

Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Civil y Penal, Sentencia 5/2018 de 30 Ene. 2018, Rec. 54/2017

Ponente: Polo García, Susana.

LA LEY 19590/2018

ECLI: ES:TSJM:2018:905

ARBITRAJE Y MEDIACIÓN. Arbitraje privado. Anulación y revisión de laudos. Acción de anulación del laudo.

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

Domicilio: C/ General Castaños, 1 - 28004

Teléfono: 914934850,914934750

31001590

NIG: 28.079.00.2-2017/0122972

REF: PROCEDIMIENTO ANULACION DE LAUDO ARBITRAL nº54/2017

DEMANDANTES: COBRA INFRAESTRUCTURAS INTERNACIONAL, S.A., COBRA INSTALACIONES Y SERVICIOS INTERNACIONAL, S.L., UTE LEY 18/1982 (LA LEY 1321/1982), COBRA INFRAESTRUCTURAS INTERNACIONAL, S.A., COBRA INSTALACIONES Y SERVICIOS INTERNACIONAL, S.L, UTE BREMEN.

PROCURADORA: D. Javier Cervera Rodríguez

DEMANDADA: PERFILADOS DEL NORTE S.A.

PROCURADOR: D. Nicolás Álvarez Real

SENTENCIA Nº 5/2018

Excmo. Sr. Presidente:

Dn. Francisco Javier Vieira Morante

Ilmos/as. Sres/as. Magistrados/as:

Dña. Susana Polo García

Dn. Jesús María Santos Vijande

En Madrid, a treinta de enero del dos mil dieciocho.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 14 de julio 2017 tuvo entrada en este Tribunal la demanda formulada por el Procurador de los Tribunales D. Javier Cervera Rodríguez, en nombre y representación de COBRA INFRAESTRUCTURAS INTERNACIONAL, S.A., COBRA INSTALACIONES Y SERVICIOS INTERNACIONAL, S.L., UTE LEY 18/1982 (LA LEY 1321/1982), COBRA INFRAESTRUCTURAS INTERNACIONAL, S.A., COBRA INSTALACIONES Y SERVICIOS INTERNACIONAL, S.L, UTE BREMEN, contra PERFILADOS DEL

NORTE S.A., acción de anulación del laudo arbitral dictado con fecha 23 de marzo de 2017, y Laudo Aclaratorio de 12 de mayo, por la Corte Civil y Mercantil de Arbitraje de Madrid (CIMA), en el Procedimiento Arbitral nº 12/2015.

SEGUNDO.- Por Decreto de 27 de julio se admitió a trámite la demanda, y una vez que se pudo realizar el emplazamiento de la demandada, ésta presentó contestación a la demanda el 29 de septiembre de 2017.

TERCERO.- Dado traslado, por Diligencia de Ordenación de 4 de octubre de 2017, de la contestación a la demanda a la parte demandante, para la presentación de documentos adicionales o proposición de prueba, ésta el día 18 de octubre presentó escrito reiterando la propuesta y solicitando nuevas pruebas.

CUARTO.- El día 30 de octubre de 2017, se dictó Auto por esta Sala recibiendo el pleito a prueba, señalándose como día de deliberación el día 30 de enero de 2018.

Es Ponente la Ilma. Sra. Dña. Susana Polo García, quien expresa el parecer unánime del Tribunal.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Causas de nulidad .

La demandante ejercita la acción de nulidad parcial del Laudo de fecha 23 de marzo de 2017, y Laudo Aclaratorio de 12 de mayo, respecto de toda la ~fundamentación y fallo sobre la petición de condena a PERFINOR del pago de los 525.584,74 € que la UTE CC Bremen tuvo que pagar a la Delegación de Hacienda Alemana en concepto de retención del impuesto sobre obras alemán-, siendo tres las causas de nulidad que se alegan: 1ª Que el árbitro ha resuelto cuestiones no sometidas a su decisión (art. 41.1 c) LA), ya que el mismo ha resuelto sobre cuestiones que quedaban fuera del objeto del procedimiento arbitral y no contenidas en las cuestiones del ámbito del convenio; 2ª Que el árbitro ha resuelto sobre cuestiones que no pueden ser objeto de arbitraje (art. 41.1 e) LA); y 3ª Que el Laudo es contrario al orden público (art. 41.1 f) LA), por infracción de la legislación tributaria alemana y por falta de motivación.

