

La prejudicialidad penal en el arbitraje

José Luis GONZÁLEZ MONTES *

Sumario: I. Introducción. II. Fundamento de la suspensión por prejudicialidad penal. III. Posibles soluciones al problema. 1. Aplicación analógica de los preceptos reguladores de la prejudicialidad penal en el proceso civil. 2. Materia no arbitrable: laudo testimonial. Laudos condicionales o de futuro. 4. Decisión sin suspensión del procedimiento. IV. Prejudicialidad penal y la ejecución del laudo. 1. Motivos de suspensión del proceso de ejecución. 2. Tratamiento procesal de la suspensión del proceso de ejecución por cuestión penal. V. Conclusiones.

I. Introducción

Como es sabido, la Ley 60/2003, de 23 de diciembre de Arbitraje (LA, en adelante), ha sido objeto de una reciente modificación por medio de la Ley 11/2011, de 20 de mayo, de reforma de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje y de regulación del arbitraje institucional en la Administración General de Estado y de la LO 5/2011, de 20 de mayo, complementaria de la anterior.

Sin perjuicio de otro tipo de consideraciones que podríamos efectuar sobre los posibles aciertos o desaciertos de la citada modificación legislativa —lo que creemos que no es el objetivo del presente trabajo—, es lo cierto que ninguno de los preceptos que se han modificado en la LA o que han sido introducidos en la misma como novedad, contemplan el tratamiento de la prejudicialidad penal en el arbitraje. Nos referimos, claro está, a la regulación de este tipo de cuestiones durante el proceso de declaración del laudo, no así, como tendremos ocasión de examinar en este mismo trabajo, durante la ejecución forzosa del laudo arbitral, puesto que para este supuesto, es la propia LEC —art. 569 LEC— y no la LA, como no podría ser de otra manera, la que regula cómo tratar la aparición de hechos de relevancia penal durante la fase de ejecución del laudo arbitral.

* Profesor titular de Derecho procesal de la Universidad Rey Juan Carlos. Cremades & Calvo Sotelo, Abogados.

No sabemos si la LA no regula esta cuestión porque no lo ha creído necesario y conveniente el legislador o porque se debe a una laguna legal necesitada de integración. De lo que no cabe duda es que esa constatación de hechos delictivos en sede arbitral se puede producir y en tal sentido, estar necesitada de una solución.

Debemos aclarar ya desde este momento que la perspectiva que tomamos como referencia es estrictamente nacional, es decir, hechos de relevancia penal que surgen en territorio nacional, que serán conocidos por tribunales españoles respecto de un procedimiento arbitral que se sustancia igualmente en España.

Así pues, ni la que constituyó nueva LA en el año 2003 sustituyendo a su precedente legislativo del año 1988 hizo referencia alguna a esta cuestión, ni ahora en esta última modificación de aquélla se ha incluido precepto alguno que regule esta materia. Por tanto, en un escaso plazo de tiempo, no se ha acometido la regulación de una cuestión que creemos necesaria no sólo por la asiduidad por la que llega a plantearse en los distintos arbitrajes¹ sino por las importantes consecuencias procesales que puede conllevar según qué tratamiento procesal se siga en cada supuesto ante la ausencia de normativa expresa que regule la misma.

Quizás el título otorgado a este trabajo pueda hacer pensar ya al lector que partimos de un error y es considerar la posible existencia de prejudicialidad penal en el proceso arbitral. En este momento tratamos de examinar si, surgiendo en un proceso arbitral hechos de apariencia delictiva de influencia fundamental en la decisión final por medio del laudo, ¿se dan los presupuestos para el arbitraje de la prejudicialidad penal en el proceso civil?

Acudiendo a las normas reguladoras de la prejudicialidad penal para el proceso civil que regula los arts. 40 ss Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC, en adelante), el art. 10 Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ, en adelante), las novedades que pudiera aportar la LA y la jurisprudencia adecuada al caso, trataremos de dar respuesta a una serie de interrogantes que de forma sucinta adelanto en estos instantes: ¿existe la prejudicialidad penal en el proceso arbitral?; ¿debe el árbitro decidir sobre estas cuestiones?; ¿tiene que elevar el tanto de culpa al órgano penal competente?; ¿ha de suspender en tal caso el

¹ A título de ejemplo, podemos señalar que en el conjunto de arbitrajes administrados por la Corte de arbitraje de la Cámara Oficial de Comercio e Industria de Madrid durante el año 2010 —más de 150— en, al menos un diez por ciento de ellos se ha planteado una cuestión prejudicial de naturaleza penal.

proceso arbitral?, ¿mantienen los árbitros durante esa hipotética suspensión del arbitraje su jurisdicción en el asunto?, ¿qué posible vinculación puede tener la hipotética resolución de condena que recaiga en el proceso penal a título prejudicial sobre el proceso arbitral hipotéticamente suspendido?

II. Fundamento de la suspensión por prejudicialidad penal

Al analizar en otra sede el fundamento de la prejudicialidad penal a propósito del proceso civil², partía de que la constatación de una conducta delictiva —con independencia de la naturaleza de ésta— durante el desarrollo de un proceso civil, hacía surgir la necesidad de que los órganos penales tuvieran conocimiento de esta circunstancia —bien de oficio, bien a instancia de parte— para que se procediera a la incoación del correspondiente proceso penal que investigara y enjuiciara dicha conducta.

En realidad, son principios como el de oficialidad o el *ius puniendi* del Estado los que nos obligan a actuar de esta manera, ya que a los jueces civiles les está vedado entrar a resolver, aunque sólo sea a título prejudicial, materias reservadas en exclusiva a los órganos del orden penal y ésta es una consecuencia más de la aplicación en nuestro ordenamiento de la máxima francesa “*le criminel tient le civil en état*”, es decir, lo penal suspende lo civil.

Pero esta constatación de hechos penales sólo alcanza a explicar el por qué debe existir proceso penal en donde sean investigados y enjuiciados, pero no llega a explicar por qué debe suspenderse el proceso civil en el que surgen. En nuestra opinión, la suspensión se debe a que el relato fáctico que va a ser objeto de investigación en el proceso penal (vía prejudicialidad) y el que resulta de fundamental para la decisión del asunto civil coinciden, es decir, para poder entrar en el fondo del asunto civil es necesario resolver con carácter previo la cuestión prejudicial que, al tener naturaleza penal, deberá ser resuelta por órganos penales que correspondan por razón de la materia.

Lo que se persigue, en definitiva, es evitar resoluciones contradictorias basadas en los mismos hechos, por tanto, que un mismo hecho sea tenido como cierto para un orden jurisdiccional e inexistente para otro. Por ese motivo se suspende el proceso civil a la espera de la deci-

² Vid. J.L. González–Montes Sánchez, Cap. II, *Las cuestiones prejudiciales penales en el proceso civil*, Madrid, 2002, pp. 39–45 (publicado en ese instante como J.L. González Sánchez).

sión que se tome en el proceso penal y proceder posteriormente a la vinculación de la resolución penal en el civil.

Siendo éste el fundamento de la suspensión del proceso civil por prejudicialidad penal, lo que nos preguntamos en este momento es si se dan, a propósito del arbitraje, los mismos presupuestos para suspender el proceso arbitral cuando en su seno surjan hechos de apariencia delictiva de influencia fundamental para la decisión del asunto arbitral.

A mi modo de ver sí que se da en el arbitraje el fundamento de la prejudicialidad y por tanto la necesidad de suspender éste cuando concurren los requisitos de la prejudicialidad penal. Sin embargo, esta afirmación está necesitada de mayores matizaciones cuando la sede de la prejudicialidad penal es un proceso arbitral:

En primer término, porque el árbitro no está revestido del *imperium* de un órgano judicial lo que va a impedir suspender el proceso arbitral (sin perjuicio del requerimiento que pudiera tener origen en un proceso judicial en donde se instara desde allí la paralización de un proceso arbitral por prejudicialidad penal, cuestión a la que posteriormente nos referiremos).

En segundo lugar, hay que tener en cuenta que la actual LA sólo permite suspender el arbitraje por acuerdo de las partes dando respaldo al principio de autonomía de la voluntad y por medio de acuerdo de los árbitros en los casos previstos como prórroga para dictar el laudo y que no encajan en este supuesto.

En tercer lugar, por el límite temporal al que está sujeto la decisión de la controversia por vía arbitral y que se estipula en el art. 37.2 LA en seis meses desde la contestación a la demanda arbitral o desde la expiración del plazo para contestarla y siempre que las partes no hayan fijado otro momento para el computo del *dies a quo* del plazo.

Nótese además, las repercusiones que podría tener para los árbitros la emisión de un laudo fuera de plazo y la posible aplicación del art. 21 LA reclamando responsabilidad por daños y perjuicios a los árbitros derivados del retraso en el pronunciamiento del laudo.

