020 se resolvió el INCIDENTE DE NULIDAD DE ACTUACIONES PLANTEADO, EN SENTIDO DESESTIMATORIO.

SEXTO.- Mediante oficio del Tribunal Constitucional, de fecha 25 de enero de 2021, se comunicó a esta Sala la admisión a trámite de la demanda de amparo constitucional presentada por el procurador D. JAVIER CAMPAL CRESPO, en nombre y representación de "SOGEOA SOCIEDAD GENERAL DE OBRAS Y TORRESCÁMARA Y CÍA. DE OBRAS UNIÓN TEMPORAL DE EMPRESAS LEY 18/1982" (UTE RAMBLA GALLINERA).

Con fecha 4 de abril de 2022 recayó sentencia en el recurso de amparo constitucional 4731-2020, con el siguiente fallo:

"En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, por la autoridad que le confiere la Constitución de la Nación española, ha decidido estimar el recurso de amparo interpuesto por la entidad "Sogeoasa Sociedad General de Obras y Torrescámara y cia Unión Temporal de Empresas Ley 18/1982", y, en consecuencia:

1º. Declarar vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE) de la recurrente.

2º Restablecer en su derecho y, a tal fin, declarar la nulidad de la sentencia de 4 de octubre de 2019, de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid y del auto de 27 de julio de 2020, resoluciones ambas dictadas en el procedimiento de nulidad de laudo arbitral núm. 10-2019.

3º Retrotraer las actuaciones al momento anterior al dictado de la referida sentencia para que la Sala de lo Civil y penal del tribunal Superior de Justicia de Madrid resuelva de forma respetuosa con el derecho fundamental cuya vulneración se declara.

Publíquese esta sentencia en el "Boletín Oficial del Estado".

SÉPTIMO.- Atendido lo resuelto por el Tribunal Constitucional en la referida sentencia, se señaló el presente rollo para nueva deliberación y fallo.

Ha sido Ponente el Ilmo. Sr. D. Francisco José Goyena Salgado, que expresa la decisión mayoritaria del Tribunal, habiendo anunciado el Ilmo. Sr. Magistrado D. Jesús María Santos Vijande, su intención de formular voto particular discrepante..



II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO.

PRIMERO.- El *Laudo final de fecha 14 de noviembre de 2018*, desestima la cuestión prejudicial y entrando en el fondo de la cuestión litigiosa planteada, estimando parcialmente la demanda y declara:

1. La resolución del Contrato de Obra suscrito entre las partes con fecha 21 de septiembre de 2009, por causa imputable a la SOCIEDAD ESTATAL AGUAS DE LAS CUENCAS MEDITERRÁNEAS, S.A., de acuerdo con lo previsto en la cláusula 37.2 d de contrato; y en consecuencia, condenando a dicha entidad, en concepto de indemnización por los daños y perjuicios causados, a abonar a "SOGEOSA SOCIEDAD GENERAL DE OBRAS Y TORRESCÁMARA Y CÍA. DE OBRAS UNIÓN TEMPORAL DE EMPRESAS LEY 18/1982" LA CANTIDAD DE 734.784,90 €, más los intereses legales desde el 6-10-2015.

2º. El derecho de "SOGEOSA SOCIEDAD GENERAL DE OBRAS Y TORRESCÁMARA Y CÍA. DE OBRAS UNIÓN TEMPORAL DE EMPRESAS LEY 18/1982" a que por razón de la liquidación del referido contrato, le sean abonadas por la SOCIEDAD ESTATAL AGUAS DE LAS CUENCAS MEDITERRÁNEAS, S.A. la cantidad de 2.215.890,11 €, por los conceptos que se determinan en el fundamento jurídico tercero de este Laudo (apdo. 118), más los intereses legales de dicha cantidad desde la fecha de notificación a las partes del laudo.

3ª. Derecho de "SOGEOSA SOCIEDAD GENERAL DE OBRAS Y TORRESCÁMARA Y CÍA. DE OBRAS UNIÓN TEMPORAL DE EMPRESAS LEY 18/1982" a que le sea devuelta y cancelada la garantía prestada por la misma a favor de "SOGEOSA SOCIEDAD GENERAL DE OBRAS Y TORRESCÁMARA Y CÍA. DE OBRAS UNIÓN TEMPORAL DE EMPRESAS LEY 18/1982"

4º. Desestimación de las demás pretensiones.

5ª. No haber lugar a la imposición de costas. Cada parte corre con las suyas y las comunes por mitad.

SEGUNDO.- Frente a dicha resolución se insta la presente demanda de anulación del laudo dictado, con base en las alegaciones y fundamentos que estimó oportunos y solicitando se dicte sentencia por la que, estimando íntegramente la demanda, acuerde la anulación del laudo impugnado, por ser contrario al orden público, junto con los pronunciamientos que sean inherentes.

Se alega por la parte demandante, como motivo de nulidad el previsto en el apartado f) del art. 41.1, de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de **Arbitraje**.

A este respecto señala la demanda que el laudo es contrario al orden público, por cuanto existe una cuestión prejudicial penal clara y evidente, que no ha tenido en cuenta el árbitro. El procedimiento penal incidirá, a juicio de la parte demandante, en el resultado de toda la relación jurídica, pues determinará la configuración de la relación jurídica de las partes, incidiendo directamente sobre la existencia o no de la deuda, además de las decisiones que se adopten en materia de responsabilidad civil.

El Laudo impugnado no solo es contrario al orden público por la cuestión prejudicial penal planteada, sino que colateralmente habría causado indefensión, pues habría operado el art. 1305 C. Civil y habría dejado huérfana de contenido la reclamación de la contraparte.

TERCERO.- Con carácter general cabe señalar, como tiene declarado esta Sala, citando las recientes sentencias de fechas 2 y 21 de enero de 2019, con cita, a su vez, de nuestras sentencias de fecha 13 de diciembre de 2018 y 4 de julio de 2017: "la acción de anulación no configura una nueva instancia, como si este Tribunal estuviese habilitado por la ley para revisar, con plenitud de jurisdicción, el juicio de hecho y la aplicación del Derecho efectuados por los árbitros al laudar.

En tal sentido, v.gr., las Sentencias de esta Sala de 24 de junio de 2014 (Rec. n.º 70/2013) y de 5 de noviembre de 2013 (Rec. n.º 14/2013), cuando dicen (FFJJ 8 y 4, respectivamente): "Como ha puesto de manifiesto esta Sala desde la sentencia de 3 de febrero de 2012, la acción de anulación de laudo arbitral diseñada en la Ley de **Arbitraje** no permite a la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia, a la que ahora se atribuye la competencia para el conocimiento de este proceso, reexaminar las cuestiones debatidas en el procedimiento arbitral. La limitación de las causas de anulación del laudo arbitral a las estrictamente previstas en el artículo 41 de esa Ley de **Arbitraje**, restringe la intervención judicial en este ámbito a determinar si en el procedimiento y la resolución arbitrales se cumplieron las debidas garantías procesales, si el laudo se ajustó a los límites marcados en el convenio arbitral, si éste carece de validez o si la decisión arbitral invade cuestiones no susceptibles de **arbitraje**. Así lo indica con claridad la Exposición de Motivos de la Ley 60/2003 cuando precisa que "los motivos de anulación del laudo han de ser tasados y no han de permitir, como regla general, una revisión del fondo de la decisión de los árbitros...". "La esencia del **arbitraje** y el convenio arbitral, en cuanto expresa la voluntad de las partes de sustraerse a la actuación del poder judicial, determinan - como destaca la sentencia del Tribunal Supremo de del 22 de Junio del 2009 (ROJ: STS 5722/2009)- que la intervención judicial en el **arbitraje** tenga carácter de control extraordinario cuando no se trata de funciones de asistencia, pues

la acción de anulación, de carácter limitado a determinados supuestos, es suficiente para la satisfacción del derecho a la tutela judicial efectiva, en su modalidad de acceso a los tribunales (SSTC 9/2005 , y 761/1996 y 13/1927) y, según la jurisprudencia esta Sala, tiene como objeto dejar sin efecto lo que pueda constituir un exceso del laudo arbitral, pero no corregir sus deficiencias u omisiones (SSTS 17 de marzo de 1988, 28 de noviembre de 1988, 7 de junio de 1990)".

En igual sentido nuestra sentencia de 12 de junio de 2018 y la de 22 de marzo de 2019.

Al respecto la STS de 15 de septiembre de 2008 establece que "Como dice el auto de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 21 de febrero de 2006: como punto de partida debe tomarse la especial función de la institución arbitral y el efecto negativo del convenido arbitral, que veta por principio la intervención de los órganos jurisdiccionales para articular un sistema de solución de conflictos extrajudicial, dentro del cual la actuación de los Tribunales se circunscribe a actuaciones de apoyo o de control expresamente previstas por la Ley reguladora de la institución; es consustancial al **arbitraje**, por lo tanto, la mínima intervención de los órganos jurisdiccionales por virtud y a favor de la autonomía de la voluntad de las partes, intervención mínima que, tratándose de actuaciones de control, se resume en el de la legalidad del acuerdo de **arbitraje**, de la arbitrabilidad -entendida en términos de disponibilidad, como precisa la exposición de Motivos de la Ley 60/2003 - de la materia sobre la que ha versado, y de la regularidad del procedimiento de **arbitraje**; para ello, tal y como asimismo se señala en el Preámbulo de la vigente Ley de **Arbitraje**, se contempla un cauce procedimental que satisface las exigencias de rapidez y de mejor defensa, articulando el mecanismo de control a través de una única instancia procesal; esta mínima intervención jurisdiccional explica el hecho de que en el artículo 42.2 de la vigente Ley de **Arbitraje**, como también se hacía en el artículo 49.2 de su predecesora, se disponga que frente a la sentencia que se dice en el proceso sobre anulación de un laudo arbitral no quepa recurso alguno, habiendo entendido el legislador que a través de una única instancia y con una sola fase procesal se satisface suficientemente la necesidad de control jurisdiccional de la resolución arbitral, que, evidentemente, no alcanza al fondo de la controversia, sino únicamente a los presupuestos del **arbitraje** y su desarrollo."