En primer lugar debe recordarse que la acción de anulación de laudo arbitral diseñada en la Ley de Arbitraje (LA LEY 1961/2003) no permite a la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia, a la que ahora se atribuye la competencia para el conocimiento de este proceso, reexaminar las cuestiones debatidas en el procedimiento arbitral. La limitación de las causas de anulación del laudo arbitral a las estrictamente previstas en el artículo 41 de esa Ley de Arbitraje (LA LEY 1961/2003) , restringe la intervención judicial en este ámbito a determinar si en el procedimiento y la resolución arbitrales se cumplieron las debidas garantías procesales, si el laudo se ajustó a los límites marcados en el convenio arbitral, si éste carece de validez o si la decisión arbitral invade cuestiones no susceptibles de arbitraje.

Al respecto la STS de 15 de septiembre de 2008 establece que *"Como dice el auto de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 21 de febrero de 2006 : como punto de partida debe tomarse la especial función de la institución arbitral y el efecto negativo del convenio arbitral, que veta por principio la intervención de los órganos jurisdiccionales para articular un sistema de solución de conflictos extrajudicial, dentro del cual la actuación de los Tribunales se circunscribe a actuaciones de apoyo o de control expresamente previstas por la Ley reguladora de la institución; es consustancial al arbitraje, por lo tanto, la mínima intervención de los órganos jurisdiccionales por virtud y a favor de la autonomía de la voluntad de las partes, intervención mínima que, tratándose de actuaciones de control, se resume en el de la legalidad del acuerdo de arbitraje, de la arbitrabilidad -entendida en términos de disponibilidad, como precisa la exposición de Motivos de la Ley 60/2003 (LA LEY 1961/2003) - de la materia sobre la que ha versado, y de la regularidad del procedimiento de*

arbitraje; para ello, tal y como asimismo se señala en el Preámbulo de la vigente Ley de Arbitraje (LA LEY 1961/2003), se contempla un cauce procedimental que satisface las exigencias de rapidez y de mejor defensa, articulando el mecanismo de control a través de una única instancia procesal; esta mínima intervención jurisdiccional explica el hecho de que en el artículo 42.2 de la vigente Ley de Arbitraje (LA LEY 1961/2003), como también se hacía en el artículo 49.2 de su predecesora, se disponga que frente a la sentencia que se dice en el proceso sobre anulación de un laudo arbitral no quepa recurso alguno, habiendo entendido el legislador que a través de una única instancia y con una sola fase procesal se satisface suficientemente la necesidad de control jurisdiccional de la resolución arbitral, que, evidentemente, no alcanza al fondo de la controversia, sino únicamente a los presupuestos del arbitraje y su desarrollo."

En cuanto a lo que se debe entender por orden público, como viene señalando esta Sala en Sentencias de 24 de junio de 2014, recurso de anulación nº 70/2013 ; de 6 de noviembre de 2013, recurso nº 5/2013 (LA LEY 203850/2013) ; de 13 de Febrero de 2013, recurso nº 31/2012 ; y 23 de Mayo de 2012, recurso nº 12/2011 , entre otras: "*.. por orden público han de estimarse aquel conjunto de principios, normas rectoras generales y derechos fundamentales constitucionalizados en el Ordenamiento Jurídico español, siendo sus normas jurídicas básicas e inderogables por la voluntad de las partes, tanto en lo social como en lo económico (Sentencia del Tribunal Constitucional, Sala 2ª, nº 54/1989, de 23-2 (LA LEY 620/1989)), y por ende, a los efectos previstos en el citado artículo, debe considerarse contrario al orden público, aquel Laudo que vulnere los derechos y libertades fundamentales reconocidos en el Capítulo II, Título I de la Constitución, garantizados a través de lo dispuesto en términos de generalidad en el artículo 24 de la misma, incluyendo la arbitrariedad patente referida en el artº 9.3 de la Constitución (LA LEY 2500/1978), y desde luego, quedando fuera de éste concepto la posible justicia del Laudo, las deficiencias del fallo o el modo más o menos acertado de resolver la cuestión.."* .

La anterior Jurisprudencia debe ser aplicada al supuesto analizado, y en base a la misma, este Tribunal no puede entrar a analizar si las conclusiones arbitrales son o no acertadas, solo si se ha vulnerado el artículo 24 de la CE (LA LEY 2500/1978) , o sí - en base a la jurisprudencia del TJUE y Jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo - se han vulnerado normas imperativas y o principios básicos de inexcusable observancia en supuestos necesitados de especial protección que forman parte del ese concepto jurídico indeterminado "orden público económico".

SEGUNDO.- Análisis de la primera y segunda causa de nulidad .

Se alega que el árbitro ha resuelto cuestiones no sometidas a su decisión (art. 41.1 c) LA), ya que el mismo ha resuelto sobre cuestiones que quedaban fuera del objeto del procedimiento arbitral y no contenidas en las cuestiones del ámbito del convenio y que el árbitro ha resuelto sobre cuestiones que no pueden ser objeto de arbitraje (art. 41.1 e) LA).

