

# SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 50/2022, DE 4 DE ABRIL, Y 79/2022, DE 27 DE JUNIO

FERNANDO BEDOYA

Socio, Pérez-Llorca

FRANCISCO PANIAGUA

Asociado, Pérez-Llorca

Arbitraje. Revista de arbitraje comercial y de inversiones 1  
Enero – Junio 2023  
Págs. 183-198

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 50/2022, DE 4 DE ABRIL. 1. *Antecedentes*. 2. *Límite al control judicial de la conformidad del laudo con el orden público*. 3. *La relación entre la prejudicialidad penal y el arbitraje*. 4. *Decisión del Tribunal Constitucional*. 5. *Voto particular concurrente*. III. SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 79/2022, DE 27 DE JUNIO. 1. *Antecedentes*. 2. *Decisión del Tribunal Constitucional*. IV. CONCLUSIÓN.

## I. INTRODUCCIÓN

Las sentencias 50/2022, de 4 de abril, y 79/2022, de 27 de junio, del Tribunal Constitucional (TC) reafirman la línea de jurisprudencia constitucional que ha venido fijando el Alto Tribunal en los últimos tres años en relación con las acciones de anulación de laudos arbitrales, que se concreta en las sentencias 46/2020, de 15 de junio; 17/2021, de 15 de febrero; 55/2021 y 65/2021, ambas de 15 de marzo; todas ellas estimando recursos de amparo presentados frente a resoluciones del Tribunal Superior de Jus-

ticia (TSJ) de Madrid que declaraban la nulidad de diversos laudos arbitrales.

En los casos que nos ocupan, las sentencias 50/2022 y 79/2022 del TC también estiman los recursos de amparo presentados frente a resoluciones del TSJ de Madrid que habían declarado la nulidad de sendos laudos por infracción del orden público –art. 41.1 f) de la Ley de Arbitraje (LA)–, por no haberse acordado en los procedimientos arbitrales en que se dictaron tales laudos la suspensión de los arbitrajes pese a concurrir circunstancias en las que, según el criterio del TSJ de Madrid, resultaba procedente la apreciación de la existencia de prejudicialidad penal.

El origen de las sentencias del TC comentadas se encuentra en dos sentencias similares del TSJ de Madrid dictadas en el año 2019 –en realidad, el TSJ dictó tres sentencias, si bien no consta que la tercera de ellas fuera recurrida en amparo– relativas a arbitrajes administrados por la Corte Civil y Mercantil de Arbitraje de Madrid (CIMA) en los que fue parte demandada la Sociedad Estatal Aguas de las Cuencas del Mediterráneo (ACUAMED).

Ambos procedimientos arbitrales trajeron causa de sendos contratos de ejecución de obras entre una determinada Unión Temporal de Empresas (UTE) y ACUAMED, que incluían un convenio arbitral con sumisión de «todo litigio, discrepancia, cuestión o reclamación resultantes de la ejecución o interpretación» del contrato, directa o indirectamente, a arbitraje de derecho ante CIMA. Igualmente, en ambos casos, las UTEs demandantes plantearon el incumplimiento contractual de ACUAMED, a lo que esta respondió invocando en sede arbitral la existencia de prejudicialidad penal, por estar incursos los contratos objeto de arbitraje en una investigación penal por el Juzgado Central de Instrucción núm. 6 al haber indicios de posibles conductas constitutivas de delito relacionadas con la adjudicación de los mismos y, con base en lo anterior, solicitó la suspensión de los procedimientos arbitrales.

También en ambos casos, los tribunales arbitrales desestimaron, tras tener lugar diversos hitos procesales en cada caso, la alegación de prejudicialidad penal de ACUAMED por entender que, con la prueba aportada y la información ofrecida en los autos, no era posible establecer la existencia de conexión entre ambos procedimientos (penal y arbitral) y, mucho menos, una influencia decisiva del procedimiento penal en el arbitraje.

Tras dictarse los correspondientes laudos, condenatorios de ACUAMED, esta presentó sendas acciones de anulación por vulneración del orden público, conforme al motivo anteriormente indicado relativo a la vulneración de las normas imperativas que regulan la prejudicialidad penal –arts. 10.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 40 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC)–.

