



Roj: **STSJ M 3730/2019** - ECLI: **ES:TSJM:2019:3730**

Id Cendoj: **28079310012019100051**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **22/03/2019**

Nº de Recurso: **38/2018**

Nº de Resolución: **10/2019**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **FRANCISCO JOSE GOYENA SALGADO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

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

Domicilio: C/ General Castaños, 1 - 28004

Teléfono: 914934850,914934750

31001590

NIG: 28.079.00.2-2018/0095854

**Procedimiento** Nulidad laudo arbitral 38/2018

**Materia:** **Arbitraje**

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

Sr. ABOGADO DEL ESTADO

**Demandado:** UTE IV INGENIEROS CONSULTORES S.A.

PROCURADOR D./Dña. ISABEL SANCHEZ RIDAO

Excmo. Sr. Presidente:

D. Juan Pedro Quintana Carretero

Ilmos. Sres. Magistrados:

Ilmo. Sr. Magistrado Don Francisco José Goyena Salgado

Ilmo. Sr. Magistrado D. Jesús María Santos Vijande

### **SENTENCIA N° 10/2019**

En Madrid, a veintidós de marzo de dos mil diecinueve

#### **I.- ANTECEDENTES DE HECHO.**

**PRIMERO** .- El 21 de junio de 2018 tuvo entrada en esta Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia la demanda formulada por EL ABOGADO DEL ESTADO, en representación y defensa de la "SOCIEDAD ESTATAL AGUAS DE LAS CUENCAS DEL MEDITERRANEO, S.A, ejercitando, contra la mercantil "UTE IV INGENIEROS CONSULTORES, S.A.", acción de nulidad del Laudo con nº de expediente 875, de fecha 4 de abril de 2018, que dicta el Árbitro Único de la CORTE CIVIL Y MERCANTIL DE **ARBITRAJE** de Madrid (CIMA).

**SEGUNDO** .- Por Decreto de fecha 6 de junio de 2018 se admitió a trámite la demanda supra referenciada, acordando dar traslado a la parte demandada, al que se emplazó en legal forma, para contestación de la demanda formulada.

**TERCERO** .- Transcurrido el plazo para comparecer y contestar a la demanda, compareció la parte demandada "UTE IV INGENIEROS CONSULTORES, S.A.", representada por la procuradora D.ª ISABEL SÁNCHEZ RIDAO,



asistida por el letrado D.ANTONIO DE LA REINA MONTERO, formulando escrito de contestación a la demanda, con base en los hechos y fundamentos que estimó pertinentes y solicitando la desestimación íntegra de la demanda y declarando la plena validez y ejecutividad del laudo impugnado, con expresa condena en costas a la parte demandante.

**CUARTO** .- Por Auto de fecha 12 de septiembre de 2018 se acordó recibir el pleito a prueba, admitiendo la documental aportada por la parte demandante y la que la parte demandada hace suya.

Por diligencia de ordenación se señaló para deliberación y resolución.

Ha sido Ponente el Ilmo. Sr. D. Francisco José Goyena Salgado, quien expresa el parecer unánime del Tribunal.

## II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO.

**PRIMERO** .- El Laudo impugnado establece el siguiente fallo:

**PRIMERO.- Declaro el derecho de UTE IV INGENIEROS CONSULTORES, S.A. UTE AF MONCOFA a percibir doscientos ochenta y un mil setecientos sesenta y un euros con diecisiete céntimos (281.761,17 euros) y condeno a la sociedad AGUAS DE LAS CUENCAS DEL MEDITERRANEO, S.A. al pago de las mismas.**

**SEGUNDO.- Condeno a AGUAS DE LAS CUENCAS DEL MEDITERRANEO S.A. al pago de los intereses legales de la cantidad reclamada.**

**TERCERO.- No ha lugar a la condena en costas.**

**SEGUNDO.-** Frente a dicha resolución se insta la presente demanda de anulación del laudo dictado, con base en las alegaciones y fundamentos que estimó oportunos y solicitando se dicte sentencia por la que, estimando íntegramente la demanda, acuerde la anulación del laudo impugnado, por ser contrario al orden público, junto con los pronunciamientos que sean inherentes.

Se alega por la parte demandante, como motivo de nulidad el previsto en el apartado f) del art. 41.1, de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de **Arbitraje** .

A este respecto señala la demanda que el laudo es contrario al orden público, por cuanto existe una cuestión prejudicial penal clara y evidente, que no ha tenido en cuenta el árbitro. El procedimiento penal incidirá, a juicio de la parte demandante, en el resultado de toda la relación jurídica, pues determinará la configuración de la relación jurídica de las partes, incidiendo directamente sobre la existencia o no de la deuda, además de las decisiones que se adopten en materia de responsabilidad civil.

