

Límites del orden público procesal en la anulación del laudo

Adelaida Medrano Aranguren

Magistrada. Juzgado de 1.ª Instancia n.º 41 de Madrid

Enunciado

La sociedad pública Acuamed adjudicó en el año 2009 a una UTE la «Obra de laminación y mejora del drenaje de la cuenca de la Rambla», suscribiéndose el oportuno «Contrato de ejecución de obras de laminación y mejora del drenaje de la cuenca de la Rambla el 21 de septiembre de 2009». Dicho contrato incluía en su cláusula 40 un convenio arbitral con sujeción de «todo litigio, discrepancia, cuestión o reclamación resultantes de la ejecución o interpretación del presente Contrato o relacionado con él, directa o indirectamente» a «arbitraje de derecho de la Corte Civil y Mercantil de Arbitraje de Madrid».

El 6 de octubre de 2015 la UTE solicitó ante Acuamed la resolución del mencionado contrato, por haber permanecido la obra suspendida temporalmente más de seis meses por causa imputable a Acuamed, reclamando a su vez la correspondiente liquidación económica del contrato, sin perjuicio de los importes que pudiesen corresponder por la actualización e inclusión de nuevos conceptos y cantidades, en concepto de trabajos ejecutados y no certificados, indemnización de daños y perjuicios e intereses de demora por el pago de certificaciones de obra.

A falta de acuerdo entre las partes, el 8 de junio de 2017 la UTE formuló solicitud de arbitraje en derecho contra Acuamed, con el objeto de dirimir sobre varias cuestiones litigiosas y particularmente sobre la resolución del contrato, así como el pago de 6.900.094,46 euros por los trabajos ejecutados y no certificados y como indemnización de daños y perjuicios e intereses de demora por retraso en el pago de certificaciones de obra, sin perjuicio de la actualización de conceptos y cantidades.

Con fecha 6 de julio de 2017, la abogacía del Estado, en nombre y representación de Acuamed, registró escrito de contestación a la solicitud de arbitraje, con anuncio de reconvencción, rechazando la solicitud de arbitraje por estar los hechos siendo objeto de una investigación penal en un juzgado, y planteando la cuestión prejudicial penal en el proceso arbitral. La UTE rechaza la existencia de una cuestión prejudicial penal.

El tribunal arbitral, y así lo fundamenta en el laudo dictado, desestima la cuestión prejudicial penal planteada por la parte demandada, a la vista de la documental aportada al procedimiento y de la prueba testifical practicada. Admite que existe un procedimiento penal en curso, en el que se encuentra implicada la demandada Acuamed, en relación con la financiación derivada de determinados contratos, entre los que estaría el que sirve de base y título para la reclamación de la UTE demandante, investigándose al respecto a una serie de investigados, al menos dos, por presuntos delitos de falsedad en documento público, privado y mercantil (arts. 390, 392 y 395 del Código Penal).

El tribunal arbitral, en relación con el alcance de la investigación penal y a la vista de la documental aportada y la declaración de varios testigos, que recordemos están siendo investigados y por lo tanto amparados por el principio de presunción de inocencia y su derecho a no declarar o hacerlo sin obligación de decir la verdad, manifiesta al respecto que «el hecho de que la declaración de estas personas se haya ajustado o no a la realidad (como consecuencia de su condición de investigados) no tiene efectos determinantes en el tratamiento de la cuestión prejudicial penal».

Por otra parte, considera que si bien pudiera pensarse que la falsedad documental se extiende a documentación relevante, como las certificaciones de obra, ello no obstante, tal extremo no se ha podido constatar en forma alguna a lo largo del procedimiento. Señala que en la demanda se solicita la resolución del contrato por causa imputable a Acuamed, «pretensión que en principio no cabe considerar que está condicionada por un supuesto delito de falsedad documental de las certificaciones de obra». Por otra parte, de los títulos o conceptos por los que se reclama de Acuamed determinadas cantidades, el relativo a retrasos en el pago de certificaciones es el único que podría conectarse (aunque mínimamente) con una eventual investigación por supuesta falsedad documental de las certificaciones de obra, en referencia a una escollera, sobre la que se habrían certificado dos millones de euros, que ni estarían en el contrato ni habría sido debidamente ejecutadas. De ahí sigue el tribunal arbitral la consecuencia de que «no están conectados en forma alguna: obra ejecutada (certificada o no) reclamada en el procedimiento arbitral, frente a obra no ejecutada y sí certificada e investigada en el proceso penal».

