

Jurisprudencia

Jurisprudencia española

Prejudicialidad penal

(Comentario a la Sentencia nº 142/2011 de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección nº 14, de 23 de febrero de 2011) *

Jordi NIEVA FENOLL **

La sentencia comentada aborda, de nuevo, la recurrente cuestión de la prejudicialidad penal, que tantas veces se alega –con o sin éxito– para intentar obstaculizar la celebración de un arbitraje.

Desconozco si ese fue el objetivo subyacente de uno de los litigantes en este caso concreto, pero partamos de la base de que aunque no lo fuera, la solución del problema es exactamente la misma. De lo que se trata es de que, igual que sucede actualmente en el proceso civil, no sirva la alegación, sin más, de cualquier cuestión penal para suspender el proceso arbitral. En el arbitraje esa suspensión, además, es especialmente peligrosa, dado que habida cuenta del escaso plazo existente para celebrar el proceso arbitral, en no pocas ocasiones se frustraría el propio arbitraje, sobre todo considerando que en este tipo de situaciones, las partes –especialmente la vencida en el proceso– nunca se pondrían de acuerdo para aceptar la validez de un laudo dictado fuera de plazo.

En el caso planteado en la sentencia comentada se trató de resolver un complejo asunto que expondré a grandes rasgos y, en consecuencia, con alguna imprecisión, en aras de una mejor inteligencia.

France Télécom había cedido el uso de unas líneas 905 a la empresa Movilisto. De ese modo, cada vez que un usuario de un teléfono particular cualquiera –supongamos que la línea particular fuera de Telefónica– llama al 905xxxxxx, Telefónica cobra de su usuario el importe de la llamada, y se lo traspasa al titular de la línea 905, que sería France Télécom. Pero habida cuenta de la cesión de esta última a Movilisto, era Movilisto quien cobraba finalmente de France Télécom, una vez que Telefónica había pagado a la compañía francesa. Y Movilisto a su vez pagaba a los titulares finales de las líneas 905, que eran ciudadanos o empresas particulares dedicadas, por

* *Vid. infra*, pp. 521–527.

** Catedrático de Derecho procesal de la Universitat de Barcelona.

ejemplo, a los concursos televisivos, que habían contratado con Movilisto el derecho de uso de las líneas.

France Télécom dejó de pagar a Movilisto. Y dado que sus controversias sobre el contrato de cesión entre estas dos compañías se habían sometido a arbitraje, Movilisto presentó la correspondiente demanda arbitral contra France Télécom.

Aunque en la sentencia no se da razón de por qué France Télécom habría dejado de pagar, todo conduce a pensar que lo hizo porque Telefónica no le había pagado a ella. Y Telefónica no pagaba porque, al parecer, había detectado un fraude en su propia facturación, derivado de una compra masiva de tarjetas prepago de Movistar por parte, supuestamente, de esos titulares finales –los particulares– de las líneas 905, es decir, de personas que indudablemente habían contratado la línea con Movilisto. Al parecer, dichos titulares particulares llamaban con las tarjetas prepago a sus mismas líneas 905 para así vaciar el dinero de dichas tarjetas.

Por tanto, por una parte se hallaba el proceso arbitral de Movilisto contra France Télécom. Y por la otra ese proceso penal instado por Telefónica contra los titulares finales de las líneas 905.

La pregunta, después de todo lo explicado, era clara: ¿podía el proceso penal suspender, y acabar frustrando, el proceso arbitral?

Antes de cualquier otra consideración, lo primero que debe plantearse es si, efectivamente, la cuestión penal que haya surgido es verdaderamente prejudicial para la resolución arbitral. Es decir, si la existencia de los hechos delictivos constituye un antecedente lógico de la decisión del árbitro, que tendrá efectos de cosa juzgada sobre su enjuiciamiento¹. En caso de que así sea, el árbitro no podrá continuar adelante con el arbitraje. Pero en el supuesto de que no exista ese vínculo lógico –lo que sucede en la mayoría de las ocasiones–, el laudo podrá pronunciarse pese a la existencia de la cuestión prejudicial penal. Lejos estamos ya de las épocas del doctrinal “*le criminel tient le civil en état*” derivado del art. 3 del *Code d’Instruction criminelle* francés de 1808 en el que se basa el art. 114 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882, aún vigente, y que había motivado numerosas e injustas suspensiones de procesos civiles por cualquier nimiedad penal. Actualmente, la tradicional interpretación extensiva de dicho artículo está completamente fuera de lugar, precisamente por la más restrictiva consideración de en qué momento se produce una auténtica prejudicialidad, derivada de la orientación que defiende en este párrafo y que también ha inspirado al actual art. 40 LEC, como veremos después, que está enfocada a intentar impedir suspensiones fraudulentamente inducidas por el planteamiento “chicanoso” de un proceso penal sin futuro.