Según se ha anticipado, los laudos fueron declarados nulos mediante sentencias del TSJ de Madrid, pero, posteriormente, el TC ha estimado los recursos de amparo formulados frente a las referidas sentencias del TSJ de Madrid, como exponemos a continuación.

## II. SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 50/2022, DE 4 DE ABRIL

La sentencia 50/2022, de 4 de abril, dictada por la Sala Segunda del TC –ponente D. Enrique Arnaldo Alcubilla–, resuelve el recurso de amparo promovido por Sogeos, Sociedad General de Obras, y Torrescámara y Cía, Unión Temporal de Empresas («UTE Rambla Gallinera») contra (i) la sentencia 37/2019, de 4 de octubre, del TSJ de Madrid que estimó la acción de anulación de ACUAMED frente al laudo CIMA 924/2018; y (ii) el posterior auto del mismo TSJ desestimatorio del incidente de nulidad de actuaciones planteado contra la sentencia indicada.

### 1. ANTECEDENTES

En el año 2009, ACUAMED adjudicó a la UTE Rambla Gallinera las obras de mejora del drenaje de la cuenca de la Rambla Gallinera, para lo que suscribieron el correspondiente contrato de obras que contenía el convenio arbitral para la resolución de cualquier controversia mediante arbitraje CIMA, conforme a los términos expuestos anteriormente.

La UTE Rambla Gallinera formuló en el año 2017 solicitud de arbitraje frente a ACUAMED, con el objeto de que se declarara la resolución del contrato de obras y se condenara a ACUAMED a abonar los daños y perjuicios causados. En su respuesta a la solicitud de arbitraje, ACUAMED puso de manifiesto la existencia de una cuestión prejudicial penal por estar el asunto sometido a una investigación penal del Juzgado Central de Instrucción núm. 6 de Madrid (diligencias previas 24/2015) y alegó que ello impedía la continuación del procedimiento arbitral.

Ya en un primer momento, tras oponerse la UTE Rambla Gallinera a la existencia de prejudicialidad penal, CIMA acordó la continuación del procedimiento arbitral al existir *prima facie* un convenio arbitral no discutido entre las partes, sin perjuicio de la competencia del tribunal arbitral encargado de resolver el arbitraje para pronunciarse sobre la prejudicialidad penal planteada.

El tribunal arbitral, una vez constituido, analizó la cuestión y dictó laudo interlocutorio desestimando la excepción planteada por ACUAMED. En particular, el tribunal arbitral resolvió que, ni de los argumentos expuestos por ACUAMED, ni de la documentación aportada por esta –un oficio del Juzgado de Instrucción requiriendo a ACUAMED información sobre el origen de la

financiación de determinados contratos, entre ellos el que era objeto de disputa en el arbitraje— podía inferirse la existencia de una causa criminal que se solapara o interfiriese mínimamente con lo discutido en el arbitraje, dado que la financiación del contrato era ajena al objeto del arbitraje y no sustentaba la afectación total del contrato a la causa penal. Añadió el tribunal que no habiendo conexión, tampoco podía existir, por lógica, una influencia decisiva de la resolución del juzgado penal sobre lo debatido en el arbitraje.

El laudo interlocutorio no fue la única ocasión en que el tribunal analizó y resolvió la cuestión. Así, reiterada por ACUAMED la existencia de prejudicialidad penal en su contestación a la demanda y en el trámite de conclusiones, el tribunal arbitral concedió a las partes un trámite final para que pudieran determinar con precisión la alegada conexión entre el procedimiento penal y el arbitral.

El procedimiento arbitral concluyó en noviembre de 2018, fecha en que el tribunal arbitral dictó laudo final resolviendo expresamente sobre la prejudicialidad penal y estimando parcialmente la demanda. En relación con la prejudicialidad penal, concluyó 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».

