



Roj: **STSJ ICAN 619/2017 - ECLI: ES:TSJICAN:2017:619**

Id Cendoj: **35016310012017100006**

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

Sede: **Palmas de Gran Canaria (Las)**

Sección: **1**

Fecha: **05/04/2017**

Nº de Recurso: **7/2016**

Nº de Resolución: **1/2017**

Procedimiento: **Impugnación judicial de laudo arbitral**

Ponente: **MARIA MARGARITA VARONA FAUS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

?0

Sección: JP

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA. SALA DE LO CIVIL

C./ Plaza San Agustín nº 6

Las Palmas de Gran Canaria

Teléfono: 928 32 50 07

Fax.: 928 32 50 37

Email: civilpenaltsj.lpa@justiciaencanarias.org

Procedimiento: Impugnación judicial de laudo arbitral

Nº Procedimiento: 0000007/2016

NIG: 3501631120160000008

Resolución: Sentencia 000001/2017

Intervención: Interviniente: Procurador:

Demandante HERMANOS SANTANA CAZORLA S.L. ALEJANDRO VALIDO FARRAY

Demandado FOMENTO DE CONSTRUCCIONES Y CONTRATAS ANGEL COLINA GOMEZ

### **SENTENCIA**

Presidente:

Excmo. Sr. D. Antonio Doreste Armas.

Magistradas:

Ilma. Sra. D<sup>a</sup> Margarita Varona Faus.

Ilma. Sra. D<sup>a</sup> Carla Bellini Domínguez.

En Las Palmas de Gran Canaria, a 5 de abril de 2017.

Visto por esta Sala de lo Civil y Penal, integrada por los Magistrados arriba reseñados, el procedimiento de impugnación de laudo arbitral nº 7/2016, incoado en virtud de demanda interpuesta por el Procurador D. Alejandro Valido Farray en representación de Hermandos Santana Cazorla, S.L., bajo la dirección letrada de D. Javier de Andrés Martínez, frente a la entidad FCC Construcción, S.A., representada en estos autos por el Procurador D. Ángel Colina Gómez, bajo la dirección letrada de D. Enrique Trabada Guijarro.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**



PRIMERO. El 5 de diciembre de 2016 se tuvo por recibido escrito de demanda de juicio verbal y documentos presentados por el Procurador D. Alejandro Valido Farray, en nombre de la mercantil Hermanos Santana Cazorla, S.L., solicitando la nulidad del laudo arbitral dictado por la Corte de Arbitraje de la Cámara Oficial de Comercio, Industria y Navegación de Gran Canaria el 4 de octubre de 2016, recaído en el procedimiento de arbitraje de derecho nº 1/2016 seguido entre la referida mercantil frente a FCC Construcción, S.A. Requerido el procurador para que subsanara la omisión de domicilio de la demandada, así como la liquidación de la correspondiente tasa judicial, ambos defectos fueron subsanados en tiempo y forma.

SEGUNDO. Mediante decreto de 13 de enero de 2017 fue admitida a trámite la demanda, cuya cuantía se tuvo por indeterminada, y se acordó dar traslado de la misma a la parte demanda para que la contestara en el plazo de veinte días.

TERCERO. El 22 de febrero de 2017 se tuvo por contestada la demanda mediante escrito presentado por el procurador don Ángel Colina Gómez en nombre y representación de FCC Construcción, S.A., así como solicitada la incorporación de prueba documental, proponiéndose asimismo prueba testifical y pericial. En la misma fecha se acordó dar traslado a la parte actora a fin de que pudiera presentar documentos adicionales o proponer la práctica de prueba.

CUARTO. Evacuado por la actora el traslado conferido, el 24 de febrero de 2017 se ordenó que pasasen las actuaciones a la Magistrada ponente para resolver acerca de la práctica de prueba propuesta por las partes y, en su caso, señalar día y hora para la celebración de vista.