Para determinar la existencia de dicho vínculo lógico, es preciso analizar el objeto de los dos juicios, del arbitral y del penal. Pero lo más práctico no es

¹ Sobre el concepto de cosa juzgada vid. J. Nieva Fenoll, *La cosa juzgada*, Barcelona 2006, y en general sobre las cuestiones tratadas en este comentario, vid. más ampliamente J. Nieva Fenoll, “La prejudicialidad penal en el arbitraje”, *Jurisdicción y proceso*, Madrid, 2009, pp. 877 ss.

recurrir precisamente a alguna de las muchas teorías que la doctrina ha desarrollado, con gran esfuerzo², para intentar englobar en dos o tres categorías los elementos principales del objeto del juicio. La más difundida en España ha sido la teoría bímembre de Rosenberg³, que distinguió entre *petitum* y *causa petendi*, pero se revela como muy problemática a la hora de determinar cuál es el auténtico contenido de la *causa petendi* sobre todo, como cabe comprobar leyendo cualquier resolución de la jurisprudencia sobre la cosa juzgada. Tampoco ayuda demasiado distinguir entre hecho y derecho⁴, dado que ambas entidades se entremezclan en los objetos de los juicios, de manera que es muy difícil que se pueda considerar un dato aisladamente del otro, sin que el hecho pierda su relevancia procesal, en cuyo caso ya carece de toda importancia para el enjuiciamiento.

Lo mejor es prescindir de esas teorías y determinar qué puntos son de esencial resolución en uno y otro proceso, el penal y el arbitral. En caso de que alguno de ellos coincida, el arbitraje no debería poder celebrarse. Pero si ninguno coincide es porque, precisamente, la cuestión penal suscitada posee una importancia nula o al menos secundaria para el proceso arbitral. Es decir, quizás la cuestión penal tenga que ver con el objeto del juicio arbitral, pero no determina su contenido. Si ello es así, el arbitraje puede celebrarse sin ningún inconveniente, porque la posterior sentencia penal que pueda dictarse nunca le acabará afectando.

Sin embargo, como se ve, el problema surge cuando la cuestión penal sí es determinante de lo que se decida en el proceso arbitral. Y es en estos casos en los que se echa de menos una regulación específica sobre esta cuestión en la Ley de Arbitraje, dado que la norma actualmente vigente ni siquiera se refiere a este tema. Ante la falta de soluciones en la ley, los árbitros tienen tres opciones. O bien optan por la no suspensión del proceso arbitral, o bien

² Sobre las mismas, *vid.* J. Nieva Fenoll, *La cosa juzgada*, *op. cit.* pp. 94 y ss.

³ L. Rosenberg, *Lehrbuch des Deutschen Zivilprozessrechts*, Berlin 1929, p. 249 y ss.

