



Roj: **STSJ M 5640/2023 - ECLI:ES:TSJM:2023:5640**

Id Cendoj: **28079310012023100206**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **18/05/2023**

Nº de Recurso: **23/2019**

Nº de Resolución: **22/2023**

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: 28.079.00.2-2019/0058650

Procedimiento ASUNTO CIVIL 23/2019-Nulidad laudo arbitral 20/2019

Materia: Arbitraje

Demandante: ACUAMED. SOCIEDAD ESTATAL DE AGUAS DE LAS CUENCAS DEL MEDITERRANEO S.A.

Sr. ABOGADO DEL ESTADO

Demandado: UTE EBRE-FLIX

PROCURADOR D./Dña. ARTURO ROMERO BALLESTER

Excmo. Sr. Presidente:

D. CELSO RODRÍGUEZ PADRÓN

Ilmos. Sres. Magistrados:

DON FRANCISCO JOSÉ GOYENA SALGADO

D. JESÚS MARÍA SANTOS VIJANDE

SENTENCIA N° 22/2023

En Madrid, a dieciocho de mayo de dos mil veintitrés

I.- ANTECEDENTES DE HECHO.

PRIMERO .- El 10 de abril 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 DEL MEDITERRÁNEO, S.A. (ACUAMED), ejercitando, contra la mercantil "UTE EBRE-FLIX, constituida por las entidades "FCC CONSTRUCCIÓN" y "FCC ÁMBITO, S.A.", en UTE, acción de anulación del Laudo con nº de expediente 901, de fecha 17 de enero de 2019, que dicta el tribunal arbitral de la CORTE CIVIL Y MERCANTIL DE **ARBITRAJE** de Madrid (CIMA).

SEGUNDO.- Por Decreto de fecha 13 de mayo de 2019 se admitió a trámite la demanda supra referenciada, acordando dar traslado a la parte demandada, al 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 "FCC CONSTRUCCIÓN, S.A. FCC ÁMBITO, S.A, UNIÓN TEMPORAL DE EMPRESAS, LEY 18/1982, DE 26 DE MAYO" (UTE EBRE-FLIX) representada por el procurador D. ARTURO ROMERO BALLESTEROS, asistida por los letrados D. PEDRO RODERO RODRÍGUEZ, D.^a CRISTINA CAMARERO ESPINOSA y D. JOSÉ LUIS CABELLO CONTRERAS, 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 y declarando la plena validez y ejecutividad del laudo impugnado, con expresa condena en costas a la parte demandante.

CUARTO.- Por Auto de fecha 20 de septiembre de 2019 se acordó recibir el pleito a prueba, admitiendo la documental aportada por la parte demandante y la parte demandada.

Por diligencia de ordenación se señaló para deliberación y resolución.

Con fecha 8 de noviembre de 2019 se dictó sentencia con el siguiente fallo:

"QUE DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS la nulidad del Laudo dictado con fecha 17 de enero de 2019, por el tribunal arbitral de la CORTE CIVIL Y MERCANTIL DE **ARBITRAJE** de Madrid (CIMA), en el Expediente nº 901, 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. ARTURO ROMERO BALLESTEROS, en nombre y representación de "FCC CONSTRUCCIÓN, S.A. FCC ÁMBITO, S.A, UNIÓN TEMPORAL DE EMPRESAS, LEY 18/1982, DE 26 DE MAYO" (UTE EBRE-FLIX) , 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 y:

(i) Se declare la NULIDAD Y DEJE SIN EFECTO LA Sentencia núm. 43/2019 de fecha 8 de noviembre de 2019 así como del Auto de 3 de diciembre de 2019 dictados por esta Ilma. Sala en el seno del "Procedimiento Asunto civil 23/2019-Nulidad laudo arbitral 20/2019", dictando en su lugar sentencia por el que se desestime íntegramente la demanda de anulación del Laudo iniciadora del presente procedimiento.

(ii) Subsidiariamente a lo anterior, se declare la nulidad y deje sin efecto el Auto de 3 de diciembre de 2019 dictado por esta Ilma. Sala en el seno del "Procedimiento Asunto civil 23/2019-Nulidad laudo arbitral 20/2019", dictando en su lugar una resolución en la que se especifique que, como consecuencia de la nulidad declarada en la Sentencia por apreciar la concurrencia de prejudicialidad penal, las actuaciones habrán de devolverse a la Corte Civil y Mercantil de Madrid (CIMA) retrotrayéndose las mismas al momento justo anterior al dictado del Laudo (permaneciendo suspendidas en los términos establecidos en el art. 40 de la LEC).

(iii) En todo caso, se impongan las costas del presente incidente a ACUAMED."

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 3 de abril de 2020 se resolvió el INCIDENTE DE NULIDAD DE ACTUACIONES planteado, en sentido desestimatorio.

SEXTO.- Mediante oficio del Tribunal Constitucional, de fecha 16 de noviembre de 2020, se comunicó a esta Sala la admisión a trámite de la demanda de amparo constitucional presentada por el procurador D. ARTURO ROMERO BALLESTEROS, en nombre y representación de "FCC CONSTRUCCIÓN, S.A. FCC ÁMBITO, S.A, UNIÓN TEMPORAL DE EMPRESAS, LEY 18/1982, DE 26 DE MAYO" (UTE EBRE-FLIX).

Con fecha 27 de junio de 2022 recayó sentencia 79/2022 en el recurso de amparo constitucional 2915-2020 E, 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 FCC CONSTRUCCIÓN, S A-FCC AMBITO S A, UNIÓN TEMPORAL DE EMPRESAS, LEY 18/1982, DE 26 DE MAYO, y, en consecuencia:

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



2º Restablecer a la entidad recurrente en su derecho y, a tal fin, declarar la nulidad de la sentencia 43/2019, de 8 de noviembre y del auto de 3 de abril de 2020, ambos de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, recaídos en el procedimiento de anulación de laudo arbitral núm. 23-2019.

3º Retrotraer las actuaciones al momento anterior al dictado de la primera resolución citada para que se resuelva de forma respetuosa con los derechos fundamentales reconocidos. 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 impugnado de 17 de enero de 2019 establece la siguiente decisión:

1. Declarar la no concurrencia de la prejudicialidad penal alegada por AGUAS DE LAS CUENCAS MEDITERRÁNEAS, S.A.

2. Declarar que FCC CONSTRUCCIÓN, S.A. -FCC ÁMBITO, D.A., UNIÓN TEMPORAL DE EMPRESAS ha cumplido con sus obligaciones contractuales de dragado y descontaminación del lecho del embalse, de acuerdo con las instrucciones decretadas por la Dirección de Obra.

3. Declarar que la depuración de las aguas confinadas en el embalse no formaba parte del objeto del Contrato.

4. Declarar que del objeto del Contrato únicamente quedaron pendientes de ejecución por FCC CONSTRUCCIÓN, S.A. - FCC ÁMBITO, S.A., UNIÓN TEMPORAL DE EMPRESAS los trabajos consistentes en:

a) Completar el desmantelamiento de las instalaciones de tratamiento,

b) Clausurar el vertedero controlado, y

c) Colocar la escollera de protección, desmantelar el muro de tablestacas y abrir el recinto.

5. Declarar que AGUAS DE LAS CUENCAS MEDITERRÁNEAS, S.A. decretó sin causa justificada la suspensión de las obras por un plazo superior a 180 días, en contravención de la cláusula 21 del Contrato, permitido a FCC CONSTRUCCIÓN, S.A. - FCC ÁMBITO, S.A., UNIÓN TEMPORAL DE EMPRESAS resolver el Contrato al amparo de la cláusula 37.5.2.

6. Condenar a AGUAS DE LAS CUENCAS MEDITERRÁNEAS, S.A. a indemnizar a FCC CONSTRUCCIÓN, S.A. - FCC ÁMBITO, S.A., UNIÓN TEMPORAL DE EMPRESAS la suma de EUR 1.765.364 por los perjuicios ocasionados, al amparo de las cláusulas 37.5 y 37.11 del Contrato.

7. Declarar que no procede condenar en costas a ninguna de las Partes, por lo que cada Parte deberá asumir las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad.

