



Roj: **STSJ M 14630/2020 - ECLI:ES:TSJM:2020:14630**

Id Cendoj: **28079310012020100386**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **15/12/2020**

Nº de Recurso: **20/2020**

Nº de Resolución: **31/2020**

Procedimiento: **Nulidad laudo arbitral**

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: 28.079.00.2-2020/0024612

Procedimiento ASUNTO CIVIL 20/2020 Nulidad laudo arbitral 12/2020

Materia: Arbitraje

Demandante: D./Dña. Carlos Antonio

PROCURADOR D./Dña. CAYETANA NATIVIDAD DE ZULUETA LUCHSINGER

Demandado: PORTOBELLO CAPITAL FONDO IV, FCR

PROCURADOR D./Dña. RAMON RODRIGUEZ NOGUEIRA

EXCMO. SR. PRESIDENTE

D. CELSO RODRÍGUEZ PADRÓN

ILMOS. SRES. MAGISTRADOS

D. FRANCISCO JOSÉ GOYENA SALGADO

D. DAVID SUÁREZ LEOZ

SENTENCIA N° 31/2020

En Madrid, a 15 de diciembre de 2020.

Visto ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, por el Excmo. Sr. Presidente y los Ilmos. Sres. Magistrados, que constan al margen, el presente rollo nº NLA 12/2020 (ASUNTO CIVIL 20/2020), siendo parte demandante la procuradora D.ª CAYETANA DE ZULUETA LUCHINGER, en nombre y representación de D. Carlos Antonio, asistida por la letrada D.ª MARTA PÉREZ MARCOS y como parte demandada el procurador D. RAMÓN RODRÍGUEZ NOGUEIRA, en nombre y representación de la mercantil "PORTOBELLO CAPITAL FONDO IV, FCR", asistida por el letrado D. JUAN IGNACIO FERNÁNDEZ AGUADO.

Ha sido ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. FRANCISCO JOSÉ GOYENA SALGADO, que expresa el parecer de la Sala.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO.

PRIMERO.- El 26 de febrero de 2020 tuvo entrada en esta Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia, demanda formulada por la procuradora D.ª CAYETANA DE ZULUETA LUCHINGER, en nombre y representación



de D. Carlos Antonio , ejercitando la acción de anulación del *Laudo interlocutorio arbitral* dictado en el expediente nº 972, de fecha 17 de enero de 2020, que dicta la árbitra única designada por la CORTE CIVIL Y MERCANTIL DE **ARBITRAJE** (CIMA), solicitando, con base en las alegaciones y fundamentos que estimó oportunos, la estimación de la demanda y que se estime la nulidad del laudo arbitral impugnado, de 20-1-2020 (sic), dejándolo sin efecto, y procediéndose a dictar la suspensión del procedimiento por prejudicialidad penal, con imposición de las costas a la parte contraria.

SEGUNDO.- Por D O de fecha 9 de marzo de 2020 se requirió a la parte demandante para que subsanara diversos extremos.

Subsanados los mismos, por Decreto de la Sra. Letrada de la Administración de Justicia de este tribunal, de fecha 14 de mayo de 2020, se admitió a trámite la demanda, acordando dar traslado a la parte demandada, a la que se emplazó en legal forma, para contestación de la demanda formulada.

TERCERO.- Comparecida la parte demandada, representada por el procuradora D. RAMÓN RODRÍGUEZ NOGUEIRA, en nombre y representación de la mercantil "PORTOBELLO CAPITAL FONDO IV, FCR", en el plazo fijado, formuló escrito de contestación a la demanda, oponiéndose con base en las alegaciones que estimó procedentes y solicitando la desestimación del recurso de nulidad interpuesto, con expresa imposición a la parte demandante de las costas causadas.

CUARTO.- Por D O de fecha 8 de julio de 2020, se tuvo por contestada la demanda, dándose traslado a la parte demandante a los efectos del art. 42.1 b) L A.

