



Roj: **STSJ M 1469/2020 - ECLI:ES:TSJM:2020:1469**

Id Cendoj: **28079310012020100048**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **08/01/2020**

Nº de Recurso: **20/2019**

Nº de Resolución: **4/2020**

Procedimiento: **Civil**

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: 28.079.00.2-2019/0050882

Procedimiento: Asunto civil 20/2019. Nulidad laudo arbitral 17/2019.

Demandante: VIPP LAVORI SPECIALI, S.R.L.

Procurador/a: D^a. Carolina Beatriz Yustos Capilla.

Demandados:

CYES-SOMAGUE ACE

Procurador/a: D. Carlos Piñeira Campos.

J.V. CYES SOMAGUE S.A.R.L.

En rebeldía

SENTENCIA 4/2020

Excmo. Sr. Presidente:

D. Celso Rodríguez Padrón

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. Francisco José Goyena Salgado

D. Jesús María Santos Vijande

En Madrid, a 8 de enero del dos mil veinte.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 1 de abril de 2019 se presentó vía lexnet la demanda formulada por la Procuradora de los Tribunales D^a. Carolina Beatriz Yustos Capilla, en nombre de **VIPP LAVORI SPECIALI, S.R.L.** (en adelante, VIPP), ejercitando, contra las mercantiles **CYES-SOMAGUE ACE** y **J.V. CYES SOMAGUE S.A.R.L.** (en adelante, CYES y J.V. CYES, respectivamente), acción de anulación del **Laudo de 30 de enero de 2019**, dictado por D. Gonzalo Stampa en Procedimiento Arbitral administrado por la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI) -Expediente 22162/ASM/JPA (C-22164/ASM).

SEGUNDO.- Atendidos los requerimientos efectuados por Diligencia de Ordenación de 8.04.2019 -fijación de cuantía, presentación del convenio arbitral y acreditación de la representación- mediante escrito -y documental a él adjunta- presentado el 28.04.2019, es admitida a trámite la demanda por Decreto de 17 de mayo de 2019.

TERCERO.- Efectuados los oportunos emplazamientos, mediante Diligencia de 25.06.2019 se tiene por personada y parte a la mercantil CYES-SOMAGE ACE, quien presenta su escrito de contestación a la demanda el siguiente día 26 de junio.

CUARTO.- La codemandada J.V. CYES-SOMAGUE, S.A.R.L., con domicilio en LOMÉ (TOGO), es declarada en rebeldía, con preclusión del plazo para contestar a la demanda, por Diligencia de Ordenación de 29 de octubre de 2019.

QUINTO.- Dado traslado en Diligencia de Ordenación de 29 de octubre de 2019 -notificada el siguiente día 5.11- a la demandante por diez días para presentar documentos adicionales o proponer prueba ex art. 42.1.b) LA, la representación de VIPP LAVORI SPECIALI, S.R.L., deja transcurrir el plazo sin interesar nuevos medios de prueba.

SEXTO.- El 26 de noviembre de 2019 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 26.11.2019).

SÉPTIMO.- Por Auto de 27 de noviembre de 2019, la Sala acordó:

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

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

3º. No admitir la demás prueba propuesta.

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

5º. Señalar para el inicio de la deliberación y fallo de la presente causa el día 8 de enero de 2020.

Es Ponente el Ilmo. Sr. D. Jesús María Santos Vijande (Diligencia de Ordenación de 8 de abril de 2019), quien expresa el parecer unánime del Tribunal.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El 4 de junio de 2012, Lomé Container Terminal S.A. (LCT) y las Demandadas en las presentes actuaciones -CYES y J.V. CYES- firmaron un contrato para la realización de un conjunto de obras civiles relativas a la ingeniería, adquisición y construcción de la Terminal de contenedores de Lomé, situada en el puerto de Lomé (Togo); contrato al que se refiere el Laudo como " *el Proyecto*".

CYES y J.V. CYES subcontrataron el 3 de mayo de 2013 con VIPP la ejecución de los muros de contención contemplados en *el Proyecto*, de una longitud aproximada de 1.000 metros.

CYES presentó una solicitud de arbitraje ante la CCI el 29 de julio de 2016 pretendiendo que se declarara que VIPP había incumplido las condiciones esenciales del Subcontrato, lo que justificaría que las mercantiles CYES y J.V. CYES hubiesen confirmado su resolución el 11 de septiembre de 2015. Se reclamaba un perjuicio económico estimado de 9.754.133,23 €, más los intereses correspondientes desde el 29.7.2016, que traería causa de la ejecución retrasada y gravemente defectuosa de las obras encomendadas a VIPP -v.gr., el muro pantalla de contención-. En la misma fecha -29/07/2016- VIPP formuló por su parte otra solicitud de arbitraje con la pretensión de que se declarara que CYES y J.V. CYES no habían cumplido las condiciones del subcontrato de muchas formas: no prorrogar el plazo para la conclusión cuando las circunstancias demostradas permitían dicha prórroga; no compensar los daños y perjuicios derivados de la suspensión de las obras; no suministrar los materiales a que estaban obligadas (*jaulas de refuerzo y hormigón*) con la calidad adecuada y acordada; no abonar las obras concluidas por VIPP impuestas por los constantes cambios al Subcontrato... En su virtud, VIPP solicitaba que " (...) se ordene a las Demandadas que paguen los daños y perjuicios por un importe de 3,302.223 euros, con los intereses devengados sobre todas las cuantías concedidos, y el pago de los costes de la Demandante asociados al procedimiento arbitral, incluidos los honorarios profesionales y desembolsos (...).

La Secretaría de la CCI acordó la acumulación de ambos procedimientos el 29 de agosto de 2016 sin oposición de las partes. Tanto VIPP como CYES y J.V. CYES articularon sus argumentos y concretaron sus respectivas pretensiones también por vía reconvencional en ambos procedimientos acumulados -§§ 14 a 19 del Laudo.

El Laudo impugnado resuelve:

Por las razones expuestas con anterioridad, habiendo considerado detenidamente todos los argumentos, documentos y pruebas presentados por las Partes ante él, el árbitro dicta el laudo siguiente y ordena:

A. Sobre la Demandada:

1. El Árbitro decide a) estimar la demanda y declara que la Demandada incumplió el Subcontrato.
2. El Árbitro decide que la demandada b) se estima parcialmente y declara.

i Que la Demandada debe pagar a las Demandantes el importe de setecientos ochenta y cinco mil novecientos noventa y ocho euros y noventa y tres céntimos (785.998,93 euros) más intereses, al tipo legal del dinero del 3% desde el 29 de julio de 2016 hasta la fecha del Laudo definitivo, por importe de cincuenta y nueve mil ciento cuarenta y ocho euros y cincuenta céntimos (59.148,50 euros).

ii Que la Demandada deberá pagar a las Demandantes:

1. El importe de noventa y cinco mil quinientos veintiséis euros (95.526 euros). Las Demandantes tienen derecho a los intereses al tipo legal del dinero del 3% desde el 29 de julio de 2016 y hasta la fecha del Laudo definitivo, por importe de siete millones ciento ochenta y ocho mil euros y cincuenta y ocho céntimos (7.188,58 euros).
2. El importe de cuatro millones setecientos treinta y cuatro mil seiscientos cincuenta y tres euros (4.734.653 euros). Las Demandantes tienen derecho a los intereses al tipo legal del dinero del 3% hasta la fecha del Laudo definitivo, por importe de trescientos cincuenta y seis mil doscientos noventa y cinco euros y trece céntimos (euro).
- iii. Que la Demandada deberá pagar a los Demandantes el importe de ochocientos cuarenta y cinco mil ciento treinta y cinco euros y cincuenta y un céntimos (845.135,51 euros) más intereses, al tipo legal del dinero del 3% desde el 29 de julio de 2016 y hasta la fecha del Laudo definitivo, por importe de setenta y tres mil quinientos noventa y ocho euros y sesenta y nueve céntimos (63.598,69 euros).
- iv. Que la Demandada deberá pagar a las Demandante el importe de un millón setecientos setenta y ocho mil setecientos un euros y ocho céntimos (1.778.701,08 euros) más intereses, al tipo legal del dinero del 3% desde el 29 de julio de 2016 y hasta la fecha del laudo definitivo, por importe de ciento treinta y tres mil ochocientos cincuenta y un euros y noventa y cinco céntimos (133.851,95 euros).

B. Se desestima la Reconvencción.

C. Sobre las costas:

1. El Árbitro estima que las Demandantes tienen derecho al reembolso del importe de ciento setenta y siete mil trescientos ochenta euros y cuatro céntimos (177.380,04 euros), setenta y cinco reales catarís (65 QAR) y trece mil cuatrocientos cuarenta y un escudos caboverdianos (13.441 CVE), correspondientes a los honorarios de abogado, costas de la sala de audiencias y gastos de contratación, peritos y testigos.
2. El Árbitro decide que cada Parte debe asumir sus propios costes del arbitraje.

D. El presente Laudo es definitivo y todas las solicitudes y reclamaciones no resueltas de otro modo en él quedan desestimadas.

VIPP sustenta la nulidad del Laudo en los motivos que formalmente enuncia con las siguientes rúbricas:

1º. La decisión del árbitro sobre la naturaleza y alcance del plazo contenido en la cláusula 20 del contrato entre las partes, ha impedido a mi representada hacer valer sus derechos (vulneración del artículo 41.1.b), haciendo que el procedimiento arbitral no se ajuste a una norma imperativa establecida en la Ley de Arbitraje (en concreto su artículo 24 de conformidad con el motivo 41.1 d), resultando un laudo contrario al orden público (artículo 41.1.f).

2º. La naturaleza y alcance que el laudo da a la cláusula 8 del contrato contraviene el artículo 41.1.c) por extralimitación y el orden público (41.1.f).

3º Otras infracciones con base en el artículo 41.1 b, d y f.

En apretada síntesis, el motivo primero postula que la cláusula 20 del *Contrato de 3 de mayo de 2013* que liga a las partes contendientes, por contraposición a su cláusula 2.3, entraña un inadmisibles desequilibrio entre los firmantes cuando fija los plazos para que la aquí actora efectúe reclamaciones a la contraparte en pro de su derecho; desequilibrio contractual que el árbitro ha corroborado al admitir la validez de dicho pacto según el Derecho español, que es el aplicable al caso: con un entendimiento de la referida cláusula como previsora de plazos de extinción de derechos en sentido estricto - *caducidad de origen convencional*- el Laudo habría incurrido en una clara contravención del principio de igualdad, con infracción del orden público procesal y

material, al dar por buenos unos lapsos de caducidad arbitrarios en tanto que no correlativos con los pactados para las reclamaciones de la contraparte en la cláusula 2.3 del Contrato.

El motivo segundo postula, de nuevo en breve referencia a su contenido, la extralimitación del árbitro y la infracción del orden público al infringir la cláusula 8ª del precitado Contrato puesta en conexión con el *Apéndice* del mismo: la cláusula 8ª.2 solo permitiría una indemnización máxima por demora de un 10% del precio total del Contrato, sin carácter cumulativo con ninguna otra penalización; pese a ello el Árbitro habría incurrido en extralimitación y en exégesis no razonable del Contrato cuando concede a las demandantes en el arbitraje costes adicionales -en concepto de indemnización- relacionados con el tiempo de realización de la obra subcontratada excediendo el precitado tope máximo, a la par que negando las evidencias presentadas por VIPP LAVORI sobre las causas de tal retraso...

Bajo la genérica rúbrica del motivo tercero aduce la demanda tres infracciones que entiende distintas, aun cuando dos de ellas tienen base en un mismo sustrato fáctico:

1ª. La inadmisión arbitraria de pruebas pertinentes y útiles con indefensión y quiebra del proceso debido, en alegato que concierne a los impedimentos y a la desigualdad que dice haber padecido a la hora de practicar una pericial de parte sobre la calidad del hormigón vertido en el controvertido '*muro pantalla*': las pruebas de control de calidad presentadas de contrario el 10.01.2018 -a pocos días de la celebración de la audiencia- no pudieron ser tenidas en cuenta por la previa pericial presentada por quien ahora reclama la nulidad del Laudo; de ahí la necesidad de subsanar esa desigualdad que, a juicio de la actora, el Árbitro no habría acertado a remediar, pues la solución finalmente adoptada habría otorgado a la parte contraria una nueva oportunidad de contestar, desequilibrando la debida paridad alegatoria de las partes...

2ª. Entiende, en relación con lo anterior, que el procedimiento que el Árbitro siguió para la práctica de la pericial pretendida por VIPP LAVORI ha vulnerado su derecho a la asistencia letrada al prohibir durante cuatro meses que los peritos de VIPP contactasen con los Letrados de la misma, debiendo emitir sus opiniones por escrito sin comunicación previa con dichos Letrados.

3ª. Denuncia la falta de imparcialidad del Árbitro que resultaría del modo en que se pronunció sobre la admisión de tres documentos presentados por VIPP LAVORI en el trámite de conclusiones.

La contestación a la demanda niega categóricamente la concurrencia de los motivos de anulación invocados que, en rigor, no serían subsumibles en ninguna de las causales previstas en el art. 41.1 de la LA: la actora estaría pretendiendo de esta Sala una nueva consideración, parcial y sesgada, del fondo de la litis, con clara extralimitación del ámbito propio de la acción de anulación.

De nuevo en términos muy sintéticos -que habrán de ser posteriormente desarrollados -, la demandada se opone al motivo primero de anulación postulando que el Laudo justifica cumplidamente su entendimiento de la cláusula vigésima del Contrato, cuando admite la validez y declara la naturaleza de los plazos -de caducidad- en ella contenidos -se remite la contestación a los §§ 261 a 288 del Laudo.