En conclusión, parece perfectamente válida la concurrencia de hechos delictivos en el transcurso de un proceso arbitral que siendo antecedente lógico-jurídico de la decisión del asunto arbitral, se requiera una decisión previa por parte de los órganos penales con jurisdicción y competencia en el asunto y una posterior vinculación en el proceso arbitral. No obstante, la distinta naturaleza que inspira el proceso civil y el arbitral, junto con la ausencia de regulación expresa

en este sentido, nos lleva a conclusiones quizás algo alejadas de las que serían propias de un proceso civil y que pasamos a analizar a continuación.

III. Posibles soluciones al problema

Entiendo que por los motivos anteriormente apuntados la solución a este problema puede no ser única pudiendo obtenerse conclusiones distintas perfectamente válidas y, a su vez, correctamente argumentadas. Nuestra intención es poder integrar una posible laguna jurídica en esta materia que, en definitiva, influya positivamente en la propia institución arbitral para que se convierta este medio extrajudicial de conflictos en una verdadera alternativa a la jurisdicción con todas las ventajas que esto pudiera conllevar. No obstante, ya desde este momento abogo por la cuarta de las soluciones aquí propuestas aunque, insisto, existen argumentos que permitirían validar cualquiera de las otras opciones apuntadas.

Antes de abordar con detalle cada una de las soluciones que se van a proponer, es necesario hacer una delimitación previa de la hipótesis de trabajo: por eso vamos a considerar, como criterio inicial, que la posible concurrencia de una cuestión prejudicial en el arbitraje, pero también desde luego en el proceso civil, tiene carácter absolutamente restrictivo. Esto es, resulta un supuesto completamente excepcional el que concurren los presupuestos necesarios para la constatación de una cuestión prejudicial penal.

En la mayoría de los supuestos no concurrirán dichos presupuestos y, en consecuencia, el árbitro podrá decidir sobre el fondo de la cuestión que se le ha sometido pues los hechos de relevancia penal en ningún caso constituyen una cuestión previa de necesaria resolución al objeto principal del arbitraje.

De ahí que la labor que ha de efectuar el árbitro respecto del análisis del objeto del arbitraje y del conjunto de pronunciamientos que se le solicitan en éste, resulta fundamental para determinar si, algunos de esos pronunciamientos, tiene la consideración de esencial respecto del fondo del asunto arbitral y además tienen una relevancia penal³.

³ Por esta razón, J. Nieva Fenoll ha afirmado acertadamente que: "...algunas veces no existe en el proceso una auténtica cuestión prejudicial, porque su resolución no es en absoluto necesaria para emitir el juicio en el pleito civil. Lo que ocurre es que cuando surge una cuestión penal, prejudicial o no, se disparan todas las alarmas, y cualquier juez, prudentemente, se aparta del tema. Y en ocasiones no habría de ser necesario, porque

Si la respuesta es negativa, esto es, si los hechos delictivos que son objeto del proceso penal no afectan a la decisión que haya de producirse en el pronunciamiento del laudo, no habrá cuestión previa sobre la que pronunciarse sin necesidad de ahondar en ninguna otra consideración acerca de la aplicación o no de los preceptos reguladores de la prejudicialidad penal en el proceso civil.

Este es el caso que de la SAP Madrid 20^a 4 de abril de 2011:

“La prejudicialidad penal, que tanto inquieta a la impugnante, ha sido ampliamente analizada en el laudo conforme las disposiciones procesales aplicables, para concluir, acertadamente, que en el presente supuesto se están resolviendo incumplimientos contractuales sin interferencia penal que pueda tener repercusión alguna en la resolución del conflicto. Se trata de unas facturas no impugnadas, basadas en un contrato de arrendamiento de servicios tampoco impugnado, anterior a la apertura de la causa penal, y que ha surtido efectos en otros momentos, y la denuncia penal no está referida al representante legal de la sociedad reclamada, por lo que continúa en sus funciones y ostenta todo el apoyo legal de la empresa a la que representa”⁴.

Este sería el primer medio para poder evitar suspensiones injustificadas del proceso arbitral, ya que en muchas ocasiones lo que verdaderamente subyace en la interposición de numerosas denuncias y querrelas que se ponen de manifiesto en un arbitraje, es la intención de provocar una paralización injustificada del mismo, un alteración en su sustanciación que provoque importantes dilaciones que afecte sobremanera a alguna de las partes del arbitraje. Por eso se ha afir-

prejudicial solamente es una cuestión cuando su resolución previa resulte imprescindible para poder realizar el juicio en el proceso de que se trate. Si esa resolución previa no es necesaria, la cuestión, en realidad, no es prejudicial, sino que se trata de un tema conexo con el objeto del juicio, pero cuya determinación no es imprescindible para que se dicte sentencia, por lo que se puede dejar de lado la cuestión penal y resolver el objeto principal del juicio”. En conexión con lo anterior, propone lo siguiente: “Lo que sí resulta muy útil es el análisis empírico de cada juicio concreto, olvidando categorías doctrinales³. Y en ese análisis encontraremos un conglomerado de hechos y derecho que nos ayudarán a saber qué es lo que tiene que resolver el juez en cada caso concreto. Pues bien, con ese conglomerado lo que debe hacer el árbitro es ordenar todos los puntos de discusión, estableciendo una especie de plan de cuestiones a tratar en el arbitraje concreto de que se trate, a fin de dar respuesta a los interrogantes que las partes plantean en el proceso. De ese modo, el árbitro habrá determinado válidamente el objeto del juicio. Pues bien, una vez que se haya realizado la anterior labor, lo que surgirá será un listado de puntos a resolver, entre los cuales aparecerán todas las cuestiones que sean prejudiciales al pronunciamiento principal, entre ellas las penales”.. Ese será el preciso momento en que surgirá la cuestión prejudicial penal. Y ese será el instante en el que el árbitro deberá decidir qué hacer con ella. Queda fuera de toda duda que la materia, no solamente es que sea indisponible, sino que además, insisto, pertenece al orden penal, por lo que el árbitro no puede pronunciarse en absoluto sobre ella al quedar fuera de su jurisdicción” (cf. J. Nieva Fenoll, *Jurisdicción y Proceso*, Madrid, M. Pons, 2009, pp. 877 ss, esp. p. 902).

⁴ JUR 2011/187493.

mado por J. Palomino, que: “En contraposición a la justicia ordinaria, el arbitraje encuentra su razón de ser, en parte, en la celeridad procedimental y resolutoria. Precisamente por esto, la no sumisión del árbitro a reglas procedimentales ordinarias intenta evitar dilaciones injustificadas de una de las partes que, arrojando sospechas sobre la trascendencia penal del objeto, trata de contravenir el fin perseguido por el arbitraje”⁵.

1. Aplicación analógica de los artículos reguladores de la prejudicialidad penal en el proceso civil

La primera solución puede venir de considerar al proceso arbitral como un proceso jurisdiccional –salvando todas las distancias y al menos en parte– y no nos referimos a la necesidad de darle a la institución arbitral naturaleza jurídica contractual o jurisdiccional pues probablemente participa de ambas, sino más bien de considerar que son perfectamente trasladables los preceptos que regulan la prejudicialidad a propósito de un proceso civil para el arbitraje (arts. 40 ss LEC, art. 10.2º LOPJ y art. 114 LECrim). No obstante, dejamos para un momento ulterior la respuesta a la pregunta sobre si el art. 114 LECrim debe entenderse derogado o no como consecuencia de la actual regulación de las medidas cautelares en los arts. 40 ss LEC.

En esa medida, los árbitros deberían suspender el proceso arbitral remitir los hechos delictivos al órgano penal y proceder a la reanudación del proceso arbitral una vez dictada resolución en el ámbito penal con su posterior vinculación en el arbitraje.

A) ¿Qué presupuestos deberían concurrir para la constatación de una verdadera cuestión prejudicial en el arbitraje?

Los presupuestos en aplicación del art. 40 LEC, con carácter general y sin exponer la materia ni mucho menos en profundidad, serían los siguientes:

a) Es condición esencial la aparición de hechos que revistan caracteres delictivos. Es decir, no se hace depender la posible suspensión –como hacía la anterior regulación de la prejudicialidad en los arts. 362 y 514 LEC/1881– de la existencia o no de un delito, sino en la apariencia delictiva de uno o varios hechos sometidos a su consideración.