Por Auto de fecha 2 de septiembre de 2020 se admitió la prueba aportada por las partes demandante y demandada, con la excepciones que se indican en dicha resolución, recibándose el pleito a prueba y señalándose para el inicio de la deliberación.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO.

PRIMERO.- La presente demanda de anulación planteada, tiene por objeto que se dicte la nulidad del Laudo interlocutorio arbitral, de fecha 17 de enero de 2019.

El Laudo dictado, en su Parte Dispositiva RESUELVE los siguientes extremos sustantivos:

"1º.- Desestimar la excepción de prejudicialidad penal interesada por la parte Demandada-reconviniente, D. Carlos Antonio .

2º.- Ordenar la continuación del procedimiento por sus trámites correspondientes."

SEGUNDO.- Frente a dicha resolución se insta la presente demanda de anulación del laudo interlocutorio, con base en las alegaciones y fundamentos que se estimaron oportunos y solicitando se estime la nulidad del laudo interlocutorio arbitral, dejándolo sin efecto y procediéndose a dictar la suspensión del procedimiento por prejudicialidad penal, con imposición de las costas a la parte contraria.

La demanda formulada se plantea en relación a los siguientes hechos, que resumidamente se transcriben:

1º. Ante la Corte Civil y Mercantil de Madrid (CIMA) se sigue **arbitraje** (Exp. Nº 972) a instancia de la mercantil PORTOBELLO FONDO IV FCR contra esta parte, cuyo objeto es si el mismo tiene obligación de vender el 4 % de sus participaciones sociales de CLASE B, por importe de 1 euro cada una al Equipo directivo de la Compañía.

2º.- Durante el transcurso del procedimiento de **arbitraje**, esta parte se vio obligada a interponer querrela criminal contra los representantes legales de PORTOBELLO y contra las propias mercantiles PORTOBELLO FONDO IV FCR y PORTOBELLO CAPITAL GESTIÓN SGIEC DE TIPO CERRADO, S.A. y otras personas por un presunto delito de administración desleal, de la que conoce el Juzgado de Instrucción nº 13 de Madrid (DP 1744/2019)

En dicha querrela se aporta informe pericial, en el que se señala que el socio mayoritario PORTOBELLO había llevado a cabo un aumento de capital, en virtud del cual se había apropiado de 73 participaciones sociales de la compañía.

Todo ello redundando en que el capital social, a fecha de hoy y en tanto la citada querrela no acabe con sentencia firme y como consecuencia civil se revoque la ampliación de capital, que el capital social de la compañía se encuentra redistribuido.

Así las cosas, esta parte puso de manifiesto a la Corte Arbitral, que se debía suspender el **arbitraje** por prejudicialidad penal.



3º.- En contestación a lo solicitado por esta parte se dicta el laudo interlocutorio, que es objeto de impugnación en este procedimiento.

TERCERO.- Por la parte demandada se formula contestación a la demanda, oponiéndose a la misma, con base en las alegaciones que estimó procedentes y en suma, argumentando su oposición en la inexistencia de prejudicialidad penal, dado que el objeto del procedimiento de instrucción nada tiene que ver con el objeto propio de este procedimiento arbitral, ni con la pretensión de la demanda arbitral, ni con el de la demanda reconvenional, como resulta notorio.

CUARTO.- El laudo interlocutorio que es objeto del presente procedimiento de anulación, como hemos puesto de relieve, desestima la excepción de prejudicialidad penal y ordena seguir el procedimiento, dictando, como consta a la Sala, laudo final, objeto, igualmente, de una acción de anulación por la misma parte demandante que la presente.

En síntesis el laudo interlocutorio impugnado desestima la excepción planteada, tras examinar la información contenida en los escritos presentados por las partes, así como la doctrina jurisprudencial consolidada, al no apreciar, en el momento procesal en que examina la cuestión, la existencia de conexión alguna entre el procedimiento penal (Diligencias previas 1744/2019) y el presente procedimiento, a los efectos de acordar la suspensión interesada por la demandada- reconviniente, por prejudicialidad penal.