Tampoco habría incurrido el Laudo en extralimitación ni infracción alguna del orden público al fijar la cuantía de la indemnización que otorga a las demandantes en el arbitraje: el Árbitro se pronunció sobre cuestiones debidamente suscitadas en la demanda (§§ 158 y 160 del Laudo), distinguiendo entre daños por demora -cláusula 8ª del Contrato- y la reparación de los daños que correspondería como consecuencia de la aplicación de la cláusula 11.4: VIPP ha debido responder tanto del retraso en el tiempo de ejecución de la obra -*delay damages*-, como del hecho de que la misma se haya entregado en condiciones inaceptables -con graves defectos estructurales- que han obligado a un proceso de reparación por las demandantes en el arbitraje que conlleva costes asociados -*time related cost*. Tal es lo que con toda razonabilidad habría entendido el Árbitro en los §§ 193 a 200 del Laudo.

Finamente, aduce la contestación a la demanda que no hay la menor lesión del derecho a la prueba pertinente cuando se concede la pericial extemporáneamente impetrada por VIPP LAVORI, sin que se haya producido quiebra de un inexistente derecho a la asistencia letrada de los peritos, respondiendo la restricción temporal de contacto con los mismos precisamente a un afán del Árbitro por preservar la debida igualdad en el ejercicio del derecho de defensa... La aquí demandante no habría padecido indefensión material alguna. Tampoco se entiende el alegato de parcialidad cuando el Árbitro, de hecho, admite y valora -pese a la oposición de CYES SOMAGUE/ACE- los documentos presentados por VIPP LAVORI junto con su escrito de conclusiones.

SEGUNDO.- Como ya hemos anticipado, el motivo primero de anulación contrapone el tenor de la cláusula 2.3 del Subcontrato, sobre las reclamaciones del Contratista principal, a lo prevenido, en lo que ahora importa, en la cláusula 20.1, sobre las condiciones a que se someten -temporales y de notificación- ciertas reclamaciones que pueda formular el Subcontratista.

El tenor de las respectivas cláusulas es el siguiente:

2.3

"Si el Contratista principal considera que tiene derecho a un pago en virtud de cualquier cláusula de las presentes Condiciones o de otro modo en relación con el Subcontrato, o a una prórroga del Plazo de notificación de defectos, lo notificará junto con los pormenores al Subcontratista.

La notificación se realizará tan pronto como sea posible en cuanto el Contratista principal tenga o debiera haber tenido conocimiento del acontecimiento o circunstancia que originaron la reclamación. La notificación relativa a la prórroga del Plazo de notificación de defectos deberá realizarse antes de que expire dicho plazo. Los pormenores deberán especificar la cláusula o fundamento de la reclamación e incluir la fundamentación del importe o prórroga respecto a los que el Contratista principal considera que tiene derecho en relación con el Subcontrato. El Contratista principal deberá proceder a continuación de conformidad con la cláusula [Determinaciones] para acordar o determinar (i) el importe (en su caso) que el Contratista principal tiene derecho que le pague el Subcontratista, o (ii) la prórroga (si procede) del Plazo de notificación de defectos de acuerdo con la cláusula [Prórroga del Plazo de notificación de defectos].

El Contratista principal podrá deducir el importe de cualquier cuantía que deba o pueda deber en el futuro al Subcontratista...".

20.1

Si el Subcontratista considera que tiene derecho a una prórroga del Plazo para la conclusión o a un pago adicional a tenor de las cláusulas de estas condiciones o de otro modo en relación con el Subcontrato, lo notificará al Contratista principal, describiendo el acontecimiento que dé lugar a la reclamación. La notificación se realizará tan pronto como sea posible y, a más tardar, 14 días después de que el Subcontratista tenga o debiera haber tenido conocimiento del acontecimiento o circunstancia.

Si el Subcontratista no notifica la reclamación dentro del plazo de 14 días, el Plazo para la conclusión no se prorrogará, el Subcontratista no tendrá derecho a un pago adicional, y el Contratista principal quedará exonerado de toda responsabilidad relacionada con la reclamación. De lo contrario, las disposiciones siguientes de la presente cláusula serán aplicables.

(...)

En el caso presente, el Laudo, en aplicación de esta última cláusula ha partido de un hecho no controvertido: que VIPP presentó sus notificaciones de reclamación a las aquí demandadas el 28.11.2014 y el 25.11.2015, ambas relacionadas con la prórroga de tiempo o pagos adicionales a tenor del Subcontrato. El Laudo desecha motivadamente (§§ 276 y 277) que hubieran existido otras notificaciones precedentes, en sentido estricto, en relación con tales reclamaciones, sin que la demanda oponga el menor argumento a la motivación del Laudo en este punto. Considera el Árbitro que las antedichas reclamaciones por su contenido y por la documentación justificativa de su fundamento son, *stricto sensu*, notificaciones a los efectos de la cláusula 20.1 del Subcontrato. Sin embargo, el Laudo, en sintonía con lo postulado por CYES y J.V. CYES, actrices en el arbitraje, las reputa extemporáneas de acuerdo con la propia cláusula 20.1, habida cuenta de que se entregaron a la contraparte " *más de 14 días después de que el subcontratista tuviera o debiera haber tenido conocimiento del acontecimiento o circunstancia*" que motivaba la reclamación. En estas circunstancias, habiendo sido informada VIPP por CYES y J.V. CYES el 2.02.2016 de que ambas reclamaciones habían prescrito y de que por ello las habían rechazado, el Laudo considera contraria al *ne venire contra factum proprium* y al principio de buena fe con interdicción del abuso de derecho la traslación al arbitraje por vía reconvencional de unas reclamaciones "prescritas", cuyo contenido " *el Árbitro no puede entrar a valorar*" (v.gr., §§ 286 a 288). La referencia a la prescripción, en este punto, es del propio Laudo.

El primer motivo de anulación entrevera con extrema confusión las causales b), d) y f) del art. 41.1 LA, para postular, en realidad, un único alegato sustancial, a saber: que el Laudo da por bueno un desequilibrio contractual al admitir la validez según el Derecho español de la cláusula 20.1 en sus literales términos: con un entendimiento de la referida cláusula como previsor de plazos de extinción de derechos en sentido estricto - *caducidad de origen convencional*- el Laudo habría incurrido en una clara contravención del principio de igualdad, con infracción del orden público procesal y material, al dar por buenos unos lapsos de caducidad arbitrarios en tanto que no correlativos con los pactados para las reclamaciones de la contraparte en la cláusula 2.3 del Contrato. Destaca también el recurso la confusión en que incurre el Árbitro cuando, pese a haber discriminado -correctamente, añade esta Sala- los plazos de prescripción de los relativos a la expiración de derechos -v.gr., § 267-, no obstante en multitud de ocasiones se refiera al plazo de 14 días de la cláusula 20.1 del Subcontrato como un plazo de prescripción... Abunda el recurso, en este sentido, en citas de sus escritos de alegaciones ante el Árbitro -recogidas por el propio Laudo, v.gr., § 271- como aquella que vincula el régimen

jurídico aplicable a la prescripción con normas imperativas del Derecho patrio, cuya vulneración entrañaría a su vez una lesión del orden público, que es causa de anulación del Laudo.

Vaya por delante que estos alegatos -a los que enseguida nos referiremos- nada tienen que ver, a todas luces, con una eventual e indemostrada indefensión sufrida por VIPP en el procedimiento arbitral -art. 41.1.b) LA-: como evidencian el Laudo y la propia demanda de anulación, la mercantil aquí actora ha podido argumentar en el seno del arbitraje cuanto a su derecho convino sobre la legalidad de la cláusula 20 del Subcontrato. Y el notable desequilibrio para formular reclamaciones podría entrañar, en según qué casos, una infracción del orden público: como veremos, el abuso de derecho, la contravención radical de la buena fe en la contratación, la aceptación de cláusulas leoninas o incluso una exégesis arbitraria de la caducidad sí pueden ser encuadrables en la infracción del orden público, conforme a consolidada jurisprudencia de la Sala Primera, cuando no del Tribunal Constitucional; ahora bien, ello no es subsumible en la causal d) del art. 41.1 LA, como si la instauración convencional de un plazo de caducidad del derecho material pudiese ser asimilado a la infracción de una norma imperativa de la Ley de Arbitraje.

Por referencia a lo que son alegatos del recurso, dejaremos constancia a continuación, por su pertinencia al caso, de algunos criterios de enjuiciamiento a la hora de verificar si la motivación de un Laudo incurre en la infracción del orden público a que se refiere el art. 41.1.f) LA como causa de anulación.

1. Parámetros de enjuiciamiento.

El alegato de infracción del orden público como causa de anulación que sustenta la demanda obliga a dejar clara constancia de los parámetros que delimitan el ámbito de nuestro enjuiciamiento en la acción de anulación cuando se invoca el art. 41.1.f) LA.

a) Sobre la "infracción del orden público" y el "control de fondo" en la acción de anulación.

Dejamos constancia, en primer lugar, de que, como tantas veces hemos dicho -recientemente, entre muchas, en la S. 45/2017, de 4 de julio, roj STS 8072/2017-, la acción de anulación no configura una nueva instancia, como si este Tribunal estuviese habilitado por la ley para revisar, con plenitud de jurisdicción, el juicio de hecho y la aplicación del Derecho efectuados por los árbitros al laudar.

En tal sentido, v.gr., las Sentencias de esta Sala de 24 de junio de 2014 (rec. n.º 70/2013) y de 5 de noviembre de 2013 (rec. n.º 14/2013), cuando dicen (FFJJ 8 y 4, respectivamente):

"Como ha puesto de manifiesto esta Sala desde la sentencia de 3 de febrero de 2012, la acción de anulación de laudo arbitral diseñada en la Ley de Arbitraje no permite a la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia, a la que ahora se atribuye la competencia para el conocimiento de este proceso, reexaminar las cuestiones debatidas en el procedimiento arbitral. La limitación de las causas de anulación del laudo arbitral a las estrictamente previstas en el artículo 41 de esa Ley de Arbitraje, restringe la intervención judicial en este ámbito a determinar si en el procedimiento y la resolución arbitrales se cumplieron las debidas garantías procesales, si el laudo se ajustó a los límites marcados en el convenio arbitral, si éste carece de validez o si la decisión arbitral invade cuestiones no susceptibles de arbitraje. Así lo indica con claridad la Exposición de Motivos de la Ley 60/2003 cuando precisa que "los motivos de anulación del laudo han de ser tasados y no han de permitir, **como regla general**, una revisión del fondo de la decisión de los árbitros...". "La esencia del arbitraje y el convenio arbitral, en cuanto expresa la voluntad de las partes de sustraerse a la actuación del poder judicial, determinan - como destaca la sentencia del Tribunal Supremo de del 22 de Junio del 2009 (ROJ: STS 5722/2009)- que la intervención judicial en el arbitraje tenga carácter de control extraordinario cuando no se trata de funciones de asistencia, pues la acción de anulación, de carácter limitado a determinados supuestos, es suficiente para la satisfacción del derecho a la tutela judicial efectiva, en su modalidad de acceso a los tribunales (SSTC 9/2005, y 761/1996 y 13/1927) y, según la jurisprudencia esta Sala, tiene como objeto dejar sin efecto lo que pueda constituir un exceso del laudo arbitral, pero no corregir sus deficiencias u omisiones (SSTS 17 de marzo de 1988 , 28 de noviembre de 1988, 7 de junio de 1990)".

Ahora bien; una cosa es lo que antecede y otra, totalmente distinta, la tesis de que la Sala de anulación en ningún caso puede revisar el fondo de la controversia y/o de la argumentación del Laudo. Ni legal ni dogmáticamente se puede mantener tal postulado con el debido fundamento.

Evidentemente que " la acción de anulación" no abre una segunda instancia, un " *novum iudicium*" en el que se pueda revisar sin limitaciones, con " *plenitud de jurisdicción*" -en locución del TEDH-, el juicio de hecho y el razonamiento de Derecho efectuado por el tribunal arbitral. Tampoco se puede identificar la acción de anulación, como antaño el recurso de tal nombre, con una suerte de casación donde se podía analizar, como motivo de revisión del laudo, la infracción de ley y/o de doctrina jurisprudencial (Ley de Arbitraje de 1953)...

Pero de ahí a afirmar, del modo general y categórico con que a veces se hace, la exclusión de todo análisis del fondo de la controversia va un abismo... A modo de ejemplo: se postula, sin distinguos ni matices, que el Tribunal que conoce de la acción de anulación no puede revisar la valoración de la prueba efectuada por el árbitro en contra de conteste doctrina del TC y de la Sala Primera del TS que identifica los supuestos, que no son pocos, en que una determinada valoración de la prueba lesiona el art. 24.1 CE.

Repárese en que la Exposición de Motivos de la LA excluye, " *como regla general* ", que la acción de anulación se convierta en una revisión del fondo de la decisión de los árbitros; es más, se suele identificar tal concepto -revisión del fondo de la decisión- con cualquier cuestión que, directa o lateralmente, concierna al fondo de la controversia, cuando conceptualmente son cuestiones del todo discernibles.

Pero a lo que importa: la Sala pone de relieve que esa "regla general" de que habla la E. de M. de la LA tiene excepciones, algunas incontrovertidas en el ámbito, por ejemplo, del análisis de la arbitrabilidad de la materia, que, sin embargo, son incomprensible y contradictoriamente negadas, cuando tal excepción a la regla general se pondera y se aprecia como posible infracción del orden público.