Instada por ACUAMED la anulación del laudo por el motivo ya indicado, el TSJM dictó la sentencia de 4 de octubre de 2019 por la que declaró la nulidad del laudo y lo dejó sin efecto. El razonamiento fue que «no es preciso, como resulta del art. 40 LEC, que exista una calificación concreta de los hechos, que, por otra parte, corresponderá a las partes en el proceso penal, ni una acreditación de los hechos investigados, más propia de una fase posterior, la de enjuiciamiento, sino que basta con que existan indicios suficientes de criminalidad, que determinen la incoación de unas diligencias penales y su investigación, lo que ocurre en el caso presente». El TSJM, además, se pronunció expresamente sobre el hecho de que el procedimiento penal estaba bajo secreto sumarial e indicó que ello había limitado el alcance de la prueba practicada sobre la conexión entre los procedimientos. Por ello, concluyó el TSJM que el tribunal arbitral no podía determinar la existencia de conexión o afectación entre un procedimiento y otro, precisamente ante la insuficiencia de datos, por lo que «si quiera por prudencia» debía decantarse por la estimación de la cuestión prejudicial penal conforme a lo establecido en el art. 40 LEC. A juicio del TSJM, la contravención de dicha normativa imperativa hizo que el laudo fuera contrario al orden público.

La UTE Rambla Gallinera formuló un incidente excepcional de nulidad de actuaciones, denunciando la vulneración del derecho a la tutela judicial

efectiva –art. 24.1 de la Constitución Española (CE)– por haber realizado el órgano judicial una interpretación extensiva del concepto de orden público y, en consecuencia, haber suplantado al tribunal arbitral para valorar el fondo del asunto y decidir si se cumplían o no los requisitos para la apreciación de prejudicialidad penal.

Este último trámite, que como suele ser habitual fue desestimado, no tendría mayor relevancia si no fuera porque el TSJ de Madrid justificó su decisión citando expresamente la entonces reciente sentencia del TC 46/2020, con unos argumentos que a la postre sirvieron de argumento al propio TC para estimar el amparo. En concreto, el TSJ indicó que no había entrado a examinar cuestiones de fondo para apreciar la prejudicialidad penal, sino que se había limitado a concluir «a la luz de la prueba aportada» que concurrían los requisitos de la prejudicialidad penal y que ese era «el resultado al que, en opinión de la Sala, debería haber llegado el árbitro, absteniéndose de dictar un pronunciamiento sobre el fondo». Insistió el TSJ, además, en que la no apreciación de la existencia de prejudicialidad penal por el tribunal arbitral y el dictar un laudo entrando en el fondo se había hecho, a su juicio, «erróneamente» e infringía el concepto de orden público.

Tras ello, la UTE Rambla Gallinera presentó el recurso de amparo por violación del derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de derecho a una resolución motivada no incurso en arbitrariedad, irrazonabilidad o error patente. La demandante de amparo alegó, en particular, que el TSJ madrileño había incurrido en un exceso de jurisdicción al anular el laudo bajo el pretexto del concepto de orden público y que, por el contrario, la apreciación de la existencia de prejudicialidad penal era una cuestión procesal de legalidad ordinaria que había sido debatida extensamente en el arbitraje y que el tribunal arbitral había resuelto con una profusa motivación.

El TC acordó admitir a trámite el recurso de amparo al apreciar la concurrencia de una especial trascendencia constitucional, dada la afectación de una faceta de un derecho fundamental sobre el que no había fijado doctrina. Analizamos a continuación la argumentación y decisión del TC.

## 2. LÍMITE AL CONTROL JUDICIAL DE LA CONFORMIDAD DEL LAUDO CON EL ORDEN PÚBLICO

La intención del TC de fijar una doctrina constitucional que no deje lugar a dudas sobre la posible extralimitación de los órganos judiciales a la hora de controlar la conformidad de los laudos arbitrales con el orden público es evidente. En este sentido, el TC comienza la fundamentación de la sentencia 50/2022 indicando expresamente que procede recordar la doctrina constitucional sobre la infracción del orden público como causa de anulación de lau-

dos arbitrales contenida en sus recientes sentencias previas al respecto: las ya citadas sentencias del TC 46/2020, 17/2021, 55/2021 y 65/2021. Seguidamente, el TC se remite a los argumentos expuestos en cada una de dichas resoluciones, que transcribimos por su claridad y por no requerir de mayor explicación:

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

De lo anterior se sigue que «si bien la acción de anulación es el mecanismo de control judicial previsto en la legislación arbitral para garantizar que el procedimiento arbitral se ajuste a lo establecido en sus normas, tal control tiene un contenido muy limitado y no permite una revisión del fondo de la cuestión decidida por el árbitro, ni debe ser considerada como una segunda instancia, pudiendo fundarse exclusivamente en las causas tasadas establecidas en la ley, sin que ninguna de ellas –tampoco la relativa al orden público– pueda ser interpretada de modo que subvierta esta limitación» (STC 17/2021, FJ 2). [...] desde el punto de vista procesal, el orden público se configura como el conjunto de formalidades y principios necesarios de nuestro ordenamiento jurídico procesal, y solo el arbitraje que contradiga alguno o algunos de tales principios podrá ser tachado de nulo por vulneración del or-

den público. Puede decirse que el orden público comprende los derechos fundamentales y las libertades garantizados por la Constitución, así como otros principios esenciales indisponibles para el legislador por exigencia constitucional o de la aplicación de principios admitidos internacionalmente (STC 46/2020, FJ 4, reiterado en las SSTC 17/2021, FJ 2, y 65/2021, FJ 2).

En particular «el deber de motivación del laudo no se integra en el orden público exigido en el art. 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 de la Ley de arbitraje) y en qué términos. En consecuencia, la motivación de los laudos arbitrales carece de incidencia en el orden público» (STC 65/2021, FJ 5).

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

El Tribunal Constitucional también ha afirmado ya que: «no es lícito anular un laudo arbitral, como máxima expresión de la autonomía de las partes (art. 10 CE) y del ejercicio de su libertad (art. 1 CE) por el solo hecho de que las conclusiones alcanzadas por el árbitro o por el

colegio arbitral sean consideradas, a ojos del órgano judicial, erróneas o insuficientes, o, simplemente, porque de haber sido sometida la controversia a su valoración, hubiera llegado a otras bien diferentes» (STC 65/2021, FJ 3).

Por tanto, es doctrina constitucional reiterada que «el control que pueden desplegar los jueces y tribunales que conocen de una pretensión anulatoria del laudo es muy limitado, y que no están legitimados para entrar en la cuestión de fondo ni para valorar la prueba practicada, los razonamientos jurídicos y las conclusiones alcanzadas por el árbitro» (STC 65/2021, FJ 4). [...] En consecuencia, en aquellos supuestos en los que el árbitro razona y argumenta su decisión, habrá visto cumplida la exigencia de motivación, sin que el órgano judicial pueda revisar su adecuación al derecho aplicable o entrar a juzgar sobre la correcta valoración de las pruebas, por más que de haber sido él quien tuviera encomendado el enjuiciamiento del asunto, las hubiera razonado y valorado de diversa manera (STC 65/2021, FJ 5).

En resumen, expone el TC que el control judicial del laudo no permite al órgano judicial suplir al tribunal arbitral en su función de aplicación del Derecho. Y reitera que la acción de anulación no consiste en una nueva instancia, dado que el control del órgano judicial debe ser meramente externo, y no de fondo, sobre lo resuelto en el arbitraje. De este modo, el TC recalca que el órgano judicial solo debe controlar si se han cumplido las garantías del procedimiento arbitral y si se han respetado los derechos y principios de defensa, igualdad, bilateralidad, contradicción y prueba; pero que, cumplidas tales garantías, no puede anular un laudo por no estar de acuerdo con la conclusión alcanzada por el tribunal arbitral.

### 3. LA RELACIÓN ENTRE LA PREJUDICIALIDAD PENAL Y EL ARBITRAJE

La relevancia de esta sentencia del TC radica también en que, por primera vez, se pronuncia sobre el instituto de la prejudicialidad penal y su relación con el arbitraje. Sobre esta cuestión, el TC comienza recordando que, en relación con los procedimientos civiles en general, ya había afirmado el carácter restrictivo con que debe aplicarse el instituto de la prejudicialidad penal, así como que su apreciación «queda en el ámbito de la estricta legalidad ordinaria», en el que las circunstancias concurrentes en cada caso, apreciadas por los órganos judiciales competentes, serán las que permitan a estos adoptar una u otra decisión.