QUINTO.- La acción de anulación se ejercita al amparo de los motivos de nulidad contemplados en el art. 41.1 f) L. A.

Establece el art. 41.1 L. A.: "El laudo sólo podrá ser anulado cuando la parte que solicita la anulación alegue y pruebe:

f) Que el laudo es contrario al orden público."

SEXTO.- A la vista de la prueba practicada, cabe hacer las siguientes consideraciones:

1.- La figura de la prejudicialidad penal hace referencia a la existencia de cuestión -en este orden jurisdiccional- cuya resolución se convierte en presupuesto determinante del contenido de la sentencia de fondo que haya de dictarse en otra jurisdicción. No se trata de una cuestión meramente incidental, puesto que la íntima relación, la ligazón directa y la repercusión de la cuestión penal con el objeto del otro proceso se erige en auténtico prius lógico, sin cuyo esclarecimiento o resolución no debe ser resuelto el proceso que ha de verse afectado.

El artículo 40 de la Ley de Enjuiciamiento Civil 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-perseguible de oficio, el tribunal civil,..., lo pondrá en conocimiento del Ministerio Fiscal, por si hubiere lugar al ejercicio de la acción penal." Será precedente 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.

Con mayor precisión en la redacción señala el artículo 10.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial que "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 establezca".

Como de modo preciso recuerda el laudo impugnado en sus razonamientos esta Sala abordó la incidencia que la prejudicialidad penal puede tener a la hora de examinar la validez de un laudo arbitral en su STSJ de 16 de febrero de 2016 (ROJ: STSJ M 1545/2016) incardinando dicha valoración en la posible vulneración de las normas de orden público que aparece contemplada como causa de nulidad en el artículo 41.1.f de la LA. Se dijo entonces (FJ 4º) que: "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)".

En el supuesto al que nos enfrentamos, ninguna duda cabe acerca de la pendencia (estado de tramitación) de las Diligencias Previas que invoca el demandante de nulidad, ante el Juzgado de Instrucción de Madrid. Ahora bien: ha de añadirse a este requisito "de actualidad" otros que permitan perfilar la conexión de relevancia, el valor condicionante (que titula, por ejemplo el ATS de 16.6.2020), en suma, la influencia *decisiva* de la que habla la LECiv entre cuanto se investiga en el proceso penal y el objeto del procedimiento que se tramita en el ámbito civil; en este caso, en sede arbitral. La mera interposición de una querrela o una denuncia ante el Juzgado de Instrucción correspondiente sobre unos hechos relacionados con los que son objeto de discusión en un proceso civil no lleva aparejado, por sí sola, el efecto suspensivo que acarrea la llamada prejudicialidad penal. Ni siquiera la admisión a trámite de la iniciativa penal y la incoación por tanto de las oportunas Diligencias Previas. Resultaría contrario a Derecho y de injusta proyección cuando menos dilatoria esta concepción automaticista. De aceptarse la virtualidad de la mera existencia de una causa penal para lograr la suspensión por prejudicialidad del proceso civil en curso, estaríamos depositando en manos del litigante civil un mecanismo capaz de paralizar a su antojo el transcurso del proceso, consecuencia indeseada e inadmisibles que debe eludirse a través del juicio de ponderación comparativa de efectos, objeto y relación. En este sentido, para que pueda operar la indicada prejudicialidad, hemos de hallarnos ante una verdadera y relevante conexión entre la causa penal y la causa civil; una relación de influencia que, en algunos supuestos concretos incluso llega a perfilarse con requisitos propios en la Ley de Enjuiciamiento Civil adicionales a los que ya por sí recoge el artículo 40 (por ejemplo en el caso del artículo 569 LEC).