8. Desestimar cualquiera otras pretensiones.

Asimismo, recayó Resolución complementaria sobre solicitud de corrección, aclaración, complemento y rectificación de Laudo, de fecha 11 de febrero de 2019, con el siguiente contenido:

1. Corregir el error de la tabla contenida en el para. 40 del Laudo, que pasa a adoptar el siguiente tenor: Testigos propuestos por el demandante, Eduardo , Epifanio , Celso , Eulalio , Conrado y Evaristo . Por la parte demandada, Ezequias . Peritos propuestos por el demandante, Intecsa, Gregorio , Forest Partners, Tanw y CSIS. Por la parte demandada, Herminio , Tania (Indoconsultant), Imanol (Inypsa) y CIEMAT.

2. Corregir el error de los paras. 459 y 460 del Laudo, que pasan a adoptar el siguiente tenor:

"459. Conforme a esta tabla cuya veracidad no ha sido puesta en duda), la práctica totalidad de los parámetros de calidad del agua sobrepasados, lo estaban ya incluso antes del comienzo del dragado.

460. El Tribunal Arbitral podría terminar aquí su análisis: si antes de comenzar el dragado, la práctica totalidad de los criterios para medir la contaminación del agua, estaba por encima del límite permitido, esa agua nunca podría haber sido vertida al río sin un tratamiento previo; resulta, por tanto, indiferente, si una vez comenzado el dragado o incluso, una vez se sustituyó el cabezal de succión por uno de cuchara, la contaminación - ya de por sí fuera de los límites - aumentó más".



(Subrayado en el original)

3. Desestimar el resto de peticiones de la Solicitud."

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**, por pronunciarse sobre una materia objeto de conocimiento por la jurisdicción penal.

A este respecto señala la demanda que el laudo es contrario al orden público, por cuanto existe una cuestión prejudicial penal que no ha tenido en cuenta el árbitro.

Señala la parte demandante que el que las partes den por resuelto el contrato en nada afecta a las circunstancias que durante el mismo hayan concurrido, cuando pueden tener naturaleza penal y ser determinantes de que resulten responsabilidades que puedan afectar ya no solo al propio contrato sino a cualquier acuerdo que se haya adoptado durante el mismo.

El orden penal y su actuación se refieren al contrato durante toda su existencia, independientemente de un Acuerdo - el de 9 de mayo de 2018- adoptado para facilitar la terminación de las tareas encomendadas a ACUAMED, y precisamente sobre esta existencia es sobre lo que se ha pronunciado el Laudo Arbitral cuya nulidad se pretende y frente a la advertencia expresa del orden penal.

El Laudo se pronuncia sobre aspectos tales como cumplimiento de las obligaciones contractuales, causas que provocaron la resolución contractual e indemnizaciones, y sobre estos mismos aspectos versa la investigación penal, realidad del cumplimiento del contrato, obligaciones contractuales y su legitimidad, indemnizaciones que pueden resultar de actuaciones ilegítimas, en suma, sigue diciendo la parte demandante, el procedimiento arbitral, no obstante el acuerdo resolutorio, está afectando a aspectos contractuales, cuando el contrato en todos sus extremos está siendo investigado penalmente.

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 laudo.

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.

B.- Como hemos señalado, la parte demandante plantea como base de su pretensión de anulación del Laudo arbitral la concurrencia de prejudicialidad penal, que debió abocar a la suspensión del procedimiento arbitral, citando al efecto el criterio de esta Sala, expuesto en nuestra sentencia de fecha 16 de febrero del dos mil dieciséis:

"No cabe duda de que este alegato puede ser incardinado en el ámbito del art. 41.1.f) LA. el necesario respeto de la prejudicialidad penal en el seno del proceso civil responde, claro está, a la necesidad de evitar sentencias contradictorias para preservar tanto el principio de seguridad jurídica como el derecho a la tutela judicial efectiva. Por esa razón, la Sala Primera, v.gr., en su Sentencia de 7 de junio de 2012 (ROJ STS 4447/2012) afirma: "las sentencias penales condenatorias que resuelven la problemática civil tienen carácter vinculante para éste orden jurisdiccional, no sólo en cuanto a los hechos declarados probados, sino también respecto de las decisiones en materia de responsabilidad civil – sentencia 1190/1999, de 31 de diciembre "..., "dado que se



entiende que puede ser opuesto a la seguridad jurídica la contradicción entre las decisiones de dos órdenes jurisdiccionales que conozcan de un mismo asunto – sentencias 34/2003, de 25 de febrero, del Tribunal Constitucional, 502/2003, de 27 de mayo, y 368/2008, de 5 de mayo, de esta Sala" (FJ 3).

Sin embargo, el primer presupuesto para que proceda la suspensión de las actuaciones civiles, sean jurisdiccionales o arbitrales, consiste en acreditar la pendencia 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 (art. 40.2.1ª LEC)".

C.- En el caso presente, lo que fue planteado por la parte actora en tiempo y forma ante la CORTE CIVIL Y MERCANTIL DE **ARBITRAJE** (CIMA), por la parte demandante se advirtió de que el contrato relativo a la "ELIMINACIÓN DE LA CONTAMINACIÓN DEL EMBALSE DE FLIX", que es objeto de la demanda de **arbitraje**, está, siendo penalmente investigado por el Juzgado Central de Instrucción nº 6 de Madrid, que al efecto tiene incoadas las diligencias previas 24/2015.

A tal efecto, esta Sala tuvo en cuenta la realidad de dicha circunstancia, que queda acreditada a la vista del Auto de fecha 16 de marzo de 2017, que remite el Juzgado Central de Instrucción nº 6 de Madrid, y el correspondiente oficio, dirigido al CIMA y que obra en el presente expediente.

Dicho Auto da respuesta a la solicitud del Sr. Abogado del Estado, en el que se solicita se requiera a la Corte Civil y Mercantil de **Arbitraje** de Madrid, para que se abstenga de conocer los procedimientos 875 y 901, por existir prejudicialidad penal con respecto a las diligencias previas, que se siguen en dicho Juzgado de Instrucción Central.

En concreto y respecto al procedimiento arbitral que nos atañe, el nº 901, planteado por "FCC CONSTRUCCIÓN, S.A.- FCC ÁMBITO, S.A, UNIÓN TEMPORAL DE EMPRESAS, LEY 18/1982, DE 26 DE MAYO" (UTE EBRE-FLIX), se reclama de ACUAMED, entre otros pronunciamientos de naturaleza declarativa acerca del cumplimiento del contrato que liga a la parte demandante con la demandada ACUAMED, y entre ellos que "se declare que ACUAMED ha incumplido sus obligaciones contractuales, impidiendo a la UTE EBRE-FLIX la continuación de los trabajos pendientes de ejecución ya que la misma precisaría que ACUAMED hubiera adoptado una decisión en relación con la depuración de las aguas.", la condena, entre otros pronunciamientos a "indemnizar a la UTE EBRE-FLIX por los daños y perjuicios ocasionados por el incumplimiento del Contrato.

El citado Auto, acogiendo el informe del Ministerio Fiscal, establece que: "Efectivamente estos puntos litigiosos a resolver fuera del proceso guardarían relación con el objeto de la investigación penal, coincidiendo la naturaleza y las circunstancias de la controversia con aspectos esenciales de la investigación penal."

Y sigue diciendo el Auto: "En consecuencia, el Fiscal entiende que lo que procede es comunicar con la debida reserva, a la Corte Civil y Mercantil Arbitral, la existencia del presente procedimiento que se sigue en la actualidad por hechos que pudieran ser constitutivos de delitos de prevaricación, tráfico de influencias, malversación de caudales públicos, fraude, falsificación de documentos públicos, e integración en organización criminal, sin perjuicio de ulterior calificación, teniendo por objeto la investigación unas concretas actuaciones en obras de ACUAMED, entre las que se encuentran las obras a las que se refieren los procedimientos arbitrales nº... y 901, requiriendo a la Corte para que comunique si, dentro del ámbito de sus competencias, se ha procedido o no a la suspensión del procedimiento arbitral."

A tal efecto se remitió a CIMA, el oportuno oficio de fecha 16 de marzo de 2017.

Resolvía esta Sala la cuestión planteada, en los siguientes términos:

D.- En relación con la existencia de una cuestión prejudicial penal, el art. 10.2 L.O.P.J. establece: "No obstante, la existencia de una cuestión prejudicial penal de la que no pueda prescindirse para la debida decisión o que condicione directamente el contenido de ésta determinará la suspensión del procedimiento mientras aquella no sea resuelta por los órganos penales a quienes corresponda, salvo las excepciones que la Ley establece."