⁴ Como recuerda con mucha contundencia gran parte de la doctrina. S. Chiarloni, Sergio, "La casazione e le norme", *Riv. di dir. proc. civ.*, 1990, p. 992 ss; M. de la Plaza Navarro, "La casación criminal española: Su origen. Desarrollo en el mundo hispánico y posibles reformas", *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1952, p. 198; V. Fairén Guillén, "De los 'hechos' al 'derecho'. Uno de los sofismas de la Ley del Jurado de 1995", *Rev. der. proc.*, nº 2, 1997, p. 359; S. Guasch Fernández, *El hecho y el derecho en la casación civil*, Barcelona 1997, p. 200; F.M. Iacoviello, *La motivazione de la sentenza penale e il suo controllo in cassazione*, Milán, 1997, p. 265; Th. Kleinknecht, / K. Meyer, / L. Meyer-Goßner, *Strafprozeßordnung*, Munich, 1995, p. 991; F. Mazzarella, "Fatto e diritto in Cassazione", *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1974, pp. 82 ss; U. Neumann, "Die Abgrenzung von Rechtsfrage und Tatfrage und das Problem des Revisionsgerichtlichen Augenscheinsbeweises", *GA*, 1988, p. 387; J. Nieva Fenoll, *El hecho y el derecho en la casación penal*, Barcelona 2000, pp. 101 ss; H. Otto, "Möglichkeiten und Grenzen der Revision in Strafsachen", *NJW*, 31, enero 1978, p. 7; F. Ramos Méndez, *Derecho y proceso*, Barcelona 1978, p. 185; S. Satta, "Il formalismo nel processo", *Riv. dir. proc. civ.*, 1958, pp. 1154. W. Schmidt-Hieber, Werner, "Grundlagen der Strafrechtlichen Revision", *Jus*, 1988/9, p. 710; D. Temming, (con M. Lemke) / K.-P. Julius / Ch. Krehl / H.-J. Kurth / E.C. Rartenberg, *Strafprozeßordnung*, Heidelberg, 1995, p. 1243; M. Serra Domínguez, "Del recurso de casación", *Comentarios a la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Madrid 1985, p. 843; J. Verger Grau, "Algunas observaciones al Proyecto de Ley Orgánica del Tribunal del jurado de 20 de abril de 1994", *Justicia* 94, pp. 528-529; J.L.. Vázquez Sotelo, José Luis, *La Casación Civil (Revisión crítica)*, Barcelona, 1981, p. 198.

obedecen lo dispuesto, a grandes rasgos, por el art. 10 LOPJ y, por tanto, suspenden el proceso, o bien aplican el régimen de la prejudicialidad de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Cualquiera de las tres soluciones presenta inconvenientes. La más problemática de todas es la no suspensión, bajo ningún concepto, del procedimiento arbitral, con el argumento de que la Ley de Arbitraje no prevé disposición alguna en este sentido. Sin embargo, esta decisión no podría ignorar lo dispuesto en el art. 2 de la propia ley, que impide al árbitro conocer de materias que no sean de libre disposición de las partes⁵. Y desde luego, a pesar de las dificultades tremendas de interpretación de este muy contractualista concepto jurídico que se arrastra desde la Ley de 1953, lo cierto es que la materia penal no es de libre disposición de las partes salvo en casos muy marginales. Por tanto, el árbitro debería apartar su cognición de dicha materia, y si resulta que la misma es antecedente necesario de la decisión arbitral, simplemente no podrá dictar su laudo. Y en caso de que lo dicte podrá ser anulado al amparo del art. 41.1º.e) LA.

Una inteligente vía de escape a lo anterior ha sido propuesta por González–Montes Sánchez⁶, sugiriendo que el árbitro pueda pronunciarse sobre los hechos de relevancia penal pero sin otorgarles calificación jurídica penal. Con ello se conseguiría la celebración del arbitraje y, en caso de no tener los hechos finalmente esa relevancia, el laudo se mantendría válido. Y si, por el contrario, el juez penal declarara la existencia de delito, el laudo podría anularse a través de la revisión civil (art. 510 LEC), aunque dándole una interpretación extensiva⁷ al concepto de “maquinación fraudulenta” de ese precepto.

Esta solución permite la celebración del arbitraje, que es de lo que se trata, frustrando las posibles maniobras dilatorias de quien crea de la nada una cuestión prejudicial penal con el único objeto de frustrar el arbitraje. La solución, desde luego, puede ser válida en los casos –la mayoría– en que se barrunte esa maniobra ante la inconsistencia de los hechos que pudieran tener esa relevancia penal, o ante su poco previsible calificación en ese sentido por parte de la jurisdicción penal. Sin embargo, en el supuesto de que la calificación penal sea al menos factible –lo que sucede con poca frecuencia–, entiendo que esta solución debe ser desechada en aras de la prudencia. Un proceso penal, entre la instrucción y el juicio oral, puede tardar bastante más de cinco años en sustanciarse, lo que es casi seguro si además se recurre la sentencia condenatoria. Y cinco años es precisamente el plazo para plantear la revisión de resoluciones firmes (art. 512 LEC). Si ello fuera así, se produciría una situación para la que el ordenamiento no tiene prevista solución alguna: la contradictoriedad de una resolución firme (el laudo) con un pronunciamiento penal de condena.

⁵ Sobre este concepto, J. Nieva Fenoll, “Las materias indisponibles en el arbitraje”, *Jurisdicción y proceso*, Madrid 2009, pp. 829 y ss.

