



Roj: **STSJ M 4045/2023 - ECLI:ES:TSJM:2023:4045**

Id Cendoj: **28079310012023100141**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **10/04/2023**

Nº de Recurso: **26/2022**

Nº de Resolución: **13/2023**

Procedimiento: **Nulidad laudo arbitral**

Ponente: **FRANCISCO JOSE GOYENA SALGADO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

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

Domicilio: C/ General Castaños, 1 - 28004

Teléfono: 914934850,914934750

31001590

NIG: 28.079.00.2-2022/0208178

Procedimiento ASUNTO CIVIL 26/2022

Nulidad laudo arbitral 19/2022

Materia: Arbitraje

Demandante: OBRAS GENERALES DEL NORTE S.A.

PROCURADOR D./Dña. ISABEL DE NORIEGA QUINTANILLA

Demandado: AGUAS DE LAS CUENCAS MEDITERRÁNEAS S.A.

Sr. ABOGADO DEL ESTADO

EXCMO. SR.

D. CELSO RODRÍGUEZ PADRÓN

ILMOS. SRES.

D. FRANCISCO JOSÉ GOYENA SALGADO

D. JESÚS MARÍA SANTOS VIJANDE

S E N T E N C I A N° 13/23

En Madrid, a diez de abril de dos mil veintitrés

Visto ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, por el Excmo. Sr. Presidente y los Ilmos. Sres. Magistrados, que constan al margen, el presente rollo ASUNTO CIVIL 26/2022 (NLA 19/2022), siendo parte demandante la procuradora D.ª ISABEL DE NORIEGA QUINTANILLA, en nombre y representación de la mercantil "OBRAS GENERALES DEL NORTE, S. A." (OGENSA), asistida por el letrado D. PABLO GARCÍA-VALLAURE RIVAS y como parte demandada EL ABOGADO DEL ESTADO, en representación legal y defensa de "AGUAS DE LAS CUENCAS MEDITERRÁNEAS" (ACUAMED).

Ha sido ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. FRANCISCO JOSÉ GOYENA SALGADO, que expresa el parecer mayoritario de la Sala, habiendo anunciado la intención de formular voto particular el Ilmo. Sr. magistrado D. JESÚS MARÍA SANTOS VIJANDE



I.- ANTECEDENTES DE HECHO.

PRIMERO.- El 6 de junio de 2022 tuvo entrada en esta Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia, demanda formulada por la procuradora D.ª ISABEL DE NORIEGA QUINTANILLA, en nombre y representación de la mercantil "OBRAS GENERALES DEL NORTE, S. A." (OGENSA), ejercitando la acción de anulación de Laudo parcial arbitral, de fecha 4 de abril de 2022, recaído en el procedimiento 620/2021, que dicta el árbitro designado por la CORTE ESPAÑOLA DE ARBITRAJE, solicitando, con base en las alegaciones y fundamentos que estimó oportunos, se deje sin efecto el anterior laudo parcial, dejándolo sin efecto y se impongan expresamente las costas a la parte contraria.

SEGUNDO.- Por Decreto de fecha 28 de junio de 2022, se admitió a trámite la citada demanda de anulación, acordando dar traslado a la parte demandada, a la que se emplazó en legal forma, para contestación de la demanda formulada.

TERCERO.- Comparecida la parte demandada en el plazo concedido, por EL ABOGADO DEL ESTADO, en representación legal y defensa de "AGUAS DE LAS CUENCAS MEDITERRÁNEAS" (ACUAMED), se evacuó el trámite, contestando a la demanda, con base en las alegaciones y fundamentos que estimó pertinentes y solicitando su desestimación.

CUARTO.- Por Auto de fecha 12 de enero de 2023 se acordó recibir el pleito a prueba, admitiendo la documental aportada con el escrito de demanda y el de contestación a la misma, señalando las actuaciones para el inicio de la deliberación y fallo.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO.

PRIMERO.- La presente demanda de anulación planteada, tiene por objeto que se dicte la nulidad del Laudo parcial arbitral de fecha 4 de abril de 2022, recaído en el procedimiento 620/2021, que dicta el árbitro designado por la CORTE ESPAÑOLA DE ARBITRAJE.

El Laudo parcial impugnado, establece, la siguiente PARTE DISPOSITIVA:

"El árbitro RESUELVE:

- 1) Desestimar la excepción procesal de cosa juzgada planteada por OGENSA.
- 2) Acordar la continuación del procedimiento con la fase sustantiva o de fondo.
- 3) No hacer imposición de costas del incidente."

SEGUNDO.- La demanda formulada señala los siguientes hechos, que de forma sucinta, recogemos:

PRIMERO.- En fecha 19 de junio de 2014 y con la conformidad de "AGUAS DE LAS CUENCAS MEDITERRÁNEAS" (ACUAMED), se procede al otorgamiento de la escritura pública de cesión de contrato de obra entre las sociedades "ANTALSIS, S. L." y "OBRAS GENERALES DEL NORTE, S. A." (OGENSA) (Doc. 2)

El contrato en cuyas obligaciones se subroga OGENSA, había sido suscrito entre "ANTALSIS, S. L." y ACUAMED el 17 de septiembre de 2013, recogiendo en su cláusula 40.3 la expresa sumisión a arbitraje.

SEGUNDO.- Ante las discrepancias existentes, que surgían del contrato de ejecución, las partes recurrieron en dos ocasiones al arbitraje, con carácter previo al procedimiento arbitral en el que se dicta el laudo parcial, objeto de la presente demanda de anulación.

El primer procedimiento arbitral fue instado por OGENSA, siendo el objeto del mismo "los distintos importes reclamados por mi parte a la demandada en concepto de precios contradictorios; fuerza mayor; costes indirectos y repercusión en gastos generales." (Doc. 3)

El laudo dictado el 31-10-2016, recogía en su decisión tercera: "Declarar que las obras deben tenerse por recibidas el día 26 de noviembre de 2015, sin perjuicio del derecho de Acuamed a terminar unidades incompletas o reparar las defectuosas..." (Doc. 4)

Dicha decisión resultaba importante ya que ACUAMED se negaba a la recepción de las obras e impedía OGENSA, proceder a la LIQUIDACIÓN de la obra, en los términos previstos en la cláusula vigésimo novena del contrato.

TERCERO.- Declarada la recepción de las obras y reconocidas determinadas cantidades de la ejecución de las obras, se insta el segundo arbitraje (532/2018), con el siguiente objeto: " El objeto concreto de la controversia se centra en la negativa de ACUAMED en dar cumplimiento a lo previsto en la cláusula 29 del pliego en lo que atañe al "precio Final", o liquidación de obra, que esta parte ha propuesto ante la inacción de la otra parte en



549.817, 70 euros, cantidad que deberá incrementarse en el IVA correspondiente, ascendiendo a un total de 665.279,42 euros; así mismos es objeto de controversia el importe de los costes indirectos que se incluyen en la citada liquidación por importe de 135.613,46 euros; estas cantidades deberían ser incrementadas en los intereses legales desde la mora de Acuamed. Igualmente se solicita de Acuamed la aceptación de la finalización del plazo de garantía y de su obligación de levantar acta de finalización del mismo, así como proceder a la devolución del aval, e indemnizar a esta parte por el coste de mantenimiento del aval desde noviembre de 2017 hasta su efectiva devolución." (Doc. 5)

La cláusula 29 del contrato recogía cómo y de qué manera se llevaba a cabo la liquidación del contrato.

En el Acta de misión del citado arbitraje (532/2018), el árbitro determina que el objeto de la controversia es la fijación del "*Precio Final*", o *liquidación de obra*.

La demanda presentada (Doc. 7), tiene el siguiente suplico: Se condene a AGUAS DE LAS CUENCAS MEDITERRÁNEAS, S.M.E., S. A. a abonar a OBRAS GENERALES DEL NORTE, S. A. la cantidad de SEISCIENTOS CINCUENTA Y UN MIL DIEZ EUROS CON DIECIOCHO CÉNTIMOS DE EURO (651.010,18 €) IVA incluido en concepto de PRECIO FINAL O LIQUIDACIÓN del contrato.

La demandada no se oponía a que se procediera a establecer el saldo de liquidación de la obra, sino que discrepaba de los importes. (Doc. 8).