De nuevo a modo de ejemplo: ¿qué tiene que hacer, *ope legis*, un Tribunal de anulación cuando examina si la controversia es arbitrable por recaer sobre materias de libre disposición? No puede dejar de examinar la naturaleza disponible, o no, de la materia controvertida, su régimen jurídico... Lo hemos dicho con toda claridad en la **S. 56/2015, de 13 de julio** : " *decidir si una materia es disponible, o no, exige, sin lugar a dudas, analizar su régimen jurídico, la naturaleza de las normas reguladoras, los intereses públicos o privados en juego -trascendiendo incluso las circunstancias del caso concreto...* " (y lo hemos repetido, con la subsiguiente argumentación, v.gr., entre otras, en las **SS. 61/2017, de 31 de octubre** ; **32/2016, de 19 de abril** ; **3/2016, de 19 de enero** ; **79/2015, de 3 de noviembre** ; y **74/2015, de 23 de octubre** .

Ese análisis -añadíamos- concierne, por definición, al fondo de la controversia, a su regulación sustantiva. Y aquí, sobre la base del principio del *favor arbitrandi*, existe una general anuencia en que una materia puede ser arbitrable pese a que en su ordenación aparezcan normas inequívocamente imperativas; ahora bien, en contrapartida, no se discute -hablando de arbitrabilidad- el correlativo deber del árbitro de aplicar las normas imperativas que regulen tales o cuales aspectos de la materia que se dice arbitrable, pues, en caso contrario, el tribunal arbitral infringiría el orden público incurriendo el laudo en causa de anulación.

En total congruencia con esta línea de pensamiento se ha manifestado este Tribunal repetidas veces, v.gr., en estos o parecidos términos: "no pocas materias son disponibles, perfectamente susceptibles de arbitraje, pese a que aspectos de su ordenación estén regulados por normas imperativas, *lo que no excusa el deber de los árbitros de aplicar dichas normas, so pena de infringir el orden público* - *lo que no excusa el deber de los árbitros de aplicar dichas normas, so pena de infringir el orden público* -v.gr., por todas, las Sentencias de esta Sala nº 23/2015, de 24 de marzo (ROJ STSJ M 3275/2015), 56/2015, de 13 de julio -FJ 3.B- (ROJ STSJ M 8881/2015), 16/2018, de 12 de abril -FJ 2º.A- (ROJ STSJ M 3985/2018), 18/2018, de 17 de abril -FJ 3º.2.A- (ROJ STSJ M 3986/2018) y 49/2018, de 13 de diciembre -FJ 2º.1- (ROJ STSJ M 12822/2018).

Expresa este planteamiento generalmente admitido, con especial lucidez, el Profesor Fernández Rozas, J.C. ["Ámbito de actuación y límites del juicio de árbitros tras la Ley 60/2003, de Arbitraje", en *La Nueva Ley de Arbitraje, Estudios de Derecho Judicial*, 102-2006, CGPJ, 2007, págs. 80 y 81] con las siguientes palabras:

La arbitrabilidad de la controversia, es cierto, va ganando terreno conforme el arbitraje se hace usual entre los participantes del tráfico comercial internacional. De esta forma terrenos tradicionalmente 'incómodos' en el arbitraje como el Derecho de la competencia o la propiedad industrial, el derecho de sociedades multinacionales, son hoy pronunciamientos habituales de los árbitros tanto en el arbitraje interno como en el internacional. Sin embargo, este avance del sector de materias arbitrables tiene un precio: si el arbitraje se adentra en terrenos afectados por intereses generales o políticas legislativas de protección, debe tener muy presente el terreno en que ha entrado y lo que implica tratar con materias intervenidas por una atención especial de los Estados. La entrada del arbitraje en estos sectores del ordenamiento entraña una relación proporcional con el aumento de control en cuanto al fondo. Es aquí donde, de manera manifiesta, el resultado sustantivo de un laudo arbitral va a ser controlado, y esto puede afirmarse sin paliativos . Los Estados no prohíben la solución de un conflicto mediante arbitraje; pero si la controversia está regida por normas materiales imperativas o principios de orden público positivo el Tribunal estatal encargado de la anulación puede, legítimamente, esperar su respeto y aplicación . El discutido concepto -orden público- que encierra el art. 36.b.ii) de la Ley Modelo Uncitral o, en sede de reconocimiento de laudos arbitrales extranjeros, el art. V.2.b) del Convenio de Nueva York de 1958 está perfectamente claro. Realmente, manteniendo el principio de ausencia de control a todos los efectos, era difícil establecer a qué se referían estos preceptos, teniendo en cuenta que el orden público procesal tiene su propio lugar de revisión en las causas de anulación relativas a la regularidad del procedimiento arbitral. Pero lo cierto es que el control existe y se refiere específicamente al fondo del asunto; cuando una norma imperativa quiere

ser aplicada, cuál sea el órgano enjuiciador, nacional o extranjero, arbitral o judicial, pasa a un segundo plano ". Los resaltados son nuestros.

Y añade, poco después -ibídem-, págs. 82 *in fine* y 83- este tratadista:

" Un laudo dictado con indiferencia a normas de aplicación necesaria puede encontrar problemas... La efectividad del laudo se vería impugnada por la contravención al orden público del Estado que lo enjuicia y no por causa de la inarbitrabilidad de la controversia. Es esa la opinión del TJUE en asunto "Eco Swiss c. Benetton", reiterada en jurisprudencia posterior, que implica el deber de respeto del orden público comunitario en todas sus variantes".

Sin embargo, paradójicamente, este planteamiento teórico -inobjetable- en ocasiones cae en el más absoluto de los "olvidos" o es negado con patente contradicción, cuando un Tribunal verifica, *sub specie* de infracción del orden público -art. 41.1.f) LA-, si un Laudo ignora, no aplica o contraviene paladinamente normas imperativas de inequívoco carácter tuitivo, como son, verbigracia, las llamadas a tutelar el principio de buena fe contractual en supuestos especialmente necesitados de protección; principio cuya observancia preserva el equilibrio y la debida igualdad entre las partes contratantes a la hora de prestar libremente el consentimiento.

En otras palabras: a la vez que se postula que el respeto de las normas imperativas es un deber del árbitro que, si incumplido, vulnera el orden público, se afirma un incomprensible "exceso de jurisdicción" cuando el Tribunal llamado a juzgar, precisamente, si el laudo ha infringido dicho orden público se decide a comprobar si, al dictarlo, se han observado, o no, esas mismas normas imperativas...

De lo que venimos diciendo -y de lo transcrito- se sigue con igual claridad que *el concepto de orden público no se limita a la infracción de derechos fundamentales y/o de garantías de índole procesal*, ni en las normas internacionales (Ley Modelo Uncitral o Convenio de Nueva York) ni en las internas que son trasunto de aquellas; criterio que deriva de una exégesis lógica de tales normas legales y convencionales, por lo demás asumida por la Jurisprudencia patria, que siempre ha hablado de que **" por orden público han de estimarse aquel conjunto de principios, normas rectoras generales y derechos fundamentales constitucionalizados en el Ordenamiento Jurídico español, siendo sus normas jurídicas básicas e inderogables por la voluntad de las partes, tanto en lo social como en lo económico (Sentencia del Tribunal Constitucional, Sala 2ª, nº 54/1989, de 23-2)"** [entre muchas, S. de esta Sala 58/2015, de 21 de julio, FJ 2, ROJ STSJ M 8994/2015].

O, en palabras más recientes de la **Sala Primera** -con cita de jurisprudencia del TJUE- en su **Auto de 14 de noviembre de 2018** -roj ATS 11859/2018: una cosa es "revisar el fondo" en sentido estricto de un Laudo o de una resolución judicial extranjera, y otra, muy distinta, analizar si se ha conculcado el orden público, entendido como *" una violación manifiesta de una norma jurídica considerada esencial en el ordenamiento jurídico del Estado o de un derecho reconocido como fundamental en este ordenamiento (Sentencias Krombach -asunto C-7/98 -, Renault -asunto C-38/98 -, Apostolides -asunto C-420/07 -, Trade Agency -asunto C-619/10 - y FlyLAL-Lithuanian Airlines -asunto C-302/13 -)"*.

Por lo expuesto -y por lo que se dirá - no cabe asimilar la infracción del orden público, como motivo de anulación del laudo, a la mera comisión de una suerte de "error patente" -apreciable sin necesidad de elucubración alguna-; sin que, como a veces se ha propugnado de forma simplista, quepa oponer a favor de la inexistencia de infracción del orden público que el Tribunal enjuiciador haya de efectuar argumentaciones complejas para su apreciación. Conviene recordar, al menos, dos evidencias: la primera, que la "infracción del orden público" no consiste sólo en **uno** de los posibles vicios de motivación constitucionalmente relevantes ex art. 24.1 CE; la segunda, que no se debe confundir justificación con explicación: una ignorancia o yerro argumentativo puede ser lógicamente inexcusable, constitutivo incluso de ignorancia elemental, y sin embargo recaer sobre una materia en sí misma compleja, que requiera de explicaciones que pongan en claro lo injustificado de un determinado postulado, argumento o decisión.

b) La motivación del laudo, ex art. 24.1 CE , puede infringir el orden público, como causa de anulación.

Llegados a este punto, hemos de ponderar aquel planteamiento que excluye la posibilidad de que la Sala, al conocer de la acción de anulación, pueda incidir en la valoración de la prueba efectuada por los árbitros, revisando el acervo probatorio, al tiempo que también niega, más en general, que el Tribunal de anulación pueda realizar toda suerte de control positivo de la motivación contenida en el laudo.

Este planteamiento se ha sustentado, en ocasiones, en la premisa de que el Tribunal Constitucional habría proclamado que el derecho a la tutela judicial efectiva no se proyecta sobre el procedimiento arbitral, de lo que se seguiría la conclusión de que sus exigencias de motivación no son trasladables al ámbito del arbitraje.

El error en la conclusión trae causa de un entendimiento equivocado de la jurisprudencia constitucional que se considera. Es cierto que el Tribunal Constitucional ha señalado que *" no puede hacerse derivar la extensión de las garantías del art. 24 CE al proceso arbitral"*, pero esa afirmación no se puede sacar de contexto. El TC realiza

esa aseveración justificando la exclusión del ámbito objetivo del recurso de amparo del laudo mismo, no para excluir, como motivos de anulación apreciables por el Tribunal competente del Poder Judicial, las infracciones de los deberes de motivación constitucionalmente exigibles tanto al dictar sentencia como al laudar, que son a la vez garantía de la interdicción de la arbitrariedad.

En este sentido, con toda claridad, el ATC 179/1991, de 17 de junio (FJ 2), cuando dice:

"... el derecho a la tutela judicial efectiva sin que en ningún caso pueda producirse indefensión que reconoce y consagra el art. 24 de la Constitución se refiere a una actividad jurisdiccional de Jueces y Tribunales, es decir, por los órganos jurisdiccionales del Estado, integrados en el Poder Judicial, habiendo de destacarse, asimismo, que el recurso de amparo constitucional se da contra los actos de los poderes públicos que lesionan derechos fundamentales. Ello significa que si bien los pronunciamientos de los Tribunales de Justicia de las decisiones de los árbitros en los supuestos legalmente previstos pueden ser vulneradores de tal derecho, esto no puede extenderse más allá de los límites que establece el precepto constitucional, pues, aunque pudiera admitirse con algún sector doctrinal que la actividad de los árbitros es una actividad de naturaleza jurisdiccional, en la medida en que produce efectos de cosa juzgada, de ello no puede hacerse derivar la extensión de las garantías del art. 24 de la Constitución al proceso arbitral ni la ampliación del proceso constitucional de amparo (Cfr. ATC 701/1988). Quiere significarse con ello que quien haya obtenido un laudo arbitral a lo que tiene derecho en el marco del art. 24.1 C.E. es a que aquél sea revisado, y en su caso anulado, por los Tribunales de Justicia por los cauces y con los requisitos legalmente previstos. Y es esta resolución judicial sobre la que recae el control constitucional que ejerce este Tribunal a través del recurso de amparo".

O, con mayor explicitud, si cabe, la STC 9/2005, de 17 de enero, cuando señala (FJ 2):

Es necesario comenzar destacando que, conforme a nuestra reiterada jurisprudencia, el Laudo arbitral no puede ser objeto directo de impugnación por medio del recurso de amparo y que "este Tribunal carece de jurisdicción para enjuiciar el Laudo arbitral en sí mismo considerado, por cuanto, como acto no referible a ningún tipo de poder público (art. 41.2 LOTC), resulta extraño al ámbito y función del proceso constitucional de amparo" (SSTC 176/1996, de 11 de noviembre, FJ 1; 13/1997, de 27 de enero, FJ 2). "Sólo en la medida ... en que las supuestas vulneraciones alegadas sean referibles a la actuación del órgano jurisdiccional que conoció del recurso frente al Laudo, estará justificado que este Tribunal enjuicie una eventual lesión del derecho a la tutela judicial efectiva" (STC 176/1996, de 11 de noviembre, FJ 1). El cumplimiento de las exigencias del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión y de las demás garantías contenidas en el art. 24 CE puede ser objeto de examen por este Tribunal a través del recurso de amparo cuando la infracción alegada sea "imputable de modo inmediato y directo a un acto u omisión producido en el proceso judicial en el que han de observarse y son exigibles" dichas garantías, pero trasladar éstas "con el mismo rango de derecho fundamental al procedimiento arbitral para basar en determinadas irregularidades o vicisitudes ocurridas durante su tramitación la nulidad del Laudo ... es algo que, en principio, resulta extraño a esta jurisdicción" (STC 13/1997, de 27 de enero, FJ 2).