En primer lugar debemos apuntar que la aquí demandante, la UTE CC Bremen, presentó el 5 de mayo de 2016 en el procedimiento arbitral la contestación a la demanda solicitando la desestimación de las peticiones formuladas por la parte contraria, y, mediante reconvencción, reclamó, entre otros pedimentos el importe de las retenciones del impuesto sobre obras alemán que la UTE CC Bremen había tenido que abonar a la Delegación de Hacienda alemana (525.584,74 €). Al respecto, es importante precisar, que la parte demandante apunta que nunca planteó una reclamación tributaria pues las materias tributarias serian competencia de un orden jurisdiccional distinto al civil, y que únicamente solicitó el reembolso de un importe que le había abonado a PERFINOR y que posteriormente se vio obligada a pagar nuevamente a la Hacienda Alemana por cuenta de la parte contraria, afirmando que la acción que se ejercitó fue la de enriquecimiento injusto y cobro de lo indebido.

Ante tal petición el árbitro en los párrafos nº 596 y 609 del Laudo (páginas 280, 281, 282, 286 y

287), establece que:

""596. Cuarto.- Respecto del importe de 525.584,74 euros por retención del impuesto de obras alemán.

Argumenta la demandada en el apartado 141 de su reconvención, que este impuesto ha de pagarlo PERFINOR porque: "si PERFINOR no tiene ninguna deuda con la Hacienda alemana se le devolverá íntegro el importe que ha ingresado la UTE Bremen" y continúa: "En todo caso, el SUBCONTRATISTA deberá devolver a UTE CC Bremen cualquier pago que este se vea obligado a hacer como consecuencia del incumplimiento de la legislación vigente o impago de las obligaciones concernientes al SUBCONTRATISTA."

Pero ocurre que, tal como se constata en el Documento nº 54 de la demanda, el impuesto de obras no recae sobre los subcontratistas ni depende de la clase ni de la duración de sus respectivos trabajos o prestaciones, sino que su destinatario único es el contratista y recae sobre la obra en su totalidad, como expresamente informó la Hacienda alemana en respuesta a la consulta planteada por el asesor fiscal CMS, contratado por Cobra. Es decir, ninguna influencia tiene en este impuesto la duración de los trabajos de cada subcontratista, ni la clase de prestación o actividad que realizan, por lo que la tesis defendida por la demandada con apoyo en un informe basado en el error

de partida de atribuir a PERFINOR la posición del contratista, contradiciendo el contenido del informe que le ha suministrado la hacienda Alemana, que expresamente le informa que el sujeto tributario no es el contratado sino el contratante, que percibirá su devolución íntegra en la medida en que no tenga deudas fiscales pendientes, lo que obviamente no cabe repercutir de ningún modo sobre el subcontratado, o "reclutado" (Leistender) como se denomina el concepto tributario en la notificación Anmeldungüber den Steuerabzage bei Bauleistungen, o tributo de obras, mal llamado impuesto.

Como recoge acertadamente el Informe CMS encargado por UTE Bremen y aportado como Documento 54, aunque de dicho informe no puede derivarse obligación alguna de PERFINOR en relación con dicho tributo, al partir dicho informe del error de posicionarlo como "Contratista", posición que obviamente corresponde a UTE BREMEN, si es acertado en cambio cuanto aclara que "la retención del impuesto sobre las obras no conlleva una carga tributaria adicional para el contratista, sino que sirve exclusivamente para garantizar el pago de los impuestos adeudados en Alemania". No cabe por tanto exigir este pago a PERFINOR, que no logrará que se le devuelva lo que corresponde pagar y percibir a otro sujeto tributario.

Debe en consecuencia excluirse este importe de 525.584,74 eur de las cantidades reclamadas a Perfinor por UTE BREMEN."

"609. Finalmente en cuanto al importe de 525.584,74 euros, de retención del impuesto de obras alemán, reclamados por UTE BREMEN a PERFINOR, aun no formando parte este concepto de la relación negocia/ bilateral, se ha de repetir aquí lo que ya quedó consignado más atrás en el capítulo relativo a la valoración por este Arbitro de la prueba (vid Documento 54 de la demanda). Este impuesto no recae de forma específica sobre los subcontratistas, ni depende de la clase ni de la duración de sus respectivos trabajos o prestaciones, sino que su exigencia recae sobre la obra en su totalidad y su destinatario único es el contratista de dicha obra, esto es, UTE Bremen, a quien le será devuelto cuando lo solicite, como expresamente le informó la Hacienda alemana. En consecuencia, no corresponde a PERFINOR el pago de este impuesto, excluyéndose el mismo de las cantidades reclamadas a este última ."