El Laudo impugnado no solo es contrario al orden público por la cuestión prejudicial penal planteada, sino que colateralmente habría causado indefensión, pues habría operado el art. 1305 C. Civil y habría dejado huérfana de contenido la reclamación de la contraparte.

**TERCERO.-** Con carácter general cabe señalar, como tiene declarado esta Sala, citando las recientes sentencias de fechas 2 y 21 de enero de 2019 , con cita, a su vez, de nuestras sentencias de fecha 13 de diciembre de 2018 y 4 de julio de 2017 : "la acción de anulación no configura una nueva instancia, como si este Tribunal estuviese habilitado por la ley para revisar, con plenitud de jurisdicción, el juicio de hecho y la aplicación del Derecho efectuados por los árbitros al 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 )".

En igual sentido nuestra sentencia de 12 de junio de 2018 .

Al respecto la STS de 15 de septiembre de 2008 establece que "Como dice el auto de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 21 de febrero de 2006 : como punto de partida debe tomarse la especial función de la institución arbitral y el efecto negativo del convenido arbitral, que veta por principio la intervención de los órganos jurisdiccionales para articular un sistema de solución de conflictos extrajudicial, dentro del cual la actuación de los Tribunales se circunscribe a actuaciones de apoyo o de control expresamente previstas por la Ley reguladora de la institución; es consustancial al **arbitraje**, por lo tanto, la mínima intervención de los órganos jurisdiccionales por virtud y a favor de la autonomía de la voluntad de las partes, intervención mínima que, tratándose de actuaciones de control, se resume en el de la legalidad del acuerdo de **arbitraje**, de la arbitrabilidad -entendida en términos de disponibilidad, como precisa la exposición de Motivos de la Ley 60/2003 - de la materia sobre la que ha versado, y de la regularidad del procedimiento de **arbitraje**; para ello, tal y como asimismo se señala en el Preámbulo de la vigente Ley de **Arbitraje**, se contempla un cauce procedimental que satisface las exigencias de rapidez y de mejor defensa, articulando el mecanismo de control a través de una única instancia procesal; esta mínima intervención jurisdiccional explica el hecho de que en el artículo 42.2 de la vigente Ley de **Arbitraje** , como también se hacía en el artículo 49.2 de su predecesora, se disponga que frente a la sentencia que se dice en el proceso sobre anulación de un laudo arbitral no quepa recurso alguno, habiendo entendido el legislador que a través de una única instancia y con una sola fase procesal se satisface suficientemente la necesidad de control jurisdiccional de la resolución arbitral, que, evidentemente, no alcanza al fondo de la controversia, sino únicamente a los presupuestos del **arbitraje** y su desarrollo."

En este mismo sentido se ha pronunciado el Tribunal Constitucional en las SSTC 62/91, de 22 de marzo (EDJ 1991/3180 ) y 228/93 de 4 de octubre , 259/93 de 23 de julio (EDJ 1993/7399 ) , 176/96 de 11 de noviembre (EDJ 1996/7029. En el mismo sentido el Tribunal Constitucional, Sentencia 174/1995, de 23 de noviembre (EDJ 1995/6552), señala que "el posible control judicial derivado del artículo 45 de la Ley de **Arbitraje** -hoy art. 41- está limitado al aspecto externo del laudo y no al fondo de la cuestión sometida al **arbitraje**, al estar tasadas las causas de revisión previstas y limitarse éstas a las garantías formales"; razón por la cual únicamente procede conocer de las causas de nulidad tasadas que, además dice la STS de 23 de abril de 2001 (EDJ 2001/6431), en su Fundamento Séptimo, con remisión a la de 16-2-68, "han de ser interpretadas y aplicadas estrictamente a fin de evitar la acusada tendencia de quienes renunciaron a las garantías que les brindaba la severa aplicación del Derecho, de lograr su anulación por los órganos jurisdiccionales de carácter oficial cuando no logran el éxito de sus aspiraciones."

**CUARTO.-** El motivo de impugnación la demanda, como señalábamos, alega la contravención del orden público.

Establece el Art. 41.1: "El laudo solo podrá ser anulado cuando la parte que solicita la anulación alegue y pruebe: f) Que el laudo es contrario al orden público."