El citado procedimiento finaliza con el dictado del laudo final de 4 de septiembre de 2019 (Doc. 12), en el que se declara:

- 1) Que SE DESESTIMA la pretensión condenatoria relativa a la condena a AGUAS DE LAS CUENCAS MEDITERRÁNEAS, S.M.E., S. A. a abonar a OBRAS GENERALES DEL NORTE, S.A. la cantidad de 651.010,18 €, en concepto de costes derivados de la ampliación del plazo por retraso en la recepción de las obras.
- 2) Que SE ESTIMA la pretensión de condena a AGUAS DE LAS CUENCAS MEDITERRÁNEAS, S.M.E., S.A. a abonar a OBRAS GENERALES DEL NORTE, S. A. la cantidad de 135.613,47 €, en concepto de costes derivados de la ampliación del plazo por retraso en la recepción de las obras.
- 3) Que SE ESTIMA la pretensión de condenar a AGUAS DE LAS CUENCAS MEDITERRÁNEAS, S.M.E., S.A. a abonar los intereses de demora devengados sobre la cantidad a la que ha sido condenada la demandada en el pronunciamiento anterior del presente laudo, aplicando el interés de demora establecido en la ley 3/2004, que, a fecha de hoy ascienden a un total de 40.999,36 €, debiéndose computar su devengo desde el 26 de noviembre de 2015 y hasta la completa satisfacción y abono de las mismas por AGUAS DE LAS CUENCAS MEDITERRÁNEAS, S.M.E., S.A. a OBRAS GENERALES DEL NORTE, S.A.
- 4) Que SE ESTIMA la pretensión declarativa a declarar finalizado el plazo de garantía previsto contractualmente, condenando a AGUAS DE LAS CUENCAS MEDITERRÁNEAS, S.M.E., S.A. a levantar Acta de Fin del Plazo de Garantía, así como a proceder a la devolución de las garantías prestadas por OBRAS GENERALES DEL NORTE, S.A.
- 5) Que SE ESTIMA la pretensión de condena de AGUAS DE LAS CUENCAS MEDITERRÁNEAS, S.M.E., S.A. a abonar a OBRAS GENERALES DEL NORTE, S.A. la cantidad de 1.651,22 € por el coste de mantenimiento del aval, así como todos aquellos costes que se generen hasta la definitiva devolución del mismo.
- 6) Que SE CONDENA a AGUAS DE LAS CUENCAS MEDITERRÁNEAS, S.M.E., S.A. a pagar a OBRAS GENERALES DEL NORTE, S.A. la cantidad de 4.401,69 € en concepto de gastos comunes, así como el 60 % de los costes asumidos por OBRAS GENERALES DEL NORTE, S.A. con ocasión del presente procedimiento arbitral, que se liquidan en 44.731,89 € (IVA incluido).
- 7) Que SE DESESTIMAN todas las restantes pretensiones deducidas por las partes que no hayan sido objeto de pronunciamiento expreso en los puntos anteriores.
- 8) Que se declara que este laudo tiene carácter final y pone fin al presente procedimiento arbitral.

Formulada petición de aclaración del laudo, fue desestimada por laudo aclaratorio de 19-9-2019. (Doc. 14)

Esta parte, se indica en el escrito de demanda, "ha entendido que ese "llevar a cabo la liquidación" [que se indica en el laudo aclaratorio] no es otra cosa que el "*Precio Final*" o *liquidación de obra* (en los términos de la cláusula vigesimonovena) ya fue objeto de ese Arbitraje 532/2018.

CUARTO.- Esta parte formuló demanda de ejecución de Laudo Arbitral, de la que conoció el Juzgado de Primera Instancia nº 41 Madrid.



ACUAMED formuló oposición a la ejecución, manteniendo que en ejecución del Laudo las partes debían confeccionar una liquidación de obra.

Con fecha 1-9-2020 se dictó Auto (doc. 15), en cuyo fundamento de derecho primero, párrafo segundo se señala: ["Por la parte ejecutada se a los párrafos 107 y 108 del apartado noveno de la fundamentación como pretendida cobertura legal que le autoriza a efectuar una liquidación unilateral que ninguna cabida tiene en el presente caso para integrar la misma en la causa de oposición alegada, olvidando que lo que aquí se ejecuta no es el último inciso del párrafo 107 ya citado, sino la "Decisión" adoptada por el árbitro en sus ocho apartados de las páginas 39 y 40 del laudo, en los cuales] no se observa ni un solo inciso ni referencia a que haya de quedar para ejecución del laudo alguna de las iniciales pretensiones de las partes, y de hecho, en el apartado 7 de la "Decisión" arbitral se especifica que se "desestimaban todas las restantes pretensiones deducidas por las partes que no hayan sido objeto de pronunciamiento expreso en los puntos anteriores". Por lo tanto, de esta afirmación del árbitro expresada en su Decisión, queda claro que la misma, no quería dejar para ejecución del laudo ninguna pretensión de las partes expresada en el proceso arbitral de modo que en el mismo todo quedaba resuelto. Este apartado zanja y rechaza cualquier pretensión como la expuesta por la ejecutada en su oposición, en el sentido de reabrir algo de lo ya resuelto, [para iniciar un incidente de ejecución cuya virtualidad no se sostiene.]

Y sigue diciendo [A tal efecto, los apartados 2, 3, 5 y 6 de la Decisión arbitral cuantifican unos importes concretos que la ejecutada ha de abonar a la ejecutante, y delimitando igualmente el concepto del que trae su causa cada importe, e,] insistimos, sin que haya apartado alguno que permita interpretar que en ejecución del laudo puedan ser alteradas estas cantidades por la ejecutada de forma unilateral, aportando una liquidación alternativa contra el propio título que se ejecuta, [todo lo cual solo puede conducirnos a la confirmación del auto despachando ejecución cuestionado.]

Entre corchetes la transcripción íntegra que hace la Sala, para mejor comprensión de lo que se contiene en el doc. 15, y añadiendo la Parte Dispositiva del citado Auto: "Procede acordar que siga adelante la ejecución despachada en el Auto de fecha 4 de febrero de 2020, desestimándose íntegramente la oposición a la ejecución planteada por la ejecutada, con imposición de las costas de este incidente a la parte promotora del mismo."

Señala el escrito de demanda que "se recoge así en la justicia ordinaria lo que parece claramente inequívoco, que el Arbitraje 532/2018 se fijó el Precio final o liquidación de la obra, y que tal tema no puede ser reabierto y menos aun tomando como base las disquisiciones contenidas en una Desestimación de la Aclaración del laudo."

QUINTO.- Una vez resuelto el Precio Final o liquidación de obra en ese arbitraje 532/2018, es lo cierto que ACUAMED vuelve a pedir en el arbitraje 620/2021 que: "5. A la vista de lo expuesto en el apartado C anterior, ACUAMED reclama a OGENSA el pago de la cantidad de 135.779,97 €, correspondiente al saldo final de liquidación de obra, en el que se han incluido todos los conceptos que debían integrar la liquidación de la obra señalados por el Árbitro que dictó el Laudo de fecha 4 de septiembre en el procedimiento arbitral 532/2018".

Como motivo de nulidad se alega, al amparo del art. 41.1 f) L A, la infracción del orden público, como consecuencia de la existencia de cosa juzgada.

B) Por la parte demandada, ACUAMED, se contestó a la demanda, oponiéndose a la misma en cuanto que no se acepte expresamente y solicitando su desestimación, Impugnando el motivo de anulación apuntado por la parte demandante.

TERCERO.- Con carácter general cabe señalar, como tiene declarado esta Sala, entre otras en nuestra sentencia de fecha 16 de enero de 2019, con cita de nuestras sentencias de fechas 13 de diciembre de 2018 y 4 de julio de 2017 que: "la acción de anulación no configura una nueva instancia, como si este Tribunal estuviese habilitado por la ley para revisar, con plenitud de jurisdicción, el juicio de hecho y la aplicación del Derecho efectuados por los árbitros al laudar.

En tal sentido, v.gr., las Sentencias de esta Sala de 24 de junio de 2014 (Rec. n.º 70/2013) y de 5 de noviembre de 2013 (Rec. n.º 14/2013), cuando dicen (FFJJ 8 y 4, respectivamente): "Como ha puesto de manifiesto esta Sala desde la sentencia de 3 de febrero de 2012, la acción de anulación de laudo arbitral diseñada en la Ley de Arbitraje 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, 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. Así lo indica con claridad la Exposición de Motivos de la Ley 60/2003 cuando



precisa 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...". "La esencia del arbitraje y el convenio arbitral, en cuanto expresa la voluntad de las partes de sustraerse a la actuación del poder judicial, determinan - como destaca la sentencia del Tribunal Supremo de del 22 de Junio del 2009 (ROJ: STS 5722/2009)- que la intervención judicial en el arbitraje tenga carácter de control extraordinario cuando no se trata de funciones de asistencia, pues la acción de anulación, de carácter limitado a determinados supuestos, es suficiente para la satisfacción del derecho a la tutela judicial efectiva, en su modalidad de acceso a los tribunales (SSTC 9/2005, y 761/1996 y 13/1927) y, según la jurisprudencia esta Sala, tiene como objeto dejar sin efecto lo que pueda constituir un exceso del laudo arbitral, pero no corregir sus deficiencias u omisiones (SSTS 17 de marzo de 1988 , 28 de noviembre de 1988, 7 de junio de 1990)".

En igual sentido nuestra sentencia de 12 de junio de 2018.

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 - 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, 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, 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 este mismo sentido se ha pronunciado el Tribunal Constitucional en las SSTC 62/91, de 22 de marzo (EDJ 1991/3180) y 228/93 de 4 de octubre, 259/93 de 23 de julio (EDJ 1993/7399), 176/96 de 11 de noviembre (EDJ 1996/7029). En el mismo sentido el Tribunal Constitucional, Sentencia 174/1995, de 23 de noviembre (EDJ 1995/6552), señala que "el posible control judicial derivado del artículo 45 de la Ley de Arbitraje -hoy art. 41- está limitado al aspecto externo del laudo y no al fondo de la cuestión sometida al arbitraje, al estar tasadas las causas de revisión previstas y limitarse éstas a las garantías formales"; razón por la cual únicamente procede conocer de las causas de nulidad tasadas que, además dice la STS de 23 de abril de 2001 (EDJ 2001/6431), en su Fundamento Séptimo, con remisión a la de 16-2-68, "han de ser interpretadas y aplicadas estrictamente a fin de evitar la acusada tendencia de quienes renunciaron a las garantías que les brindaba la severa aplicación del Derecho, de lograr su anulación por los órganos jurisdiccionales de carácter oficial cuando no logran el éxito de sus aspiraciones."