QUINTO. Mediante providencia de 3 de marzo de 2017, la Sala acordó tener por unidos y reproducidos los documentos aportados por la actora con el escrito de demanda; respecto a la práctica de la declaración del perito D. Jacobo, se acordó no haber lugar a lo interesado al no corresponder a este Tribunal el pronunciarse sobre el resultado del dictamen elaborado por aquel.

SEXTO. Mediante diligencia de ordenación de 6 de marzo de 2017 se ordenó que, habiéndose denegado mediante providencia de 3 de marzo de 2017 la práctica de prueba reseñada en el antecedente anterior, una vez firme dicha diligencia de ordenación se diera traslado de las actuaciones a la Magistrada ponente para resolver, haciéndose entrega de las actuaciones el 22 de marzo de 2017. Es ponente la Ilma. Sra. D<sup>a</sup> Margarita Varona Faus, quien expresa en la presente el parecer unánime de la Sala.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Por la entidad Hermanos Santana Cazorla S.L., en adelante HSC, ha sido interpuesta demanda ante esta Sala de lo Civil y Penal del TSJ en la que se ejercita acción de nulidad del Laudo Parcial, de fecha 4 de octubre de 2016, dictado por el árbitro único D. Teodoro Rosales Hernández. La acción de nulidad se funda en el motivo que establece el artículo 41.1.f) de la vigente Ley de Arbitraje, al considerar que el Laudo es contrario al orden público por la indebida aplicación de la cosa juzgada. Se solicita por la parte actora que, con la estimación de su demanda, se declare nulo el referido Laudo Parcial y se impongan las costas a la parte demandada.

La parte demandada, la entidad FCC Construcción S.A (en adelante FCC), se opone a la referida acción de nulidad y solicita la desestimación íntegra de la demanda, con imposición de costas a la entidad demandante.

La parte demandante de nulidad entiende que ha existido una indebida apreciación de la excepción de cosa juzgada, porque al dictarse el Laudo Parcial que se impugna no se han tomado en consideración circunstancias tales como que la UTE Nueva Sede Judicial no está disuelta; que el anterior Laudo dictado por razón de la demanda arbitral interpuesta por FCC contra HSC no declaró resueltas las obligaciones existentes entre las partes; y que el referido Laudo anterior, de fecha 23 de enero de 2012, no juzgó la liquidación de la UTE que sigue pendiente, razón por la cual se efectuaban las reclamaciones que constan en la demanda arbitral instada por HSC y de la cual devino el Laudo cuya nulidad ahora se solicita

SEGUNDO. En primer lugar han de efectuarse unas consideraciones sobre los estrechos límites de la acción de nulidad del laudo arbitral que se ejercita. Está regulada en el título VII, artículos 40 a 43 de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje. En su Exposición de Motivos se afirma que este Título VII regula la anulación y revisión del laudo. Respecto de la anulación, se evita la expresión "recurso", por resultar técnicamente incorrecta. Lo que se inicia con la acción de anulación es un proceso de impugnación de la validez del laudo. Se sigue partiendo de la base de que los motivos de anulación del laudo han de ser tasados y no han de permitir, como regla general, una revisión del fondo de la decisión de los árbitros. Esta limitación es una consecuencia de la naturaleza del arbitraje, que se basa en el respeto a la autonomía de la voluntad de las partes, que prefieren someter sus conflictos a uno o varios árbitros, excluyendo casi completamente a los tribunales. La acción de anulación del laudo no es un recurso sino una acción para controlar la validez



del **arbitraje** realizado, que sólo es nulo en los supuestos de grave contravención del ordenamiento jurídico, expuestos de forma tasada en el artículo 40 de la ley de **arbitraje**. Además la sentencia sólo tiene como contenido posible en caso de éxito anular total o parcialmente el laudo, sin pronunciarse sobre aquello que fue objeto del procedimiento arbitral.