A.-En cuanto a lo que se debe entender por orden público, como ya dijo esta Sala en sentencia de 23 de Mayo de 2.012, Recurso 12/2011 , "... *por* orden público han de estimarse aquel conjunto de principios, normas rectoras generales y derechos fundamentales constitucionalizados en el Ordenamiento Jurídico español, siendo sus normas jurídicas básicas e inderogables por la voluntad de las partes, tanto en lo social como en lo económico ( Sentencia del Tribunal Constitucional, Sala 2ª, nº 54/1989, de 23-2 ), y por ende, a los efectos previstos en el citado artículo, debe considerarse contrario al orden público, aquel Laudo que vulnere los derechos y libertades fundamentales reconocidos en el Capítulo II, Título I de la Constitución, garantizados a través de lo dispuesto en términos de generalidad en el artículo 24 de la misma, incluyendo la arbitrariedad patente referida en el art. 9.3 de la Constitución , y desde luego, quedando fuera de éste concepto la posible justicia del Laudo, las deficiencias del fallo o el modo más o menos acertado de resolver la cuestión."

Criterio reiterado en nuestra sentencia de fecha doce de junio del dos mil dieciocho y en las más recientes ya citadas.

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

"No cabe duda de que este alegato puede ser incardinado en el ámbito del art. 41.1.f) LA. El necesario respeto de la prejudicialidad penal en el seno del proceso civil responde, claro está, a la necesidad de evitar sentencias



contradictorias para preservar tanto el principio de seguridad jurídica como el derecho a la tutela judicial efectiva. Por esa razón, la Sala Primera, v.gr., en su Sentencia de 7 de junio de 2012 (ROJ STS 4447/2012 ) afirma: "las sentencias penales condenatorias que resuelven la problemática civil tienen carácter vinculante para éste orden jurisdiccional, no sólo en cuanto a los hechos declarados probados, sino también respecto de las decisiones en materia de responsabilidad civil - - sentencia 1190/1999, de 31 de diciembre "..., "dado que se entiende que puede ser opuesto a la seguridad jurídica la contradicción entre las decisiones de dos órdenes jurisdiccionales que conozcan de un mismo asunto – sentencias 34/2003, de 25 de febrero , del Tribunal Constitucional , 502/2003, de 27 de mayo , y 368/2008, de 5 de mayo , de esta Sala" (FJ 3).

Sin embargo, el primer presupuesto para que proceda la suspensión de las actuaciones civiles, sean jurisdiccionales o arbitrales, consiste en acreditar la pendencia de causa criminal en la que se estén investigando, como hechos de apariencia delictiva, alguno o algunos de los que fundamenten las pretensiones de las partes en el proceso civil ( art. 40.2.1ª LEC ).

C.- En el caso presente, lo que fue planteado por la parte actora en tiempo y forma ante la CORTE CIVIL Y MERCANTIL DE **ARBITRAJE** (CIMA), por la parte demandante se advirtió de que todos los contratos relativos a la desaladora de MONCOFA, entre los que se encuentra el que es objeto de la demanda de **arbitraje**, están siendo penalmente investigados por el Juzgado Central de Instrucción nº 6 de Madrid, que al efecto tiene incoadas las diligencias previas 24/2015.

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

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

En concreto y respecto al procedimiento arbitral que nos atañe, el nº 875, planteado por la UTE IV INGENIEROS CONSULTORES SA UTE AT MONCOFA, en el que se reclama de ACUAMED la cantidad de 281.761,17 euros, debido a una diferencia de las obras objeto del contrato, el citado Auto, acogiendo el informe del Ministerio Fiscal, establece que: "Efectivamente estos puntos litigiosos a resolver fuera del proceso guardarían relación con el objeto de la investigación penal, coincidiendo la naturaleza y las circunstancias de la controversia con aspectos esenciales de la investigación penal."

Y sigue diciendo el Auto: "En consecuencia, el Fiscal entiende que lo que procede es comunicar con la debida reserva, a la Corte Civil y Mercantil Arbitral, la existencia del presente procedimiento que se sigue en la actualidad por hechos que pudieran ser constitutivos de delitos de prevaricación, tráfico de influencias, malversación de caudales públicos, fraude, falsificación de documentos públicos, e integración en organización criminal, sin perjuicio de ulterior calificación, teniendo por objeto la investigación unas concretas actuaciones en obras de ACUAMED, entre las que se encuentran las obras a las que se refieren los procedimientos arbitrales nº 874 ..., requiriendo a la Corte para que comunique si, dentro del ámbito de sus competencias, se ha procedido o no a la suspensión del procedimiento arbitral."

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

Debe advertirse el error de cita el expediente, pues no es el nº 874 sino el nº 875, lo que queda aclarado sin duda alguna.

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

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

Será procedente ordenar la suspensión del procedimiento civil, señala el apdo. 2, cuando: "1ª Que se acredite la existencia de causa criminal en la que se estén investigando, como hechos de apariencia delictiva, alguno o algunos de los que fundamenten las pretensiones de las partes en el proceso civil.

