



Roj: **STSJ M 10765/2023 - ECLI:ES:TSJM:2023:10765**

Id Cendoj: **28079310012023100370**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **19/09/2023**

Nº de Recurso: **12/2023**

Nº de Resolución: **31/2023**

Procedimiento: **Nulidad laudo arbitral**

Ponente: **JESUS MARIA SANTOS VIJANDE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid

Domicilio: C/ General Castaños, 1 - 28004

Teléfono: 914934850,914934750

31001590

NIG: 28.079.00.2-2023/0068707

Procedimiento: **Asunto Civil 12/2023 (NLA 7/2023).**

Demandante: RENFE-Operadora Entidad Pública Empresarial (RENFE).

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

Demandados:

1. ENTIDAD PÚBLICA ESTATAL ADMINISTRADOR DE INFRAESTRUCTURAS FERROVIARIAS (ADIF).

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

2. COBRA INSTALACIONES Y SERVICIOS INTERNACIONAL, S.L. (COBRA) -actualmente denominada ACS SERVICIOS, COMUNICACIONES Y ENERGÍA, S.L. (ACS).

Procurador/a: D. Federico Pinilla Romeo.

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

Procurador/a: D^a. Raquel García Olmedo.

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

Procurador/a: D. Manuel Sánchez-Puelles.

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

Procurador/a: D. Manuel Sánchez-Puelles.

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

Procurador/a: D^a. Raquel García Olmedo.

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

Procurador/a: D. Manuel Sánchez-Puelles.

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

Procurador/a: D. Manuel Sánchez-Puelles.

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



Procurador/a: D^a. Felisa María González Ruiz.

10. OBRASCÓN HUARTE LAÍN, S.A. (OHLA).

Procurador/a: D. Ramón Rodríguez Nogueira.

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

Procurador/a: D. Manuel Sánchez-Puelles.

SENTENCIA N° 31 /2023

Excmo. Sr. Presidente:

D. Celso Rodríguez Padrón

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. José Manuel Suárez Robledano

D. Jesús María Santos Vijande

En Madrid, a 19 de septiembre del dos mil veintitrés.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 22 de febrero de 2023 se presentó vía lexnet la demanda formulada por la Procuradora de los Tribunales D^a. Gloria Teresa Robledo Machuca, en nombre de **RENFE-OPERADORA ENTIDAD PÚBLICA EMPRESARIAL (en adelante, RENFE)**, ejercitando, contra las once demandadas supra mencionadas (**en adelante, ADIF, COBRA, CONSULTRANS, COPASA, IMATHIA, INABENSA, INDRA, INECO, OHLA, SIEMENS y TALGO**), acción de anulación del Laudo Final de 30 de noviembre de 2022 -aclarado por Laudo del siguiente día 22 de diciembre-, que dicta D. Balbino en Procedimiento Arbitral administrado por la Corte Española de Arbitraje (CEA) -**arbitraje** núm. 521/2018.

SEGUNDO.- Subsanaos los requerimientos de aportación documental, del CIF identificativo de las demandadas y de fijación de cuantía efectuados en la Diligencia de Ordenación de 03.03.2023, por Decreto de 22 de marzo de 2023 se admite a trámite la demanda con emplazamiento de las partes para contestación.

TERCERO.- Mediante escrito datado y presentado el 3 de mayo de 2023 la común representación de **COPASA, INDRA, SIEMENS y TALGO** evacua su contestación a la demanda en la que interesa la desestimación de la pretensión anulatoria de RENFE con condena en costas a la actora.

CUARTO.- La representación de **ADIF** contesta a la demanda por escrito de fecha 4 de mayo de 2023 -presentado el mismo día-, que tiene entrada en esta Sala el siguiente día 8.

Como cuestión previa solicita la acumulación a las presentes actuaciones de los asuntos civiles 13/2023 y 14/2023 -causas de nulidad de laudo arbitral 8/2023 y 9/2023, respectivamente-, incoados por virtud de demandas de anulación interpuestas por la propia ADIF y por INECO el mismo día que la que da pie a este proceso y contra el mismo Laudo.

En todo caso, procédase o no a la acumulación, manifiesta ADIF que se allana a la demanda de RENFE - art. 21 LEC-, cuya íntegra estimación interesa sin imposición de costas a ADIF ex art. 395.1 LEC.

QUINTO.- Mediante escrito datado y presentado el 4 de mayo de 2023 **INECO** contesta a la demanda de anulación; suplica la anulación del Laudo, con imposición a las demandadas que se opondan a la demanda de las costas causadas ex art. 394.1 LEC. Por otrosí pide, amén del recibimiento a prueba, la celebración de vista.

SEXTO.- La representación de **OHLA** presenta su contestación a la demanda el día 4 de mayo mediante escrito de la misma fecha en que interesa la desestimación de la acción ejercitada por RENFE con condena en costas de la reclamante.

SÉPTIMO.- Por escrito datado y presentado el día 5 de mayo de 2023 la representación de **COBRA** -hoy, ACS- contesta a la demanda de anulación suplicando su íntegra desestimación con condena en costas a la actora.

OCTAVO.- Por DIOR de 10 de mayo de 2023 se confiere el preceptivo traslado para alegaciones sobre la acumulación de autos interesada por ADIF en su escrito de contestación a la demanda.

NOVENO.- Conferido el preceptivo traslado para alegaciones -DIOR 10.05.2023-, la representación de **RENFE** -escrito de 16 de mayo de 2023, presentado el siguiente día 17- comparte la necesaria acumulación de las demandas solicitada por **ADIF** con apoyo en sus mismos argumentos, si bien afirma que " *las tres demandas*

comparten **idénticos** motivos de anulación, siendo el principal la infracción del orden público motivada por la recusación del Árbitro único y su falta de independencia e imparcialidad".

Mediante sendos escritos datados el 23 de mayo de 2023 las representaciones de **OHLA** y de **COBRA** -hoy, ACS- muestran su conformidad con la acumulación de autos interesada, que reputan imperativa ex art. 76.1 LEC.

INECO, atendido el cumplimiento de los requisitos legales, también interesa la adopción de la acumulación de autos suplicada por ADIF -escrito datado y presentado el 29 de mayo de 2023.

Las mercantiles denominadas " **Las Agrupadas** ", esto es, **COPASA, INABENSA, INDRA, SIEMENS y TALGO**, actuando bajo una misma representación, solicitan que la Sala acuerde la acumulación de autos instada por ADIF por concurrir los requisitos legalmente previstos -escrito fechado y presentado el 29 de mayo de 2023.

DÉCIMO.- Mediante escrito datado y presentado el día 1 de junio de 2023 -con entrada en esta Sala el siguiente día 5- las mercantiles **CONSULTRANS** e **IMATHIA**, bajo una común defensa y representación, contestan a la demanda allanándose a la demanda de RENFE - art. 21 LEC-, cuya íntegra estimación interesan " *con condena en costas a quien se oponga a la anulación*".

En la propia contestación las precitadas mercantiles -otrosí digo segundo- solicitan, " *al amparo de lo establecido en los artículos 74 y siguientes de la LEC, que se acumulen a este proceso (por ser el más antiguo) los procedimientos de anulación del mismo Laudo iniciados por Ineco y Adif (Asunto Civil 13/2023 - anulación de laudo arbitral 7/2023 (sic, rectius 8/2023) y Asunto Civil 14/2023 - anulación de laudo arbitral 8/2023 (sic, rectius 9/2023), respectivamente) y que se sustancian ante esta misma Sala*". Aducen que se dan todos los requisitos legales para la adopción de la acumulación interesada evitándose así el riesgo de Sentencias contradictorias.

UNDÉCIMO.- INABENSA contesta a la demanda en escrito de 7 de junio de 2023, presentado por lexnet el siguiente día 8, tiene entrada en esta Sala en fecha 9 de junio. Interesa la desestimación de la demanda de anulación, con condena en costas de la actora

DUODÉCIMO.- En Diligencia de Ordenación de 15 de junio de 2023 -notificada el siguiente día 19- se da traslado a la parte actora por diez días para que, sin perjuicio de lo que haya de resolver la Sala sobre la acumulación de autos solicitada, pueda presentar documentos adicionales o proponer prueba ex art. 42.1.b) LA, si a su Derecho conviniere.

Además, en dicha Diligencia se confiere traslado a las partes, por tres días, para que presenten alegaciones sobre el allanamiento presentado por las Procuradoras Sra. Rodríguez de Castro, en nombre de ADIF, y Sra. García Olmedo, en representación de CONSULTRANS e IMATHIA, que se resolverá en el momento procesal oportuno.

DÉCIMO TERCERO.- Por Auto de 20 de junio de 2023 la Sala acordó " *denegar la acumulación de procesos interesada -unión a la presente causa de las registradas con los números 13/2023 y 14/2023 -, sin expresa imposición de costas*".

DÉCIMO CUARTO.- Mediante escrito de 21 de junio de 2023 -presentado por lexnet el mismo día- la representación de **ADIF** manifiesta que, habiéndose allanado la propia ADIF a la demanda de RENFE, no se opone al allanamiento total formulado por CONSULTRANS e IMATHIA, *como tampoco al efectuado por INECO*, pese a la falta de referencia al mismo de la Diligencia de Ordenación de 15 de junio de 2023.

CONSULTRANS e IMATHIA reiteran su posición favorable al allanamiento en escrito datado y presentado el 22 de junio de 2023.

En escrito fechado y presentado el 22 de junio de 2023 **COBRA** postula la aceptación de los allanamientos de CONSULTRANS e IMATHIA en cuanto se adecuen al art. 21 LEC, pero " *habrán de rechazarse cuantas alegaciones y argumentos acompañen a esos allanamientos, desvirtuándolos y apartándose de la norma y de la buena fe procesal*", pues dichas demandadas " *aprovechan el trámite de contestación a la demanda para, en realidad, formular una suerte de demanda de anulación, vertiendo argumentos propios de impugnación de un laudo y aportando hasta veintisiete (27) documentos*": CONSULTRANS e IMATHIA se habrían valido " *de un trámite como la contestación a la demanda y el allanamiento para formular una pretensión extemporánea que debieron, en todo caso, deducir dentro del plazo que establece al efecto la Ley 60/2003*".

La común representación de **COPASA, INABENSA, INDRA, SIEMENS y TALGO** -" **Las Agrupadas** "- presenta el 22 de junio de 2023 vía lexnet escrito de la misma fecha en el que, en síntesis, sostiene que *el allanamiento de los codemandados carece de eficacia, y que en ningún caso el escrito de allanamiento puede ser usado para desarrollar, corregir o subsanar el escrito de demanda o aportar prueba suplementaria*. En su virtud, interesa:

(a) Rechace el allanamiento de INECO, ADIF, CONSULTRANS e IMATHIA, en los términos previstos en el art. 21 LEC ;



(b) Siga adelante con este procedimiento; e

(c) Inadmita la prueba aportada junto con los escritos de allanamientos y tenga por no realizadas las alegaciones contenidas en los mismos, en todo lo que excede de la mera manifestación de allanarse a la demanda.

(d) Subsidiariamente, de no accederse a la petición (c) anterior, se conceda plazo de cinco días a las Agrupadas para formular alegaciones de fondo a las realizadas de contrario en sus escritos de allanamiento o contestación a la demanda.

Por escrito de 22 de junio de 2023 -presentado por lexnet el siguiente día 23 y entrada en esta Sala el 26 de junio- la representación de **OHLA** -con detallada argumentación en la misma línea de COBRA y de las " Las Agrupadas"- considera que los allanamientos se han formulado en claro fraude procesal, con lesión del derecho de defensa de las demandadas que se oponen a la anulación del Laudo, y, en su virtud, suplica de esta Sala que acuerde:

i INADMITIR la contestación a la demanda presentada por INECO a la demanda de RENFE por haber incurrido en un fraude de ley, procesal y de derecho;

ii Tenga por allanados a CONSULTRANS e IMATHIA y ADIF a la demanda de RENFE; pero no tenga en consideración e inadmita los argumentos y documentos que se hayan presentado en fraude de ley y que excedan del simple allanamiento.

La Diligencia de Ordenación de 27 de junio de 2023 señala para deliberación y fallo sobre los allanamientos referenciados el día 4 de julio de 2023, fecha en la que tuvieron lugar.

DÉCIMO QUINTO.- Por Auto de 4 de julio de 2023 la Sala acordó:

1º) Declarar ineficaces los allanamientos de ADIF, CONSULTRANS e IMATHIA, que se tienen por no hechos.

2º) No haber lugar a inadmitir el escrito de contestación a la demanda de INECO.

3º) Tener por no efectuados, en los términos reseñados en la fundamentación de este Auto y sin perjuicio de las potestades que legalmente ostenta esta Sala, aquellos alegatos de las contestaciones a la demanda de CONSULTRANS, IMATHIA e INECO que, en sentido técnico, puedan reputarse como ampliativos de la demanda de RENFE, por incluir pretensiones anulatorias que, aun sustentadas en las mismas causales del art. 41.1 LA invocadas en la demanda, se basen en nuevos hechos esenciales no aducidos por RENFE, o entrañen una abierta réplica jurídica a argumentos de otros codemandados, siempre que dichos alegatos de CONSULTRANS, IMATHIA e INECO no se sigan, directa o mediatamente, de la propia demanda de RENFE.

4º) No haber lugar a inadmitir la documentación aneja a los escritos de contestación de CONSULTRANS, IMATHIA e INECO, sin perjuicio de lo que esta Sala acuerde en el Auto de prueba.

DÉCIMO SEXTO.- Mediante sendos escritos datados y presentados por lexnet el día 3 de julio de 2023 las representaciones de ADIF, INECO y RENFE interponen recurso de reposición contra el precitado Auto de 20 de junio de 2023, cuya revocación solicitan interesando la admisión de la acumulación a la presente causa de las registradas ante esta Sala con los números 13/2023 y 14/2023 - procesos de anulación de laudo arbitral 8 y 9/2023, respectivamente.

DÉCIMO SÉPTIMO.- Transcurrido el plazo conferido sin que RENFE haya propuesto prueba adicional, el 10 de julio de 2023 se da cuenta al Ponente al objeto de analizar los medios de prueba solicitados y proponer a la Sala la resolución correspondiente (Diligencia de Ordenación de 10.07.2023).

Por Auto de 11 de julio de 2023 la Sala acordó:

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

2º. Admitir y tener por aportada la documental acompañada a los escritos de demanda y de contestación

3º. Denegar la demás prueba interesada.

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

DÉCIMO OCTAVO.- Mediante sendos escritos presentados por lexnet el día 18 de julio de 2023 las representaciones de ADIF, CONSULTRANS e IMATHIA -estas dos últimas bajo una común defensa y representación-, e INECO interponen recurso de reposición contra el precitado Auto de 4 de julio de 2023, solicitando su parcial revocación.

DÉCIMO NOVENO.- La Sala desestima los recursos de reposición interpuestos contra el Auto de 20 de junio de 2023 por Auto de 21 de julio siguiente.



VIGÉSIMO.- Por Auto de 12 de septiembre de 2023 se desestiman los recursos de reposición interpuestos contra el Auto de 4 de julio de 2023.

VIGÉSIMO PRIMERO.- Se señala para el inicio de la deliberación y fallo de la presente causa el día 19 de septiembre de 2023, a las 10:00 horas (DIOR 12/09/2023).

Es Ponente el Ilmo. Sr. D. Jesús María Santos Vijande (Diligencia de Ordenación de 3 de marzo de 2023), quien expresa el parecer unánime del Tribunal.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El Laudo Final impugnado contiene la siguiente parte dispositiva (§ 896):

a) *Desestimar las pretensiones de INECO, ADIF, RENFE, CONSULTRANS e IMATHIA, a excepción de las relativas al pago de los gastos declarados comunes en proporción al porcentaje de cada empresa en el CAPEX-OPEX del Proyecto, que se acuerda estimar parcialmente en los términos que resultan de este laudo.*

b) *Estimar parcialmente las pretensiones de COPASA, INDRA, INABENSA, TALGO, SIEMENS, COBRA y OHLA en los términos que resultan de este laudo, y desestimar la pretensión de condena al pago de intereses ordinarios.*

También acuerda el Laudo Final (§ 897):

a) *Declarar que, en el marco jurídico del Consorcio, cada socio debe asumir el riesgo y ventura, la responsabilidad y los costes derivados de la ejecución de los trabajos que tiene atribuidos en su alcance (scope of works).*

b) *Declarar que, en el marco jurídico del Consorcio, para que un gasto efectuado por cualquiera de las Sociedades consorciales pueda repercutirse, como gasto común, entre todos los socios en proporción a sus respectivos porcentajes en el CAPEX-OPEX del Proyecto, se requiere la unanimidad de todos los socios.*

c) *Declarar gastos comunes, que deben por tanto sufragarse entre todos los socios en proporción a sus respectivos porcentajes en el CAPEX-OPEX del Proyecto, los que figuran como tales en el apartado VI de este laudo, y en esos precisos importes.*

d) *Declarar que los gastos objeto de este arbitraje que no han sido aprobados como gasto común corresponden a los alcances de trabajos (scopes of works) y ascienden a los importes que se hacen constar en el apartado VI de este laudo.*

e) *Declarar que INECO, ADIF, RENFE, CONSULTRANS, IMATHIA, COPASA, INDRA, INABENSA, TALGO, SIEMENS, COBRA y OHLA han efectuado pagos en relación con los gastos objeto del arbitraje por los siguientes importes, cuyo total asciende a 11.567.600,00 €:*

i. INECO: 3.413.340,00 €

ii. ADIF: 1.602.626,00 €

iii. RENFE: 1.895.663,00 €

iv. CONSULTRANS: 121.136,00 €

v. IMATHIA: 283.578,00 €

vi. COPASA: 497.976,00 €

vii. INABENSA: 94.965,00 €

viii. INDRA: 530.328,00 €

ix. SIEMENS: 662.502,00 €

x. TALGO: 1.412.145,00 €

xi. COBRA: 374.256,00 €

xii. OHLA: 679.085,00 €

f) *Condenar a INECO, ADIF y CONSULTRANS a pagar a RENFE, IMATHIA, COPASA, INDRA, INABENSA, TALGO, SIEMENS, COBRA y OHLA las siguientes cantidades, hasta el límite de 3.981.404,79 € INECO, de 3.700.286,50 € ADIF y de 8.681.461,99 € CONSULTRANS, reputándose créditos y deudas distintos unos de otros según lo dispuesto en el art. 1138 CC :*

i. A RENFE: 632.930,83 €

ii. A COPASA: 168.286,16 €

- iii. A IMATHIA: 176.125,10 €
- iv. A INABENSA: 27.742,57 €
- v. A INDRA: 313.241,04 €
- vi. A SIEMENS: 411.516,03 €
- vii. A TALGO: 614.563,99 €
- viii. A COBRA: 106.699,20 €
- ix. A OHLA: 357.968,37 €

g) Condenar a INECO, ADIF y CONSULTRANS a liquidar con las Sociedades consorciales la diferencia entre el importe de los gastos objeto del **arbitraje** que debían sufragar y los importes que cada uno de ellos ha pagado por tal concepto, en los siguientes importes:

- i. INECO: 3.981.404,79 €
- ii. ADIF: 3.700.286,50 €
- iii. CONSULTRANS: 8.681.461,99 €

h) No hacer condena en costas, de modo que cada parte soporte sus propios gastos y los gastos comunes se distribuyan a partes iguales entre las doce partes del **arbitraje**.

A su vez, la Resolución sobre corrección y aclaración del Laudo de 22 de diciembre de 2022 falla:

a) Corregir el error aritmético detectado por INECO en la suma total de la posición financiera neta de las partes que figura en la última fila y columna de la tabla de la pág. 255 del laudo, de modo que, donde dice 13.581.822,51 €, debe leerse 13.554.079,99 €.

b) Aclarar que para la asignación de los gastos de D. Juan Francisco opera el laudo en dos pasos sucesivos: primero, la determinación de la cuantía a que asciende cada una de las dos subpartidas en que se divide el gasto, siguiendo a tal efecto el dictamen pericial de IM VALORA; segundo, la asignación por naturaleza de cada una de esas subpartidas, siguiendo el criterio propuesto por el dictamen pericial de CROWE.

c) Desestimar la solicitud de corrección por extralimitación parcial del laudo, al no haberse resuelto sobre cuestiones no sometidas a la decisión del Árbitro.

d) No hacer condena en costas en el incidente.

El Laudo impugnado en el procedimiento arbitral 521/2018 de la Corte Española de **Arbitraje** (CEA) se enmarca en el contexto de la ejecución de la fase 2 del Proyecto de construcción de la línea de alta velocidad entre las ciudades de La Meca y Medina: el Proyecto *Haramain High Speed Railway*. Dicho Proyecto se dividió en dos fases: la primera, la construcción de la obra civil y las estaciones; la segunda se encontraba dividida, a su vez, en fase CAPEX (diseño y construcción de la vía y sistemas ferroviarios y puesta en servicio de la línea) y fase OPEX (explotación y mantenimiento de la línea durante doce años).

Las doce compañías españolas intervinientes en el **arbitraje**, junto con la compañías saudíes Al-Shoula Group y Al-Rosan Contracting Company, decidieron unirse para formar un consorcio (el "**Consortio-Al Shoula**") con el fin de concurrir a la licitación de los trabajos de la Fase 2 del Proyecto y presentar una oferta conjunta para su adjudicación; el Consorcio fue adjudicatario del Proyecto el 14 de enero de 2012.

Una vez adjudicado el Proyecto en favor del *Consortio*, los Socios españoles, a través de la firma el 10 de abril de 2012 del denominado **Acuerdo del Consorcio**, sus sucesivas adendas y diferentes documentos técnicos y contractuales del Proyecto, realizaron un reparto de los trabajos distribuyendo entre los Socios todas las labores que debían llevarse a cabo para la completa ejecución del Proyecto.