Como ya se dijera por esta Sala de lo Civil en su sentencia de 20 de noviembre de 2012 (Procedimiento de Nulidad de Laudo Arbitral nº 6/2012), *quot*;La acción de anulación no es una segunda instancia, donde sea factible plantear cuestiones tales como la valoración de la prueba o la interpretación y aplicación de las normas jurídicas por el árbitro, al ser éstas materias de su exclusiva competencia*quot*;

TERCERO. Como se ha expuesto, la parte demandante de la nulidad del Laudo funda su acción en el motivo que señala el artículo 41.1.f) de la vigente Ley de **Arbitraje**, de ser el Laudo contrario al orden público. Más concretamente, se dice que el Laudo vulnera el orden público al haber apreciado indebidamente la excepción de la cosa juzgada. Ello exige determinar, como primera cuestión a resolver, si dentro de ese concepto de orden público se engloba la posible infracción o no del efecto de cosa juzgada por parte del Laudo Parcial que se combate.

Se suele decir, no sin razón, que como concepto jurídico indeterminado que es, el orden público es una figura confusa y de difícil concreción. La sentencia 1/2014 de este Tribunal Superior de Justicia de Canarias recuerda que *quot*;por orden público han de estimarse aquel conjunto de principios, normas rectoras generales y derechos fundamentales constitucionalizados en el Ordenamiento Jurídico español,...( STC 54/89, de 23 de febrero ) 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 artículo 9.3 de la Constitución, y desde luego, quedando fuera de este concepto la posible justicia del laudo, las deficiencias del fallo o el modo más o menos acertado de resolver la cuestión*quot*; . Más en concreto, esta sentencia añade que *quot*;la definición primera y principal de orden público tiene marcado carácter procesal, vinculándose básicamente a los derechos recogidos en el art. 24.1 y 2 de la Constitución : ausencia de motivación, existencia de cosa juzgada, parcialidad del árbitro, infracción del principio de igualdad o prueba ilícita*quot*; . Este criterio se sigue también por la sentencia del TSJ de Madrid nº 75/2013, al englobar dentro del orden público la excepción que nos ocupa.

Como señala la sentencia del TSJ de Madrid nº 74/2016 de 1 de diciembre de 2016 (Rec. 56/2016), *quot*;El respeto a los efectos de la cosa juzgada se ha vinculado al derecho constitucional a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 de la Constitución y con el principio de seguridad jurídica reconocido en el artículo 9.3 de la misma, de modo que tal derecho fundamental y principio constitucional resultarían vulnerados si no se respetaran en un proceso ulterior las decisiones firmes acordadas en otro proceso anterior. Por tanto, la resolución en un laudo de cuestiones zanjadas definitivamente en otro laudo anterior incurriría en vulneración de orden público, por infracción de derechos y garantías constitucionales, al estar incurrido en la causa de nulidad prevista en el apartado f) del artículo 41.1 de la Ley de Arbitraje*quot* ; .