⁶ J.L. González–Montes Sánchez, “La prejudicialidad penal en el arbitraje”, *Arbitraje, Revista de arbitraje comercial y de inversiones*, vol. IV, nº 1, 2012, p. 139.

⁷ Quizás en exceso, como reconoce el propio autor, *ibid.*, p. 140.

Por ello es preciso plantearse otras soluciones. La segunda opción antes citada consiste, como se ha dicho, en aplicar el art. 10.2º LOPJ. De ese modo, el árbitro, siguiendo el mandato de este precepto, debería suspender el proceso arbitral, siempre y cuando la cuestión penal sea antecedente necesario del enjuiciamiento del arbitraje. Es decir, que la solución sería la misma que la anterior, pero añadiendo el elemento de la suspensión respaldado por una norma legal. Sin embargo, el problema de esta salida es que la Ley Orgánica del Poder Judicial no puede aplicarse al arbitraje si se estima que el mismo tiene naturaleza contractual. Al contrario, si se mantiene que el arbitraje tiene naturaleza jurisdiccional, no habría problemas para sostener la aplicación de la Ley Orgánica del Poder Judicial. En esta segunda concepción, el arbitraje no es sino una dejación de la jurisdicción del Estado en manos de los particulares, pese a lo cual el producto de la decisión arbitral sigue teniendo naturaleza jurisdiccional. En consecuencia, la Ley orgánica tendría aplicación, aunque para esta solución siempre dependeríamos del resultado de la tradicional –y ya algo denostada– discusión dogmática entre contractualistas y jurisdiccionalistas.

La última solución consiste en aplicar por analogía la Ley de Enjuiciamiento Civil. En su beneficio, esta última opción tiene en su favor que la Ley de arbitraje contempla muchas remisiones expresas de supletoriedad a dicha Ley de enjuiciamiento, y en este caso, a pesar de no estar contemplada por la norma específicamente dicha supletoriedad, no habría problemas para disponerla por vía analógica, al margen del argumento de la legítimamente deseada autosuficiencia de la Ley de arbitraje que, en este caso, desde luego, por desgracia no existe. Además, la analogía es un recurso perfectamente admisible en Derecho (art. 4.1º Cc), y más en este caso en el que es evidente que el proceso arbitral es solamente un espejo del proceso judicial civil. De hecho, de no haber existido sumisión a arbitraje se celebraría un proceso judicial civil. Por consiguiente, la aplicación de la analogía no puede plantear ninguna duda.

Personalmente me inclino por esta última opción, que no es incompatible con la segunda. Aunque ciertamente sería deseable la existencia de una solución en la Ley de arbitraje en estos casos, creo que el hecho de acogerse a esta vía de salida tiene la ventaja de la seguridad jurídica, en el sentido de que al menos el justiciable –también el justiciable del arbitraje– poseerá una solución única y previsible para todos estos casos, dejando de depender del criterio de cada árbitro, que desde luego puede ser francamente disperso, teniendo en cuenta que los árbitros no suelen formar un cuerpo único, y mucho menos están sometidos a una jurisprudencia que les oriente.

Además, lo dispuesto en el art. 40 LEC es perfectamente sensato, con alguna matización. Cuando el juez detecta la existencia de un hecho con apariencia delictiva debe ponerlo en conocimiento del ministerio fiscal, como dispone el propio art. 40 LEC. Sin embargo, no incumbe tal obligación al árbitro en razón del deber de confidencialidad derivado del art. 24.2º LA.

Pero salvando ese inexistente deber, la aplicación de la sustancia del resto del párrafo segundo del art. 40 LEC si es razonable. El juez –el árbitro– solamente decretará la suspensión si los hechos investigados en el proceso penal “*fundamenten las pretensiones de las partes en el proceso civil*”, es decir, en el proceso arbitral, de manera que la decisión de la jurisdicción penal sobre la existencia de dicho hecho “*pueda tener influencia decisiva en la resolución sobre el asunto civil*”, arbitral en este caso.

En consecuencia, el precepto de la Ley de Enjuiciamiento Civil está reconociendo cuanto se dijo líneas atrás. Solamente si el extremo investigado por la jurisdicción penal guarda una relación de inferencia fundamental con respecto al objeto del juicio arbitral, deberá el árbitro suspender las actuaciones arbitrales. En caso contrario no deberá hacerlo.