En este mismo sentido se ha pronunciado el Tribunal Constitucional en las SSTC 62/91 , de 22 de marzo (EDJ 1991/3180) y 228/93 de 4 de octubre, 259/93 de 23 de julio (EDJ 1993/7399), 176/96 de 11 de noviembre (EDJ 1996/7029). En el mismo sentido el Tribunal Constitucional , Sentencia 174/1995, de 23 de noviembre (EDJ 1995/6552), señala que "el posible control judicial derivado del artículo 45 de la Ley de **Arbitraje** -hoy art. 41- está limitado al aspecto externo del laudo y no al fondo de la cuestión sometida al **arbitraje**, al estar tasadas las causas de revisión previstas y limitarse éstas a las garantías formales"; razón por la cual únicamente procede conocer de las causas de nulidad tasadas que, además dice la *STS de 23 de abril de 2001* (EDJ 2001/6431), en su Fundamento Séptimo, con remisión a la de 16-2-68, "han de ser interpretadas y aplicadas estrictamente a fin de evitar la acusada tendencia de quienes renunciaron a las garantías que les brindaba la severa aplicación del Derecho, de lograr su anulación por los órganos jurisdiccionales de carácter oficial cuando no logran el éxito de sus aspiraciones."

CUARTO.- El motivo de impugnación de la demanda, como señalábamos, alega la contravención del orden público.

Establece el Art. 41.1: "El laudo solo podrá ser anulado cuando la parte que solicita la anulación alegue y pruebe: f) Que el laudo es contrario al orden público."

A.-En cuanto a lo que se debe entender por orden público, como ya dijo esta Sala en sentencia de 23 de Mayo de 2.012, Recurso 12/2011 , "... por orden público han de estimarse aquel conjunto de principios, normas rectoras generales y derechos fundamentales constitucionalizados en el Ordenamiento Jurídico español, siendo sus normas jurídicas básicas e inderogables por la voluntad de las partes, tanto en lo social como en lo económico (Sentencia del Tribunal Constitucional , Sala 2ª, nº 54/1989 , de 23-2), y por ende, a los efectos previstos en el citado artículo, debe considerarse contrario al orden público, aquel Laudo que vulnere los derechos y libertades fundamentales reconocidos en el Capítulo II, Título I de la Constitución, garantizados a través de lo dispuesto en términos de generalidad en el artículo 24 de la misma, incluyendo la arbitrariedad patente referida en el art. 9.3 de la Constitución , y desde luego, quedando fuera de éste concepto la posible justicia del Laudo, las deficiencias del fallo o el modo más o menos acertado de resolver la cuestión."

Criterio reiterado en nuestra sentencia de fecha doce de junio del dos mil dieciocho y en las más recientes ya citadas.

Especial incidencia ha tenido en esta cuestión la reciente jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

En este sentido cabe recordar lo establecido en la STC 46/2020, de 15 de junio de 2020: "Es jurisprudencia reiterada de este Tribunal la de que por orden público material se entiende el conjunto de principios jurídicos públicos, privados, políticos, morales y económicos, que son absolutamente obligatorios para la conservación



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

La sentencia del Tribunal Constitucional, de fecha 15 de febrero de 2021 (Recurso de amparo 3956-2018), concreta el concepto de orden público en relación al **arbitraje** y la función de esta Sala, estableciendo el siguiente criterio: "... la valoración del órgano judicial competente sobre una posible contradicción del laudo con el orden público, no puede consistir en un nuevo análisis del asunto sometido a **arbitraje**, sustituyendo el papel del árbitro en la solución de la controversia, sino que debe ceñirse al enjuiciamiento respecto de la legalidad del convenio arbitral, la arbitrabilidad de la materia y la regularidad procedimental del desarrollo del **arbitraje**. En este orden de ideas, ya hemos dicho que, "por orden público material se entiende el conjunto de principios jurídicos públicos, privados, políticos, morales y económicos, que son absolutamente obligatorios para la conservación de la sociedad en un pueblo y en una época determinada (SSTC 15/1987, de 11 de febrero; 116/1988, de 20 de junio; y 54/1989, de 23 de febrero), y, desde el punto de vista procesal, el orden público se configura como el conjunto de formalidades y principios necesarios de nuestro ordenamiento jurídico procesal, y solo el **arbitraje** que contradiga alguno o algunos de tales principios podrá ser tachado de nulo por vulneración del orden público. Puede decirse que el orden público comprende los derechos fundamentales y las libertades garantizados por la Constitución, así como otros principios esenciales indisponibles para el legislador por exigencia constitucional o de la aplicación de principios admitidos internacionalmente" (STC 46/2020, de 15 de junio, FJ 4). La acción de anulación, por consiguiente, sólo puede tener como objeto el análisis de los posibles errores procesales en que haya podido incurrir el proceso arbitral, referidos al cumplimiento de las garantías fundamentales, como lo son, por ejemplo, el derecho de defensa, igualdad, bilateralidad, contradicción y prueba, o cuando el laudo carezca de motivación, sea incongruente, infrinja normas legales imperativas o vulnere la intangibilidad de una resolución firme anterior."

Anudado a lo anterior, como no puede ser de otro modo y punto de partida del examen que deba hacer nuevamente esta Sala, resta por traer a colación lo que respecto del concepto de orden público se establece en la resolución de que va a traer causa nuestra resolución.

Así, se señala por el Tribunal Constitucional:

"Por tanto, dado que lo que aquí se plantea es la posible extralimitación del órgano judicial en su deber de control de los laudos arbitrales, procede recordar la doctrina constitucional sobre la infracción del orden público como causa de anulación de los laudos arbitrales y su proyección sobre el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1CE). Esta doctrina se contiene en las SSTC 46/2020, de 15 de junio ; 17/2021, de 15 de febrero ; 55/2021, de 15 de marzo , y 65/2021, de 15 de marzo .

Dicha doctrina parte de la consideración de que el legislador "configura la institución arbitral como un mecanismo heterónomo de resolución de conflictos, al que es consustancial la mínima intervención de los órganos jurisdiccionales por virtud y a favor de la autonomía de la voluntad de las partes, que han decidido en virtud de un convenio arbitral sustraer de la jurisdicción la resolución de sus posibles controversias y deferir a los árbitros el conocimiento y solución de sus conflictos, que desde ese momento quedan vedados a la jurisdicción por expresa voluntad de las partes" (STC 46/2020 , FJ 4). Dado que quienes libre, expresa y voluntariamente se someten a un **arbitraje** "eligen dejar al margen de su controversia las garantías inherentes al art. 24CE y regirse por las normas establecidas en la Ley de **arbitraje**", las partes del **arbitraje** tienen derecho a que las actuaciones arbitrales sean controladas judicialmente, pero en el modo previsto en la norma rectora del procedimiento arbitral y solo por los motivos de impugnación legalmente admitidos. En consecuencia, como destaca la STC 65/2021 , FJ 4, "la facultad excepcional de control del procedimiento arbitral y de anulación del laudo deriva de la misma configuración legal del **arbitraje** como forma de heterocomposición de conflictos y no del art. 24CE , del derecho a la tutela judicial efectiva, 'cuyas exigencias solo rigen, en lo que atañe para el proceso -actuaciones jurisdiccionales- en el que se pretende la anulación del laudo y para el órgano judicial que lo resuelve' (STC 9/2005 , de 17 de enero , FJ 5)".

De lo anterior se sigue que "si bien la acción de anulación es el mecanismo de control judicial previsto en la legislación arbitral para garantizar que el procedimiento arbitral se ajuste a lo establecido en sus normas, tal control tiene un contenido muy limitado y no permite una revisión del fondo de la cuestión decidida por el árbitro, ni debe ser considerada como una segunda instancia, pudiendo fundarse exclusivamente en las causas tasadas establecidas en la ley, sin que ninguna de ellas - tampoco la relativa al orden público- pueda ser interpretada de modo que subvierta esta limitación" (STC 17/2021 , FJ 2). Al respecto hemos dicho:

"Es jurisprudencia reiterada de este tribunal la de que por orden público material se entiende el conjunto de principios jurídicos públicos, privados, políticos, morales y económicos, que son absolutamente obligatorios para la conservación de la sociedad en un pueblo y en una época determinada (*SSTC 15/1987, de 11 febrero* ; *116/1988, de 20 junio* , y *54/1989, de 23 febrero*), y, desde el punto de vista procesal, el orden público se configura como el conjunto de formalidades y principios necesarios de nuestro ordenamiento jurídico procesal, y solo el **arbitraje** que contradiga alguno o algunos de tales principios podrá ser tachado de nulo por vulneración del orden público. Puede decirse que el orden público comprende los derechos fundamentales y las libertades garantizados por la Constitución, así como otros principios esenciales indisponibles para el legislador por exigencia constitucional o de la aplicación de principios admitidos internacionalmente" (*STC 46/2020, FJ 4*, reiterado en las *SSTC 17/2021, FJ 2*, y *65/2021, FJ 2*).

En particular "el deber de motivación del laudo no se integra en el orden público exigido en el *art. 24CE* para la resolución judicial, sino que se ajusta a un parámetro propio, definido en función del *art. 10CE*. Este parámetro deberán configurarlo, ante todo, las propias partes sometidas a **arbitraje** a las que corresponde, al igual que pactan las normas arbitrales, el número de árbitros, la naturaleza del **arbitraje** o las reglas de prueba, pactar si el laudo debe estar motivado (*art. 37.4 de la Ley de arbitraje*) y en qué términos. En consecuencia, la motivación de los laudos arbitrales carece de incidencia en el orden público" (*STC 65/2021, FJ 5*).

Asimismo, el tribunal ha llamado la atención sobre los riesgos de desbordamiento del concepto de orden público como causa de anulación de los laudos arbitrales [*art. 41.1 f*] de la *Ley 60/2003*] y de la necesidad de llevar a cabo una interpretación restrictiva del mismo, so pena de vulnerar la autonomía de la voluntad de las partes (*art. 10CE*) y su renuncia puntual a la tutela jurisdiccional (*art. 24CE* ; *SSTC 46/2020, FJ 4*; *17/2021, FJ 2*, y *65/2021, FJ 3*). En ese sentido el tribunal ha sostenido que "la valoración del órgano judicial competente sobre una posible contradicción del laudo con el orden público, no puede consistir en un nuevo análisis del asunto sometido a **arbitraje**, sustituyendo el papel del árbitro en la solución de la controversia, sino que debe ceñirse al enjuiciamiento respecto de la legalidad del convenio arbitral, la arbitrabilidad de la materia y la regularidad procedimental del desarrollo del **arbitraje**" (*STC 17/2021, FJ 2*), lo que implica que "[l]a acción de anulación, por consiguiente, solo puede tener como objeto el análisis de los posibles errores procesales en que haya podido incurrir el proceso arbitral, referidos al cumplimiento de las garantías fundamentales, como lo son, por ejemplo, el derecho de defensa, igualdad, bilateralidad, contradicción y prueba, o cuando el laudo carezca de motivación, sea incongruente, infrinja normas legales imperativas o vulnere la intangibilidad de una resolución firme anterior" (*STC 17/2021, FJ 2*).