Por su parte el art. 40 de la L.E.C. regula la prejudicialidad penal, estableciendo que: "1. Cuando en un proceso civil se ponga de manifiesto un hecho que ofrezca apariencia de delito o falta -ahora delito leve- perseguible de oficio, el tribunal civil, ..., lo pondrá en conocimiento del Ministerio Fiscal, por si hubiere lugar al ejercicio de la acción penal."

Será procedente ordenar la suspensión del procedimiento civil, señala el apdo. 2, cuando: "1ª Que se acredite 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.

2ª Que la decisión del tribunal penal acerca del hecho por el que se procede en la causa criminal pueda tener influencia decisiva en la resolución sobre el asunto civil."



La suspensión, indica el apdo. 3 del citado precepto, se acordará una vez el proceso esté pendiente solo de sentencia.

La aplicación y efectos expuestos de la cuestión prejudicial penal como institución procesal al procedimiento arbitral resulta incuestionable, siguiendo por otra parte el criterio de esta Sala, expuesto en sentencias de fechas 3 de julio de 2012 y 16 de febrero de 2016.

Cuestión distinta es que, a juicio del tribunal arbitral, lo que resuelve en el Laudo, es la no concurrencia de la cuestión prejudicial penal planteada por la parte demandante, con base en las siguientes conclusiones (fol. 25 del Laudo): "100. Por todo ello, a la vista de las alegaciones formuladas y de la insuficiente prueba aportada al respecto, le resulta imposible a este Tribunal Arbitral conocer el objeto concreto y alcance de la instrucción que se está llevando a cabo en el procedimiento penal y, mucho menos, valorar la vinculación de aquél con las pretensiones planteadas en el presente **arbitraje** y la eventual influencia que el proceso penal podría tener en el laudo que aquí se dicte sobre el conflicto de naturaleza civil planteado ante esta Corte.

101. Una cosa es que en el proceso de contratación se hayan podido cometer presuntos delitos de prevaricación o de malversación; y otra, muy distinta y desconectada, que en el desarrollo del Contrato, una vez formalizado y perfeccionado, se hayan incumplido (o no) las obligaciones asumidas inter partes, y las consecuencias que de ello en su caso pudieran derivarse."

No compartía esta Sala las razones que expone el tribunal arbitral, en su Laudo, para denegar la suspensión del procedimiento arbitral y proceder a dictar Laudo definitivo, entrando en el fondo de las pretensiones deducidas por las partes.

Considera el tribunal arbitral que no se ha concretado, a partir de la prueba aportada, los aspectos del contrato que están siendo objeto de investigación en la causa penal, ni el enlace directo con las pretensiones sustanciadas por la demandante en este procedimiento arbitral, ni la eventual influencia que dicho proceso penal podría tener en la resolución de la controversia civil planteada en este **arbitraje**. Y sigue diciendo "el hecho de que un contrato se encuentre dentro de un conglomerado de contrataciones objeto de investigación en un proceso penal, no implica per se la existencia de la vinculación e influencia decisiva que exigen para apreciar la concurrencia de prejudicialidad penal." Reitera, en su argumentación, que el enlace preciso entre el objeto de la causa penal y el de la causa civil, y la influencia decisiva de aquél en la resolución de la controversia civil, es un elemento esencial, que se razone de forma precisa y detallada, y que conste debidamente acreditado.

Frente a dichas objeciones hay que señalar que el Auto remitido por el Juzgado de Instrucción Central, sin perjuicio de las limitaciones que en su exposición plantea el que se trate de unas actuaciones penales reservadas, deja bien claro que la pretensión objeto de controversia, planteada por parte de "FCC CONSTRUCCIONES SA. FCC ÁMBITO SA UTE -UTE EBRE-FLIX", afecta al contrato "ACTUACIÓN URGENTE 4.D ELIMINACIÓN DE LA CONTAMINACIÓN QUÍMICA DEL EMBALSE DEL FLIX", siendo la pretensión planteada de carácter preliminar, consistente en declarar el cumplimiento de las obligaciones contractuales por parte del demandante contratista, entre otras, la ejecución satisfactoria del dragado, se declare que los trabajos objeto del contrato han sido ejecutados correctamente y que únicamente quedan pendientes la ejecución de una serie de trabajos e desmantelamiento y otros, se declare que la depuración de las aguas contaminadas confinadas en el embalse no forman parte del objeto del contrato ni del proyecto, así como otras pretensiones sobre plazos y resolución del contrato.

Ya a la vista de lo anterior cabe colegir la necesaria e íntima conexión entre la cuestión litigiosa objeto de **arbitraje** y la cuestión penal, desde el momento en que la pretensión de reclamación de la citada UTE, debe ponerse en relación, pues trae causa, con el contrato suscrito con ACUAMED, que es uno de los que se ven afectados directamente por la investigación penal. Y así lo afirma el citado Auto al indicar: "Efectivamente estos puntos litigiosos a resolver fuera del proceso guardarían relación con el objeto de la investigación penal, coincidiendo la naturaleza y la circunstancias de la controversia con aspectos esenciales de la investigación penal.

La naturaleza reservada de las actuaciones penales que se siguen en el Juzgado de Instrucción Central nº 6 de Madrid, impide ciertamente dar una más cumplida acreditación, tal como recababa el tribunal arbitral, de la vinculación e influencia decisiva con las pretensiones sustanciadas por la demandante en este procedimiento arbitral, pero de lo afirmado en el Auto no cabe duda que el objeto contractual, causa y base de las pretensiones de la UTE en el procedimiento arbitral, está afectado por la investigación penal y su resultado, que puede determinar la propia validez del citado contrato y en consecuencia de las obligaciones y consecuencias derivadas, entre otras las consecuencias económicas (indemnizaciones) que puedan reclamarse.

Para el planteamiento de la cuestión de prejudicialidad penal, señalábamós en nuestra sentencia de fecha 22 de marzo de 2019, no es preciso, como cabe colegir del *art. 40 L.E.C.*, que exista una calificación concreta de



los hechos, que, por otra parte corresponderá a las partes en 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, lo que ocurre en el caso presente.

E.- Atendido lo anterior y visto que existen unas actuaciones penales que tienen íntima conexión con la cuestión litigiosa civil sometida a **arbitraje**, y pudiendo ser el resultado de dicha investigación penal determinante de la validez del contrato litigioso, o bien del conjunto de actuación de ACUAMED, en relación con las obras en que se inscribe el contrato litigioso, objeto de **arbitraje**, el tribunal arbitral debió acordar la suspensión del procedimiento de **arbitraje**, una vez llegado éste a la fase de resolución y dictado del Laudo, por ser imperativa la suspensión, vistos los términos del citado art. 40 L.E.C.

Al contravenir dicha norma imperativa, el Laudo dictado es contrario al orden público, por lo que resulta de aplicación el supuesto previsto en el apdo. f) del art. 41.1 LA, lo que conlleva la estimación de la nulidad planteada por la ABOGACÍA DEL ESTADO.

QUINTO.- No cabe duda de que el criterio y decisión de esta Sala se ha visto sustancialmente alterado por lo resuelto por el Tribunal Constitucional, en su sentencia 79/2022, de fecha 27 de junio de 2022, que otorga el amparo a la parte demandada en el presente procedimiento de anulación, declarando la nulidad de nuestra resolución y ordenando dictar otra resolución, que sea respetuosa con los derechos fundamentales reconocidos al demandante de amparo.

En su sentencia, el Tribunal Constitucional reitera su doctrina sobre el orden público y el concreto alcance que tiene la función de la Sala Civil y Penal en el procedimiento de anulación de Laudos arbitrales, señalando:

"... hemos de reiterar 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**. "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)

También, hemos advertido que el motivo previsto en el apartado 1, letra f) del art. 41 LA no permite sustituir el criterio alcanzado por el árbitro por parte de los jueces que conocen de la anulación del laudo, así como que la noción de orden público no puede ser tomada como un cajón de sastre o una puerta falsa -en palabras del propio Tribunal Superior de Justicia de Madrid (sentencia de 21 mayo de 2013)- que permita el control de la decisión arbitral. Por consiguiente, debe subrayarse una vez más que si la resolución arbitral no puede tacharse de arbitraria, ilógica, absurda o irracional, no cabe declarar su nulidad amparándose en la noción de orden público.