El Procedimiento Arbitral tenía por objeto determinar qué integrantes del Consorcio deben asumir los gastos objeto de controversia (los denominados "**Gastos Controvertidos**" o "**Gastos en discusión**", **GeD**), de conformidad con el reparto de trabajos tal y como se preveía en los documentos contractuales del Proyecto. Esos gastos derivaban de las labores de "*management*" (de gestión) del Proyecto.

En el Procedimiento Arbitral hubo, en lo sustancial, dos posturas confrontadas.

INECO, ADIF, RENFE, CONSULTRANS e IMATHIA, que iniciaron el procedimiento arbitral, sostenían que los Gastos Controvertidos debían ser sufragados por todos los miembros del Consorcio, por cuanto eran gastos "*incurridos por el Consorcio, en su conjunto*" -llegando a calificar esos gastos, incluso, con el término "*gasto consorcial*"- como una suerte de "*gastos comunes*". Las demandantes defendían que dichos gastos debían ser



sufragados de conformidad con el porcentaje CAPEX-OPEX de cada Socio en el Proyecto, según la facturación de cada Socio.

Por su parte, las *Demandadas Agrupadas* -COPASA, INABENSA, INDRA, SIEMENS y TALGO-, OHL y COBRA (demandadas y demandantes reconventionales) defendían que los Gastos Controvertidos no podían ser imputados al Consorcio en su conjunto, sino que habían de ser soportados por aquellos Socios del Consorcio responsables de los trabajos de los que derivasen esos gastos. Se argumentaba, así, que el concepto de "gasto común" (aquellos costes que debían ser sufragados por todos los Socios en su conjunto) había sido definido expresamente por los Socios en el Proyecto y no tenía nada que ver con la definición de "gasto consorcial" ofrecida por INECO, ADIF, RENFE Y CONSULTRANS.

En este contexto, no discutido, tiene lugar el dictado del Laudo y se incoa la demanda de anulación, que se articula sobre la base de dos motivos subsumibles en la vulneración del *orden público procesal* :

- En primer lugar, denuncia RENFE la infracción del deber de revelación y, de modo especial, la existencia de dudas fundadas sobre la imparcialidad e independencia del Árbitro único designado por la Corte Española de Arbitraje (CEA), cuya recusación en tiempo y forma fue indebidamente denegada por dicha Corte hasta en dos ocasiones con quebrantamiento de los arts. 17, 41.1.d) y 41.1.f) LA.

- En segundo término, postula la solicitante de anulación "la manifiesta vulneración de las reglas que rigen el procedimiento arbitral" -art. 41.1, apdos. d) y f) LA-, "por la admisión totalmente extemporánea" de un informe pericial presentado por OHLA, el emitido por la entidad CROWE ACCELERA MANAGEMENT, S.L., que luego resultó ser decisivo en cuanto soporta de modo sustancial la resolución de fondo del Árbitro. Tal proceder habría entrañado una patente quiebra del principio de igualdad de armas, a la vez que sería expresión o corroboración de la parcialidad denunciada en el motivo primero de anulación (§§ 39 y 65 de la demanda).

En su virtud, suplica la anulación del Laudo de 30.11.2022, aclarado y rectificado mediante Resolución de 22.12 siguiente, con expresa imposición de costas "a las partes que se opongan a las peticiones contenidas en esta demanda".

SEGUNDO. - Procede dar cuenta a continuación, con el debido detalle, de los argumentos de RENFE en pro del primer motivo de anulación expresado, así como de los razonamientos que, en *anuencia con* y en *oposición a* los mismos, esgrimen las mercantiles demandadas.

1.(i)RENFE considera que existen motivos fundados para dudar de la imparcialidad del Árbitro -en ocasiones, se refiere también a su independencia y a su idoneidad-, cuya recusación debió ser estimada por la CEA sobre la base de hechos que conciernen a la fase de selección del árbitro, entre los que se incluyen la no revelación de datos que debieron ser comunicados, y en atención también a la actuación del Árbitro, D. Balbino, durante la proposición de prueba y al final del arbitraje, antes del cierre de la instrucción. De ahí que invoque la infracción del orden público -art. 41.1.f) LA- que entraña el dictado de un Laudo por quien suscita dudas razonables sobre su imparcialidad, con cita de las Sentencias de esta Sala 13/2015 y 2 de junio de 2016, y de la SAP Madrid, Sec. 12ª, de 30 de junio de 2011 -Delforca vs. Banco Santander.

En concreto, refiere la demanda de anulación, ante todo, que la mercantil INECO formuló una primera recusación del Sr. Balbino el 22.03.2019, a los siete días naturales de haber aceptado éste su nombramiento -a la que se adhirieron RENFE y ADIF, **docs. 7 y 8 de la demanda**-, sobre la base de un hecho plenamente acreditado: que el árbitro, tras nueve años de servicios en el bufete URÍA-MENÉNDEZ, S.L.P., que ostenta la representación y defensa de INECO en el arbitraje CEA 521/2018, fue despedido por falta de confianza: "por su falta de involucración con el mismo interés en todos los asuntos que se le encomiendan y la gestión inadecuada de éstos; esta falta de interés ha quebrado nuestra confianza y nos ha llevado a la decisión de tener que prescindir de sus servicios profesionales" -carta de despido de 11/04/2011, **doc. 10** - . Despido y causas del mismo que no fueron revelados por el Árbitro en su declaración de independencia e imparcialidad.

INECO adujo "enemistad manifiesta" entre el árbitro y el despacho de abogados URÍA-MENÉNDEZ; RENFE postula que esos hechos y su ocultación permiten dudar fundamentamente sobre la imparcialidad e independencia del árbitro, que es lo que prescribe el art. 17.3 LA.

Un segundo hecho revelador de "la falta de normalidad" de las relaciones entre el Árbitro y el precitado bufete sería, al decir de la demanda, que el despacho rechazó la solicitud del Sr. Balbino de incorporarse al "Programa Alumni" de URÍA-MENÉNDEZ - **doc. 11** -.

Asimismo, el sesgo de las alegaciones exculpatorias vertidas por el Árbitro en el incidente de recusación - **doc. 14** -, en especial en sus §§ 25 y 28, revelan los reproches velados hacia la forma de su despido, su recelo sobre el modo en que el bufete procedió con él, sin facilitar su posterior integración en el mundo de la abogacía: el acuerdo transaccional firmado por ambas partes - **doc. 12** -, no dejaría de ser un mero pacto de renuncia a



acciones judiciales contra el despacho; pero el despido y sus circunstancias, no por haber tenido lugar 8 años atrás, pueden dejar de suscitar la duda fundada sobre la neutralidad del Árbitro que se expresó en esa primera recusación indebidamente rechazada.

En un segundo orden de consideraciones, la falta de ecuanimidad del Árbitro respecto de algunas partes litigantes resultaría evidenciada por el " *tono irrespetuoso*", " *manifiestamente inadecuado e impropio*" en que se dirigió implícita, pero inequívocamente, a RENFE y a ADIF -entre otros-, cuando resuelve, en **fecha 29 de octubre de 2021 - doc. 15** -, sobre las solicitudes y alegaciones formuladas en relación con la Orden Procesal de 22 de octubre de 2021, y con el correo remitido por el Árbitro respecto de los documentos aportados por las Sociedades Consorciales.

El § 24 de la demanda recoge las que juzga ser expresiones más reprobables, que estima referidas " *a las partes procesales que habían denunciado la (extemporánea) admisión del informe pericial de CROWE -evacuado a instancia de OHLA- y la inadmisión de pruebas -en el caso de RENFE un simple certificado de actualización de cantidades-*. Las afirmaciones cuestionadas del Árbitro son las siguientes:

" *Va emergiendo, con trazos ya bien visibles, un patrón reconocible en la estrategia procesal de algunas partes: el permanente afán por restringir la actividad probatoria ajena. Que suele salpimentarse, además, con abundante rasgado de vestiduras, acusaciones de manías y enchufes, invocación de principios procesales esenciales, ceñidas advertencias de anulación del laudo*".

De ahí la recusación planteada por ADIF mediante escrito de 3 de noviembre de 2021 - **doc. 16** -, a la que se adhirió RENFE - **doc. 17** . Abunda la demanda, en este sentido, en que la casuística existente en el **arbitraje** internacional - **doc. 19** - considera suficiente para privar al árbitro de confianza y de imparcialidad el que se haya dirigido a las partes de manera impropia y poco considerada -§§ 26 a 32.

Finalmente, invoca RENFE una circunstancia posterior acaecida en la fase previa al cierre de la instrucción que abunda en las **dudas sobre la idoneidad e imparcialidad** del Sr. Balbino : " *las tensiones provocadas por el Árbitro único a raíz de sus reivindicaciones económicas de honorarios contra la propia CEA y el desagradable intercambio de misivas del que fuimos testigos todas las partes de este arbitraje*" - **docs. 20 a 24** . " *El uso de expresiones y calificativos manifiestamente desafortunados e impropios en un arbitraje internacional, poniendo en duda la honestidad y profesionalidad de los miembros de la CEA, bajo el simple propósito de un incremento sustancial en sus honorarios que finalmente no obtuvo*" -§ 35.

(ii) En su contestación **INECO** asume, en similares términos, el planteamiento de RENFE. Enfatiza (§§ 38 y 39) " *que -en línea con la jurisprudencia relevante- no es necesario probar la existencia de una enemistad real entre el Árbitro y el Despacho que representaba a INECO, ni mucho menos que esta sea manifiesta, basta con que concurren circunstancias que permitan a las Partes dudar justificadamente de la imparcialidad del Árbitro por razón del despido y la enemistad que éste aparentemente hubiera podido generar*" -cfr., asimismo, § 53). A lo que añade a renglón seguido, *sin referencia concreta al contenido de las decisiones de la CEA sobre la desestimación de las recusaciones suscitadas por INECO y ADIF*, que " *la CEA erró al no ver que las circunstancias concurrentes -con especial mención a la falta de revelación del despido por el Árbitro- permitían a las Partes -si no a todas, al menos sí a INECO, e indirectamente a ADIF y RENFE, por sostener la misma posición procesal que aquella en el Arbitraje- dudar de que el Árbitro fuera a actuar con la ecuanimidad que le era exigible en el procedimiento*".

En cuanto a la apariencia de parcialidad del Árbitro por sus expresiones en el devenir del procedimiento arbitral añade a lo ya argüido por RENFE la referencia a la Carta de 12 de mayo de 2021 - **doc. nº 7** - en la que también se contenían expresiones veladamente referidas a INECO, ADIF y RENFE, acusándolas de " *restringir de forma preventiva, con severidad draconiana y por ello injusta, el derecho a la prueba*", utilizando, según el Árbitro, un " *tono áspero y desabrido*"... Expresiones éstas que, unidas a las de la Carta de 29 de octubre de 2021, revelarían " *un patrón de conducta del todo incompatible con la probidad y prudencia que le es exigible a un árbitro*" -§§ 50, 51 y 55 de la contestación.

Destaca la defensa de INECO el parámetro de enjuiciamiento que se constituye en premisa dogmática de cualquier decisión sobre el apartamiento del árbitro por quiebra de la debida neutralidad, a saber (*ibídem* § 53):

" *el juicio sobre la imparcialidad del árbitro se ha de regir por el principio in dubio pro separatione, en virtud del cual no solo ha de ser separado el árbitro que tenga apariencia de parcialidad, sino también aquel otro en el que concurren circunstancias que generan dudas justificadas sobre su imparcialidad. En este sentido, no cabe exigir a la recusante o demandante de nulidad del laudo prueba de la existencia real y efectiva de la parcialidad del árbitro pues en el caso de los árbitros (al contrario que en el de los jueces) la imparcialidad no se presume. Y las dudas de las que habla el art. 17.3 LA son las que puedan sufrir las Partes; y no las que pueda experimentar un tercero ajeno con conocimiento de los hechos y circunstancias* ". El énfasis es nuestro.



Y respecto de las comunicaciones del Árbitro con la CEA sobre el incremento de sus honorarios por la complejidad del caso, postula INECO, de nuevo en sintonía con la demanda de anulación de RENFE, que el Árbitro no debió implicar a las Partes " *en un tema tan delicado*", solo concerniente a la CEA, comprometiéndolas a pronunciarse al respecto en un momento procesal inmediatamente precedente al dictado del Laudo -en periodo de redacción del mismo. INECO, además, se opuso al aumento de honorarios reclamado por el Árbitro... El tono y contenido de los escritos dirigidos a la CEA por el Árbitro, de los que daba cuenta a las Partes, no podía sino confirmar en éstas las dudas sobre su imparcialidad (§§ 60 y ss.); y ello con independencia de que, finalmente, el Árbitro, en abierto enfrentamiento con la CEA, renunciase al incremento del 50% de los honorarios inicialmente fijados, que sí había aprobado la Corte (§ 69) si bien en términos muy inferiores a los solicitados por el Árbitro.

Completa INECO sus alegatos en pro de las dudas fundadas sobre la imparcialidad del árbitro con la referencia a un artículo publicado por el mismo en un diario económico de tirada nacional -se acompaña como **doc. 17** -, pocos meses después del dictado del Laudo, en que reflexiona, con críticas nada veladas, sobre la calidad de los miembros que componen la CEA.

(iii) Como se ha reseñado en los antecedentes, **ADIF** directamente se allana a los fundamentos y pretensiones de RENFE.

(iv) **CONSULTRANS** e **IMATHIA** al contestar a la demanda también se allanan ex profeso a la demanda de RENFE, haciendo suyos " *la exposición de hechos, conductas, irregularidades y fundamentación jurídica contenidas en dicha demanda de anulación*", con algunas especificidades de sus alegatos tercero y cuarto, y con remisión a los alegatos de INECO y ADIF.

En relación con el primer motivo de anulación esgrimido por RENFE, lo cierto es que estas dos últimas mercantiles aprovechan su contestación para, en una suerte de conversión de su posición procesal incongruente con el suplico de allanamiento -y más propia de una demanda inicial-, añadir a los alegatos de RENFE otros nuevos -que ni siquiera INECO aduce en su contestación, aunque los incluya en su demanda de anulación. Pronunciarse sobre estos extremos, en la medida en que no resultaren expresa o implícitamente de los alegatos fácticos y jurídicos de la demanda de RENFE, podría abocar a la indefensión de otros codemandados. Tales son, resumidamente expuestos los siguientes:

- Otro motivo de parcialidad sería " **el trato desigual que el Árbitro dispensó a las distintas peticiones de extensión de plazos que las Partes hicieron en relación con la presentación de sus escritos de alegaciones y, muy particularmente, a la negativa del Árbitro Único a conceder a Adif la prórroga que solicitó en octubre de 2020 para presentar su escrito de contestación a las nuevas demandas**, a pesar de que, como consecuencia de la suspensión del procedimiento que la Corte decretó por efecto del COVID, las demandadas habían disfrutado de 80 días más de plazo para presentar sus alegaciones: " *en la práctica las demandantes iniciales (las compañías públicas) disfrutarán de un plazo de tiempo inferior al que tuvieron las demandadas iniciales para presentar sus contestaciones a las nuevas demandas. Más allá de las razones que justificaron el rechazo de la solicitud (que no compartimos, pero en las que tampoco es oportuno entrar) lo cierto es que la decisión del Árbitro Único generó un innecesario y evitable perjuicio a Ineco, Adif y Renfe*".

- Amén de la indebida inadmisión del "Informe Crowe", también se quejan **CONSULTRANS** e **IMATHIA**, como expresión de las dudas fundadas sobre la imparcialidad del Árbitro, de la injustificada inadmisión por aquél de una ampliación al informe pericial que dichas mercantiles habían encargado a Auren Auditores SP, S.L.P. ("Auren") y que ya constaba aportado al expediente (§§ 31 a 34 del escrito de contestación).

- En el mismo sentido, la extemporánea admisibilidad de dos testificales -Sres. Eutimio y Everardo - propuestas por OHLA poco antes de la audiencia de prueba y respecto de quienes, en contra de lo acordado, no habían presentado declaraciones escritas (ibídem §§ 35-37).

- La injustificada inadmisión de cinco documentos que Adif intentó aportar al procedimiento como más documental (ibídem §§ 38-41).

Y ello por más que **IMATHIA** y **CONSULTRANS** reconozcan que no se adhirieron a la segunda recusación formulada por **ADIF** con apoyo en esta afirmada desigualdad de trato (ibid. § 44).

Anticipa ya esta Sala que, a excepción de la admisibilidad o no de las testificales de los Sres. Eutimio y Everardo, que sí habremos de ponderar, desde la perspectiva de la justificación o no de su admisión, por su estrecha conexión con lo alegado por RENFE y con la documental por esta aportada, estos últimos asertos de **CONSULTRANS** e **IMATHIA** sobre desigualdad en la concesión de extensiones de plazo cómputo de plazos, sobre la inadmisión de una pericial complementaria y sobre la inadmisión de cinco documentos presentados por **ADIF** serán objeto del debido análisis, v.gr., en la causa donde se resuelva la demanda de anulación presentada por INECO.



2. (i) **COPASA, INDRA, SIEMENS y TALGO** oponen a este primer motivo de anulación, en síntesis -Fundamento Previo-, que ninguno de los argumentos de RENFE permite cuestionar con la menor base la imparcialidad del árbitro:

"(a) La supuesta enemistad entre el Árbitro y el equipo de **arbitraje** de Uría-Menéndez fue examinada por la CEA en el marco de una solicitud de recusación presentada por INECO, y fue rechazada. La prueba aportada en aquél procedimiento de recusación -que RENFE ha preferido no aportar con su demanda y que estas codemandadas acompañan como **docs. 39 y 61** - dejó claro que no existía enemistad alguna, sino más bien una buena relación entre el Árbitro y el citado equipo de **arbitraje**;

(b) Las observaciones del Árbitro sobre la conducta procesal de algunas Partes -supuestamente, al decir de RENFE, al desestimar una objeción de ADIF a la admisión de la pericial propuesta por OHLA- fueron realizadas por el Árbitro en relación con un incidente -la admisión de una testifical- que no tiene nada que ver con el que alega RENFE, y no sugerían falta de imparcialidad alguna; y

(c) Las comunicaciones intercambiadas por el Árbitro y la CEA no atañen a la relación entre el Árbitro y las Partes del procedimiento y, por tanto, en absoluto afectan a su imparcialidad.

La opinión que RENFE pueda tener sobre la supuesta falta de idoneidad del Árbitro no tiene trascendencia alguna en el marco de una petición de anulación del Laudo por falta de imparcialidad del Árbitro".

(ii) En esta misma línea, **OHLA** arguye que no media la menor prueba propiamente dicha que permita establecer la duda fundada sobre la imparcialidad del árbitro por enemistad manifiesta con el bufete URÍA-MENÉNDEZ y con los Letrados de ese despacho que actúan en defensa de INECO. Postula, en particular:

" 1. *No hay prueba alguna de que el Árbitro Único estuviera enemistado con el despacho Uría y Menéndez, y por ello RENFE pretende inferir dicha enemistad interpretando hechos y circunstancias que en absoluto conducen a dicha conclusión. Muy al contrario, todo apunta a que el Árbitro Único mantenía una magnífica relación:*

(a) *con los fundadores de Uría y Menéndez, quienes le invitaban a su domicilio particular tras su salida del despacho, o lo que es más llamativo aún, quienes después de recusarle, le invitaron a participar en eventos en la sede de Uría y Menéndez como Keynote Speaker (orador principal);*

(b) *con el despacho y con los letrados de Uría y Menéndez que han representado a INECO en el **arbitraje**, con los que mantenía una relación sumamente cordial, de lo que da muestra el intercambio de multitud de comunicaciones afectuosas.*

Docs. 4, 5, 6, 7, 9, 10, 11, 12, 13 y 14 de la contestación de OHLA.

2. *Además, la relación profesional que hubo en su día entre el Árbitro Único y el despacho Uría y Menéndez, revelada por el Árbitro en cuanto fue designado, finalizó hace mucho tiempo -hoy hace más de doce (12) años- en términos visiblemente cordiales, y el Sr. Balbino pronto retomó su actividad profesional, centrada en la docencia y el **arbitraje**. Enfatiza OHLA el hecho de que la carta de despido y el acuerdo transaccional fueran del mismo día, poco menos que en unidad de acto, de donde se deduce que no hubo el desencuentro denunciado por RENFE.*

Docs. 15, 16, 17 y 18 de OHLA .

3. *La situación descrita por RENFE no se encuadra en ninguna de las reglas nacionales e internacionales que habitualmente se aplican al **arbitraje** en materia de independencia e imparcialidad de los árbitros; en particular, no encuentran acogida ni en las Directrices de la IBA ni en el Código de Buenas Prácticas Arbitrales del CEA.*

4. *La falta de independencia e imparcialidad del Árbitro Único alegada por RENFE ya fue denunciada durante el procedimiento arbitral, y fue desestimada por la institución que administró el **arbitraje** (la CEA)... Enfatiza OHLA el hecho de que RENFE no se haya referido a los concretos términos y argumentos por los que el Pleno de la CEA, por unanimidad, rechazó la primera recusación formulada contra el Sr. Balbino llegando a decir que la reputaba carente del más mínimo fundamento. Por el contrario, RENFE no habría acreditado, ni siguiera argumentado, el carácter arbitrario de esas Resoluciones desestimatorias de las recusaciones.*

5. *El Árbitro Único se dirigió siempre con respeto hacia todas las partes intervinientes a pesar de las provocaciones sistemáticas de RENFE, ADIF e INECO, sin fundamento ni disimulo -como advirtió OHLA- a lo largo del **arbitraje** para intentar dotarse de 'material' que le sirviera para 'montar' la acción de anulación en la que ahora estamos si el resultado del **arbitraje** les era desfavorable . El FJ 1º.1.2 de la contestación a la demanda de OHLA contextualiza las aseveraciones del árbitro reprobadas por los recusantes. **La desestimación de la segunda recusación por el Pleno de la CEA tampoco es objetada por RENFE en sus argumentos, en particular cuando desecha que el Árbitro hubiese menoscabado el principio de igualdad de armas y cualquier indicio de parcialidad que de ello se pudiera derivar .***

**Docs. 30 y 31.**

6. Las conversaciones mantenidas entre el Árbitro Único y la CEA afectan a todas las partes por igual y no guardan relación con el contenido del **arbitraje** ni con el Laudo ".