El Tribunal Constitucional también ha afirmado ya que: "no es lícito anular un laudo arbitral, como máxima expresión de la autonomía de las partes (*art. 10CE*) y del ejercicio de su libertad (*art. 1CE*) por el solo hecho de que las conclusiones alcanzadas por el árbitro o por el colegio arbitral sean consideradas, a ojos del órgano judicial, erróneas o insuficientes, o, simplemente, porque de haber sido sometida la controversia a su valoración, hubiera llegado a otras bien diferentes" (*STC 65/2021, FJ 3*).

Por tanto, es doctrina constitucional reiterada que "el control que pueden desplegar los jueces y tribunales que conocen de una pretensión anulatoria del laudo es muy limitado, y que no están legitimados para entrar en la cuestión de fondo ni para valorar la prueba practicada, los razonamientos jurídicos y las conclusiones alcanzadas por el árbitro" (*STC 65/2021, FJ 4*). El órgano judicial que tiene atribuida la facultad de control del laudo arbitral "no puede examinar la idoneidad, suficiencia o la adecuación de la motivación, sino únicamente comprobar su existencia, porque, salvo que las partes hubieren pactado unas determinadas exigencias o un contenido específico respecto a la motivación, su insuficiencia o inadecuación, el alcance o la suficiencia de la motivación no puede desprenderse de la voluntad de las partes (*art. 10CE*). Cabe, pues, exigir la motivación del laudo establecida en el *art. 37.4 de la Ley de arbitraje*, pues las partes tienen derecho a conocer las razones de la decisión. En consecuencia, en aquellos supuestos en los que el árbitro razona y argumenta su decisión, habrá visto cumplida la exigencia de motivación, sin que el órgano judicial pueda revisar su adecuación al derecho aplicable o entrar a juzgar sobre la correcta valoración de las pruebas, por más que de haber sido él quien tuviera encomendado el enjuiciamiento del asunto, las hubiera razonado y valorado de diversa manera" (*STC 65/2021, FJ 5*).

De todo lo expuesto se colige que el posible control judicial del laudo y su conformidad con el orden público no puede traer como consecuencia que el órgano judicial supla al tribunal arbitral en su función de aplicación del Derecho. En estos casos, el órgano judicial no es una nueva instancia dado que la acción de anulación contra el laudo habilita un control judicial meramente externo y no de fondo sobre la cuestión sometida a **arbitraje**. Por tanto, solo debe controlar que se han cumplido las garantías del procedimiento arbitral y el respeto a los derechos y principios de defensa, igualdad, bilateralidad, contradicción y prueba."

Como cabe apreciar de la precedente lectura, vuelve a reiterarse los criterios que ya se establecieron en las recientes *STC. 46/2020, 17/2021, 55/2021 y 65/2021*, acerca de la limitada capacidad de control que, con



referencia al orden público, tiene esta Sala (meramente externo), en el procedimiento de anulación de laudos arbitrales, que en el caso presente extiende o alcanza a la cuestión prejudicial penal.

QUINTO.- La aplicación de la citada doctrina expuesta, lleva a la sentencia dictada por el Tribunal Constitucional a establecer las siguientes afirmaciones, base de su decisión estimatoria del amparo: "Si la valoración del órgano judicial competente sobre una posible contradicción del laudo con el orden público no puede traer como consecuencia que ese órgano judicial supla al tribunal arbitral en su función de aplicación del Derecho, debe concluirse que la acreditación de la concurrencia de los presupuestos procesales que llevan a la apreciación del instituto de la prejudicialidad penal es una cuestión que ha de valorarse por el tribunal arbitral, en cuanto que ese juicio no excede del ámbito de la legalidad ordinaria (*STC 224/1988* , de 25 de noviembre , FJ 5), correspondiendo al órgano judicial únicamente controlar si esa decisión es respetuosa con las exigencias del orden público (*STC 46/2020* , FJ 4). Pero lo que el órgano judicial tiene vedado es, bajo pretexto de la realización del anterior examen externo, sustituir la valoración y motivación del tribunal arbitral por la suya propia, pues con ello excede sus atribuciones realizando una interpretación extensiva e injustificada de sus facultades de control del concepto de orden público del *art. 41.1 f)* de la *Ley 60/2003* que supera el alcance de la acción de anulación.

Eso es lo que ha sucedido en el presente caso. La sentencia impugnada constata que el laudo está motivado en el punto discutido por las partes, la concurrencia de la prejudicialidad penal, pero considera que dicha motivación es errónea, aunque luego no indica dónde se encuentra el error en la motivación. De hecho, lo que hace el órgano judicial es sustituir, respecto a la única cuestión debatida, la motivación del laudo por la suya propia a partir de una valoración divergente de los elementos probatorios de la prejudicialidad penal, pero sin examinar el cumplimiento de los requisitos del *art. 40LEC* y aplicando en su lugar lo que denomina "principio de prudencia" que aconsejaría haber suspendido el procedimiento arbitral, lo que le lleva a calificar el laudo de prematuro. De modo que, en razón de dicho principio de prudencia, sin conexión concreta y razonada con los hechos cuestionados en el **arbitraje**, se viene a negar la validez del laudo arbitral por no haber sido suspendido el litigio en espera de, una vez concluida la instrucción, la resolución del tribunal penal. El resultado es que, a través del juicio de anulación, se ha sustituido la decisión de los árbitros por la de los jueces, cambiando, como pone de manifiesto el fiscal, la valoración que hace el laudo por la de la sentencia. El órgano judicial examina la adecuación e idoneidad de la fundamentación jurídica que se contiene en el laudo sometido a anulación. Y, a pesar de que afirma compartir la valoración de la insuficiencia de pruebas que acrediten la prejudicialidad penal, aprecia que, por prudencia, el tribunal arbitral debió estimarla y, por ello, imputa a los razonamientos de los árbitros una irrazonable motivación del laudo como causa de vulneración del orden público ex *art. 41.1 f)* de la *Ley 60/2003* .

La sentencia entra así en el fondo del debate de la cuestión controvertida, en vez de limitar su actuación de fiscalización a comprobar los posibles errores in procedendo o a la ausencia de motivación. Aprecia que el laudo está motivado pero la motivación del tribunal arbitral no le resulta convincente o, simplemente, no la comparte y, en virtud de ello, la sustituye por la suya, es decir, por un entendimiento distinto del alcanzado por el tribunal arbitral sobre la concurrencia o no de la prejudicialidad penal. Se obvia con ello tanto que el laudo expuso razonadamente los motivos por los que no se entendía procedente estimar la prejudicialidad penal como que, tal como ya ha quedado indicado, el examen jurisdiccional no puede, con el pretexto de una pretendida vulneración del orden público, revisar el fondo de un asunto sometido a **arbitraje** y mostrar lo que es una mera discrepancia, aunque frontal, con el ejercicio de la función arbitral que pertenece a la esencia de la labor decisoria asumida por el árbitro.

En el presente caso el órgano judicial no se ha atenido a los anteriores criterios y ha incurrido en la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, como consecuencia un entendimiento extensivo del concepto de "orden público" del *art. 41.1 f)* de la *Ley de arbitraje*, que lo ha llevado a imponer una valoración distinta de la realizada por los árbitros acerca de la concurrencia de la alegada prejudicialidad penal. Que no se obtengan las mismas conclusiones no significa otra cosa que la existencia de una mera discrepancia de pareceres entre el árbitro y el órgano judicial, pero en absoluto puede hablarse de una vulneración del deber de motivar el laudo o de una decisión irracional por parte de quien fue encargado de dirimir la controversia. En definitiva, puede afirmarse con su sola lectura que "el laudo impugnado no incurrió en irrazonabilidad o arbitrariedad, ni partió de premisas inexistentes o siguió un desarrollo argumental que incurriera en quiebras lógicas de tal magnitud que las conclusiones alcanzadas no puedan considerarse basadas en ninguna de las razones aducidas" (*STC 65/2021* , FJ 6).

Por tanto, la decisión del órgano judicial de anular el laudo arbitral de la Corte Civil y Mercantil de **Arbitraje** de Madrid de 4 de abril de 2018 fue contraria al canon constitucional de razonabilidad de las resoluciones judiciales (*art. 24.1CE*), en cuanto desconoce que la anulación solo puede referirse a errores in procedendo, y no puede conducir a revisar la aplicación del derecho sustantivo por los árbitros, es decir, que las resoluciones



arbitrales solo son susceptibles de anularse en función de la inobservancia de las garantías de la instancia arbitral. Lo contrario desborda el alcance de la acción de anulación y despreja el poder de disposición o justicia rogada de las partes del proceso."

SEXTO.- Atendido lo expuesto y visto el alcance del fallo de la sentencia de amparo, que acuerda: "3º Retrotraer las actuaciones al momento anterior al dictado de la referida sentencia para que la Sala de lo Civil y penal del tribunal Superior de Justicia de Madrid resuelva de forma respetuosa con el derecho fundamental cuya vulneración se declara.", poca, por no decir ninguna libertad resta a este Tribunal para resolver la cuestión demandada, más que, apreciando, como así lo afirma el Tribunal Constitucional, que el árbitro motivó porque consideraba que no concurrían los presupuestos establecidos en el art. 40 LEC, para apreciar la concurrencia de la prejudicial penal alegada por ACUAMED, y no pudiendo realizar esta Sala más que un control externo de la existencia de dicha motivación, resulta procedente la desestimación de la demanda formulada por el Sr. ABOGADO DEL ESTADO, en representación y defensa de la "SOCIEDAD ESTATAL AGUAS DE LAS CUENCAS MEDITERRÁNEAS, S.A. (ACUAMED).

SÉPTIMO.- Apreciando que en el presente procedimiento han concurrido una importante controversia jurídica, relevante para el enjuiciamiento y resolución de la cuestión objeto de la demanda de nulidad planteada por la parte actora, no procede hacer expresa imposición de costas. (Art. 394.1 LEC)

Vistos los artículos citados y demás de genera ly pertinente aplicación.