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



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

La aplicación y efectos expuestos de la cuestión prejudicial penal al procedimiento arbitral resulta incuestionable y así lo analiza correctamente el propio árbitro en su Laudo interlocutorio de fecha 28 de marzo de 2017, al que nos remitimos, siguiendo por otra parte el criterio de esta Sala, expuesto en sentencias de fechas 3 de julio de 2012 y 16 de febrero de 2016 .

Cuestión distinta es que, a juicio del árbitro, lo que resuelve en el citado Laudo interlocutorio, la cuestión prejudicial penal planteada por la parte demandante, "no afecta a la validez del convenio arbitral pactado por las partes como objeto material propio del presente **arbitraje** ni a la competencia arbitral para resolverlo", así como la declaración de que la cuestión prejudicial penal planteada no impide continuar el procedimiento arbitral" y de hecho termina dictando el Laudo definitivo, objeto de la presente impugnación.

No comparte esta Sala las razones que expone el árbitro, en su Laudo interlocutorio, para denegar la suspensión del procedimiento arbitral y proceder a dictar Laudo definitivo.

Señala el árbitro que, en cuanto a los hechos, "parece que, en principio, no existen aún hechos determinantes de la calificación penal -el Juzgado de Instrucción aún no conoce el contenido de la documentación solicitada y no ha podido, en consecuencia, fijar ni valorar los hechos que hayan de servir como soporte de la acción penal."

Por otra parte , considera el árbitro que no se aprecia, a priori, que el objeto del contrato y la cuestión penal, se encuentren íntimamente relacionada con el contenido obligacional del contrato objeto de **arbitraje** y tampoco se ha razonado que el pronunciamiento penal pueda afectar a la validez del contenido contractual.

Frente a dichas objeciones hay que señalar que el Auto remitido por el Juzgado de Instrucción Central, sin perjuicio de las limitaciones que en su exposición plantea el que se trate de unas actuaciones penales reservadas, deja bien claro que los hechos que se investigan tienen relación con la actividad de ACUAMED y las obras, entre otras, de la Planta Desaladora de Moncofa y obras complementarias, en las que se inscribe el contrato de Asistencia Técnica de la Dirección de Obra de la citada Planta, de fecha 27 de febrero de 2008. suscrito entre ACUAMED y la "UTE IV INGENIEROS CONSULTORES, S.A.", de donde cabe colegir la necesaria e íntima conexión entre la cuestión litigiosa objeto de **arbitraje** y la cuestión penal, desde el momento en que la pretensión de reclamación de la citada UTE, debe ponerse en relación, pues trae causa, con el contrato suscrito con ACUAMED, que es uno de los que se ven afectados directamente por la investigación penal.

Para el planteamiento de la cuestión de prejudicialidad penal, no es preciso, como resulta del art. 40 L.E.C ., que exista una calificación concreta de los hechos, que, por otra parte corresponderá a las partes en el proceso penal, ni una acreditación de los hechos investigados, más propia de una fase posterior, la de enjuiciamiento, sino que basta con que existan indicios suficientes de criminalidad, que determinen la incoación de unas diligencias penales y su investigación, lo que ocurre en el caso presente.

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

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

**QUINTO.-** En el presente procedimiento, no obstante, la estimación de la demanda no determina, conforme al artículo 394.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , no procede hacer expresa imposición de costas a la parte demandada, sino que, visto que quien debió acordar la suspensión del procedimiento era el árbitro, hasta la resolución por los órganos penales competentes de la cuestión prejudicial penal, no se aprecia temeridad o mala fe en dicha parte demandada en su posición y conducta procesal ni en cuanto al fondo de la cuestión sometida a **arbitraje**, de momento imprejuzgada, por lo que resulta ajustado a derecho el que cada parte soporte las costas causadas por sí y las comunes por mitad.

Vistos los artículos citados y de general y pertinente aplicación,

### III.- FALLAMOS.



**DECLARAR** la nulidad del Laudo dictado con fecha 4 de abril de 2018, por la CORTE CIVIL Y MERCANTIL DE **ARBITRAJE** de Madrid (CIMA), en el Expediente nº 875, que se deja sin efecto, y sin hacer expresa imposición de las costas causadas en este procedimiento, debiendo cada parte soportar las propias y por mitad las comunes.

Frente a esta sentencia no cabe recurso alguno ( art. 42.2 Ley de **Arbitraje** ).

Lo acuerdan, mandan y firman los Sres. Magistrados que figuran al margen.

**DILIGENCIA.-** Firmada la anterior resolución es entregada en esta secretaría para su notificación, dándose publicidad en legal forma y se expide certificación para su unión al rollo. Doy fe

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