CUARTO.- Como ya exponíamos el motivo de nulidad que se esgrime, es el referido al orden público en relación a la institución de la cosa juzgada, al pretenderse la resolución arbitral de una pretensión, que ya ha sido resuelta en un laudo precedente. En concreto se afirma por la demandante que existe cosa juzgada entre el Arbitraje 532/2018 y el Arbitraje 620/2021, en el que se dictó el Laudo parcial, objeto de la presente demanda de nulidad.

El examen de las alegaciones de las partes y de lo resuelto, lleva a la Sala a hacer las siguientes consideraciones:

1ª) Como señala la STS. de 20 de abril de 2010: "por su propia naturaleza, la apreciación de la "cosa juzgada" es cuestión de orden público procesal como pone de manifiesto, entre otras, la sentencia de esta Sala de 25 abril 2001 (Rec. Casación núm. 819/1996) al decir que ha de estimarse de oficio "para evitar resoluciones contradictorias que serían contrarias a la seguridad jurídica, cuestión que es de orden público, en atención a la cual el principio *"non bis in idem"* impide volver a plantear la misma cuestión ya debatida entre las mismas partes en anterior proceso y obtener una nueva decisión (Sentencias de 16 de marzo y de 27 de diciembre de 1993 y de 20 de mayo de 1994, entre otras)""

Por otra parte, sigue diciendo la citada sentencia: "La cosa juzgada en sentido material es un vínculo de naturaleza jurídico-pública que impone a los jueces no juzgar de nuevo lo ya decidido. La función negativa



de la cosa juzgada material supone, según la sentencia de esta Sala de 23 de marzo de 1990, "un efecto preclusivo, traducido en el aforismo *no bis in idem*, revelado por la existencia de un anterior juicio sobre el mismo objeto, conducente a la no posibilidad de replantear indefinidamente un problema ante los Tribunales de Justicia, reflejando la influencia romana del efecto constitutivo de la *litiscontestatio*". Así, la función negativa se traduce en el principio *no bis in idem*, esto es -según la sentencia de 24 de febrero de 2001-, "el que proclama la imposibilidad de juzgar dos veces la misma cuestión."

Junto al llamado efecto negativo o excluyente de la cosa juzgada material, la sentencia firme tiene también un efecto positivo o prejudicial, que impide que en un proceso ulterior se resuelva un concreto tema o punto litigioso de manera distinta a como ya quedó decidido en un proceso anterior entre las mismas partes. STS. 25 de mayo de 2010.

La anterior doctrina sobre la cosa juzgada es aplicable a los laudos arbitrales y así lo ha aplicado esta Sala en STSJ. de 19 de enero de 2016.

La Doctrina jurisprudencial y científica, a la vista del art. 222 L.E.C. señala la necesidad de la concurrencia de los siguientes tres requisitos para la apreciación de la cosa juzgada material: a) que entre el proceso ya resuelto y el nuevo en el que se opone la autoridad de cosa juzgada de la resolución dictada en el primero exista identidad de sujetos, de litigantes; b) que entre el litigio ya resuelto y el nuevo, exista identidad de objeto litigioso; c) Entre los requisitos para que tenga lugar ese efecto negativo de la cosa juzgada, se encuentra el referido a la identidad de la causa de pedir.

2ª) Arbitraje 532/2018.

La demanda que da lugar al citado arbitraje, presentada por OGENSA, plantea el siguiente suplico: "... se dicte Laudo por el que, estimando la demanda

A) Se Condene a AGUAS DE LAS CUENCAS MEDITERRÁNEAS, S.M.E., S.A. a abonar a OBRAS GENERALES DEL NORTE, S.A. la cantidad de SEISCIENTOS CINCUENTA Y UN MIL DIEZ EUROS CON DIECIOCHO CENTIMOS DE EURO (651.010,18 €) IVA incluido, en concepto de PRECIO FINAL O LIQUIDACIÓN del contrato.

B) Se Condene a AGUAS DE LAS CUENCAS MEDITERRÁNEAS, S.M.E., S.A. a abonar a OBRAS GENERALES DEL NORTE, S.A. la cantidad de CIENTO TREINTA Y CINCO MIL OCHOCIENTOS TRECE EUROS Y CUARENTA Y SIETE CENTIMOS (135.613,47 €) (sic), en concepto de costes derivados de la ampliación del plazo por retraso en la recepción de las obras.

C) Las cantidades antes indicadas o las finalmente fijadas en el Laudo, devengarán el interés previsto en la Ley 3/2004 desde el 26 de noviembre de 2015.

D) Se declare finalizado el PLAZO DE GARANTÍA previsto contractualmente, condenando a AGUAS DE LAS CUENCAS MEDITERRÁNEAS, S.M.E., S.A. a levantar Acta de Fin del Plazo de garantía, así como a proceder a la devolución de las garantías prestadas por OBRAS GENERALES DEL NORTE, S.A.

E) Se Condene a AGUAS DE LAS CUENCAS MEDITERRÁNEAS, S.M.E., S.A. a abonar a OBRAS GENERALES DEL NORTE, S.A. la cantidad de MIL SEISCIENTOS CINCUENTA Y UN EUROS CON VEINTIDÓS CÉNTIMOS DE QURO (1651,22 €), por el coste de mantenimiento del aval, así como todos aquellos que se generen hasta la definitiva devolución del mismo.

F) Se Condene a AGUAS DE LAS CUENCAS MEDITERRÁNEAS, S.M.E., S.A. a abonar las costas del arbitraje."

Por parte de ACUAMED, en su escrito de contestación a la demanda, se formuló el siguiente suplico: "...formular OPOSICIÓN a lo solicitado por OBRAS GENERALES DEL NORTE, S.A., de modo que, previa la tramitación que establece el Reglamento de esta Corte, sea dictado Laudo por el que se acuerde aprobar la liquidación de la obra pero en los términos propuestos por esta parte en las páginas 103, 113 y 125 del dictamen pericial, que se acuerde la devolución de los avales y el abono de los gastos de mantenimiento por parte de ACUAMED (1.518,23 €) y RECHACE el RESTO DE LAS PRETENSIONES que dicha mercantil ha planteado frente a ACUAMED, en particular que se declare que no procede abonar cantidad alguna ni por mayor obra ejecutada ni por costes indirectos, todo ello con imposición a OGENSA de las costas y los gastos ocasionados e es te arbitraje."

El Laudo final recaído en el citado arbitraje, de fecha 4 de septiembre de 2019, contiene los siguientes pronunciamientos:

"1) Que SE DESESTIMA la pretensión condenatoria relativa a la condena a AGUAS DE LAS CUENCAS MEDITERRÁNEAS, S.M.E., S. A. a abonar a OBRAS GENERALES DEL NORTE, S.A. la cantidad de 651.010,18 €, en concepto de PRECIO FINAL O LIQUIDACIÓN del contrato.



- 2) Que SE ESTIMA la pretensión de condena a AGUAS DE LAS CUENCAS MEDITERRÁNEAS, S.M.E., S.A. a abonar a OBRAS GENERALES DEL NORTE, S. A. la cantidad de 135.613,47 €, en concepto de costes derivados de la ampliación del plazo por retraso en la recepción de las obras.
- 3) Que SE ESTIMA la pretensión de condenar a AGUAS DE LAS CUENCAS MEDITERRÁNEAS, S.M.E., S.A. a abonar los intereses de demora devengados sobre la cantidad a la que ha sido condenada la demandada en el pronunciamiento anterior del presente laudo, aplicando el interés de demora establecido en la ley 3/2004, que, a fecha de hoy ascienden a un total de 40.999,36 €, debiéndose computar su devengo desde el 26 de noviembre de 2015 y hasta la completa satisfacción y abono de las mismas por AGUAS DE LAS CUENCAS MEDITERRÁNEAS, S.M.E., S.A. a OBRAS GENERALES DEL NORTE, S.A.
- 4) Que SE ESTIMA la pretensión declarativa a declarar finalizado el plazo de garantía previsto contractualmente, condenando a AGUAS DE LAS CUENCAS MEDITERRÁNEAS, S.M.E., S.A. a levantar Acta de Fin del Plazo de Garantía, así como a proceder a la devolución de las garantías prestadas por OBRAS GENERALES DEL NORTE, S.A.
- 5) Que SE ESTIMA la pretensión de condena de AGUAS DE LAS CUENCAS MEDITERRÁNEAS, S.M.E., S.A. a abonar a OBRAS GENERALES DEL NORTE, S.A. la cantidad de 1.651,22 € por el coste de mantenimiento del aval, así como todos aquellos costes que se generen hasta la definitiva devolución del mismo.
- 6) Que SE CONDENA a AGUAS DE LAS CUENCAS MEDITERRÁNEAS, S.M.E., S.A. a pagar a OBRAS GENERALES DEL NORTE, S.A. la cantidad de 4.401,69 € en concepto de gastos comunes, así como el 60 % de los costes asumidos por OBRAS GENERALES DEL NORTE, S.A. con ocasión del presente procedimiento arbitral, que se liquidan en 44.731,89 € (IVA incluido).
- 7) Que SE DESESTIMAN todas las restantes pretensiones deducidas por las partes que no hayan sido objeto de pronunciamiento expreso en los puntos anteriores.
- 8) Que se declara que este laudo tiene carácter final y pone fin al presente procedimiento arbitral."