Por lo que se refiere a la naturaleza y efectos de la cosa juzgada, la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo núm. 629/2013 (RJ 2013\7258) compendia la doctrina jurisprudencial sobre la cosa juzgada: "A) La intrínseca entidad material de una acción permanece intacta sean cuales fueren las modalidades extrínsecas adoptadas para su formal articulación procesal ( SSTS 11-3-85 y 25-5-95 ). B) La causa de pedir viene integrada por el conjunto de hechos esenciales para el logro de la consecuencia jurídica pretendida por la parte actora ( STS 3-5-00 (RJ 2000, 3191) ) o, dicho de otra forma, por el conjunto de hechos jurídicamente relevantes para fundar la pretensión ( SSTS 19-6-00 y 24-7-00 (RJ 2000, 6193) ) o título que sirve de base al derecho reclamado ( SSTS 27-10-00 y 15-11-01 (RJ 2001, 9457) ). C) La identidad de causa de pedir concurre en aquellos supuestos en que se produce una perfecta igualdad en las circunstancias determinantes del derecho reclamado y de su exigibilidad, que sirven de fundamento y apoyo a la nueva acción ( STS 27-10-00 ). D) No desaparece la consecuencia negativa de la cosa juzgada cuando, mediante el segundo pleito, se han querido suplir o subsanar los errores alegatorios o de prueba acaecidos en el primero, porque no es correcto procesalmente plantear de nuevo la misma pretensión cuando antes se omitieron pedimentos, o no pudieron demostrarse o el juzgador no los atendió ( SSTS 30-7-96 ( RJ 1996, 6413), 3-5-00 y 27-10-00 (RJ 2000, 8487)). E) La cosa juzgada se extiende incluso a cuestiones no juzgadas, en cuanto no deducidas expresamente en el proceso, pero que resultan cubiertas igualmente por la cosa juzgada impidiendo su reproducción en ulterior proceso, cual sucede con peticiones complementarias de otra principal u otras cuestiones deducibles y no deducidas, como una indemnización de daños no solicitada, siempre que entre ellas y el objeto principal del pleito exista un profundo enlace, pues el mantenimiento en el tiempo de la incertidumbre litigiosa, después de una demanda donde objetiva y casualmente el actor pudo hacer valer todos los pedimentos que tenía contra el demandado, quiebra las garantías jurídicas del amenazado ( SSTS 28-2-91 y 30-7-96 (RJ 1996, 6413) ), postulados en gran



medida incorporados explícitamente ahora al art. 400 de la nueva LEC (LA LEY 58/2000). F) El juicio sobre la concurrencia o no de la cosa juzgada ha de inferirse de la relación jurídica controvertida, comparando lo resuelto en el primer pleito con lo pretendido en el segundo ( SSTS 3-4-90 , 31-3-92 , 25-5-95 y 30-7- 96)."

Recientemente, la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 4 de febrero de 2016 (ROJ: STS 328/2016 - ECLI: ES: TS: 2016:328), recuerda que "la jurisprudencia ha declarado reiteradamente que el efecto de cosa juzgada material de las sentencias firmes corresponde a la esfera del Derecho Público, por cuanto afecta a la seguridad jurídica e incluso al prestigio de los órganos jurisdiccionales (por todas, Sentencia de esta Sala de 12 de julio de 2003 ). De ahí, que, cuando la correspondiente excepción sea alegada, se haga preciso proceder a una rigurosa comprobación acerca de la existencia de semejanza real entre la sentencia pronunciada en anterior proceso y las pretensiones que se han ejercitado en el presente, pues -como ha afirmado el Tribunal Constitucional- la mera posibilidad de que se produzcan sentencias firmes discrepantes y opuestas entre sí supondría la quiebra del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. Desde el punto de vista legislativo, el artículo 222.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil establece que "la cosa juzgada de las sentencias firmes, sean estimatorias o desestimatorias, excluirá, conforme a la ley, un ulterior proceso cuyo objeto sea idéntico al del proceso en que aquélla se produjo". Añadiendo el párrafo segundo del apartado segundo del propio precepto que "se considerarán hechos nuevos y distintos, en relación con el fundamento de las referidas pretensiones, los posteriores a la completa preclusión de los actos de alegación en el proceso en que aquéllas se formularen". Indiscutida la identidad subjetiva, debe examinarse si concurre la identidad objetiva. Respecto de la identidad de causa de pedir y de objeto, debe tenerse presente lo dispuesto en el artículo 400.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil ("cuando lo que se pida en la demanda pueda fundarse en diferentes hechos o distintos fundamentos o títulos jurídicos, habrán de aducirse en ella cuantos resulten conocidos o puedan invocarse al tiempo de interponerla, sin que sea admisible reservar su alegación para un proceso ulterior ; ... a efectos de litispendencia y de cosa juzgada, los hechos y los fundamentos jurídicos aducidos en un litigio se considerarán los mismos que los alegados en otro juicio anterior si hubiesen podido alegarse en éste"). Precepto que ha venido a dar carta de naturaleza legislativa a la máxima según la cual la cosa juzgada cubre lo deducido y lo que se hubiere podido deducir, porque la sentencia pasada en cosa juzgada "precluye" la posibilidad de una demanda en un nuevo proceso para plantear nuevos argumentos que habrían podido ser planteados al juez en el anterior litigio, siempre -se entiende- dentro de los límites objetivos de la acción ejercitada (esto es, el mismo petitum y la misma causa petendi). Ahora bien, dicha máxima no puede tener unos efectos absolutos, puesto que, como advierte la jurisprudencia, no es aplicable cuando el primer proceso no puede abarcar todas las contingencias posibles o cuando surgen cuestiones nuevas. Así, la Sentencia de esta Sala de 20 de abril de 1988 dice textualmente: «En efecto, en puridad de doctrina, los ordenamientos jurídicos prefieren el efecto preclusivo de la res iudicata como mal menor y que cuenta a su favor con el principio de seguridad jurídica; pero un elemental principio de justicia obliga a matizar el anterior principio y a establecer como regla de excepción aquella que predica que no es aplicable la cosa juzgada cuando en el primer proceso no se hubieren agotado todas las posibilidades fácticas y jurídicas del caso o haya surgido algún elemento posterior e imprevisto y extraño en la sentencia. Es decir, el efecto preclusivo se da cuando el proceso terminado haya sido susceptible jurídicamente de un agotamiento del caso. En consecuencia, no existe cuando no se dé esa posibilidad y el proceso posterior que complementa el anterior no vulnera el principio non bis in idem».