E insiste **OHLA** en el criterio jurídico, también expuesto por COPASA, INDRA, SIEMENS y TALGO, de que " para que una recusación prospere, debe existir enemistad entre la parte y el Árbitro Único, no entre los letrados de la parte y aquel". Invoca en tal sentido la STC 380/2005, el ATC 204/1998, la STSJ Madrid 56/2013 y la STSJ Cataluña 57/2014.

Por lo demás, RENFE no habría acreditado, como le es exigible - STC 156/2022, de 16 de noviembre-, la enemistad que pretende hacer valer, al menos las dudas fundadas, objetiva y legítimamente justificadas, acerca de la misma...

(iii) La contestación a la demanda de **COBRA** -hoy, ACS- es coincidente, en lo sustancial, con los alegatos de oposición a la acción de anulación evacuados por OHLA, de un lado, y COPASA, INDRA, TALGO y SIEMENS, de otro.

(iv) **INABENSA** manifiesta en su contestación, como Fundamento de Derecho previo, que " esta contestación a la demanda es sustancialmente idéntica a la presentada por "el resto de **Agrupadas** " -**COPASA, INDRA, SIEMENS y TALGO**- ; la prueba aportada también es la misma y cuenta con la misma numeración". Y precisa al respecto: " **INABENSA** comparte en este procedimiento la posición defendida por **INDRA, TALGO, SIEMENS y COPASA** (junto con **INABENSA**, las " **Agrupadas** "). La razón por la que **INABENSA** no presentó su contestación a la Demanda junto con el resto de **Agrupadas** es porque, al tiempo de la presentación de dicho escrito, **INABENSA** no había sido emplazada en el presente procedimiento, ni tampoco había encomendado su defensa a ninguna representación letrada " .

TERCERO.- El análisis de este primer motivo de anulación exige dejar constancia de algunos parámetros de enjuiciamiento de carácter general, sin perjuicio de su ulterior concreción a la hora de examinar si los hechos alegados pueden comprometer, o no, el deber de neutralidad del árbitro.

1. Criterios de enjuiciamiento .

(i) Es postulado muy reiterado por esta Sala que tanto en el procedimiento de designación de árbitros como en la designación misma se ha de observar, de un lado, un mandato legal, y, de otro lado, una prohibición: el mandato viene impuesto por el art. 15.2 LA cuando establece que en el procedimiento para la designación de árbitros -y a fortiori en la designación misma- no se puede vulnerar el principio de igualdad; la interdicción aparece en el art. 17.1 LA cuando, tras afirmar que " todo árbitro debe ser y permanecer durante el **arbitraje** independiente e imparcial", añade: " en todo caso, no podrá mantener con las partes relación personal, profesional o comercial " .

La exigencia indeclinable del art. 17.1 LA debe entenderse referida, siempre, tanto al momento de la designación del árbitro como al tiempo que comprenda el entero devenir del **arbitraje**. La Ley quiere destacar que, en el momento de la designación como árbitro, no deben existir ciertas relaciones entre los árbitros y las partes -una o todas- que puedan poner en entredicho las garantías de imparcialidad e independencia; mas, al propio tiempo, esa prohibición no puede dejar de proyectarse *pro futuro*, de tal modo que las partes no se relacionen extraprocesalmente con el árbitro mientras se desarrolla el procedimiento arbitral y hasta que se dicte el laudo. Tales relaciones podrían dar lugar a sospechas fundadas sobre la imparcialidad e independencia del árbitro; de ahí que, para evitar recusaciones por esos motivos sobrevenidos, el legislador impone el deber de que entre las partes y los árbitros se mantenga la necesaria distancia que requieren las garantías de neutralidad e independencia. Estamos, en efecto, ante una verdadera prohibición: la Ley prohíbe tales relaciones, y si éstas existieran en el momento de la designación - *en determinados casos incluso antes*- podrían ser alegadas como motivo de recusación y, en su caso, dar lugar a la sustitución del árbitro.

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



No ignora la Sala -y así lo hemos dicho - que mientras que la competencia de un Juez está predeterminada y se basa en criterios estrictamente legales -legal es la ordenación de la sumisión expresa o tácita, su permisión o su interdicción en según qué casos-, en la designación del árbitro interviene de manera más o menos directa la libre voluntad de las partes: una de las piedras angulares de la institución arbitral es la confianza en los árbitros que se designan, ya sea por conocerlos directamente, ya sea por su prestigio notorio, ya por la confianza que se tiene en el criterio de selección de una institución o de un tercero. Ello supone que, en ocasiones, las personas propuestas como árbitros hayan tenido ya un contacto previo con las partes; y la intervención de las partes en su elección hace que, en determinadas condiciones, se aplique una medida menos estricta que en el ámbito judicial para valorar las garantías de independencia e imparcialidad.

Sin embargo, aun partiendo como premisa de esa realidad evidente, es indiscutible que ha de haber unos límites que no puedan sobrepasarse para no infringir las garantías fundamentales de imparcialidad e independencia de los árbitros en el procedimiento arbitral. La prohibición que establece el art. 17.1 LA es, por su importancia radical, independiente de que las relaciones comerciales, personales o profesionales entre el árbitro y las partes sean o no reveladas (art. 17.2 LA), no siendo tales vínculos de los que, ex art. 17.3 LA, puedan ser dispensados. La observancia del deber de revelación y la restricción que establece el art. 17.3 *in fine* LA, cuando ciñe la recusación por quien ha nombrado al árbitro a las causas sólo conocidas después de su designación, de ninguna manera pueden ser entendidos de forma tal que permita contrariar el mandato imperativo del art. 15.2 LA ni la prohibición del art. 17.1 LA.

El art. 17.3 LA ha de ser interpretado sistemáticamente, atendiendo a su contexto normativo: y en ese contexto existen algunos criterios de orden público indeclinables para las partes, pues su ignorancia convertiría el **arbitraje** en una institución ajena a los más elementales postulados de justicia: esas reglas de orden público, como enseguida se verá, expresan mandatos y prohibiciones cuya inobservancia desvirtuaría la institución del **arbitraje** como cauce alternativo válido a la vía jurisdiccional incluso desde un punto de vista constitucional. En efecto, el monopolio en la impartición de justicia que consagra el art. 117.3 de la Constitución sólo puede ser exceptuado si la vía alternativa reúne, más allá de lo que sea o deje de ser la voluntad de las partes, unas condiciones mínimas de independencia e imparcialidad en quien haya sido llamado a sustituir al Juez o Magistrado que habría de resolver el conflicto de intereses de que se trate.

Con otras palabras: el art. 17.3 LA no autoriza a dispensar de cualquier causa de abstención supuestamente conocida, pero en su momento no precisada, y a hacer tal dispensa de forma incondicionada y *pro futuro*. Entender lo contrario significaría desvirtuar la institución arbitral, que, incluso por exigencias de la Constitución (art. 117.3), ha de salvaguardar unas determinadas garantías si ha de ser válida alternativa a la jurisdicción, otorgando eficacia de cosa juzgada y de fuerza ejecutiva a los laudos. Una interpretación tal del art. 17.3 LA sería errónea, además, por vulnerar una regla elemental de la hermenéutica: la exégesis de una norma no puede llegar al resultado absurdo de vaciar de contenido otras del mismo rango contenidas en el mismo cuerpo legal: si entendiésemos que el art. 17.3 LA autoriza de forma implícita, sin restricción alguna, a dispensar a los árbitros *ex ante* de toda posible causa de abstención, estaríamos dejando a la libre voluntad de las partes la posibilidad de reducir a la nada dos mandatos legales inequívocamente imperativos: los contenidos en los arts. 15.2 y 17.1 LA. Y máxime cuando esos tres preceptos admiten una interpretación perfectamente armónica, coherente con la mayor flexibilidad del **arbitraje** y con el hecho, innegable, de que la voluntad de las partes tiene una mayor virtualidad en la designación de los árbitros que si se tratara de concretar la competencia de un órgano judicial.

Así es: cuando la parte interviene de verdad en la designación de los árbitros, libérrimamente y no al modo en que se acepta una cláusula de adhesión, entonces entra en juego la aplicación del art. 17.3 LA, que, en esas circunstancias y sólo en esas, puede representar, es verdad, una atenuación del rigor del art. 15.2 LA, pero no hasta el extremo de permitir la dispensa de todas las causas de abstención, incluso de las concurrentes coetáneamente al nombramiento y durante el desarrollo del **arbitraje** hasta dictar el laudo. De lo contrario, no estaríamos ante un auténtico contrato de **arbitraje**, convenido con el respeto al principio de igualdad que la Ley exige, sino ante una posición de predominio y de abuso de una parte sobre otra, incompatible con un consentimiento arbitral válido.

Estos postulados, por demás evidentes, han tenido el refrendo jurisprudencial, v.gr., entre otras, de las **SSTSJ Madrid 54/2014, de 24 de febrero** -roj STSJ M 12924/2014 ; **13/2015** , **de 28 de enero** -roj STSJ M 1286/2015 ; **70/2016** , **de 4 de noviembre** -roj STSJ M 11933/2016); **22/2017, de 23 marzo** -roj STSJ M 3278/2017 ; **33/2017, de 4 de mayo** -roj STSJ M 4765/2017 -; **5/2019, de 15 de febrero**-roj STSJ M 6284/2019 -; y, señaladamente, la **STSJ Madrid 28/2019, de 12 de septiembre (FJ 3º.1)** -roj STSJ M 6983/2019 , que venimos en parte transcribiendo.

(ii) También hemos señalado sobre la imparcialidad en el **arbitraje** y, en particular, sobre el alcance y contenido del deber de revelación de los árbitros - **y de las instituciones arbitrales** - que pueden tenerse en cuenta, de un



modo puramente indicativo, las causas de abstención previstas en el art. 219 LOPJ para Jueces y Magistrados. No obstante, dada la cláusula abierta del art. 17.3 LA, la Sala también pondera las **Directrices de la International Bar Association (IBA) sobre los Conflictos de Intereses en el Arbitraje Internacional**, adoptadas por Acuerdo del Consejo de la IBA de 23 de octubre de 2014; *Directrices* que analizan distintas situaciones del deber de revelación del árbitro, y determinan las consecuencias de la infracción de tal deber, *aunque ello no presuponga, claro está, la aceptación de tales consecuencias por la Sala, que habrán de ser analizadas en cada caso*. Y es que, como señalamos en la **Sentencia 46/2016, de 2 de junio** -FJ 2º-, esas *Directrices* carecen de valor normativo y no pueden prevalecer sobre el Derecho nacional aplicable ni sobre el reglamento de **arbitraje** que las partes hubieren elegido; al tiempo que, como se cuidan de precisar esas mismas *Directrices* - apartados 6 y 7 de su *Introducción* -, no pretenden ser exhaustivas.

Congruentemente, y a título ejemplificativo, la IBA señala distintas situaciones de parcialidad del árbitro - *extensibles, como hemos dicho, a las instituciones arbitrales en lo que les sea extrapolable*-, que en todo caso deben ser comunicadas, pero que se califican, unas de irrenunciables -por ser expresión del principio *nemo iudex in causa propria*-, y otras que, por el contrario, si expresamente comunicadas, pese a su importancia, podrían ser dispensadas por las partes *siempre que esa dispensa constase también de manera explícita*. La IBA ejemplifica esas situaciones en que el árbitro -y por extensión la entidad administradora del **arbitraje**- actúan como jueces en causa propia en el denominado Listado Rojo Irrenunciable. Las *Directrices* establecen a renglón seguido, otro Listado, el denominado Listado Rojo Renunciable (en caso de que las partes, conociendo el conflicto de intereses, explícitamente manifiesten su voluntad de que la persona que han elegido desempeñe funciones de árbitro), en el que recogen una enumeración no exhaustiva de situaciones específicas susceptibles de crear dudas acerca de la imparcialidad e independencia del árbitro. Junto a ellos, recoge la IBA un Listado Naranja, situaciones específicas, tampoco exhaustivas, que (dependiendo de los hechos o las circunstancias particulares del caso), a los ojos de las partes, pudieran crear dudas acerca de la imparcialidad o independencia del árbitro. Y, finalmente, un Listado Verde, con situaciones específicas que, desde un punto de vista objetivo, no son susceptibles de crear ni crean un conflicto de intereses.

Pues bien, interesa destacar, aunque por alguna de las Partes sea abiertamente negado, que **en el ámbito del arbitraje es comúnmente admitido, con toda lógica, que la enemistad manifiesta del Árbitro con los Letrados de alguna de las partes es un hecho que " puede crear dudas acerca de la imparcialidad o independencia del árbitro"**, de ahí su inclusión en el Listado Naranja - *apdo. 3.3.7-*, y la consiguiente obligación de revelación... Igualmente, las **Recomendaciones relativas a la independencia e imparcialidad de los árbitros del Club Español del Arbitraje** establecen como "circunstancia de abstención", que obliga a rechazar la propuesta para actuar como árbitro, la " **enemistad manifiesta con alguno de los abogados intervinientes en el arbitraje**" -§ 9(j).

La Sala repara, en este punto, en un dato tan objetivo como lógico: que, a diferencia de otros supuestos recogidos en el Listado Naranja de las *Directrices* de la IBA, la enemistad del árbitro con los Letrados no tiene una limitación temporal de tres años: la animosidad patente ha de ser actual, con independencia de cuándo haya surgido.

Por lo demás, no es ocioso recordar que las referidas *Directrices*, en sintonía en este punto con una muy reiterada doctrina jurisprudencial del TEDH -amén de los Tribunales Supremo y Constitucional de España-, establece el criterio de que **se consideran justificadas aquellas dudas "por las que una tercera persona con buen juicio y con conocimiento de los hechos y circunstancias relevantes del asunto llegaría a la conclusión de que, probablemente, la decisión del árbitro podría verse influida por factores distintos a los méritos del caso presentados por las partes..."** (Apartado 2(c) de la Parte I de las *Directrices*. **Se trata**, en definitiva -sobre ello habremos de reincidir-, **de que la duda fundada sobre la imparcialidad del juzgador trascienda de la mera conjetura** .

Con todo, aún hemos añadido las siguientes reflexiones sobre el deber de revelación, de nuevo de nuestra **Sentencia 28/2019** :

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



aportada por el árbitro, de las explicaciones que las partes puedan recabar -art. 17.2, 2º inciso LA- y de la prueba que se pudiera proponer y practicar al respecto en el seno del propio procedimiento arbitral.

Las consideraciones que acabamos de hacer aparecen muy acertadamente reflejadas en la Introducción a las Directrices de 2014 de la IBA, que identifica a la perfección la ratio iuris del art. 17.2 LA, equivalente al art. 12.1 Ley Modelo UNCITRAL, cuando dice:

"Hay una tensión, por una parte, entre el derecho que tienen las partes a conocer hechos o circunstancias que puedan dar lugar a dudas sobre la imparcialidad e independencia de un árbitro con el fin de proteger su derecho a un proceso con las garantías debidas, y, por otra, la necesidad de evitar recusaciones innecesarias contra árbitros con el fin de proteger el derecho de las partes a elegir árbitro libremente" -los énfasis son nuestros.

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

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

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

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

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

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

No se trata solo de que el árbitro o la Corte no reveladores puedan por ese hecho ser recusado o apartada respectivamente; se trata también, e incluso antes, de que el procedimiento arbitral ha de preservar la libertad de las partes en la designación de árbitros y de instituciones administradoras del arbitraje y su real posibilidad de acreditar la verdadera significación de un hecho que pueda suscitar dudas fundadas sobre el árbitro o la Corte a la vista de sus relaciones con una de las partes >> .

Y ello en el bien entendido de que la quiebra del deber de revelación... no puede verse excusada por el incumplimiento de un inexistente deber de investigación por la parte . No se puede convertir el deber de revelación en un deber de investigación -en esta línea nuestra **Sentencia 60/2017, de 27 de octubre** , roj STSJ M 14034/2017 . Sin prejuzgar la mayor o menor bondad de una eventual reforma legislativa en tal sentido, lo cierto es que en el estado actual de nuestro Ordenamiento -a diferencia, por ejemplo, del Derecho Suizo- es el árbitro el que tiene el deber de revelar: no asiste a la parte la carga de investigar sobre aquello que el árbitro tiene la obligación de descubrir. En tal sentido la **Norma General 7.d) de las Directrices IBA** señala que "es deber del árbitro realizar averiguaciones de manera razonable para identificar la existencia de posibles conflictos de intereses y de hechos o circunstancias que razonablemente puedan crear dudas acerca de su



imparcialidad e independencia. La omisión de revelar un posible conflicto de intereses no puede ser excusada por desconocimiento de su existencia, cuando el árbitro no haya realizado las averiguaciones correspondientes de manera razonable". Con mayor razón no podrá ser excusada la omisión de la revelación debida cuando quepa presumir que el Árbitro conoce lo que no revela...

Tampoco cabe olvidar -lo destaca nuestra citada Sentencia 60/2017 - que existe general anuencia -de la que son expresión las propias Directrices IBA- en que el Árbitro propuesto y, con mayor razón, si es nombrado, debe desplegar una máxima diligencia en la ponderación e investigación de los extremos que debe revelar, habiendo de resolverse cualquier duda que surja acerca de si un árbitro ha de desvelar algún hecho o circunstancia a favor de su revelación -Norma General 3.d) IBA.

En ocasiones se ha dicho en sede doctrinal, con hondo calado jurídico, que " *el Árbitro debe considerar su deber de revelación desde la perspectiva, más estricta, de las partes* " (Alonso Puig, J.M^a). Esta aseveración, plenamente compartida, viene muy a cuento en el presente caso, vistas las consideraciones supra efectuadas sobre el sentido y alcance del art. 17.2 LA, que es trasunto del art. 12,1 de la Ley Modelo UNCITRAL.

Cierto que ha habido ocasiones -v.gr., las ya citadas SSTSJ Madrid 54/2014 y 13/2015- en que la infracción del deber de revelación era totalmente inane al no constar acreditada, ni siquiera indiciariamente, relación alguna del árbitro con las partes intervinientes en el **arbitraje**, o ser ésta tan lateral e inconsistente que no permitía, en recta razón, cuestionar la apariencia de imparcialidad o de independencia del árbitro. En rigor, en casos semejantes no hay quiebra del deber de revelación porque nada hay que revelar. Otras veces hemos manifestado que el Árbitro, de haber concurrido los hechos aducidos por el solicitante de anulación, debería haberlos revelado, pero que, *in casu*, la prueba practicada no permitía entender acreditados tales hechos -v.gr., en nuestra **Sentencia 46/2016, de 2 de junio** -FJ 3º,roj STSJ M 6626/2016 .

En este contexto es en el que hemos dicho que no toda infracción del deber de revelación puede llevar a la nulidad del Laudo por quiebra de la debida imparcialidad; en este contexto es en el que hemos señalado que el incumplimiento de la obligación de comunicar a las partes las circunstancias que pudieran dar lugar a dudas sobre su imparcialidad no implica la automática apreciación de pérdida de imparcialidad ni la nulidad del laudo.

Ahora bien; *la quiebra del deber de revelación no adquiere relevancia solo cuando denota, indica o significa objetivamente la falta de imparcialidad o independencia* (FJ 7º, STSJ Madrid nº 61/2015); el art. 17.2 LA no dice eso sino que conecta el deber de revelación con " *las dudas justificadas sobre la imparcialidad e independencia del árbitro*": basta la duda justificada sobre la imparcialidad -lo que, por cierto, es incluso más laxo que la " *aparencia fundada de parcialidad*" - para que el deber de revelación sea tal, y su infracción tenga consecuencias anulatorias ya sea en aplicación del art. 41.1.f) LA, ya, en su caso, por el cauce del art. 41.1.d) LA.

Si no hemos de reducir a la inoperancia -casi a supuestos de laboratorio- un precepto tan importante como es el art. 17.2 LA -trasunto del art. 12.1 Ley Modelo UNCITRAL-, no debemos, creo, sentar la premisa de que su infracción solo es relevante a efectos anulatorios si, en un juicio de probabilidad efectuado a posteriori y sin práctica de prueba que permita precisar el alcance de lo no revelado -teniendo lo callado entidad indiciariamente demostrativa de que han podido existir relaciones profesionales o personales del Árbitro con una de las partes o algún otro motivo generador de la duda sobre su imparcialidad-, llegamos a la inequívoca conclusión de que lo no revelado compromete la apariencia de imparcialidad o la independencia del Árbitro. Si lo no desvelado por el Árbitro, dolosa o negligentemente, tiene entidad suficiente como para suscitar dudas razonables sobre su ecuanimidad y/o independencia -que no se traduce solo en los eventuales intereses económicos del árbitro-, el procedimiento arbitral no se habrá desarrollado con las debidas garantías y el Laudo, así dictado, debe ser anulado, salvo que resulte acreditada la mala fe de la parte recurrente...

Cfr. en esta línea v.gr., la **STEDH de 20 mayo de 2021, asunto Beg S.P .A. c- Italia** (5312/2011), sobre el ámbito del deber de revelación y la trascendencia de su infracción, que entraña una correlativa lesión del art. 6.1 CEDH en cuanto suscita dudas fundadas sobre la apariencia de imparcialidad, sin que, con toda lógica, el TEDH establezca otro requisito que el denunciar el hecho no revelado con la debida diligencia desde que se ha tenido conocimiento de él.