Es más, respecto al deber de motivación reiterado en todas ellas que no posee la misma naturaleza en ambos tipos de resolución -judiciales y arbitrales-, porque tratándose de las primeras es una exigencia inherente al derecho a la tutela judicial efectiva ex art. 24 CE; sin embargo, para las resoluciones arbitrales, dicha obligación aparece recogida en el art. 37.4 LA, siempre con la salvedad de que las partes, además, no hayan alcanzado un pacto sobre los términos en que deba pronunciarse el laudo. En las primeras, la motivación forma parte del contenido del derecho fundamental citado. En las segundas es un requisito de exclusiva configuración legal, por lo que resulta indudable que podría ser prescindible a instancias del legislador.

En definitiva, habrá que insistir de nuevo en la idea de que quienes se someten voluntariamente a un procedimiento arbitral tienen derecho, claro está, a que las actuaciones arbitrales sean controladas por los motivos de impugnación legalmente admitidos, pero dicha facultad deriva de la misma configuración legal del **arbitraje** como forma de heterocomposición de los conflictos entre ellos y no del art. 24 CE "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)."

Consecuentemente con lo anterior, fundamenta la aplicación de la doctrina al supuesto enjuiciado en los siguientes términos: "La decisión impugnada es, cuando menos, irrazonable y vulnera el derecho de la demandante a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE). En efecto, como ponen de manifiesto la recurrente y la fiscal, la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en la sentencia de 13 de noviembre de 2019, ahora recurrida, ha anulado un laudo arbitral que, sin reproche formal alguno, entiende sin embargo que es contrario al orden público por no haber suspendido el procedimiento, a la vista de que existían diligencias penales previas abiertas en el Juzgado Central Penal número 6 de Madrid, que pudieran



afectar al contrato de ejecución de obra objeto de **arbitraje**, lo que el órgano judicial traduce en una vulneración del art. 41.1.f) LA por no haber estimado una posible prejudicialidad penal.

Este tribunal advierte que, en el razonamiento de la sentencia anulatoria se expresa solo la discrepancia con la valoración jurídica realizada por el colegio arbitral y, por ello, una vez más, habrá que recordar que la anulación solo puede referirse a errores *in procedendo*, es decir, a la de la inobservancia de las garantías de la instancia arbitral, sin que el juicio revisorio pueda extenderse más allá, y mucho menos entrar en los razonamientos jurídicos del laudo. El debate sobre el contenido de las pruebas practicadas en el proceso arbitral, sobre la eficacia probatoria de las mismas, sobre su fuerza acreditativa, está, en principio, vedado al órgano judicial. Lo mismo cabe decir de la selección de la norma jurídica aplicable, su interpretación y subsunción en ella de los hechos probados, porque es una facultad que le corresponde exclusivamente al colegio arbitral designado por las partes y al que han encomendado, en virtud de su autonomía de la voluntad, la decisión de su controversia, con exclusión de los tribunales de justicia ordinarios.

Por otra parte, coincidimos con la apreciación realizada por la actora y el Ministerio Fiscal, relativa a que la vulneración del derecho fundamental procede de una reiterada interpretación judicial del art. 41.1.f) LA que este Tribunal Constitucional ha considerado lesiva en todas las ocasiones recientes en las que nos hemos debido pronunciar, pues la resolución impugnada no es un pronunciamiento aislado de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, sino uno más de entre otros muchos en los que se ha seguido la misma pauta en relación con el enjuiciamiento de los laudos arbitrales. Tampoco es soslayable -a nuestro juicio- la relevante y general repercusión social o económica de la cuestión que en estos recursos ha suscitado, pues el mantenimiento de la tesis del órgano judicial puede afectar a un gran número de asuntos en los que las partes han acordado someter a **arbitraje** la resolución de sus diferencias, cuando no puede llegar a desincentivar el recurso a este sistema de solución de conflictos ante la eventualidad de que lo decidido por los árbitros a los que hayan acudido las partes en ejercicio de su autonomía de la voluntad, pueda ser objeto de una íntegra revisión en cuanto al fondo por los órganos judiciales, abocando a la inutilidad el referido sistema.

En el supuesto ahora examinado, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid entra en el debate de todas las cuestiones controvertidas, tanto procesales como de fondo, y dentro de estas tanto la comprobación de la adecuación e idoneidad de la fundamentación jurídica que se contiene en el laudo sometido a anulación. Sin embargo, una lectura atenta del laudo permite apreciar que los árbitros por tres veces llegaron razonadamente a la conclusión de que no concurrían los presupuestos exigidos en el art. 40 LEC para declarar la prejudicialidad, toda vez que Acuamed no había aportado prueba alguna, ni razonado de qué forma el pronunciamiento penal podría condicionar la decisión del procedimiento arbitral. Además, subrayaron en todas sus resoluciones que el objeto del **arbitraje** era exclusivamente la adecuación del cumplimiento del contrato a lo pactado por las partes, sin someterse a la valoración de la corte ninguna pretensión económica, sino tan solo técnica. En consecuencia, difícilmente podría existir la conexión necesaria entre el objeto de la investigación criminal y el sometido a **arbitraje**. Añadieron, además, que el auto del juzgado central tan solo les requirió información -a solicitud del fiscal- sobre si se había o no procedido a suspender el procedimiento. Y todos estos razonamientos los han ofrecido hasta en tres ocasiones para fundamentar su decisión de no apreciar la concurrencia de prejudicialidad penal.

En opinión de este tribunal, a diferencia de lo que sucede en el resto de recursos analizados en anteriores ocasiones, la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid utilizando su competencia de velar por el orden público reexamina el supuesto debatido y concluye sin mayor motivación que el colegio arbitral incurrió en una motivación irrazonable al no suspender el procedimiento a la vista de un auto y de un oficio del Juzgado Central Penal número 6 en el que tan solo -a instancias del fiscal- se le requería información sobre si había procedido a suspenderlo.

Como puede apreciarse, el razonamiento de la sentencia de anulación expresa en realidad tan solo una mera discrepancia en la valoración que el colegio arbitral ha realizado, habiéndose producido un exceso en el enjuiciamiento de la decisión arbitral por parte del órgano judicial, que resulta contraria al art. 24 CE, dado el ensanchamiento del concepto de "orden público" que se realiza en las resoluciones impugnadas para apreciar los requisitos de la prejudicialidad penal, lo que pertenece en esencia solo a los árbitros, desborda el alcance de la acción de anulación y desprecia el principio de autonomía de la voluntad de las partes que se someten al proceso arbitral (arts. 24 y 10 CE).

Por consiguiente, una vez determinada la inadecuación de la motivación contenida en las resoluciones impugnadas, en relación con los límites propios de la acción de anulación del laudo, procede otorgar el amparo y reconocer el derecho de la recurrente a la tutela judicial efectiva sin indefensión, por lesión del art. 24 CE, debiéndose retrotraer las actuaciones al momento anterior a dictarse la sentencia de 8 de noviembre de 2019, recaída en el procedimiento de anulación de laudo arbitral número 23-2019, examinado en la presente



resolución, para que por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid se proceda a dictar una nueva resolución que resulte respetuosa con el derecho fundamental vulnerado."

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 los derechos fundamentales reconocidos.", poca, por no decir ninguna libretar resta a este Tribunal para resolver la cuestión demandada, más que, apreciando, como así lo afirma el Tribunal Constitucional, que el árbitro motivó porqué 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, que no considera el Tribunal Constitucional que pueda ser tachada como arbitraria, ilógica absurda o irracional, por lo que no cabe declarar su nulidad amparándose en la noción de orden público, 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 y 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 17 de enero de 2019, por la CORTE CIVIL Y MERCANTIL DE **ARBITRAJE** de Madrid (CIMA), en el Expediente nº 901, 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.- En Madrid, a diecinueve de mayo 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 23/2019.

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

Sr. Abogado del Estado.

Demandado: FCC CONSTRUCCIÓN, S.A.-FCC ÁMBITO, S.A., UNIÓN TEMPORAL DE EMPRESAS (UTE EBRE-FLIX)

Procurador/a: D. Arturo Romero Ballester.

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.