Señalado lo anterior, el TC afirma entra ya en la materia arbitral y señala que el art. 40 LEC, que regula la prejudicialidad penal en los procesos judiciales civiles, es perfectamente trasladable a los procedimientos arbitrales dada

la limitación del arbitraje a la resolución de materias de libre disposición –art. 2.1 LA–. En virtud de ello, añade el TC que, planteada una cuestión prejudicial penal en un arbitraje:

[E]l tribunal arbitral, a fin de valorar la concurrencia de un supuesto de prejudicialidad legalmente previsto, ha de ponderar en primer lugar si alguno de los hechos investigados en el proceso penal fundamenta las pretensiones de las partes en el proceso arbitral. Ello exige una conexión causal directa e inmediata, desde el punto de vista fáctico, entre el hecho investigado y la pretensión ejercitada en vía arbitral. Pero no basta con eso, puesto que, en segundo lugar, el tribunal arbitral debe también analizar si la decisión del tribunal penal sobre tales hechos tiene o no influencia decisiva en la decisión arbitral a adoptar.

Esto es, la sentencia del TC viene resolver las dudas acerca de la obligación del tribunal arbitral de resolver las cuestiones prejudiciales penales que le planteen las partes conforme a lo dispuesto en el art. 40 LEC, indicando claramente que el tribunal arbitral debe analizar si se cumplen los requisitos previstos en el indicado artículo.

#### 4. DECISIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Entrando en el caso objeto de amparo, el TC señala:

- a) por un lado, que el laudo arbitral anulado permite apreciar que el tribunal analizó la cuestión y llegó a la conclusión de que no concurrían los presupuestos del art. 40 LEC para apreciar la prejudicialidad penal, al no haber aportados las partes prueba que lo demostrara, ni haberse razonado de qué manera lo que se resolviera en el proceso penal podía afectar al arbitraje; y
- b) por otro lado, que la sentencia del TSJM recoge que el órgano judicial no estaba conforme con la decisión del tribunal arbitral y entendió que este debía haber acordado la suspensión del procedimiento por prejudicialidad penal y que, al ser imperativa dicha suspensión, el laudo contravenía el orden público.

Partiendo de lo anterior, el TC señala que la doctrina citada sobre el límite al control judicial de la conformidad del laudo con el orden público resulta aplicable al caso y que, dado que la valoración del órgano judicial sobre la contravención del orden público no puede tener como consecuencia que «el órgano judicial supla al tribunal arbitral en su función de aplicación del Derecho», la concurrencia de los requisitos 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». Por ello, el TC concluye que:

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

La consecuencia de lo anterior es que la anulación del laudo arbitral por el TSJM fue contraria al canon constitucional de razonabilidad de las resoluciones judiciales –art. 24.1 CE–, puesto que la anulación solo puede referirse a errores *in procedendo* y no puede conducir a la revisión de la aplicación del derecho sustantivo por los árbitros. En concreto, señala el TC que «las resoluciones arbitrales solo son susceptibles de anularse en función de la inobservancia de las garantías de la instancia arbitral» y que «[1]o contrario desborda el alcance de la acción de anulación y desprecia el poder de disposición o justicia rogada de las partes del proceso».

## 5. VOTO PARTICULAR CONCURRENTENTE

La sentencia del TC cuenta con un voto particular concurrente de D. José Antonio Xiol Ríos, quien manifiesta su conformidad con la sentencia en lo sustancial, pero indica que, en su opinión, el concepto de orden público debe ser precisado con mayor exactitud por la jurisprudencia constitucional, a fin de asegurar el respeto al principio de intervención mínima en el arbitraje.

El magistrado expone que la apreciación de la vulneración del orden público debería hacerse bajo la aplicación de los siguientes tres criterios:

- a) criterio sustancial: debe rechazarse que cualquier norma de carácter imperativo o prohibitivo pueda enlazarse con el concepto de orden público sin más consideraciones, sino que solo pueden considerarse cuestiones de orden público aquellas que implican una ordenación tendente a sustentar valores y principios irrenunciables;

- b) criterio cualitativo: la infracción de tales principios de orden público debe tener un carácter grave y, en el caso de infracciones de carácter procedimental, no basta con la consideración aislada de alguna de ellas, sino que en el conjunto del procedimiento arbitral se advierta un quebrantamiento sustancial de los derechos y garantías del proceso; y
- c) criterio instrumental: como requisito positivo, la infracción debe ser manifiesta y no solo susceptible de ser apreciada con argumentos jurídicos complejos; y como requisito negativo, la apreciación de la infracción debe poder hacerse sin sustituir el criterio del árbitro.