⁵ J. Palomino, “La prejudicialidad penal en el arbitraje”, *diariojuridico.com*, 30 de agosto de 2011, pp. 1–3, esp. p. 1.

b) Es necesario que los hechos que presentan apariencia delictiva revistan carácter esencial de cara a las pretensiones de las partes para que proceda la suspensión. El árbitro debe entonces realizar una doble actividad, de una parte comprobar en qué medida, y aunque solo sea de forma aparente, si el hecho en cuestión tiene trascendencia jurídico-penal; y a continuación, si puede prescindir de tal hecho en el momento de fallar el laudo arbitral. Los hechos delictivos han de ser fundamentales para otorgar o denegar la tutela solicitada en el procedimiento arbitral, esto es, que no se pueda llegar a dictar el laudo si no se realiza por el árbitro un juicio sobre la certeza positiva o negativa de tales hechos.

c) Que exista proceso penal pendiente sobre los hechos de relevancia penal de influencia decisiva en el arbitraje. En este sentido, ha de entenderse que se haya producido la incoación del sumario o de las diligencias previas en el procedimiento ordinario o en el procedimiento abreviado respectivamente⁶.

Los presupuestos para la suspensión del arbitraje por una cuestión prejudicial penal basada en falsedad documental deberían ser los siguientes:

a) Que el documento presente una apariencia delictiva.

b) Que el documento tachado de falso ha de ser decisivo para resolver sobre el fondo del arbitraje. No todo documento podría provocar esta alteración en el procedimiento. Su eficacia en el proceso arbitral debe ser trascendental. El documento en cuestión deberá ser alguno de los que se haya presentado con fines probatorios en relación con el

⁶ A propósito del proceso civil señalaba que, con la idea de evitar que la simple interposición de denuncias y querrelas técnicas que, en un primer término pudieran dar lugar a una incoación de un sumario o de unas diligencias previas provocando en muchos supuestos sin necesidad la suspensión del proceso civil, debería exigirse en estos casos para llegar admitir la suspensión que en el proceso penal seguido a título prejudicial, se hubiera dictado al menos auto de procesamiento en el procedimiento ordinario o que se hubiera finalizado la fase de diligencias previas en el procedimiento abreviado, lo que permitiría una mayor investigación de los hechos objeto del proceso que llevara al órgano instructor a declarar formalmente la presunta culpabilidad de una persona determinada, al desprenderse de las actuaciones practicadas indicios racionales de criminalidad. Sin embargo, optar por esta solución en el arbitraje podría dejar sin efecto la posible constatación de una cuestión prejudicial penal debido a la rapidez y agilidad que se le supone al proceso arbitral. Así, en un arbitraje, en el mismo momento en que una de las partes excepcione la falta de jurisdicción de los árbitros por la existencia de una cuestión prejudicial penal, el árbitro/s deberá plantearse si se dan o no los presupuestos para la suspensión, considerando que la simple incoación de sumario o diligencias previas bastará par cumplir dicho requisito.

fondo del asunto descartando, en consecuencia, que la falsedad se refiera a alguno de los documentos procesales.

c) Al igual que está previsto para el proceso civil y si finalmente permitimos la aplicación analógica de los arts. 40 ss LEC, también deberá admitirse que la parte que ha aportado el documento tachado de falso, pueda renunciar a él para evitar la suspensión o para lograr su alzamiento (art. 40.5º LEC).

d) Finalmente, siguiendo el mismo razonamiento anterior, debería permitirse el derecho a indemnización de daños y perjuicios a las parte perjudicada por la suspensión (art. 40.7º LEC).

Pueden encontrarse diversas resoluciones judiciales de nuestras Audiencias Provinciales en las que se produce una aplicación analógica de los preceptos reguladores de la prejudicialidad penal en el proceso civil —esencialmente arts. 40 ss LEC—. Tal es el caso que comentamos a continuación, así el FD 2º SAP Asturias 6ª 23 de junio de 2008, establece que:

“...la prejudicialidad penal solo debe provocar la suspensión de las actuaciones cuando conste 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 y se aprecie que la decisión del tribunal penal acerca del hecho por el que se procede en causa criminal pueda tener influencia decisiva en la resolución sobre le asunto civil.

En el caso que nos ocupa la identidad fáctica es completa, mas no concurre el segundo de los requisitos previstos en el art. 40 LEC desde el momento que la denunciante proclama la autenticidad de los dos documentos en que se instrumentaron el contrato de arrendamiento original y el que habría que surtir efecto a la extinción de éste, por lo que la duplicidad en el pago de la renta a que alude la denuncia es irrelevante para determinar si existe defecto de jurisdicción...”⁷.

Igualmente, en otras ocasiones se determina que no cabe una aplicación sin más al arbitraje de la doctrina general sobre prejudicialidad penal, sino que es necesario observar si efectivamente lo que pueda ser objeto de decisión a través de las correspondientes actuaciones penales, puede llegar a influir o no en la decisión del arbitraje. Este es el supuesto de la SAP Madrid 18ª 5 de octubre de 2004:

“Pero es que además en el laudo se manifiesta el motivo por el que se entiende no precisa esa suspensión cual es que lo que se resuelva en la vía penal no afecta a la cuestión civil planteada, por lo que la fundamentación de la causa de nulidad alegada no puede consistir sólo en la narración de la doctrina general sobre la prejudicialidad penal en procesos civiles y afirmar que la misma es aplicable al arbitraje sino en la manifestación de en qué medida y por qué hechos concretos la decisión del arbitraje estará

⁷ La Ley 162164/2008.

influida por las actuaciones penales no bastando con limitarse a la pretensión que esta Sala examine las querellas presentadas porque ello sería tanto como pretender el examen del fondo de esa cuestión previa, lo cual es ajeno a este recurso en el que como antes se dijo la cuestión se centra en la realización de un juicio externo sobre las formalidades del proceso arbitral y la garantía de los principios de audiencia, contradicción y defensa. Pero es que además de la lectura de la narración del hecho quinto de la querella que se cita por mera referencia en el recurso en nada afecta a la cuestión sometida a arbitraje cual lo es las consecuencias civiles del alegado incumplimiento con la consecuente pretensión resolutoria de una determinada relación contractual, siendo indiferente a tales efectos si la contraparte efectuó pedidos después de la revocación de poderes, si se apropió o no de bienes de la empresa o de los que esta tuviera depositados, puesto que ello sería algo posterior a los alegados incumplimientos determinantes de la resolución contractual cuya realidad y consecuencias son el objeto del proceso arbitral⁸.

No obstante, se han realizado matizaciones a lo anterior porque, aún partiendo de la aplicación analógica de los preceptos de la LEC al arbitraje, sin embargo, deben tenerse presente otros factores como el relativo al plazo para dictar el laudo:

“Diversa suerte debe correr, a nuestro entender, la prejudicialidad penal, dada la *vis atractiva* de la jurisdicción penal. En este sentido la prejudicialidad penal, también de forma similar a su tratamiento procesal en sede judicial, exige en sede arbitral: a) la pendencia de una causa criminal sobre alguno de los hechos en que se funden las pretensiones de las partes, y no la mera interposición de una denuncia o una querella; y b) que la decisión del tribunal penal acerca del hecho por el que se procede en dicha causa criminal pueda tener influencia decisiva en la resolución de la controversia sometida a arbitraje, a criterio del árbitro. Ello no obstante, a diferencia de lo que sucede en la Jurisdicción ordinaria la suspensión del proceso arbitral, que en su caso pueda acordar el árbitro, tendrá el límite temporal de los ocho meses a los que se refiere el art. 37.2º LA, incluyendo la prórroga del plazo para laudar. En tal caso el archivo de las actuaciones dejará sin juzgar la controversia y en su caso dará lugar a un segundo arbitraje una vez resuelta la causa criminal, en el que podrá abordarse la controversia sometida a arbitraje y en su caso los daños y perjuicios derivados de esa dilación en la resolución de la litis⁹“.

Esta solución no quedaría sin embargo amparada por ninguna norma legal, pues la LA no permite a los árbitros suspender el arbitraje por este motivo, sólo podrían hacerlo como prórroga del plazo para dictar el laudo y durante el exiguo tiempo de dos meses y a nadie escapa que la tramitación de un proceso penal no puede quedar reducida a un plazo concreto y menos aún limitarlo como máximo a los seis meses —de media y salvo pacto en contrario— más los dos meses de una posible prórroga acordada por los árbitros. Todo ello sin perjuicio

⁸ JUR 2004/300166.

⁹ F. Muné Catrina, comentario de la SAP Barcelona 15ª 27 de enero de 2006, http://www.tab.es/index.php?option=com_content&view=article&id=130%3Ala-prejudicialidad-civil-en-el-proceso-arbitral&catid=19%3Ajurisprudencia&Itemid=75&lang=es.

de lo que se dirá a continuación en relación con la posible prórroga del plazo para dictar el laudo del art. 37.2º LA.