Como la Sentencia hace constar, el Laudo Final que en su día fue objeto de enjuiciamiento por esta Sala, de 17 de enero de 2019, *desestimó la cuestión prejudicial penal planteada*, y acordó: declarar que la UTE ha cumplido con sus obligaciones contractuales de dragado y descontaminación del lecho del embalse, de acuerdo con las instrucciones decretadas por la Dirección de Obra; declarar que la depuración de las aguas confinadas en el embalse no formaba parte del objeto del Contrato; declarar que del objeto del Contrato únicamente quedaron pendientes de ejecución por FCC CONSTRUCCIÓN, S.A. - FCC ÁMBITO, S.A., UNIÓN TEMPORAL DE EMPRESAS- los trabajos que el fallo identifica; declarar que ACUAMED decretó sin causa justificada la suspensión de las obras por un plazo superior a 180 días, en contravención de la cláusula 21 del Contrato, permitiendo a FCC CONSTRUCCIÓN, S.A. - FCC ÁMBITO, S.A., UNIÓN TEMPORAL DE EMPRESAS resolver el Contrato al amparo de la cláusula 37.5.2; y **condenar a ACUAMED a indemnizar a FCC CONSTRUCCIÓN, S.A. -FCC ÁMBITO, S.A.,**

UNIÓN TEMPORAL DE EMPRESAS la suma de EUR 1.765.364 por los perjuicios ocasionados, al amparo de las cláusulas 37.5 y 37.11 del Contrato.

Importa destacar desde el primer momento que es evidente de toda evidencia que **el Laudo sí contiene pronunciamientos de condena y resuelve sobre pretensiones económicas : no se limita a analizar cuestiones técnicas sobre el grado de cumplimiento del Contrato, como, sin duda con palmaria inadvertencia, asevera el párrafo cuarto del FJ 3º de la STC 79/2022**, de 27 de junio, anudando los árbitros -añade la STC- a tal circunstancia - **prima facie, inexistente** - la consecuencia jurídica de que " *difícilmente podría existir la conexión necesaria entre el objeto de la investigación criminal y el sometido a arbitraje*".

Vaya por delante, pues, que esa dificultad para establecer la conexión necesaria entre el objeto de investigación criminal y el sometido a **arbitraje** se sustenta en un hecho -que el Laudo se limita a analizar cuestiones técnicas- sencillamente inexistente.

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 -16 de mayo de 2023.

Unas, las más fundamentales, son de naturaleza dogmática, y tienen que ver tanto con la incidencia de la STC 79/2022 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.(i) De entrada, no creo que la STC 79/2022, de 27 de junio, 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 un control externo de la existencia de dicha motivación**, que no considera el Tribunal Constitucional que pueda ser tachada como arbitraria, ilógica absurda o irracional, por lo que no cabe declarar su nulidad amparándose en la noción de orden público, resulta procedente la desestimación de la demanda".

Dicho muy claramente: la STC 79/2022 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 han sido objeto de análisis por la Sentencia constitucional: esto es algo tan evidente que debería resultar ocioso hacerlo constar. A lo que cabe añadir que la Sentencia constitucional no enjuicia, en rigor no puede hacerlo, la motivación del Laudo.

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, limitándonos a discrepar de la valoración de la prueba efectuada por el colegio arbitral sobre la concurrencia de los presupuestos fácticos de la pre-judicialidad penal -FJ 3º STC 79/2022-, 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 dictemos una nueva Sentencia respetuosa con el derecho a la tutela judicial efectiva, a la vez que argumenta en el FJ 3 sobre el exceso de nuestra motivación para anular el Laudo: en él reprocha a esta Sala "que exprese solo la discrepancia con la valoración jurídica realizada por el colegio arbitral", y nos recuerda, a renglón seguido, " que la anulación -desde el punto de vista de la infracción del orden público- solo puede referirse a errores in procedendo, es decir, a la inobservancia de las garantías de la instancia arbitral, sin que el juicio revisorio -sic- pueda extenderse más allá, y mucho menos entrar en los razonamientos jurídicos del laudo. El debate sobre el contenido de las pruebas practicadas en el proceso arbitral, sobre la eficacia probatoria de las mismas, sobre su fuerza acreditativa, está, en principio, vedado al órgano judicial".



Y añade ese mismo FJ 3º :

" En el supuesto ahora examinado, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid entra en el debate de todas las cuestiones controvertidas, tanto procesales como de fondo, y dentro de estas tanto la comprobación de la adecuación e idoneidad de la fundamentación jurídica que se contiene en el laudo sometido a anulación. Sin embargo, una lectura atenta del laudo permite apreciar que los árbitros por tres veces llegaron razonadamente a la conclusión de que no concurrían los presupuestos exigidos en el art. 40 LEC para declarar la prejudicialidad, **toda vez que Acumed no había aportado prueba alguna, ni razonado de qué forma el pronunciamiento penal podría condicionar la decisión del procedimiento arbitral** ". El énfasis es mío.

Mas, como tendremos ocasión de ver y seguramente no acertamos a expresar en su día, lo que esta Sala apreció en la Sentencia 43/2019 y este Magistrado sigue observando es que **malamente podemos limitarnos a discrepar de una valoración probatoria sobre las premisas fácticas de la prejudicialidad penal que lisa y llanamente no tiene lugar en el Laudo impugnado** : el colegio arbitral, cierto es, afirma repetidamente que ACUAMED no ha probado la existencia de ese óbice procesal, pero lo hace **sin el menor análisis de la prueba aportada al respecto -prueba que a todas luces sí existe** . Y no me cabe duda, por lo ya dicho y por lo que habré de decir a continuación, que esta Sala tiene la obligación de verificar si esa valoración probatoria se ha producido, y también tiene el deber de garantizar que el Laudo observe reglas imperativas como las que en este caso aparecen concernidas.

(ii) Esto me lleva a efectuar una precisión a modo de acotación, que ya he tenido ocasión de reiterar en otras ocasiones: la afirmación de la STC 79/2022, como la de la STC 17/2021, sobre que el orden público concierne a vicios *in procedendo* ha de conciliarse con otras afirmaciones no menos categóricas y expresas de esa misma jurisprudencia constitucional, a saber: que el laudo infringe el orden público y puede ser anulado por tal razón si su motivación es arbitraria, ilógica, incurra en error patente o meramente aparente -vicios *in iudicando*-, como también es preceptiva esa anulación si el laudo infringiera normas imperativas -cfr., v.gr., **SSTC 46/2020, FJ 3º in fine ; 17/2021, FJ 2 º ; 65/2021, FJ 6 º ; y 50/2022 , FJ 3º** *expressis verbis*.

Dicho en términos más generales: en un momento de aplicación al caso más que de enunciación de doctrina general, afirma la STC 17/2021 que " *la anulación solo puede referirse a errores in procedendo y no puede conducir a revisar la aplicación del derecho sustantivo por los árbitros*" (FJ 3º), lo que repite, de nuevo en sede de aplicación al caso de una doctrina general previamente expuesta, la STC 79/2022. Ese aserto, resulta obvio, no puede entenderse de un modo general puesto que está emitido en referencia a las garantías procedimentales de la instancia arbitral -que el TC menciona acto seguido: es evidente que vicios *in iudicando* son motivos expresos de anulación en la Ley de Arbitraje (v.gr., la incongruencia omisiva y por *extra petitum*), así como el déficit de motivación constitucionalmente relevante.

Añade la STC 17/2021, como la STC 79/2022, en este momento de aplicación al caso de su doctrina general, que " *le está vedado al órgano judicial revisar la prueba realizada por los árbitros o la valoración de la misma*" (FJ 3º); dicho sea en el bien entendido, claro está, de que, como también asevera el Tribunal Constitucional, esa valoración de la prueba no conculque, por su irracionalidad o arbitrariedad, el derecho mismo a valerse de los medios de prueba pertinentes para la defensa u otro derecho fundamental... De ahí que el Tribunal Constitucional, de forma expresa, afirme que la Sala que conoce de la acción de anulación haya 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 existente** .

Por lo demás, resulta igualmente evidente que, en términos puramente dogmáticos, no se puede contraponer vicio *in procedendo* con la infracción al laudar del orden público material, que es motivo autónomo y distinto de anulación, y que el propio Tribunal Constitucional admite y define, sin que su preservación entrañe " *la revisión de la aplicación del Derecho por los Árbitros*" que resulta vedada por la jurisprudencia constitucional.

Es paradigma de lo que vengo diciendo -que el orden público procesal incluye vicios *in procedendo* e *in iudicando*, al margen del contenido del orden público material, el siguiente párrafo conclusivo del FJ 2º de la **STC 17/2021** -repetido por el FJ 3º *in fine* de las SSTC 65/2021 y 50/2022:

"La acción de anulación, por consiguiente, solo puede tener como objeto el análisis de los posibles errores procesales en que haya podido incurrir el proceso arbitral, referidos al cumplimiento de las garantías fundamentales, como lo son, por ejemplo, el derecho de defensa, igualdad, bilateralidad, contradicción y



prueba, o cuando el laudo carezca de motivación, sea incongruente, infrinja normas legales imperativas o vulnere la intangibilidad de una resolución firme anterior".