Con carácter general, y por resumir las exigencias inherentes a esta figura podemos traer a colación la doctrina contenida en las siguientes resoluciones:

- Según el ATS de 19 de noviembre de 2019 (ROJ: ATS 12291/2019) este grado de conexión se da cuanto la conclusión que se alcance en el proceso civil en virtud de la apreciación conjunta de la prueba pueda ser desvirtuada por el resultado de los procesos penales en curso.

- A la luz de lo expuesto en el ATS de 17 de octubre de 2019 (ROJ: ATS 10536/2019) estaríamos llamados a decretar la suspensión de un proceso civil cuando los hechos investigados en vía penal tengan relación con la controversia jurídica que pende ante el órgano civil de modo que el resultado de la causa penal en trámite condicione la resolución de aquél.

2.- No puede ser ajena la presente resolución, al hecho de que ante la misma Sala, aunque se trate de dos procedimientos distintos, pende la impugnación del laudo interlocutorio -objeto del presente procedimiento- y la impugnación del laudo final, en el que la parte vuelve a reproducir la petición de estimación de la excepción de prejudicialidad penal, por lo que ambos procedimientos han sido examinados por la Sala en la misma fecha y de manera conjunta, por lo que no podemos dejar de hacernos eco, en el presente procedimiento contra el auto interlocutorio, de lo que se argumenta con ocasión de la demanda contra el laudo final, en la medida que se aborda, como decimos, la excepción de prejudicialidad penal.

Atendido lo anterior, en el presente supuesto se llama la atención en la demanda de anulación del laudo final, sobre tres denegaciones de suspensión del procedimiento arbitral, si bien en las páginas 12 a 20 se abordan solamente dos (y mezclándolas), y en la parte dispositiva del laudo tan sólo se refleja y resuelve una.

Es necesario clarificar esta diversidad.

- El demandante se refiere en primer lugar (como "*Primera solicitud de suspensión*") a la causa seguida ante el Juzgado de Instrucción Nº 14 de Madrid (DP 1814/2018), sobre posible delito de revelación de secretos, con relación a unos correos electrónicos que dice que fueron obtenidos con vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones (documentos 33 a 36 de la demanda arbitral). Se menciona en los epígrafes 27, 29, 35, del laudo, y se resuelve en el Primer Laudo Interlocutorio (de 22 de julio de 2019) en sentido desestimatorio.

La pretensión se reproduce, dando lugar a lo que el laudo denomina Segunda Solicitud de suspensión en el epígrafe 48 y a la que se refiere también en el nº 50. Se resuelve en el laudo final en sentido desestimatorio con base en los argumentos expuestos en los epígrafes 154 y siguientes.

- La demanda califica como "*Segunda solicitud de suspensión*" por prejudicialidad penal (en contra de la sistemática del laudo) lo que sería una distinta: la relacionada con la causa que se sigue como DP 1744/2019 ante el Juzgado de Instrucción Nº 13 por posible delito de administración desleal, incoada en virtud de querrela en la que se sostiene que Portobello llevó a cabo un aumento de capital apropiándose de 73 participaciones sociales de la compañía, de modo que el capital de la misma en la actualidad se encuentra redistribuido en



perjuicio de los socios minoritarios. Asimismo, se desestimó por Laudo interlocutorio actualmente impugnado ante esta Sala de lo civil y penal (Asunto civil 20/2020. NLA 12/2020).

3.- El laudo cuya nulidad se pretende dedica a las cuestiones planteadas en torno a la solicitud de suspensión (segunda) una extensa y detallada motivación a partir del epígrafe 143 y las resuelve en sentido negativo considerando (de especial significado es el punto 156) que *no se considera que exista, sin género de duda, una causa criminal en la que se esté investigando, como hechos de apariencia delictiva, alguno o algunos de los que fundamenten las pretensiones de las partes en el proceso arbitral. El análisis de la vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones como consecuencia de la extracción de correos de forma supuestamente indiscriminada poco o nada tiene que ver con las pretensiones ejercitadas por Portobello, relativas al pretendido incumplimiento de una cláusula del Acuerdo de socios que prevé la transmisión de unas determinadas participaciones.*