III.- FALLO

QUE DEBEMOS DESESTIMAR Y DESESTIMAMOS la demanda de nulidad de laudo arbitral formulada por el Sr. ABOGADO DEL ESTADO, en representación y defensa de la "SOCIEDAD ESTATAL AGUAS DE LAS CUENCAS MEDITERRÁNEAS, S.A. (ACUAMED), frente al laudo arbitral dictado con fecha 4 de abril de 2018, por la CORTE CIVIL Y MERCANTIL DE **ARBITRAJE** de Madrid (CIMA), en el Expediente nº 924, sin hacer expresa imposición de costas.

Frente a esta sentencia no cabe recurso alguno (art. 42.2 Ley de **Arbitraje**)

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Con fecha veintisiete de abril de dos mil veintitrés, firmada la anterior resolución es entregada en esta Secretaría para su notificación, dándose publicidad en legal forma y se expide certificación de la misma para su unión al rollo. Doy fe.

Procedimiento: Nulidad laudo arbitral 10/2019.

Demandante: SOCIEDAD ESTATAL AGUAS DE LAS CUENCAS MEDITERRANEAS, S.A. (ACUAMED)

Sr. Abogado del Estado.

Demandado: SOGEOSA, SOCIEDAD GENERAL DE OBRAS, Y TORRESCÁMARA Y CÍA, UNIÓN TEMPORAL DE EMPRESAS (UTE RAMBLA GALLINERA)

Procurador/a: D. Javier Campal Crespo.

VOTO PARTICULAR DEL MAGISTRADO

D. Jesús María Santos Vijande

Con respeto a la opinión mayoritaria, debo dejar constancia de mi discrepancia con parte de la fundamentación y con el fallo de la Sentencia, a través de la formulación de este voto particular, emitido ex art. 260 LOPJ.

El Laudo Final que en su día fue objeto de enjuiciamiento por esta Sala, de 14 de noviembre de 2018, *desestimó la cuestión prejudicial penal planteada*, acordó la resolución del contrato litigioso por causa imputable a ACUAMED, otorgó indemnizaciones a favor de la UTE demandante por daños y perjuicios - 734.784,90 €, más los intereses legales desde el 6-10-2015-, por razón de la liquidación del contrato en los conceptos que se determinan en el § 118 del Laudo - 2.215.890,11 € más intereses legales-, y ordenó la cancelación y devolución de la garantía prestada por la UTE.

La raíz de mi discrepancia con la Sentencia que desestima la solicitud de anulación del Laudo trae causa de un doble orden de consideraciones, que expuse a la Sala el día en que se deliberó la presente causa - 25.04.2023 .

Unas, las más fundamentales, son de naturaleza dogmática, y tienen que ver tanto con la incidencia de la STC 50/2022 sobre nuestro enjuiciamiento al dictar nueva Sentencia, como, más hondamente aún, con lo que la



prejudicialidad penal es en recta teoría y con el modo en que esa consistencia conforma o define el alcance de nuestro análisis a la hora de conocer de una acción de anulación donde se alega la no apreciación indebida de dicho óbice procesal.

En otro orden de reflexiones, consecuencia de las anteriores, mi divergencia tiene también que ver con la apreciación *in casu* de si el Laudo está incurso en causa de anulación porque, en efecto, el colegio arbitral debió haber decretado la mencionada prejudicialidad y, en consecuencia, haber suspendido el procedimiento arbitral hasta la resolución de la causa criminal pendiente.

I

1. De entrada no creo que la STC 50/2022, de 4 de abril, condicione el sentido de nuestra nueva decisión y menos aún que lo haga de forma predeterminante de nuestro fallo, tal y como afirma, no sin cierto automatismo, la Sentencia mayoritaria, que dice en su FJ 6º:

" **Poca, por no decir ninguna libertad resta a este Tribunal para resolver la cuestión demandada** , más que, apreciando, como así lo afirma el Tribunal Constitucional, que el árbitro motivó por qué consideraba que no concurrían los presupuestos establecidos en el art. 40 LEC, para apreciar la concurrencia de la prejudicial penal alegada por ACUAMED, **y no pudiendo realizar esta Sala más que dicho control externo de la existencia de dicha motivación** , resulta procedente la desestimación de la demanda".

Vaya por delante que la STC 50/2022 ni predetermina ni, en rigor, puede predeterminar el sentido de nuestro fallo si éste se funda en argumentos y razones que en su día no han sido emitidos por esta Sala y que, por tanto, no ha sido objeto de análisis por la Sentencia constitucional: esto es algo tan evidente que debería resultar ocioso decirlo.

La *ratio* de esa sentencia constitucional consiste en entender que hemos trascendido los límites de nuestro enjuiciamiento a la hora de revisar el juicio de hecho, la valoración de la prueba efectuada por el colegio arbitral sobre la concurrencia de los presupuestos fácticos de la prejudicialidad penal, y ello en un contexto de enjuiciamiento preciso y determinado: examinar la arbitrariedad de la motivación del Laudo en relación con una concreta causa de anulación: la infracción del orden público del art. 41.1.f) LA. La Sentencia constitucional dice en su parte dispositiva, como no puede ser de otra manera, que dictamos una nueva Sentencia respetuosa con el derecho a la tutela judicial efectiva, a la vez que argumenta en el FJ 4 sobre el exceso de nuestra motivación para anular el Laudo, reprochando a esta Sala *que consideremos errónea la motivación del Laudo, aunque luego no indiquemos dónde se encuentra el error en la motivación* : *advierte el TC que, de hecho, hemos sustituido, respecto de la única cuestión debatida, la motivación del laudo por la propia a partir de una valoración divergente de los elementos probatorios de la prejudicialidad penal.*

Ahora bien, la *ratio decidendi* constitucional es nuestro exceso de enjuiciamiento - **en realidad, nuestro defecto, al no indicar dónde está el error del árbitro** -; no es *ratio* de la Sentencia constitucional, claro está, el eventual acierto del Árbitro al desestimar una cuestión prejudicial; circunstancia ésta, la del mero acierto o desacierto, que el propio Tribunal Constitucional califica como cuestión de legalidad ordinaria -FJ 3º.

No obstante, al hilo de lo antecede debo manifestar desde el primer momento que, *nemine discrepante*, la prejudicialidad penal trae causa de normas de orden público, imperativas, y directamente conectadas con la preservación de la intangibilidad de las resoluciones firmes y la evitación de Sentencias contradictorias, aspectos ambos directamente amparados por el contenido esencial del derecho a la tutela judicial efectiva, según doctrina reiteradísima del propio Tribunal Constitucional, aunque a veces resulte sorprendentemente ignorada. Cfr., como expresión paradigmática de esa doctrina el FJ 9º de la **STC 172/2016, de 7 de octubre** , sobre la necesidad de evitar que *unos mismos hechos puedan existir y dejar de existir para los órganos jurisdiccionales del Estado* -que cita las SSTC 77/1983, 62/1984 y 155/1985, pudiendo citarse además la STC 204/1991-, cuando dice:

"a los más elementales criterios de la razón jurídica repugna aceptar la firmeza de distintas resoluciones judiciales en virtud de las cuales resulte que unos mismos hechos ocurrieron y no ocurrieron, o que una misma persona fue su autor y no lo fue. Ello vulneraría, en efecto, el principio de seguridad jurídica que, como una exigencia objetiva del ordenamiento, se impone al funcionamiento de todos los órganos del Estado en el art. 9.3 CE . Pero, en cuanto dicho principio integra también la expectativa legítima de quienes son justiciables a obtener para una misma cuestión una respuesta inequívoca de los órganos encargados de impartir justicia, ha de considerarse que ello vulneraría, asimismo, el derecho subjetivo a una tutela jurisdiccional efectiva, reconocido por el art. 24.1 CE , pues no resulta compatible la efectividad de dicha tutela y la firmeza de pronunciamientos judiciales contradictorios".

Lo que es compatible, claro está, con que unos mismos hechos puedan ser objeto de valoraciones distintas desde la específica perspectiva de análisis propia de diversos órdenes jurisdiccionales -v.gr., STC 192/2009.



Únase a lo anterior el que los pronunciamientos de una sentencia penal condenatoria, aun los de naturaleza civil -más allá pues, de la dicción literal del art. 116 LECrim, ampliamente interpretado por la jurisprudencia-, tienen carácter vinculante para la jurisdicción civil -por todas, STS 07.06.2012, roj STS 4447/2012.

Con estas primeras reflexiones quiero destacar lo siguiente: pese a los defectos que el Tribunal Constitucional atribuya a la argumentación de nuestra Sentencia 37/2019, de 4 de octubre -roj STSJ M 9202/2019-, v.gr., en los párrafos 2º y 3º del FJ 5º de la STC 50/2022, de los que como firmante de la misma soy corresponsable, **lo que resulta innegable, a mi juicio, es que este Tribunal está, más que habilitado, obligado a examinar la motivación del Laudo tanto para verificar si su razonamiento incurre en arbitrariedad, error patente o sinrazón lógica como para preservar la observancia de reglas imperativas; extremos éstos que, según el propio Tribunal Constitucional, sí constituyen vicios de motivación que abocarían a la anulación del Laudo** -cfr. SSTC 46/2020, FJ 3º in fine ; 17/2021, FJ 2º ; 65/2021, FJ 6º ; y 50/2022 , FJ 3º expressis verbis . Tan es así que, en relación con la revisión de la valoración probatoria, llega a decir la STC 65/2021 que la Sala que conoce de la acción de anulación ha de verificar o " comprobar que haya habido una actividad probatoria de cargo válida y que la resolución judicial no haya sido arbitraria, irracional o absurda (SSTC 96/2000, de 10 de abril, FJ 5 , y 12/2004, de 9 de febrero , FJ 2), o lo que es lo mismo, debe controlar únicamente **la razonabilidad del discurso que une la actividad probatoria y el relato fáctico que de ella resulta** " (STC 65/2021, de 15 de marzo , FJ 5º).

Es inobjetable, o así me lo parece, que el discurso que une la actividad probatoria al relato fáctico que de ella resulta no puede ser razonable si parte de premisas inexistentes o si ignora de un modo radical o esencial ponderar la actividad probatoria efectuada .