*El arbitraje es un "medio heterónomo de arreglo de controversias que se fundamenta en la autonomía de la voluntad de los sujetos privados, lo que constitucionalmente lo vincula con la libertad como valor superior del ordenamiento (art. 1.1 CE)" (STC 176/1996, de 11 de noviembre, FJ 4); y "aquello que, por voluntad expresa de las partes, se defiende al ámbito del proceso arbitral, por esa misma voluntad expresa de las partes queda sustraído al conocimiento del Tribunal Constitucional" (STC 176/1996, de 11 de noviembre, FJ 1) a través de un recurso de amparo en el que se invoquen las garantías del art. 24 CE, **cuyas exigencias se dirigen, en principio, a la actividad jurisdiccional estatal** (véanse, también, los AATC 701/1988, de 6 de junio, FJ 1; y 179/1991, de 17 de junio, FJ 2) y que, con respecto al arbitraje, sólo proyecta sus garantías con el carácter de derechos fundamentales a aquellas fases del procedimiento arbitral y a aquellas actuaciones para las cuales la ley prevé la intervención jurisdiccional de los órganos judiciales del Estado, entre las más relevantes, la formalización judicial del arbitraje (en esta fase se situó el conflicto que dio lugar, por ejemplo, a la STC 233/1988, de 2 de diciembre), el recurso o acción de anulación y la ejecución forzosa del laudo.*

Debe concluirse, en consecuencia, que sólo pueden examinarse aquí las vulneraciones alegadas en la demanda de amparo de diversas garantías del art. 24 CE con respecto a la Sentencia de la Audiencia Provincial impugnada, pero no con respecto al Laudo arbitral, que ha de quedar excluido del objeto de este proceso constitucional.

Siendo por lo demás evidente que el Tribunal Constitucional (v.gr., en el propio ATC 231/1994, de 18 de julio, FJ 3) ha puesto especial énfasis en la necesidad de asegurar la fiscalización judicial de los laudos arbitrales, llamados a producir efectos de cosa juzgada, haciendo mención expresa a la necesidad de preservar "las garantías esenciales del procedimiento que a todos asegura el art. 24 CE", así como la corrección del laudo desde la perspectiva del derecho constitucional sustantivo, so pena de infringir el orden público. Asimismo, sin perder de vista que la acción de anulación no es, en efecto, una nueva instancia, señala el TC que "las incorrecciones -del laudo- referidas a materias de legalidad carentes de relevancia constitucional se cohonestan

perfectamente con la propia naturaleza contractual del convenio de arbitraje, referido siempre a objetos de libre disposición para las partes". Con esto está diciendo el Tribunal Constitucional, sin lugar a equívocos, lo que hemos reflejado en el apartado precedente y resulta por demás evidente: el ámbito de la acción de anulación trasciende el de la mera constitucionalidad, procesal y sustantiva, del laudo, para concernir también al necesario respecto de lo que es arbitrable y disponible para las partes y para el propio árbitro.

Del mismo modo que el arbitraje es un "equivalente jurisdiccional" -idea en la que el Tribunal Constitucional se ratifica reiterada y categóricamente en la **Sentencia 1/2018, de 11 de enero** -, el Laudo, correlato de la Sentencia judicial y de eficacia análoga a la misma, tiene unas exigencias de motivación que lo son en garantía de la exclusión de la arbitrariedad tanto para las partes, como, en sede de fiscalización judicial -donde ya no rige la confidencialidad contractual-, para la confianza legítima de la propia sociedad en el recto proceder de quien juzga o lauda.

Cumple recordar, como hemos hecho en Sentencias precedentes -de las que es exponente reciente, entre muchas, la **Sentencia de esta Sala de 26.11.2019**, autos de nulidad de laudo arbitral 16/2019 - que sí puede el Tribunal de anulación fiscalizar, desde la perspectiva del control del orden público, la motivación, en general, y la valoración probatoria, en particular, contenidas en el Laudo que pudieran lesionar el art. 24.1 CE. Como también puede el Tribunal de anulación fiscalizar que la motivación del Laudo no vulnera los preceptos sustantivos de la Constitución, ni excede de lo que es arbitrable y disponible para las partes y para el propio árbitro.

Viene a cuento aquí reseñar -sin pretensión de exhaustividad- los *más elementales deberes de motivación*, cuya infracción constituiría por sí sola una vulneración del art. 24.1 CE, tal y como aparecen identificados, con especial claridad, por todos, en el Fundamento Jurídico 3 de la emblemática STC 147/1999 -emblemática porque consagra una línea jurisprudencial conteste hasta la fecha, v.gr., **SSTC 178/2014**, de 3 de noviembre - FJ 3 - y **30/2017, de 27 de febrero** -FJ 4-, cuando dicen:

"Procede recordar que el derecho a obtener una resolución fundada en Derecho, favorable o adversa, es garantía frente a la arbitrariedad e irrazonabilidad de los poderes públicos (SSTC 131/1990 y 112/1996), y que ello implica, en primer lugar, que la resolución ha de estar motivada, es decir, contener los elementos y razones de juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos que fundamentan la decisión (SSTC 122/1991, 5/1995 y 58/1997). En segundo lugar, que la motivación debe contener una fundamentación en Derecho, esto es, que el fundamento de la decisión sea **la aplicación no arbitraria de las normas que se consideren adecuadas al caso**, pues tanto si la aplicación de la legalidad es fruto de un error patente, como si fuere 'arbitraria, manifiestamente irrazonada o irrazonable' no podría considerarse fundada en Derecho, dado que la aplicación de la legalidad sería tan sólo una mera apariencia (SSTC 23/1987, fj 3º; 112/1996, fj 2º, y 119/1998, fj 2º)".

En idéntico sentido, las síntesis que de su doctrina hace el Tribunal Constitucional en su **S. 101/2015**, de 25 de mayo (FJ 4), en la que, con cita de la **STC 102/2014, de 23 de junio** (FJ 3), afirma lo siguiente:

"Este Tribunal viene expresando reiteradamente que la motivación se integra en el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE y consiste en la expresión de los criterios esenciales de la decisión o, lo que es lo mismo, su ratio decidendi (SSTC 119/2003, de 16 junio ; 75/2005, de 4 abril , y 60/2008, de 26 mayo), **por lo que se produce infracción constitucional cuando no hay motivación** -por carencia total-, **o es insuficiente, pues está desprovista de razonabilidad, desconectada con la realidad de lo actuado**. Del mismo modo, hemos afirmado que 'la arbitrariedad e irrazonabilidad se producen cuando la motivación es una mera apariencia. Son arbitrarias o irrazonables las resoluciones carentes de razón, dictadas por puro capricho, huérfanas de razones formales o materiales y que, por tanto, resultan mera expresión de voluntad (STC 215/2006, de 3 de julio), o, cuando, aún constatada la existencia formal de la argumentación, el resultado resulte fruto del mero voluntarismo judicial, o exponente de un proceso deductivo irracional o absurdo (STC 248/2006, de 24 de julio)'.

O, como reitera la **STC 263/2015**, de 14 de diciembre, en su FJ 3:

Es obligado recordar que aun cuando los derechos y garantías previstos en el art. 24 CE ni garantizan la justicia de la decisión o la corrección jurídica de la actuación o interpretación llevada a cabo por los órganos judiciales comunes, pues no existe underecho al acierto, ni tampoco aseguran la satisfacción de la pretensión de ninguna de las partes del proceso, lo que en todo caso sí aseguran es el derecho a que las pretensiones se desenvuelvan y conozcan en el proceso establecido al efecto, con observancia de las garantías constitucionales que permitan el derecho de defensa, y a que finalice con una resolución fundada en Derecho, la cual podrá ser favorable o adversa a las pretensiones ejercitadas (STC 173/2002, de 9 de octubre , FJ 8). El artículo 24 de la Constitución impone a los órganos judiciales la obligación de dictar resoluciones fundadas en Derecho, no pudiendo considerarse cumplida esta exigencia con la mera emisión de una declaración de voluntad en un sentido u otro, sino que **debe ser consecuencia de una exégesis racional del ordenamiento y no fruto de la arbitrariedad**. No basta, pues, con obtener una respuesta motivada, sino que, además, ésta ha de tener contenido jurídico y no resultar

arbitraria. Y una resolución judicial puede tacharse de arbitraria cuando, **aun constatada la existencia formal de una argumentación, la misma no es expresión de la administración de justicia sino simple apariencia de la misma por ser fruto de un mero voluntarismo judicial o expresar un proceso deductivo irracional o absurdo** (SSTC 148/1994, de 12 de mayo, FJ 4 ; 244/1994, de 15 de septiembre, FJ 2 ; 54/1997, de 17 de marzo, FJ 3 ; 160/1997, de 2 de octubre, FJ 7, y 173/2002, de 9 de octubre, FJ 6).

También señala, muy ilustrativamente, la **STC 206/1999, de 23 de noviembre**, que lo determinante es que " **la resolución judicial sea el producto de un razonamiento equivocado que no se corresponde con la realidad, por haber incurrido el órgano judicial en un 'error patente' en la determinación y selección del material de hecho o del presupuesto (jurídico) sobre el que se asienta su decisión** ..." (FJ 2º). En este sentido, desde el punto de vista de la infracción del art. 24.1 CE, confiere especial trascendencia a " **la negativa judicial a examinar una cuestión que debería constituir premisa lógica en el proceso racional de formación de la decisión** ", entre otras, la STC 39/2015, de 2 de marzo (FJ 6).

Postulado perfectamente congruente con lo que recuerda el FJ 4º de la **STC 38/2018, de 23 de abril**, cuando dice: " **es importante añadir -a la doctrina ya expuesta y que esta misma Sentencia reitera- que el artículo 24 CE no sólo comporta para el justiciable las garantías de obtener una resolución fundada en Derecho, sino que, correlativamente, impone a los jueces, en el ejercicio de su potestad jurisdiccional, el sometimiento al imperio de la Ley** (SSTC 173/2002, de 9 de octubre, FJ 8, y 66/2011, de 16 de mayo, FJ 5), al ser esta última la expresión de la voluntad popular y un principio básico de todo sistema democrático (por todas, SSTC 120/2000, de 10 de mayo, FJ 3 ; 173/2002, FJ 9, y 1/2017, de 16 de enero, FJ 3). En efecto, siendo la primacía de la ley (art. 117.1 CE) un factor determinante del legítimo ejercicio de la función jurisdiccional (STC 22/1994, de 27 de enero, FJ 2), una de las garantías consustanciales a todo proceso judicial es, precisamente, que la ley aplicable al caso no pueda ser, en ningún supuesto, inaplicable o preterida, sin el previo planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad mediante una resolución motivada ante este Tribunal (art. 163 CE) y con la audiencia previa que prescribe el artículo 35 LOTC (SSTC 73/2000, de 14 de marzo, FJ 16, y 66/2011, FJ 6, entre tantas otras)".

Ni que decir tiene que el que los Árbitros no estén, a día de hoy, legitimados para plantear cuestiones de inconstitucionalidad ni cuestiones prejudiciales, no les exonera de ese deber de sujeción a la Ley [incluso en el arbitraje de equidad, cuando de la observancia de leyes imperativas se trata -cfr. entre otras, la **STS, 1ª, de 22 de junio de 2009** (ROJ STS 5722/2009) y la **Sentencia de esta Sala 30/2015, de 14 de abril** (ROJ STSJ M 4052/2015)], base del Estado democrático de Derecho y condición estructural del reconocimiento del Laudo como título ejecutivo de naturaleza judicial.

Guarda estrecha relación con esta última jurisprudencia constitucional y con el deber de sujeción a la Ley, aquella otra doctrina del Tribunal Constitucional que analiza, desde el prisma del derecho a la tutela judicial efectiva, la incidencia que pueden tener en la lesión de tal derecho fundamental el yerro en la selección de la norma aplicable o la abierta ignorancia de las previsiones legales, y no solo su arbitraria o irrazonable interpretación.

En palabras de la **STC 8/2004, de 9 de febrero** (FJ 9º):

En relación con el contenido del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) desde la perspectiva de la motivación de las resoluciones judiciales, la STC 214/1999, de 29 de noviembre, ha efectuado un importante esfuerzo de sistematización de la doctrina formulada por este Tribunal en resoluciones anteriores, extrayendo también algunas consecuencias de la misma. Y así señala que el derecho a la tutela judicial efectiva "no incluye un pretendido derecho al acierto judicial en la selección, interpretación y aplicación de las disposiciones legales, salvo que con ellas se afecte el contenido de otros derechos fundamentales; pero en este caso serían esos derechos los vulnerados, y no el art. 24.1 CE. El recurso de amparo no es, pues, un cauce idóneo para corregir posibles errores en la selección, interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico al caso: si lo fuera el Tribunal Constitucional se convertiría en un órgano de casación o de apelación universal y quedaría desvirtuada la naturaleza propia del proceso constitucional de amparo (por todas, SSTC 148/1994, FJ 4 ; 309/1994, FJ 2).

Es cierto que en numerosas Sentencias este Tribunal ha declarado que para que quepa admitir, desde la perspectiva constitucional, que una resolución judicial está razonada es necesario que el razonamiento en ella contenido no sea arbitrario, ni irrazonable, ni incurra en un error patente; también es cierto, y esto es lo que aquí interesa, que en algunas Sentencias este parámetro de control se ha aplicado (normalmente como obiter dicta sin trascendencia en el fallo - SSTC 23/1987 ; 90/1990 ; 24/1990 ; 180/1993 ; 148/1994 ; 241/1994 ; 309/1994 y 5/1998, entre otras-, aunque en alguna ocasión como ratio decidendi de la estimación del amparo solicitado - SSTC 22/1994, 126/1994, 112/1996 ó 147/1999) a procesos constitucionales de amparo en los que la controversia se refería únicamente a la selección, interpretación y aplicación de la legalidad infraconstitucional. Con todo, para que en estos supuestos la aplicación del canon de la arbitrariedad, la irrazonabilidad y el error patente no entre en abierta contradicción con la premisa de que el recurso de amparo no es cauce para dirimir



discrepancias relativas a la selección, interpretación y aplicación de la legalidad a los casos concretos, conviene precisar que en estos supuestos el referido test debe aplicarse de forma cualitativamente distinta y, por supuesto, mucho más restrictiva que en los casos en los que la controversia constitucional afecta a contenidos propios y específicos del derecho a la tutela judicial efectiva, como pueden ser el acceso a la jurisdicción o, con otra intensidad, el acceso a los recursos.