Por Resolución sobre aclaración del Laudo Final, de 19 de septiembre de 2019, se desestima la aclaración solicitada por ACUAMED, sobre la base de "que en este procedimiento arbitral no era procedente la aprobación de la liquidación de la obra aquí cuestionada que la referida Acuamed había solicitado en su contestación a la demanda y reiterado en sus conclusiones, sino sólo la de los conceptos que deben integrarla, a fin de que sean las partes las que, " *en estricta* (importa resaltar el calificativo) *aplicación de los mismos, lo hagan en el trámite de ejecución del laudo*".

3ª) Arbitraje 620/2021.

El procedimiento arbitral tiene su origen en la demanda formulada por ACUAMED, en que se formula el siguiente suplico:

Se dicte Laudo por el que:

- (I) Condene a OGENSA al pago a ACUAMED de la cantidad de 135.779,97 €, en concepto de saldo final de la liquidación de la obra.
- (II) Condene a OGENSA al pago de los intereses de demora que se devenguen sobre la cantidad referida desde la fecha en la que el pago devino exigible el 26 de noviembre de 2019 y hasta la fecha en la que dicho pago se haga efectivo. A fecha de demanda dichos intereses ascienden a la cantidad de 26.456,64 €.
- (III) Condene a OGENSA al pago a ACUAMED de las costas del presente arbitraje y demás conceptos incluidos en los artículos 56 y 57 del Reglamento."

El Laudo parcial dictado en el citado arbitraje, desestima la excepción de cosa juzgada, formulada por OGENSA.

4ª) El examen del primero de los Laudos referenciados y del suplico de la demanda del segundo arbitraje pone de manifiesto la falta de concurrencia de la alegada excepción de cosa juzgada.

- a) Hay coincidencia entre las partes, lo que no se discute.
- b) No hay, sin embargo, identidad de objeto litigioso, derivada de que la pretensión deducida en los dos procedimientos arbitrales.

El objeto litigioso, tiene un origen común, derivado del Contrato suscrito por las partes, y basado en la cláusula 29 y su cumplimiento, referido a la obligación de que, una vez llevada a cabo la recepción de la Obra, se procedería a la determinación del valor de la obra ejecutada y a su liquidación, atendiendo a las condiciones económicas y de pago previstas en el contrato.



Con base en la demanda de arbitraje formulada por OGENSA, que dio lugar al Laudo final de 4 de septiembre de 2019, en el que se desestima la liquidación o precio final que proponía la demandante, por importe de 651.010,18 € y se estima, entre otros conceptos la cantidad de 135.613,47 €, en concepto de costes derivados de la ampliación del plazo por retraso en la recepción de las obras, condenando a su pago a ACUAMED.

ACUAMED plantea con la demanda arbitral que da lugar al Laudo parcial que examinamos, que la cantidad de 135.779,97 €, se declare como saldo final de la liquidación de la obra.

Dicha pretensión no fue resuelta por el Laudo final de 4 de septiembre de 2019 -tampoco otra que estableciera la liquidación o precio final-, pues como expresamente se decía en la Resolución sobre la aclaración formulada por ACUAMED, "en este procedimiento arbitral no era procedente la aprobación de la liquidación de la obra aquí cuestionada que la referida Acuamed había solicitado en su contestación a la demanda y reiterado en sus conclusiones, sino sólo la de los conceptos que deben integrarla", para lo que remitía a las partes a otro procedimiento.

No existe, por tanto, identidad de objeto estrictamente, sin que, al efecto, como correctamente señala el Laudo parcial, el pronunciamiento final del Laudo de 4 de septiembre de 2019, por el que "se desestiman todas las restantes pretensiones deducidas por las partes que no hayan sido objeto de pronunciamiento expreso en los puntos anteriores." Implicar una desestimación de la pretensión deducida ahora por ACUAMED, en el arbitraje 620/2021, ya que, efectivamente, no se formuló por ACUAMED una verdadera reconvenición, sino simplemente una oposición a la demanda, planteando sus propios criterios de liquidación, ni el citado Laudo final estableció como liquidación o Precio Final, la cantidad de 135.779,97 €

Atendido lo expuesto, no concurre el instituto de la cosa juzgada material, tal como acertadamente establece el laudo parcial examinado, debiendo desestimarse la demanda de anulación planteada.

QUINTO.- La desestimación de la demanda determina, conforme al artículo 394.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la imposición de costas en este procedimiento a la parte demandante, al haber visto desestimada su pretensión de anulación.

Vistos los artículos citados y de general y pertinente aplicación.

III.- FALLAMOS.

QUE DEBEMOS DESESTIMAR Y DESESTIMAMOS la demanda ejercitando la acción de anulación, formulada por la procuradora D.ª ISABEL DE NORIEGA QUINTANILLA, en nombre y representación de la mercantil "OBRAS GENERALES DEL NORTE, S. A." (OGENSA), frente al Laudo parcial, de fecha 4 de abril de 2022, recaído en el procedimiento 620/2021, que dicta el árbitro designado por la CORTE ESPAÑOLA DE ARBITRAJE de 4 de abril de 2022, recaído en el procedimiento 620/2021, que dicta el árbitro designado por la CORTE ESPAÑOLA DE ARBITRAJE, imponiendo las costas causadas en este procedimiento a la parte demandante.

Frente a esta sentencia no cabe recurso alguno (art. 42.2 Ley de Arbitraje).

Así por esta nuestra sentencia, lo acuerdan, mandan y firman los Sres. Magistrados que figuran al margen.

PUBLICACION.- En Madrid, a once de abril de dos mil veintitrés. 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.

Procedimiento: Nulidad laudo arbitral 19/2022 (Asunto Civil 26/2022).

Demandante: OBRAS GENERALES DEL NORTE, S.A. (OGENSA).

Demandada: AGUAS DE LAS CUENCAS MEDITERRÁNEAS, S.M.E., S.A. (ACUAMED).

VOTO PARTICULAR DISCREPANTE DEL MAGISTRADO

D. Jesús María Santos Vijande

PRELIMINAR. Con el máximo respeto a la opinión mayoritaria, debo dejar constancia de mi discrepancia con el fallo y con aspectos básicos de la fundamentación de la Sentencia que desestima la demanda de anulación a través de la formulación de este voto particular, emitido ex art. 260 LOPJ, que sustento en un doble orden de consideraciones.

Ante todo consignaré las razones a que aludí el día en que se deliberó la presente causa -4 de abril de 2023- en respuesta a los alegatos de las partes personadas.



A modo de anticipo en este proemio: partiendo de los propios hechos que el Laudo considera probados, la Árbitra desestima la excepción de cosa juzgada material en su función negativa o excluyente sobre la base de una apreciación jurídica manifiestamente errónea, que lleva aparejada una clamorosa infracción del orden público procesal, pues infringe una norma a todas luces imperativa, *nemine discrepante*, en la que ni siquiera repara, el art. 408 LEC, que determina lo que es *thema decidendi* de un proceso, sea jurisdiccional o arbitral, y, en consecuencia, precisa qué se encuentra afectado por el alcance legalmente previsto de la cosa juzgada material. Hasta tal punto es palmaria la infracción de esa norma

imperativa que, como veremos, el Laudo llega a vincular el alcance de la cosa juzgada material con lo que las partes puedan decir al respecto en sus escritos de alegaciones, aplicando la doctrina de los actos propios a una realidad jurídica, la existencia o no de cosa juzgada material, que viene totalmente delimitada por lo que es su configuración legal, por lo que el Legislador estima que debe ser su alcance, sin que, ante una expresa previsión legal al respecto, pueda excusarse la aplicación de lo que la Ley de Enjuiciamiento Civil prevé terminantemente por la mayor o menor coherencia argumentativa de la parte que invoca la cosa juzgada material.

De otro lado, sobre la base de lo primeramente reseñado, se entiende mi discrepancia con la fundamentación de la Sentencia mayoritaria, que, con respeto lo digo, justifica su decisión en una concepción del orden público, en este caso procesal, que no puedo compartir ni en su entendimiento teórico de lo que la doctrina constitucional establece ni en su aplicación práctica, pues convierte en quiméricas o irreales unas premisas de enjuiciamiento que, sin embargo, son generalmente invocadas con toda solemnidad: que el orden público ampara, también en el arbitraje, los derechos fundamentales del justiciable; que el arbitraje, como equivalente jurisdiccional que es, no puede sustraerse a los preceptos, principios y derechos constitucionales, entre ellos los derechos fundamentales que son de inexcusable observancia y de insoslayable control, real y efectivo, por parte de los Tribunales llamados a conocer de la acción de anulación; Tribunales de Justicia que inconcusamente estarían infringiendo el art. 24.1 CE si, verbigracia, no impidiesen mediante la declaración de nulidad que la motivación de un Laudo dé carta de naturaleza a una falta radical de motivación sobre cuestión esencial y a déficits de fundamentación constitucionalmente relevantes por abiertamente contrarios a lo previsto en normas imperativas -como es el art. 408 LEC-, pues entonces se desconoce, en la práctica, que el Tribunal de anulación ha de preservar que el racionio de los laudos -al igual que el de los órganos jurisdiccionales- responda a su más radical finalidad: garantizar la interdicción de la arbitrariedad.