Pues bien, la *ratio decidendi* constitucional es nuestro exceso de enjuiciamiento; no es *ratio* de la Sentencia constitucional, claro está, el eventual acierto del colegio arbitral al desestimar una cuestión prejudicial que el propio Tribunal Constitucional califica como cuestión de legalidad ordinaria.

No obstante, en este punto 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.

Digo esto porque la inobservancia de la prejudicialidad penal en el proceso civil, sea éste jurisdiccional o arbitral, entraña la infracción de normas imperativas - arts. 10 LOPJ y 40 LEC- y supone, además, asumir el riesgo de que se dicten resoluciones firmes abiertamente contradictorias sobre la existencia o validez de unos mismos hechos, o sobre hechos distintos pero en que unos sean antecedentes lógicos de otros.

(iii) Con estas primeras reflexiones quiero destacar lo siguiente: pese al defecto que se atribuye a la argumentación de nuestra Sentencia 43/2019 -v.gr., en el reseñado FJ 3º de la STC 79/2022-, del que como firmante de la misma soy corresponsable, **lo que resulta innegable, a mi juicio, es que esta Sala está, más que habilitada, obligada 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 ambos 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** ; y **65/2021** , **FFJJ 5º y 6º**, *expressis verbis*. Y ya hemos visto que dentro de ese examen se incluye comprobar que haya habido una actividad probatoria 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 el Tribunal de anulación estar llamado a "**controlar la razonabilidad del discurso que une la actividad probatoria y el relato fáctico que de ella resulta**" (**STC 65/2021** , FJ 5º).

Es inobjetable, lo reitero, 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 .

La Sentencia mayoritaria, en realidad, se limita a postular que, una vez verificado que el Laudo está motivado, nada más cabe decir al respecto; lo único que cabría hacer es comprobar de un modo puramente formal o externo que existe motivación. Dice la Sentencia, sí, que el discurso del Laudo no es ni irracional ni arbitrario -acudiendo a lo que dice el TC-, pero sin entrar a examinar la patente falta de valoración probatoria en que incurre.

¿No es nuestra misión entonces, de acuerdo con la propia jurisprudencia constitucional, fiscalizar si se han infringido reglas imperativas?



¿Tampoco es nuestra misión comprobar el error patente en la valoración probatoria, como cuando se dice que se valora la prueba y clamorosamente no se hace? ¿O cuando se entiende por valoración de la prueba lo que, a todas luces, no es tal?

¿Tiene sustento en la doctrina constitucional excluir de nuestra fiscalización el que la motivación del Laudo sea aparente, no exista o simplemente sea arbitraria?

Porque si, en la práctica, nos hemos de limitar a comprobar de una manera formal y externa que existe motivación, sea ésta cual fuere - *quod non*-, entonces no sé de qué modo podemos amparar los derechos fundamentales del justiciable que se somete a **arbitraje** y la observancia en su seno de los preceptos y principios constitucionales...

Un entendimiento semejante de la jurisprudencia TC aboca a una conclusión inexorable en términos estrictamente lógicos: que la afirmación, reiterada con toda solemnidad, de que en el **arbitraje** también impera la interdicción de la arbitrariedad y la salvaguarda de los derechos, preceptos y principios constitucionales, sustantivos y procesales, a través de la cláusula del orden público, es una pura entelequia en España, es " *quimérica o irreal*", en adjetivos del TEDH cuando reprueba todo lo que no sea una tutela eficaz, verdaderamente efectiva de los derechos fundamentales que consagra el CEDH. Esa tutela queda entonces reducida, insisto, en la práctica, a una mera " *cláusula de estilo*", cuando los tribunales competentes limitan su capacidad de actuación a una absurda verificación de que el Laudo tiene motivación -digo, absurda, porque bastaría con una comprobación semejante a la formal o externa de que existe título ejecutivo para despachar ejecución-; conclusión, obvio es decirlo, que convierte en no menos absurda la previsión legislativa de una acción de anulación con demanda y contestación escritas, fase de prueba, posible celebración de vista...

Como ya he dicho en alguna otra ocasión más *in extenso*, no se debe pretender la *cuadratura del círculo*, o, más radicalmente, si cabe: no se puede pretender obviar el *principio lógico de no contradicción*, como sucede cuando se afirma una cosa y su contraria, como si ambas pudieran ser a la vez esencialmente ciertas...

Y es que, como también he reiterado, precisamente para evitar aporías insolubles, que conducen a la inanidad en la defensa de la Constitución y del **arbitraje** mismo como institución dotada de la debida credibilidad, considero posible y del todo necesaria una lectura integradora de la jurisprudencia constitucional, pues ella misma acota ciertos asertos muy restrictivos con otros, más concretos, que matizan las aseveraciones que consigna la Sentencia de que discrepo; asertos que no pueden analizados de forma aislada, desconectada del conjunto argumentativo de las Sentencias constitucionales.

No merece la pena detenerse más ahora en argumentar en pro de una realidad que, por más que 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, dicho esto, ***si no hemos acertado a expresar dónde radica la arbitrariedad motivadora del tribunal arbitral en nuestra primera Sentencia, nada excusa que dejemos de hacerlo en la siguiente subsanando así 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 últimas consideraciones otras de mayor calado: creo que el análisis efectuado en nuestra Sentencia 43/2019, de 8 de noviembre -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 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.

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 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 pueda llegar a 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 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 en el seno de la jurisdicción penal.

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.

Y aún he de añadir -no precisamente *ex abundantia*- 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, excepción hecha del Ministerio Fiscal, 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).

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 media 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 y ejecución del *Contrato de 29 de abril de 2008*.

3. Quiero resaltar, asimismo, algo que estimo evidente y en lo que es preciso incidir -no consta ex profeso en nuestra Sentencia 43/2019-, 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 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 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 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 -como fruto del avance de la investigación- que reafirme o no el parecer del Instructor, ya manifestado en su **Auto de 16 de marzo de 2017**, sobre el alcance de su investigación en las Diligencias 24/2015, 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

1. La aplicación de los precedentes postulados al caso presente pasa por rememorar, en primer lugar, la argumentación que hicimos en nuestra Sentencia 43/2019, de 8 de noviembre, para justificar la concurrencia de prejudicialidad penal. Dijimos en el FJ 4º.C de la precitada Sentencia:

" En el caso presente, lo que fue planteado por la parte actora en tiempo y forma ante la CORTE CIVIL MERCANTIL DE **ARBITRAJE** (CIMA), por la parte demandante se advirtió de que el contrato relativo a la "ELIMINACIÓN DE LA CONTAMINACIÓN DEL EMBALSE DE FLIX", que es objeto de la demanda de **arbitraje**, está, siendo penalmente investigado por el *Juzgado Central de Instrucción nº 6 de Madrid, que al efecto tiene incoadas las diligencias previas 24/2015.*

*La realidad de dicha circunstancia queda acreditada a la vista del **Auto de fecha 16 de marzo de 2017, que remite el Juzgado Central de Instrucción nº 6 de Madrid**, y el correspondiente oficio -de la misma fecha-, dirigido al CIMA y que obra en el presente expediente.*

*Dicho Auto da respuesta a la solicitud del Sr. Abogado del Estado, en el que se solicita se requiera a la Corte Civil y Mercantil de **Arbitraje** de Madrid, para que se abstenga de conocer los procedimientos 875 y 901, por existir prejudicialidad penal con respecto a las diligencias previas, que se siguen en dicho Juzgado de Instrucción Central.*

En concreto y respecto al procedimiento arbitral que nos atañe, el nº 901, planteado por "FCC CONSTRUCCIÓN,S.A.- FCC ÁMBITO, S.A, UNIÓN TEMPORAL DE EMPRESAS, LEY 18/1982, DE 26 DE MAYO" (UTE EBRE-FLIX),se reclama de ACUAMED, entre otros pronunciamientos de naturaleza declarativa acerca del cumplimiento del contrato que liga a la parte demandante con la demandada ACUAMED, y entre ellos que "se declare que ACUAMED ha incumplido sus obligaciones contractuales, impidiendo a la UTE EBRE-FLIX la continuación de los trabajos pendientes de ejecución ya que la misma precisaría que ACUAMED hubiera adoptado una decisión en relación con la depuración de las aguas.", la condena, entre otros pronunciamientos a 'indemnizar a la UTE EBRE-FLIX por los daños y perjuicios ocasionados por el incumplimiento del Contrato;

El citado Auto, acogiendo el informe del Ministerio Fiscal, establece que: 'Efectivamente estos puntos litigiosos a resolver fuera del proceso guardarían relación con el objeto de la investigación penal, coincidiendo la naturaleza y las circunstancias de la controversia con aspectos esenciales de la investigación penal'.

