



Roj: **STSJ CAT 1272/2019 - ECLI: ES:TSJCAT:2019:1272**

Id Cendoj: **08019310012019100026**

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

Sede: **Barcelona**

Sección: **1**

Fecha: **14/01/2019**

Nº de Recurso: **7/2018**

Nº de Resolución: **2/2019**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **JORDI SEGUI PUNTAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

### **Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña**

#### **Arbitrajes 7/2018**

Anulación

#### **SENTENCIA NÚM. 2**

Presidente:

Ilmo/a Don José Francisco Valls Gombau

Magistrados:

Ilma. Doña María Eugènia Alegret Burgués

Ilmo. Don Jordi Seguí Puntas

En Barcelona, a 14 de enero de 2019

La Sala Civil del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, integrada por los Magistrados que se expresan más arriba, ha visto el Procedimiento de **Arbitraje** núm. 7/18 para la anulación del Laudo Arbitral de fecha 3 de abril de 2018 por el árbitro D. Adolfo . La parte demandante, la mercantil SERVEIS MUNICIPALS DEL MONTSENY, SL, ha sido representada por la Procuradora D<sup>a</sup>. CRISTINA CORNET SALAMERO y ha sido defendida por el Letrado D. RAMON CONTIJOCH PRATDESABA. La parte demandada, la mercantil SOCIETAT CATALANA DE PETROLIS, S A. (PETROCAT) ha sido representada por el Procurador D.SERGI BASTIDA BATLLE y defendido por el Letrado D. ALBERTO JIMÉNEZ HERNÁNDEZ.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** En fecha 21 de junio de 2018, la Procuradora de los Tribunales D<sup>a</sup>. CRISTINA CORNET SALAMERO, en representación de SERVEIS MUNICIPALS DEL MONTSENY, SL, presentó en la Secretaría de esta Sala demanda de anulación de Laudo arbitral definitivo dictado por el Árbitro D. Adolfo en fecha 3 de abril de 2018. Es parte demandada SOCIETAT CATALANA DE PETROLIS, S A. (PETROCAT).

**SEGUNDO.-** Por Decreto de fecha 28 de junio de 2018 se admite a trámite la demanda concediendo a la parte demandada el plazo legalmente establecido para contestarla, haciéndolo en fecha 5 de septiembre de 2018, por escrito presentado por el Procurador D. Sergi Bastida Batlle.

De dicha contestación se da traslado a la parte demandante para que en un plazo de cinco días presente documentos adicionales o proponga la práctica de prueba en base al traslado que se le ha hecho del escrito de contestación y de los documentos que lo acompañan.

**TERCERO.-** Verificado lo anterior esta Sala dicta Auto acordando sobre la admisión de las pruebas propuestas por las partes.



**CUARTO.-** Por providencia de fecha 16 de octubre de 2018 se señaló fecha para el acto de votación y fallo la cual tuvo lugar el día 29 de noviembre a las 10,00 horas de su mañana.

Ha sido ponente el Magistrado de esta Sala Ilmo. Sr. D. Jordi Seguí Puntas.

## RAZONAMIENTOS JURIDICOS

### PRIMERO. Resumen de antecedentes

Serveis Municipals del Montseny SL (SMM) formula una acción de anulación del laudo dictado en fecha 3 de abril de 2018 en el **arbitraje** seguido ante el Tribunal Arbitral de Barcelona a instancia de dicha sociedad mercantil y que tuvo por objeto la reclamación de una indemnización relacionada con el contrato de abanderamiento y de suministro de carburante vigente entre SMM y Societat Catalana de Petrolis SA (PETROCAT) desde febrero de 1994.

La acción de anulación se funda en un único motivo, amparado en el subapartado letra f/ del artículo 41.1 de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de **arbitraje** (LA): la vulneración del orden público procesal por apreciación indebida de la cosa juzgada material en su vertiente negativa.

Tal motivo de nulidad ha sido combatido por la compañía mercantil demandada.