Ha de conectarse con esto que digo el hecho de que la motivación de la Sentencia mayoritaria desenfoca el análisis de la cuestión cuando da por bueno y asume en sus propios términos -FJ 4º *in fine*- la argumentación del Laudo para denegar la existencia de cosa juzgada material: el Laudo no es válido por el mero hecho de estar motivado si esa motivación es arbitraria e infringe normas de *ius cogens*; lo que aquí está en juego es que la Árbitra -y, con ella, esta Sala- ha entendido que la cosa juzgada material solo afecta a las pretensiones de la demanda y a las de la contestación si se formulan por vía reconventional, haciendo caso omiso de un precepto que expresamente proclama, desde hace casi 5 lustros en nuestro ordenamiento, que el pronunciamiento sobre la excepción de compensación -en este caso, su desestimación-, evacuada como mera oposición y sin necesidad de reconvencción, queda cubierta por la cosa juzgada material.

1. Hechos relevantes, admitidos por el propio Laudo, que se constituyen en presupuesto de la decisión que hubimos de adoptar.

La única cuestión que se ha sometido a la consideración de esta Sala se refiere a la arbitraria denegación por el Laudo Parcial impugnado de la excepción de cosa juzgada material en su función negativa o excluyente, lo que abocaría a su nulidad ex art. 41.1.f) LA.

Es totalmente incontestable que en el arbitraje 620/2021 que da pie a las presentes actuaciones **ACUAMED reclama a OGENSA el pago de la cantidad de 135.779,97€, correspondiente al saldo final de liquidación de la obra litigiosa**, en el que se han incluido todos los conceptos que debían integrar la liquidación de la obra señalados por el Árbitro que dictó el Laudo de fecha 4 de septiembre de 2019 en el procedimiento arbitral 532/2018.

Ahora bien, esa misma cantidad 135.779,97 € había sido aducida por ACUAMED como saldo final de la liquidación de la obra en el procedimiento arbitral 532/2018, en alegato defensivo -no reconventional- de su contestación a la demanda frente a las partidas y liquidación de OGENSA, en virtud de una pericia que, frente a las cantidades pretendidas por OGENSA, opuso una liquidación distinta -la de 135.779,97 euros a favor de ACUAMED, añadiendo partidas indemnizatorias, y compensando deudas de OGENSA con ACUAMED -pp. 103, 113 y 125 de la pericia de ACUAMED: ese alegato de ACUAMED no se articuló como pretensión reconventional, pero planteaba una liquidación distinta a la de OGENSA -en conceptos y cuantías- y efectuaba una genuina compensación de deudas que resultaba, primero, del reconocimiento de un listado de partidas indemnizatorias que no se correspondía con el formulado por OGENSA y, después, de su efectiva cuantificación. Tan es así que esa misma compensación -



así denominándola - trató de hacerla valer ACUAMED, primero, por vía de aclaración -desestimada- y, después, ante el Juzgado de Primera Instancia que conoció de la ejecución del Laudo, con igual resultado desestimatorio, habida cuenta de que el Laudo dictado en el procedimiento 532/2018 en absoluto contenía una condena como la pretendida a favor de ACUAMED y sí un dispositivo 7º que desestimaba cualquier pretensión distinta de los pronunciamientos expresos recogidos en los apartados precedentes del Fallo del Laudo.

El propio Laudo deja constancia -§ 89- de que ACUAMED solicitó en el suplico de su contestación a la demanda en el seno del arbitraje 532/2018 que " **sea dictado un Laudo por el que se acuerde aprobar la liquidación de la obra pero en los términos propuestos por esta parte en las páginas 103, 113 y 125 del dictamen pericial** ", es decir, que se aprobaran las partidas indemnizatorias reseñadas en su pericia y la compensación de deudas que abocaba a un saldo final a su favor de 135.779,97 euros; cantidad que es la interesada, por idénticos conceptos, en el arbitraje 620/2021, en el que se dicta el Laudo Parcial impugnado en esta causa.

Ninguna duda cabe de que la petición de liquidación efectuada por ACUAMED fue desestimada en el Laudo de 4 de septiembre de 2019, que resuelve el arbitraje 532/2018, cuya cosa juzgada invoca OGENSA.

Es verdad que el Laudo de 4 de septiembre de 2019 reconoce que, pese a lo que piden las partes, no va a proceder a la liquidación definitiva del Contrato, que habrá de hacerse, no " *en otro procedimiento* ", como dice nuestra Sentencia -FJ 4º *in fine*-, sino " *en la fase de ejecución* " del propio Laudo; pero el Laudo fija inequívocamente las partidas que se han de indemnizar y en ocasiones su monto -en otras, la liquidación se difiere a la ejecución-, en desestimación implícita, pero evidente, de las pretensiones indemnizatorias de ACUAMED ahora reiteradas, y en buena parte también de las pretendidas por OGENSA -cfr. §§ 106 a 109 del Laudo de 4/09/2019 reproducidos y analizados en los §§ 99 y 100 del Laudo aquí impugnado.

La evidencia de lo que digo aparece constatada en plurales apartados del propio Laudo: cfr. §§ 59, 88, 89, 99, 100, 102, 104, 107 y 140 a 146.

2. Ratio decidendi del Laudo .

La pregunta que, acto seguido, procede contestar, es muy simple: ¿qué razón jurídica se erige en causa esencial del fallo del Laudo, esto es, qué *ratio decidendi* explica la desestimación de la cosa juzgada material en su función negativa o excluyente que adopta el Laudo impugnado ante esta Sala?

La Árbitra entiende que " **no fue objeto del arbitraje 532/2018 liquidar el Contrato o aprobar una liquidación distinta de la pedida por OGENSA (§ 150)** -pese a que tal pedía ACUAMED en el suplico de su contestación.

Y ello porque:

"147. **ACUAMED no formuló reconvencción** y así lo entendió el Árbitro, que no dio ningún trámite a OGENSA para contestar a una hipotética reconvencción. OGENSA tampoco solicitó dicho trámite ni formuló protesta por su omisión.

148. **Constituida de esta forma la litis, en la que sólo fueron objeto del arbitraje pretensiones de OGENSA, la cuestión litigiosa fue la relativa a la existencia o no de unidades de obra adicionales a las recogidas en las certificaciones periódicas .**

152. Rechazada la pretensión de OGENSA de que la liquidación se hiciera sobre las mediciones realizadas por su perito, el Laudo se limitó a señalar que dichas partidas no podían integrar la liquidación, sino que sólo podían incluirse las partidas resultantes de las certificaciones de obra, a cuyo importe habría que añadir las demás cantidades que se adeudaran las partes.

154. **ACUAMED no formuló ninguna pretensión sobre la liquidación del Contrato** y por ello no existe en el fallo ninguna resolución al respecto. La fórmula de cierre contenida en el apartado 7, sobre desestimación de las restantes pretensiones no resueltas expresamente, no puede ser aplicable a una pretensión no ejercitada".

En una palabra: la liquidación alternativa presentada por ACUAMED como alegato defensivo, con las partidas que en ella se identifican y la compensación de deudas que da lugar a un saldo a su favor de 135.779,97 euros, no habrían sido objeto del arbitraje 532/2019 porque ese alegato defensivo no se articuló como una pretensión reconvenccional, sino como mero alegato defensivo.

Dicho de otra manera y de forma sucinta: la genuina *ratio decidendi* del Laudo no es otra que postular que la cosa juzgada material no ampara lo aducido por vía de excepción, que no entraña una verdadera pretensión del demandado: los alegatos del demandado se convierten en *thema decidendi* afectado por la cosa juzgada material solo si se articulan por la vía de la demanda reconvenccional, solo entonces lo que alegue el demandado trasciende la mera defensa para constituirse en genuina pretensión.

A modo de conclusión anticipada: semejante entendimiento resulta expresamente desmentido por nuestro Ordenamiento desde hace casi cinco lustros, nada menos que en norma imperativa, de inexcusable observancia.

3. Criterios de enjuiciamiento.

A.- Una Jurisprudencia constante, ya clásica, nacida en el seno de las Audiencias Provinciales cuando ostentaban la competencia para conocer de cuestiones como la que hoy nos ocupa, y aquilatada por el Tribunal Supremo en sucesivas sentencias, vino desarrollando el concepto jurídico indeterminado en que consiste el orden público, tanto en su vertiente material como desde el enfoque procesal.

Si la primera vertiente se relaciona directamente con la infracción de los derechos y libertades fundamentales previstos en la Constitución, el orden público procesal se centra en los derechos que proyecta el artículo 24 del texto fundamental y la tutela efectiva. El arbitraje, no por su condición de institución sustitutiva del proceso judicial puede obviar el cumplimiento de las garantías esenciales que la Constitución reconoce en el ámbito citado. El carácter flexible del procedimiento arbitral no puede desligarse, por ejemplo, de la consecuencia de cosa juzgada que resulta inherente al laudo que le pone fin de acuerdo con lo establecido en el artículo 43 de la Ley de Arbitraje.