Como resumen, se indica en el laudo: «Cabe establecer que la representación letrada de la parte Demandada no ha podido establecer ningún tipo de conexión entre la supuesta escollera certificada –y que nunca habría existido– y las unidades de obra y conceptos concretos que reclama la Demandante.» Y concluye: «Por todo lo expuesto, este Tribunal Arbitral estima que con la prueba aportada a los autos y con la información obtenida, resulta imposible establecer que exista la alegada conexión entre procedimientos y, mucho

menos, la influencia decisiva del proceso penal en el presente arbitraje, influencia decisiva que es requerida por la más reconocida jurisprudencia como condición inexcusable para acordar la suspensión por prejudicialidad penal».

Ante esta resolución arbitral, el abogado del Estado, en representación de Acuamed, ha promovido un recurso de anulación del laudo ante la Sala de lo Civil del TSJ de la comunidad autónoma, por entender que esta decisión arbitral vulnera el orden público.

Dicha Sala de lo Civil y Penal del TSJ ha estimado la acción de anulación por razones de vulneración de orden público procesal, en estos términos: para el planteamiento de la cuestión de prejudicialidad penal no es preciso, como resulta del artículo 40 de la LEC, que exista una calificación concreta de los hechos, que, por otra parte, corresponderá a las partes en el proceso penal, ni una acreditación de los hechos investigados, más propia de una fase posterior, la de enjuiciamiento, sino que basta con que existan indicios suficientes de criminalidad que determinen la incoación de unas diligencias penales y su investigación, lo que ocurre en el caso presente.

Como ya exponíamos, las exigencias del procedimiento penal en curso, que han determinado que el juzgado instructor, desde su soberana potestad, haya declarado secretas las actuaciones, limitan un más cabal y completo conocimiento de dichas actuaciones penales, a los efectos de perfilar, con la precisión que exige el tribunal arbitral, la conexión entre procedimientos y la influencia decisiva del penal sobre el arbitral. Limitación que se ha traducido en la, probablemente, insuficiente prueba practicada, pero ello no puede determinar, a juicio de la sala, que la decisión, en el caso presente, sea la desestimación de la cuestión prejudicial, y ello por cuanto dicha limitación del cabal conocimiento viene impuesta por una causa de obligado respeto, como es el hecho procesal de estar el procedimiento penal bajo secreto de sumario, lo que tiene amparo legal en lo dispuesto en los artículos 301 y, singularmente, 302 de la LECrim.

En el presente caso, aun cuando la prueba practicada pueda considerarse insuficiente, al igual que la testifical, máxime las prevenciones que ya señalábamos, dada la condición de investigados, al menos de alguno de los testigos y de no venir obligados a decir la verdad, o cuando menos a poder silenciar datos relevantes que puedan perjudicarles en el procedimiento penal, la decisión, si quiera sea por pura prudencia, debe decantarse, a la vista de la certificación emitida por el juzgado de instrucción central, precisamente por la estimación de la cuestión prejudicial penal, desde el momento en que la pretensión de la UTE demandante tiene como base y título, en el que se ubica su causa de pedir, un contrato que está siendo cuestionado, en cuanto a su validez o a efectos sustanciales, en vía penal, imputándose a personas relacionadas con la parte contratante demandada Acuamed o con la ejecución del contrato, delitos de falsedad documental, en sus tres modalidades de pública, privada y mercantil, constando a la sala, por las razones ya expuestas, que también se siguen las actuaciones penales por delitos de prevaricación, tráfico de influencias, malversación de caudales públicos, fraude e integración en organización criminal.

En esta tesitura la disección que hace el tribunal arbitral para afirmar que no consta que lo que es objeto del procedimiento arbitral no está afectado o determinado por el resultado del procedimiento penal es prematura o aventurada, precisamente porque no puede afirmarlo ante la insuficiencia de los datos que se le han aportado en el procedimiento que conoce. La decisión de entrar a conocer del fondo, quizás no tanto en cuanto a la causa de resolución del contrato de obra suscrito por las partes, de fecha 21 de septiembre de 2009 –lo que tampoco cabría afirmar rotundamente por la sala–, pero sí en cuanto a que establece la condena al pago de importantes cantidades de dinero, como consecuencia de dicha resolución imputable a Acuamed, no resulta prudente, sin esperar a ver lo que resulta del procedimiento penal.