Sin contar además con que en el proceso penal pudiera recaer una resolución como el sobreseimiento provisional que constatará la existencia de un hecho delictivo pero que no pudiera ser imputado a un sujeto concreto o que no pudiera mantenerse la acusación por falta de pruebas, lo que provocaría la suspensión del proceso penal hasta que concurrieran nuevas circunstancias que permitieran su reanudación y la influencia de esta situación respecto al proceso arbitral previamente suspendido.

B) ¿Cómo han de interpretarse las modificaciones introducidas por la Ley 11/2011 de reforma de la LA en el art. 37. 2º LA en relación con el plazo para el dictado del laudo?

En efecto, tras la nueva redacción y salvo pacto en contrario de las partes, la expiración del plazo sin que se haya dictado laudo definitivo no afectará a la eficacia del convenio arbitral ni a la validez del laudo dictado, sin perjuicio de la responsabilidad en que hayan podido incurrir los árbitros.

Compartimos en este punto las consideraciones de Cedeño Hernán¹⁰ cuando señala que:

“... puede interpretarse en el sentido de que los laudos parciales que se hubiesen dictado hasta el momento mantendrán su validez o bien el sentido de que, pese a la expiración del plazo, los árbitros no cesan en sus funciones y si se dicta a posteriori un laudo será válido. En realidad ambas interpretaciones son compatibles: la primera se basa en que se utilizan los términos laudo dictado la segunda en que se suprime toda referencia a la terminación del proceso arbitral y al cese de los árbitros en sus funciones tras la expiración del plazo sin que se haya dictado el laudo”.

La interpretación que puede concederse a esta modificación del art. 37 LA es obvia, no existe en la actualidad plazo para dictar el laudo, o mejor dicho, el plazo puede quedar siempre supeditado a su ampliación por acuerdo de los árbitros. La validez del laudo no va a depender de que se dicte en un determinado plazo, será válido, en todo caso, aún habiéndose dictado fuera del plazo fijado. Se apuesta decididamente por la viabilidad del laudo, no se considera que un defecto en cuanto al plazo de pronunciamiento deba afectar al contenido del laudo y pueda desplegar eficacia. Todo ello sin perjuicio de que los

¹⁰ M. Cedeño Hernán, “La intervención judicial en el arbitraje en la Ley 11/2011 y en la Ley Orgánica 5/2011, de reforma de la legislación arbitral”, *Arbitraje. Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, vol. IV, nº 3, 2011, pp. 705-728, esp. p. 723.

árbitros, superando el plazo otorgado para la realización del encargo solicitado, pueden haber incurrido en responsabilidad por daños y perjuicios *ex art. 21 LA*.

Trasladando esta cuestión al asunto que nos ocupa, si el árbitro opta por la suspensión del arbitraje por prejudicialidad penal y finalmente el laudo es dictado meses o años después del plazo que, en su día, fue establecido por acuerdo de las partes para el pronunciamiento del mismo, dicho laudo será válido, podrá desplegar eficacia y la cuestión entonces será discutir si en ese *modus operandi* los árbitros han incurrido en algún tipo de responsabilidad.

No creo que esta regulación favorezca la seguridad jurídica de las partes y tampoco parece razonable que se deje en manos de los árbitros la posibilidad de permitir cualquier plazo para el pronunciamiento del laudo que sea absolutamente incompatible con la institución arbitral de la que debe predicarse la rapidez y la agilidad, aunque, a *sensu contrario* podría argumentarse, que la autonomía de la voluntad impregna todo el procedimiento arbitral incluyendo asimismo la fijación de mutuo acuerdo de un plazo para la decisión del laudo. Así lo establece específicamente el art. 37.2º LA que permite a las partes excluir esta facultad de los árbitros de prorrogar el plazo para dictar el laudo.

En otro orden de cuestiones, efectivamente las partes podrían de mutuo acuerdo suspender el proceso arbitral, pero también es difícilmente imaginable que una de las partes acepte esta suspensión y consiguientemente el retraso en la decisión arbitral y de la tutela pretendida en este proceso. Sobre todo teniendo además presente que, en la mayoría de los supuestos, lo que realmente acontece es la existencia de las denominadas “querellas técnicas o catalanas”, es decir, aquellas que se interponen como medio de presión con la simple finalidad de obligar a la parte contraria a entrar en un proceso de negociación o para, precisamente, tratar de suspender el proceso arbitral mediante la alegación de una pretendida cuestión prejudicial penal. Por tanto, no esperamos de la parte que así actúa una conducta tendente a suspender el proceso de mutuo acuerdo con la parte contraria.

La suspensión aludida en estos casos, podría producirse tanto en el momento inicial en el que es alegada la prejudicialidad penal o en un momento final del procedimiento, suspendiendo el dictado del laudo. La suspensión del procedimiento en este momento final del mismo no sería en todo caso plausible en el supuesto de que se base la prejudicialidad penal en la falsedad documental pues requiere suspensión inmediata.

C) La entrada en vigor de los arts. 40 LEC ¿derogan o hacen inaplicable el art. 114 LECrim?

Solo para el caso en que diéramos por buena la aplicación analógica al arbitraje de los preceptos reguladores de la prejudicialidad penal en el proceso civil de los arts. 40 ss LEC, deberíamos plantearnos este interrogante.

La respuesta nos obliga a distinguir la fase de declaración del laudo y la fase de posible ejecución forzosa del mismo.

La verdad es que esta polémica tenía más razón de ser durante la vigencia de los artículos de la LEC/1881 que de forma dispersa regulaban la prejudicialidad penal, pues entonces se llegó a considerar que los arts. 362 y 514 LEC/1881 no eran sino aplicaciones particulares del art. 114 LECrim¹¹.

El art. 114 LECrim prohíbe que promovido juicio criminal en averiguación de delito o falta se siga pleito sobre el mismo hecho, constituyendo así una clara manifestación de la máxima francesa *le criminal tient le civil en état*. Ahora bien, se parte en este precepto —a diferencia de lo contemplado en los arts. 40 ss LEC— de la existencia de un juicio criminal previo al proceso civil o que ha nacido al margen de él. Y este cambio es relevante porque la prejudicialidad penal depende exclusivamente de que los hechos que son objeto del proceso penal sean los mismos de algunos de los que se discuten con carácter esencial en el proceso civil.

La primera afirmación que podría realizarse respecto de la aplicación del art. 114 LECrim al arbitraje es que este precepto prohíbe que se siga pleito cuando ya hay juicio criminal. Así, podría considerarse que en el arbitraje no hay “pleito” como sinónimo a proceso civil, por lo que no cabría la aplicación analógica del art. 114 LECrim al arbitraje. Pero entiendo que si estamos permitiendo la aplicación analógica de los arts. 40 ss LEC al arbitraje, esta limitación señalada no debe ser obstáculo para que, en su caso, el art. 114 LECrim pueda aplicarse también al arbitraje y siempre que no lo consideremos derogado como a continuación razono.

No puede pensarse que el art. 114 LEC deja de tener eficacia con la nueva regulación o, al menos, no en todos los supuestos, puesto que

¹¹ J. Guasp, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Madrid, 1945, p. 285 y A. Pérez Gordo, *Prejudicialidad penal y constitucional en el proceso civil*, Barcelona, 1982.

está pensado principalmente para la acción civil derivada de delito aunque finalmente haya terminado aplicándose en sentido general a la luz de la LEC/1881. Además este precepto contiene una premisa que no ofrecen los arts. 40 ss LEC y es que impide el inicio de un proceso civil cuando se den los presupuestos que exige, mientras que el art. 40 LEC tan solo permite suspender el proceso civil cuando ya esté iniciado.

Otra diferencia es que, cuando concurren los presupuestos del art. 114 LECrim, la suspensión debe producirse de inmediato: "...en el momento en que se halle...". Sin embargo, en el art. 40 LEC y con la excepción del supuesto en que la prejudicialidad penal esté basada en falsedad documental, la suspensión se va a diferir hasta el momento en que le proceso esté sólo pendiente de sentencia.

Esta contradicción sí que podría dar lugar a problemas de aplicación que hicieran recomendable interpretar que el art. 114 LECrim se encuentra derogado tácitamente con la entrada en vigor de los preceptos de la LEC, porque se podría conseguir la suspensión del proceso arbitral en cualquier momento en que se encontrare con la alegación del art. 114 LECrim y para supuestos distintos a la falsedad documental o al final del proceso civil si la tesis que se acoge es la del art. 40 LEC.