Desarrollando estos conceptos, esta misma Sala de lo Civil y Penal vino a resumir cuanto dijo en pronunciamientos anteriores (por ejemplo SS de 6 de noviembre de 2013 -Acción de anulación 5/2013; 13 febrero de 2.013 - Acción de anulación 31/2012; y 23 mayo de 2.012 - Acción de anulación 12/2011), en los siguientes términos: "*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 (STC 54/1989, de 23-2), 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 art. 9.3 de la Constitución, 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*".

B.- Las Sentencias del Tribunal Constitucional 46/2020, de 15 de junio, 17/2021, de 15 de febrero, 65/2021, de 15 de marzo, 50/2022, de 4 de abril, y 79/2022, de 27 de junio, han incidido en la correcta delimitación del concepto de orden público, ratificando el criterio legal y doctrinal contrario a su entendimiento expansivo.

Muy sintéticamente, recordaremos que con arreglo a esta jurisprudencia constitucional, el ámbito de revisión jurisdiccional de los laudos arbitrales resulta ciertamente limitado, pudiendo leer, como parámetros esenciales de referencia, en este momento inicial, y sin perjuicio de ulteriores precisiones específicas, las siguientes consideraciones:

- La STC 17/2021, de 15 de febrero, dice que "*la acción de anulación, por consiguiente, solo puede tener como objeto el análisis de los posibles errores procesales en que haya podido incurrir el proceso arbitral, referidos al cumplimiento de las garantías fundamentales, como lo son, por ejemplo, el derecho de defensa, igualdad, bilateralidad, contradicción y prueba, o cuando el laudo carezca de motivación, sea incongruente, infrinja normas legales imperativas o vulnere la intangibilidad de una resolución firme anterior*".

- La misma STC 17/2021 añade que "*debe quedar, por tanto, firme la idea de que el motivo previsto en el apartado 1, letra f) del art. 41 LA no permite sustituir el criterio alcanzado por el árbitro por parte de los jueces que conocen de la anulación del laudo, así como que la noción de orden público no puede ser tomada como un cajón de sastre o puerta falsa...*".

Sin embargo, lo que antecede ha de ser conciliado, según esa misma jurisprudencia constitucional, con que el control jurisdiccional del laudo sí abarca el ejercicio del análisis de arbitrariedad de la resolución arbitral, pudiendo estimarse la acción de anulación basada en el orden público si el razonamiento del laudo es ilógico o absurdo, de tal forma que si el órgano judicial no lo apreciase así, sería el propio Tribunal de Justicia quien vulnerase el derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24 de la Constitución.

En estos términos se ha pronunciado nuestro Tribunal Constitucional en la ya citada S. 17/2021, de 15 de febrero:

"*Ahora, de nuevo, hemos de reiterar que la valoración del órgano judicial competente sobre una posible contradicción del laudo con el orden público, no puede consistir en un nuevo análisis del asunto sometido a arbitraje, sustituyendo el papel del árbitro en la solución de la controversia, sino que debe ceñirse al enjuiciamiento respecto de la legalidad del convenio arbitral, la arbitrabilidad de la materia y la regularidad*



procedimental del desarrollo del arbitraje. En este orden de ideas, ya hemos dicho que **"por orden público material se entiende el conjunto de principios jurídicos públicos, privados, políticos, morales y económicos, que son absolutamente obligatorios para la conservación de la sociedad en un pueblo y en una época determinada (SSTC 15/1987, de 11 febrero ; 116/1988, de 20 junio ; y 5411989, de 23 febrero), y, desde el punto de vista procesal, el orden público se configura como el conjunto de formalidades y principios necesarios de nuestro ordenamiento jurídico procesal, y solo el arbitraje que contradiga alguno o algunos de tales principios podrá ser tachado de nulo por vulneración del orden público. Puede decirse que el orden público comprende los derechos fundamentales y las libertades garantizados por la Constitución, así como otros principios esenciales indisponibles para el legislador por exigencia constitucional o de la aplicación de principios admitidos internacionalmente"** (STC 46/2020, de 15 de junio , FJ 4).

(...)

Por consiguiente, debe subrayarse una vez más que **si la resolución arbitral no puede tacharse de arbitraria, ilógica, absurda o irracional, no cabe declarar su nulidad amparándose en la noción de orden público**. Así también lo ha señalado la misma Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en numerosas ocasiones, insistiendo en que debe quedar fuera de un posible control anulatorio "la posible justicia del laudo, las deficiencias del fallo o el modo más o menos acertado de resolver la cuestión" (sentencia de 23 de mayo de 2012) "

Doctrina reiterada en la STC 65/2021, de 15 de marzo, cuando dice:

"En consecuencia, el tribunal reitera que excepcionalmente cabe anular una decisión arbitral cuando se hayan incumplido las garantías procedimentales fundamentales como el derecho de defensa, igualdad, bilateralidad, contradicción y prueba; cuando el laudo carezca de motivación o esta sea arbitraria, ilógica, absurda o irracional; cuando se hayan infringido normas legales imperativas ; o cuando se haya vulnerado la intangibilidad de una resolución firme anterior . Esto significa que no es lícito anular un laudo arbitral, como máxima expresión de la autonomía de las partes (art. 10 CE) y del ejercicio de su libertad (art. 1 CE) por el solo hecho de que las conclusiones alcanzadas por el árbitro o por el colegio arbitral sean consideradas, a ojos del órgano judicial, erróneas o insuficientes, o, simplemente, porque de haber sido sometida la controversia a su valoración, hubiera llegado a otras bien diferentes".

Por tanto, se considerará que un laudo arbitral es contrario al orden público cuando incurra en la arbitrariedad patente referida en el artículo 9.3 de la Constitución (*vid.* por ejemplo, Sentencia de esta Sala 66/2021, de 22 de octubre -roj STSJ M 9028/2021).

Y es que, en definitiva, aun habiendo insistido el Tribunal Constitucional en que el concepto de orden público como causa de anulación de los laudos no ha de ser objeto de una concepción expansiva, lo que no puede permitirse es que resoluciones arbitrales que incurran en un razonamiento arbitrario, manifiestamente ilógico o absurdo o contrario a reglas imperativas, puedan alcanzar, en virtud del principio de equivalente jurisdiccional acuñado por el Tribunal Constitucional, efectos de cosa juzgada entre los justiciables.

En este sentido, cumple recordar las siguientes palabras de nuestra Sentencia 66/2021, de 22 de octubre -roj STSJ M 9028/2021, FJ 5°:

" No obsta, pues, a lo que decimos el hecho de que, en general, la Ley de Arbitraje interna establezca un ámbito limitado de enjuiciamiento en la acción de anulación, pues el orden público reviste en cada caso el alcance que le es propio. Esta objeción, que el ámbito limitado de la acción de anulación impide al Tribunal verificar el acierto del Árbitro a la hora de aplicar las normas de defensa de la competencia -el control de su motivación sería meramente formal o externo-, ha sido expresamente planteada en el asunto C-567/14 , Genentech Inc. y Hoechst GmbH, Sanofi-Aventis Deutschland GmbH, resuelto por la STJUE de 7 de julio de 2016, que rechaza ese planteamiento y entra a analizar en sentido propio el fondo del asunto. Y ello con independencia de que, como también hemos dicho tras la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional en sus SS 46/2020 , 17/2021 , 55/2021 y 65/2021 , "no se trata de que esta Sala deba exigir del Árbitro el acierto en su decisión; pero sí debemos demandarle, por imperativo constitucional, que su decisión sea expresión de una genuina motivación, acertada o no, pero en ningún caso arbitraria o fruto de la mera expresión de un acto de voluntad. Los Tribunales de Justicia, genuinos poderes públicos, infringiríamos la Constitución si no verificásemos que el razonamiento de los Laudos, en la interpretación normativa y en la valoración probatoria, no es arbitrario, irrazonable, absurdo, patentemente errado, meramente aparente o inexistente, concerniendo también tales exigencias a la motivación del juicio de hecho, esto es, a la ponderación de la prueba directamente conectada con la ratio decidendi. Da igual cuál sea el origen o la raíz, legal o constitucional, del deber de motivación del Laudo: lo que no es cuestionable -y no lo es tampoco por la más reciente jurisprudencia constitucional- es que un Tribunal de Justicia que no repara un déficit de motivación constitucionalmente relevante infringe él mismo el art. 24.1 CE . Y los parámetros de esa verificación jurisdiccional han de ser, a todas luces, los que



conforman el contenido esencial del derecho fundamental implicado y, más ampliamente aún, el contenido constitucionalmente declarado de ese derecho fundamental, precepto o principio constitucional concernido, o principio internacionalmente admitido; en este sentido *expressis verbis*, la *STC 65/2021, FJ 5º - Auto 11/2021, de 21 de septiembre* .