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

¿Es jurídicamente viable la decisión de anular el laudo arbitral en el presente caso?

Cuestiones planteadas:

- El concepto de orden público a efectos de la acción de anulación del laudo arbitral. Interpretación restrictiva y excesos de los órganos judiciales.
- Vulneración de la tutela judicial efectiva.
- Jurisprudencia en la materia.

Solución

Los planteamientos jurisprudenciales acerca de la cuestión objeto del caso son muy claros: la acción de anulación no configura una nueva instancia, como si este tribunal estuviese habilitado por la ley para revisar, con plenitud de jurisdicción, el juicio de hecho y la aplicación del derecho efectuados por los árbitros al laudar.

En tal sentido, *v. gr.*, las sentencias de la Sala de lo Civil y Penal del TSJ de Madrid de 24 de junio de 2014 (rec. núm. 70/2013) y de 5 de noviembre de 2013 (rec. núm. 14/2013), cuando dicen (FF.JJ. 8.º y 4.º, respectivamente):

Como ha puesto de manifiesto esta Sala desde la sentencia de 3 de febrero de 2012, la acción de anulación de laudo arbitral diseñada en la Ley de Arbitraje no permite a

la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia, a la que ahora se atribuye la competencia para el conocimiento de este proceso, reexaminar las cuestiones debatidas en el procedimiento arbitral. La limitación de las causas de anulación del laudo arbitral a las estrictamente previstas en el artículo 41 de esa Ley de Arbitraje restringe la intervención judicial en este ámbito a determinar si en el procedimiento y la resolución arbitrales se cumplieron las debidas garantías procesales, si el laudo se ajustó a los límites marcados en el convenio arbitral, si este carece de validez o si la decisión arbitral invade cuestiones no susceptibles de arbitraje. Así lo indica con claridad la exposición de motivos de la Ley 60/2003 cuando precisa que «los motivos de anulación del laudo han de ser tasados y no han de permitir, como regla general, una revisión del fondo de la decisión de los árbitros». La esencia del arbitraje y el convenio arbitral, en cuanto expresa la voluntad de las partes de sustraerse a la actuación del poder judicial, determinan (como destaca la sentencia del Tribunal Supremo del 22 de junio del 2009) que la intervención judicial en el arbitraje tenga carácter de control extraordinario cuando no se trata de funciones de asistencia, pues la acción de anulación, de carácter limitado a determinados supuestos, es suficiente para la satisfacción del derecho a la tutela judicial efectiva, en su modalidad de acceso a los tribunales (SSTC 9/2005 (NCJ040740), y 761/1996 y 13/1927) y, según la jurisprudencia esta Sala, tiene como objeto dejar sin efecto lo que pueda constituir un exceso del laudo arbitral, pero no corregir sus deficiencias u omisiones (SSTS 17 de marzo de 1988, 28 de noviembre de 1988, 7 de junio de 1990).

En igual sentido la sentencia de 12 de junio de 2018 y la de 22 de marzo de 2019 de la Sala de lo Civil y Penal del TSJ de Madrid.

Al respecto, la STS de 15 de septiembre de 2008 establece que

Como dice el auto de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 21 de febrero de 2006: como punto de partida debe tomarse la especial función de la institución arbitral y el efecto negativo del convenio arbitral, que veta por principio la intervención de los órganos jurisdiccionales para articular un sistema de solución de conflictos extrajudicial, dentro del cual la actuación de los Tribunales se circunscribe a actuaciones de apoyo o de control expresamente previstas por la Ley reguladora de la institución; es consustancial al arbitraje, por lo tanto, la mínima intervención de los órganos jurisdiccionales por virtud y a favor de la autonomía de la voluntad de las partes, intervención mínima que, tratándose de actuaciones de control, se resume en el de la legalidad del acuerdo de arbitraje, de la arbitrabilidad –entendida en términos de disponibilidad, como precisa la exposición de motivos de la Ley 60/2003– de la materia sobre la que ha versado, y de la regularidad del procedimiento de arbitraje; para ello, tal y como asimismo se señala en el preámbulo de la vigente Ley de Arbitraje, se contempla un cauce procedimental que satisface las exigencias de rapidez y de mejor defensa, articulando el mecanismo de control a través de una única instancia procesal; esta mínima intervención jurisdiccional explica el hecho de que en el artículo 42.2 de la vigente Ley de Arbitraje, como también se hacía en el artículo 49.2