En conclusión, aunque se persiguen finalidad similares en la aplicación de los arts. 40 ss LEC y el art. 114 LECrim, no debe entenderse que la entrada en vigor de los primeros deroga el segundo puesto que ambos preceptos responden a premisas y presupuestos de hecho diversos. Hubiera sido recomendable para evitar contradicciones que se aplicara exclusivamente los arts. 40 ss LEC a este tipo de situaciones pero no existe a mi juicio una derogación automática del art. 114 LECrim. Es más, si así lo hubiera querido el legislador, lo habría incluido entre las disposiciones derogatorias de la LEC al igual que hizo con otras normas, y este no fue el caso.

A este tipo de confusiones se ha colaborado desde las argumentaciones que presentan los letrados en la práctica para tratar de conseguir la suspensión del proceso, basando ésta indistintamente en los art. 40 ss LEC y en el art. 114 LECrim, así como por supuesto, en el art. 10.2º LOPJ, habiendo adolecido la jurisprudencia de similares errores.

Finalmente, realizaré una breve alusión al art. 114 LECrim y su posible aplicación para el proceso de ejecución del laudo. Este precepto parece estar pensado para el proceso de declaración, bien porque

exista un proceso civil que debe suspenderse o porque no ha de iniciarse proceso declarativo sobre dichos hechos.

Siendo así, parecería en principio difícil conciliar el objeto de un proceso penal donde se investigan los hechos de apariencia delictiva y el objeto de un proceso de ejecución, donde lo relevante no es el hecho sino el título ejecutivo.

Claramente, con la anterior LEC/1881 no podría negarse la posible aplicación del art. 114 LECrim al proceso de ejecución ante la ausencia de preceptos expresos. Pero con la regulación de las cuestiones prejudiciales penales en el proceso de ejecución en la LEC —arts. 569 y 697 LEC— cubre sobradamente cualquier eventualidad que pueda plantearse en esta materia en esta sede, resultando forzado acudir a la aplicación del art. 114 LECrim para los supuestos de ejecución del laudo arbitral.

Como punto final a esta segunda propuesta de solución, tan solo señalar que, como no podría ser de otra manera, esta segunda propuesta parte de la base de considerar que, efectivamente, concurren todos los presupuestos necesarios para la constatación de una cuestión prejudicial penal, siendo los hechos que se investigan a título prejudicial en el proceso penal decisivos para la decisión del asunto arbitral.

2. *Materia no arbitrable: laudo testimonial*

La segunda solución, aunque más que solución deberíamos de hablar de salida airosa para los árbitros pero poco fructífera para la institución arbitral, debe partir del ámbito de aplicación que determina el art. 2.1º LA.

Las partes sólo pueden someter a arbitraje controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho. Cuando en el transcurso de un proceso arbitral surgen hechos de naturaleza delictiva podría considerarse que la materia deja de ser arbitrable y que los árbitros deben dictar un “laudo testimonial” en el que pongan de manifiesto esta circunstancia¹².

¹² Como afirma J. Palomino, “En ocasiones debido a esta circunstancia —la constatación de materias de relevancia penal—, se han dictado laudos en los que se incluían resoluciones meramente declarativas dependientes de resoluciones penales, sin determinación de cuantías, y carentes de fuerza ejecutiva *per se*, pero que sin embargo se ajustaban escrupulosamente a un análisis jurídico *ex ante* y *ex post*. De esta forma a pesar de estar supeditadas a determinaciones de cuantía derivadas del análisis del delito por parte del Juez penal, el árbitro cumplía con el encargo realizado por las partes” (cf. “La prejudicialidad penal en el arbitraje”, *loc. cit.*, p. 2).

La nueva LA no recoge como la LA/1988 los distintos supuestos en los que se consideraba que una materia no era arbitrable. Uno de aquéllos casos hacía referencia a la falta de arbitrabilidad por tratarse de una materia indisolublemente unida a otra sobre la que no existe poder de disposición. Esta solución podría casar perfectamente con la regulación existente y no generaría ningún tipo de responsabilidad del art. 21 LA a los árbitros pero, en cambio, no favorece el impulso de la institución del arbitraje por lo que debemos bucear aún más en posibles soluciones que no mermen la eficacia del propio arbitraje.

Con anterioridad a abordar la tercera propuesta de solución, empero, podría hacerse el siguiente inciso respecto de la falta de arbitrabilidad de las materias de naturaleza penal.

Es precisamente esa falta de disponibilidad la que provoca que la cuestión prejudicial de esa naturaleza deba remitirse a los órganos penales competentes *ratione materiae* y no pueda ser resuelta, ni siquiera a título prejudicial, por los árbitros.

Con carácter general podría afirmarse que las materias de naturaleza penal son indisponibles, sin embargo, si profundizamos en esa afirmación, quizás la respuesta pueda ser otra o, al menos, no pueda ser la misma en todos los casos.

Aunque en esencia la naturaleza del delito es pública, en muchos supuestos la perseguibilidad de los delitos queda condicionada a un acto de parte. Así, podemos llegar a la clásica distinción entre los delitos públicos, semipúblicos y privados. Los primeros perseguibles de oficio, en relación con los segundos, la existencia de proceso penal queda condicionado a la previa interposición de denuncia, mientras que en los terceros, la condición de procedibilidad es la previa interposición de querrela.

La cuestión sobre la arbitrabilidad de la materia penal podría plantearse solo, en su caso, respecto de los denominados delitos semipúblicos y privados. En efecto, en relación con este tipo de delitos son los agraviados por el hecho delictivo los que tienen la facultad de iniciar o no el correspondiente proceso penal con la interposición de la denuncia o querrela según los casos. Si el perjudicado no ejercita dicho derecho, el proceso penal no tendrá lugar y, por consiguiente, no habrá delito.

Continuando con el razonamiento, sabemos que la conducta de un sujeto puede ser calificada penalmente y ser por tanto perseguida en un proceso penal, mientras que en otras ocasiones esa misma conduc-

ta se califica civilmente y se persigue el resarcimiento a través de un proceso civil.

Este es el caso del art. 296 CP en relación con los delitos societarios, que son perseguibles mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal. No será precisa la denuncia exigida en el apartado anterior cuando la comisión del delito afecte a los intereses generales o a una pluralidad de personas.

Es decir, los delitos societarios son delitos semipúblicos luego es requisito de procedibilidad la previa interposición de denuncia por el agraviado. A partir de ese momento el proceso penal es exactamente idéntico a un proceso por delitos públicos, en donde el Ministerio Fiscal deberá proceder al ejercicio de la acción penal cuando legalmente corresponda.

Así las cosas, si el agraviado por un delito societario —siguiendo el ejemplo— no presenta la correspondiente denuncia que comunique la *notitia criminis* al órgano penal competente, estará renunciando al ejercicio de la acción penal para la que está legitimado.

Esta consideración nos lleva a preguntarnos si sería declarado nulo aquel convenio arbitral en el que las partes renunciaran, *ex ante*, a la interposición de denuncias o querellas relativas a los ilícitos penales que pudieran quedar enmarcados en el ámbito de actuación de los delitos societarios regulados en los arts. 290 ss CP.

Téngase presente para dar respuesta a este interrogante que, de una parte, todos los delitos patrimoniales clásicos como la estafa, apropiación indebida o el alzamiento de bienes, son delitos públicos y, por consiguiente, requieren de la previa interposición de querella no quedando pues afectados por esta disyuntiva; de otra parte, sabemos que la modificación operada por medio de la Ley 11/2011 de reforma de la LA introduce una serie de nuevos preceptos en relación con el convenio arbitral, en concreto, respecto del objeto del convenio, declarando arbitrables las controversias de naturaleza societaria asumiendo así una cuestión ampliamente demanda por la doctrina especializada y reconocida jurisprudencialmente.

Parece razonable pensar que la renuncia al ejercicio de acciones penales debería producirse *ex post*, esto es, después de la comisión del hecho delictivo puesto que será en este momento cuando el perjudicado deba decidir sobre si interpone la denuncia o querella o quiere constituirse en parte en el proceso tras el ofrecimiento de acciones.

En este sentido se ha pronunciado C. Zabala López–Gómez¹³ realizando también otra serie de consideraciones muy interesantes sobre la disponibilidad de la materia sometida a arbitraje en los delitos societarios. Así, opina que: “lo mismo debe ocurrir en los casos en los que la materia objeto de controversia sea de carácter penal o posea algún tipo de hecho incidental de carácter penal, pues no es disponible, si como decimos el bien jurídico protegido no lo es, como ocurre en los delitos societarios”.

Asimismo interpreta que, aún quedando condicionado este tipo de delitos a un acto de parte para que exista el proceso penal —la previa interposición de denuncia por el agraviado— al tratarse delitos que vienen a proteger un bien jurídico colectivo no cabría poder de disposición sobre dichas materias.