No merece la pena detenerse más ahora -lo he hecho *in extenso* en otras ocasiones- en argumentar en pro de una realidad que, por más que el FJ 4º de nuestra Sentencia parezca querer obviar con una yuxtaposición descontextualizada de citas del TC, resulta insoslayable, a saber: que el TC afirma, expresa y categóricamente, también en su más reciente jurisprudencia, que la motivación del Laudo que incurra en arbitrariedad por motivación aparente, por error patente, por quiebra de las reglas de la lógica o por infracción de normas imperativas entraña una genuina infracción del orden público.

Pues bien, si no hemos acertado a expresar el error del tribunal arbitral en nuestra primera Sentencia -como nos reprocha el TC-, nada excusa que dejemos de hacerlo en la siguiente subsanando nuestras carencias argumentativas . La Sentencia mayoritaria no realiza el menor control sobre la fundamentación del Laudo, ni externo ni de ninguna otra clase, ni desde luego el que procedía efectuar desde el llamado " *canon de la arbitrariedad*", por lo que a mi juicio no se acomoda a las exigencias de motivación que demanda el art. 24.1 CE. Se ampara la mayoría en la crítica que el TC hizo a nuestra primera Sentencia, pero asumiéndola como motivación de esta segunda, en una subversión de papeles de enjuiciamiento que estimo carente de fundamento jurídico, y que no justifica la preterición de nuestra tarea de motivar lo que este Tribunal resuelve.

Labor de enjuiciamiento y de subsiguiente motivación que era tanto más exigible cuando, *in casu* -como puse de manifiesto a la Sala-, la perspectiva de análisis obligada para este Tribunal no se encuentra limitada por el ámbito estricto del art. 41.1.f) LA, sino que se conforma y define, primero, por lo que la prejudicialidad penal es, y, segundo, porque la posible concurrencia de ese óbice procesal convierte la controversia en no arbitrable de forma provisional, apareciendo entonces concernida la causa de anulación del art. 41.1.e) LA.

2. Enlazan con estas consideraciones otras de no menor calado: creo que el análisis efectuado en nuestra Sentencia 37/2019, de 4 de octubre -sobre el que se proyecta el que realiza el Tribunal Constitucional, como no puede ser de otro modo- no enfatizó, al menos en parte, la explicación relativa al correcto enfoque conceptual que requería el examen de la cuestión suscitada: la concurrencia o no *in casu* de prejudicialidad penal.

Lo diré desde el principio: técnicamente hablando el objeto del presente proceso de anulación **no tiene que ver con el examen de la motivación del Laudo sobre una valoración probatoria propiamente dicha** ; decidir si concurren las premisas fácticas de la prejudicialidad penal no es resolver sobre si se declara probado, como un hecho cierto y establecido, que el proceso penal condiciona de modo significativo lo que haya de resolverse en el proceso civil: categóricamente, no. Si se repara en la genuina naturaleza de este óbice procesal, se trata solo de verificar, en un análisis lógico, si el resultado del proceso penal " *puede influir decisivamente*" - *puede*, esto es, " *en potencia*"- en la resolución del asunto civil..., tal y como expresamente proclama el art. 40 LEC; se trata de examinar si lo que se pueda decidir en el proceso penal es **antecedente lógico** de lo que resuelva el Juez civil o laude el Árbitro.

Con esto lo que estoy queriendo expresar es que, del mismo modo que este Tribunal puede extralimitarse al juzgar excediendo el ámbito propio de la acción de anulación, *el Árbitro, esta Sala y cualquier otra puede propasarse en su enjuiciamiento de lo que la prejudicialidad penal es, para **supeditar su apreciación a la comprobación de unos presupuestos muy distintos de los que la ley prevé como tales*** : esa extralimitación tiene lugar cuando se dice que " *no está acreditado* " que lo que se resuelva en el proceso penal tiene incidencia



en lo que se vaya a laudarse, convirtiendo en exigencia *plena y actual* de demostración lo que la Ley -y una Ley imperativa- concibe, inequívocamente, como apreciación en un plano lógico y *ex ante*, necesariamente potencial -pues los procesos no han finalizado-, de si, en términos de virtualidad, la no suspensión del proceso civil puede abocar a resultados contradictorios e incompatibles con lo que se haya de resolver en el proceso penal.

Dicho de otra forma: la comprobación que el Tribunal civil -sea jurisdiccional o arbitral- ha de hacer a la hora de pronunciarse sobre la prejudicialidad penal no es propiamente una valoración probatoria que conduzca a la certeza de un hecho; el razonamiento que no se puede trascender, sin desvirtuar la naturaleza misma de la prejudicialidad penal, ha de limitarse a la verificación lógica, casi externa por así decir, de una realidad virtual: que lo que se resuelva en el proceso penal pueda ser, *prima facie*, antecedente lógico de lo que se haya de resolver en el proceso civil, porque se estén investigando hechos de apariencia delictiva alguno de los cuales fundamente la pretensión de las partes en el proceso civil - art. 40.2.1ª LEC-, de suerte que "la decisión del tribunal penal acerca del hecho por el que se procede en causa criminal **pueda tener influencia decisiva** en la resolución sobre el asunto civil" - art. 40.2.2ª LEC.

Ha de acreditarse, sí, *"la existencia de causa criminal en la que se estén investigando, como hechos de apariencia delictiva, alguno o algunos de los que fundamenten las pretensiones de las partes en el proceso civil"*. Pero **el hecho investigado en el proceso penal**, no debería hacer falta decirlo, **puede comprender los negocios jurídicos en cuanto tales** -basta reparar en la doctrina del " *negocio jurídico criminalizado*": las vicisitudes de su formación, su causa lícita o torpe...; la investigación criminal puede afectar al negocio jurídico en todo o en parte, en su formación y/o en su ejecución, e incluye, desde luego, la posibilidad misma de que los contratos se instrumenten con apariencia de licitud como medio para la comisión de muy variados delitos..., pudiendo cuestionarse la validez del negocio jurídico en sí mismo considerado.

A lo que he de añadir que la apreciación de la prejudicialidad penal no está necesariamente conectada, a diferencia de lo que a veces se ha dicho en el ámbito doctrinal, con la calificación penal del hecho. Al respecto, ya decíamos en nuestra Sentencia 37/2019, creo que con sustancial acierto, que para apreciar la concurrencia de prejudicialidad penal " *no es preciso, como resulta del art. 40 LEC, que exista una calificación concreta de los hechos, que, por otra parte corresponderá a las partes en el proceso penal, ni una acreditación de los hechos investigados, más propia de una fase posterior, la de enjuiciamiento, sino que basta con que existan indicios suficientes de criminalidad, que determinen la incoación de unas diligencias penales y su investigación*", siendo también preciso, claro está, establecer su potencial incidencia decisiva en la resolución del asunto civil.

Estas consideraciones son coherentes con una necesidad que pone de manifiesto la única Sentencia de la Sala Primera que cita el Laudo impugnado relativa a la prejudicialidad penal, la STS de 31 de marzo de 1992 -RJ 1992\2317: la necesidad de no confundir el sentido de la comparación entre dos objetos litigiosos, el del proceso penal y el del proceso civil, que son necesariamente diversos, exigiendo indebidamente su mismidad para apreciar este óbice procesal. Recuerda la Sala Primera en esta Sentencia, siguiendo a los Comentaristas clásicos de la LECrim, que basta con que verse el proceso penal sobre un hecho que ejerza tal influencia en la resolución del pleito que haga imposible el fallo de la resolución civil, sin ser conocida antes la decisión que se dicte.

La verificación recae pues sobre lo que versa el proceso penal, no sobre si ese versar está plenamente acreditado, pues entonces, como habré de repetir, estaríamos convirtiendo la prejudicialidad penal en lo que legalmente no es, supeditando su posible apreciación poco menos que al dictado de una previa Sentencia penal en la que constare un relato de hechos probados .

3. Quiero resaltar, asimismo, algo que estimo evidente y en lo que es preciso incidir -no consta ex profeso en nuestra Sentencia 37/2019-, pues contribuye a determinar -como lo señalado en los §§ anteriores- el alcance de nuestro enjuiciamiento en este caso: **si bien se mira, cuando el thema decidendi consiste en verificar si concurre o no prejudicialidad penal, estamos en la tesitura de resolver si la decisión de la controversia civil que se ventila es indisponible para las partes, aunque sea de forma provisional o transitoria .**

Esto resulta particularmente claro cuando se repara en que el § II de la Exposición de Motivos de la Ley de Arbitraje, como el art. 2 de la propia Ley, vinculan la " *arbitrabilidad*" más que a la materia concernida a la controversia que se suscita. Dice al respecto el precitado § II:

"El artículo 2 regula las materias objeto de **arbitraje** sobre la base del criterio de la libre disposición, como hacía la Ley 36/1988. Sin embargo, se reputa innecesario que esta ley contenga ningún elenco, siquiera ejemplificativo, de materias que no son de libre disposición. **Basta con establecer que la arbitrabilidad de una controversia coincide con la disponibilidad de su objeto para las partes** . En principio, son cuestiones arbitrables las cuestiones disponibles".



Lo que a su vez es totalmente coherente con lo que la doctrina y la jurisprudencia han puesto de manifiesto al hablar del sentido del art. 2.1 LA. Como hemos recordado en nuestra Sentencia 56/2015, de 13 de julio -roj STSJ M 8881/2015, FJ 3º:

"Resulta de la mayor trascendencia para el caso reparar en que el legislador no habla solo de materia de libre disposición como susceptible de **arbitraje**; el art. 2.1 LA pone el acento en " la controversia sobre materias de libre disposición ...". Como ha puesto de relieve la doctrina, y la Sala comparte, la materia concierne especialmente al ámbito del Derecho en el que se integra la relación jurídica causal a que el **arbitraje** se refiere...; la controversia es algo más: afecta al conflicto y a la posición de las partes respecto del conflicto, en términos dinámicos...; la controversia es lo que es cuando el conflicto aflora. De ahí que se pueda sostener, con pleno fundamento, que, cuando el legislador refiere la " arbitrabilidad " a la controversia, está situando el momento decisivo para definir la disponibilidad de las partes en el tiempo del conflicto y de la determinación de las pretensiones, más que en el momento en que se inicia la relación causal y, en su caso, se formaliza, al tiempo de ella, el convenio arbitral.