(iii) Por último, conviene recordar algo que esta Sala viene señalando con reiteración, entre otras, en las sentencias ya citadas, y al menos desde nuestra **Sentencia 56/2013, de 9 de julio** (roj STSJ M 8245/2013), a saber: que " *la verificación de la falta de imparcialidad alegada, como la verificación de la vulneración del orden público en que cabe incluirla, debe constatarse in casu , tal y como enseña, entre muchas, la STC 236/97 , comprobando la real y efectiva contaminación o eliminación de la imparcialidad objetiva y subjetiva que resulta exigible a los miembros de los órganos decisorios de controversias dentro de una sociedad democrática, así como la efectiva desaparición de esa necesaria apariencia más allá de las meras sospechas o de presunciones basadas en indicios no concluyentes, incapaces de destruir a su vez la presunción de imparcialidad que ha de predicarse de los órganos decisorios, ya sean éstos de naturaleza jurisdiccional, ya integrados en una institución*

*arbitral o que participen de esa naturaleza". Postulado igualmente claro -también lo hemos señalado, v.gr., en la **S. 13/2015, de 28 de enero** (FJ 3)-, respecto del cuestionamiento de la neutralidad de una Corte de **Arbitraje**, que tiene que sustentarse en razones objetivas, en motivos que, considerados con idéntica objetividad, más allá de las conjeturas o de las meras sospechas de quien recusa, sean aptos para comprometer la debida ecuanimidad de la Corte, atendidas las circunstancias del caso concreto.*

En esta misma línea de pensamiento y en contra de lo que afirma la contestación a la demanda de INECO, no podemos sino afirmar de forma categórica que, al igual que sucede en el ámbito propiamente jurisdiccional, **respecto de los árbitros también ha de predicarse la presunción iuris tantum de imparcialidad** -v.gr., **STC 12/2023, de 6 de marzo**, FJ 3º.B-; incluso en cierto sentido ampliada esa presunción, por contraposición a la afirmación como premisa de la imparcialidad judicial, por el mucho mayor juego de la autonomía de la voluntad de las partes en la designación de los árbitros, quienes, con las limitaciones expresadas supra, pueden confirmar el nombramiento pese a la concurrencia de ciertos motivos de recusación que, por conocidos ex ante y admitidos, puedan resultar renunciables...

En palabras muy ilustrativas de la *STEDH de 10 de junio de 1996*, dictada en el asunto *Pullar (Recueil des arrêts et décisions, 1996-III, p. 793, § 32)*: "El principio según el cual se debe presumir que un tribunal está exento de prejuicio o de parcialidad... refleja un elemento importante de la preeminencia del Derecho, a saber: que el veredicto de un tribunal es definitivo y con fuerza obligatoria, a no ser que sea revocado por una jurisdicción superior por vicios de procedimiento o de fondo. Este principio debe aplicarse de la misma forma a todas las clases de tribunales, también a los integrantes de un Jurado... Incluso si en determinados casos, como el presente, puede resultar difícil aportar pruebas que permitan desvirtuar la presunción, el requisito de la imparcialidad objetiva supone, conviene recordarlo, una importante garantía adicional".

Ninguna razón aprecia este Tribunal para no aplicar en el ámbito del **arbitraje** la consolidada doctrina del TEDH -ya hemos citado supra su Sentencia de 20 de mayo de 2021- en cuya virtud "**la imparcialidad de un juez o un tribunal debe presumirse en tanto no haya prueba en contrario**" y que el punto de vista de quien recusa es importante pero no es decisivo, porque lo decisivo es si las dudas sobre la imparcialidad del juez están objetivamente justificadas" (Upite c. Lituania - STEDH de 1 de septiembre de 2016, § 30. Es preciso, pues, que "**existan dudas objetivamente justificadas**; es decir, **exteriorizadas y apoyadas en datos objetivos** que hagan posible afirmar fundadamente que el juez no es ajeno a la causa o permitan temer que, por cualquier relación con el caso concreto, no va a utilizar como criterio de juicio el previsto en la ley, sino otras consideraciones ajenas al ordenamiento jurídico... Y, aun cuando en este ámbito las apariencias son muy importantes porque lo que está en juego es la confianza que los tribunales -también los arbitrales- deben inspirar a los ciudadanos en una sociedad democrática, *no basta con que tales dudas o sospechas sobre la imparcialidad surjan en la mente de quien recusa, sino que es preciso determinar caso a caso si las mismas alcanzan una consistencia tal que permitan afirmar que se hallan objetiva y legítimamente justificadas.* Tal es el persistente criterio del TEDH desde su primera jurisprudencia hasta el día de hoy (v.gr., entre muchas, S TEDH de 1 de octubre de 1982, caso Piersack; de 26 de octubre de 1984, caso De Cubber; de 24 de mayo de 1989, caso Hauschildt; de 29 de agosto de 1997, caso Worm; de 28 de octubre de 1998, caso Castillo Algar; de 17 de junio de 2003, caso Valero...; de 6 de noviembre de 2018, caso Otegui Mondragón, §§ 52 a 57)

Es éste un postulado también inveterado en la doctrina constitucional española. Cfr., entre las más recientes, las **SSTC 12/2023, de 6 de marzo** -FJ 3º- y **121/2021, de 2 de junio** -FJ 6º.1; y el **ATC -Pleno- 156/2022, de 16 de noviembre** -FJ 2º.C-.

Tampoco está de más recordar, vista la causa de abstención que expresamente se invoca en la demanda de anulación, que es aceptado por la práctica totalidad de la doctrina y por la más acrisolada jurisprudencia que, para determinar si se está ante una amistad o enemistad que constituya motivo de abstención, hay que acudir al criterio de lo "*socialmente relevante, según la vida ordinaria y común de las gentes*" -en plástica locución de la *STS de 5 de marzo de 1894 (R.G.L.J., T. 52, nº 128)*; cfr. también la *STS de 17 de enero de 1964 (Ar. 248)*-.

Cuando la Ley exige que la enemistad sea *manifiesta* no alude sólo a la enemistad que se exterioriza, que es conocida de la generalidad o de un sector de la sociedad; pese al epíteto empleado, no se discute que tal motivo de abstención también da cobertura a la animadversión real y seria, aunque resulte encubierta -así, desde antiguo, las *SSTS (2ª) de 11 de julio de 1956 [Ar. 2567]* y *6 de diciembre de 1963 [Ar. 4890]*.

La aversión ha de ser grave, de modo que no basta la falta de cordialidad o la tirantez en el trato social. Esa antipatía tiene que resultar de una intensidad tal que se pueda traducir en un prejuicio hostil.

La relación inamistosa debe ser personal, aunque no necesariamente recíproca.

Y, desde luego, como regla, las desavenencias han de tener su origen en relaciones extraprocesales: en principio, pues, no cabe fundar la enemistad manifiesta en el quehacer jurisdiccional o arbitral, aun cuando



éste sea perjudicial, molesto o desagradable para la parte; más aún, incluso en la hipótesis de que el juzgador haya dictado resoluciones erradas en Derecho y contrarias al litigante, éste no podrá acreditar la enemistad manifiesta sobre esa sola base y llevar al ámbito de la recusación lo que es propio del régimen de recursos o, en su caso, de actuaciones penales por prevaricación. No obstante, a veces se ha entendido que la contumacia del juzgador en dictar " *resoluciones sistemáticamente adversas, infundadas, irrazonadas y desacertadas, puede evidenciar por sí sola, en casos excepcionales, el apasionamiento hostil, la animosidad y el encono intra-procesales que aconsejen sustituir al Juzgador por otro más sereno, ecuaníme y mesurado, de cuya imparcialidad y neutralidad no quepa recelar ni dudar...*" -Son palabras de la STS de 28 de junio de 1982 (Ar. 3581); cfr. también, v.gr., las SSTS de 22 de abril de 1983 (Ar. 2300) y 21 de diciembre de 1984 (Ar. 6596).

Por lo demás, no ignora este Tribunal que, comúnmente, la jurisprudencia patria -no así la más flexible del TEDH por la importancia que concede a las apariencias- ha efectuado una exégesis restrictiva de esta causa de abstención, ciñéndola a la amistad íntima o a la enemistad manifiesta entre el Juez -léase también Árbitro- y las partes litigantes propiamente dichas, no comprendiendo por tanto la desafección con sus letrados y representantes procesales... [v.gr., FJ 2º **STS 847/2022, de 28 de noviembre**, roj STS 4417/2022); y **AATC 226/1988** (FJ 2º) y **117/1997** (FJ Único.a)]; y ello con el argumento de que la imparcialidad se predica respecto de las partes que impetran la tutela judicial...

Se hace así supuesto de la cuestión: como si la imparcialidad misma no pudiera verse en entredicho desde un punto de vista subjetivo -tal es la naturaleza de la causa ahora examinada- por la animadversión del llamado a juzgar o a laudar con el defensor de una de las partes... No cabe olvidar aquí la obligada flexibilidad exegética que el derecho a un proceso debido demanda en esta materia, donde, como es de sobra sabido, "incluso las apariencias pueden revestir importancia; según un adagio inglés, citado particularmente en la *sentencia Delcourt de 17 de enero de 1970* -Serie A, nº 11, apdo. 31- ' *no sólo debe hacerse justicia, sino parecer que se hace*".

Este postulado es particularmente evidente en el ámbito del **arbitraje**, donde como hemos reseñado supra, resulta aceptado que la *enemistad manifiesta del Árbitro con los Letrados de alguna de las partes* es un hecho que " *puede crear dudas acerca de la imparcialidad o independencia del árbitro*", de ahí su inclusión en el Listado Naranja de las Reglas IBA - apdo. 3.3.7-, y la consiguiente obligación de revelación... Igualmente, las *Recomendaciones relativas a la independencia e imparcialidad de los árbitros del Club Español del Arbitraje* establecen como " *circunstancia de abstención*", que obliga a rechazar la propuesta para actuar como árbitro, la " *enemistad manifiesta con alguno de los abogados intervinientes en el arbitraje*" -§ 9(j).

No se pueden ignorar en este sentido varios factores que están en la base de esta admisión y de la conformación misma del deber de revelación: de un lado, que los árbitros no gozan del estatuto de los Jueces y Magistrados, pre-ordenado subjetiva y funcionalmente a la salvaguarda de su independencia e imparcialidad; de otro lado, la flexibilidad misma del **arbitraje** y el juego de la autonomía de la voluntad en la designación de árbitros, siendo un número muy significativo de ellos abogados en ejercicio... Ambos factores explican que tanto en el plano subjetivo, como en el objetivo y en el de las apariencias, sea del todo posible que la imparcialidad del árbitro pueda verse comprometida por el afecto o desafecto personales, de origen profesional o no, con otros compañeros que en el seno del **arbitraje** actúen como Letrados, de modo que pueda resultar objetivamente comprometida la confianza del justiciable en la ecuanimidad o neutralidad del árbitro...

2. Decisión de la Sala.

Llama la atención de este Tribunal que RENFE argumente sobre la parcialidad y falta de independencia del Árbitro sin la menor referencia a los argumentos expresados por la CEA para desestimar las dos recusaciones formuladas por INECO, RENFE y ADIF. Resoluciones desestimatorias de la que solo acompaña la primera, de 7 de mayo de 2019 -doc. 9.

Siendo competencia del Pleno de la Corte administradora del **Arbitraje** la de resolver sobre los incidentes de recusación -art. 9.5 Estatutos de la CEA, art. 13 RCEA y arts. 14, apartados 2 y 4 LA-, es evidente que esta Sala no puede menos de analizar el contenido de esas resoluciones para así verificar si el Laudo impugnado se ha dictado con inobservancia del art. 17 LA y con la correlativa infracción de su art. 41.1.f).

(1). La RCEA de 7 de mayo de 2019 comienza reseñando la " *declaración de independencia e imparcialidad*" del Sr. Balbino, de fecha 15 de marzo de 2019, de la que, en lo que ahora importa, cumple destacar que el Árbitro da cuenta de su paso por el *Bufete Uría-Menéndez* en los siguientes términos (§ 2.4):

"De 2002 a 2011, con un paréntesis de un año que pasé en la Escuela de Derecho de Yale, presté servicios como abogado en Uría Menéndez, trabajando, sobre todo en el equipo liderado por D. Jose Luis. Mi paso por Uría Menéndez, intensamente formativo, concluyó mediante acuerdo transaccional al amparo del art. 1.809 del Código Civil. Como decía más arriba, desde entonces nos hemos encontrado defendiendo a partes



contrarias en diversos procedimientos arbitrales; dentro y fuera de estos procedimientos, la relación ha sido siempre respetuosa y cordial, como es de rigor entre abogados que desarrollan su actividad en el mismo ámbito profesional".

Requerido por RENFE -19.03.2019-, con la adhesión de ADIF, para que el Árbitro informe a las partes sobre si ha trabajado o colaborado con empresas o despachos de abogados, el Sr. Balbino reitera que trabajó en Uría-Menéndez de 2002 a 2011... y que recuerda que " *INECO era cliente en mis últimos años en el despacho, pero nunca representé a esa sociedad en procedimiento alguno ni llegué siquiera a conocer a sus representantes o abogados internos...*".

INECO formula recusación por enemistad manifiesta por los motivos que consigna RENFE en su demanda y recoge la CEA en su Resolución: hubo un genuino despido por incompetencia profesional no reconocida por el Sr. Balbino, quien no revela el verdadero alcance del acuerdo transaccional en su día alcanzado.

Antes de proseguir con la reseña de la Resolución CEA desestimatoria de esta primera recusación, la Sala no puede menos de poner de manifiesto que **aquí no existe en absoluto una quiebra del deber de revelación, sino algo que, en rigor, es distinto: hay una patente disparidad de apreciación entre el árbitro y los recusantes sobre el alcance y modo de terminación de la relación profesional del Sr. Balbino con el bufete U-M, pero éste no oculta su trabajo durante 9 años en ese despacho: digamos que, en rigor, hablar aquí de infracción del deber de revelación es hacer supuesto de la cuestión: primero se ha de establecer si se acredita que la ruptura de la relación profesional fue en tan malos términos que generó la enemistad manifiesta, causa de abstención patente, y que, de concurrir, convierte en totalmente irrelevante el hecho de la no revelación de esa animadversión ...**

La CEA desestima esta primera recusación, ante todo, por no entender probada la enemistad alegada. Y lo hace en los siguientes términos:

<<a) Primero: el acuerdo mediante el que el Prof. Balbino y el despacho Uría Menéndez pusieron fin de mutuo acuerdo a su relación laboral no permite apreciar enemistad entre el Árbitro Único y su antiguo despacho o albergar dudas justificadas al respecto. En efecto, la prueba aportada por INECO sobre la extinción del contrato de trabajo en cuestión no acredita, ni permite suponer con un mínimo fundamento, que el final de la colaboración entre abogado y despacho desembocara en una enemistad ni que, en su caso, esa enemistad **siga viva** a día de hoy.

b) Segundo: la decisión de Uría Menéndez de no admitir al Prof. Balbino en su *Programa Alumni* tampoco demuestra la existencia de animadversión de este hacia la firma de abogados en la que trabajó nueve años. Las **comunicaciones entre el Árbitro y el personal de Uría Menéndez** aportadas al respecto por INECO muestran un tono cordial y no revelan el menor atisbo de resentimiento, tensión o frialdad propio de las situaciones de enemistad.

c) Tercero: han transcurrido ocho años entre los hechos sobre los que INECO fundamenta la alegada enemistad y el nombramiento del Prof. Balbino como árbitro. No hay prueba, entre la aportada por INECO, que sugiera que cualquier desencuentro que pudiera haber tenido lugar entonces -y que en todo caso no ha sido acreditado - **siga proyectando sus efectos en la actualidad** . En este sentido, y como acertadamente señalan las Demandadas en su escrito de 1 de abril de 2019, ni las Directrices IBA ni las Recomendaciones CEA recogen ninguna circunstancia que pueda comprometer la independencia o imparcialidad de un árbitro transcurridos más de tres años, lo que refleja la relevancia de la dimensión temporal en el enjuiciamiento de cualquier causa de recusación de esta naturaleza >>.

Una breve acotación a estas últimas aseveraciones reiterando algo ya dicho: no acierta la CEA cuando se refiere a que ninguna circunstancia puede comprometer la independencia o imparcialidad transcurridos más de tres años: ese plazo que, quizá, pudiera predicarse de las relaciones profesionales, no es de recibo, en absoluto cuando de enemistad manifiesta se trata, que, como la experiencia demuestra, puede acrecentarse con el paso del tiempo. Por eso hemos dicho supra que "la Sala repara, en este punto, en un dato tan objetivo como lógico: que, a diferencia de otros supuestos recogidos en el Listado Naranja de las Directrices de la IBA, la enemistad del árbitro con los Letrados no tiene una limitación temporal de tres años: la animosidad patente ha de ser actual, con independencia de cuándo haya surgido".

La CEA reflexiona a continuación, con pleno acierto, sobre la carga de la prueba de la recusación. También lo hemos dicho ex profeso en sede de parámetros de enjuiciamiento frente a alguno de los alegatos vertidos en esta alzada: la imparcialidad del Árbitro, como la del Juez, se presume y asiste la carga de probar la concurrencia del motivo de abstención a quien lo alega: la quiebra de la apariencia de imparcialidad debe acreditarse más allá de las simples conjeturas, de las apreciaciones subjetivas de las partes; ha de fundarse en criterios que sean calificables como objetivos. En palabras del TEDH ya repetidas supra: " *el punto de vista*



de quien recusa es importante pero no es decisivo, porque lo decisivo es si las dudas sobre la imparcialidad del juez están objetivamente justificadas" (*Upite c. Lituania* - STEDH de 1 de septiembre de 2016, § 30. Es preciso, pues, que " **existan dudas objetivamente justificadas**; es decir, **exteriorizadas y apoyadas en datos objetivos** que hagan posible afirmar fundadamente que el juez no es ajeno a la causa o permitan temer que, por cualquier relación con el caso concreto, no va a utilizar como criterio de juicio el previsto en la ley, sino otras consideraciones ajenas al ordenamiento jurídico...

Y en este punto es evidente de toda evidencia que asiste la razón a la CEA cuando afirma que el hecho de *la desvinculación laboral del árbitro con el bufete que defiende a INECO y su no incorporación al Programa Alumni no permite per se apreciar el surgimiento y la **persistencia** durante más de 8 años de una enemistad manifiesta*, esto es, de una animadversión sería, grave, persistente y con una intensidad con virtualidad para generar algún prejuicio hostil.

A partir de aquí, la CEA integra su argumentación con un examen de la prueba aportada por el Árbitro. A juicio de la CEA, " *esa prueba revela la existencia de una relación profesional cordial y fluida, difícilmente compatible con una relación presidida por la enemistad*". Dice la CEA:

<<a) La relación laboral entre el Prof. Balbino y el despacho Uría Menéndez quedó "totalmente extinguida, saldada y finiquitada" -doc. R-2 de la recusación, pág. 2- mediante acuerdo transaccional de fecha 4 de abril de 2011. El acuerdo se firmó, por tanto, el mismo día en que está fechada la carta de despido del Prof. Balbino. Este acuerdo -revelado por el Sr. Árbitro en su declaración de independencia e imparcialidad- puede considerarse como una forma habitual de terminación de las relaciones laborales en el sector legal en España, tal y como indican las Demandadas en su escrito de 1 de abril (p. 2). La firma de este acuerdo en unidad de acto con la entrega de la carta de despido excluye de raíz la judicialización del asunto y, por tanto, la causa más frecuente de deterioro de las relaciones en estos escenarios.

No es por tanto correcto afirmar, sin más, que " *la relación entre UM y el Sr. Balbino finalizó por despido a pesar de llevar 9 años como abogado en el Despacho* " (con la carga emocional que se atribuye en ocasiones al despido), pues es el *acuerdo transaccional* -suscrito en la misma fecha de la carta de despido y, por tanto, sin posibilidad siquiera de pleito previo- el que efectivamente extingue, salda y finiquita la colaboración del Prof. Balbino con UM.

b) Por otra parte, la inadmisión del Prof. Balbino en el *Programa Alumni UM* no sugiere enemistad ni antagonismo, especialmente cuando no constan en las comunicaciones aportadas por INECO las causas que motivaron aquélla, o reacción alguna de contrariedad, frustración o enojo por parte del Árbitro. De hecho, la naturalidad con la que el árbitro se dirige a Uría Menéndez en junio de 2012 (*vid.* documento R-3 de la Recusación) para interesarse sobre el particular es síntoma de una relación correcta y respetuosa.

c) Por lo demás, la documentación presentada por el Sr. Árbitro revela la existencia de una relación profesional, cordial y fluida, que responde a los cánones habituales en la abogacía y, en particular, en la comunidad arbitral. Así se desprende de:

(i) Las **invitaciones** dirigidas por el Árbitro a sus antiguos compañeros de despacho para participar en actividades académicas del IE en 2012, poco después de firmarse el acuerdo supuestamente generador de enemistad (*vid.* documentos 7-10 acompañados al escrito de alegaciones del Árbitro).

(ii) Las **recomendaciones de alumnos** del IE del Prof. Balbino para que se incorporen a UM, algo, de nuevo, incompatible con una situación de enemistad (*vid.* documentos 7-10 acompañados al escrito de alegaciones del Árbitro).

(iii) El **envío de publicaciones académicas del Árbitro** a socios del despacho Uría Menéndez, incluido el Sr. Jose Luis, firmante de la recusación, en noviembre de 2017 (*vid.* documento 2 acompañado al escrito de alegaciones del Árbitro).

(iv) Los afectuosos mensajes y felicitaciones cruzados entre el Árbitro y socios de Uría Menéndez, incluido el Sr. Jose Luis, varios de ellos de fechas recientes (*vid.* documentos 1, 3 y 4 acompañados al escrito de alegaciones del Árbitro, que incluyen comunicaciones de 2017 y 2018), cuyo tono de cordialidad no ofrece la menor duda. Basta reproducir, por todos, el siguiente intercambio de mensajes. Acompañado como documento 1 al escrito del Árbitro):

"De: " Jose Luis "

DIRECCION000

Asunto: RE: Gracias

Fecha: 18 de enero de 2017, 21:58:42 CET



Para: Balbino < DIRECCION001 >

Querido Balbino :

Muchas gracias por tu e-mail.