Pero sin perjuicio de todo lo anterior, tampoco existen razones definitivas que impidan entender que cuando los hechos presuntamente delictivos pudieran enmarcarse dentro del tipo penal de los delitos societarios —no así cuando concurren los tipos penales de los delitos patrimoniales clásicos— las partes, con carácter previo, pueden haber incluido en el convenio arbitral la imposibilidad de acudir a la jurisdicción criminal para la persecución de dichas conductas que, en todo caso, serán resueltas en sede arbitral dado el carácter semipúblico de dichos delitos y renunciando, expresamente y con carácter previo, a la interposición de la correspondiente denuncia que permita el inicio del proceso penal por delito societario. En conclusión, respecto de esta tercera propuesta de solución al problema, ante el carácter indisponible de la materia, los árbitros, al amparo del art. 2 y también del art. 22 LA, deberían declararse incompetentes dictando un laudo que no entrara a resolver el fondo del asunto.

Creo que con este tipo de decisión los árbitros cumplirían escrupulosamente con sus obligaciones, con la labor encomendada siendo muy discutible una posible sanción por responsabilidad por daños y perjuicios del art. 21 LA, teniendo presente además la falta de dolo, temeridad o mala fe en la actuación de los mismos para no dictar un laudo sobre el fondo.

3. Laudos condicionales o de futuro

Tampoco consideramos válida la utilización de los denominados “laudos de carácter futuro o condicional”, es decir, aquéllos cuyos

¹³ C. Zabala López–Gómez, “Algunas cuestiones sobre la prejudicialidad penal en el arbitraje y los delitos societarios”, *Diario La Ley*, n° 7403, 2010.

efectos están sometidos a una o algunas condiciones suspensivas. Creo que lo excepcional de estos laudos, junto con la necesidad de que sean dictados antes de que el conflicto haya surgido entre las partes y para el caso de que llegue a surgir, hace complicada esta fórmula de solución del problema sin contar además con que sea difícil encajar como objeto de una condición suspensiva todos los avatares posibles de un proceso penal.

4. Decisión sin suspensión del procedimiento

Finalmente, entiendo que la verdadera respuesta del árbitro ante este tipo de situaciones debe consistir en la decisión de la controversia pero teniendo en cuenta el sustrato fáctico presuntamente delictivo aunque sin la necesidad de darle esa calificación jurídico-penal. Es decir, los árbitros pueden determinar, con la documentación aportada al proceso arbitral, si alguna de las partes llevó a cabo alguna actuación que implique dolo, engaño, si se produjo o no algún tipo de estafa, falsedad documental u ocultación de algún tipo de información relevante para el asunto, entre otras, sin que necesariamente deba calificar ese tipo de actuaciones como delictivas, sobre todo, porque esta calificación le está vedada al árbitro y corresponde en exclusiva a órganos del orden jurisdiccional penal.

De esta manera, el arbitraje no tendría por qué llegar a suspenderse en ningún momento, no estaría sujeto por consiguiente a las consecuencias que implica la constatación de una cuestión prejudicial en un proceso civil: además de la suspensión si se dan los presupuestos, la vinculación de la resolución penal o la reanudación del proceso civil y el tratamiento procesal aparejado a todo este tipo de situaciones¹⁴; tampoco con esta decisión de los árbitros se incurriría en ningún tipo de responsabilidad pues, en principio, podrían dictar el laudo dentro del plazo máximo consignado en la LA o acordado por las partes.

El riesgo principal que tiene optar por esta solución tiene que ver con la posible estabilidad del laudo arbitral si *a posteriori* un órgano penal declara que el hecho delictivo tuvo lugar —*v.gr.*, falsedad documental o declaración testifical falsa—. Para estos casos, la parte perjudicada tendrá como opción la interposición de un recurso de revisión conforme a los motivos y plazos recogidos en los arts. 510 ss. LEC, pues damos por sentado que se habrán sobrepasado ya en ese momento los dos meses de plazo para la posible impugnación en anulación del laudo.

¹⁴ Vid. *Las cuestiones prejudiciales penales en el proceso civil*, op. cit., pp. 131–175.

Admitimos que esta solución quizás no sea del todo ideal dado el carácter restrictivo, tasado y absolutamente excepcional con el que están redactados los motivos del recurso de revisión en la LEC. No será fácil en todos los casos encajar la conducta delictiva en alguno de esos motivos, salvo que se le asigne una interpretación amplísima al concepto de maquinación fraudulenta que recoge el motivo 4º del art. 51º LEC.

Si tomamos por válida esta solución, ¿qué ocurre si alguna de las partes, tras el laudo dictado teniendo en cuenta todos los elementos fácticos aunque sin asignarles la mencionada calificación penal, durante la acción de anulación del laudo plantean una cuestión prejudicial penal?

Entiendo que debe aplicarse aquí el régimen general del art. 40 y ss. LEC pues estaríamos ya en sede de un Tribunal Superior de Justicia y por tanto de un órgano judicial que sí podría aplicar el conjunto normativo que recoge la prejudicialidad en esos preceptos, aunque con las especialidades que procedan por el hecho de remitirnos el art. 42 LA para la tramitación de esta acción al juicio verbal con contestación escrita.

Cuestión distinta es aquella en donde la suspensión del arbitraje se exige como consecuencia de un requerimiento judicial en el supuesto en que alguna de las partes del arbitraje haya presentado una denuncia o querrela sobre hechos que constituyen a su vez objeto principal del proceso arbitral. Aquí la perspectiva es distinta pues la cuestión prejudicial no es puesta de manifiesto en el seno de un proceso arbitral sino ante un órgano judicial de tal manera que el árbitro ante el requerimiento de suspensión efectuado por el tribunal penal que esté conociendo de la causa¹⁵, no podrá negarse a suspender el arbitraje y a quedar vinculado con la resolución penal que se dicte.

Hay que resaltar, que al haber optado por la solución apuntada en páginas más arriba ante la posible constatación de hechos delictivos en el proceso arbitral, carece de sentido hablar de la posible vinculación de la resolución recaída en el proceso penal respecto al proceso arbitral.

Sin embargo, si la LA hubiera recogido en su articulado la posibilidad de poder suspender el proceso por prejudicialidad penal, la vinculación de la decisión penal quedaría reducida, a mi modo de ver, al sustrato fáctico que hubiera sido declarado probado en el proceso

¹⁵ Una vez que este órgano jurisdiccional haya constatado que efectivamente se dan los presupuestos generales para poder suspender el proceso arbitral por prejudicialidad penal.

penal y no a la calificación jurídico-penal de unos hechos como delito. Dicho de otro modo, no importaría de cara al arbitraje que el órgano penal hubiera estimado como delito o no los hechos que han sido puestos en su conocimiento sino simplemente los hechos principales objeto del proceso penal y prejudiciales respecto del proceso arbitral que hubieran sido declarados como probados y existentes.

IV. La prejudicialidad penal y la ejecución del laudo

La última cuestión a tratar en este trabajo es la posible constatación de una cuestión prejudicial penal pero en el transcurso del proceso de ejecución del laudo. Y la primera gran diferencia que avistamos deviene de la existencia de preceptos expuestos reguladores de esta cuestión tanto para la ejecución ordinaria como para la ejecución hipotecaria (arts. 569 y 697 LEC).

Sin embargo, como cuestión previa al análisis de estos preceptos, no me resisto a la idea de abordar, aunque sea someramente, la naturaleza jurídica de la cuestión prejudicial que pudiera surgir en sede de ejecución.

Es por todos conocido que la ejecución de un laudo arbitral debe desarrollarse de manera similar a la de una sentencia judicial en virtud del art. 517.2.2º LEC ya que se trata de un título ejecutivo más que permite despachar ejecución ordinaria.

Cierto es también que, durante dicha ejecución, pueden concurrir hechos de naturaleza delictiva que la LEC ha objetivado sobre dos elementos de la ejecución: el título ejecutivo o el despacho de la ejecución. Sin embargo, creemos que no es posible hablar en puridad de prejudicialidad penal.

El sustrato fáctico que se constituye en antecedente lógico-jurídico de la *res in iudicio deducta* ya no existe porque “la cosa” ya ha sido enjuiciada. Es decir, no existe una cuestión previa de necesaria resolución con anterioridad al objeto principal del proceso, puesto que éste ha sido ya decidido por sentencia, lo que ocurre más bien es que en la ejecución de una resolución judicial –ahora arbitral– se han constatado unos hechos delictivos que afectan al título ejecutivo o al despacho de la ejecución. La consecuencia fundamental a este planteamiento es que el efecto principal de la prejudicialidad penal, la suspensión del proceso, se va a producir, pero no para evitar pronunciamientos contradictorios en distintos órdenes jurisdiccionales y que un hecho sea tenido como existente para un proceso y como no exis-

tente para otro; sino para conseguir que el proceso de ejecución no llegue a desarrollarse o que continúe de manera distinta.