En rigor, cuando lo que se debate es, como sucede en este caso, la selección, interpretación y aplicación de un precepto legal que no afecta a los contenidos procesales típicos del art. 24.1 CE o a otros derechos fundamentales, tan sólo podrá considerarse que la resolución judicial impugnada vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva cuando el razonamiento que la funda incurra en tal grado de arbitrariedad, irrazonabilidad o error que, por su evidencia y contenido sean tan manifiestos y graves que para cualquier observador resulte patente que la resolución de hecho carece de una motivación o razonamiento que merezca tal nombre. En estos casos, ciertamente excepcionales, la aparente contradicción con la mentada premisa no existe, puesto que, como queda dicho, la falta de motivación y de razonamiento constituye uno de los contenidos típicos del art. 24.1 CE. Es cierto que, en puridad lógica, no es lo mismo ausencia de motivación y razonamiento que motivación y razonamiento que por su grado de arbitrariedad o irrazonabilidad debe tenerse por inexistente; pero también es cierto que este Tribunal incurriría en exceso de formalismo si admitiese como decisiones motivadas y razonadas aquéllas que, a primera vista y sin necesidad de mayor esfuerzo intelectual y argumental, se comprueba que parten de premisas inexistentes o patentemente erróneas o siguen un desarrollo argumental que incurre en quiebras lógicas de tal magnitud que las conclusiones alcanzadas no pueden considerarse basadas en ninguna de las razones aducidas" (FJ 4).

La doctrina transcrita se reitera en **SSTC 155/2001, de 2 de julio** (FJ 5), **228/2001, de 26 de noviembre** (FJ 5) - con cita de la STC 214/1999 (FJ 4), y **32/2002, de 11 de febrero** (FJ 4), entre otras.

Y sin que tampoco quepa olvidar que esta Sala ha afirmado en alguna ocasión que "no resulta descartable -y así se afirma en la doctrina constitucional- que quepa anular una Sentencia o un Laudo por infracción del orden público al ignorar una doctrina jurisprudencial consolidada, si bien ello dependerá de las circunstancias del caso" - **FJ 3º.3 S. 61/2017, de 31 de octubre**, en autos de anulación 37/2017 (roj STSJ M 11931/2017) y **FJ 4º S. 8/2018, de 13 de febrero** (roj STSJ M 1953/2018)-: afirmación hecha en referencia explícita al principio de seguridad jurídica - art. 9.3 CE- y ante la realidad de que, "aunque la doctrina jurisprudencial no es fuente del Derecho en sentido formal - art. 1.6 CC -, sí es completamente cierto que nuestro Ordenamiento ha evolucionado hacia un entendimiento cada vez más acusado de su efecto vinculante sobre los tribunales funcionalmente inferiores -v.gr., STC 37/2012, de 19 de marzo, FJ 7º-, con declaración incluso de vulneración del art. 24.1 CE en determinados casos: v.gr., no está de más traer a colación -además del supuesto analizado por la **STC 37/2012** -, cómo la propia doctrina del Tribunal Constitucional -con los requisitos que en ella se contienen- anula la lesión del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE a la ignorancia de postulados claros bien de la normativa de la Unión -principio de primacía en conexión con el de eficacia directa-, bien de la jurisprudencia conteste del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (**SSTC 232/2015** , **148/2016** , **206/2016** , **207/2016** , **208/2016** , **209/2016** , **218/2016** , **221/2016** , **223/2016** , **3/2017** y **4/2017**). Y ello por no hablar, de nuevo a título de ejemplo, de lo expresamente dispuesto en el art. 5.1 LOPJ respecto de la doctrina del Tribunal Constitucional, y del hecho de que la manifiesta negativa al deber de acatamiento de dicha doctrina por los tribunales confiera especial trascendencia constitucional al recurso de amparo (STC 155/2009)" -FJ 3º in limine de la precitada **Sentencia 61/2017** en autos de anulación de Laudo arbitral nº 37/2017 .

De lo expresado en los apartados precedentes sobre la dimensión procesal y material del orden público es expresión reciente, entre muchas, la Sentencia de esta Sala de 26.11.2019, recaída en autos de nulidad de laudo arbitral 16/2019 -FJ 3º.

c) Sobre el orden público material y el principio de buena fe en la contratación.

Lo que venimos diciendo sobre el ámbito propio de la acción de anulación se compadece con otra realidad hoy innegable -tal y como hemos dicho, v.gr., en el FJ 4 de la S. 13/2015, en el FJ 3 de la S. 30/2015 y en el FJ 3º de la precitada S. de 26.11.2019: que el orden público susceptible de protección ex art. 41.1.f) LA comprende tanto la tutela de los derechos y libertades fundamentales reconocidos en el Capítulo II del Título I de la Constitución, como, por imperativo incluso del Derecho de la Unión Europea, la salvaguarda de ciertas reglas básicas y principios irrenunciables de la contratación en supuestos de especial gravedad o singularmente necesitados de protección.

Como viene señalando esta Sala (v.gr., Sentencias de 24 de junio de 2014, recurso de anulación nº 70/2013; 6 de noviembre de 2013, recurso nº 5/2013; 13 de Febrero de 2.013, recurso nº 31/2012; y 23 de Mayo de 2.012, recurso nº 12/2011),

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

Hoy no cabe dudar, a la vista de la jurisprudencia del TJUE y del Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo, v.gr., a partir de sus SS. de 20 de enero de 2014 (ROJ STS 354/2014) y 265/2015, de 22 de abril (ROJ STS 1723/2015), de que, dentro de ese concepto jurídico indeterminado denominado " *orden público*", ha de incluirse la observancia de normas imperativas y de principios básicos de inexcusable observancia en supuestos necesitados de especial protección.

Ejemplos señeros de esas normas imperativas son las que regulan con carácter estructural las libertades propias del Derecho comunitario (v.gr., la libre competencia). Así, la STJCE de 1 de junio de 1999 [asunto C-126/1997 (Eco Swiss v. Benetton)], admite (§§ 36 y 39) que la no aplicación del art. 85 del Tratado Constitutivo CE -hoy art. 81 del Texto Consolidado- relativo, como es sabido, a la libre competencia, es una disposición fundamental para el funcionamiento del mercado cuya inobservancia justifica la anulación o el no reconocimiento de un laudo.

Paradigma destacado del principio que integra este orden público material es el *principio general de buena fe en la contratación*, expresamente recogido hoy, como se cuida de señalar la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, en los *Principios de Derecho Europeo de Contratos* (*The Principles of European Contract Law* -PECL- cuyo art. 1:201 bajo la rúbrica " *Good faith and Fair dealing* " ("Buena fe contractual"), que dispone como deber general: " *Each party must act in accordance with good faith and fair dealing* " ("Cada parte tiene la obligación de actuar conforme a las exigencias de la buena fe").

Principio de buena fe cuya observancia es especialmente inexcusable cuando en una concreta contratación se produce una situación de desequilibrio, desproporción o asimetría entre las partes, bien, en unos casos, por la cualidad de consumidora de una de éstas, bien, en otros, por razón de la complejidad del producto que se contrata y del dispar conocimiento que de él tienen los respectivos contratantes. En todo caso, no cabe la menor duda de que, en situaciones como las descritas, la preservación del principio de buena fe tiene rango de norma de orden público, que entronca con el orden público comunitario, como ha declarado la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y, en consonancia con ella, del Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo. Tal asimilación no puede ser desconocida por esta Sala a la hora de enjuiciar la anulación o no de un laudo, precisamente, por infracción del orden público... Así, hemos señalado en repetidas Sentencias la necesidad de actuación conforme a la buena fe en el ámbito MiFID y, en particular, en la contratación extrabursátil de productos financieros complejos, donde el deber general de actuar de acuerdo con la buena fe en la contratación se manifiesta de un modo especialmente intenso en la observancia de los específicos deberes de información que impone a las entidades financieras respecto de los inversores minoristas o no profesionales

Frente a estos planteamientos no cabe oponer que el principio de buena fe en la contratación trasciende el orden público porque no forma parte de ningún derecho fundamental, ni tiene un valor indisponible para el legislador democrático, que es libre para concretar los deberes en que se traduzca el actuar con arreglo a la buena fe.

Aun sin entrar a considerar si el principio de buena fe está o no constitucionalizado, lo cierto es que el Legislador democrático ha configurado la observancia de ese principio como indisponible en múltiples sectores del ordenamiento: pensemos, por ejemplo, en su radical exigencia en el devenir de los procesos y en las consecuencias de su incumplimiento ex art. 247 LEC; tampoco cabe dudar de que la demanda de especiales deberes de información en ámbitos especialmente dispensados de protección -consumidores, inversores no profesionales- constituyen expresiones irrenunciables, por disposición expresa del Legislador -de la Unión Europea y nacional-, del principio de buena fe en la contratación..., precisamente para evitar situaciones tan graves y de tantas repercusiones como las que han tenido que afrontar nuestra propia sociedad y las de nuestro entorno en casos de contrataciones de enorme trascendencia económica -por el número de los implicados y/ o la cuantía de las operaciones-, y donde, por definición, los contratantes se encuentran en una situación de sustancial desigualdad en el real y efectivo conocimiento de los riesgos que entrañan los productos complejos que contratan. La buena fe se concreta entonces, en casos como los aludidos, en normas imperativas de inexcusable observancia, cuya infracción lleva aparejada la del orden público.

d) Orden público e interdicción del enriquecimiento injusto y/o del abuso de derecho.

Por lo demás, no cabe la menor duda -lo hemos señalado, entre otras, en las **SS. 52/2016, de 5 de julio**, FJ 4, roj STSJ M 8114/2016, **17/2017, de 9 de marzo**, FJ 4, roj STSJ M 2499/2017, y **36/2017, de 23 de mayo**, FJ 3 roj STSJ M 6615/2017-, a la vista de conteste doctrina jurisprudencial de la Sala Primera, de que la interdicción del enriquecimiento injusto, que a su vez es concreción de la prohibición del abuso de derecho, tiene el valor de un *auténtico principio general de nuestro Ordenamiento Jurídico*; justamente por ello su infracción puede constituirse en causa de anulación del laudo por infracción del orden público. Cumple recordar en este sentido, entre muchas, la doctrina que recoge la **STS 602/2015, de 28 de octubre** (ROJ STS 4448/2015), sobre el enriquecimiento injusto, cuyo FJ 2 proclama:

Esta Sala ha declarado en torno al enriquecimiento injusto que:

1. De esta forma, su función de cláusula general de cierre también parece clara, pues si pese a que el Derecho de obligaciones aparece estructurado de tal modo en orden a impedir que no tenga lugar un desplazamiento o enriquecimiento injusto, no obstante, si este se produce, entonces el alcance sistemático y complementador del principio permite que *la prohibición del enriquecimiento injusto se convierta en regla sancionadora de la atribución realizada determinando la correspondiente restitución* (STS de 21 de octubre de 2005).

La doctrina jurisprudencial de esta Sala se mueve en esta dirección proclamando, a veces de modo explícito y terminante y otras de forma implícita, que *la interdicción del enriquecimiento injusto tiene en nuestro ordenamiento jurídico el valor de un auténtico principio general del Derecho* (entre otras las SSTs de 12 de enero de 1943, 23 de noviembre de 1946, 22 de diciembre de 1962, 1 de diciembre de 1980, 12 de julio de 2000, 28 de febrero de 2003 y 6 de febrero de 2006).

Sentencia de 19 de julio de 2012, rec. 294 de 2010.

2. *Ha de recordarse que para que exista un enriquecimiento realmente injusto y, por tanto, antijurídico, es preciso que se demuestre que alguien ha adquirido una utilidad que no provenga del ejercicio **sin abuso** de un derecho legítimo atribuido por un contrato, por una sentencia judicial o por un precepto legal* (sentencias de 31 de octubre de 2.001, 12 de diciembre de 2.000 y 19 de diciembre de 1.996, entre otras).

Sentencia de 5 de noviembre de 2004, recurso: 2896/1998".

Y en lo referente a la doctrina del abuso de derecho, la jurisprudencia es igualmente reiterada al "*afirmar que se sustenta en la existencia de unos límites de orden moral, teleológico y social que delimitan el ejercicio de los derechos exigiendo, para ser apreciada, una actuación aparentemente correcta que, no obstante, representa en realidad una extralimitación en el ejercicio del derecho a la que la Ley no ampara o concede cobertura alguna*" (v.gr., **STS 326/2015, de 17 de junio**, ROJ STS 3189/2015, FJ 4). O, como dice la **STS 690/2012, de 21 de noviembre** (ROJ STS 9190/2012), en síntesis de doctrina jurisprudencial ya clásica (FJ 8):

"Esta Sala ha reiterado que para apreciar el abuso del derecho es precisa la concurrencia de los siguientes requisitos: a) el uso de un derecho objetivo y externamente legal; b) daño a un interés, no protegido por una específica prerrogativa jurídica, y c) la **inmoralidad o antisocialidad de ese daño**, manifestada en forma subjetiva (ejercicio del derecho con intención de dañar, con "animus nocendi"), o en forma objetiva (ejercicio anormal del derecho, de modo contrario a los fines económico-sociales del mismo) (sentencias 455/2001, de 16 de mayo, y 722/2010, de 10 de noviembre), ya que, en otro caso, rige la regla "*qui iure suo utitur neminem laedit*" [quien ejerce su derecho no daña a nadie].