### SEGUNDO. Naturaleza y finalidad de la institución arbitral

Conforme recordaran las sentencias de este tribunal 53/2014, de 24 de julio y 61/2015, de 27 de julio, entre otras, el **arbitraje** es un medio alternativo de resolución de conflictos que se fundamenta en la autonomía de la voluntad de las partes, las cuales aceptan de antemano la decisión del árbitro al que han acordado someterse, sin posibilidad de trasladar el examen de la controversia al juez ni de sustituir en ningún caso la decisión del árbitro por la de aquel, más allá de la restringida protección que ofrece el procedimiento judicial de nulidad del laudo.

La sentencia de este tribunal 78/2016, de 6 de octubre, con invocación de la STC Pleno 174/1995, de 23 de noviembre, subrayaba que "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".

El **arbitraje** parte de la libertad civil de las partes en la resolución de sus conflictos sobre derechos disponibles sin intervención de los tribunales.

Así lo proclamó la citada STC 174/1995, subrayando que "la autonomía de la voluntad de las partes -de todas las partes- constituye la esencia y el fundamento de la institución arbitral, por cuanto que el **arbitraje** conlleva la exclusión de la vía judicial".

El principio de voluntariedad es pues básico, si bien una vez sometidas las partes a este sistema, el laudo dictado es vinculante para ellas, sin que los tribunales puedan revisar el juicio sobre la cuestión de fondo del árbitro.

Por tal razón la vigente Ley de **arbitraje** expresa en su artículo 43, ahora ya con toda claridad tras la reforma introducida por la Ley 11/2011, de 20 de mayo, que " *el laudo produce efectos de cosa juzgada* " y que solo cabe contra él ejercitar la acción de nulidad, aparte de una eventual revisión en los términos previstos en la LEC para las sentencias firmes. En atención a la naturaleza propia del **arbitraje**, dicha acción necesariamente debe limitarse a los supuestos de contravención grave del propio contrato de **arbitraje** o de las garantías esenciales de procedimiento sancionadas en el artículo 24 LA, sin que pueda extenderse a los supuestos de infracción del derecho material aplicable al caso.

En concreto, la nulidad del laudo arbitral se funda en motivos tasados, los cuales, en consonancia con la naturaleza y finalidad del instituto del **arbitraje**, se limitan a contemplar supuestos graves de contravención del propio contrato de **arbitraje** ( artículo 41.1,a LA) y de vulneración de determinadas garantías procesales esenciales reconocidas en el artículo 24 CE y aplicables también en el procedimiento arbitral por imperativo del artículo 24 LA (subapartados letras b, c, d y e del artículo 41.1 LA), o de los principios de justicia y equidad que conforman el orden público institucional (artículo 41.1,f LA), sin abarcar en modo alguno, por tanto, ni la infracción del derecho material aplicable al caso ni el acierto o desacierto al resolver la cuestión arbitral.

Por ello, el examen del laudo que estamos autorizados a efectuar debe limitarse a un *juicio externo* atinente al respeto del convenio arbitral, al cumplimiento de los principios esenciales de todo proceso y a la observancia de los derechos y libertades fundamentales reconocidos en el Capítulo II del Título I de la CE que sean invocados en cada caso por el demandante.



### TERCERO. Vulneración del orden público procesal. Cosa juzgada negativa.

1. En el motivo único de nulidad del laudo se denuncia, al amparo del artículo 41.1, f/ LA, la vulneración del orden público en que habría incurrido la resolución arbitral al apreciar de modo incorrecto la excepción de cosa juzgada material en su faceta negativa o excluyente regulada en el artículo 222.1 LEC, pues, a criterio de la sociedad impugnante, no concurren los presupuestos de esa institución procesal, ya que:

*1/ no se da entre el primer y el segundo procedimiento arbitral la identidad de objeto y pretensiones a las que jurisprudencial y constitucionalmente se vincula la eficacia de la excepción de cosa juzgada;*

*2/ no existe en el primer procedimiento arbitral reconvención implícita o tácita que ampare la excepción de cosa juzgada e impida el planteamiento y resolución de las cuestiones de fondo deducidas en el segundo procedimiento arbitral;*