Es incuestionable, pues, a la luz de la doctrina del Tribunal Constitucional, que los errores groseros y patentes en la apreciación o calificación de los hechos así como las interpretaciones o valoraciones arbitrarias, irrazonables, ilógicas, absurdas o manifiestamente erróneas suponen una vulneración directa del artículo 24.1 de la Constitución española y, consecuentemente, afectan también al orden público como causa para la anulación de las resoluciones arbitrales. Y existe vulneración del artículo 24 de la Constitución cuando la resolución " *sea producto de un razonamiento equivocado que no se corresponde con la realidad, por haber incurrido el órgano judicial en un error patente en la determinación y selección del material de hecho o del presupuesto (jurídico) sobre el que se asienta su decisión*" (*STC 206/1999*). De concurrir el Laudo en estos déficits de motivación procederá su anulación ex art. 41.1.f) LA, pues, de lo contrario, sería el Tribunal de Justicia quien, de no reparar tales deficiencias con la consecuencia legal a ellos anudada -la anulación, estaría vulnerando sin lugar a dudas el art. 24.1 CE.

Del mismo modo que el arbitraje es un "equivalente jurisdiccional" -idea asentada en la jurisprudencia constitucional durante décadas, en la que el Tribunal Constitucional se ha ratificado reiteradamente en su *Sentencia 1/2018, de 11 de enero* , y rememora de nuevo en las *Sentencias 54/2018, de 24 de mayo* , *y 102/2018, de 24 de octubre* , *y más recientemente aún en las SSTC 46/2020* , *17/2021* , *55/2021* , *65/2021* *y 50/2022* -, el Laudo, correlato de la Sentencia judicial y de eficacia análoga a la misma -con fuerza de cosa juzgada material es, *nemine discrepante*, un título ejecutivo que se califica como de naturaleza judicial-, tiene unas exigencias de motivación que lo son en garantía de la exclusión de la arbitrariedad tanto para las partes, como, en sede de fiscalización judicial -donde ya no rige la confidencialidad del arbitraje-, para la confianza legítima de la propia sociedad en el recto proceder de quien juzga o lauda.

C. (i) No cabe la menor duda de que el análisis del motivo de anulación invocado por OGENSA en los términos supra reseñados debe ser efectuado partiendo de un postulado hoy incontestable, *nemine discrepante*, a saber: ***no es discutible que la arbitraria, ilógica, inmotivada o patentemente errada apreciación y/o desestimación de la cosa juzgada material vulnera el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva*** , y lo conculca bien en su dimensión más radical o nuclear como es la que concierne al " *acceso a la Jurisdicción*" -en este caso, arbitral-, bien, en su caso, en lo que afecta al debido respeto a la intangibilidad de una precedente resolución judicial o arbitral firme: si concurren los defectos de motivación expuestos -entre los que se incluyen la ignorancia de reglas imperativas sobre el alcance de la cosa juzgada material- es evidente de toda evidencia que el Laudo debería ser anulado por contravención del orden público ex art. 41.1.f) LA; en este sentido de forma expresa y recientemente las *SSTC 17/2021, de 15 de febrero* (FJ 2º) y *65/2021, de 15 de marzo* (FJ 3º). No merece mayor comentario -por ser un criterio tan reiterado como conteste- que el Tribunal de anulación ha de fiscalizar, *desde la perspectiva del control del orden público*, aquella fundamentación contenida en el Laudo que pudiera lesionar el art. 24.1 CE.

Pues bien, al respecto no está de más recordar cómo el Tribunal Constitucional ha reiterado que " *el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE protege y garantiza la eficacia de la cosa juzgada material, tanto en su aspecto negativo o excluyente de nuevos pronunciamientos judiciales con idéntico objeto procesal al ya resuelto en Sentencia firme, como en su aspecto positivo o prejudicial, impidiendo que los Tribunales -o los Árbitros-, en un proceso seguido entre los mismos sujetos, puedan desconocer o contradecir las situaciones jurídicas declaradas o reconocidas en una Sentencia que haya adquirido firmeza. Ahora bien, la determinación del alcance que quepa atribuir a la cosa juzgada constituye una cuestión que corresponde a la estricta competencia de los órganos judiciales, por lo que sus decisiones en esta materia sólo son revisables en sede constitucional si resultan incongruentes, arbitrarias o irrazonables (entre otras, STC 226/2002, de 9 de diciembre, FJ 5) - STC 8/2014, de 27 de enero, FJ 5*).

O, como señala la *STC 121/2013* , de 20 de mayo (FJ 3), " *no está en discusión en este proceso la adecuación constitucional de la institución de la cosa juzgada material, cuyo respeto forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva y que sirve a la seguridad jurídica (por todas STC 62/2010, de 18 de octubre)* ". Sentencia, la 121/2013, que insiste en que el control de la lesión del art. 24.1 CE -que en este caso lleva aparejada la correlativa lesión del orden público como causa de anulación del Laudo- consiste en verificar " *si al apreciar la existencia de cosa juzgada se rebasó el límite impuesto por la irrazonabilidad, la arbitrariedad y el error patente* (*SSTC 135/2002, de 3 de junio* , *242/1992, de 21 de diciembre, FJ 3* ; *92/1993, de 15 de marzo, FJ 3* ; *135/1994, de 9 de mayo, FJ 2* ; *43/1998, de 24 de febrero, FJ 4*)".

Con la misma doctrina, más recientemente -en referencia a la indebida apreciación de la litispendencia como institución ancilar de la cosa juzgada material y con infracción también del derecho de acceso a la Jurisdicción-,



cfr. **SSTC 4/2017**, de 16 de enero (FJ 4), que menciona también " *la falta de proporcionalidad*" como elemento relevante para apreciar la lesión constitucional de una eventual denegación de justicia (asimismo, **SSTC 49/2016**, **148/2016**, **206/2016**, **207/2016**, **208/2016**, **209/2016**, **210/2016**, **221/2016**, **223/2016** y **3/2017**).

(ii) La delimitación de si en el caso concurre desproporción, arbitrariedad, sinrazón o yerro patente en la desestimación por el Laudo impugnado de la excepción de cosa juzgada material -en su función negativa-, pasa por considerar algunos postulados normativos y jurisprudenciales elementales en la materia.

En este punto, no está de más traer a colación lo que establece el FJ 5º de la **STS 164/2021, de 23 de marzo** -roj STS 1083/2021, cuando dice:

1.- Como hemos declarado en otras resoluciones, por ejemplo en la sentencia 169/2014, de 8 de abril, 'la cosa juzgada material es el efecto externo que una resolución judicial firme tiene sobre los restantes órganos jurisdiccionales o sobre el mismo tribunal en un procedimiento distinto, consistente en una vinculación negativa y positiva, regulado en el art. 222 LEC. La vinculación negativa impide un nuevo proceso sobre el mismo objeto ya juzgado y conforme a la vinculación positiva, lo resuelto en el primero debe tenerse en cuenta en el segundo cuando sea un antecedente lógico de lo que sea su objeto'.

El efecto de cosa juzgada material de las sentencias firmes, en su aspecto negativo, 'excluirá, conforme a la ley, un ulterior proceso cuyo objeto sea idéntico al del proceso en que aquella se produjo' (art. 222.1 LEC), y 'afectará a las partes del proceso en que se dicte y a sus herederos y causahabientes' (art. 222.3 LEC). Y en su aspecto positivo, que es el que ahora interesa, 'lo resuelto con fuerza de cosa juzgada en la sentencia firme que haya puesto fin a un proceso vinculará al tribunal de un proceso posterior cuando en éste aparezca como antecedente lógico de lo que sea su objeto, siempre que los litigantes de ambos procesos sean los mismos o la cosa juzgada se extienda a ellos por disposición legal' (art. 222.4 LEC).

2.- En la sentencia 789/2013, de 30 de diciembre, advertimos que **el efecto prejudicial de la cosa juzgada se vincula al fallo, pero también a los razonamientos de la sentencia cuando constituyan la razón decisoria**, desde el momento en que se admite que la sentencia firme, con independencia de la cosa juzgada, produzca efectos indirectos, entre ellos el de constituir en un ulterior proceso un medio de prueba de los hechos en aquella contemplados y valorados, en el caso de que sean determinantes del fallo.

Cfr. en el mismo sentido, entre muchas, la **Sentencia de esta Sala 31/2017, de 3 de mayo** (FFJJ 2º y 3º -roj STSJ M 4665/2017); o las atinadas palabras de la **SAP Barcelona, 15ª, de 25 de abril de 2003** (roj SAP B 3509/2003), cuando dice (FJ 6.1):

"La categoría del orden público... ha de comprender la vulneración de uno de los principios inspiradores del ordenamiento, cual es el de seguridad jurídica, que proscribire que una misma controversia sea decidida dos veces, puesto que se pueden producir sentencias incompatibles o contradictorias, originando dos títulos ejecutivos diversos. Y se ha de recordar aquí que el laudo arbitral firme tiene los mismos efectos que la sentencia: fuerza de cosa juzgada (art. 37 L.A.) y eficacia ejecutiva (art. 52), de modo que las mismas razones que abonan la exclusión de un segundo proceso jurisdiccional con objeto idéntico al ya pendiente, han de fundar la exclusión de un segundo proceso arbitral sobre la misma cuestión litigiosa, a menos que las partes eliminen el primero".