En este sentido, no cabe ignorar que el desequilibrio de las prestaciones puede en según qué circunstancias ser causa de nulidad del contrato, cual se sigue copiosa jurisprudencia sobre el abuso de derecho, sobre contratos leoninos y, *de lege lata*, a modo de mero ejemplo, de la aún vigente Ley Azcárate, de 23 de julio de 1908, cuyo artículo 1 señala que "será nulo todo contrato de préstamo en que se estipule un interés notablemente superior al normal del dinero y manifestamente desproporcionado con las circunstancias del caso o en condiciones tales que resulte aquél leonino, habiendo motivos para estimar que ha sido aceptado por el prestatario a causa de su situación angustiosa, de su inexperiencia o de lo limitado de sus facultades mentales".

2. Aplicación al caso.

Con cita de jurisprudencia del TJUE, del TC y de la Sala Primera, hemos constatado aquellos aspectos del ámbito procesal y material del orden público, como causa de anulación del Laudo, que directa o mediatamente resultan invocados por la demanda de anulación, para sentar las bases, en sus justos términos, de lo que podría tener virtualidad anulatoria del Laudo con apoyo en tal causal.

Lo anticipamos ya: de exorbitante hemos de calificar la pretensión anulatoria de este primer motivo cuando, sin los debidos matices, invoca déficits de motivación, la asunción por el Laudo de un inadmisibile desequilibrio

contractual con quiebra de la buena fe, su admisión del abuso de derecho y la infracción de reglas imperativas inexcusables -como las del régimen de prescripción-, que serían expresión de la conculcación del orden público por el Laudo impugnado... Es claro que la motivación arbitraria o irracional del Laudo con quiebra del art. 24.1 CE o de otros preceptos y principios constitucionales, el abuso de derecho, la infracción de la buena fe contractual en casos especialmente dispensados de protección, así como la inobservancia de normas imperativas reputadas esenciales por el Derecho del Estado o de la Unión Europea pueden infringir el orden público; pero tal no sucede, desde luego, en el caso presente y menos con la motivación que el Laudo expresa.

El Laudo repara, en primer lugar, en varios aspectos que le llevan a determinar, sin atisbo alguno de sinrazón y sin oposición de la actora, que la negociación contractual se desarrolló entre iguales y sin restricción alguna, al menos demostrada, de la respectiva libertad contractual.

Es significativo, al respecto, cómo los §§ 173 y 270 del Laudo recuerdan que *" las partes negociaron los términos de las Condiciones generales del Subcontrato desde septiembre de 2012 y durante unos 7 meses aproximadamente. Intercambiaron una considerable cantidad de información durante estas conversaciones y mantuvieron una reunión en Madrid para la definición de las condiciones comerciales y contractuales de la ejecución de las obras"*.

También pondera el Laudo (§ 270) que *" las partes son profesionales en sus respectivos ámbitos de especialización, con considerable experiencia en la redacción, negociación y ejecución de estos complejos acuerdos. El 25.04.2013, las Demandantes -CYES y J.V. CYES- consideraron que la Demandada -VIPP- era el subcontratista especializado adecuado para realizar las obras en el muro de contención del Proyecto"*.

Sobre estas premisas el Laudo parte de una realidad, en rigor, no refutada en la demanda de anulación: que, *" a falta de aportación de prueba en contrario, no existe base para impugnar la hipótesis de que el Subcontrato refleja la voluntad de las Partes y que tiene por finalidad lograr el objetivo comercial común de las Partes de su cumplimiento de buena fe, ejecución del muro pantalla de contención, el muro de anclaje y los pilotes de hormigón del Proyecto de la terminal de contenedores. Las Partes están vinculadas por los deberes que acordaron en el Subcontrato, incluida la cláusula 20.1 de estas Condiciones generales. El Árbitro entiende que el plazo de 14 días contenido en el primer párrafo de la cláusula 20.1 del Subcontrato no puede considerarse como un plazo de prescripción, sino más bien como un plazo de expiración"*. El resultado es nuestro.

La literalidad de la cláusula es categórica, no se presta a confusión, cuando niega la prórroga del plazo o el derecho a un pago adicional, exonerando al Contratista principal de toda responsabilidad, *si el Subcontratista no notifica la reclamación dentro del plazo de 14 días*. Propiamente, la demanda no opone ningún argumento de peso -más allá del pretendido desequilibrio contractual por oposición a las reclamaciones del Contratista principal, cláusula 2.3- al entendimiento de esa cláusula 20.1 como expresiva de un plazo de caducidad de origen convencional -pacto de "expiración de derechos" en la locución del Laudo. Ese tipo de acuerdos, como acertadamente pone de relieve el Árbitro, son admitidos por consolidada doctrina jurisprudencial de la Sala Primera, algunas de cuyas decisiones se citan en las notas 466 y 477 del Laudo.

Más allá de algunas reticencias de un sector minoritario en la doctrina, encuentra un sólido respaldo en la jurisprudencia y entre los tratadistas la tesis de que la autonomía de la voluntad autoriza a establecer plazos de caducidad de los derechos creados en virtud de esa misma autonomía siempre que no los desnaturalicen o el plazo contravenga las leyes, la moral o el orden público: lapsos que expresan la duración del derecho con carácter preclusivo y perentorio; plazos que no son interrumpibles ni unilateralmente renunciables, y cuyo transcurso -y, con él, la extinción del derecho- es apreciable de oficio. Sin el menor ánimo exhaustivo, cfr., v.gr., el FJ 1º de la **STS 594/2008, de 12 de junio** -roj STS 2705/2008 ; el FJ 2º.1 de la **STS 755/2012, de 30 de noviembre** -roj STS 7940/2012 -; y el FJ 7º.6 de la **STS 257/2016, de 19 de abril** -roj STS 1780/2016 .

La conculcación de la buena fe contractual, dadas las circunstancias objetivas y subjetivas de la contratación -duración de la negociación e intercambio de información entre empresas especializadas en el sector afectado-, en absoluto aparece indiciariamente demostrada, y menos con un clausulado cuya literalidad no se presta al menor equívoco. En este punto, la Sala relativiza -que no elimina- la importancia de otro argumento que da el Laudo (§ 270), a saber: que las pruebas practicadas no muestran síntoma alguno -previo al litigio- del desacuerdo de VIPP o de su malestar con las previsiones temporales de la cláusula 20.1. Invoca en este sentido el Laudo la prohibición de comportamiento incongruente y el *ne venire contra factum proprium*... El argumento no es de recibo en cuanto tal: una cosa es que VIPP no se haya opuesto al tenor de la cláusula 20.1 con anterioridad -v.gr., como forma de acreditar alguna dificultad en la comprensión de su alcance o de su admisibilidad por el Derecho español-, y otra, muy distinta, que esa pasividad por sí sola "cause estado" en las circunstancias del caso. No está de más recordar, en este sentido -como hacíamos en el FJ 3º de nuestra **Sentencia 4/2018, de 16 de enero** -roj STSJ M 659/2018 - que "el *ne venire contra factum proprium* solo se predica respecto de actos previos que causen estado en el sentido de que " sean inequívocos para crear, definir,

*fixar, modificar o extinguir o esclarecer, sin duda alguna, una determinada situación jurídica afectante a su autor y que entre la conducta anterior y la pretensión actual exista una contradicción o incompatibilidad según el sentido que de buena fe hubiera de atribuirse a la conducta anterior" (entre muchas, SSTs de 15.11.2010, 26.05.2009 y 27.02.2014, y de modo señero la **STS 734/2016**, de 20 de diciembre -roj STS 5538/2016 -, FJ 5º.2, apartados 1 y 2)".*

Sin embargo, el Laudo completa su argumentación con dos razones que, añadidas a las precedentes, dan cumplida respuesta a los alegatos de VIPP ante esta Sala poniendo de relieve su radical falta de virtualidad anulatoria en este punto.

De un lado, el Árbitro "explica" la singularidad de esa cláusula por razón de su objeto y su habitualidad en contratos de construcción como el controvertido (§§ 271 y 278 *in fine*):

"En el caso de la cláusula 20.1..., las Partes pretendían establecer un plazo fijo para la presentación de las notificaciones de la Demandada -VIPP- para la reclamación de prórrogas de tiempo o pagos adicionales durante la ejecución de las obras a tenor del Subcontrato, como es habitual en estos complejos contratos de construcción. De este modo las Partes establecieron un mecanismo acordado para garantizar que cualquier posible demora o costes derivados de una instrucción al amparo del Subcontrato se pudiera resolver de inmediato. Este acuerdo no contraviene las leyes, ni la moral ni el orden público, y la Demandada no ha presentado prueba alguna en contrario.

La Demandada tampoco ha aportado pruebas de que las Partes hubieran acordado evitar cualquiera de estos requisitos contenidos en la cláusula 20.1 de las Condiciones generales del Subcontrato".

(...)

Este tipo de disposiciones contractuales -relativas a la producción de un evento o circunstancia que dé derecho a la subcontratista a una prórroga del tiempo para la conclusión de las obras o a un pago adicional relacionado con el Subcontrato -, frecuentes en los contratos de construcción, sirven para un propósito valioso: están diseñadas para permitir que se investiguen las cuestiones mientras están ocurriendo y con base en que se lleven registros adecuados. Las posibles reclamaciones que se notifiquen en un momento temprano, necesariamente se podrán resolver antes".

De otro lado, el Laudo enfatiza cómo VIPP no identifica con mínima concreción la infracción de una norma imperativa de la que, en efecto, pudiera seguirse una conculcación del orden público. En palabras del § 271 *in fine*:

"la Demandada invocaba la aplicabilidad de un orden público contractual que sigue sin identificar..., limitando sus alegaciones a enfatizar que 'una posible vulneración de las disposiciones imperativas del Derecho español, tales como la que regula el régimen jurídico aplicable a la prescripción, podría ocasionar la anulación del laudo arbitral ex art. 41.1.f) LA'.

El Árbitro señala que la Demandada *no destaca la existencia de una posible vulneración de una norma imperativa*, como cabría esperar si fuera coherente con el alcance de su advertencia...". El resaltado es nuestro.

Por el contrario, frente al carácter genérico del alegato de VIPP que el Laudo reprueba, ya hemos visto cómo justifica -sin la menor refutación- que la cláusula 20.1 contiene un plazo de expiración de derechos -caducidad convencional- admitido por conteste práctica jurisprudencial española con sustento en la autonomía de la voluntad (art. 1255 CC). Extremo, repara el Laudo, que incluso habría sido admitido por la propia VIPP -pese al error de referirse a la prescripción, yerro en que a veces incurre el propio Laudo-, cuando señala -escrito de réplica, apartado 3- que " *...la prescripción convencional derivada de la cláusula 20.1 sería aceptable en virtud de la legislación española...*".

En suma: la argumentación del Laudo no evidencia el menor atisbo de infracción del orden público en las dimensiones procesal y material que invoca el primer motivo la demanda, y que por ello es desestimado.

TERCERO.- El motivo segundo de la demanda de anulación postula la extralimitación del árbitro [art. 41.1.c) LA] y la infracción del orden público al infringir la cláusula 8ª del precitado Contrato puesta en conexión con el Apéndice del mismo: la cláusula 8ª solo permitiría una indemnización máxima por demora de un 10% del precio total del Contrato, sin carácter cumulativo con ninguna otra penalización; pese a ello el Árbitro habría incurrido en extralimitación y en exégesis no razonable del Contrato cuando concede a las demandantes en el arbitraje costes adicionales -en concepto de indemnización- relacionados con el tiempo de realización de la obra subcontratada excediendo el precitado tope máximo, a la par que negando las evidencias presentadas por VIPP LAVORI sobre las causas de tal retraso "(el documento *Bienvenido al nuevo puerto de África* en relación con las causas geológicas de los retrasos), el contenido de la Adenda 4 (punto 187) que, firmada por las Partes el 26 de junio de 2014, establece: ' *...las Partes acordarán la planificación del trabajo in situ, cuando el*

diseño se haya terminado..., y que, además, finalmente, se toma en consideración el calendario de plazos más oneroso para mi representada incrementando los costes de tiempo a considerar, puede deducirse cabalmente el quebranto de los derechos de esta parte".

En su contestación CYES opone que el Laudo no ha incurrido en extralimitación ni en infracción alguna del orden público al fijar la cuantía de la indemnización que otorga a las demandantes en el arbitraje: el Árbitro se pronunció sobre cuestiones debidamente suscitadas en la demanda (§§ 158 y 160 del Laudo), distinguiendo entre daños por demora -cláusula 8ª del Subcontrato- y la reparación de los daños que correspondería como consecuencia de la aplicación de la cláusula 11.4: VIPP ha debido responder tanto del retraso en el tiempo de ejecución de la obra -*delay damages*-, como del hecho de que la misma se haya entregado en condiciones inaceptables -con graves defectos estructurales- que han obligado a un proceso de reparación por las demandantes en el arbitraje que conlleva costes asociados -*time related cost*. Tal es lo que con toda razonabilidad habría entendido el Árbitro en los §§ 193 a 200 del Laudo. La demanda, en la mejor de las hipótesis, estaría expresando una mera discrepancia -no justificada- con la decisión de fondo, no susceptible de ser asimilada a ningún motivo de anulación del Laudo.

Expuestas las premisas de nuestro ámbito de enjuiciamiento en relación con el orden público, muy breves hemos de ser en el análisis de este motivo, anticipando ya que la Sala coincide con el planteamiento sustentado por la parte demandada.

La Sala no puede menos de destacar la absoluta falta de fundamento del motivo de anulación invocado ex art. 41.1.c) LA.