*3/ la reconvención, como acción que corresponde al demandado frente al actor, es potestativa y su ausencia en el primer procedimiento arbitral no excluye que las cuestiones que acaso en él pudieron plantearse por vía reconvencional, se susciten en el segundo por vía ordinaria.*

2. La sentencia de este tribunal 31/2017, de 8 de junio, reproducida en lo esencial por la sentencia 1/2018, de 8 de enero, expuso que " el motivo de nulidad basado en la contravención del orden público encuentra su precedente en la Ley de **arbitraje** anterior, Ley 36/1988. Según su Exposición de motivos el concepto de orden público "habrá de ser interpretado a la luz de los principios de nuestra Constitución". Y el Tribunal Constitucional ha declarado, en sentencia de 15 abril de 1986, que para que un laudo arbitral sea atentatorio contra el orden público es preciso que vulnere los derechos y libertades fundamentales reconocidos en el capítulo II, título I, de nuestra Constitución por el art. 24 de la misma ".

A su vez, la STSJCat 2/2017, de 16 de enero, recordaba, con cita de otras anteriores ( SSTSJ Catalunya 45/2012, de 12 de julio, 27/2013, de 2 de abril, 3/2014, de 7 de enero, 50/2014, de 14 de julio y 47/2015, de 15 de junio, entre otras), que " el orden público debe ser entendido como el conjunto de principios y normas esenciales que inspiran la organización política, social y económica de España, con inclusión desde luego de los derechos fundamentales consagrados en la Constitución, pero no sólo de ellos; el orden público opera en consecuencia como un límite necesario e imprescindible a la autonomía de la voluntad, a fin de garantizar la efectividad de los derechos constitucionales de los ciudadanos, el fundamento de las instituciones y la protección de los conceptos y valores inspiradores del sistema de democracia social constitucionalmente consagrado.

*Por ello, el laudo arbitral no puede traspasar el orden público, y en caso que lo hiciera, aparece la posibilidad del control jurisdiccional de ese límite, a fin de garantizar que las decisiones arbitrales respeten ese conjunto de derechos y valores indisponibles. El TC (entre otras, STC 43/1986 y ATC 116/1992), sostiene que la cláusula de orden público se ha impregnado desde la entrada en vigor de la Constitución con el contenido de su art. 24 CE, lo que igualmente viene a ser recogido en el artículo 24 LA que establece la aplicación, para el procedimiento arbitral, de los principios de igualdad, audiencia y contradicción; así como también el de proscripción de la arbitrariedad patente, referida en el art. 9.3 CE ".*

En este sentido, en la STSJCat 47/2015, de 15 de junio, se razonaba que " hemos diferenciado en diversas resoluciones de esta Sala en el orden público que es un concepto jurídico indeterminado y a los efectos de afinar su contenido, como se recoge en la STSJ Catalunya 30/2014, de 5 de mayo, con cita de otras resoluciones de esta Sala (SSTSJC 2- 04-2012, 10-05-2012, 12-07-2012 y 19-11-2012) que éste puede contemplarse en un doble sentido: material y procesal. En sentido material, la vulneración tiene lugar cuando se infringen los valores consagrados como fundamentales para la sociedad, porque los mismos se entienden como intangibles en un concreto contexto histórico, sociopolítico, económico y cultural. En cambio, desde el punto de vista procesal, se puede atentar contra el orden público cuando en el procedimiento arbitral no se han respetado los principios de contradicción, defensa e igualdad de oportunidades entre las partes litigantes".

3. En principio, concebido el **arbitraje** como un equivalente jurisdiccional que persigue la obtención de una decisión -en este caso, laudo- que ponga fin a la controversia entre las partes con efectos de cosa juzgada (así lo establece el artículo 43 LA), de modo que la misma no pueda ser reproducida en un ulterior litigio arbitral o judicial, ha de considerarse aplicable el instituto de la cosa juzgada en el procedimiento arbitral, siendo por tanto susceptible de ser revisada esa cuestión al amparo del motivo de nulidad previsto en la letra f/ del artículo 41.1 LA, no en vano se trata de un motivo de nulidad apreciable incluso de oficio ( artículo 41.2 LA), del mismo modo que lo es la excepción de cosa juzgada prevista en el artículo 421 LEC (entre las últimas, STS 574/2018, de 16 de octubre).