Por eso, cuando los hechos delictivos afecten al título ejecutivo, la regularidad formal de éste, como veremos a continuación, se verá directamente afectada invalidando la posibilidad de poder provocar el subsiguiente despacho de la ejecución; en cambio, cuando dichos hechos afecten a algún aspecto relacionado con el despacho de la ejecución, éste se va a desarrollar de manera distinta según los hechos influyan v.gr. en el dictamen de un perito o en el avalúo efectuado...

Sin perjuicio de que hubiera sido más apropiado calificar este tipo de cuestiones, por las razones apuntadas, como la suspensión de la ejecución por cuestión penal, la LEC ha recogido en los arts. 569 y 697 LEC supuestos de suspensión del proceso de ejecución por cuestión prejudicial penal. La regulación ha sido no obstante restrictiva pues se llegan a especificar qué concretas situaciones podrían invalidar el título ejecutivo y el despacho de la ejecución.

1. Motivos de suspensión del proceso de ejecución por cuestión penal

Hemos dicho que el legislador ha optado por una regulación restrictiva de tal forma que la suspensión sólo se producirá cuando los hechos de relevancia penal determinen la falsedad o nulidad del título ejecutivo o la invalidez o ilicitud del despacho de la ejecución, con independencia de que se hubiere interpuesto denuncia o querrela sobre los hechos que pudieran afectar al título o al despacho. Se evitaría así una manera relativamente sencilla de suspender la ejecución amparándose en una hipotética cuestión prejudicial penal con la simple interposición de estos medios de comunicación de la *noticia criminis*.

De manera acertada en nuestra opinión, la LEC hace depender la suspensión no de la identidad entre el hecho delictivo y los hechos en que se funda el título ejecutivo, sino de las causas que pueden influir sobre la regularidad del título y del despacho de la ejecución.

A) Con relación al título ejecutivo, el art. 569 LEC sólo permite suspender la ejecución cuando hecho delictivo sea determinante para apreciar la falsedad o nulidad del título ejecutivo. Entiendo que falsedad y nulidad no son términos equivalentes sino que la nulidad es un concepto más amplio dentro del cual podemos ubicar a la falsedad, pues todo título ejecutivo falso es nulo; mientras que no todo título ejecutivo nulo es falso. Los arts. 557 y 559 LEC no contienen entre las causas de oposición a la ejecución aquélla consistente en la falsedad

del título, esto es así porque el legislador ha considerado la naturaleza de la falsedad como penal, lo que requiere una respuesta por parte de órganos del orden penal y no civiles y por tanto, se constituye ahora no como una excepción oponible en juicio o causa de oposición sino como una cuestión prejudicial en sentido estricto incluyéndolo en el art. 569 LEC como causa de suspensión de la ejecución al provocar la falsedad del título ejecutivo. Respecto a la nulidad del título ejecutivo y la suspensión de la ejecución por prejudicialidad penal, siendo un concepto más amplio en el que se puede desembocar no sólo por la falsedad del título ejecutivo sino también a través de otras actuaciones delictivas que impliquen esa misma consecuencia jurídica: la nulidad del título¹⁶.

B) La segunda causa que puede provocar la suspensión del proceso de ejecución la incluyen tanto el art. 569 LEC para la ejecución ordinaria como el art. 697 LEC para la ejecución hipotecaria: la relativa a la invalidez o ilicitud del despacho de la ejecución. Dentro de la amplitud del término “ilicitud” podríamos englobar infracciones de normas reguladoras de la actividad ejecutiva así como infracciones sobre el contenido del título ejecutivo, siendo finalmente posible alegar la ilicitud referida a cuestiones de fondo, es decir, aquellas que habilitarían al ejecutado para plantear una oposición de fondo a la ejecución. Por el contrario, sí encontramos un precepto expreso que recoge situaciones que implicarían la invalidez *versus* nulidad del despacho de la ejecución (art. 559.1.3º LEC): “a) no contener la sentencia o el laudo arbitral pronunciamientos de condena; b) no cumplir el documento presentado los requisitos legales exigidos para llevar aparejada ejecución; y c) por la infracción del art. 520 LEC, esto es, cantidad superior a 300 euros, en dinero en efectivo, en moneda extranjera convertible, o en cosa o especie computable en dinero”.

No debe concluirse que esta relación de causas sea *numerus clausus* pudiendo existir otras circunstancias distintas a las expresamente recogidas en el art. 559 LEC. Por último, no hay que descartar que hechos de relevancia penal pudieran aparecer tras la presentación del título ejecutivo y el despacho de la ejecución¹⁷. En este sentido, aunque la opción más válida pudiera ser la aplicación extensiva de *lege*

¹⁶ Piénsese, *v.gr.*, en las coacciones vertidas para conformar un título ejecutivo aparentemente válido o la estafa como vehículo para la construcción igualmente de un título inválido.

¹⁷ *V.gr.*, utilización de actuaciones delictivas, maquinación para alterar el precio de las cosas del perito en el avalúo de los bienes objeto de embargo.

ferenda del art. 569 LEC también a estos supuestos, veo complicada su aplicación práctica por nuestros tribunales a la vista de la enunciaci3n restrictiva que contiene este precepto: hechos que afecten al t3tulo ejecutivo o al despacho de la ejecuci3n.

2. Tratamiento procesal de la suspensi3n del proceso de ejecuci3n por cuesti3n penal

Sobre este aspecto la LEC se pronuncia de manera escueta en el p3rrafo II del apartado primero del art. 569, cuando determina que la suspensi3n se acordar3 por el tribunal o3das las partes y el Ministerio Fiscal. La suspensi3n en todo caso tiene car3cter restrictivo y no bastar3 la simple presentaci3n de denuncia o querrela para que 3sta se produzca sino que ser3 necesario poner de manifiesto que los hechos de relevancia penal afectan al t3tulo ejecutivo o al despacho de la ejecuci3n como hemos apreciado anteriormente.

Ante esta lac3nica expresi3n, son tres las posibilidades que se podr3an habilitar para constatar una cuesti3n penal en el proceso de ejecuci3n: (i) la presentaci3n de un escrito al uso que ponga de manifiesto la existencia de una cuesti3n prejudicial penal en el proceso de ejecuci3n mediante la alegaci3n del art. 569 LEC; (ii) utilizar la v3a de la oposici3n a la ejecuci3n que regulan los art3culos 556 ss; (iii) o bien, el cauce del procedimiento para los incidentes de los arts. 387 ss LEC.

La segunda de las opciones tiene como principal problema que la interposici3n de una causa de oposici3n a la ejecuci3n no suspende por s3 misma 3sta y, por consiguiente, deber3amos a3adir en el escrito que formaliza la oposici3n la existencia de una cuesti3n penal –art. 569 LEC– que ya est3 siendo investigada y enjuiciada en el proceso penal correspondiente – acreditando la incoaci3n y pendencia de 3ste– que afectando al t3tulo o al despacho de la ejecuci3n impide continuar de la misma manera 3sta.

Respecto de la tercera posibilidad que entiendo factible ante la ausencia de regulaci3n legal aunque con menos visos de constituirse en la opci3n pr3ctica que se implante finalmente, partir3 del planteamiento de un incidente aut3nomo, que por la naturaleza de la cuesti3n debe ser de previo pronunciamiento lo que provocar3 la suspensi3n del procedimiento hasta su resoluci3n.

Sin embargo, esta suspensi3n de la ejecuci3n con base un incidente de previo pronunciamiento queda fuera de los supuestos expresamente tasados de suspensi3n de la ejecuci3n lo que har3 inviable en principio la suspensi3n, luego a pesar de haberse planteado, la ejecuci3n

seguiría su curso, oyendo a las partes y al Fiscal para que posteriormente el ejecutor decida si se concurren los presupuestos del art. 569 LEC y proceda a la suspensión de la ejecución.

Con independencia de que vía sea la utilizada, la suspensión podrá evitarse si se presta caución suficiente para responder de los daños y perjuicios que pudieran irrogarse por el retraso en la ejecución (art. 569.3º LEC).

V. Conclusiones

1. Son cuestiones prejudiciales penales aquellas que surgen en el seno de un proceso —jurisdiccional o arbitral por lo que ahora nos interesa—, y cuyo objeto se encuentra íntimamente relacionado con el de aquél, hasta el punto de que deben ser resueltas con carácter previo, por el órgano jurisdiccional competente por razón de la materia, pues impiden o condicionan la resolución del asunto principal.