Lo primero que llama la atención a este Tribunal, es que se afirme que el árbitro ha resuelto sobre cuestiones que quedan fuera del procedimiento arbitral y del Convenio, y que la citada materia no puede ser objeto de arbitraje, cuando fue la demandante quien interesó del árbitro un pronunciamiento al respecto, sin que el hecho de que se pronunciara en el sentido apuntado suponga una extralimitación, ya que hay que tener en cuenta, a propósito de la amplitud o flexibilidad del

veredicto arbitral, que la jurisprudencia ha venido insistiendo en la flexibilidad con que ha de ser apreciada la correspondencia entre lo controvertido y lo que puede ser decidido por los árbitros; así, la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de octubre de 1982 ya señaló que las facultades de los árbitros vienen determinadas por el *thema decidendi* establecido por la voluntad de las partes, estando ciertamente aquéllos sometidos al principio de congruencia, sin que puedan traspasar los límites del compromiso resolviendo cuestión no sometida a su decisión; pero eso no implica que estén obligados a interpretarlo tan restrictivamente que se coarte su misión decisoria de conflictos de forma extrajudicial, sino que la naturaleza y finalidad del arbitraje permite una mayor elasticidad en la interpretación de las estipulaciones que describen las cuestiones a decidir, las que deben apreciarse no aisladamente, sino atendiendo a aquella finalidad y a sus antecedentes, pudiendo reputarse comprendidas en el compromiso aquellas facetas de la cuestión a resolver íntimamente vinculadas a la misma y sin cuya aportación quedaría la controversia insuficientemente fallada; en el mismo sentido, las SSTs de 9 de octubre de 1984 , 17 de septiembre de 1985 , 17 de junio de 1987 , 28 de noviembre de 1988 y 20 de noviembre de 1989 .

Es decir, el árbitro puede resolver cuestiones que sean consecuencia lógica y obligada de las que se han planteado, no exclusivamente sobre hechos no controvertidos, y en este caso la cuestión principal fue planteada por la aquí demandante, en concreto reclamando el importe de 525.584,74 euros por retención del impuesto de obras alemán, cantidad reclamada a Perfinor por UTE BREMEN, y lo argumentado por el árbitro se basa en el documento nº 54 aportado por esta última, prueba de derecho extranjero admitida por el Árbitro en el procedimiento arbitral, sobre la que el artículo 33 de la Ley 29/2015 de 30 de julio (LA LEY 12550/2015) -la nueva regulación de la prueba del derecho extranjero en ámbito judicial- establece: " Artículo 33. De la prueba del Derecho extranjero. 1. La prueba del contenido y vigencia del Derecho extranjero se someterá a las normas de la Ley de Enjuiciamiento Civil y demás disposiciones aplicables en la materia. 2. Los órganos jurisdiccionales españoles determinarán el valor probatorio de la prueba practicada para acreditar el contenido y vigencia del Derecho extranjero de acuerdo con las reglas de la sana crítica. 3. Con carácter excepcional, en aquellos supuestos en los que no haya podido acreditarse por las partes el contenido y vigencia del Derecho extranjero, podrá aplicarse el Derecho español. 4. Ningún informe o dictamen, nacional o internacional, sobre Derecho extranjero, tendrá carácter vinculante para los órganos jurisdiccionales españoles."

La anterior norma remite al artículo 281 Ley de Enjuiciamiento Civil (LA LEY 58/2000) , concretamente a su número 2, que señala: "Artículo 281 Objeto y necesidad de la prueba.

1º. La prueba tendrá como objeto los hechos que guarden relación con la tutela judicial que se pretenda obtener en el proceso.

2º.- También serán objeto de prueba la costumbre y el derecho extranjero. La prueba de la costumbre no será necesaria si las partes estuviesen conformes en su existencia y contenido y sus normas no afectasen al orden público. El derecho extranjero deberá ser probado en lo que respecta a su contenido y vigencia, pudiendo valerse el tribunal de cuantos medios de averiguación estime necesarios para su aplicación.

3º.- Están exentos de prueba los hechos sobre los que exista plena conformidad de las partes, salvo en los casos en que la materia objeto del proceso esté fuera del poder de disposición de los litigantes.

4º.-No será necesario probar los hechos que gocen de notoriedad absoluta y general."