En este sentido, baste reseñar que este tribunal ha abordado diferentes supuestos en que la denuncia de la vulneración del orden público versaba sobre la aplicación de la cosa juzgada ( SSTSJ 47/2015, de 15 de junio,



y 6/2016, de 4 de febrero ), al igual que hicieran entre otras las sentencias del TSJ de Madrid 40/2017, de 6 de junio , y 8/2018, de 13 de febrero .

4. Siendo que la cosa juzgada material resulta también aplicable en el ámbito del **arbitraje** cuando se trate de un laudo anterior firme cuyos efectos se proyectan en esta controversia, las normas relativas a la cosa juzgada contenidas en las leyes procesales son aplicables respecto a su efecto negativo o excluyente.

En dicho sentido, la cosa juzgada material de las sentencias o laudos firmes en su vertiente negativa o excluyente implica que no pueda seguirse entre las mismas partes y sus herederos y causahabientes "un ulterior proceso cuyo objeto sea idéntico al del proceso en que aquélla se produjo", bien entendido que, como resulta de los artículos 222, apartados 1 y 2 , y 412.1 LEC , la cosa juzgada alcanza desde luego a las pretensiones de la demanda y de la reconvencción (la exposición de motivos de la Ley de **arbitraje** evidencia que en él concurre también la dualidad de partes, de modo que frente a la flexible formulación de la pretensión del demandante, el demandado puede simplemente oponerse o en su caso reconvenir), pero también a las alegaciones del demandado consistentes en la compensación o en la nulidad del negocio jurídico en que se funde la demanda (las denominadas *excepciones reconvenccionales* reguladas en el artículo 408 LEC ), así como las restantes *excepciones materiales* que haya formulado el demandado al amparo del artículo 405.1 LEC .

La exposición de motivos de la LEC de 2000 enuncia los dos criterios inspiradores de la regulación del objeto del proceso: la necesidad de seguridad jurídica y la "escasa justificación de someter a los mismos justiciables a diferentes procesos [...] cuando la cuestión o asunto litigioso razonablemente puede zanjarse en uno solo". En consecuencia, el imperativo de la eficacia del proceso vinculado a la obtención de un pronunciamiento irrevocable llevó al legislador a establecer la carga de la alegación de hechos y de fundamentos jurídicos - ingredientes fáctico y jurídico de la causa de pedir- en la demanda ( artículo 400.1 LEC ), frente a lo cual el demandado debe alegar las excepciones que tuviere por conveniente, determinando así el *objeto actual* del proceso, con el correlato del denominado *objeto virtual* , de modo que, a efectos de litispendencia y de cosa juzgada, " *los hechos y fundamentos jurídicos aducidos en un litigio se considerarán los mismos que los alegados en otro juicio anterior si hubiesen podido alegarse en éste* " ( artículo 400.2 LEC ).

Conviene subrayar que la novedosa regla del artículo 400.2 LEC no llega hasta el punto de imponer la carga de formular una determinada pretensión (tanto la acumulación de acciones como la reconvencción son estrictamente voluntarias), como lo evidencia la frase que inicia el artículo 400 LEC ("cuando lo que se pida en la demanda [...]"), reflejo del carácter estrictamente voluntario del derecho a la tutela judicial en los procesos regidos por el principio de justicia rogada ( artículo 216 LEC ).