CUARTO. A los efectos de la nulidad aquí instada, esta Sala hace suyos todos los antecedentes de hecho a que hace referencia el Laudo Parcial de 4 de octubre de 2016, tanto en lo relativo al objeto del procedimiento arbitral n.º 1/2011, tramitado también ante la Corte de **Arbitraje** de la Cámara Oficial de Comercio, Industria y Navegación de Gran Canaria, como, más concretamente, en cuanto a las peticiones deducidas en la demanda modificada instada por FCC y la UTE Nueva Sede Judicial contra HSC, y las de la contestación a la demanda y reconvenición formuladas por esta última entidad, así como de lo resuelto en aquel procedimiento por el Laudo de fecha 23 de enero de 2012, entre otras cosas, porque el referido Laudo fue objeto de acción de nulidad ante esta Sala de lo Civil y Penal del TSJ, que dictó sentencia de fecha 20 de noviembre de 2012 , y que, por tanto, conoce tales antecedentes.

Así mismo, se asumen los hechos que se recogen en el denominado Antecedente Tercero, números 19 a 26, del Laudo aquí cuestionado, y que resultan acreditados de la documentación aportada junto a la demanda por la que HSC insta la nulidad del Laudo de 4 de octubre de 2016, y de los documentos que se acompañan por FCC al contestar la referida demanda de nulidad, conforme se relaciona en el Laudo aquí cuestionado.

En cuanto a la apreciación parcial de la excepción de la cosa juzgada decretada en el Laudo cuya nulidad se insta, resulta incuestionable la identidad de personas que aquella exige, al ser las mismas las partes que contendieron tanto en el procedimiento arbitral 1/2011 como en el procedimiento arbitral 1/2016, en el que ha sido dictado el Laudo que es ahora objeto de este pronunciamiento. Por lo que se refiere a la identidad objetiva y causa de pedir, el Laudo contiene una motivación y fundamentación más que suficiente respecto a cuales



fueron las reclamaciones objeto de cognición en el Laudo arbitral de 23 de enero de 2012, y la oposición y reconvencción que, frente a aquellas, dedujo la entidad que aquí demanda la nulidad del Laudo de fecha 4 de octubre de 2016, así como lo que fue objeto de reclamación en el procedimiento arbitral 1/2016 que concluyó con el dictado del referido Laudo.