Importa también traer a colación, en la línea de lo que preveía el art. 2.1.b) LA de 1988 -'no podrán ser objeto de **arbitraje** las materias inseparablemente unidas a otras sobre las que las partes no tengan poder de disposición'- que no cabe considerar disponible una materia, cuando, sometida a **arbitraje** la decisión acerca de la misma, las consecuencias de éste se hayan de proyectar necesariamente sobre otra materia, relación jurídica o derechos y obligaciones no disponibles".

Ello explica que una materia disponible pueda eventualmente traducirse en una controversia cuyo objeto en un momento dado no esté al albur de la voluntad de los litigantes, aunque sea de forma provisional.

Dicho de otro modo: resulta innegable que, si media prejudicialidad penal, la decisión sobre la materia civil controvertida, materia que en principio es disponible y por eso se ha sometido a **arbitraje**, deja transitoriamente de serlo para los litigantes y para el árbitro ex art. 2.1 LA en conexión con el art. 10.2 LOPJ y art. 40 LEC: las partes podrán desistir del procedimiento arbitral, pero no allanarse, renunciar ni transigir sobre las pretensiones en disputa: la materia puede ser disponible, cabrá desistir del procedimiento arbitral unilateralmente o de mutuo acuerdo, según los casos, pero la controversia en sí -que es de lo que habla el art. 2.1 LA- deja de serlo. Y en este sentido, en rigor, lo que está en juego, ante todo y sobre todo, si se lauda prematura e indebidamente por no apreciar la prejudicialidad penal invocada, es la concurrencia de la causa de nulidad del art. 41.1.e) LA: *haber resuelto el árbitro sobre cuestiones no susceptibles de **arbitraje**.*

Cierto que, como esta Sala ha señalado (v.gr., **SS. 19/2016, de 16 de febrero** -roj STSJ M 1545/2016 , y **10/2019, de 22 de marzo** -roj STSJ M 3730/2019-, y confirma el propio Tribunal Constitucional en su **Auto aclaratorio de la STC 50/2022** , la no apreciación de la prejudicialidad penal cuando se cumplen las exigencias legalmente previstas para ello integra el orden público en cuanto se vulnera una norma imperativa que establece la preferencia de una Jurisdicción sobre otra; pero, antes que eso aún, se da la circunstancia de que entonces no estamos ante la quiebra de una norma imperativa más, sino ante la inobservancia de un mandato legislativo de *ius cogens* ordenando suspender el ejercicio de la jurisdicción civil porque no cabe que el Tribunal civil o el Árbitro fallen o lauden ignorando lo que previamente ha de resolver la Jurisdicción Penal, arrojando el riesgo -constitucionalmente vedado, como hemos reseñado supra § 1- de que tengan lugar decisiones firmes, pero contradictorias sobre unos mismos hechos o sobre hechos distintos pero sujetos a una relación de dependencia lógica.

He dicho antes que esta consideración incide en el ámbito de nuestro enjuiciamiento. Por supuesto que debemos ceñir nuestro análisis como Tribunal de anulación a lo que técnicamente es propio de verificar si concurre o no prejudicialidad penal; pero, dentro de esos límites -expuestos supra § 2-, nuestra capacidad de enjuiciamiento es plena, no está constreñida a la verificación de vicios *in procedendo* y/o de la arbitrariedad *in iudicando*: podemos y debemos discrepar del Árbitro si entendemos errada su apreciación, porque lo que está en juego es la arbitrabilidad de la controversia, si ésta es o no disponible para las partes -como establece el art. 2.1 LA. Entonces el canon de enjuiciamiento ya no es el propio y limitado del orden público -que como categoría excepcional resulta de necesaria exégesis restrictiva-, aunque éste pueda resultar infringido y ser apreciado en la Sentencia. Sucede algo parecido a lo que acontece con el análisis de la inexistencia o invalidez del convenio arbitral: no se cuestiona sino que se afirma de forma expresa por la doctrina y la jurisprudencia (v.gr., **STS, 1ª, 409/2017, de 27 de junio** -roj STS 2500/2017) la plenitud de jurisdicción del Tribunal que conoce de la acción de anulación para verificar la existencia y validez del convenio, aunque en ocasiones el convenio sea nulo por infracción del orden público -v.gr., cláusulas abusivas de sumisión a **arbitraje**. Lo mismo pasa con la causal e) del art. 41.1 LA.

Y es que, en definitiva, desde el punto de vista del principio Kompetenz-kompetenz, una regla elemental se erige de manera comúnmente aceptada y desde luego jurisprudencialmente asumida: no es razonable



pretender que un Juez o Tribunal tenga unas restricciones fácticas y/o jurídicas al resolver acerca de la preferencia o no de la jurisdicción -en este caso, por prejudicialidad penal- que, sin embargo, no se exijan del Árbitro cuando analiza y resuelve sobre esa misma preferencia, esto es, sobre si goza o no de jurisdicción, por así decir, para laudar.

4. Debo añadir, en congruencia con los postulados teóricos reseñados, que sugerí a la Sala, como es de ver sin éxito, dos actuaciones incuestionables en el ejercicio debido de nuestras competencias:

– La primera, que, en caso de apreciar la posible concurrencia de la causa de anulación del art. 41.1.e) LA -clarísimamente conectada con la invocada causal del art. 41.1.f) LA- era preciso dar audiencia a las partes sobre esa eventual apreciación.

– La segunda, que si la Sala *mayoritariamente* estimase el riesgo fundado de resoluciones contradictorias, pero tuviese dudas sobre la suficiencia de la prueba obrante al respecto, resultaba inexcusable que este Tribunal se dirigiese al JCI nº 6 de Madrid para que, sin conculcar las exigencias del secreto sumarial ex arts. 301 y 302 LECrim, el Sr. Magistrado Instructor, debidamente informado de las pretensiones suscitadas en el seno del procedimiento arbitral, pudiese aportar a esta causa algún dato nuevo -incluso su parecer sobre si lo investigado penalmente podía incidir en el resultado del proceso civil-, como fruto del avance de la investigación, para así adoptar esta Sala la decisión pertinente sobre la prejudicialidad penal invocada.

Este Magistrado no tiene dudas -de ahí el voto que formulo- sobre la concurrencia *in casu* de ese óbice procesal por lo que enseguida diré; por eso he utilizado el adverbio "*mayoritariamente*" en el párrafo anterior. Ahora bien; no deberíamos olvidar que, *de lege lata*, el art. 41.2 LA impone a esta Sala el deber, no la facultad, de apreciar de oficio la causas de anulación previstas en los apartados b), e) y f) de la Ley de **Arbitraje**.

He de reiterar en este sentido, en la línea de lo afirmado en precedentes Sentencias y Autos de esta Sala -v.gr., SSTSJ M 74/2015, de 23 de octubre, FJ 3º; o 46/2018, de 11 de diciembre, FJ 1º; y ATSJ M de 4 de abril de 2017 - que la importante novedad que entraña el art. 41.2 de la vigente Ley de **Arbitraje** está inspirada o, por mejor decir, es reiteración de lo establecido en el art. 34.2.b) de la Ley UNCITRAL, según el cual el laudo puede ser anulado de oficio cuando el Tribunal compruebe: i) que, según la Ley del Estado del foro, el objeto de la controversia no es susceptible de **arbitraje**; y ii) que el Laudo es contrario al orden público de ese Estado.

Es claro que esta previsión normativa acentúa claramente el control jurisdiccional sobre el **arbitraje**, y tampoco existe duda -sino general conformidad en la doctrina- a la hora de sostener que esa previsión, trasunto, como decimos, de la Ley Modelo sobre **Arbitraje** Comercial Internacional aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas (Resoluciones 40/72, de 11.12.1985, y 61/33, de 4 de diciembre de 2006), está justificada, habida cuenta de que el examen de oficio se permite respecto de motivos que trascienden la simple voluntad de las partes y su poder de disposición, por estar implicados intereses generales que han de ser preservados.

La incuestionada ruptura real del principio de congruencia que entraña el art. 41.2 LA es indudable que afecta también a otra manifestación del principio dispositivo, cual es la iniciativa probatoria: no se trata ya de ejercer la facultad prevista en el art. 429.1, segundo inciso, de la LEC -en todo caso posible; se trata de que, respecto de los motivos de anulación susceptibles de ser apreciados de oficio, el Tribunal ha de estar habilitado -por elemental coherencia con el deber que la Ley le impone- para "*decretar de oficio cuanta prueba estime pertinente*" -en locución, v.gr., del art. 752.2 LEC que viene al caso- *sobre el hecho o hechos que, alegados o deducibles de las actuaciones, pudieran ser relevantes para acreditar la causa de nulidad puesta de manifiesto a las partes.*

II

5. A la luz de las precedentes consideraciones, teniendo particularmente presente que apreciar si concurre prejudicialidad penal no significa valorar la prueba para establecer hechos probados..., y que el raciocinio al respecto se ha de limitar a comparar el *thema decidendi* del proceso penal con el del proceso civil para verificar la potencial incidencia decisiva de lo que se resuelva en el primero sobre lo que haya de resolverse en el segundo..., este Magistrado no puede menos de observar que esa potencial incidencia existe *sin la menor duda*, y que el propio Tribunal Arbitral así lo revela en sus razonamientos, que no son congruentes lógica y jurídicamente con la decisión final que adopta, al tiempo que en ocasiones resultan -esos argumentos- intrínsecamente contradictorios, cuando no absurdos.

Veámoslo con el debido detalle.

(i) Es un hecho por nadie cuestionado -así certificado por el LAJ del JCI nº 6 el 8 de agosto de 2018, **docs. 4 y 11.2** -, previa autorización del Instructor por Providencia, como reconoce el Laudo Final -§ 21.b- que en sus Diligencias 14/2015 **se está investigando** , entre otros Contratos adjudicados por ACUAMED que menciona, **el Contrato de 21 de septiembre de 2009, relativo a la siguiente obra** :



" *Obra de laminación y mejora del drenaje de la cuenca de la Rambla Gallinera (Valencia y Alicante)*", sobre el que constan en las actuaciones diversos atestados elaborados por la UCO.

También resulta plenamente acreditado, amén de admitido, que la reclamación en el **arbitraje** de la UTE frente a ACUAMED lo es pidiendo la resolución de ese Contrato por incumplimiento de ACUAMED y reclamando daños y perjuicios en los términos prevenidos en el propio Contrato, a lo que sustancialmente accede el Tribunal Arbitral.