Ante todo, por una razón de índole procesal que esta Sala ha puesto de manifiesto con reiteración -entre otras, **SS. 52/2016, de 5 de julio**, FJ 5.C, roj STSJ M 8114/2016; **42/2016, de 18 de mayo**, FJ 4, roj STSJ M 6180/2016; y **17/2017, de 7 de marzo**, FJ 2º, roj STSJ M 2499/2017-, a saber: la acción de anulación ejercitada al amparo del art. 41.1.c) LA no puede ser estimada por la falta de un presupuesto procesal que impide entender vulnerado el antedicho precepto y la prohibición de indefensión del art. 24.1 CE -también invocada por la actora ex art. 41.1.f): si VIPP consideraba que el laudo se había extralimitado respecto de peticiones formuladas ocasionándole indefensión, tenía a su alcance promover el correspondiente "*incidente de rectificación de la extralimitación parcial del laudo*" [art. 39.1.d) LA], y no consta que lo haya hecho..., por lo que, según reiteradísima jurisprudencia constitucional, la eventual indefensión ocasionada por dicho exceso no tendría relevancia constitucional al ser también imputable a la negligencia de la parte que de ella se queja. El comportamiento desidioso de la demandante consintiendo ante el propio Tribunal Arbitral la extralimitación de pronunciamiento que denuncia, pudiendo y debiendo discutirla, hace que, *per se*, no sea apreciable vulneración alguna del art. 24.1 CE (así, v.gr., *mutatis mutandis*, Sentencias de esta Sala de 1 de julio de 2014, FJ 3, ROJ STSJ M 10353/2014, y 16 de febrero de 2016, ROJ STSJ M 1545/2016, FJ 5).

En este sentido, no está de más destacar el nítido significado que se ha de atribuir a la peculiaridad que presenta el art. 39 de la Ley de Arbitraje respecto de su correlato en la Ley de Enjuiciamiento Civil, esto es, el art. 215 LEC, que prevé el complemento de la Sentencia que incurre en incongruencia por omisión, pero no la posibilidad de subsanación -si no es por vía de recurso- de la incongruencia por *extra petita*... Esa diferencia se corresponde con la singular naturaleza del arbitraje -con los poderes de oficio que asisten al árbitro para integrar convenientemente su objeto evitando litigios futuros-, y también permite sostener -como está sosteniendo la Sala- la singular obligación que asiste a las partes de intentar subsanar tal defecto ante los propios árbitros, ex art. 6 LA -dada la naturaleza disponible de la causa de anulación invocada, no mediando como no media efectiva indefensión-, antes de acudir con posibilidades de éxito al proceso de anulación del Laudo.

Pero es que, además, la sola lectura del Laudo, v.gr., cuando resume la controversia (§§ 3 y ss.) y, más específicamente, cuando delimita las posiciones de las partes sobre "*la falta del certificado definitivo de recepción y los costes derivados de los plazos*" (§§ 191 y 192) revela con toda claridad que al Árbitro se le ha sometido la cuestión de si los daños y perjuicios por demora contemplados en la cláusula 8ª absorben cualesquiera otros, conclusión que el Laudo estima expresamente infundada (v.gr., § 195 *in fine*); tal cláusula 8ª no exime de "*una obligación clara establecida en la cláusula 11.4 de las Condiciones generales del Subcontrato: la que (consiste en que) el Subcontratista pague al Contratista principal los costes que éste haya asumido de forma razonable para subsanar el defecto o perjuicio...*". El Laudo reconoce también una realidad difícilmente objetable y en rigor no mínimamente objetada: una cosa son los daños por demora en la ejecución de la obra (v.gr., § 197) y otra, distinta y compatible, que lo ejecutado, aun en plazo, presente defectos estructurales que hayan de ser reparados a costa de quien incurrió en ellos una vez concluso el tiempo del Subcontrato (v.gr., las indemnizaciones que se justifican en relación con la construcción del muro pantalla en los §§ 229 a 244 del Laudo por importe de 1.778.701,08 euros más intereses.

A partir de aquí el alegato de la demanda de anulación, que también invoca el art. 41.1.f) LA, es, por genérico, inane: discrepa del alcance de la indemnización otorgada, pero no analiza mínimamente los prolijos razonamientos del Laudo, con minuciosa valoración del acervo probatorio, para conceder las cuantías indemnizatorias a cuyo pago condena -rechazando otras, v.gr., § 198.

En este orden de consideraciones, refiriéndonos al ámbito de nuestro control sobre la valoración de la prueba efectuada por el Árbitro, esta Sala viene diciendo con reiteración -recientemente en las **Sentencias 57/2017, de 24 de octubre** (FJ 2º, roj STSJ M 11066/2017); **8/2018, de 13 de febrero** (FJ 3º.1, roj STSJ M 1953/2018); **10/2018, de 20 de febrero** (FJ 4º.1, roj STSJ M 1960/2018); **16/2018, de 12 de abril** (FJ 5º.1, roj STSJ M 2018/2018); y **47/2018, de 11 de diciembre de** (FJ 3º.1, en autos de anulación 35/2018, roj STSJ M 13827/2018- que el análisis de este alegato se ha de efectuar dentro de los límites propios de la acción de anulación, que no es una segunda instancia, de modo que a este Tribunal no le compete volver a valorar la prueba, ni, en consecuencia, sustituir el juicio de hecho efectuado por el Árbitro, que ha presenciado la práctica de la prueba y ponderado el acervo probatorio; por ello, tampoco cobija la acción de anulación pretensiones que no entrañen sino una mera discrepancia con la valoración de la prueba efectuada, razonada y cabalmente, por el Tribunal arbitral. Ello no obstante, también hemos declarado con no menor asiduidad que del ámbito limitado de la acción de anulación no se sigue que el Tribunal no pueda examinar la racionalidad de la ponderación probatoria desde la perspectiva de la infracción del orden público.

En efecto, es conteste la jurisprudencia constitucional y ordinaria que entiende que, en determinadas circunstancias, la valoración del acervo probatorio -explicitada en su motivación- puede lesionar el derecho a la tutela judicial efectiva y, consiguientemente, infringir el orden público. Ya lo apuntábamos en nuestra Sentencia de 24 de junio de 2014, en los siguientes términos (FJ 8): "no puede este Tribunal revisar la valoración probatoria en la que se basa el laudo arbitral ni la acción de nulidad para cuya resolución es competente le facultaría a subsanar eventuales errores en la decisión del árbitro, *salvo que dicha valoración fuese expresión de una motivación patentemente lesiva del derecho a la tutela judicial efectiva*".

La jurisprudencia se ha cuidado de determinar en qué circunstancias una valoración probatoria conculca el art. 24.1 CE. Así, la Sala Primera del Tribunal Supremo "sólo permite plantear en el recurso (extraordinario por infracción procesal) la errónea valoración de la prueba, al amparo del art. 469.1.4º LEC, si la efectuada en la sentencia recurrida es arbitraria, ilógica o absurda, *en forma suficiente para estimar vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva, o inválida por vulnerar un derecho fundamental*" (*Acuerdo de 30/11/2011, I, recurso extraordinario por infracción procesal, nº 14, párrafo tercero*). Resumen a la perfección la doctrina al respecto de la Sala Primera, los **AATS, 1ª, de 18 de febrero** (ROJ ATS 665/2013) y **8 de enero de 2013** (ROJ ATS 157/2013). En palabras de este último (FJ 1.b):

"Es doctrina de esta Sala, como señala la sentencia de esta Sala de 4 diciembre 2007, que "la valoración probatoria sólo puede excepcionalmente tener acceso a la casación mediante un soporte adecuado, bien la existencia de un error patente o arbitrariedad en la valoración de la prueba, **en cuanto, según la doctrina constitucional, comporta la infracción del derecho a la tutela judicial efectiva** (SSTS de 20 de junio de 2006 , 17 de julio de 2006), bien la infracción de una norma concreta de prueba que haya sido vulnerada por el juzgador (SSTS de 16 de marzo de 2001, 10 de julio de 2000, 21 de abril y 9 de mayo de 2005 , entre otras).

[...]

Solamente cuando se conculque el art. 24.1 de la Constitución por incurrirse en error de hecho palmario, irracionalidad o arbitrariedad (la cual puede darse cuando se desconoce una norma de prueba legal o tasada) cabe la posibilidad de un control a través del recurso extraordinario por infracción procesal al amparo del ordinal 4º del art. 469.1 LEC "

En este mismo sentido, la **STS, 1ª, de 29 de octubre de 2013** (FJ 11º, ROJ STS 5358/2013) reprueba la valoración arbitraria de la prueba, por error patente, arbitrariedad o por infracción de una norma tasada, con la consiguiente conculcación del test de razonabilidad exigible para respetar el art. 24.1 CE, y ello " *por haber reputado la Audiencia un hecho como probado sin explicar ni justificar las razones que había tomado en consideración para ello, ante una actividad probatoria manifiestamente insuficiente (emisión unilateral de una factura en que se fija el importe de unos costes que se pretende repercutir), ausente de cualquiera explicación o justificación que permita otorgarle un valor probatorio suficiente al haber sido expresamente cuestionada por la parte contraria*".

De nuevo a modo de ejemplo, la **STS, 1ª, de 5 de febrero de 2010** (ROJ STS 329/2010) estima ilógica e irrazonable la valoración de la prueba efectuada por el Tribunal a quo " *por incurrir en contradicciones internas y rechazar las conclusiones de la prueba pericial por causas incomprensibles*" (FJ 5). Como también es posible " **invocar el carácter ilógico de una presunción judicial para demostrar la existencia de una valoración de la**

prueba manifiestamente errónea o arbitraria, al amparo del art. 24 CE " (STS, 1ª, de 23 de febrero de 2010, ROJ 988/2010, FJ 7).

Estos criterios sobre los casos en que la valoración de la prueba puede conculcar el art. 24.1 CE y, de este modo, infringir el orden público son concreción de un planteamiento más general formulado por el Tribunal Constitucional en relación con las exigencias constitucionales de motivación de las resoluciones judiciales -concierna esa motivación a lo que concierna, valoración de la prueba, interpretación normativa...-.

Cfr., más recientemente, con pormenorización de esta doctrina el FJ 3º del **ATS de 13 de septiembre de 2017** -roj ATS 7895/2017, con transcripción a su vez del FJ 3º de la **STS 517/2015, de 6 de octubre**, que precisa cuándo una presunción judicial es arbitraria, discriminándola de los *facta concludentia* :

"Tratándose de presunciones sólo cabe la denuncia casacional de la norma que disciplina la prueba de presunciones cuando el proceso deductivo no se ajusta a las reglas de la lógica por no ser el hecho deducido producto de una inferencia lógica desarrollada a partir de los hechos acreditados. En otras palabras cuando falta un enlace preciso y directo entre el hecho base y el hecho deducido, según las reglas del criterio humano y siempre desde el respeto los hechos base de la deducción. Se añade, siguiendo la doctrina de la Sala, que la prueba indirecta no requiere la existencia de un resultado único, sino que es posible admitir diversos resultados lógicos de unos mismos hechos base, **pues de no ser así no nos encontraríamos ante verdadera presunción, sino ante los "facta concludentia"** ". Por tanto, la denuncia casacional de la infracción de las reglas sobre las presunciones no puede amparar la sustitución del "factum", obtenido por la vía indirecta, por aquel que la parte recurrente presenta como alternativo. (STS de 25 de noviembre de 2014, Rc. 1969/2013)."

En hipótesis, claro que es posible -lo acabamos de verificar- que una irracional valoración probatoria -en los términos en que la definen el Tribunal Constitucional y la Sala Primera- pueda infringir el art. 24.1 CE y, así, vulnerar el orden público; sin embargo, en el caso que nos ocupa es manifiesto que la Demandante no subviene en modo alguno a la carga que le asiste de argumentar y poner en evidencia el menor yerro valorativo constitucionalmente relevante, ni de justificar qué tiene de irrazonable una exégesis del Subcontrato que compatibiliza dos clases de indemnización que lógica y jurídicamente no presentan el menor atisbo de contradicción.

El motivo es desestimado.

CUARTO.- Ya hemos dicho que bajo la genérica rúbrica del motivo tercero aduce la demanda tres infracciones que entiende distintas, aun cuando dos de ellas tienen base en un mismo sustrato fáctico:

1ª. La inadmisión arbitraria de pruebas pertinentes y útiles con indefensión y quiebra del proceso debido, en alegato que concierne a los impedimentos y a la desigualdad que dice haber padecido a la hora de practicar una pericial de parte sobre la calidad del hormigón vertido en el controvertido '*muro pantalla*': las pruebas de control de calidad presentadas de contrario el 10.01.2018 -a pocos días de la celebración de la audiencia- no pudieron ser tenidas en cuenta por la previa pericial presentada por quien ahora reclama la nulidad del Laudo; de ahí la necesidad de subsanar esa desigualdad que, a juicio de la actora, el Árbitro no habría acertado a remediar, pues la solución finalmente adoptada habría otorgado a la parte contraria una nueva oportunidad de contestar, desequilibrando la debida paridad alegatoria de las partes...

2ª. Entiende, en relación con lo anterior, que el procedimiento que el Árbitro siguió para la práctica de la pericial pretendida por VIPP LAVORI ha vulnerado su derecho a la asistencia letrada al prohibir durante cuatro meses que los peritos de VIPP contactasen con los Letrados de la misma, debiendo emitir sus opiniones por escrito sin comunicación previa con dichos Letrados.

3ª. Denuncia la falta de imparcialidad del Árbitro que resultaría del modo en que se pronunció sobre la admisión de tres documentos presentados por VIPP LAVORI en el trámite de conclusiones, si bien, como veremos, este alegato se sustenta en un pretendido déficit de motivación del juicio hecho.