Me alegro mucho de tus muy merecidos éxitos.

Te agradezco tus palabras, que valoro mucho.

Espero que nos veamos pronto por estos mundos arbitrales y procesales.

Un abrazo,

Juan Francisco

De: Balbino [mailto: DIRECCION001]

Enviado el: miércoles, 18 de enero de 2017 11:18

Para: Eusebio ; Ignacio ; Jose Luis

Asunto: Gracias

Queridos Eusebio , Ignacio y Juan Francisco :

Espero que todo siga bien y que el 2017 traiga muchas cosas buenas.

Os escribo para compartir con vosotros la pequeña alegría de verme citado en primer lugar entre los arbitralistas de mi generación en

España

(<http://whoswholegal.com/news/analysis/article/33571/arbitrationfutureleaders-2017-analysis/> y haber sido nombrado vocal de la

Sección de Procesal de la Real Academia de Jurisprudencia y

Legislación (<http://www.rajl.es/organizacion/seccionesrajl.aspx>).

Con cada uno de vosotros aprendí la mayor parte de lo que sé y, en

buena medida, por vosotros soy lo que soy como abogado, así que

me he animado a mandaros estas palabras de agradecimiento. El

tiempo va filtrando la memoria y deja el vivo recuerdo de todo lo

bueno. Así veo yo mis años en UM al echar la vista atrás: con cariño

y gratitud.

Un abrazo con mis mejores deseos,

Balbino >>.

De todo lo cual concluye la CEA que "considera probado que la relación entre el Árbitro y su antiguo despacho, Uría Menéndez, sólo puede calificarse de respetuosa y cordial, y conforme por tanto con los usos y exigencias propias de la condición de abogado. De hecho, el grado de cercanía que las comunicaciones transcritas revela no está lejos del que podría empezar a incomodar -por exceso de sintonía- al resto de partes".

La Sala verifica, en esta misma línea de argumentación de la CEA, que todo apunta a que el Árbitro Único mantenía una buena relación:

(a) con los fundadores de Uría y Menéndez, quienes le invitaban a su domicilio particular tras su salida del despacho, o le invitaron a participar en eventos en la sede de Uría y Menéndez como Keynote Speaker (orador principal);

(b) con el despacho y con los letrados de Uría y Menéndez que han representado a INECO en el arbitraje, con los que mantenía una relación presidida, al menos, por una evidente cortesía, de lo que da muestra el intercambio de multitud de comunicaciones.

Nos remitimos, sin ánimo exhaustivo, a los docs. 4, 5, 6, 7, 9, 10, 11, 12, 13 y 14 de la contestación de OHLA.



La enemistad manifiesta aducida con apoyo en este primer orden de consideraciones -malas relaciones entre el Árbitro y el bufete Uría-Menéndez y sus Letrados- resulta por completo indemostrada en su origen y menos aún en su persistencia en el momento de laudar. El razonamiento de la CEA es plenamente cabal, ajustado al contenido objetivo de la prueba que pondera, por completo ajeno a cualquier atisbo de arbitrariedad y llega a conclusiones plausibles y congruentes en buena lógica con la prueba valorada; además el raciocinio transcrito se funda en datos objetivos que no son de mera elaboración unilateral, sin que sea desvirtuado por un discurso, el de la actora y demás codemandados que a ella se suman, que en buena parte, ya lo hemos dicho, obvia el examen de ese acervo probatorio.

La falta de prueba de la enemistad manifiesta sustentada en las previas relaciones profesionales del Árbitro con el precitado despacho es tan patente que su alegato, vista la prueba obrante al respecto y su ponderación por la CEA, raya en la temeridad.

(2). Tampoco es expresión suficientemente demostrativa de esa pretendida animadversión o, más ampliamente, de la quiebra de la apariencia de imparcialidad el uso de las expresiones que consigna RENFE de la *Carta del Árbitro de 29 de octubre de 2021* -doc. 15; conclusión que hacemos extensiva a las locuciones que emplea la *Carta de 12 de mayo de 2021* -doc. 7 de la contestación de INECO. Hemos reproducido dichas expresiones supra FJ 2º.1, apartados (i) y (ii), que recordamos ahora en pro de la mejor comprensión de nuestra subsiguiente argumentación.

El § 24 de la demanda de RENFE recoge las que juzga ser expresiones más reprobables, que estima referidas " a las partes procesales que habían denunciado la (extemporánea) admisión del informe pericial de CROWE -evacuado a instancia de OHLA- y la inadmisión de pruebas -en el caso de RENFE un simple certificado de actualización de cantidades-. Las afirmaciones cuestionadas del Árbitro son las siguientes:

" Va emergiendo, con trazos ya bien visibles, un patrón reconocible en la estrategia procesal de algunas partes: el permanente afán por restringir la actividad probatoria ajena. Que suele salpimentarse, además, con abundante rasgado de vestiduras, acusaciones de manías y enchufes, invocación de principios procesales esenciales, ceñidas advertencias de anulación del laudo".

Por su parte INECO, al contestar a la demanda de RENFE, añade a lo ya argüido por RENFE la referencia a la *Carta de 12 de mayo de 2021* - doc. nº 7 - en la que también se contendrían expresiones veladamente referidas a INECO, ADIF y RENFE, acusándolas de " restringir de forma preventiva, con severidad draconiana y por ello injusta, el derecho a la prueba", utilizando, según el Árbitro, un " tono áspero y desabrido"... Expresiones éstas que, unidas a las *Carta de 29 de octubre de 2021*, revelarían " un patrón de conducta del todo incompatible con la probidad y prudencia que le es exigible a un árbitro" -§§ 50, 51 y 55 de la contestación.

La Sala conviene con la demanda de RENFE en la evidencia de que, en hipótesis de todo punto inaceptable, un Árbitro, como un Juez, puede emitir al resolver expresiones vejatorias, injuriosas, claramente inapropiadas o que injustificadamente cuestionen la ética procesal de alguna de las Partes, o incluso de todas...-que, de producirse, en el caso de los Jueces sería sancionable conforme al art. 418.6 LOPJ. Tampoco es discutible que esa realidad puede patentizar, atendidas las concretas circunstancias de cada caso, una quiebra de la apariencia de imparcialidad o, lisa y llanamente, la falta de idoneidad del Árbitro para el desempeño de la función que se le ha encomendado. Sin embargo, no es menos evidente que el Árbitro, como el Juez, en ocasiones está llamado a poner de relieve -no decimos que sea el caso- la mala fe o la temeridad del litigante, y que ello, sin incurrir en expresiones inapropiadas, puede justificar o incluso exigir el empleo de palabras que, sin faltar al respeto debido, expresen con la suficiente claridad, severidad y contundencia, precisamente en pro de lo que la Justicia demanda, la realidad de esa mala fe o de la conducta procesalmente temeraria.

También es cierto que, en lo que concierne al uso de esas expresiones supuestamente demostrativas de la apariencia de parcialidad del Árbitro, la Resolución del Pleno de la CEA de 15 de noviembre de 2021, desestimatoria de la segunda recusación -la formulada por ADIF, a la que se adhieren INECO y RENFE-, es muy parca en su motivación: tras recomendar, " en aras al buen desarrollo del procedimiento, que el Sr. Árbitro Único o cualquiera de las partes evite todo tipo de calificación o expresión inapropiada e innecesaria... - expresiones o manifestaciones de contenido subjetivo", instando a la asepsia, objetividad y contención en sus consideraciones, se limita a decir que " la Corte no aprecia que las (expresiones sometidas a su consideración) constituyan una causa de recusación" (§§ 60 y 61).

La Sala echa de menos en la Resolución de la CEA y en la demanda de RENFE el debido examen contextualizado de las expresiones que se reprueban. Sí lo encontramos, por el contrario, en ciertos aspectos que pone de relieve, por ejemplo, la contestación a la demanda de OHLA -en sintonía también con la de " *Las Agrupadas*"- y que esta Sala verifica con la documental obrante en autos. Ese análisis contextual de los párrafos transcritos debe efectuarse, ante todo y sobre todo, con referencia al conjunto de lo argüido y resuelto por el Árbitro en la *Carta de 29 de octubre de 2021*.



En este sentido, aunque padezca una brevedad ya maltrecha, nada menor que dar en cuenta en su propios términos de aquel contenido de la *Carta de 29 de octubre de 2021* que concierne a los concretos extremos que estamos examinando, no sin precisar desde el primer momento que las expresiones controvertidas se vierten en referencia a la admisión de prueba testifical, y no de la pericial propuesta por OHLA denominada "*Informe Crowe*". Dice la precitada Carta de 29 de octubre de 2021:

<<1. Testifical de D. Eutimio y D. Everardo

El escrito de INECO, al que se adhieren ADIF, RENFE y CONSULTRANS-IMATHIA, parte de una premisa errónea: que el Árbitro haya modificado una regla procesal antes vigente. No es así en absoluto.

En efecto: ninguna de las partes cuestiona la posibilidad de proponer la declaración de testigos que no hayan presentado previamente declaración escrita, según lo dispuesto en la Orden Procesal ? 1 (¶ 37):

Si no se tiene acceso a un testigo o éste no desea presentar declaración escrita, se podrá solicitar justificadamente al Árbitro que le cite para ser interrogado en la audiencia. En este caso, se deberá precisar, al presentar la solicitud, los extremos sobre los que pretende interrogar al testigo, para que las demás partes puedan presentar oportunamente testigos de refutación.

Pues bien, las recurrentes en reposición -si se nos permite la analogía- vienen a mantener que el siguiente inciso de la carta explicativa de 12 mayo de 2021 derogó tácitamente la regla anterior, siquiera en lo sucesivo (pág. 3):

Leídas las alegaciones de ayer -y releídas las de la semana pasada, en especial el ¶ 4 del escrito de INECO de 7 de mayo-, se hace necesario aclarar un extremo. El trámite de proposición de prueba en ningún caso ha pretendido incluir la aportación de prueba adicional [las cursivas son del original]. Se trata sencillamente de manifestar de qué medios de prueba pretende valerse cada parte cara a las audiencias: testigos, peritos, documentos, etc. Pero todas las declaraciones, informes y documentos de que pretenda valerse cada parte deberán obrar ya en las actuaciones, introducidos en el momento procesal oportuno.

Precisamente por ello no cabe ubicar este trámite en un momento anterior al de la aportación de documentos o dictámenes.

Como puede verse, y como analizamos con mayor pormenor más abajo, la aclaración versa sobre una cuestión que nada tiene que ver con la regla prevista en el ¶ 37 de la Orden Procesal ? 1. No hay, por ello, tal derogación, ni expresa ni tácita.

En efecto, el inciso transcrito de la carta de 12 de mayo se limitaba a aclarar la confusión presente en un escrito inmediatamente anterior de la propia INECO, de 7 de mayo de 2021, en relación con un extremo muy concreto: si los documentos procedentes de exhibición y los informes y contrainformes periciales debían aportarse antes o después de la proposición de prueba.

Decía INECO (¶ 4):

A la vista de lo anterior, solicitamos nuevamente que, de admitirse la posibilidad de presentar nuevos informes actualizados (lo que, insistimos, a nuestro juicio no resulta admisible), el nuevo calendario procesal contemple expresamente un trámite para la elaboración y presentación de contra-informes complementarios de manera previa a la audiencia, en línea con las reglas y secuencia contradictoria que ha presidido el procedimiento hasta ahora. Por ello, una secuencia que respetaría la lógica inicialmente prevista en la Orden Procesal ? 1 y evitaría mayores disrupciones en el procedimiento sería la siguiente:

a. Proposición de prueba de las demandantes (todas): ello incluiría la proposición de prueba resultante de la fase de exhibición documental, así como el anuncio, en su caso, de presentar actualizaciones de dictámenes periciales (esa solicitud debe justificarse debidamente sobre la base de la prueba adicional que se propone).

b. Proposición de prueba de las demandadas (todas): ello incluiría la proposición de prueba resultante de la fase de exhibición documental, así como el anuncio, en su caso, de presentar actualizaciones de contra-informes a la vista de las actualizaciones presentadas en la fase anterior.

c. Decisión del Árbitro sobre (i) la admisión de la prueba propuesta por las demandantes (todas) y las demandadas (todas), inclusive el anuncio, en su caso, de presentar las actualizaciones de dictámenes periciales (actualmente previstos para el 28 de junio de 2021), y (ii) fijación de plazos para la presentación de la prueba admitida (incluidos los plazos para la presentación de actualizaciones de los informes y contra-informes sucesivamente). [La negrita es nuestra.]



Claramente, no se había comprendido el porqué de la secuencia de unos hitos procesales muy determinados -aportación de documentos y dictámenes y proposición de prueba-, y el Árbitro quiso, sencillamente, aclararlo en beneficio de todos.

Ni siquiera se hacía alusión alguna en todo ese intercambio -ni INECO el 7 de mayo ni el Árbitro el 12- a la aportación de declaraciones testificales escritas: mucho menos, por tanto, a la muy específica previsión del ¶ 37 de la Orden Procesal ? 1 sobre proposición de testigos sin previa declaración escrita.

Así pues, ni por lo más remoto existe la contradicción, modificación o derogación alegada. El ¶ 37 de la Orden Procesal ? 1 y la pág. 3 de la carta explicativa de 12 mayo de 2021 coexisten en armonía, porque se refieren a cuestiones distintas: la regla procesal, a la dificultad de obtener declaraciones escritas de testigos que se estiman relevantes pero que caen fuera del ámbito de actuación de la parte proponente; la aclaración, a la cuestión de si primero va la aportación y luego la proposición de prueba o viceversa.

Considérese, además, que una derogación semejante habría requerido una discusión procesal previa siquiera parecida, en transparencia y alcance, a la que rodeó el proceso de elaboración de la Orden Procesal ? 1, objeto de varias rondas de borradores y alegaciones junto con el Acta de Misión. Y habría debido efectuarse mediante Orden Procesal, no *en passant* en una mera comunicación aclaratoria.

En conclusión, la premisa sobre la que se construye el recurso -que ese intercambio epistolar tuvo como efecto una derogación tácita de una regla procesal a la que, sin embargo, no se hacía la más mínima alusión, ni directa ni indirecta- se halla manifiestamente abocada al fracaso.

Otra parte de la argumentación del recurso versa sobre el momento procesal oportuno para proponer la declaración de los testigos: sostiene la recurrente que era "razonable" esperar que se hubiera dicho antes. Tampoco esta alegación tiene mayor recorrido, pues es claro que, si bien no hubiera sido "irrazonable" anunciar antes la petición, tampoco lo es, ni mucho menos, proponer este medio de prueba en el trámite expresamente previsto para proponer prueba. Se trata de un momento perfectamente adecuado: y que -debe ratificarse- "para eso está".

Hechas las anteriores precisiones, la motivación de la Orden procesal ? 11 es clara y resulta ocioso reiterarla. Sólo una precisión sobre la cuestión de la relevancia de la testifical propuesta: se trata nada menos que personas que han desempeñado el cargo de *project managers* del proyecto. Con tan conspicuos testigos, necesariamente poseedores de amplio y directo conocimiento de los hechos litigiosos, lo que resulta sorprendente es que haya quien se oponga a que vengan siquiera, pudiendo -como evidentemente podrán- interrogarles en igualdad de condiciones con todas las demás partes.

Volveremos sobre este punto.

Sobre la propuesta de RENFE de que los dos testigos elaboren y presenten, antes del comienzo de las audiencias, las declaraciones escritas que no han aportado hasta ahora, mucho nos tememos que sería prescripción fútil: si no lo han hecho ya, sus razones tendrán. De todos modos, se agradece a RENFE el recordatorio: sería, en efecto, deseable que OHL -la parte que ha propuesto la declaración de los dos testigos- hiciera lo posible por recabar esas declaraciones escritas.

Sobre la oportunidad de proponer testigos de refutación, es también claro -se dijo y se reitera francamente- que las partes podían, si tan esencial resultaba ese extremo para ellas -y ante la cercanía de las fechas señaladas para las audiencias-, proponerlos *ad cautelam* en cualquiera de las tres rondas de alegaciones que quedaban a su disposición.

No obstante, llevado de su perpetua voluntad de extremar las garantías, el Árbitro no tiene inconveniente en conferir a INECO -única parte que lo ha solicitado- traslado para que, en un plazo de cuatro días -esto es, el martes que viene-, proponga, si lo desea, testigos de refutación: y no cualquier otro medio de prueba, pues la proposición de los testigos no vino acompañada de nuevas alegaciones.

Habrán de ser, como máximo, dos, y deberán ser testigos de refutación en sentido propio: esto es, testigos cuya necesidad u oportunidad se hubiera puesto de manifiesto al proponerse la declaración de los dos ya admitidos, y cuyo conocimiento y participación en los hechos coincida de alguna manera sustancial con los de aquéllos: por ejemplo, por haber trabajado en los mismos equipos, con un nivel de responsabilidad y conocimiento que se les aproxime razonablemente, y siempre en relación con el específico ámbito objetivo enunciado por OHL.

2. Derecho a la prueba

Va emergiendo, con trazos ya bien visibles, un patrón reconocible en la estrategia procesal de algunas partes: el permanente afán por restringir la actividad probatoria ajena. Que suele salpimentarse, además, con abundante



rasgado de vestiduras, acusaciones de manías y enchufes, invocación de principios procesales esenciales, ceñidas advertencias de anulación del laudo.

Pero el derecho a la prueba es vertiente esencial del derecho a la tutela jurídica. No debe restringirse, sino, en la medida de lo posible, favorecerse: favor probationis.

Podría también invocarse otro adagio: in dubio pro probatione; en caso de duda, tratándose de testigos tan señalados, debería resolverse a favor de su admisión. En este caso, sin embargo, no es preciso recurrir al brocardo, pues no alberga el Árbitro dubium alguno: los testigos se han propuesto en el momento procesal oportuno y cumpliendo con todos los requisitos y garantías.

Difícilmente la admisión de estos medios de prueba podrá producir desigualdad o quiebra del contradictorio. La práctica del interrogatorio a los testigos en cuestión será abierta y exhaustiva, de modo que todas las partes y el Árbitro puedan formular las preguntas pertinentes que deseen para -por poner un ejemplo- establecer el mayor o menor crédito que deba atribuirse al testigo a la hora de valorar su testimonio >>.

En este contexto nada cabe reprobar, desde el prisma de la apariencia de imparcialidad, a las expresiones vertidas por el Árbitro en la Carta de 29.10.2021 y, con mayor razón aún, en la más comedida de 12.05.2021.

El Árbitro ha explicado muy fundadamente las razones por las que considera de todo punto tempestiva, pertinente y, más aún, esencial la testifical propuesta por OHLA facilitando la aportación de testigos de refutación... Y lo ha hecho en términos de ponderación, respeto y equilibrio inobjetable. Solo, a renglón seguido, sub epígrafe de *derecho a la prueba*, vierte esas afirmaciones que vienen a expresar una queja del árbitro, cierto es, por los constantes recursos de que son objeto sus decisiones en materia probatoria. Pero insistimos, con independencia de lo que cumpla decir al analizar el motivo siguiente de anulación -en un examen más de conjunto de lo acaecido en materia de prueba-, las expresiones reprobadas de la Carta de 29.10.2021, si bien son de cierta dureza aisladamente consideradas en su parte final -la destacada en negrita- y desde luego en parte prescindibles, no obstante se emiten en el seno de una resolución en materia de prueba absolutamente motivada, sin atisbo de arbitrariedad ni de quiebra del principio de igualdad en la decisión que adopta sobre la testifical de que se trata -testifical, y no la pericial "Informe Crowe" propuesta a instancia de OHLA. Y sin que sea dable ignorar que, por ejemplo, la referencia del Árbitro a las advertencias de anulación del laudo de que es objeto nada tienen de particular, ni son desmentidas -ni tienen por qué serlo- por la demandante.

A lo que cabe añadir, por más que resulte evidente, que no cabe establecer la menor analogía entre las expresiones aquí consideradas y el contexto en que se emiten con las empleadas en la casuística de **arbitraje** internacional que cita RENFE en su demanda (§ 31), v.gr. cuando, en el seno de una disputa entre una empresa de nacionalidad portuguesa y otra mercantil noruega, se estimó suficiente para la remoción del árbitro el hecho de que éste llegara a tildar a los portugueses como "mentirosos", mientras que catalogara a los noruegos como *personas en las que se podía confiar* -caso *Re The Owners of the Steamship 'Catalina' v The Owners of the Motor Vessels 'Norma'*, [1938] 61 Llyopd's Law Reports 360 et seq.

(3). Las comunicaciones del Árbitro con la CEA en reclamación de un incremento de sus honorarios por la complejidad del asunto, cuyo incremento obtiene en un 50 % *al que luego renuncia*, no revisten la menor virtualidad anulatoria por quiebra de la debida imparcialidad.

Al margen de conjeturas sobre la intencionalidad del Árbitro por el momento en que plantea su reclamación retributiva -en fase de redacción del Laudo-, más allá incluso de la inconveniencia de que el Árbitro comunicase a las Partes sus pretensiones interesando su pronunciamiento al respecto -función que compete a la Corte en cuanto tal-, lo cierto y verdad es que la desavenencia y el disgusto evidente del Árbitro con la entidad administradora del **Arbitraje** en absoluto permite hacerlos extensivos a las Partes y menos en términos que permitan cuestionar su neutralidad respecto de ellas.

Por lo expuesto, adolece de toda virtualidad anulatoria que, unos meses después del dictado del Laudo, el Árbitro haya publicado en un diario económico de tirada nacional un artículo más o menos crítico con el funcionamiento interno de la CEA y con la eficacia profesional de su personal -doc. 17 de la contestación de INECO.

(4). Los alegatos de quiebra del principio de igualdad en la fase alegatoria y probatoria del **arbitraje** serán objeto de análisis en el motivo siguiente.