Tampoco se discute que las Diligencias 14/2015, del JCI nº 6, fueron declaradas secretas ex art. 302 CP.

La Certificación del LAJ, autorizada en su emisión por el Instructor, no limita el alcance de la investigación penal a la concurrencia de eventuales delitos en la ejecución de ese Contrato; *no excluye que la investigación criminal comprenda su adjudicación*.

Es más, el propio Laudo reconoce constar en el expediente arbitral un oficio del Juzgado Central de Instrucción nº 6 requiriendo de ACUAMED " **información precisa sobre el origen de la financiación del Contrato** " -§§ 25 y 26-, con lo cual es evidente que la investigación criminal no concierne solo a la ejecución del Contrato sino a su conformación misma. El § 27 *in fine* de nuevo reconoce que es objeto de investigación criminal la financiación de ese Contrato.

¿Cómo se puede decir -como dice el § 26 *in fine* del Laudo- que " *la financiación de (ese) Contrato (público) resulta ajena al Arbitraje* ": en el **Arbitraje** se ventila el cumplimiento de ese Contrato, el abono de certificaciones de obra, indemnizaciones por su paralización y por la liquidación del mismo consecuente a la resolución pretendida por la UTE. Pues bien, si la financiación del Contrato fuese ilícita -y no digamos su adjudicación-, criminalmente reprobable, es indudable que se podría apreciar su radical nulidad por causa torpe, sin que quepa ignorar las previsiones del art. 1305 CC, lo que a todas luces condicionaría el resultado del **arbitraje**: el Contrato, en cuanto tal, estaba siendo objeto de una investigación penal que podría comportar finalmente su nulidad, haciendo inoperantes las cláusulas del mismo sobre indemnizaciones en caso de incumplimiento o sobre su liquidación por resolución.

Esto debió haber abocado de por sí, sin necesidad de mayores consideraciones, a la estimación de la prejudicialidad penal.

(ii) Mas, por si lo anterior fuera poco, el propio Laudo da cuenta (v.gr., § 27) de un **Auto de Prisión Provisional** dictado en las diligencias 14/2015, del JCI nº 6, **de 20 de enero de 2016**, donde, " *en relación con el Contrato objeto de arbitraje*", el Instructor hace constar que " *discutiendo la validez del proyecto inicial, se realizaron sondeos, estudios y proyectos diferentes sin realizar el proyecto contratado, llegando a certificar por dos millones de euros unidades de obra que no están en el contrato, en concreto una escollera que nunca existió*".

A renglón seguido, " *a la vista del tenor de ese Auto*", dice el Laudo: " *podiera pensarse que se ha procedido a certificar unidades de obra por importe de dos millones de euros que ni constan en el contrato ni han sido efectivamente ejecutadas*".

Este aserto es fundamental porque en él se va a excusar el Laudo reiteradamente, *con paladina arbitrariedad*, para desconectar el proceso penal del objeto del **arbitraje**, pues en éste solo se reclamarían obras ejecutadas (v.gr., § 31 *in fine*): de entrada, el Laudo "olvida" la referencia del Auto de prisión a la discusión sobre la validez del proyecto inicial; pero lo que es tan importante, porque evidencia el sofisma argumentativo: **el Auto del JCI no está diciendo que las certificaciones de obra se refieran solo a obras no ejecutadas**: sí en lo que toca a la escollera; pero el Auto, cuando clarísimamente se refiere a obras que no están en el Contrato, no dice que todas esas obras no existan; al contrario, se refiere a *sondeos, estudios y proyectos realizados*, pero al margen y/ o en sustitución de lo previsto en el Contrato.

En relación con esto último, menciona el Laudo la **declaración en el Arbitraje de S.G.C., Director de la obra desde 2013**, investigado en el precitado proceso penal por falsedad documental. Y la conecta con lo que entiende se sigue de los escritos de las Partes (§ 29 *in fine*) y de las testificales practicadas: que en septiembre de 2013 se detrajó de las Certificaciones un saldo en contra de la UTE de 1,9 millones de euros; que en marzo de 2014 la UTE reclamó al respecto; y que en septiembre de 2014, el Director de la obra (entiende el Tribunal Arbitral que S.G.C.) expidió un informe estimando parcialmente la reclamación y reconociendo un importe de 1.2 millones de euros a favor de la UTE.

El Laudo vincula estos últimos hechos, dice que " *de forma evidente*", con el Auto de Prisión Provisional y su referencia a los dos millones de euros de unidades de obra que no están en el Contrato" (§ 29 *in fine*), aunque más adelante califique de " *meras coincidencias*" la conexión que antes ha juzgado evidente (§ 34).

Es más en relación con esto mismo reconoce el propio Laudo la existencia de una eventual conexión de ambos procedimientos, cuando dice (§ 32):



"Únicamente pudiera admitirse que, en el caso de que se confirmara el supuesto exceso de certificación indicado en el Auto de Prisión Provisional, las cantidades solicitadas de adverso pudieran verse reducidas. En este sentido podría haberse articulado una impugnación por la Demandada (aunque fuera de forma subsidiaria a la pretensión principal de desestimación íntegra de la Demanda) consistente en reducir la reclamación de la actora en los dos millones de euros a que hace referencia el Auto de Prisión Provisional".

El argumento es sencillamente sorprendente, amén de todo punto inadmisibles en términos lógicos: como el proceso penal puede efectivamente condicionar el resultado del proceso civil, lo que hubiera procedido es que la Demandada en el **arbitraje**, ACUAMED, hubiese formulado una petición subsidiaria de desestimación parcial de lo reclamado por la UTE; petición subsidiaria sobre la que el Tribunal Arbitral, por cierto, no podría pronunciarse hasta que se ventilase el proceso penal... Es sencillamente absurdo. Y ello por no hablar, insisto, de que consta acreditado en las actuaciones arbitrales que la investigación criminal se extiende no solo a la ejecución del Contrato sino a su mismo origen, a su financiación y a su adjudicación...

El Tribunal Arbitral reconoce "sus dudas" sobre la incidencia del proceso penal en el arbitral (§ 32), por enjuiciarse la veracidad de certificaciones de obra (§ 34.a). No obstante, afirma que de todos los conceptos por los que la UTE reclama frente a ACUAMED **[a)** obra ejecutada y pendiente de certificar; **b)** estudios y trabajos previos; **c)** trabajos preparatorios; **d)** revisión de precios no reconocida; **e)** daños y perjuicios por haber tenido que ejecutar la obra de un modo distinto al previsto e incremento del plazo; **f)** retraso en el pago de certificaciones de obra; y **g)** lucro cesante por la resolución del contrato], "el único que podría conectarse con una investigación por supuesta falsedad documental de las certificaciones de obra es el relativo a *retrasos en el pago de certificaciones de obra*" (§ 30 *in fine*) , por la reducida cantidad de 15.063,44 euros.

Craso y patente error de acuerdo con la prueba que el mismo Tribunal Arbitral pondera: olvida el Laudo que el Auto de Prisión Provisional que transcribe menciona *la realización desonerosos, estudios y proyectos diferentessin realizar el proyecto contratado ...* Es decir, que también es objeto de investigación criminal -y no solo por falsedad en sus distintas modalidades, documento público, privado y mercantil-, el apartarse del proyecto contratado -cuya financiación también es objeto de investigación-, del modo que indiciariamente expresa...

Ante esta evidencia probatoria y aun siguiendo la lógica argumentativa del Laudo, ¿qué excluye la eventual incidencia del proceso penal, v.gr., en la reclamación por la UTE de estudios y trabajos previos -obra ejecutada y certificada- por 259.854,99 euros si pueden no estar justificados a la vista del Contrato; o de 238.378,49 euros en concepto de trabajos preparatorios; o, más claramente si cabe, el reclamar 1.002.480,58 euros por daños y perjuicios derivados de *ejecutar la obra de un modo distinto al previsto...?* **Cito cantidades y partidas indemnizatorias que constan, v.gr., en el escrito de conclusiones de la UTE en el Arbitraje y sobre las que se pronuncia el Laudo .**

Por otra parte, el Laudo afirma que no se puede conectar la resolución del Contrato pretendida por la UTE con un supuesto delito de falsedad documental de las certificaciones de obra: obvia el Laudo en este momento -porque lo reconoce en otros lugares- que las actuaciones penales lo son, sin perjuicio de ulterior calificación, por ese y otros delitos -v.gr., malversación de caudales públicos, como ya había puesto de manifiesto esta Sala en su Sentencia 37/2019 y como enfatiza también, en referencia a esas mismas Diligencias Previas, la STSJ de Andalucía 9/2019 -FJ 3º.A, roj STSJ AND 194/2019.

(iii) El Laudo no solo incurre en argumentos de todo punto ilógicos e intrínsecamente incongruentes con hechos que admite, sino que subvierte las premisas de análisis legalmente previstas para determinar cuándo existe prejudicialidad penal en un proceso civil.

Decía más arriba (§ 2) que decidir si concurren las premisas fácticas de la prejudicialidad penal no es resolver sobre si se declara probado, como un hecho cierto y establecido, que el proceso penal condiciona de modo significativo lo que haya de resolverse en el proceso civil: categóricamente, no. Si se repara en la genuina naturaleza de este óbice procesal, se trata solo de verificar, en un análisis puramente lógico, si el resultado del proceso penal " **puede influir decisivamente** " -puede, esto es, " *en potencia*"- en la resolución del asunto civil..., tal y como expresamente proclama el art. 40 LEC; se trata de examinar si lo que se pueda decidir en el proceso penal es **antecedente lógico** de lo que resuelva el Juez civil o laude el Árbitro.

Y añadía que el Juzgador civil se extralimita al juzgar sobre la concurrencia de prejudicialidad penal cuando exige que esté acreditado que lo que se resuelva en el proceso penal tiene incidencia en lo que se vaya a laudar, convirtiendo en exigencia *plena y actual* de demostración, lo que la Ley -y una Ley imperativa-concibe, inequívocamente, como apreciación en un plano lógico y *ex ante*, necesariamente potencial -pues los procesos no han finalizado-, de si, de forma virtual, la no suspensión del proceso civil puede abocar a resultados contradictorios e incompatibles con lo que se haya de resolver en el proceso penal.