Como consecuencia de lo anterior el árbitro no se extralimita, contesta a la cuestión planteada aplicando el derecho extranjero, cuya prueba la aporta la demandada en el arbitraje, tal y como indica la STS de 17 abril 2015 : *"Si el demandante litiga con arreglo al Derecho español y el demandado contesta a la demanda o reconviene con fundamentos de Derecho extraídos del Derecho*

extranjero que considera aplicable, entonces debe el demandando probar el Derecho extranjero....

Por otro lado, una vez que las pruebas sobre el Derecho extranjero han sido debidamente aportadas al proceso, el tribunal las valora de modo global e independiente. Ello significa que el tribunal valora la prueba del Derecho extranjero ya favorezcan o no a la parte que las ha aportado...

Ahora bien, "hechos procesales" y "Derecho extranjero" son realidades diferentes, ya que el Derecho extranjero no es un "hecho procesal" sino un conjunto de normas jurídicas, y tampoco desarrolla en el proceso la función propia de los hechos procesales, sino la función, estrictamente jurídica, consistente en solventar el fondo del litigio."

Tampoco nos encontramos ante un supuesto de inexistencia del convenio arbitral, o "similar" según afirma la demandante, ya que lo que razona el Arbitro no es que estemos ante un tema tributario que debe ser resuelto aplicando el derecho alemán, sino que se afirma que, tras el análisis del doc. 54 aportado, por un lado que, tras afirmar la reconveniente que " *En todo caso, el SUBCONTRATISTA deberá devolver a UTE CC Bremen cualquier pago que este se vea obligado a hacer como consecuencia del incumplimiento de la legislación vigente o impago de las obligaciones concernientes al SUBCONTRATISTA.*" , el árbitro contesta en el siguiente sentido " *Pero ocurre que, tal como se constata en el Documento nº 54 de la demanda, el impuesto de obras no recae sobre los subcontratistas ni depende de la clase ni de la duración de sus respectivos trabajos o prestaciones, sino que su destinatario único es el contratista y recae sobre la obra en su totalidad, como expresamente informó la Hacienda alemana en respuesta a la consulta planteada por el asesor fiscal CMS, contratado por Cobra.*". Y, en cuanto a la base de su decisión afirma que " *Este impuesto no recae de forma específica sobre los subcontratistas, ni depende de la clase ni de la duración de sus respectivos trabajos o prestaciones, sino que su exigencia recae sobre la obra en su totalidad y su destinatario único es el contratista de dicha obra, esto es, UTE Bremen, a quien le será devuelto cuando lo solicite, como expresamente le informó la Hacienda alemana.*" .

Las anteriores afirmaciones, no exceden del objeto del convenio "cuestiones o reclamaciones resultantes de la ejecución o interpretación del contrato", ya que la interpretación que ha de darse al acuerdo contractual delimitador de aquellas cuestiones controvertidas y pendientes objeto de arbitraje, en este caso si lo pagado por la UTE como impuesto alemán, debe ser devuelto o abonado por el subcontratista, tal y como se reclamaba, en base a que la obligación surgida del contrato de devolver a la UTE cualquier pago que este se vea obligado a hacer como consecuencia del incumplimiento de la legislación vigente o impago de las obligaciones concernientes al subcontratista, ello es una operación en la que ha de tenerse en cuenta el espíritu y finalidad que haya presidido el negocio infiriéndolos de las circunstancias concurrentes y de la total conducta de los interesados, teniendo importancia muy relevante, como ya observó la sentencia de 14 de enero de 1964 , la conexión que el acto o negocio guarde con otros que le hayan servido de antecedente. La nota de flexibilidad permite una interpretación amplia y extensiva tanto del ámbito del convenio arbitral como de la delimitación del objeto de la controversia en el seno del procedimiento arbitral, que se extiende a cuantas cuestiones instrumentales o derivadas pudieran surgir en relación a la controversia principal.

Y, en relación a la afirmación de que la cláusula arbitral, solo faculta al Árbitro para resolver aplicando el derecho español, nunca en base al derecho alemán, lo cierto es que dentro del derecho español, tal y como hemos indicado, cabe la prueba del derecho extranjero, pero es más, en este supuesto hay que tener en cuenta que el régimen de prueba del Derecho extranjero en el proceso judicial desarrollado en España es el régimen de prueba que el legislador ha previsto para los "hechos procesales" (STS 17 abril 2015 [cesión de créditos y Derecho holandés], SAP Barcelona 14 octubre 2010 [divorcio de cónyuges marroquíes]), y, aunque en definitiva se trate de realidades diferentes, lo cierto es que, en este caso, lo argumentado por el árbitro en base a la prueba practicada, encaja más en la función propia del hecho procesal, que en la estrictamente jurídica,

sobre el fondo del litigio, por lo que no existe infracción alguna del convenio arbitral.