Así, el Tribunal Constitucional en la sentencia 106/2013 , con apoyo en la STC 71/2010 , tras advertir que " *aun cuando la actividad de fijación de si concurre o no la identidad subjetiva y objetiva entre procesos para declarar la excepción de cosa juzgada resulta confiada a los Jueces y Tribunales de la jurisdicción ordinaria ex art. 117.3 CE , sin embargo tal tipo de decisión puede resultar vulneradora de aquel derecho fundamental [tutela judicial efectiva]*", ha delimitado el alcance del artículo 400 LEC desde la perspectiva del principio *pro actione* sancionado en el artículo 24.1 CE , subrayando que la reconvencción es siempre voluntaria, por lo que concluye que no puede negarse la tutela judicial por razón de la cosa juzgada negativa al litigante que plantea en un segundo litigio una pretensión que simplemente pudo haber planteado por vía reconvenccional en un primer litigio promovido por la contraparte, por más que ambos pleitos guarden una evidente relación.

Sobre las bases normativas y jurisprudenciales expuestas, extensibles al supuesto enjuiciado, la acción de nulidad debe ser acogida.

5. El laudo impugnado, sobre la base de los artículos 222 , 400 y 408 LEC , en su traslación a lo dispuesto en el artículo 43 LA, establece que " *no puede entrar en el fondo de la cuestión litigiosa* " por imperativo de la cosa juzgada, en virtud de lo siguiente:

La exclusión o prohibición de una segunda cognición y la vinculación de este árbitro al contenido y decisiones del laudo ya emitido. Este árbitro no puede decidir sobre lo ya resuelto y queda vinculado por el contenido del laudo de 18 de abril de 2016.

La extensión de los efectos de la cosa juzgada a aquellos hechos o argumentos que regularmente pudieron alegarse en el primer proceso. Es claro que la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* *pudo ser invocada en el primer arbitraje* .

La inexistencia de reconvencción expresa por parte de SMM en el primer **arbitraje** no es óbice para que la cuestión que se opone (existencia o no de otro crédito en virtud del cual se solicitó la absolucón) no goce del efecto de cosa juzgada en el segundo pleito.





Debe hacerse notar que en el primer **arbitraje** PETROCAT reclamó frente a SMM un crédito dinerario (16.813,30 €) por suministros de combustible impagados, fundado en el contrato de abanderamiento y suministro de febrero de 1994, prorrogado por otros diez años en febrero de 2004.

En ese primer litigio arbitral SMM pidió la desestimación de la reclamación de PETROCAT en atención a dos argumentos principales: 1º/ nulidad del pacto 11º del contrato que regula la fijación unilateral del precio de venta del combustible por el suministrador, por suponer una restricción grave de la competencia a la luz de la normativa europea; 2º/ incumplimiento por el suministrador del pacto 17º del contrato, en la medida en que no actualizó debidamente la comisión -4 pesetas por litro de carburante- que debía percibir SMM a fin de cubrir su remuneración y los costes de explotación de la estación de servicio, razón por la cual habría sufrido un perjuicio patrimonial ascendente a 37.624 euros, según apreciación pericial.

El laudo que decidió el primer **arbitraje**, de abril de 2016, acogió la alegación de nulidad de pleno derecho del pacto 11º del contrato postulada por SMM, si bien ello no impidió la consiguiente liquidación de contrato y la condena de esta última al pago de las facturas generadas por el combustible efectivamente suministrado; en cambio, la árbitra desestimó la alegación de incumplimiento del pacto 17º del contrato también aducida por SMM por entender que la práctica seguida por el suministrador se ajustaba a la letra y al espíritu del convenio, ya que " *la verdadera intención de las partes fue la de que correspondía al Ayuntamiento del Montseny hacerse cargo de los costes y gastos de explotación de la ESA, asumiendo el Ayuntamiento el riesgo* ", razón por la cual -concluía el laudo- " *no procede entrar en más valoraciones respecto a si a la instada le ha sido más o menos rentable ni si ha tenido pérdidas, datos que resultan irrelevantes para la resolución del presente procedimiento* ".

Pues bien, el segundo litigio arbitral fue promovido en noviembre de 2017 por SMM también frente a PETROCAT en ejercicio de una "acción de resarcimiento de daños y perjuicios" cifrados en la cantidad de 37.624,78 euros, importe del perjuicio patrimonial que decía haber sufrido SMM a causa de la "alteración y ruptura del equilibrio de las prestaciones de tracto sucesivo pactadas en el contrato de febrero de 1994", por la falta de actualización de la comisión pactada a favor de SMM a fin de que pudiera cubrir los gastos de explotación de la estación de servicio. Dicha pretensión se fundaba jurídicamente en la cláusula *rebus sic stantibus*, con cita expresa de la sentencia del Tribunal Supremo 591/2014, de 15 de octubre, que hace aplicación de la misma.