La conclusión que alcanza el magistrado es que el carácter de orden público de la prejudicialidad penal se funda en «la efectividad de la jurisdicción penal y sus pronunciamientos» y no en una «referencia prescriptiva o imperativa de la preferencia de una jurisdicción sobre la otra», por lo que solo podría hablarse de vulneración del orden público por un laudo «en la medida en que se cumplan los requisitos de gravedad y carácter manifiesto de la infracción» y se prive a la jurisdicción penal de su efectividad, respetando siempre, además, el deber de no sustituir el criterio del árbitro.

### III. SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 79/2022, DE 27 DE JUNIO

La sentencia 79/2022, de 27 de junio, dictada en este caso por la Sala Primera del TC –ponente D.<sup>a</sup> María Luisa Balaguer Callejón– resuelve el recurso de amparo promovido por FCC Construcción, S.A.-FCC Ámbito, S.A., Unión Temporal de Empresas («UTE Ebre-Flix») contra (i) la sentencia 43/2019, de 8 de noviembre, del TSJ de Madrid que estimó la acción de anulación de ACUAMED frente al laudo CIMA 901/2018.

#### 1. ANTECEDENTES

En este caso, ACUAMED y la UTE Ebre-Flix suscribieron en el año 2008 un contrato de obras que contenía un convenio arbitral para la resolución de arbitraje mediante arbitraje CIMA, en idénticos términos a los ya expuestos.

La UTE Ebre-Flix formuló en el año 2016 solicitud de arbitraje frente a ACUAMED, ante lo que esta planteó la suspensión del procedimiento por prejudicialidad penal, conforme a lo anticipado.

A diferencia del caso anterior, en esta ocasión el Juzgado Central de Instrucción núm. 6 de Madrid dictó auto y dirigió oficio a CIMA a fin de que se le informase si había procedido a suspender el procedimiento arbitral por prejudicialidad penal, a la vista de la existencia de puntos litigiosos del arbitraje que «guardarían relación con el objeto de la investigación penal».

En diciembre de 2017, el tribunal arbitral dictó la primera de sus resoluciones acordando no suspender el procedimiento arbitral. El tribunal arbitral expresó que, a tenor de la prueba aportada al arbitraje, no era posible apreciar la concurrencia de prejudicialidad penal, eso sí, sin perjuicio de reservarse el derecho a suspender el procedimiento si finalmente fuera conveniente acreditada la existencia de prejudicialidad penal a lo largo del arbitraje. En particular, sobre el auto y el oficio del Juzgado Central de Instrucción núm. 6 de Madrid, el tribunal arbitral indicó que las resoluciones judiciales no identificaban aspectos concretos del contrato de obras litigioso que estuvieran siendo objeto de investigación y que no se deducía la existencia de una vinculación e influencia decisiva en el procedimiento arbitral.

Reiterada la existencia de prejudicialidad penal por ACUAMED en su contestación a la demanda y reconvencción, el tribunal arbitral desestimó nuevamente la excepción planteada. En el mismo sentido, el laudo final dictado por el tribunal arbitral, dictado en enero de 2019, resolvió sobre la prejudicialidad penal de manera extensa y declaró que no concurría. En concreto, el tribunal arbitral achacó a ACUAMED no haber aportado prueba que acreditase los hechos investigados en la causa penal, ni su influencia decisiva en el arbitraje, y declaró que la ausencia de prueba le impedía valorar la vinculación e influencia entre ambos procedimientos. Sobre este extremo, el tribunal arbitral razonó expresamente que «[u]na cosa es que en el proceso de contratación se hayan podido cometer presuntos delitos de prevaricación o de malversación; y otra, muy distinta y desconectada, que en el desarrollo del contrato, una vez formalizado y perfeccionado, se hayan incumplido (o no) las obligaciones asumidas inter partes, y las consecuencias que de ello en su caso pudieran derivarse».