Además, en este sentido ha de recordarse que la Jurisprudencia afirma que el principio *iura novit curia* permite al Juez fundar el fallo en los preceptos legales o normas jurídicas que sean de pertinente aplicación al caso, aunque los litigantes no las hubieren invocado, y que el juzgador sólo está vinculado por la esencia y sustancia de lo pedido y discutido en el pleito, no por la literalidad de las concretas pretensiones ejercitadas, tal y como hayan sido formuladas por los litigantes, de forma que no existirá incongruencia extra petitum cuando el Juez o Tribunal decida o se pronuncie sobre una de ellas que, aun cuando no fuera formal y expresamente ejercitada, estuviera implícita o fuera consecuencia inescindible o necesaria de los pedimentos articulados o de la cuestión principal debatida en el proceso. Tal doctrina ha de aplicarse, con mayor razón, a los laudos pues, como recuerda la sentencia de la citada Audiencia Provincial de Madrid de 10 de octubre de 2007 " *Se mantiene por la doctrina que no pueden aplicarse sobre el procedimiento arbitral los mismos principios que rigen para la jurisdicción ordinaria, en especial tras la entrada en vigor de la actual Ley de Arbitraje (LA LEY 1961/2003), cuya exposición de motivos y articulado revela el propósito del legislador de someter tal procedimiento a unos principios y normativa diferente de la contenida en la Ley de Enjuiciamiento civil, considerando que el principio de flexibilidad que inspira el procedimiento arbitral debe también presidir el examen de la congruencia del laudo, pudiéndose citar en apoyo de la misma la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de octubre de 1982 . "*

Los motivos deben ser desestimados.

TERCERO.- Tercer motivo de nulidad

Se alega que el Laudo es contrario al orden público (art. 41.1 f) LA), por infracción de la legislación tributaria alemana y por falta de motivación.

En cuanto al primer tema planteado, entiende la demandante, que el Laudo debe ser anulado por interpretar y aplicar incorrectamente el artículo 48 ESTG (Ley alemana del impuesto sobre la renta), así como la jurisprudencia que la interpreta. En primer lugar, porque el Laudo afirma, en contra de lo dispuesto por el artículo 48 ESTG -Ley alemana del impuesto sobre la renta, cuyo texto se aporta como Anexo 6 del documento nº 7, que a su vez es un informe de despacho alemán Kieffer.Stübben Partner-, que el sujeto tributario del impuesto de obras alemán y el legitimado a solicitar el reembolso de las cantidades ingresadas en la Hacienda Alemana es la UTE CC Bremen, y en base a ello fundamenta la desestimación de la reclamación de reembolso formulada por esta parte, con un manifiesto y patente error al afirmar que el sujeto pasivo (denominado por el Árbitro sujeto tributario) del impuesto de obras alemán era la UTE CC Bremen, confundiendo claramente al sujeto pasivo del impuesto con el obligado tributario a realizar la retención e ingresarla en Hacienda por cuenta del sujeto pasivo, y ese error es la expresión de la arbitrariedad que motiva la anulación del Laudo al estar basado su fallo en esta interpretación errónea de la ley alemana. Y, en segundo lugar, el árbitro comete otra infracción jurídica ostensible cuando afirma, nuevamente en contra de lo que establece la legislación tributaria alemana, que el legitimado para solicitar el reembolso de las cantidades ingresadas por este concepto es la UTE ce Bremen, ya que el artículo 48c (2) ESTG establece con total claridad que es el prestador de servicios, que este caso es PERFINOR.

Se afirma, en consecuencia, que el laudo ha interpretado y aplicado incorrectamente el artículo 48 de la ley alemana del impuesto sobre la renta, así como la jurisprudencia que la interpreta, lo que se pretende acreditar la demandante mediante la aportación y análisis del documento nº 7 incorporado junto con la demanda, pero tal y como apuntábamos en nuestro auto de 30 de octubre de 2017, los documentos aportados por la demandante con la numeración 7, 8 y 9, no fueron incorporados en el procedimiento arbitral, como posteriormente ha podido confirmar este Tribunal al tener a su disposición todo el expediente, documentos que fueron expresamente impugnados por la demandada, cuya unión al presente procedimiento fue acordada en la citada resolución, ahora bien, tal y como

indicábamos en la misma, tal incorporación al bagaje documental del pleito, no determinaba su eficacia probatoria, siendo, como es sabido la intervención judicial en el procedimiento de nulidad de Laudos arbitrales restringida, debiendo determinar éste Tribunal si la resolución arbitral incurre en una arbitrariedad patente, pero la misma debe derivar de la prueba practicada en el procedimiento arbitral, no de la que ahora la parte pretende hacer valer con fuerza probatoria, en contra de lo argumentado por el árbitro, por lo que no procede tener en cuenta lo que se hace constar en el documento 7 de los aportados, ni en sus anexos.