Y sigue diciendo el Auto: "En consecuencia, el Fiscal entiende que lo que procede es comunicar con la debida reserva, a la Corte Civil y Mercantil Arbitral, la existencia del presente procedimiento que se sigue en la actualidad por hechos que pudieran ser constitutivos de delitos de prevaricación, tráfico de influencias, malversación de caudales públicos, fraude, falsificación de documentos públicos, e integración en organización criminal, sin perjuicio de ulterior calificación, teniendo por objeto la investigación unas concretas actuaciones en obras de ACUAMED, entre las que se encuentran las obras a las que se refieren los procedimientos arbitrales nº... y 901, requiriendo a la Corte para que comunique si, dentro del ámbito de sus competencias, se ha procedido o no a la suspensión del procedimiento arbitral."

A tal efecto se remitió a CIMA, el oportuno oficio de fecha 16 de marzo de 2017 "

En el Oficio de 16 de marzo de 2017 se dice literalmente:



"En virtud de lo acordado en resolución del día de la fecha (y que por copia se acompaña) dictada en el procedimiento arriba señalado que se tramita en este Juzgado, dirijo a V.I. el presente **a fin de hacerles saber** la existencia del presente procedimiento que se sigue en la actualidad por hechos que pudieran ser constitutivos de delitos de prevaricación, tráfico de influencias, malversación de caudales públicos, fraude, falsificación de documentos públicos, e integración en organización criminal (sin perjuicio de ulterior calificación), teniendo por objeto de investigación unas concretas actuaciones en obras de ACUAMED, entre las que se encuentran las obras a que se refieren sus procedimientos arbitrales nº 874 y 901, **requiriéndole** al propio tiempo para que comunique si, dentro del ámbito de sus competencias, se ha procedido o no a la suspensión del procedimiento arbitral".

Los énfasis son del propio texto.

El Auto que da pie al Oficio, como ya constató esta Sala, asume íntegramente los argumentos del Fiscal en su Informe de 14 de marzo de 2017 para concluir en los términos expuestos: que los puntos litigiosos a resolver en el **Arbitraje** guardan relación con el objeto de la investigación penal **coincidiendo la naturaleza y las circunstancias de la controversia con aspectos esenciales de la investigación penal** .

Téngase en cuenta que este Auto lo es en respuesta a un escrito de 8 de marzo de 2017 de la Abogacía del Estado, actuante en representación y defensa de ACUAMED, dando cuenta al Juzgado de Instrucción de la prosecución de dos **arbitrajes** que se estaban ventilando ante CIMA, entre ellos el Expediente nº 901 del que trae causa las presentes actuaciones, informando de su contenido.

¿Cómo es posible que el Laudo no haga referencia **en absoluto** al Auto que, por Oficio, remite el Instructor a la Corte de **Arbitraje**?

Además ACUAMED ya había aportado - **doc. 2** de la demanda de anulación- *con su escrito de contestación a la solicitud de arbitraje* los **oficios de 7 de marzo de 2016 y de 10 de mayo de 2016, del Juzgado Central de Instrucción nº 6** , en el marco de las diligencias previas/procedimiento abreviado 24/2015 . Estos oficios del órgano jurisdiccional del orden penal acreditaban ya entonces que el contrato que era objeto de la solicitud de **arbitraje** ante la Corte Civil y Mercantil de **Arbitraje** (CIMA), estaba siendo investigado, en fase de Diligencias Previas, ante el Juzgado Central de lo Penal número 6 de la Audiencia Nacional

Pero, volvamos a lo esencial: **hay silencios que son clamorosos; tal es el caso del absoluto silencio del Laudo impugnado sobre el alcance de lo que el JCI nº 6 le hace saber por Auto de 16 de marzo de 2017** -un año después de haberse iniciado el **arbitraje** y dos años después del inicio de la investigación por el Instructor.

Ese silencio resulta tan inexplicable como injustificado, por lo que enseguida diré; mas debo insistir en que el Laudo, que sí dedica unas cuantas páginas a tratar genéricamente sobre lo que legalmente es la prejudicialidad penal, no hace sino reiterar hasta la saciedad que no se aporta prueba sobre las premisas fácticas de esa invocada prejudicialidad, pero lo hace al modo de un *ita ius esto*, como un axioma que hubiera de aceptarse sin más, cuando resulta evidente de toda evidencia el silencio clamoroso, inexplicable, del Colegio Arbitral sobre el material probatorio de que acabo de dar cuenta, y del que esta Sala ya dio cuenta en su día (FJ 4º.C de la anulada Sentencia 43/2019).

El proceder que evidencia el Laudo puede resumirse así: digo que no hay prueba de la prejudicialidad penal alegada, pero ni analizo la que se me aporta, ni explico por qué no la analizo .

A semejante modo de argumentar el Tribunal Constitucional lo ha venido calificando, desde siempre, como *motivación aparente o apariencia de motivación*, paradigmáticamente conectada cuando no asimilada al puro voluntarismo del discurso; discurso que en tales condiciones no puede ni debe ser calificado de "*razonamiento*" -cfr. RAE, segunda acepción. Voluntarismo que consiste en la mera emisión de una declaración de voluntad, en ignorar premisas de análisis existentes o, al revés, en fundar la motivación en premisas inexistentes... Ese modo de argüir no satisface, por arbitrario, los más elementales postulados de tutela efectiva a que el justiciable tiene derecho; no tengo la menor duda de que este Tribunal está llamado a reparar esa absoluta carencia de motivación en pro de la interdicción de la arbitrariedad (v.gr., entre muchas, SSTC 65/2021, de 15 de marzo, FJ 6º; 63/2021, de 15 de marzo, FJ 3º; y 38/2018, de 23 de abril, FJ 4º).

¿Cómo puede esta Sala discrepar o haber discrepado de una valoración jurídica que a todas luces no existe? Valorar la concurrencia de las premisas fácticas de la prejudicialidad penal -aun con los límites supra señalados- no es afirmar axiomáticamente que no se han acreditado esas premisas sin la menor alusión a los elementos de prueba aportados a la causa arbitral .

Veamos con algún detalle el alcance del silencio, del déficit de motivación que constato y repruebo.

¿Qué significa, con el diccionario de la RAE en la mano, esto es, del modo más objetivo posible, la afirmación del Juez Central de Instrucción nº 6 en su Auto de 16 de marzo de 2017 de que "*la naturaleza y las circunstancias de la controversia (arbitral) coincide con aspectos esenciales de la investigación penal*"?



Esa locución significa que la naturaleza de la controversia civil, esto es, su cualidad esencial o el conjunto propiedades a ella inherentes que permiten juzgar su valor (alcance y significación) coincide con aspectos esenciales, es decir, con los rasgos que definen o identifican el objeto de la investigación criminal en curso. Lo que dice, sin lugar a dudas, el Instructor en el precitado Auto es que **en lo sustancial y en lo accidental -o circunstancial- la controversia sometida a arbitraje coincide, se corresponde, conforma o confunde con lo que en esencia es objeto de la investigación criminal -al menos de parte de esa investigación, de ahí la referencia que hace el Instructor a "aspectos de la misma" .**

¿Puede decir más el Magistrado Instructor sin vulnerar el secreto sumarial que presidía las DP 24/2015 ex arts. 301 y 302 LECrim?

2. Y frente a lo anterior no cabe argüir, con el menor fundamento, que el Laudo sí razona -§§ 76 y ss.-, el alcance jurídico del *Acuerdo resolutorio de 24 de mayo de 2018*, por el que las Partes solo dejaban pendiente de determinar en el **arbitraje** la causa de la resolución y a quién era imputable el incumplimiento del contrato, con las consecuencias económicas correspondientes; el Laudo entiende, de un modo en verdad inexplicable, que " esa resolución pactada confirmaría la validez del Contrato originario, purificándolo de los vicios de que adoleciese desde el momento de su celebración (art. 1313 CC)".