Sin perjuicio, pues, de lo que hayamos de decir en los siguientes fundamentos, cumple ahora destacar que, en principio, no es fácil conectar la admisión o denegación de prueba con un motivo de recusación tan necesitado de demostración como es la causa subjetiva de abstención aquí invocada: la enemistad manifiesta... No descarta la Sala, ya lo hemos dicho, esta eventualidad, es decir, que la reiterada quiebra del principio de igualdad



de armas a lo largo de un procedimiento arbitral pueda en hipótesis *responder a* y evidenciar una enemistad que inhabilita para laudar, si bien para vincular esa desigualdad de armas con la enemistad manifiesta o, en general, con la quiebra de la debida imparcialidad *de ordinario* serán necesarios otros indicios que coadyuven en tal sentido...

Lo que sucede, en un orden práctico, es que, si se verificase esa infracción de la igualdad de armas, ello ya entrañaría *per se*, como causa eficiente, un motivo de anulación por infracción del orden público procesal, que se produce sin el menor género de duda cuando se conculcan las garantías más elementales, definitorias, por así decir, del proceso debido...

Pero insistimos: sin establecer un criterio general que condicione lo que pueda resultar del necesario análisis de cada caso concreto, resulta intrincado inferir con la suficiente objetividad una enemistad manifiesta del hecho en sí de haber dispensado un trato desigual a las Partes en el seno de un proceso jurisdiccional y/o de un procedimiento arbitral; sin duda, desde el punto de vista de la apariencia de imparcialidad será más plausible atribuir a tal circunstancia -trato desigual- una virtualidad corroborante de otros indicios que pudieran militar en pro de una enemistad como la invocada, revestida de tal intensidad que ponga en tela de juicio la ecuanimidad del árbitro al laudar ... De ahí que, en esta misma línea de pensamiento, la jurisprudencia clásica, presidida por una encomiable prudencia, exigió desde antiguo que la enemistad que permite cuestionar la imparcialidad del juzgador tuviera su origen, *como regla*, en las relaciones extraprocesales.

El motivo es desestimado.

CUARTO.- 1. Alegatos de las partes.

(i) El siguiente motivo de anulación invoca la manifiesta vulneración por el Árbitro de las reglas que rigen el procedimiento arbitral con infracción del orden público procesal -apartados d) y f) del art. 41 LA-, con cita de la Sentencia de esta Sala de 27 de abril de 2021. La evidencia de esa conculcación, que sería a su vez expresión de la precitada falta de parcialidad del árbitro, traería causa de "*la admisión totalmente extemporánea*" de un informe pericial presentado por OHLA, el emitido por la entidad CROWE ACCELERA MANAGEMENT, S.L., que luego resultó ser decisivo en cuanto soporta de modo sustancial la resolución de fondo del Árbitro. Tal proceder habría entrañado una **patente quiebra del principio de igualdad de armas**, amén de conculcar el contenido de las Órdenes Procesales núms. 1, 10 y 10 corregida - **docs. 26, 27 y 29** de la demanda-, de la Carta del Árbitro a las Partes de 10 de mayo de 2021 - **doc. 28** -, de las Reglas IBA sobre aportación de medios de prueba y, señaladamente, de los arts. 21 a 26 del Reglamento de la CEA (RCEA).

En concreto, señala la demandante que la O.P. nº 1 estableció en su § 20:

" *No se admitirá ningún documento probatorio luego de los escritos de alegaciones, con la excepción de la obtenida más tarde en fase de exhibición documental en los términos y plazos señalados por el Árbitro, salvo que así se haya acordado entre las partes o lo autorice el Arbitro atendida la naturaleza de la prueba, la etapa del procedimiento y demás circunstancias relevantes. Y en ningún caso se admitirá la presentación de nuevas pruebas documentales pasado el término señalado a tal efecto*".

Disposición concorde con los arts. 21 y 26 RCEA, que, con carácter general, prevén que los documentos y pericias se acompañen a los escritos de alegaciones.

A su vez, la Carta del Árbitro a las Partes de 10 de mayo de 2021 solo admitió la posibilidad de presentar informes periciales complementarios excluyendo la aportación *ex novo* de pericias: "**Los nuevos informes** - periciales, **de presentarse** -no es necesario anuncio alguno al respecto-, **deberán ser mero complemento de los que ya constan en las actuaciones; serán rechazados en su integridad de no ceñirse a ese estrecho ámbito**". A lo que añadió:

" *Haciendo nuestras las palabras de la representación de CONSULTRANS e IMATHIA, que vienen a reflejar asimismo la inquietud expresada por ADIF e INECO, las partes que aportaron informes periciales con sus escritos de alegaciones (INECO, CONSULTRANS, IMATHIA y AGRUPADAS) deberán abstenerse de utilizar este trámite, ni ningún otro, para subsanar errores u omisiones de sus informes previos, o para cuestionar o refutar los informes de las otras partes. Se limitarán a **actualizar - confirmando, completando o corrigiendo**, según proceda- las conclusiones de sus respectivos peritos que se vean directamente afectadas por la documentación aportada por las Sociedades Consorciales*".

Imposibilidad de presentación de informes periciales *ex novo* refrendada por el § 11º de la " O.P. nº 10 corregida", al que nada opusieron las Partes, cuando dice:

"*Tal es, exactamente, la circunstancia en que nos encontramos: un dictamen complementario que era razonablemente previsible y cuyo objeto ha de coincidir sustancialmente con los presentados anteriormente* . No obstante, la voluntad constante de este Árbitro de extremar las garantías procesales determina que pueda

razonablemente habilitarse un amplio plazo, de cinco semanas, para cualquier subsanación que se entendiera necesaria con respecto a la carga que tenían las partes de prever la eventualidad de este nuevo informe en la licitación original".

Pues bien, el 30 de junio de 2021 tiene lugar la aportación al Expediente Arbitral del **informe CROWE - doc. 30** -, presentado por OHL, que no podía ser, ni era, complementario de nada por la lisa y llana razón de que, hasta ese momento, OHL no había acompañado pericial alguna: dicha pericia respondió al único propósito de rebatir los informes aportados por otras partes, a modo " *de réplica encubierta de los informes y posturas de las inicialmente demandantes en el arbitraje*". Pese a lo cual el Árbitro admitió ese dictamen el 25 de julio de 2021 - **doc. 31** -, que citó y utilizó de modo determinante a la hora de laudar -cfr. §§ 568 y 597 del Laudo y págs. 68, 69, 76, 79, 80 y 83 del Laudo-. En efecto, al decir de RENFE, el Árbitro único se vale de ese informe " *para desestimar la tesis de las empresas públicas y, por tanto, la consorcialidad de los gastos*", " *acudiendo al MFI o modelo financiero interno como criterio para asignar los gastos a las empresas de la posición A, abstrayendo del análisis jurídico el resto de documentación contractual aportada al procedimiento*".

RENFÉ, IDECO y ADIF expresamente solicitaron del Árbitro que se atuviera a las reglas de procedimiento pactadas y que, en consecuencia, inadmitiera la pericial aportada extemporáneamente por OHL - **docs. 32 , 33 y 34** de la demanda de anulación.

Postula RENFE que la vulneración del principio de igualdad de armas que resulta de esa indebida admisión de la pericial de OHLA es particularmente evidente respecto de la propia RENFE, puesto que, respetuosa con el procedimiento pactado, no acompañó informe pericial complementario alguno, dado que en su día tampoco había aportado pericia de ninguna clase -como tampoco había hecho OHLA.

(ii) Al contestar a la demanda INECO asume los hechos y fundamentos de este segundo motivo de anulación de RENFE (§ 79), ante todo, en el sentido de que la admisión del *Informe de Crowe* supuso una alteración *ad hoc* de las reglas procesales establecidas, pues el procedimiento acordado por el Árbitro y asumido por las partes solo permitía, " *de forma excepcional, la aportación simultánea de informes periciales de mera actualización a raíz de la documentación nueva entregada por las Sociedades Consorciales, exclusivamente a aquellas Partes que ya hubieran presentado informes periciales con sus escritos*" (§§ 90 y 91). De ahí que INECO reputa extemporánea la presentación el 30 de junio de 2021 por OHL de un informe pericial totalmente nuevo (no había aportado ninguno con anterioridad), basado en documentación que obraba en el expediente desde la presentación de las primeras demandas de INECO, ADIF y RENFE (2 de marzo de 2020): no se trataba por tanto de un informe de actualización a raíz de la nueva documentación exhibida por las Sociedades Consorciales, que era para lo que se había previsto el *Hito N° 25*, sino de una auténtica réplica a los informes periciales presentados con anterioridad por las demás partes, entre ellas INECO..." (§ 92).

La admisión de ese informe habría entrañado, en la práctica, una patente quiebra del principio de igualdad de armas en el devenir del **arbitraje** con genuina indefensión material de RENFE: " *el principio de flexibilidad, que informa el procedimiento arbitral, no puede ser una suerte de herramienta que legitime la infracción de las normas por las que se rigen las partes de un procedimiento, como es la realización de actuaciones procesales de manera tardía y sin justificación válida*" (§ 102). Enfatiza INECO que " *no estamos ante un caso en el que el Árbitro haya abierto algún trámite de alegaciones al Informe de Crowe que no haya sido utilizado RENFE*" (§ 105); RENFE se limitó a hacer lo único que podía hacer con las reglas de procedimiento en la mano, que no preveían trámite de alegaciones para responder al *Informe de Crowe*: denunciar su indebida admisión y hacer reserva de hacer valer sus derechos mediante la acción de anulación del Laudo, como le exige el art. 6 LA (§ 106). Destaca INECO que a ello no se opone la admisión por parte del Árbitro de un *Contra-informe de peritos de INECO al Informe de Crowe* -hito 26-, pues solo se habilitaba -como el hito 25- para quienes hubieran presentado pericia con sus iniciales escritos de alegaciones... (§§ 108 a 110).

ADIF, CONSULTRANS e IMATHIA se allanan en sus propios términos a este segundo motivo de anulación de la demanda de RENFE.

(iii) A este alegato opone la contestación de COPASA, INDRA, TALGO y SIEMENS (§§ 107 y ss.), de nuevo en apretada síntesis -que habrá de ser objeto de ulterior desarrollo-, que en la exposición de este motivo de anulación RENFE oculta la siguiente información relevante:

(a) OHL ya había explicado su posición jurídica desde sus primeros escritos y había anunciado que sólo podría aportar su informe pericial analizando documentación contable después de que esa documentación contable fuese aportada al **arbitraje** por las entidades que la tenían en su posesión; "los documentos necesarios para realizar el *Informe Crowe* solo fueron aportados al **Arbitraje** durante la fase de exhibición de documentos, después de que el Árbitro emitiese una serie de requerimientos a las sociedades consorciales" -§ 125 y doc. 70-



(b) Una vez presentado el informe económico de OHL, las demás Partes del **Arbitraje** tuvieron la oportunidad de aportar contra-informes periciales. INECO aportó un nuevo informe, pero RENFE no consideró necesario u oportuno presentar prueba pericial a la luz del informe pericial de OHL; y

(c) Después de la vista del **arbitraje**, las Partes y los peritos de las Partes elaboraron un nuevo informe pericial conjunto -con documentación contable actualizada- en el que cada parte, incluida RENFE, pudo explicar y justificar su posición (§ 143).

El cuestionado informe pericial de CROWE habría sido, pues, debidamente admitido y, además, su admisión no causó indefensión alguna ni por su limitado alcance -de mera cuantificación de gastos- ni por el hecho de que fue sometido a la debida contradicción y pudo ser objeto de contra-pericias (v.gr., § 142).

(iv) La contestación de OHLA discurre en este punto -quiebra del derecho de defensa y del principio de igualdad de armas por la admisión de la pericia de CROWE- por los mismos derroteros argumentales expuestos por COPASA, INDRA, SIEMENS y TALGO.

Recapitula al respecto:

<<Hay poderosas y específicas razones por las que esta pretendida causa de anulación debe decaer:

(1) La OP 1 -§ 48-, la OP 3 -§ 31-, la OP 6 -§§ 15 y 16, **doc. 35** de OHLA- y las sucesivas comunicaciones del Árbitro Único [OP 10, de 1.05.2021; Carta del Árbitro 10.05.2021; Carta de OHLA de 11 de mayo de 2021 - **doc. 37** de OHLA-; Carta del Árbitro de 12 de mayo de 2021 - **doc. 38** de OHLA-; OP 10 corregida de 14 de mayo de 2021; Carta explicativa de la OP 10 corregida, también de 14 de mayo de 2021] permitían la presentación y admisión de informes periciales tras el trámite de exhibición documental (hasta el punto de que INECO y ADIF presentaron también informes periciales con posterioridad a dicho trámite).

Además, las propias circunstancias en que se desarrolló el **arbitraje** posibilitarían la admisión de dicha pericia, aun cuando no existieran las Órdenes Procesales indicadas:

-La documentación inicialmente acompañada por las empresas de la 'Posición A' para acreditar la existencia e importe de los **GeD** era manifiestamente insuficiente e incompleta y no permitía realizar una verificación contrastable de los cálculos de las cantidades reclamadas - **docs. 40 a 43** de OHLA.

(2) Cualquier intento de cuestionar la motivación del Árbitro Único a la hora de admitir una prueba exigiría a esta Ilma. Sala revisar el fondo del asunto y cada una de las decenas de cartas y Órdenes Procesales que el Árbitro Único dictó en este **arbitraje**, lo cual no es posible en este marco. El trámite de la acción de anulación no ampara pretensiones como la de RENFE - SSTC 46/2020, 17/2021, 65/2021 y 50/2022.

(3) RENFE no ha probado -siquiera alegado- cuál es la **indefensión** que teóricamente ha sufrido como consecuencia de la admisión de dicho informe pericial, tal y como requiere la doctrina jurisprudencial aplicable -v.gr., Sentencias del TSJ Madrid 77/2016, 45/2018, 6/2019 o 4/2020.

Basta descartar la existencia de indefensión atendiendo al hecho objetivo e indiscutible que:

- Las partes de la ' Posición A' -la común, en lo que ahora importa, de INECO, ADIF y RENFE-, salvo RENFE... presentaron un total de once (11) informes periciales, algunos con varias adendas y otros tras la presentación del *Informe Crowe*, donde incluyeron una contra-pericial a dicho informe, eliminándose así cualquier posibilidad de sostener seriamente que se le causó indefensión - **doc. 33 de OHLA** donde se constata, v.gr. la presentación por INECO del informe titulado " *Actualización del informe pericial económico emitido el 30 de junio de 2021 a la luz del informe pericial de CROWE de 30 de junio de 2021*".

- Todas las partes del **arbitraje** -incluida, ahora sí, RENFE- participaron en la elaboración de un informe pericial de *quantum*, común a todas las partes -se acompaña como **doc. 34-**, para determinar el importe total que debía distribuir el Árbitro Único. Y, en ese informe de *quantum*, posterior a las audiencias -y al *Informe Crowe*- todas las partes fijaron definitivamente su reclamación. Se superaba así cualquier vicisitud relativa al *quantum*, lo que también determina la ausencia de cualquier tipo de indefensión. A lo anterior debe añadirse que ese informe común vino motivado por el hecho de que los informes de *quantum* presentaban mínimas diferencias.

- OHLA presentó un solo informe pericial que se ceñía al *quantum* (distribución del importe de gastos en discusión -GeD) y, por tanto, **no formó parte nunca de la propia ratio decidendi del Laudo**. Dicho de otra forma: el *Informe Crowe*, por su contenido y alcance, no fue empleado para determinar el marco contractual, sino sola y exclusivamente para el apartado económico del Laudo.

La diferencia es fundamental -aclara OHLA- porque el **arbitraje** se dividía en dos pasos: en primer lugar, determinar qué socio o socios eran responsables de cada uno de los gastos en discusión ("Gastos en Discusión" o " **GeD** ") (lo cual configuraba el apartado técnico); para, en segundo término, analizar los costes



totales incurridos por las sociedades consorciales en relación con los **GeD** y distribuir esos importes conforme a lo que se determinara previamente en la discusión técnica (configurando el apartado económico).

El *Informe Crowe* solo se cita en las páginas 165 a 255 del Laudo; esto es, en el apartado económico de '*asignación de los gastos*'. No figura citado siquiera en las páginas 47 a 164, que componen el apartado técnico, que RENFE denomina "*la determinación del marco contractual*" y que califica como más relevante. El Laudo sólo acude al *Informe Crowe* -y no en exclusiva- para fijar los importes que debe asumir cada parte conforme a lo decidido previamente por el Árbitro Único en el apartado técnico.

Por tanto, no es cierto que el Árbitro Único acuda en su Laudo al *Informe Crowe* "*para desestimar la tesis de la posición de las empresas públicas y por tanto de la consorcialidad de los gastos*".

Y tampoco es cierto, como indica RENFE en la nota al pie 35, que el *Informe Crowe* figure referenciado en las páginas 68, 69, 76, 79, 80, 83 del Laudo (la parte que RENFE califica como *más relevante*). **En esas páginas del Laudo no existe ninguna referencia al Informe Crowe, sino al Modelo Financiero Interno ("MFI") del consorcio, de 2011, que fue, este sí, uno de los documentos clave en los que se apoyó el Árbitro Único para decidir el apartado técnico. No hay en las páginas 47 a 164 del Laudo (su apartado técnico) una sola referencia al Informe Crowe. Éste solo es referido en los antecedentes del Laudo, y ya no vuelve a mencionarse hasta la página 172 (la parte del Laudo que según RENFE es la "menos relevante"), donde el Árbitro Único indica la naturaleza exclusivamente económica de dicho informe.**

- El momento procesal en el que se presentó el *Informe Crowe* está justificado objetivamente a la vista de la ausencia de documentación que hasta el trámite de exhibición documental impedía hacer un análisis completo de la cuantificación y distribución de los GeD... Ello se debió en parte al control que las partes de la '*Posición A*' ejercían sobre la dirección financiera del consorcio, y al hecho de que estas mismas partes retuvieron informes periciales y declaraciones relevantes hasta el trámite de contestación a las nuevas demandas -a pesar de su condición de demandantes-, cuando las partes de la '*Posición B*' ya no tenían habilitado trámite o hito específico para replicarlos >>.

(4) A lo que añade OHLA que la decisión sobre la admisión o inadmisión de los medios de prueba es una facultad reservada al Árbitro Único, en cumplimiento del principio de autonomía del árbitro -instituido también en el ¶ 95 del Acta de Misión- y de la flexibilidad que impera en el procedimiento arbitral -más si cabe durante la fase probatoria.

(5) Finalmente, el Pleno de la CEA tuvo la ocasión de pronunciarse específicamente en relación con la decisión del Árbitro Único de admitir el *Informe Crowe* justificando su corrección y la ausencia de influencia en la recusación planteada - reproduce OHLA los §§ 55 a 59 de la Resolución desestimatoria de la segunda recusación en la pág. 49 de su escrito de contestación.

(v) En esta misma línea argumentativa la contestación a la demanda de COBRA, negando que la admisión del *Informe Crowe* se haya hecho vulnerando las normas de procedimiento aplicables al caso, así como cualquier atisbo de indefensión material de RENFE -en el sentido constitucional de esa locución-, de la que enfatiza su pasividad al ni siquiera intentar la aportación de pericia alguna, sin perjuicio de su real participación en la pericia final conjunta practicada a los efectos de cuantificar los gastos controvertidos.

2. Criterios de enjuiciamiento.

(i) El análisis de este motivo de anulación pasa por considerar, en primer lugar, que la quiebra de la igualdad de armas en la sustanciación de las actuaciones arbitrales (art. 24.1 LA), que informa estructuralmente el procedimiento arbitral, se constituye, desde luego, en motivo de anulación ex art. 41.1.f) LA, sin ser descartable su eventual inclusión -en función de las circunstancias concurrentes, v.gr., si la quiebra de la igualdad se aproxima por su intensidad a la conculcación del principio de audiencia, pero sin llegar a alcanzarla- en la causa de anulación del art. 41.1.b) LA. Mas, en todo caso, la vulneración de ese principio de igualdad de armas en lo tocante a las posibilidades de alegar y de probar ha de revestir suficiente entidad para abocar a una consecuencia tan grave como es la anulación del laudo; esa *mayor entidad*, que permite diferenciar la infracción con virtualidad anulatoria de la mera irregularidad procedimental, consiste en la efectiva indefensión, que tiene la carga de probar quien la invoca...

Son ilustrativas y paradigmáticas de esta línea jurisprudencial consolidada, que demanda la indefensión material, las reflexiones de la **STC 99/2004, de 27 de mayo** -vertidas en relación con la quiebra del principio de igualdad de armas en la sustanciación de un procedimiento electoral, caracterizado por la exigüidad de sus plazos-, pues expresa una doctrina que, si aplicable a un caso de excepcional perentoriedad, con mayor razón permite su traslación a un procedimiento mucho más flexible en el *si*, en el *cómo* y en el *cuándo* de las posibilidades de alegar y probar, como es el procedimiento arbitral. Dice el FJ 6º de la STC 99/2004:



El referido plazo, que en la demanda de amparo se cifra en 27 horas y cuarenta y cinco minutos y en la Sentencia impugnada en 28 horas, vino ineludiblemente determinado, como razona el Tribunal Supremo, por el plazo preclusivo legalmente previsto en el art. 49 LOREG para la tramitación y resolución del recurso contra la proclamación de candidaturas y candidatos, **sin que en principio, y por la mera circunstancia de la distinta extensión de uno y otro plazo, quepa apreciar quiebra alguna del principio de igualdad de armas** porque el Abogado del Estado y el Ministerio Fiscal hayan legalmente dispuesto de dos días para impugnar la proclamación de la candidatura presentada por la agrupación electoral demandante de amparo. Desde la perspectiva de control que a este Tribunal corresponde, lo relevante en este caso, y en atención a las circunstancias que en el mismo concurren, es que la recurrente en amparo, en el plazo determinado por el Tribunal Supremo, ha podido impugnar, como efectivamente hizo, los recursos del Ministerio Fiscal y del Abogado del Estado, formulando y proponiendo al respecto, al margen de su éxito o no en la vía judicial, cuantas alegaciones tuvo por convenientes y los medios de **prueba** que estimó oportunos en defensa de sus derechos e intereses sobre la cuestión fundamental planteada en los recursos, esto es, el carácter de agrupación electoral como continuadora o sucesora de hecho de las actividades de partidos políticos judicialmente ilegalizados y disueltos (art. 44.4 LOREG). La recurrente en amparo se limita a aducir en esta sede que en el referido plazo era físicamente imposible tratar de aportar dato alguno de contrario para rebatir los recursos del Ministerio Fiscal y del Abogado del Estado, pero lo cierto es que en la demanda de amparo en ninguno momento expone, indica, alude y ni siquiera apunta qué datos, alegaciones o medios de **prueba** ha pretendido aportar en el proceso y no habría podido hacerlo por la perentoriedad del plazo que le fue conferido por el órgano judicial para comparecer en el mismo y formular alegaciones, por lo que su queja de indefensión, por la brevedad del plazo conferido, resulta meramente formal y retórica, carente, por lo tanto, de acuerdo con una reiterada doctrina de este Tribunal, de relevancia constitucional.