Al igual que en el caso anterior, ACUAMED instó la anulación del laudo por infracción del orden público –art. 41.1 f) LA– y el TSJ de Madrid dictó sentencia estimando la demanda y declarando la nulidad del laudo, por no compartir las razones que se exponían en el laudo para denegar la suspensión por prejudicialidad penal. El razonamiento del TSJ de Madrid fue similar al del caso anterior, indicando el órgano judicial que: (i) la naturaleza reservada de las actuaciones penales seguidas ante el Juzgado Central de Instrucción núm. 6 de Madrid impedía dar una más cumplida acreditación de los requisitos de la prejudicialidad penal, pero que a la vista del auto dictado por el juzgado penal, no cabía duda de que el contrato objeto del arbitraje estaba afectado por la investigación penal y el resultado de esta podía determinar la validez de dicho contrato; (ii) para el planteamiento de la prejudicialidad penal bastaba con la existencia de indicios suficientes de criminalidad; y (iii) a la vista de lo anterior, el tribunal arbitral debió haber acordado la suspensión del arbitraje. Con base en lo anterior, al ser imperativa dicha suspensión conforme al art.

40 LEC y entender infringida dicha norma imperativa, el TSJ concluyó que el laudo era contrario al orden público.

La UTE Ebre-Flix formuló recurso de amparo en términos similares a los de la UTE Rambla Gallinera en el caso anterior: violación del derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de derecho a una resolución motivada no incurra en arbitrariedad, irrazonabilidad o error patente, habiendo incurrido el TSJ en un exceso de jurisdicción con la excusa de garantizar el orden público, pese a que la existencia de prejudicialidad penal había sido extensamente debatida en el arbitraje y resuelta de forma motivada por el tribunal arbitral.

El TC acordó admitir a trámite el recurso de amparo al apreciar la concurrencia de una especial trascendencia constitucional, dada la afectación de una faceta de un derecho fundamental sobre el que no había doctrina hasta entonces.

## 2. DECISIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Al igual que en el caso anterior, el TC se remite con carácter previo a analizar el supuesto enjuiciado a la reciente doctrina constitucional sobre la extralimitación de los órganos judiciales en la función de control de la conformidad del laudo con el orden público. Para ello, cita no solo las ya mencionadas sentencias del TC 46/2020, 17/2021, 55/2021 y 65/2021, sino también, precisamente, la sentencia 50/2022 del 4 de abril comentada en la sección anterior, aprovechando además para hacer una crítica expresa a la noción de orden público manejada por el TSJ de Madrid:

Pues bien, son ya numerosas y todas ellas recientes las resoluciones de este tribunal acerca de la errada noción de «orden público» ex art. 41.f) LA que maneja la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, especialmente respecto al control de motivación de los laudos arbitrales. Así, recordemos que en las SSTC 46/2020, de 15 de junio, FJ 4; 17/2021, de 15 de febrero, FJ 4; 65/2021, de 15 de marzo, FJ 3, a las que desde ahora nos remitimos; pero muy especialmente en la STC 50/2022, de 4 de abril, FJ 3, en la que analizamos un supuesto casi idéntico al presente, hemos señalado que la institución arbitral –tal como la configura la propia Ley de arbitraje– es un mecanismo heterónomo de resolución de conflictos, al que es consustancial la mínima intervención de los órganos jurisdiccionales por el respeto a la autonomía de la voluntad de las partes (art. 10 CE), que han decidido en virtud de un convenio arbitral sustraer de la jurisdicción ordinaria la resolución de sus posibles controversias y deferir a los árbitros su conocimiento y solución, que desde ese momento quedan vedados a la jurisdicción.

Igualmente hemos declarado que si bien la acción de anulación es el mecanismo de control judicial previsto en la legislación arbitral para garantizar que el procedimiento arbitral se ajuste a lo establecido en sus normas, tal control tiene un contenido muy limitado y no permite una revisión del fondo de la cuestión decidida por el árbitro, ni debe ser considerada como una segunda instancia, pudiendo fundarse exclusivamente en las causas tasadas establecidas en la ley, sin que ninguna de ellas –tampoco la relativa al orden público– pueda ser interpretada de modo que subvierta esta limitación.