A lo que antecede opone la contestación a la demanda que no hay la menor lesión del derecho a la prueba pertinente cuando se concede la pericial extemporáneamente impetrada por VIPP LAVORI, sin que se haya producido quiebra de un inexistente derecho a la asistencia letrada de los peritos, respondiendo la restricción temporal de contacto con los mismos precisamente a un afán del Árbitro por preservar la debida igualdad en el ejercicio del derecho de defensa... La aquí demandante no habría padecido indefensión material alguna. Tampoco se entiende el alegato de parcialidad cuando el Árbitro, de hecho, admite y valora -pese a la oposición de CYES SOMAGUE/ACE- los documentos presentados por VIPP LAVORI junto con su escrito de conclusiones.

El enjuiciamiento de los anteriores alegatos debe partir de algunos postulados muy elementales -amén de los ya expuestos- sobre qué requisitos han de reunir quejas de semejante naturaleza para revestir virtualidad anulatoria.

1. Parámetros de enjuiciamiento.

A. No requiere mayor análisis -es cuestión no controvertida- que la vulneración del principio de igualdad de armas y/o la indefensión en el seno del procedimiento arbitral son alegables como motivo de anulación del Laudo por quebrantamiento de garantías insoslayables que integran el orden público procesal. Resulta asimismo incontrovertido que no se puede identificar la real y efectiva infracción del orden público -en tanto que referida a la vulneración de la prohibición constitucional de indefensión y/o del derecho a la prueba pertinente- con cualquier irregularidad procesal o con la mera infracción de Ley Rituaria.

En palabras de la **STC 266/2015**, de 14 de diciembre (FJ 4):

" Este Tribunal ha declarado en numerosas ocasiones (por todas, STC 65/2007, de 27 de marzo, citada por la demandante) que el derecho fundamental a obtener la tutela judicial efectiva sin indefensión encuentra una de sus manifestaciones en el derecho de defensa contradictoria de las partes contendientes en todo proceso judicial (STC 143/2001, de 18 de junio, FJ 3). Esta exigencia requiere del órgano jurisdiccional "un indudable esfuerzo a fin de preservar los derechos de defensa en un proceso con todas las garantías, ofreciendo a las partes contendientes el derecho de defensa contradictoria, mediante la oportunidad de alegar y probar procesalmente sus derechos o intereses" (STC 109/2002, de 6 de mayo, FJ 2, con remisión a otras anteriores). Corresponde así a los órganos judiciales velar por que en las distintas fases de todo proceso se dé esa necesaria contradicción con idénticas posibilidades de alegación y prueba; en definitiva, con efectivo ejercicio del derecho de defensa en cada una de las instancias que lo componen. La posibilidad de contradicción es, por tanto, una de las reglas esenciales del proceso (SSTC 138/1999, de 22 de julio, FJ 4, y 91/2000, de 30 de marzo, FJ 2).

No basta con una vulneración meramente formal: " *es necesario que de esa infracción formal se derive un efecto material de indefensión, con real menoscabo del derecho de defensa y con el consiguiente perjuicio real y efectivo para los intereses del afectado*" (SSTC 185/2003, de 27 de octubre, FJ 4; 164/2005, de 20 de junio, FJ 3, y 25/2011, de 14 de marzo, FJ 7).

B.- Y en cuanto a la prueba no admitida o no practicada, o indebidamente aportada a la causa y/o practicada, el Tribunal Constitucional ha puesto de manifiesto, con igual reiteración, que no toda irregularidad positiva u omisión procesal en materia de prueba causan *per se* indefensión material constitucionalmente relevante, toda vez que el elemento esencial para que pueda considerarse vulnerado este derecho fundamental, en tanto que condicionado por su carácter de derecho constitucional de carácter procedimental, reside en la necesidad de demostrar que la actividad probatoria era **decisiva en términos de defensa**, esto es, que de haberse practicado la prueba omitida -o de no haberse llevado a efecto la indebidamente acordada- la resolución final del proceso hubiera podido ser distinta en el sentido de ser favorable a quien denuncia la infracción del derecho fundamental; influencia decisiva en el pleito que lo es, en definitiva, en tanto que potencialmente trascendente para el sentido de la resolución (por todas, **SSTC 130/2017**, FJ 2º ; **128/2017**, FJ 4º ; **169/2015**, FJ 3 ; **212/2013**, FJ 4º ; **126/2011**, FJ 13º ; **156/2008**, FJ 2º ; **113/2008**, FJ 7º ; y **185/2007**, FJ 2º). Esta misma jurisprudencia proclama que asiste la carga de acreditar ese carácter decisivo de la prueba indebidamente denegada o acordada o, si admitida de forma correcta, mal practicada- a quien invoca la lesión de su derecho. En palabras del TC: el recurrente " *debe argumentar de modo convincente que la resolución final del proceso a quo podía haber sido favorable a sus pretensiones de haberse aceptado y practicado la prueba propuesta*" (o de no haberse tomado en consideración - añade esta Sala- la indebidamente aportada al proceso).

La doctrina sentada por el TC aparece muy claramente compendiada, entre muchas, en la precitada STC 156/2008, de 24 de noviembre, cuyo FJ 2, proclama:

Este Tribunal ha reiterado que la vulneración el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa (art. 24.2 CE) exige, en primer lugar, que el recurrente haya instado a los órganos judiciales la práctica de una actividad probatoria, respetando las previsiones legales al respecto; en segundo lugar, que los órganos judiciales hayan rechazado su práctica sin motivación, con una motivación incongruente, arbitraria o irrazonable, de una manera tardía o que habiendo admitido la prueba finalmente no hubiera podido practicarse por causas imputables al propio órgano judicial; en tercer lugar, que la actividad probatoria que no fue admitida o practicada hubiera podido tener una influencia decisiva en la resolución del pleito, generando indefensión al recurrente; y, por último, que el recurrente en la demanda de amparo alegue y fundamente los anteriores extremos (por todas, STC 136/2007, de 4 de junio, FJ 2).

Por lo que se refiere a la legalidad de la petición probatoria, hemos destacado que tiene el doble sentido de que el medio de prueba esté autorizado por el Ordenamiento y de que la prueba se haya solicitado en la forma y momento legalmente establecidos (por todas, STC 48/2008, de 11 de marzo, FJ 3). En cuanto a que la ausencia de la práctica de la prueba sea imputable al órgano judicial y no a la falta de diligencia de la parte, este Tribunal ya ha señalado que cuando la prueba ha sido admitida y declarada pertinente, y el propio órgano judicial ha

ordenado su práctica, es de su responsabilidad asegurarse de que la prueba se lleva en efecto a cabo. Y, de no ser así, ha de adoptar las medidas oportunas para asegurar una eficiente tutela de los derechos fundamentales de las partes en el proceso, y en particular de sus derechos a utilizar los medios de prueba pertinentes (art. 24.2 CE) y a no sufrir indefensión como consecuencia de los avatares que tengan lugar en el trámite probatorio (por todas, STC 240/2007, de 10 de diciembre, FJ 2).

Por último, en cuanto a que la prueba no admitida o no practicada hubiera podido tener una influencia decisiva en la resolución del procedimiento, este Tribunal ha puesto de manifiesto que no toda irregularidad u omisión procesal en materia de prueba causa por sí misma indefensión material constitucionalmente relevante, toda vez que el elemento esencial para que pueda considerarse vulnerado este derecho fundamental, en tanto que queda condicionado por su carácter de derecho constitucional de carácter procedimental, reside en la necesidad de demostrar que la actividad probatoria era decisiva en términos de defensa, esto es, que de haberse practicado la prueba omitida la resolución final del proceso hubiera podido ser distinta en el sentido de ser favorable a quien denuncia la infracción del derecho fundamental (por todas, STC 185/2007, de 10 de septiembre, FJ 2).

En relación con este último aspecto -efectiva indefensión del recurrente por el carácter decisivo, en términos de defensa, de la prueba no admitida o no practicada- precisa, por todas, la STC 126/2011, de 18 de julio (FJ 13), qué exige este requisito a la hora de formalizar su demanda, cuando dice:

"Esta exigencia se proyecta en un doble plano: por un lado, el recurrente debe razonar en esta vía la relación entre los hechos que se quisieron probar y no se pudieron probar y las pruebas inadmitidas; por otro lado, debe argumentar de modo convincente que la resolución final del proceso a quo podía haber sido favorable a sus pretensiones de haberse aceptado y practicado la prueba propuesta (SSTC 26/2000, de 31 de enero, FJ 2 ; 165/2001, de 16 de julio, FJ 2 ; 133/2003, de 30 de junio, FJ 3 ; 129/2005, de 23 de mayo, FJ 3 ; 244/2005, de 10 de octubre, FJ 5 ; 308/2005, de 12 de diciembre, FJ 4 ; y 42/2007, de 26 de febrero , FJ 4).

2. Aplicación al caso y decisión de la Sala.

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. Jorge (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.

Y qué decir del argumento que pretende la anulación del Laudo sobre la base de que el procedimiento que el Árbitro siguió para la práctica de la pericial pretendida y lograda por VIPP LAVORI ha vulnerado su derecho a la asistencia letrada al prohibir durante cuatro meses que los peritos de VIPP contactasen con los Letrados de la misma, debiendo emitir sus opiniones por escrito sin comunicación previa con dichos Letrados.

Esa medida de prohibición de contacto lo fue con respecto a los Letrados de todas las partes. Podrá discutirse la eficacia desde el punto de vista práctico de tal restricción, pero lo cierto es que la razón de ciencia de los Peritos ha de ser emitida con la debida imparcialidad -aunque el Perito sea de parte: el Árbitro ha tratado de

preservar esa ecuanimidad. Con todo, en lo que de verdad importa, adolece por completo de fundamento la queja de vulneración del derecho a la asistencia Letrada: éste, como pone de relieve la defensa de CYES, se predica de la parte; el Letrado no asiste al Perito, aunque debe tener pleno acceso a la pericia y poder someterla a contradicción. Sobre este último particular calla la demanda un aspecto que evidencia que los Letrados de VIPP -como los de la contraparte- pudieron defender efectivamente los intereses de su patrocinado, con el debido acceso a los informes: el § 65 del Laudo explica con todo lujo de detalles cómo la prohibición a las Partes de ponerse en contacto con sus respectivos peritos quedaría levantada el 14 de mayo de 2018, con la entrega de la Refutación del Informe Pericial Complementario, sin perjudicar los derechos procesales de CYES y J.V. CYES, que se quejaron al respecto, dado que, aclaró el Árbitro, sus peritos podrían ser plenamente repreguntados en la Audiencia. Audiencia que finalmente se celebró el día 20 de junio de 2018, en sesiones de mañana y tarde - § 68.

El último alegato de este motivo sub epígrafe de *falta de imparcialidad del árbitro*, encubre, en realidad, una queja de déficit de motivación que se concreta en una genérica discrepancia con la valoración probatoria que expresa el Laudo.

Transcribe la demanda los §§ 81 a 84, donde el Árbitro se pronuncia sobre la admisión de tres documentos presentados por VIPP en el trámite de conclusiones. El reproche que se imputa al Laudo no tiene que ver con la peculiar admisión de esa documental -aceptada como *alegatos* de VIPP con la oposición de contrario-, sino con la consideración de que " *versando sobre hechos críticos relativos entre otras cuestiones a las circunstancias geológicas del terreno causante de la demora o la conformidad final de las obras, son totalmente ignoradas -sic- por el Árbitro o, peor aún, parcialmente ignoradas, siendo considerados solo las partes no favorables a mi representada al igual que lo ya señalado respecto a las cláusulas 2.3, 8, 20 y Apéndice*".

Fácilmente se puede comprender que una argumentación semejante, por lo genérica, no sustenta el yerro en la formación del juicio de hecho que podría dar lugar a la anulación del Laudo de acuerdo con la jurisprudencia supra reseñada: la demanda no concreta *error facti* ni error patente alguno, ni arbitrariedad en la valoración de la prueba -por contravención de las reglas de la lógica, de las máximas de la experiencia o de los conocimientos derivados del saber científico- que pueda justificar la anulación del Laudo ex art. 41.1.f) LA. Por el contrario, el Laudo patentiza una detallada consideración de la abundante prueba obrante en autos, sobre todo pericial, en la que sustenta su pronunciamiento sobre el origen y alcance de los diversos incumplimientos que las partes se atribuyen; entre ellos, de modo particular, los alegatos de VIPP sobre las causas de las demoras que imputa a la Contratista principal -en el diseño y movilización del Proyecto y en el suministro de materiales de construcción esenciales, como armaduras de acero y hormigón-, así como la pretendida calidad defectuosa de los materiales suministrados por CYES y J.V. CYES, que el Laudo desecha con cumplida motivación. O, en otro ejemplo significativo visto el contenido en este punto de la demanda de anulación: ésta nada mínimamente concreto objeta al discurso del Laudo sobre cómo las partes acordaron una solución -firma de las Adendas 2 y 4 sin reservas- ponderando el impacto de las condiciones geológicas del suelo sobre el cumplimiento de los plazos de actividad -v.gr., § 186-, lo que explica *per se* la no valoración de la documental aportada sobre tal cuestión.

El motivo tercero, en sus distintos alegatos, es desestimado y, con él, la demanda de anulación.

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

Vistos los artículos de aplicación,

FALLAMOS

DESESTIMAMOS la demanda de anulación del Laudo de 30 de enero de 2019, que dicta D. Gonzalo Stampa en el procedimiento 22162/ASM/JPA (C-22164/ASM), administrado por la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI), formulada por la Procuradora de los Tribunales D^a. Carolina Beatriz Yustos Capilla, en nombre y representación de VIPP LABORI SPECIALI, S.R.L., contra CYES-SOMAGUE ACE y J.V. CYES SOMAGUE S.A.R.L.; con expresa imposición a la demandante de las costas causadas en este procedimiento.

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.- Con fecha nueve de enero de dos mil veinte, 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.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