Nos hallamos ante una pretensión autónoma, no formulada en el primer proceso arbitral, por más que fundada en un hecho (falta de actualización de la comisión a percibir por SMM) que sí fue entonces objeto de alegación, aunque desde otro específico punto de vista, cual era el de basar en él -vía excepción material- una alegación de incumplimiento grave de contrato.

No pueden ser compartidas las alusiones que contiene el laudo impugnado acerca de "una suerte de reconversión implícita" de SMM por el hecho de que, frente al crédito no controvertido derivado de las facturas de suministro, hubiera opuesto la procedencia de otro de signo inverso (pérdidas derivadas de la falta de actualización de la comisión).

Y ello por cuanto, admitiendo la posibilidad en el procedimiento arbitral de la reconversión o *excepción reconversional* implícita, a diferencia de lo que ocurre en el proceso civil ( artículos 406 y 408 LEC ), SMM no opuso a modo de compensación el crédito derivado de las pérdidas patrimoniales que le habría ocasionado el incumplimiento de PETROCAT, sino que se limitó a afirmar la existencia de tales pérdidas, para lo cual acompañó el oportuno soporte pericial, pero sin extraer de ello consecuencia jurídica alguna distinta de abundar en su alegato defensivo de incumplimiento esencial de contrato a cargo del suministrador.

Así las cosas, la pretensión de "resarcimiento de daños y perjuicios" formulada en el segundo proceso arbitral no lo fue en el primero, sin que el hecho de que ciertamente hubiera podido serlo determine su inviabilidad en el segundo **arbitraje**, pues la regla de preclusión del artículo 400.2 LEC aplicada por el árbitro atañe a los hechos o fundamentos jurídicos de una pretensión efectivamente deducida, no a la formulación misma de la acción, si se hace -como es el caso- por vez primera en el segundo procedimiento arbitral.

En conclusión, el laudo debe ser anulado por cuanto incurre en vulneración del orden público al privar al demandante de nulidad de su derecho a obtener un pronunciamiento que examine el fondo de su reclamación, sin que ello prejuzgue la suerte que haya de merecer el eventual replanteamiento por SMM de la expresada acción de "resarcimiento de daños y perjuicios" basada en un título jurídico -la cláusula *rebus sic stantibus* - que parte de una alteración extraordinaria y sobrevenida de las circunstancias básicas de un contrato en plena vigencia y que no persigue sino una equitativa revisión del contrato o en caso extremo su resolución, conforme proclama el Tribunal Supremo (así se subraya en la STS 591/2014 invocada por el impugnante, y se reitera, entre otras, en las SSTs 179/2018, de 3 de abril, 447/2017, de 13 de julio, y 392/2015, de 24 de junio).

#### **CUARTO.Costas del litigio**



Pese a la estimación de la demanda de nulidad no se hará imposición de las costas devengadas habida cuenta las dudas jurídicas que suscitaba la cuestión controvertida, haciendo uso de la facultad prevista en el primer párrafo del artículo 394.1 LEC .

#### PARTE DISPOSITIVA

**LA SALA CIVIL Y PENAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA, ha decidido:**

**ESTIMAR** la demanda de nulidad del laudo arbitral dictado el día 3 de abril de 2018 por el árbitro don Adolfo , en el procedimiento de **arbitraje** número 1993/2017, formulada por Serveis Municipals del Montseny SL, con la subsiguiente anulación íntegra del laudo, sin hacer imposición de las costas de este proceso.

Contra la presente resolución no cabe recurso.

Así por esta sentencia, lo pronuncian, mandan y firman el Presidente y los Magistrados expresados al margen.

**PUBLICACIÓN** . La anterior Sentencia fue leída, firmada y publicada en el mismo día de su fecha. Doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