Prosigue en otros epígrafes el laudo insistiendo (159, 164) en la más que escasa influencia de estos correos electrónicos en la decisión final del objeto de la controversia, y lo cierto es que el demandante de nulidad no desvirtúa en absoluto con sus alegaciones ni con la prueba propuesta la razonabilidad de los argumentos que dio la árbitra. La relación existente -a la luz de los escasos documentos que se han aportado al proceso- entre las causas penales que se siguen en virtud de sendas querellas del Sr. Carlos Antonio, y el acuerdo/compromiso de venta de sus 777 acciones en torno al que giró el litigio arbitral, no justifica -dada su falta de intensidad concreta- que se hubiese procedido a suspender el curso de las actuaciones arbitrales por tiempo tan dilatado como adivina -y cree necesario- el actor.

En el escrito de ampliación de prueba, que presenta el demandante ante la Sala el día 21 de octubre de 2020 tras la contestación a la demanda se insiste en el efecto necesariamente suspensivo de la tramitación de las dos causas penales. No podemos acoger el argumento.

Lo razonado en el laudo acerca de la falta de influencia decisiva de la querella por delito de administración desleal que se sigue ante el Juzgado de Instrucción Nº 14 es adecuado y conforme a Derecho. Sin perjuicio de cuanto resulte de la causa penal (en este momento nada perfilado según la escasa documentación que se nos ha aportado como prueba) solamente procedería apreciar la necesidad de suspensión por prejudicialidad penal si la instrucción versase sobre elementos fácticos idóneos para decidir si, de acuerdo con una cláusula contractual libremente pactada, el demandado arbitral venía obligado a vender un paquete determinado de acciones en fecha concreta. No se puede pretender una superposición de reproches desconectados para lograr la parálisis del procedimiento civil, ni para resolver adecuadamente el que nos ocupa resulta imprescindible analizar otros ámbitos de la gestión de la empresa que son los que se investigan en sede penal.

Por otra parte (y por cuanto se refiere al otro proceso penal que se sigue ante el Juzgado de Instrucción Nº 13 de Madrid), no se puede tachar de nulidad un laudo basándose en una resolución judicial posterior a la fecha de aquél, puesto que el contenido de esta resolución judicial (penal en este caso) resultaba de imposible conocimiento para el árbitro, por mucho que sí se conociese la existencia de una causa en trámite. Insistimos una vez más: esta mera existencia no es suficiente para lograr la paralización del asunto civil si no se acredita -como no sucedió- esa íntima y directa relación e influencia de los hechos indiciariamente constitutivos de delito sobre la resolución del litigio civil en función de lo que concretamente se ventila en éste.

Es más: ni siquiera resulta propio de este momento procesal afirmar con la contundencia que lo hace el Sr. Carlos Antonio, que sin que recaiga sentencia penal (no sabemos en cuál de las dos causas) es imposible ejecutar el laudo arbitral).

SÉPTIMO.- La estimación de la demanda determina, conforme al artículo 394.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la imposición de costas en este procedimiento a la parte demandante, al haber visto desestimada su pretensión de desestimación de la demanda.

Vistos los artículos citados y de general y pertinente aplicación.

III.- FALLAMOS.

QUE DEBEMOS DESESTIMAR Y DESESTIMAMOS la demanda formulada por la procuradora D.ª CAYETANA DE ZULUETA LUCHINGER, en nombre y representación de D. Carlos Antonio, ejercitando la acción de anulación, frente al Laudo interlocutorio arbitral con nº de expediente 972, de fecha 17 de enero de 2020, que dicta la árbitra única designada por la CORTE CIVIL Y MERCANTIL DE **ARBITRAJE** (CIMA), y en consecuencia **CONFIRMAR** el mismo, imponiendo las costas causadas en este procedimiento a la parte demandante.

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 dieciséis de diciembre 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