Por tanto el único documento a tener en cuenta, a los efectos de valorar si concurre el error patente y la arbitrariedad a la que hace mención la demandante es el documento aportado en la reconvenición planteada por la misma en el procedimiento arbitral -doc. 54, informe elaborado por el despacho alemán CMS Law. Tax-, del que concluye UTE Bremen que si PERFINOR no tiene ninguna deuda con la Hacienda alemana se le devolverá el importe que ha ingresado la UTE Bremen, y si debe alguna cantidad se le compensará, pero el árbitro afirma que *"la tesis defendida por la demandada con apoyo en un informe basado en el error de partida de atribuir a PERFINOR la posición del contratista, contradiciendo el contenido del informe que le ha suministrado la hacienda Alemana, que expresamente le informa que el sujeto tributario no es el contratado sino el contratante, que percibirá su devolución íntegra en la medida en que no tenga deudas fiscales pendientes, lo que obviamente no cabe repercutir de ningún modo sobre el subcontratado, o "reclutado" (Leistender) como se denomina el concepto tributario en la notificación Anmeldung über den Steuerabzug bei Bauleistungen, o tributo de obras, mal llamado impuesto..."*, afirmando que según se desprende del propio informe aportado " la retención del impuesto sobre las obras no conlleva una carga tributaria adicional para el contratista No cabe por tanto exigir este pago a PERFINOR, que no logrará que se le devuelva lo que corresponde pagar y percibir a otro sujeto tributario . . ."

Con respecto al segundo tema, la falta de motivación del Laudo, la STC 308/2006, de 23 de octubre (LA LEY 154862/2006) , señala que el derecho a la tutela judicial efectiva, garantizado en el art. 24.1 CE (LA LEY 2500/1978) , comprende el derecho de los litigantes a obtener de los Jueces y Tribunales una resolución motivada y fundada en Derecho sobre el fondo de las pretensiones oportunamente deducidas por las partes en el proceso, y además los derechos y garantías previstos en el artículo 24 CE (LA LEY 2500/1978) no garantizan la corrección jurídica de la actuación o interpretación llevada a cabo por los órganos judiciales comunes, pues no existe un derecho al acierto (entre otras muchas, SSTC 151/2001, de 2 de julio (LA LEY 5046/2001), FJ 5 ; y 162/2001, de 5 de julio (LA LEY 6999/2001) , FJ 4), y tampoco aseguran la satisfacción de la pretensión de ninguna de las partes del proceso (por todas, SSTC 107/1994, de 11 de abril (LA LEY 13129/1994), FJ 2 ; y 139/2000, de 29 de mayo (LA LEY 8966/2000) , FJ 4); argumentaciones que son extrapolables a lo argumentado por los árbitros en los Laudos Arbitrales, ya que el arbitraje es un medio para la solución de conflictos basado en la autonomía de la voluntad de las partes, como declara la STC 43/88 (LA LEY 974-TC/1988) , y supone una renuncia a la jurisdicción estatal por la del árbitro o árbitros, el arbitraje se considera *"un equivalente jurisdiccional, mediante el cual las partes pueden obtener los mismos objetivos que con la jurisdicción civil (esto es, la obtención de una decisión que ponga fin al conflicto con todos los efectos de la cosa juzgada)"*.

La alegación del recurrente sobre la falta de motivación de los Laudos impugnados, no puede prosperar, ya que como hemos analizado el Laudo Final se encuentra motivado, sin que le corresponda a este Tribunal analizar el acierto o no de la motivación, llegando a conclusiones conforme a sus conocimientos, sin ser arbitrarios los argumentos empleados, ya que, como es sabido, corresponde a la parte demandante, a tenor de las reglas sobre carga de la prueba establecidas en el art. 217.1 (LA LEY 58/2000) y 2 de la L.E.C .-salvo los supuestos de facilidad probatoria-, la obligación de acreditar y, por tanto, de soportar las consecuencias de la falta de prueba de lo alegado por la mismas.