Aplicando la doctrina constitucional al supuesto enjuiciado, el TC vuelve a poner de manifiesto que lo que subyace en la sentencia del TSJ de Madrid objeto del recurso de amparo es una mera discrepancia con lo resuelto por el tribunal arbitral en relación con la cuestión de la prejudicialidad penal y recuerda que la valoración del fondo del asunto corresponde a los árbitros:

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

Además, señala expresamente el TC que la repercusión social o económica de la cuestión objeto de arbitraje –alegadas por ACUAMED y por la Abogacía del Estado– no puede servir como motivo para defender la procedencia de la apreciación de la prejudicialidad penal y que, por el contrario, esa posición pone en riesgo el arbitraje y desincentiva que las partes acusan al mismo como sistema de solución de conflictos «ante la eventualidad de que lo decidido por los árbitros a los que hayan acudido las partes en ejercicio de su autonomía de la voluntad, pueda ser objeto de una íntegra revisión en cuanto al fondo por los órganos judiciales, abocando a la inutilidad el referido sistema».

En consecuencia, el TC resuelva que la decisión del TSJM de anular el laudo es contraria al art. 24 CE dado «el ensanchamiento del concepto de “orden

público”» en que incurre la resolución impugnada en amparo para apreciar los requisitos de la prejudicialidad penal, puesto que dicha valoración sobre la concurrencia de los requisitos «pertenece en esencial solo a los árbitros». Así, el TC concluye una vez más que la actuación del órgano judicial «desborda el alcance de la acción de anulación y despreja el principio de autonomía de la voluntad de las partes que se someten al proceso arbitral».

#### IV. CONCLUSIÓN

Con carácter general, consideramos que, mediante las resoluciones comentadas, el TC ha puesto definitivamente freno a la extensiva e injustificada interpretación que los Tribunales Superiores de Justicia –y, en particular, el TSJ de Madrid– venían haciendo de su facultad de control del concepto de orden público, que excedía claramente del alcance de la acción de anulación y que, hasta la firme intervención del TC en estos últimos años, ponía en serio riesgo la posición de España como sede favorable al arbitraje.

Gracias a las resoluciones dictadas por el TC desde el año 2020, contamos ya con una doctrina constitucional asentada sobre el excepcional y limitado alcance del control judicial de la conformidad de los laudos arbitrales con el orden público, que deja claro que la revisión del órgano judicial se limita a la posible inobservancia de las garantías de la instancia arbitral y no a la conformidad o no del órgano judicial con las decisiones del árbitro sobre el fondo del asunto.

En cuanto al alcance particular de las sentencias comentadas, estas fijan con claridad que la valoración sobre la concurrencia o no de los requisitos del instituto de la prejudicialidad penal corresponde únicamente al árbitro y que dicha valoración se debe hacer con base en el art. 40 LEC, que el TC considera aplicable a los procedimientos arbitrales.

No obstante, consideramos que las sentencias comentadas no despejan todas las dudas posibles sobre la relación entre la prejudicialidad penal y el arbitraje. Si bien es cierto que las sentencias comentadas afirman que no puede anularse un laudo por el hecho de que el órgano judicial revisor discrepe de la motivación y decisión del árbitro sobre la existencia de prejudicialidad penal, el hecho de que el TC haga referencia al art. 40 LEC como norma imperativa invita a pensar que deja una puerta abierta a la posibilidad de que se acuerde la nulidad de un laudo en caso de que el laudo sí que incurra en una «quiebra lógica de tal magnitud» que la conclusión alcanzada sobre la prejudicialidad penal sea irrazonable o arbitraria. Podría ser el caso hipotético, por ejemplo, en que el tribunal arbitral razone y motive que sí concurren los requisitos para apreciar la prejudicialidad penal, pero decida no acordar la suspensión del procedimiento. En nuestra opinión, ese es el motivo por el que la sentencia

50/2022 cuenta con un voto particular concurrente, en el que el magistrado que lo formula explica la necesidad de restringir con mayor claridad el concepto de orden público y señala que la simple vulneración de una norma imperativa (como la relativa a la prejudicialidad penal) no debe dar lugar, sin más, a la nulidad del laudo, sino que la infracción debe ser grave o sustancial y afectar a un principio de orden público irrenunciable. En el caso concreto de la prejudicialidad penal, del voto particular comentado parece desprenderse que, en opinión del magistrado, una eventual vulneración del art. 40 LEC por el tribunal arbitral que decidiese no suspender el procedimiento a pesar de considerar acreditados los requisitos de la prejudicialidad penal, solo debería llevar aparejada la nulidad del laudo en caso de que se privase de efectividad a los pronunciamientos que pudieran dictarse en el procedimiento penal.