de su predecesora, se disponga que frente a la sentencia que se dice en el proceso sobre anulación de un laudo arbitral no quepa recurso alguno, habiendo entendido el legislador que a través de una única instancia y con una sola fase procesal se satisface suficientemente la necesidad de control jurisdiccional de la resolución arbitral, que, evidentemente, no alcanza al fondo de la controversia, sino únicamente a los presupuestos del arbitraje y su desarrollo.

En este mismo sentido se ha pronunciado el Tribunal Constitucional en las SSTC 62/1991, de 22 de marzo; 228/1993, de 4 de octubre; 259/1993, de 23 de julio, y 176/1996, de 11 de noviembre. En el mismo sentido el Tribunal Constitucional, Sentencia 174/1995, de 23 de noviembre, señala que «el posible control judicial derivado del artículo 45 de la Ley de Arbitraje (LA) –hoy art. 41– está limitado al aspecto externo del laudo y no al fondo de la cuestión sometida al arbitraje, al estar tasadas las causas de revisión previstas y limitarse estas a las garantías formales»; razón por la cual únicamente procede conocer de las causas de nulidad tasadas que, además dice la STS de 23 de abril de 2001, en su fundamento séptimo, con remisión a la de 16 de febrero de 1968, «han de ser interpretadas y aplicadas estrictamente a fin de evitar la acusada tendencia de quienes renunciaron a las garantías que les brindaba la severa aplicación del Derecho, de lograr su anulación por los órganos jurisdiccionales de carácter oficial cuando no logran el éxito de sus aspiraciones».

En particular,

el deber de motivación del laudo no se integra en el orden público exigido en el art. 24 CE para la resolución judicial, sino que se ajusta a un parámetro propio, definido en función del art. 10 CE. Este parámetro deberán configurarlo, ante todo, las propias partes sometidas a arbitraje a las que corresponde, al igual que pactan las normas arbitrales, el número de árbitros, la naturaleza del arbitraje o las reglas de prueba, pactar si el laudo debe estar motivado (art. 37.4 LA) y en qué términos. En consecuencia, la motivación de los laudos arbitrales carece de incidencia en el orden público (STC 65/2021, FJ 5.º [NCJ065447]).

Asimismo, el tribunal ha llamado la atención sobre los riesgos de desbordamiento del concepto de orden público como causa de anulación de los laudos arbitrales (art. 41.1.f LA) y de la necesidad de llevar a cabo una interpretación restrictiva del mismo, so pena de vulnerar la autonomía de la voluntad de las partes (art. 10 CE) y su renuncia puntual a la tutela jurisdiccional (art. 24 CE) (SSTC 46/2020, FJ 4.º [NCJ064895]; 17/2021, FJ 2.º (NCJ065391), y 65/2021, FJ 3.º [NCJ065447]).

En ese sentido el tribunal ha sostenido que

la valoración del órgano judicial competente sobre una posible contradicción del laudo con el orden público no puede consistir en un nuevo análisis del asunto sometido a arbitraje.

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

El Tribunal Constitucional ha tenido oportunidad de afirmar en anteriores ocasiones que resulta constitucionalmente legítimo que el ordenamiento jurídico establezca, en algunos supuestos, a través de la prejudicialidad devolutiva, la prioridad de una jurisdicción sobre otra (STC 89/1997, de 5 de mayo, FJ 3.º), si bien también ha advertido tanto acerca del «carácter restrictivo con que ha de aplicarse la prejudicialidad penal en los procesos civiles», como que se trata de un juicio que queda «en el ámbito de la estricta legalidad ordinaria» en el que «serán las circunstancias concretas de cada caso las que, apreciadas por los órganos judiciales competentes para la resolución de los mismos, permitan al juzgador adoptar una u otra solución» (STC 166/1995, de 20 de noviembre, FJ 2.º).