Y a modo de conclusión de las consideraciones que se efectúan en el Laudo impugnado, se ha de determinar lo siguiente: 1) en la demanda arbitral modificada que dio origen al anterior procedimiento arbitral 1/2011, la entidad actora, FCC, solicitó expresamente la condena de HSC a pagar a UTE NUEVA SEDE JUDICIAL el saldo favorable a la misma derivado de la resolución de obligaciones solicitada a fecha 31 de agosto de 2011, ascendente a 77.613,13 euros, como consecuencia de la determinación del saldo resultante de la liquidación de saldos existentes en la contabilidad de UTE de la asociada Hermanos Santana Cazorla, S.L., a fecha de 31 de agosto de 2011. 2) La entidad HSC contestó a la demanda y, oponiéndose a la misma, alegó que el resultado de la liquidación determinaba un saldo favorable a HSC, formulando, a su vez, demanda reconvenzional que sería desestimada. 3) El anterior Laudo arbitral de 23 de enero de 2012, se pronunció respecto a las alegaciones de las partes en el particular de la liquidación así deducida y falló que "No procede reconocer, ni en favor de la UTE Nueva Sede Judicial ni en favor de la entidad Hermanos Santana Cazorla, S.L. cuantía alguna en favor de saldo a su favor"; particular éste del Laudo que no fue objeto de la acción de nulidad entablada contra el mismo. 4) En ninguno de los escritos presentados por las partes en los dos procesos arbitrales se argumenta o discute respecto a la disolución de la UTE, que ambas partes reconocen no haberse producido. 5) Independientemente de la redacción contenida en el fallo del Laudo arbitral de 23 de enero de 2012, en el mismo se estimó la efectiva resolución contractual instada por la allí actora, FCC, frente a HSC, con efectos al 31 de agosto de 2011, y se acordaron las consecuencias indemnizatorias derivadas de aquella resolución contractual instada conforme al artículo 1.124 del Código Civil, lo que así fue sancionado por esta Sala al conocer de la acción de nulidad formulada contra el referido Laudo y desestimar la misma. 6) Que igualmente, y así se declara expresamente en el Laudo impugnado, desde el verano de 2011 la entidad HSC quedó apartada de la UTE, de su funcionamiento, de sus órganos de gestión y de una efectiva participación en la misma, de manera que la UTE Nueva Sede Judicial estaba constituida, a partir de aquella fecha, exclusivamente por FCC.

En conclusión, la apreciación de la excepción de cosa juzgada que se efectúa en el Laudo de 4 de octubre de 2016 es ajustada a Derecho, está debidamente motivada, y tiene su antecedente en la efectiva cognición que de la liquidación instada por FCC y oposición a la misma de HSC, junto a la reconvencción formulada, tuvo el árbitro que dictó el Laudo de 23 de enero de 2012, en el que, a efectos de 31 de agosto de 2011, se decretó la efectiva resolución contractual instada por FCC, y se desestimaron las pretensiones que había efectuado HSC en su reconvencción, lo que, entre otros efectos, vino a determinar la exclusión de HSC de su efectiva participación en la UTE y que, como consecuencia de ello, se alegara, conociera y resolviera respecto a la liquidación de saldos contables que se reclamaba.

QUINTO. Procede la imposición de las costas a la parte actora del presente procedimiento de impugnación de laudo arbitral, en aplicación supletoria del artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y el principio del vencimiento que en el precepto se establece, al desestimarse plenamente la pretensión de nulidad deducida.

Vistos los preceptos citados y demás de pertinente aplicación.

## FALLAMOS

Que desestimando en su integridad la demanda de anulación de Laudo arbitral Parcial, interpuesta por el entidad Hermanos Santana Cazorla, S.L. contra el Laudo de fecha 4 de octubre de 2016, dictado por el árbitro D. Teodoro Rosales Hernández, debemos confirmar y confirmamos el mismo, con imposición de las costas a la parte actora del presente procedimiento de anulación.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.