Y, en cuanto al Laudo Aclaratorio de fecha 12 de mayo de 2017, en el mismo se hace constar, en correlación con el escrito de UTE Bremen solicitando aclaración, en primer lugar que " *Plantea a continuación la representación de UTE BREMEN que: "si el Arbitro se ha basado en el mencionado documento aclare en que parte del mismo se contiene la afirmación de que el sujeto tributario no es el contratado sino el contratante, y que este es el que percibirá su devolución íntegra en la medida en que no tenga deudas fiscales pendientes."*

Partiendo este árbitro de la certeza de que la representación letrada conoce sobradamente que en la relación objeto de estas actuaciones el contratante es UTE BREMEN y el contratado es PERFINOR tampoco pondrá en duda que en ese documento consta de forma indubitada que la Hacienda Alemana ha dirigido el tributo contra el contratante (UTE BREMEN) y no contra el subcontratista contratado (PERFINOR) .

En relación a la segunda cuestión planteada por UTE Bremen, sobre extralimitación que "No deja de sorprender que la representación letrada de UTE BREMEN pueda suponer que el criterio expresado por este Árbitro en relación con las obligaciones tributarias de las partes, pueda tener el alcance y eficacia de "resolución" de la Hacienda Alemana, existiendo como existe un cauce abierto por ambas partes ante dicha Administración., en el que se dictará la auténtica resolución, de devolución, total o parcial del tributo, a quien corresponda, razón ésta por la cual, además de las ya expresadas, hubo de rechazarse la pretensión planteada por la demandada, de que se considere a PERFINOR sujeto pasivo del indicado impuesto, sin acreditarlo de ningún modo.

Así pues, contrariamente a lo sostenido por la demandada reconviniendo, sí se han sometido y discutido extensamente los aspectos que refiere en su petición aclaratoria como: (i) quien era el sujeto pasivo del impuesto de obras alemán, (ii) quien era el obligado a realizar la retención del mencionado impuesto y (iii) quien el legitimado para solicitar la devolución del mismo, como directamente puede comprobarse de la lectura del procedimiento, de las alegaciones de las partes y de la prueba practicada, que se han incorporado en los antecedentes del Laudo".

De las consideraciones vertidas por UTE Bremen tanto en la solicitud de aclaración del Laudo, como en la demanda interpuesta ante este Tribunal, lo que se deduce es su discrepancia con la resolución dictada por el árbitro, discutiendo el fondo de la cuestión planteada por el mismo, discrepando de lo acordado por el árbitro, incorporando una prueba sobre el derecho alemán, no aportada en el procedimiento arbitral, y manteniendo a su vez, de forma contradictoria, que lo acordado no ha sido objeto de controversia, o que lo resuelto se trata de una extralimitación. Pues bien, de los Laudos analizados no podemos llegar a la conclusión de no existe motivación o que la misma es arbitraria, irrazonable o ilógica, ya que la mayor o menor corrección jurídica de los argumentos empleados por el árbitro, no tratándose de un patente error ni infracción de una norma imperativa, y respetando los derechos de defensa, no supone infracción alguna del orden público, por lo que la demanda no puede prosperar.

CUARTO. - Rechazadas totalmente las pretensiones de la demandante, es obligado, conforme al artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LA LEY 58/2000) , imponer a ésta las costas causadas en este procedimiento, pues tampoco pueden apreciarse serias dudas de hecho o de derecho en el asunto planteado.

Vistos los artículos de aplicación

FALLAMOS

DESESTIMAMOS la demanda formulada por el Procurador de los Tribunales D. Javier Cervera Rodríguez, en nombre y representación de **COBRA INFRAESTRUCTURAS INTERNACIONAL, S.A., COBRA INSTALACIONES Y SERVICIOS INTERNACIONAL, S.L., UTE LEY 18/1982 (LA LEY 1321/1982), COBRA INFRAESTRUCTURAS INTERNACIONAL, S.A., COBRA INSTALACIONES**

Y SERVICIOS INTERNACIONAL, S.L, UTE BREMEN , contra PERFILADOS DEL NORTE S.A., acción de anulación del laudo arbitral dictado con fecha 23 de marzo de 2017, y Laudo Aclaratorio de 12 de mayo, por la Corte Civil y Mercantil de Arbitraje de Madrid (CIMA), en el Procedimiento Arbitral nº 12/2015; con expresa imposición a la demandante de las costas causadas en este procedimiento.

Frente a esta sentencia no cabe recurso alguno (art. 42.2 Ley de Arbitraje (LA LEY 1961/2003)).

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

DILIGENCIA.- En Madrid a, 1 de febrero de 2018, firmada la anterior resolución es entregada en esta Secretaría para su notificación, dándose publicidad en legal forma y se expide certificación de la misma para su unión al rollo. Doy fe.

Análisis

Normativa Aplicada

Normativa aplicada

L 60/2003 de 23 Dic. (arbitraje) art. 41.1

Voces

Voces

Arbitraje y mediación

Arbitraje privado

Anulación y revisión de laudos

Acción de anulación del laudo