2. Las cuestiones prejudiciales penales, tal y como se regulan en nuestro ordenamiento, tienen siempre carácter devolutivo. Por eso, la aparición de una cuestión prejudicial penal en el procedimiento arbitral debiera conducir a la suspensión de éste hasta que los órganos penales se encarguen de resolver aquella. Concorre pues en el arbitraje el mismo fundamento para suspender el procedimiento arbitral que en el proceso civil.

3. Ante la constatación en el proceso arbitral de hechos de relevancia penal decisivos para otorgar o denegar la tutela solicitada, el principio de oficialidad y el necesario ejercicio del *ius puniendi* del Estado implican que esos hechos sean investigados y, eventualmente enjuiciados, de forma inmediata en un proceso penal. La tramitación separada de ambos procesos podría degenerar en sentencias contradictorias que sólo pueden evitarse suspendiendo el arbitraje a la espera de lo que se decida en el procedimiento penal.

3. La última reforma de la LA a través de la Ley 11/2011 de 20 de mayo, de reforma de la Ley de Arbitraje, ha desaprovechado una buena ocasión para incluir algunos preceptos tendentes a regular las cuestiones prejudiciales penales que puedan constatarse durante el desarrollo de un procedimiento arbitral. Esta circunstancia nos lleva a preguntarnos qué posibles soluciones podrían articularse.

4. Con carácter previo, vamos a partir como premisa de la siguiente consideración: la posible concurrencia de una cuestión prejudicial penal en el arbitraje, pero también desde luego en el proceso civil, tiene carácter absolutamente restrictivo. Esto es, resulta un supuesto completamente excepcional el que concurran los presupuestos necesarios para la constatación de una cuestión prejudicial penal y el conjunto de posibles alteraciones que ésta pudiera provocar en el seno del procedimiento.

5. Como posible solución ante este tipo de situaciones podría aplicarse de manera analógica el conjunto de preceptos reguladores de la prejudicialidad penal en el proceso civil —arts. 40 ss LEC y art. 10.2º LOPJ—. No obstante, optar por esta solución plantea problemas importantes ante la ausencia de preceptos en nuestra LA que habiliten a los árbitros para acordar la suspensión del procedimiento por este tipo de causas. En todo caso, las modificaciones del art. 37.2º LA respecto del plazo para dictar el laudo, amplían las posibilidades de que esta primera vía de solución termine siendo válida al ser posible dictar un laudo fuera de plazo —quizás como consecuencia de la suspensión del arbitraje por prejudicialidad penal— que pueda ser válido.

6. Como segunda opción, los árbitros podrían dictar un laudo testimonial que pusiera de manifiesto la imposibilidad de resolver el fondo del asunto puesto que la materia ha dejado de ser arbitrable por aparecer durante el procedimiento arbitral hechos de apariencia delictiva.

7. En tercer lugar, debe descartarse por diversos motivos que la solución ante este tipo de cuestiones en el procedimiento arbitral venga de la mano de un acuerdo para la suspensión del arbitraje entre las partes del conflicto. Asimismo, también consideramos no apropiado para este tipo de supuestos la emisión de “laudos de carácter futuro o condicional”, es decir, aquéllos cuyos efectos están sometidos a una o algunas condiciones suspensivas.

8. Finalmente puede proponerse como solución que el árbitro proceda a la decisión de la controversia pero teniendo en cuenta el sustrato fáctico presuntamente delictivo aunque sin la necesidad de darle esa calificación jurídico-penal. La principal consecuencia de esta interpretación está en que no será necesaria la suspensión del procedimiento arbitral, sin embargo, presenta otro tipo de inconvenientes, principalmente, aquellos que tienen que ver con la estabilidad del

laudo arbitral si posteriormente el órgano penal declara que el hecho delictivo tuvo lugar. Si así ocurre, solo cabría subsanar este tipo de situaciones por medio de la interposición de un recurso de revisión siempre y cuando la infracción pueda encajarse en alguno de sus motivos tasados.

9. Si se opta finalmente por la suspensión del arbitraje, la resolución penal recaída a título prejudicial sólo vinculará al árbitro respecto de la declaración de existencia o inexistencia del hecho. La calificación jurídico-penal es irrelevante: el árbitro es libre para anudar las consecuencias jurídico-privadas pertinentes.

10. Durante la ejecución forzosa de un laudo arbitral también pueden aparecer hechos de apariencia delictiva que conformen una cuestión prejudicial penal en sede de ejecución, siendo el art. 569 LEC aquél que regula este tipo de cuestiones.

11. la suspensión sólo se producirá, en el caso anterior, cuando los hechos de relevancia penal determinen la falsedad o nulidad del título ejecutivo o la invalidez o ilicitud del despacho de la ejecución, con independencia de que se hubiere interpuesto denuncia o querrela sobre los hechos que pudieran afectar al título o al despacho

RESUMEN: Durante el desarrollo de un procedimiento arbitral pueden surgir hechos de apariencia delictiva que siendo relevantes para decidir la cuestión de fondo arbitral, deban ser conocidos por un órgano penal con competencia por razón de la materia constituyendo así una cuestión prejudicial penal en el arbitraje. La LA no contiene preceptos orientados a la regulación de este tipo de cuestiones y se ha desaprovechado la ocasión de incluirlos a través de la reforma de la LA por medio de la Ley 11/2011, de 20 de mayo. Así las cosas, el estudio aporta posibles soluciones que permitan resolver un supuesto de este tipo, pues concurre en el arbitraje el mismo fundamento para la constatación de una cuestión prejudicial penal que en el proceso civil. La solución principal viene de considerar que la posible concurrencia de una cuestión prejudicial en el arbitraje, pero también desde luego en el proceso civil, tiene carácter absolutamente restrictivo. Esto es, resulta un supuesto completamente excepcional el que concurran los presupuestos necesarios para la constatación de una cuestión prejudicial penal; como segunda posibilidad, para el caso en que se den todos los presupuestos requeridos, nos planteamos la aplicación analógica de los artículos reguladores de la prejudicialidad penal en el proceso civil al arbitraje (arts. 40 ss LEC y art. 10.2º LOPJ), lo que llevaría a la suspensión del arbitraje y a la espera de la resolución que se dictare en el ámbito penal con su posterior vinculación; también, entre otras, se puede optar por la decisión de la controversia pero teniendo en cuenta el sustrato fáctico presuntamente delictivo aunque sin la necesidad de darle esa calificación jurídico-penal. Todas ellas presentan ventajas e inconvenientes que aderezan el análisis de esta investigación que finaliza con el estudio de la prejudicialidad penal en sede de ejecución forzosa del laudo, donde será de aplicación el arts. 569 LEC que establece la suspensión de

la ejecución cuando los hechos de relevancia penal determinen la falsedad o nulidad del título ejecutivo o la invalidez o ilicitud del despacho de la ejecución.

PALABRAS CLAVE: PREJUDICIALIDAD PENAL – PROCEDIMIENTO – SUSPENSIÓN – LEY 11/2011 DE REFORMA DE LA – SUSPENSIÓN EJECUCIÓN LAUDO.

ABSTRACT: In the course of arbitration proceedings facts apparently criminal may arise that, being materially relevant for deciding the arbitration, should be tried by a competent criminal court forming a criminal preliminary issue in the arbitration proceedings. Law on Arbitration (LA) does not contain any provision regulating this kind of matters and the opportunity to do it through the reform of the said LA as carried out by Act 11/2011, of 20th May, has been missed. Consequently, new solutions should be proposed to solve a case of this kind as there concur in arbitration proceedings the same grounds as in civil proceedings for the existence of criminal preliminary issues. The main solution emerges from conceiving the occurrence of a criminal preliminary issue in arbitration proceedings, and also in civil proceedings, as having an absolute restrictive character. Therefore, it is extremely exceptional evidencing the necessary conditions for the existence of a criminal preliminary issue; secondly, in the event all the required circumstances were met, we would resort to the analogical application of those provisions regulating criminal preliminary issues in civil proceedings (arts. 40 ss LEC and art. 10.2 LOPJ) what would bring forward the stay of the arbitration proceedings and the subsequent binding effect of the decision adopted within the criminal action; additionally, among others, the controversy may be decided upon but bearing in mind the purportedly criminal underlying facts though without necessarily supplying them that character. All of them present advantages and disadvantages that season the analysis of this investigation concluding with the study of criminal preliminary issues at the stage of the enforcement of the arbitration award where art. 569 LEC would be applicable that establishes the suspension of the enforcement of the award when the criminal facts determine the falsehood or the nullity of the enforceable title or the invalidity or unlawfulness of the decision of enforcement

KEY WORDS: CRIMINAL PRELIMINARY ISSUES – PROCEEDING – SUSPENSION – ACT 11/2011 REFORM OF THE ARBITRATION LAW – SUSPENSION OF THE ENFORCEMENT OF THE AWARD.