En razón de la cuestión que se plantea en el presente caso el precepto a considerar es el artículo 40 de la LEC, que regula la prejudicialidad penal en los procesos judiciales civiles y cuya normativa es perfectamente trasladable a los procesos arbitrales, teniendo en cuenta la naturaleza jurídica privada de estos, limitados, como están, a controversias sobre materias de libre disposición (art. 2.1.º LA). Conforme al artículo 40 de la LEC, cuando en un proceso civil se ponga de manifiesto la existencia de un hecho que revista apariencia de delito perseguible de oficio, el tribunal ordenará la suspensión de las actuaciones –mediante auto y una vez que el proceso esté pendiente solo de sentencia– cuando concurren conjuntamente las siguientes circunstancias:

- 1.ª Que se acredite la existencia de causa criminal en la que se estén investigando, como hechos de apariencia delictiva, alguno o algunos de los que fundamenten las pretensiones de las partes en el proceso; y
- 2.º Que la decisión del tribunal penal acerca de tales hechos presuntamente delictivos pueda tener influencia decisiva en la resolución sobre el asunto civil.

La doctrina que se ha expuesto en el FJ 3.º, respecto al control judicial meramente externo que ha de llevar al cabo el órgano judicial sobre la motivación del laudo, excluyendo toda consideración de fondo sobre sus razonamientos, es aplicable al presente caso. Si la valoración del órgano judicial competente sobre una posible contradicción del laudo con el orden público no puede traer como consecuencia que ese órgano judicial supla al tribunal arbitral en su función de aplicación del derecho, debe concluirse que la acreditación de la concurrencia de los presupuestos procesales que llevan a la apreciación del instituto de la

prejudicialidad penal es una cuestión que ha de valorarse por el tribunal arbitral, en cuanto que ese juicio no excede del ámbito de la legalidad ordinaria (STC 224/1988, de 25 de noviembre, FJ 5.º), correspondiendo al órgano judicial únicamente controlar si esa decisión es respetuosa con las exigencias del orden público (STC 46/2020, FJ 4.º (NCJ064895)). Pero lo que el órgano judicial tiene vedado es, bajo pretexto de la realización del anterior examen externo, sustituir la valoración y motivación del tribunal arbitral por la suya propia, pues con ello excede sus atribuciones, realizando una interpretación extensiva e injustificada de sus facultades de control del concepto de orden público del art. 41.1 f) de la LA, que supera el alcance de la acción de anulación. Eso es lo que ha sucedido en el presente caso. La sentencia impugnada constata que el laudo está motivado en el punto discutido por las partes, la concurrencia de la prejudicialidad penal, pero considera que dicha motivación es errónea, aunque luego no indica dónde se encuentra el error en la motivación. De hecho, lo que hace el órgano judicial es sustituir, respecto a la única cuestión debatida, la motivación del laudo por la suya propia a partir de una valoración divergente de los elementos probatorios de la prejudicialidad penal, pero sin examinar el cumplimiento de los requisitos del artículo 40 de la LEC y aplicando en su lugar lo que denomina «principio de prudencia», que aconsejaría haber suspendido el procedimiento arbitral, lo que le lleva a calificar el laudo de prematuro. De modo que, en razón de dicho principio de prudencia, sin conexión concreta y razonada con los hechos cuestionados en el arbitraje, se viene a negar la validez del laudo arbitral por no haber sido suspendido el litigio en espera; el resultado es que, a través del juicio de anulación, se ha sustituido la decisión de los árbitros por la de los jueces, cambiando la valoración que hace el laudo por la de la sentencia, y ello sin que pueda hablarse de una infracción del deber de motivar el laudo.

Por tanto, la decisión del órgano judicial de anular el laudo arbitral de la Corte Civil y Mercantil de Arbitraje de Madrid de 4 de abril de 2018 fue contraria al canon constitucional de razonabilidad de las resoluciones judiciales (art. 24.1 CE), en cuanto desconoce que la anulación solo puede referirse a errores *in procedendo*, y no puede conducir a revisar la aplicación del derecho sustantivo por los árbitros, es decir, que las resoluciones arbitrales solo son susceptibles de anularse en función de la inobservancia de las garantías de la instancia arbitral. Lo contrario desborda el alcance de la acción de anulación y desprecia el poder de disposición o justicia rogada de las partes del proceso.

Sentencias, autos y disposiciones consultadas

- Ley 1/2000 (LEC), art. 40.
- Ley 60/2013 (Arbitraje), art. 41.1 f)
- STC 46/2020 (NCJ064895).