Así pues, ha de rechazarse la vulneración de los derechos de la recurrente a la tutela judicial efectiva sin indefensión y a un proceso con todas las garantías, ya que, siendo carga procesal de la demandante, no ha acreditado en este caso y, puede asimismo decirse, ni siquiera alegado un efectivo y real menoscabo de sus derechos de defensa como consecuencia del plazo que le fue conferido por el Tribunal Supremo para comparecer en el proceso y formular alegaciones y elementos de **prueba**.

En la misma línea de pensamiento esta Sala ha reparado repetidas veces en esa indisociable vinculación entre la quiebra del principio de igualdad de armas y la indefensión real y efectiva. Solo a modo de ejemplo, indicábamos en nuestra **Sentencia 6/2021, de 2 de marzo** (FJ 5º, roj STSJ M 23/2021):

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

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

Es, pues, del todo evidente que el Tribunal Constitucional (v.gr., también, en el ATC 231/1994, de 18 de julio, FJ3) ha puesto especial énfasis en la necesidad de asegurar la fiscalización judicial de los laudos arbitrales, que gozan de fuerza de cosa juzgada, haciendo mención expresa al deber de preservar " las garantías esenciales del procedimiento que a todos asegura el art. 24 CE ". O, como dice la STC 9/2005 (FJ 5), "es indudable que quienes someten sus controversias a **arbitraje** tienen un derecho subjetivo a la imparcialidad del árbitro (art. 12.3 de la Ley de **arbitraje** de 1988 y art. 17 de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre , de **arbitraje**) y a que no se les cause indefensión en la sustanciación de las actuaciones arbitrales (art. 21.1 de la Ley de **arbitraje** de 1988 y art. 24.1 de la Ley de **arbitraje** de 2003), derechos que derivan de la misma configuración legal del **arbitraje** como forma de hetero-composición de los conflictos entre ellos. Pero esos derechos tienen precisamente el carácter de derechos que se desenvuelven en el ámbito de la legalidad ordinaria y que se tutelan, en su caso, a través del recurso o acción de anulación que la regulación legal del **arbitraje** -por medio de motivos de impugnación tasados- concede a quienes consideren que aquéllos han sido vulnerados".

En suma: la propia naturaleza del **arbitraje** hace que el procedimiento arbitral haya de desenvolverse con las garantías esenciales inherentes al proceso jurisdiccional: imparcialidad e independencia del Árbitro y de la Corte Arbitral; audiencia, contradicción, igualdad de armas y defensa efectiva de las partes intervinientes...En



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

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

Ni que decir tiene que lo que es límite infranqueable para el Legislador por razones constitucionales lo es también para la simple autonomía de la voluntad: su recto ejercicio no consentiría, sin infracción del orden público, la articulación de un procedimiento arbitral que no garantizase en su seno la defensa efectiva y la igualdad de oportunidades de alegación y prueba entre las partes.

Proseguíamos diciendo en ese mismo FJ 5º de la Sentencia 6/2021:

<<Añádase a lo anterior una consideración constantemente presente en la doctrina jurisprudencial: no es en modo alguno sostenible el reproche de indefensión -en este caso, a un Árbitro y como causa de anulación del laudo-, si ésta trae causa de que el justiciable no ha actuado con la solicitud que le era exigible, "procurando diligente y exhaustivamente la satisfacción de su pretensión" (v.gr., SSTC 154/2011, de 17 de octubre, FJ 4; 2/2011, de 14 de febrero, FJ 3; 14/2011, de 28 de febrero, FJ 2; STC 111/2011, de 4 de julio de 2011, FJ 2; STC344/2006, de 11 de diciembre, FJ 2; STC 240/2005, de 10 de octubre, FJ 2; STC 190/2006, de 19 de julio, FJ 2; STC 168/1995, de 20 de noviembre, FJ único). En palabras de la e **STC 61/2019, de 6 de mayo** :

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

En el mismo sentido, entre muchas, nuestras **Sentencias 4/2020, de 8 de enero** -FJ 4º.1.A), roj STSJ M 1469/2020 - y **28/2019, de 12 de septiembre** -FJ 6º.A, roj STSJ M 6983/2018 .

(ii) Desde los anteriores postulados adquiere pleno sentido el alcance que ha de darse a la causal d) del art. 41.1 LA, también invocada en el motivo ahora examinado, en lo que concierne a la *necesidad de respetar el procedimiento arbitral pactado por las Partes*, como expresión de la autonomía de la voluntad que informa el **arbitraje**, pero con los límites infranqueables a ésta inherentes.

Considérese junto con lo anterior que la necesaria observancia de la autonomía de la voluntad a la hora de configurar el procedimiento arbitral, ya sea directa o mediatamente -en este caso, v.gr., por remisión al reglamento de una Corte- ha de ser interpretada teniendo presentes los rasgos definitorios del **arbitraje** mismo, a su vez informadores de la sucesión de actos en que éste se articula, cuales son: su intrínseca flexibilidad; la progresiva delimitación de su objeto; los poderes de dirección que ostenta el árbitro y sus facultades de



actuación de oficio en la proposición probatoria; y todo ello, siempre, con el propósito de subvenir a una clara finalidad: la solución definitiva y más completa posible de la controversia que haya surgido entre las partes.

El análisis y resolución del motivo que ahora nos ocupa y su recta calificación pasa por abundar en estos dos aspectos fundamentales:

– El primero, que tiene que ver con la naturaleza de la sumisión a **arbitraje** institucional y su incidencia en la autonomía de la voluntad de las partes, atiende a una realidad innegable: que cuando las Partes se someten a **arbitraje** administrado por una Corte se están vinculando a sí mismas pero también al Árbitro al cumplimiento del Reglamento propio de esa Institución, sin menoscabo alguno, claro está, de las reglas imperativas de la Ley de **Arbitraje**. Es innegable, en este sentido, que el Árbitro está obligado a atenerse al procedimiento pactado por las partes, directamente o por remisión al Reglamento de una Corte, **incluyendo la autonomía de la voluntad el pacto sobre las reglas de la prueba** (SSTC 65/2021, de 15 de marzo, FJ 5º, y 50/2022, de 4 de abril, FJ 3º); de ahí la previsión de la causal contenida en el art. 41.1.d) LA.

– El segundo aspecto, estrechamente conectado con el anterior, se dirige a poner de manifiesto un postulado unánimemente admitido doctrinal y jurisprudencialmente: que el principio dispositivo en el seno del **arbitraje** actúa sin la rigidez propia del procedimiento civil: como el fin del **Arbitraje** es, *nemine discrepante*, la solución rápida y definitiva de controversias jurídicas, se lenifica la rigidez del deber de congruencia y del principio de aportación de parte propios del proceso civil. De ahí que la Ley de **Arbitraje** y los Reglamentos de las Instituciones Arbitrales confieran al árbitro poderes de dirección del procedimiento, en particular, de aportación de oficio de elementos de prueba y de definitiva conformación del *thema decidendi* integrando el objeto del proceso más allá incluso de lo pedido por las partes, siempre que ello sea consecuencia lógica de lo por ellas solicitado y resulte necesario para zanjar definitivamente la controversia. En el bien entendido de que el ejercicio de esas potestades ha de llevarse a efecto con la debida contradicción.

A. En relación con lo primeramente señalado, esta Sala ha reiterado hasta la saciedad que de la "limitación" que a la autonomía de la voluntad supone la sumisión a un **arbitraje** institucional da cuenta el art. 4.a) LA al señalar que, cuando una disposición de la LA deje a las partes la facultad de decidir libremente sobre un asunto, las está facultando, a su vez, para que, sobre ese asunto -excepto en el caso de lo previsto en el art. 34 LA-, pueda resolver, en lugar de las partes y en virtud de su decisión, una institución arbitral. Y más claro es aún el art. 4.b) LA cuando, expresa y terminantemente, proclama como integradas en el convenio arbitral las disposiciones del Reglamento de **Arbitraje** al que las partes se hayan sometido. La Exposición de Motivos de la LA es del mayor interés a la hora de efectuar una exégesis auténtica de este art. 4. Destacamos las siguientes afirmaciones:

"Esta Ley parte en la mayoría de sus reglas de que debe primar la autonomía de la voluntad de las partes. Mas esa voluntad se entiende integrada por las decisiones que pueda adoptar, en su caso, la institución administradora del arbitraje, en virtud de sus normas, o las que puedan adoptar los árbitros, en virtud del Reglamento arbitral al que las partes se hayan sometido. Se produce, por tanto, una suerte de integración del contenido del contrato de arbitraje o convenio arbitral que, por mor de esta disposición, pasa a ser en tales casos un contrato normativo. De este modo, la autonomía privada en materia de arbitraje se puede manifestar tanto directamente, a través de declaraciones de voluntad de las partes, como indirectamente, mediante la declaración de voluntad de que el arbitraje sea administrado por una institución arbitral o se rija por un reglamento arbitral".

En otras palabras: tanto las decisiones de la institución que administra el **arbitraje** como las del propio Árbitro designado por aquella se integran o, si se quiere, son expresión misma de la voluntad de todas las partes que suscriben el convenio arbitral - *por delegación de éstas* -, y unas y otras decisiones han de respetar necesariamente el Reglamento de la Corte de **Arbitraje** a la que las partes se hayan sometido en el convenio arbitral. Ese Reglamento, integrado en el convenio arbitral -por eso la Ley de **Arbitraje** lo califica de *contrato normativo*-, forma parte del acuerdo entre las partes y su inobservancia se constituye en motivo de anulación del art. 41.1.d) LA, sin perjuicio de que el incumplimiento del Reglamento de la Corte pueda también traer causa de una motivación arbitraria con incidencia en el art. 41.1.f) LA. Y es que esa "*competencia delegada*" -cuyo ejercicio se traduce en una decisión que la Ley considera expresión de la voluntad de las partes- no autoriza la arbitrariedad o el puro voluntarismo, prohibidos con carácter general en toda motivación, ya sea judicial o arbitral.

En estos mismos términos, sin ánimo exhaustivo, nuestras **Sentencias 47/2019, de 3 de diciembre** -FJ 1º, roj STSJ M 13523/2019 -; **5/2019, de 15 de febrero** -FJ 5º, roj STSJ M 6284/2019 -; **33/2017, de 4 de mayo** -FJ 5º, roj STSJ M 4765/2017 -; **31/2017, de 3 de mayo** -FJ 4º, roj STSJ M 4665/2017 -; **29/2017, de 16 de abril** -FJ 3º, roj STSJ M 4894/2017 -; y **22/2017, de 23 de marzo** -FJ 5º, roj STSJ M 3278/2017 - **que cita las precedentes Sentencias 63/2014 , 65/2015 , 55/2016 y 77/2016** .

B. En el segundo orden de consideraciones antes anunciado -principio dispositivo lenificado en el **arbitraje** y poderes de actuación de oficio del Árbitro- cumple recordar que la congruencia en el **arbitraje** tiene un matiz



diferencial respecto del proceso civil cuando se atiende a dos características del **arbitraje** puestas de relieve desde antiguo por la jurisprudencia: la búsqueda de la verdad objetiva - *con las consiguientes facultades para el árbitro de acordar prueba de oficio* -, y la misión pacificadora inherente al **arbitraje**, que exige decidir suficientemente la controversia -de ahí, por ejemplo, la atenuación de la rigidez de la preclusión al conformar el *thema decidendi* en el procedimiento arbitral, por oposición a la que impera en la jurisdicción civil (v.gr., en tal sentido, siempre que se respete la contradicción, S. AP Madrid, Sec. 12ª, de 28 de diciembre de 2005; S. AP Badajoz, Sec. 3ª, de 17 de mayo de 2006).

En definitiva: la fijación del objeto del **arbitraje** no exige, ni muchísimo menos, la precisión del suplico de una demanda, ni tiene los límites temporales para su determinación previstos en la LEC (v.gr., art. 401); de ahí la frecuencia con que, al cumplir su función pacificadora, los árbitros hayan de integrar, ampliándola, la causa debatida, en orden a decidir suficientemente sobre ella. A este cometido alude una inveterada jurisprudencia. Son muy ilustrativos los siguientes términos de la **STS, 1ª, de 17 de junio de 1987** (RAJ 4534/1987):

"... *la interpretación de los puntos sometidos a la decisión del árbitro 'no puede hacerse de manera restrictiva y de forma que coarte su libertad para resolver con toda la amplitud que el conjunto de lo pactado imponga racionalmente'* - Sentencia de 13 de junio 1985-, de modo que, *'si bien los árbitros no pueden traspasar los límites objetivos del compromiso, tampoco están obligados a interpretarlos con demasiada restricción, apartándose de la misión amistosa que se les confía* - Sentencias de 9 octubre de 1984 y 17 septiembre 1985-...".

Asimismo, añade la **STS, 1ª, de 15 de diciembre de 1987** (RAJ 9507/1987) que:

"*la naturaleza y finalidad del arbitraje permite una mayor elasticidad en la interpretación de las estipulaciones que describen las cuestiones a decidir, las que deben apreciarse no aisladamente, sino atendiendo a aquella finalidad y a sus antecedentes, pudiendo reputarse comprendidas en el compromiso aquellas facetas de la cuestión a resolver íntimamente vinculadas a la misma, y sin cuya aportación quedaría la controversia insuficientemente fallada* - Sentencias 24 abril 1953, 13 mayo 1960 y 25 octubre 1982-".

Evidentemente, estos criterios han de ser conciliados con la observancia de ciertas normas imperativas, en particular de índole constitucional, como es el necesario respeto que el procedimiento arbitral ha de observar de la interdicción de indefensión. Como puso de relieve la **Sentencia de esta Sala de 15 de octubre de 2013** (ROJ STSJ M 15971/2013), en su FJ 2:

"

"En general, la congruencia de los laudos arbitrales y la de las resoluciones judiciales exige un ajuste racional del fallo con las pretensiones de las partes y con sus hechos fundadores, referido tanto a la base fáctica de la acción como al componente jurídico de la misma. En este sentido, la congruencia puede producirse por omisión o *ex silentio*, cuando el órgano judicial deja sin contestar alguna de las pretensiones sometidas a su consideración por las partes - *siempre que no quepa interpretar razonablemente el silencio judicial como una desestimación tácita cuya motivación pueda inducirse del conjunto de los razonamientos contenidos en la resolución*-; o por exceso, por conceder más de lo pedido - *ultra petitem* -, o por otorgar algo distinto de lo pedido - *extra petitem* - (SSTC 40/2006 de 13 feb. y 83/2009 de 25 mar.)."

Ahora bien, centrando el análisis en la incongruencia por *extra petita*, **para que el desajuste entre el fallo y los términos en que las partes hayan formulado sus pretensiones tenga transcendencia es preciso que suponga "una modificación sustancial del objeto procesal con la consiguiente indefensión y sustracción a las partes del verdadero debate contradictorio, impidiéndoles ejercitar oportunamente su derecho de defensa"** (STC 3/2011 de 14 febrero, FD 3)".

Tal es una conteste doctrina expresada, entre muchas, por la **STS, 1ª, 502/2014, de 2 de octubre** (ROJ STS 3690/2014), en sintonía con una no menos reiterada doctrina del Tribunal Constitucional -transcribe lo expresado por la STC 194/2005-, cuando dice:

"para que la incongruencia por exceso adquiera relevancia constitucional y pueda ser constitutiva de una lesión del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE se requiere una desviación esencial generadora de indefensión: "que el desajuste entre el fallo judicial y los términos en que las partes hayan formulado sus pretensiones, por conceder más de lo pedido (*ultra petitem*) o algo distinto de lo pedido (*extra petitem*), 'suponga una modificación sustancial del objeto procesal, con la consiguiente indefensión y sustracción a las partes del verdadero debate contradictorio, produciéndose un fallo extraño a las respectivas pretensiones de las partes' (STC 20/1982, de 5 de mayo), de forma que la decisión judicial se haya pronunciado sobre temas o materias no debatidas oportunamente en el proceso y respecto de las cuales, por consiguiente, las partes no tuvieron oportunidad de ejercitar adecuadamente su derecho de defensa, formulando o exponiendo las alegaciones y argumentos que tuvieran por conveniente en apoyo de sus respectivas posiciones procesales (SSTC 20/1982, de 5 de mayo, 86/1986, de 25 de junio, 29/1987, de 6 de marzo, 142/1987, de 23 de julio,



156/1988, de 22 de julio , 369/1993, de 13 de diciembre, 172/1994, de 7 de junio, 311/1994, de 21 de noviembre, 91/1995 , de 19 de junio, 189/1995, de 18 de diciembre, 191/1995, de 18 de diciembre , 60/1996, de 4 de abril , entre otras muchas)".

En esta línea de pensamiento, recordábamos en la **Sentencia 43/2014, de 1 de julio** (FJ 2, ROJ STSJ M 10353/2014), cómo "la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo viene declarando reiteradamente que la congruencia de las sentencias no exige una correspondencia absolutamente rígida entre lo pedido y lo acordado sino que también se cumple cuando el fallo, pese a no concordar literalmente con lo pedido, se adecue racionalmente a las pretensiones de las partes y a los hechos que las fundamenten, hasta el punto de ser admisibles pronunciamientos complementarios del juzgador no pedidos por las partes, pero sí encaminados a facilitar la ejecución del fallo o a evitar nuevos pleitos (SSTS 21-11-89 , 13-10-90 , 28-1-91 , 4-7-94 , 25-5-95 , 18-10- 96 , 21-1-05 , 21-2-07 , 5-3-07 y 19-9-07 entre otras muchas).

Y ello sin que quepa desconocer, pues es especialmente trascendente, la necesidad de que el Tribunal sentenciador no altere la causa de pedir, cuyo asentado concepto cumple recordar -" *hechos constitutivos con relevancia jurídica que sirvan de fundamento a la petición y que delimitan, individualizan e identifican la pretensión procesal*"-; cierto es, sobre este particular, que la Sala Primera ha afirmado en ocasiones que " *la congruencia no se mide en relación con los razonamientos o la argumentación sino con lo pretendido*" -recientemente, en su **S. 197/2016, de 30 de marzo** (FJ 3º, roj STS 1326/2016); pero ello ha de ser entendido en el contexto previamente reseñado de la necesidad de configurar e integrar flexiblemente las peticiones de la demanda, lo que a veces exige acudir a lo alegado en los hechos y fundamentos de derecho para delimitar en su precisa extensión el *thema decidendi* y la propia causa de pedir -cfr., v.gr., FJ 9º **STS 474/2010, de 22 de julio** , roj STS 4533/2010 -, y con mayor razón en el seno del **arbitraje**, dadas sus singulares características. Conclusión tanto más coherente si se tiene en cuenta que, *de lege lata*, no reviste ya la menor duda que la *res iudicata* se extiende a los hechos y fundamentos de Derecho expuestos o de posible exposición en el litigio de que se trate (art. 400 LEC).

En suma: tanto el Juez como, *a fortiori*, el **árbitro** pueden resolver cuestiones que sean consecuencia lógica y obligada de las que se han planteado: como ya observó la Sentencia de la Sala Primera de 14 de enero de 1964, "*la nota de flexibilidad permite una interpretación amplia y extensiva tanto del ámbito del convenio arbitral como de la delimitación del objeto de la controversia en el seno del procedimiento arbitral, que se extiende a cuantas cuestiones instrumentales o derivadas pudieran surgir en relación a la controversia principal*".

Doctrina que hemos recordado, en sus propios términos, v.gr., entre muchas, en las **Sentencias de esta Sala 25/2015, de 25 de marzo** (recurso de anulación 76/2014), **33/2015, de 21 de abril** (recurso de anulación 81/2014), **36/2015, de 28 de abril** (recurso de anulación 90/2014), **42/2016 , de 18 de mayo** (FJ 2, ROJ STSJ M 6180/2016), **62/2016, de 11 de octubre** (recaída en autos de anulación nº 33/2016 (FJ 2 , ROJ STSJ M 10733), **71/2016, de 8 de noviembre** (FJ 2 º, ROJ STSJ M 12122/2016) y **8/2018, de 13 de febrero** (FJ 5 º, ROJ STSJ M 1953/2018).

Viene a cuento lo que antecede porque esta mayor flexibilidad del principio dispositivo en el **arbitraje** -siempre que resulte avalada por la autonomía de la voluntad (art. 25.1 LA-, pre-ordenada a la búsqueda de la verdad objetiva y a la solución definitiva de la controversia, tiene su plasmación en los poderes de dirección del procedimiento que ostenta el árbitro, de los que es expresión emblemática su " *potestad, incluso de oficio, de decidir sobre la admisibilidad, pertinencia, utilidad y práctica de la prueba*" , en locución del art. 25.2 LA. Lo hemos recordado recientemente en nuestra **Sentencia 21/2022, de 24 de mayo** -FJ 2º(iii), roj STSJ M 5990/2022 -: el árbitro tiene el poder de actuar de oficio en materia probatoria; poder que a su vez es instrumental del deber que le asiste de alcanzar la verdad material y de resolver, en cuanto ello sea posible, la controversia evitando nuevos litigios -misión pacificadora del **arbitraje**.