El Laudo contiene afirmaciones paradigmáticas de lo que estoy diciendo, asertos que llevados hasta sus últimas consecuencias llevarían a concluir que, para el Colegio Arbitral, la prejudicialidad penal se asienta poco menos que sobre la cosa juzgada penal, tras el dictado de Sentencia que contenga un relato de hechos probados: la prejudicialidad no podría fundarse sobre la pendencia de una causa criminal todavía en fase de instrucción, donde nada de lo que es objeto de investigación puede declararse probado... Digo esto, por ejemplo, ante aseveraciones del Laudo (§ 34) como la que recuerda que " *el Auto de prisión provisional no da por probado o acreditado el citado hecho*" -la certificación de dos millones de euros en unidades de obra que no figuran en el Contrato-: ni lo da por probado, ni puede darlo...; el referido Auto constata un indicio de criminalidad que puede fundar perfectamente, junto con otros, la apreciación de la potencial influencia decisiva de lo que se vaya a resolver en la causa criminal sobre el proceso civil... Y a la anterior frase añade el Laudo, a renglón seguido, otra abiertamente contradictoria con sus precedentes apreciaciones: " *ninguna de las pretensiones de la demanda dependería del esclarecimiento definitivo de esta cuestión*". ¿Ni siquiera -la pregunta es retórica- la pretensión relativa a *retrasos en el pago de certificaciones de obra*" (§ 30 *in fine*), por la reducida cantidad de 15.063,44 euros, cuando previamente el Laudo ha admitido su posible conexión con la investigación en curso ante el JCI nº 6 sobre la eventual falsedad documental de certificaciones de obra?

(iv) En suma y volviendo a lo más esencial: pende una investigación criminal sobre la financiación, adjudicación y ejecución de un Contrato de obra respecto del que, en vía civil y en sede arbitral, se ha pretendido y obtenido su resolución con indemnizaciones de daños derivadas del incumplimiento de ACUAMED y de la liquidación subsiguiente a la resolución del Contrato. Un hecho investigado -más allá de la persona o personas concernidas- es el Contrato mismo desde su origen, como también lo son su adjudicación y sus actos de ejecución, y no cabe duda, en términos puramente lógicos, de que el proceso penal podría finalizar con una resolución que declarase penalmente la ilicitud del Contrato con su consiguiente nulidad radical por causa torpe, o, más limitadamente, la de parte de sus actos de ejecución, pudiendo afectar esa nulidad, según la lógica argumentativa del propio Laudo, a alguna o a algunas de las partidas indemnizatorias solicitadas y obtenidas por la UTE del Colegio Arbitral.

No cabe discutir -es evidente de toda evidencia- que en el procedimiento arbitral la UTE ha fundado sus pretensiones resolutoria e indemnizatorias en la validez misma del Contrato de 21 de septiembre de 2009 y en su incumplimiento por ACUAMED. Esa validez, tal y como se sigue de los elementos de prueba que refleja el propio Laudo, está puesta en cuestión por la investigación criminal, que afecta a la misma conformación de ese Contrato, a su prístina financiación, como también a su adjudicación y a su ejecución.

No puedo sino sostener que está fuera del poder de disposición de las partes ventilar en vía civil, sea ésta jurisdiccional o arbitral, el cumplimiento de un contrato que está siendo objeto de investigación penal en los términos expuestos .

(v) Y aún he de añadir que, desde el punto de vista de las exigencias probatorias para apreciar los presupuestos fácticos de la prejudicialidad penal en el proceso civil, tiene relevancia el hecho de que la causa penal se halle en fase de instrucción, donde como regla impera el secreto sumarial externo ex art. 301 LECrim, y no digamos si ese secreto se ha extendido a las propias partes implicadas ex art. 302 LECrim. Sobre este particular no está de más recordar que el Tribunal Constitucional - STC 13/1985- ha declarado la constitucionalidad del secreto sumarial, que subviene a la preservación y consecución de bienes constitucionales de primer orden, como es la más segura represión del delito, que a su vez se ordena a la salvaguarda de la libertad y la seguridad individual y colectiva en sintonía con el ámbito de protección del art. 17.1 CE. Dicho sea esto sin perjuicio de la necesaria tutela de las posibilidades de defensa del acusado para poder impugnar su prisión provisional (STC 83/2019), lo que explica -en contra de lo que el Laudo afirma- que nada haya de irregular en la aportación al proceso arbitral del Auto de 20 de enero de 2016.

Estas reflexiones permiten establecer ciertas consecuencias en casos como el presente: a la hora de apreciar la prejudicialidad penal por la pendencia de una causa criminal que se halle en fase de instrucción, y máxime si mediara declaración expresa de secreto sumarial, es obligado sostener que se lenifican necesariamente las exigencias probatorias para la parte que aduce tal óbice procesal, al tiempo que, en contrapartida, se potencia el valor acreditativo de lo indiciariamente estimado por el órgano jurisdiccional penal sobre el alcance de su investigación... Y en este sentido qué duda cabe de que la potencial influencia del proceso penal sobre lo que se haya de resolver en el ámbito civil será tanto más apreciable cuanto mayor sea el ámbito de la pesquisa criminal respecto de los hechos sobre los que recaiga: en este caso, la conformación, adjudicación y ejecución del Contrato de 21 de septiembre de 2009.

(vi) En conclusión: esta Sala debió anular el Laudo en cuestión, de un lado, porque no aprecia la concurrencia de prejudicialidad penal con razonamientos que incurren en arbitrariedad, error patente o sinrazón lógica, al tiempo que en ocasiones resultan -esos argumentos- intrínsecamente contradictorios, cuando no absurdos, a



la vista de la prueba que pondera el propio Laudo. Una motivación tal del Laudo infringe *per se* el orden público ex SSTC 17/2021, 65/2021, 50/2022 y 79/2022.

Además, la motivación del Laudo -en los términos expuestos- desvirtúa la naturaleza misma de la prejudicialidad penal, pues no se limita a la verificación lógica, casi externa por así decir, de una realidad virtual: que lo que se resuelva en el proceso penal pueda ser, *prima facie*, antecedente lógico de lo que se haya de resolver en el proceso civil, porque se estén investigando hechos de apariencia delictiva alguno de los cuales fundamente la pretensión de las partes en el proceso civil - art. 40.2.1ª LEC-, de suerte que " *la decisión del tribunal penal acerca del hecho por el que se procede en causa criminal pueda tener influencia decisiva en la resolución sobre el asunto civil* " - art. 40.2.2ª LEC. Por el contrario, como hemos constatado, el Laudo se queja de que no media prueba plena sobre la incidencia actual de lo resuelto en el proceso penal -en fase de instrucción?- sobre lo que se haya de resolver en vía civil.

Y sucede también, de modo capital, que la prueba obrante en el expediente arbitral y ponderada por el propio Laudo -certificación del LAJ, auto de prisión provisional, oficio recabando información sobre la financiación del Contrato y testifical practicada -, tal y como creo haber evidenciado, revela que *in casu* concurrirían los presupuestos fácticos para apreciar la prejudicialidad penal: la convicción fundada de que lo que se haya de resolver en el proceso penal sobre la licitud del Contrato y de sus actos de ejecución puede influir decisivamente, por razón de su antecedencia lógica, en lo que es objeto de decisión en el proceso civil.

De ahí que la controversia ventilada en el **Arbitraje** sea transitoriamente indisponible para las Partes, y, en consecuencia, no sea susceptible de ser laudada por el Tribunal arbitral hasta la decisión del proceso penal, o, al menos, hasta que su objeto pudiera quedar inequívocamente reducido -lo que a día de hoy no consta sea el caso- a actos de ejecución del Contrato separables, en términos lógicos y jurídicos, de los que son *thema decidendi* en el proceso civil.

(vii) A diferencia de lo que a veces se ha sostenido -v.gr., STSJ Andalucía 9/2019, de 26 de septiembre -roj STSJ AND 194/2019-, estimo coherente con el planteamiento que defiendo y con la decisión en su día adoptada por esta Sala decretar la nulidad íntegra del Laudo: los pronunciamientos de fondo nunca debieron ser emitidos; y de hecho la precitada Sentencia 9/2019 del TSJ de Andalucía, si bien solo declara nulo el pronunciamiento del Laudo que desestima la prejudicialidad penal, no puede menos de " *considerar no efectuados*" sus pronunciamientos de fondo, es decir, los elimina de la realidad jurídica.

Cuestión distinta es qué haya de suceder con lo actuado hasta el dictado del Laudo en el seno del procedimiento arbitral; pero ese no es asunto sobre el que deba pronunciarse esta Sala, como si estuviésemos ante un proceso jurisdiccional propiamente dicho en que prevaleciese el principio de conservación de los actos procesales sobre la autonomía de la voluntad que informa el **arbitraje**, reponiendo las actuaciones al momento anterior al dictado del Laudo Final: una eventual decisión de anulación con reposición de actuaciones olvida, entre otros extremos relativos a la naturaleza de la acción de anulación, que está en juego el nada desdeñable tema del cese de los Árbitros en sus funciones desde el dictado de Laudo definitivo o, en su caso, desde su corrección, aclaración o complemento (art. 38.1 LA). Habrá de ser cualquiera de las partes la que decida si inicia un nuevo **Arbitraje**; habrán de ser ambas las que establezcan si aceptan ante la Corte llamada a administrarlo el mismo Tribunal Arbitral que en su día laudó y, en su caso, si reconocen validez a lo actuado en el anterior procedimiento, lo que a su vez estaría sometido a la decisión última del Arbitro o Árbitros llamados a resolver.

(viii) Participo de las razones en su día expuestas en nuestra anulada Sentencia 37/2019 y en la que ahora dictamos por mayoría para no hacer expresa imposición de costas.

Concurriendo, pues, las causas de anulación de los apartados e) y f) del art. 41 LA, nuestra Sentencia debió haber tenido la siguiente

PARTE DISPOSITIVA

"QUE, ESTIMANDO la demanda formulada por el Sr. Abogado del Estado, en representación de SOCIEDAD ESTATAL AGUAS DE LAS CUENCAS MEDITERRÁNEAS, S.A, debemos DECLARAR Y DECLARAMOS la nulidad del Laudo dictado con fecha 14 de noviembre de 2018 por la CORTE CIVIL Y MERCANTIL DE **ARBITRAJE** de Madrid (CIMA) en el Expediente nº 924; sin expresa imposición de las costas causadas en este procedimiento, de modo que cada parte soporte las propias y por mitad las comunes".

En Madrid, a 27 de abril de 2023

Fdo. Jesús María Santos Vijande