Pero insisto: la referencia a ese Pacto resolutorio parcial, además de que se asienta sobre una premisa insostenible en Derecho, no significa analizar la eventual influencia de la investigación criminal sobre la decisión de la controversia civil sometida a **Arbitraje**, ni supone valorar el acervo probatorio obrante en autos sobre tal cuestión: lo que el Laudo hace con esas consideraciones sobre el alcance de ese *Pacto resolutorio* es, con manifiesta inobservancia de reglas imperativas, atribuir a la voluntad común de las partes **sobre un aspecto parcial de su relación contractual** -como lo demuestra la subsistencia misma de la controversia que se somete **arbitraje**-, la virtualidad de prevalecer sobre las exigencias de una prejudicialidad penal acerca de cuya existencia, propiamente dicha, **el Laudo no efectúa el menor análisis** . Es evidente que la autonomía de la voluntad no puede sobreponerse a las previsiones, imperativas, de los arts. 10.2 LOPJ y 40 LEC.

Y ello por no abundar en el absurdo que supone, en buena lógica jurídica, atribuir los efectos que se atribuyen a ese pacto resolutorio, cuando sigue subsistiendo una controversia civil autónoma, que es de la que se predica y pretende la prejudicialidad penal. Digo esto como si asumiese la lógica discursiva del Laudo - *quod non* - para poner en evidencia el absurdo a que conduce. Pero lo cierto es que incluso ese Pacto resolutorio pudiera verse afectado por el proceso penal, si éste acordase, como podría suceder, la nulidad del *Contrato de 29 de abril de 2008*, ese que se dice sanado por el Pacto resolutorio.

La extensión de los argumentos del Laudo sobre la prejudicialidad penal a que también se refiere *in genere* la STC 79/2022, es meramente aparente: cita los preceptos legales implicados, efectúa reseñas jurisprudenciales de carácter general y reitera hasta la saciedad que ACUAMED no prueba los presupuestos de la prejudicialidad penal -§§ 58 a 72-, pero sin el menor análisis de la prueba obrante en el Expediente al respecto, y en particular del Auto del JCI nº 6 de 16 de marzo de 2017. Se refiere el Laudo, sí, a otros argumentos colaterales de ACUAMED como el referente al art. 1305 CC -§§ 73 a 75-; invoca el Tribunal Arbitral -en los términos ya expuestos- el significado jurídico que atribuye al Acuerdo resolutorio de 2018 -§§ 76 a 83-; se refiere genéricamente a que, en cuanto al fondo, verificará el carácter espurio o no de las declaraciones de ciertos testigos -§§ 87 a 88-; y justifica la improcedencia de atender a la petición de ACUAMED de que el Tribunal Arbitral se dirija al Instructor para ilustrarse sobre los hechos -§§ 87 a 91-... Hace memoria asimismo el Tribunal Arbitral de lo por él resuelto, con idéntica generalidad, en sus Resoluciones de 27.12.2017 y 12-03.2018 -§§ 92 a 99- para concluir que no consta a qué efectos concretos el Contrato de obra suscrito entre las partes está siendo objeto de investigación penal y cuál sea el enlace preciso de los hechos objeto del proceso penal con este **arbitraje** -§99-. Y se queja el Tribunal Arbitral -§ 100- de que " *le resulta imposible conocer el objeto concreto y alcance de la instrucción que se está llevando a cabo, y mucho menos valorar la vinculación del proceso penal con la pretensiones planteadas en el presente arbitraje* y la eventual influencia que el proceso penal podría tener en el Laudo"

Solo una breve acotación añadida a lo expuesto: es particularmente claro que la apreciación de si concurre o no prejudicialidad penal tiene que conciliarse con el hecho de que la causa penal esté en fase de instrucción y bajo la reserva propia del secreto sumarial.

Pues bien, todo esto, que no es valoración probatoria, sino afirmación axiomática de falta de prueba, se dice sin analizar, ni siquiera citar, el Auto de 16 de marzo de 2017, donde, como hemos visto, el Instructor, *dentro de los límites a que le autoriza el secreto sumarial* , proclama abiertamente **la sustancial coincidencia de lo debatido en el procedimiento arbitral con el objeto de la investigación criminal por plurales delitos** -prevaricación, malversación de caudales públicos, fraude, tráfico de influencias, falsedad documental, pertenencia a organización criminal-, **y que recae, entre otros, sobre el Contrato litigioso en sede arbitral** .



3. En suma y volviendo a lo más esencial: pende una investigación criminal sobre un Contrato de obra respecto del que, en vía civil y en sede arbitral, se ha pretendido y obtenido la declaración sobre la pertinencia de su resolución con indemnizaciones de daños derivadas de los incumplimientos de ACUAMED. Un hecho investigado -más allá de la persona o personas concernidas- es el Contrato mismo desde su origen, como también lo son 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 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 29 de abril de 2008 y en su incumplimiento por ACUAMED. Esa validez, tal y como se sigue de los elementos de prueba obrantes en la causa -el Auto de 16 de marzo de 2017-, está puesta en cuestión por la investigación criminal, pues, como hemos visto, sus aspectos esenciales coinciden con lo esencial y circunstancial de la causa civil.

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 supra § II.1. Concorre, pues, la causa de anulación del art. 41.1.e) LA

4. Añádase a lo anterior que el Laudo también vulnera el orden público por el radical déficit de motivación del acervo probatorio al que ya me he referido.

Cumple reiterar aquí que el Tribunal Constitucional, de forma expresa, afirma 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).

Insisto de nuevo: me parece inobjetable 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 existente .

En definitiva, no se puede dudar con el debido fundamento de que el Tribunal Constitucional mantiene claramente que la arbitrariedad o la inexistencia de motivación -que comprende la motivación aparente- sí integran el orden público procesal: con independencia de cuál sea el fundamento constitucional y/o legal del deber de motivación del Laudo no es dable cuestionar, con la jurisprudencia constitucional en la mano, que la arbitrariedad, la sinrazón, el error patente, la contravención de las reglas de la lógica, la falta radical de motivación, la motivación aparente y/o la motivación infractora de normas imperativas al laudar constituyen infracción del orden público.

Lo repito: no es dable olvidar que el TC, en referencia expresa a *la infracción del orden público como causa de anulación de los laudos arbitrales* -son palabras de la rúbrica, v.gr., del FJ 3 STC 65/2021, afirma de modo taxativo -v.gr., FJ 3º in fine STC 65/2021:

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

Pues bien: si hemos de verificar, como dice el Tribunal Constitucional, **la razonabilidad del discurso que une la actividad probatoria y el relato fáctico que de ella resulta**, no es razonable un discurso que declara no probadas las premisas de hecho de la prejudicialidad penal sin referencia a actividad probatoria alguna que avale tal conclusión y sin valorar en absoluto la existencia en el expediente arbitral de un Auto del JCI nº 6, emitido expresamente en relación con la existencia de prejudicialidad penal, que literalmente patentiza -sin necesidad de elucubración alguna- una conclusión contraria a la que ha sostenido el Tribunal Arbitral.

5. En suma: el Laudo objeto de las presentes actuaciones debe ser anulado, sí, porque no aprecia la concurrencia de prejudicialidad penal con razonamientos que incurren en motivación aparente, a la par que en arbitrariedad por sinrazón lógica: no media el menor discurso, ni razonable ni no razonable, que una la prueba obrante en autos a la declaración como no probadas de las premisas fácticas de la prejudicialidad penal. Una motivación tal del Laudo, solo en apariencia existente, infringe *per se* el orden público ex SSTC 17/2021 y 65/2021.



Y ello teniendo presente que para ser suficiente la motivación del Laudo hubiera bastado que se limitase a la verificación lógica, casi externa por así decir, de una realidad virtual: que lo que se resuelve en el proceso penal puede 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. Así tiene que ser, con la singularidad reseñada supra **I.1.(iii) in fine** , en casos como el presente en que la investigación criminal se halla en fase de instrucción y bajo secreto sumarial; casos en que es obligado sostener que se lenifican 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...

En congruencia con lo que digo sucede también, en segundo lugar y **de modo capital** , que la prueba obrante en el expediente arbitral y no ponderada por el propio Laudo revela que *in casu* concurrían 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 que 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.

6. 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 que 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.

Participo de las razones en su día expuestas en nuestra anulada Sentencia 43/2019 -FJ 5º- 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 17 de enero de 2019 por la CORTE CIVIL Y MERCANTIL DE **ARBITRAJE** de Madrid (CIMA) en el Expediente nº 901; 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 18 de mayo de 2023

Fdo. Jesús María Santos Vijande