Al lado de esta potestad/deber de actuación de oficio en materia probatoria que consagra el art. 25.2 LA - siempre que no resulte contradicha por el acuerdo en contra de las partes ex art. 25.1 LA-, la previsión del art. 429.1 LEC respecto de los tribunales de justicia no pasa de ser un tenue reflejo.

Tampoco está de más recordar que en esa misma Sentencia 21/2022, de 24 de mayo, esta Sala ya afirmó su criterio de que " *el Acta de Misión no articula un procedimiento pétreo e inmodificable*".

3. Decisión de la Sala.

Lo primero que conviene aclarar es que la Sala no comparte la apreciación de OHLA en el sentido de que su informe pericial, que se ceñía al *quantum* de la distribución de gastos en discusión -GeD), **no formó parte nunca de la propia ratio decidendi del Laudo** . Dicho de otra forma: el *Informe Crowe*, por su contenido y alcance, no fue empleado para determinar el marco contractual, sino sola y exclusivamente para el apartado económico del Laudo. La diferencia es fundamental - aclara OHLA- porque el **arbitraje** se dividía en dos pasos: en primer



lugar, determinar qué socio o socios eran responsables de cada uno de los gastos en discusión ("Gastos en Discusión" o "GeD") (lo cual configuraba el apartado técnico); para, en segundo término, analizar los costes totales incurridos por las sociedades consorciales en relación con los GeD y distribuir esos importes conforme a lo que se determinara previamente en la discusión técnica (configurando el apartado económico).

Si esto fuera así, obvio es decir que no se podría fundar la anulación del Laudo en la admisión extemporánea y desigualitaria de una pericia irrelevante para la decisión final. Lo que sucede es que, a todas luces, esto no es así; es una " *media verdad*", valga la expresión. El Árbitro no solo ha resuelto sobre la atribución de los gastos en discusión en función de la responsabilidad sobre los mismos, cuestión esencial, desde luego, sino también sobre su cuantificación, a la que en absoluto resulta ajeno el *Informe Crowe*, cuya relevancia al respecto no puede negarse.

Dicho lo cual, a la luz de las precedentes consideraciones sobre los parámetros que han de regir nuestro enjuiciamiento, la Sala anticipa dos conclusiones que el devenir del procedimiento arbitral revela de modo patente, a saber: que el Árbitro, cuando admite el *Informe Crowe*, actuó conforme al Reglamento de la Corte que le vinculaba, razonó de forma cabal y en abierta sintonía con la Ley de Arbitraje, con el Reglamento CEA y con sus propias Órdenes Procesales, sin que, por añadidura -pero no de modo menos importante-, sea posible apreciar el menor atisbo de indefensión en quienes ahora alegan la quiebra del principio de igualdad de armas.

Veámoslo con el debido detalle.

1º. La Sala verifica que **las normas que regían el procedimiento arbitral permitían la aportación de nuevas pericias de cuantificación tras la fase de exhibición documental**.

En este punto conviene destacar una premisa que contextualiza las decisiones del Árbitro: desde el primer momento OHLA anunció en sus escritos rectores que presentaría un informe económico contable para comprobar la cuantificación de los GeD, que no podía aportar en ese momento inicial ante la falta de acceso a la documentación relevante para verificar dicha cuantificación; documentos en poder de las Sociedades Consorciales, demandantes en el arbitraje, cuya exhibición fue interesada y posteriormente decretada por el Árbitro -v.gr., con todo detalle los §§ 121-125 y docs. 62 a 70 de la contestación de COPASA, INDRA, SIEMENS y TALGO; también las págs. 40 y 41 y docs. 40 a 45 de la contestación de OHLA. Déficit inicial de documentación en las demandas de arbitraje para la cuantificación de los gastos también puesto de manifiesto por " *Las Agrupadas*", COBRA e incluso por CONSULTRANS e IMATHIA.

Partiendo de esta premisa destacamos los siguientes hitos:

-- Las Partes acordaron en el **Acta de Misión** que el procedimiento se regiría por las decisiones del Árbitro en términos perfectamente congruentes con las potestades de actuación de oficio previstas en la Ley de Arbitraje y en el Reglamento de la CEA. Dicen los §§ 93 y 95 del Acta de Misión -doc. 25 de RENFE:

"93. El procedimiento se regirá por lo convenido en la presente Acta de Misión y, en lo no previsto por ésta, por las decisiones del Árbitro, con sujeción a lo dispuesto en el Reglamento y en la Ley de Arbitraje. [...]"

95. El Árbitro podrá decidir y regular cualquier cuestión del procedimiento por medio de orden procesal, así como, oídas las partes, revisar sus propias decisiones, de oficio o a instancia de parte. También podrá ampliar cualquier plazo procesal, oídas las partes y garantizando siempre los principios de igualdad y contradicción, en especial en una misma ronda de alegaciones."

- La **Orden Procesal nº 1** -a la que no objetaron las Partes, RENFE la acompaña como doc. 26- preveía que el Árbitro podría admitir informes periciales después de la fase de exhibición de documentos:

"§ 48. Las partes podrán presentar dictámenes periciales o cualquier otro tipo de prueba pericial junto con los escritos de alegaciones y, de nuevo, después de la exhibición documental si el Árbitro lo considera oportuno y a instancia de la parte interesada"; y

"§ 75. El Árbitro también podrá ordenar la presentación de documentos, la declaración de testigos o la práctica de las demás pruebas que estime convenientes."

Previsiones estas a su vez congruentes con el § 20 de la misma Orden Procesal nº 1, cuando dice:

"No se admitirá ningún documento probatorio luego de los escritos de alegaciones, con la excepción de la obtenida más tarde en fase de exhibición documental en los términos y plazos señalados por el Árbitro, salvo que así se haya acordado entre las partes o lo autorice el Árbitro atendida la naturaleza de la prueba, la etapa del procedimiento y demás circunstancias relevantes. Y en ningún caso se admitirá la presentación de nuevas pruebas documentales pasado el término señalado a tal efecto".

-- En consideración al ya expuesto déficit de aportación documental inicial -cfr. § 180 de la contestación a la demanda de COPASA y otros, la **Orden Procesal nº 6** -doc. 100 de COPASA y 3 más) indicaba expresamente que las Partes deberían identificar sus pretensiones en sus escritos con toda la claridad " *que les sea posible*", dejando su cuantificación al momento posterior a la fase de exhibición de documentos. En los términos de sus §§ 14 y 15:

"14. Deberán, pues, identificar sus pretensiones con toda la claridad que les sea posible, definiendo partes, *petitum* y *causa petendi* de modo suficiente para identificar la acción ejercitada.

15. Cuestión distinta es que pueda dejarse pendiente la cuantificación definitiva o incluso la total concreción de algún concepto, o que pueda ampliarse la demanda, previa autorización del Árbitro, de conformidad con lo dispuesto en el art. 22.3 del Reglamento. [...]"

-- La **Orden Procesal nº 10, de 1 de mayo de 2021** -doc. 27 de RENFE- y decisiones subsiguientes.

Llevan razón COPASA y otros cuando advierten que "el Árbitro indicó desde la primera versión de la OP 10 que las Partes podrían aportar prueba pericial después de la fase de exhibición de documentos, cuantificando finalmente sus pretensiones, ahora ya con acceso a la documentación necesaria. En este aspecto, la OP 10 ya destacaba que "[t] al es la circunstancia en que nos encontramos: un dictamen complementario que era razonablemente previsible y cuyo objeto ha de coincidir, en lo sustancial, con los presentados anteriormente".

Esta Orden Procesal nº 10 concedía un " *plazo amplio, de cinco semanas, para cualquier subsanación que se entendiera necesaria con respecto a la carga que tenían las partes de prever la eventualidad de este nuevo informe en la licitación original*".

Tras dictarse la Orden Procesal nº 10 y tras presentar INECO un escrito de alegaciones contravirtiendo el contenido de aquella, el Árbitro Único señala en la **Carta de 10 de mayo de 2021** (doc. núm. 28 de RENFE) que era posible presentar informes periciales con base en la nueva documentación.

OHLA remitió al día siguiente (11 de mayo de 2021) una Carta -doc. núm. 37 de OHLA - en la que manifestaba que OHLA nunca había optado " *por no aportar dictámenes*" al haberse reservado siempre expresamente sus derechos y que " *la presentación de informes periciales complementarios -o, dicho sea de forma precisa, no acompañados inicialmente con los escritos rectores- es una facultad concedida a las Partes desde el inicio del Arbitraje*".

En su **Carta de 12 de mayo de 2021** -doc. núm. 38 de OHLA- el Árbitro aclara:

" **si alguna parte entendiera que le resulta necesario encargar un informe a la vista de la nueva documentación justificando cumplidamente las razones por las que debiera admitirse en ese momento procesal, el Árbitro no podrá sino oír a las partes, analizar su admisibilidad y resolver** , siempre en aplicación de las reglas general y particulares vigentes y, en concreto, dependiendo de su mayor o menor relación con los extremos objeto de análisis en los escritos de alegaciones presentados por las partes en su momento".

En la **Orden Procesal nº 10 corregida, de 14 de mayo de 2021** -doc. núm. 29 de RENFE-, se recuerda que " *permanece vigente, en toda su extensión, lo ya previsto en los §§ 31 y 34 de la Orden Procesal N° 3*" y, en particular, la posibilidad de " *dar cabida a la elaboración de los dictámenes periciales no sólo iniciales, sino también todos aquéllos que guarden relación con las pretensiones ya anunciadas por todas las partes*".

-- El **art. 23 del RCEA** -doc. 6 de RENFE- también avalaba la decisión del Árbitro de admitir el *Informe Crowe* desde el punto de vista de su tempestividad procesal, cuando dice:

"2. Los árbitros podrán acordar la práctica de aquéllas otras pruebas que estimen oportunas para la correcta resolución de la controversia sometida a **arbitraje**.

Asimismo, podrán requerir de las partes la aportación a las actuaciones, dentro del término que al efecto establezcan, de cualquier información relevante, dato, documentación, bienes o pruebas que obren en poder de éstas o cuya práctica dependa directa o indirectamente de ellas. [...]"

3. La práctica de prueba se desarrollará sobre la base del principio de que cada parte tiene derecho a conocer con razonable anticipación las pruebas en que la otra parte basa sus alegaciones".

La conclusión resulta inequívoca: es de todo punto razonable entender como " *pericial complementaria*" de las presentadas con los escritos rectores del procedimiento arbitral -aunque OHLA no hubiera presentado dictamen alguno con su inicial contestación-aquella que, sustentada en la documental inicialmente aportada pero también en la acompañada por las actoras tras la solicitud y acuerdo de exhibición, versa sobre ese acervo documental y atiende a la cuantificación de los gastos... Los poderes de dirección del árbitro, las previsiones



del Acta de Misión y las distintas Órdenes Procesales y Cartas aclaratorias del Árbitro cobijan con toda lógica la admisión del "Informe Crowe", de tal modo que en absoluto es dable apreciar la infracción del art. 41.1.d) LA.

La Sala conviene con las codemandadas que se oponen a la demanda -en palabras del § 187 de la contestación de COPASA y 3 más- en que " *la admisión del Informe Crowe fue razonable y plenamente coherente con las normas procesales aplicables. El informe se presentó en el primer momento en el que pudo aportarse, después de que OHL anunciase repetidamente su futura aportación, y con un objeto limitado a la cuantificación de unas pretensiones que OHL ya había desarrollado en sus escritos. En ese momento, el Árbitro examinó debidamente la admisibilidad del informe y aceptó el mismo por medio de una resolución motivada, que estaba plenamente legitimado a dictar, entre otros por el párrafo 48 de la OP 1 que permitía la aportación de nuevas periciales ' si el Árbitro lo considera oportuno y a instancia de la parte interesada'*".

Cuanto antecede consta -en lo sustancial- en la cumplida motivación que contiene la **Decisión del Árbitro de 25 de julio de 2021** por la que admite el tan citado Informe Crowe-doc. 31 de RENFE.

En efecto, a la vista de los §§ 1 y 2 de la Decisión de 25 de julio de 2021 es patentemente constatable que el Árbitro razonó de forma tan suficiente como cabal sobre la admisión del "Informe Crowe" entendiéndolo que no respondía a mala fe o a estrategia sorpresiva de OHL, dado que su objeto se limitaba a cuantificar unas pretensiones ya explicadas en los escritos de OHL -el Árbitro verifica que no excedió de esa finalidad-, operando sobre la base de una documental que hubo de ser integrada por quien la tenía en su poder ante la no completitud de la acompañada a sus escritos de demanda y ante la evidencia también de su pertinencia y necesidad -la de esa documental inicialmente preterida- para proceder a la cuantificación de los gastos en discusión. No reviste duda para esta Sala que la admisión de tal Informe lo fue sin menoscabo alguno de las reglas de procedimiento directa o indirectamente convenidas por las Partes.

De ahí que, con toda razón, la Decisión de admisión del Informe haga hincapié en que su denegación vulneraría el derecho de defensa de OHLA, pues supondría dejarla sin cuantificar sus pretensiones, entendiéndose bien, por causa que no le era imputable.

Cuestión distinta, que también debemos verificar, es si la admisión del Informe Crowe, tempestiva y conforme con el procedimiento pactado, y su aportación práctica al expediente arbitral han entrañado, no obstante, alguna lesión del derecho de defensa de RENFE o alguna suerte de limitación indebida del principio de igualdad de armas. A esta comprobación atienden nuestras siguientes reflexiones.

2º. La admisión del Informe Crowe no entrañó la quiebra del principio de igualdad de armas ni generó indefensión material de ninguna clase.

Ya en su Decisión de 25 de julio de 2021, de admisión del Informe Crowe, el Árbitro destacaba que quienes se oponen a esa admisión con base en el principio de igualdad y en la interdicción de indefensión " *no logran concretar en qué medida habría de producirse la quiebra de tan esenciales principios*". En este sentido, tras recordar la práctica común en el arbitraje y la previsión en las Órdenes Procesales de presentar dictámenes periciales en un momento no inicial de procedimiento, el Árbitro pone el acento en lo que en verdad es el nudo gordiano de esta cuestión, cuando dice: " *la clave para valorar si la presentación de prueba en un momento no inicial del procedimiento -lesiona la igualdad de armas y genera indefensión- está en la oportunidad que tendrán luego las demás partes de someterla a contradicción en igualdad*". Y concluye a reglón seguido:

"En nuestro caso, basta echar un vistazo al calendario para comprobar que aún quedan ocasiones más que suficientes para someter el informe de OHL a contradicción plena, en igualdad también completa: posibilidad de solicitar breve contra-informe; definitiva proposición de prueba; audiencias de prueba; escritos de conclusiones".

La Sala considera evidente que no ha existido la menor indefensión cuando verifica dos hechos puestos de relieve por algunos de los codemandados y a los que nos hemos referido supra en los siguientes términos, que asumimos:

- Las partes de la ' Posición A' -la común, en lo que ahora importa, de INECO, ADIF y RENFE-, salvo RENFE... presentaron un total de once (11) informes periciales, algunos con varias adendas y otros tras la presentación del Informe Crowe, donde incluyeron una contra-pericial a dicho informe, eliminándose así cualquier posibilidad de sostener seriamente que se le causó indefensión - **doc. 33 de OHLA** donde se constata, v.gr. la presentación por INECO del informe titulado " *Actualización del informe pericial económico emitido el 30 de junio de 2021 a la luz del informe pericial de CROWE de 30 de junio de 2021*".

- Todas las partes del arbitraje -incluida, ahora sí, RENFE- participaron en la elaboración de un informe pericial de *quantum*, común a todas las partes -v.gr., **doc. 34 de OHLA-**, para determinar el importe total que debía distribuir el Árbitro Único. Ese Informe fue emitido por la empresa AUREN el 22 de junio de 2022, sin oposición de parte alguna en su designación ni en la de la Perito que dictaminó -cfr. §§ 128 a 133 del Laudo Final. Y, en ese



informe de *quantum*, posterior a las audiencias -y al Informe Crowe- todas las partes fijaron definitivamente su reclamación. Se superaba así cualquier vicisitud relativa al *quantum*, lo que también determina la ausencia de cualquier tipo de indefensión. A lo anterior debe añadirse que ese informe común vino motivado por el hecho de que los informes de *quantum* presentaban mínimas diferencias.

Además, tampoco contribuye en modo alguno a sustentar una quiebra de indefensión la acreditada pasividad de RENFE, que, en contra de lo que postula INECO, sí tuvo la posibilidad de practicar una contra pericia al Informe Crowe, de acuerdo con el objetivo marcado en el Hito 26 del Calendario Procesal -OP nº 10 -, como, por cierto, hizo la propia INECO -doc. P-007- con la pericia de FTI CONSULTING de 15 de septiembre de 2021 -v.gr., §§ 103 a 105 del Laudo.

En estas circunstancias, no está de más traer a colación las siguientes palabras de nuestra **Sentencia 4/2020, de 8 de enero** -FJ 4º.2), roj STSJ M 1469/2020 -, emitidas en relación con un supuesto que presenta muchos puntos en común con el ahora examinado:

"En relación con la primera de las quejas ahora consideradas este Tribunal no puede menos de manifestar la absoluta inconsistencia de semejante alegato de la demanda. Esta transcribe los §§ 57 a 61 del Laudo, que narran con todo detalle la pretensión de vulneración de la tutela judicial efectiva efectuada por VIPP en la audiencia de 15 de febrero de 2018 -haber presentado las demandantes informes de calidad sobre el hormigón vertido en el controvertido muro pantalla en una fecha, el 10 de enero de 2018, posterior a la presentación de su pericial por el Sr. Everardo (Informes de 14.09 y 7.11 de 2017-, la respuesta absolutamente motivada del Árbitro sobre la no concurrencia de tal vulneración y, pese a ello, la decisión del Árbitro autorizando la práctica de una pericial complementaria que, según sus propias consideraciones, se revelaba como tardíamente formulada por VIPP, como no congruente con su comportamiento procesal hasta entonces, al menos en lo tocante al carácter esencial de las 293 pruebas obrantes sobre el muro pantalla: no se justifica, dice el Árbitro, que VIPP no solicitara en enero de 2018 un informe pericial complementario, cuando los Informes de 14.09 y 7.11 de 2017 y las 293 pruebas se presentaron el 19 de enero de 2018 -§ 61.

En todo caso, el Árbitro acordó la realización de la pericial complementaria sobre 5193 pruebas de asentamiento del hormigón, contando en todo momento con las partes para fijar con flexibilidad los calendarios de emisión del Informe, de traslado del mismo a las Demandantes a efectos de refutación, y de celebración de una audiencia en que la prueba pericial, de Demandantes y Demandada, se sometiese a la debida contradicción -tal y como detallan los §§ 62 a 70 del Laudo. En estas circunstancias es del todo inconsistente el genérico alegato de lesión del derecho a la prueba pertinente: ni se acredita indefensión propiamente dicha -de hecho, la pericial complementaria se lleva a efecto-, ni desigualdad alguna en su práctica con mínima relevancia: el Árbitro ha sido en extremo flexible en facilitar a VIPP una pericial complementaria que, según sus propios alegatos -no refutados por la demanda de anulación-, fue solicitada de una forma intempestiva. Nada tiene de particular que se otorgue un plazo de refutación a CYES y a J.V. CYES del Informe Pericial Complementario evacuado de contrario -por escrito y con traslado a VIPP, § 66-, cuando, después, se va a celebrar una nueva audiencia en que la pericial de todas las partes se va a someter a ratificación con plena y equitativa contradicción".

El motivo y, con él la demanda, son desestimados.

QUINTO.- Rechazadas totalmente las pretensiones de la demanda, es obligado, conforme al artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, imponer a la parte demandante las costas causadas en este procedimiento, pues tampoco pueden apreciarse serias dudas de hecho o de Derecho en el asunto planteado.

Ahora bien; importa precisar que en dicha condena no se incluirán las costas generadas por aquellas codemandadas que han mostrado su total conformidad con la demanda e incluso han abundado fáctica y jurídicamente en pro de la anulación pretendida por RENFE, a saber: ADIF, INECO, CONSULTRANS e IMATHIA. Desde un punto de vista estrictamente técnico, atendida la justificación legal -vencimiento objetivo y constitucional de la condena en costas -naturaleza resarcitoria del vencedor e interés de la Justicia-, nada justifica hacer recaer sobre RENFE las costas de aquellos a quienes ha tenido que demandar para constituir rectamente la relación procesal por razón del litisconsorcio pasivo necesario concurrente, pero que han asumido la posición de la actora -sin reconvenir- y su pretensión anulatoria.

Vistos los artículos de aplicación,

FALLAMOS

DESESTIMAMOS la demanda de anulación del *Laudo Final de 30 de noviembre de 2022* -extensiva al Laudo de aclaración de 22 de diciembre siguiente-, que dicta el Árbitro D. Balbino en el Procedimiento Arbitral 521/2018, administrado por la Corte Española de **Arbitraje**; demanda interpuesta por la representación de **RENFE-OPERADORA ENTIDAD PÚBLICA EMPRESARIAL (RENFE)** contra las once demandadas supra mencionadas



(ADIF, COBRA, CONSULTRANS, COPASA, IMATHIA, INABENSA, INDRA, INECO, OHLA, SIEMENS y TALGO); con expresa imposición a la parte demandante de las costas causadas en este procedimiento en los términos reseñados en el Fundamento Quinto de esta Sentencia.

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.

PUBLICACIÓN.- En Madrid, a veintiséis de septiembre 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.

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.

FONDO DOCUMENTAL CEJUD