Trasladando estas conclusiones al caso considerado en la sentencia comentada, debe considerarse que la resolución del árbitro de continuar adelante con las actuaciones fue razonablemente arriesgada, puesto que basó su decisión de continuidad en un auto de sobreseimiento de la jurisdicción penal, aunque posteriormente dicho auto fuera revocado. Y también hubiera incurrido en ese riesgo la resolución de la Audiencia Provincial de Madrid, de no ser porque en el momento en que se pronunció la sentencia, se había pronunciado un segundo auto de sobreseimiento en el proceso penal, lo que descartaba la relevancia penal de la cuestión prejudicial planteada.

Y es que la cuestión prejudicial penal que planteaba France Télécom en el proceso arbitral sí tenía relevancia en la decisión de ese arbitraje, y además no cabía intuir mala fe por parte de la compañía francesa. Quien había instado la iniciación de actuaciones penales había sido Telefónica, y no France Télécom. Y además lo había realizado por unos hechos delictivos que no afectaban a France Télécom, sino a Telefónica: el fraude con tarjetas prepago de Movistar. En cambio, sí era posible –aunque no probable– concebir una connivencia entre Movilista y los titulares de las líneas 905 que habían realizado el fraude con las tarjetas, contando con las líneas que les había suministrado Movilista.

Teniendo en cuenta, además, que France Télécom no pagaba a Movilista porque presumiblemente Telefónica no pagaba a su vez a la compañía francesa, y no por ninguna otra razón, no hubiera sido descabellado decantarse por proteger mejor los intereses de France Télécom, suspendiendo la celebración del arbitraje e impidiendo que Movilista se hiciera precisamente con el producto de la actuación de los titulares de las líneas 905. Desde luego, si existía la connivencia antes citada entre los titulares de dichas líneas y Movilista, este laudo arbitral, de ser favorable a Movilista –como finalmente lo fue– hubiera acabado colaborando en la consecución de los efectos del delito.

Por ello, sorprende que la sentencia mantenga que, “*no es suficiente una mera conexión entre los hechos objeto del proceso penal y los sometidos al arbitraje para apreciar la prejudicialidad penal y suspender el procedimiento, sino se debe conocer que la decisión del tribunal penal pueda tener influencia decisiva en la resolución sobre el asunto civil*”. No es que la afir-

mación sea incorrecta, dado que es justamente cuanto se deduce de la aplicación del art. 40 LEC. Lo que sucede es que en este caso concreto, de haber sido las cosas como han sido referidas y se pueden desprender de la sentencia, esa influencia decisiva desde luego existía.

Sin embargo, la decisión del árbitro, como antes dije, fue arriesgada pero razonable y plenamente correcta. El árbitro, al decretar la continuidad de las actuaciones, ya conocía la existencia del primer sobreseimiento en el proceso penal, lo que hacía muy factible que no fuera veraz nada de lo relatado sobre la posible implicación criminal de Movilisto. Es cierto que el sobreseimiento fue anulado posteriormente por la Audiencia Provincial, obligando a la práctica de más actuaciones de investigación, y parece ser que la anulación del primer sobreseimiento penal llegó mientras se estaba sustanciando el proceso arbitral. Desde luego, si ello fue así, la decisión más conservadora hubiera sido paralizar en aquel momento las actuaciones arbitrales. Pero teniendo en cuenta la existencia de ese primer sobreseimiento, y que el árbitro contaba probablemente con todos los datos de ese proceso penal y podía apreciar debidamente los hechos, no es descabellado que haciendo un examen exhaustivo de los mismos –como reconoce la propia sentencia de la Audiencia Provincial comentada– llegara a la razonable conclusión de que no existía relevancia penal de los hechos, incluso pese a la revocación del sobreseimiento.

En conclusión, debe valorarse positivamente la decisión del árbitro, que permitió la celebración del arbitraje, aplicando adecuadamente lo dispuesto en el art. 40.1º LEC, como se observa en la jurisprudencia⁸, que no olvidemos que permite al juez –en este caso al árbitro– realizar un examen *prima facie* del carácter delictivo del hecho considerado. A buen seguro, en este caso concreto el examen del árbitro fue mucho más allá que un mero examen *prima facie* o superficial, por lo que aunque, ciertamente, el proceso penal hubiera podido salir adelante, lo lógico es que no fuera así, como lo demuestra la existencia de ese doble sobreseimiento decretado por el juez de instrucción.

⁸ *Vid.* entre otras la SAP Madrid 25ª 26 noviembre 2010, o la SAP Barcelona 15ª15 enero 2010.