Esto no puede dejar de ser así cuando se repara en el fundamento dogmático y constitucional de la cosa juzgada material. Vienen muy a cuento, al respecto, las siguientes palabras de la **STS 411/2021, de 21 de junio** -roj STS /2021, FJ 2º.2):

"La cosa juzgada responde de esta forma a una triple y justificada finalidad: a) que no se vuelva a discutir lo que ya ha sido decidido, a los efectos de impedir que las cuestiones controvertidas permanezcan indefinidamente enquistadas y en situación de latencia; b) para impedir que un nuevo proceso se tramite o se desarrolle procedimentalmente para satisfacer una función ya cumplida y definida previamente por la jurisdicción; y c), por último, evitar sentencias contradictorias.

A esta última finalidad, se refiere la jurisprudencia constitucional, que ha proclamado que la existencia de pronunciamientos contradictorios en las resoluciones judiciales de los que resulte que unos mismos hechos ocurrieron y no ocurrieron, no sólo es incompatible con el principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE), sino también con el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), pues no cabe compaginar la efectividad de dicha tutela y la firmeza de los pronunciamientos judiciales contradictorios (sentencias del Tribunal Constitucional 60/2008, de 26 de mayo y 192/2009, de 28 de septiembre, en el mismo sentido las sentencias de esta Sala 1.ª 301/2016, de 5 de mayo, y 164/2020, de 11 de marzo).

Incluso es criterio jurisprudencial, el que afirma que la Ley de Enjuiciamiento Civil considera la cosa juzgada como una excepción apreciable de oficio cuando es evidente su existencia, toda vez que trasciende del



mero interés particular de las partes, para situarse decididamente en la esfera del interés público y constituir una manifestación del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (sentencias 372/2004, de 13 mayo; 277/2007, de 13 de marzo; 686/2007, de 14 de junio; 905/2007 de 23 julio; 422/2010, de 5 de julio; 459/2013, de 1 julio y 574/2018, de 16 de octubre, entre otras)".

(iii) El artículo 222 LEC, al tratar de la cosa juzgada en sentido material, fija cuáles son los requisitos necesarios para que pueda apreciarse. Se requiere que se trate de un ulterior proceso con objeto idéntico al anterior (apartado 1), es decir, que entre ambos exista identidad de sujetos, de pretensiones y de causa de pedir; en el bien entendido de 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* " (art. 222.2.2º inciso LEC en relación con el art. 400.2 LEC)... Por eso la Ley y la jurisprudencia excluyen la identidad de *causa petendi* cuando " **ésta viene fundamentada en un hecho nuevo que no pudo ser alegado en el proceso anterior** " (FJ 5, **STS 71/2017** , de 8 de febrero, roj STS 411/2017), aun cuando la relación jurídica litigiosa sea la misma, como por ejemplo cuando la nueva pretensión se funda en el incumplimiento de contrario de lo resuelto al respecto en una previa Sentencia (FJ 4 **STS 744/2016** , de 21 de diciembre, roj STS 5660/2016).

Partiendo del concepto asentado de *causa de pedir*, "como hechos constitutivos con relevancia jurídica que sirvan de fundamento a la petición y que delimitan, individualizan e identifican la pretensión procesal", ha destacado la Sala Primera, por ejemplo, cómo la reclamación cuantitativamente diferente en un segundo proceso respecto del primero, " *para nada afecta o altera la relación de identidad de la cuestión planteada si se traduce, únicamente, en una mera actualización de las rentas (o cantidades) reclamadas*" (FJ 4, **STS 539/2014** , de 14 de enero de 2015, roj STS 125/2015).

De un modo general, la Sala Primera, siguiendo la **STS nº 853/2004** , de 15 de julio -roj STS 5214/2004 -, con invocación de las SSTs de 10 de junio de 2002 y 31 de diciembre de 2002, viene reiterando sus directrices jurisprudenciales en esta materia en los siguientes términos (v.gr., de sus **Sentencias 629/2013** -FJ 6.2, roj STS 188/2013-, **393/2012** -FJ 2, roj STS 4945/2012-, **64/2012** -FJ 2, roj STS 920/2012- y **1074/2006** -FJ 1, roj STS 6795/2012:

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) o, dicho de otra forma, por el conjunto de hechos jurídicamente relevantes para fundar la pretensión (SSTs 19-6-00 y 24-7-00) o título que sirve de base al derecho reclamado (SSTs 27-10-00 y 15-11-01).

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 , 3-5-00 y 27-10-00).

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 causalmente 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), postulados en gran medida incorporados explícitamente ahora al art. 400 de la nueva LEC .

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).

Enlaza con lo que venimos diciendo reparar en los llamados -en denominación doctrinal comúnmente admitida- "*límites temporales de la cosa juzgada material*", que no aluden, claro está, a que la misma tenga una duración limitada, sino que hacen referencia a circunstancias sobrevenidas, de ordinario de índole fáctica, que se convierten en elementos hábiles para fundar nuevas pretensiones determinantes de una situación diferente a



la enjuiciada en el primer proceso, y, por lo tanto, conformadoras de un objeto procesal distinto, que impide de esta manera la aplicación del instituto de la cosa juzgada.

En palabras de la precitada **STS 411/2021, de 21 de junio** (FJ 3º.3)

" Las sentencias firmes dictadas por los tribunales se proyectan, en ocasiones, sobre relaciones jurídicas que no son estáticas, sino dinámicas, las cuales, por su propia naturaleza, no pueden permanecer sub specie aeternitatis (para siempre) como, por ejemplo, las medidas definitivas fijadas en los procedimientos matrimoniales..., las acciones concernientes a la modificación y reintegración de la capacidad jurídica previstas en el art. 761 LEC, en su redacción todavía vigente..., la aparición de nuevas lesiones, distintas y no previsibles a las contempladas en un previo proceso...

En definitiva, las circunstancias ulteriores, que no pudieron ser alegadas en el anterior proceso, permiten válidamente fundar en ellas una nueva acción judicial, cuando constituyan un objeto procesal distinto, sin que le alcancen los efectos de la cosa juzgada, ni la preclusión de alegaciones del art. 400.2 de la LEC . Tales situaciones se contemplan expresamente en el párrafo segundo del número segundo del art. 222 LEC , en el que, tras referirse a los límites objetivos de la cosa juzgada, proclama que "[...] se consideran 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". Como expresa gráficamente la sentencia 271/2014, de 5 de junio, '[...] es cierto que la res iudicata no opera sub specie aeternitatis, sino que está sometida a límites temporales, determinados por los cambios de la res de qua agitur o materia sobre la que se acciona'.

En el sentido expuesto, en la sentencia de 22 de abril de 2004, recurso 1386/1998, hemos señalado que: '[...] cuando los hechos que sirvieron de fundamento a la primera decisión cambien o se alteren ex post, desaparece la vinculación del Tribunal que ha de dictar la segunda en tanto que la mutación sea suficiente para entender que lo ya juzgado no constituye antecedente necesario de lo que se debe juzgar'.

En la sentencia 1068/2007, de 5 de octubre, nos referimos igualmente a los precitados límites temporales, descartando la concurrencia de la cosa juzgada, en los términos siguientes:

*'En su virtud, la causa de pedir del segundo pleito, aunque la acción sea también la de indemnización por incumplimiento, no es la misma que la que sirvió de base al precedente, en la medida que esta reclamación que ahora se dirige , **parte de unos perjuicios nuevos, que para la actora traen causa, no de la situación de hecho que existía cuando presentó la anterior demanda**, sino de la existente una vez se dictó sentencia condenatoria en su contra, todo lo cual impide extender la fuerza vinculante de la cosa juzgada a lo discutido en el segundo pleito porque, como reitera la doctrina de esta Sala en cuanto al límite temporal (Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de diciembre de 1997 y las en ella citadas de 14 de julio de 1986 y 5 de junio de 1987), **' la causa de pedir que se fundamenta en circunstancias acaecidas con posterioridad a las del primer procedimiento, integran una diversa causa de pedir y por ende eliminan la aplicación de la institución de la cosa juzgada'**.*

En el mismo sentido, podemos citar, más recientemente, la sentencia 544/2015, de 20 de octubre, en la que dijimos:

"Estamos ante la llamada cosa juzgada temporal, o lo que la doctrina conoce con el nombre de límites temporales de la cosa juzgada, que es admitida por nuestra jurisprudencia, especialmente en aquellos supuestos en que el curso cronológico de las lesiones muestra la aparición de daños nuevos, o una agravación del anteriormente apreciado, siempre que el nuevo daño o la agravación se descubra en fecha posterior. Supone que una sentencia puede servir de complemento a otra cuando en ésta no se pudieron tener en cuenta determinados supuestos, no a hipótesis en que la indemnización pudo preverse con anterioridad (SSTS 19 febrero 1973 , 27 enero 1981 , 13 mayo 1985 , 9 febrero 1988 y 15 marzo 1991)' ".

Desde estos parámetros de enjuiciamiento -resumidamente expuestos- habremos de verificar a continuación si, como postula la demanda, el *Laudum impugnado* incurre en **manifiesta arbitrariedad** al entender que su decisión no contraviene la fuerza de cosa juzgada material .

(iv) De cuanto antecede se sigue con facilidad que **la Ley de Enjuiciamiento Civil y la jurisprudencia que la interpreta y aplica no circunscribe la cosa juzgada material a las pretensiones contenidas en el suplico de la demanda, sea ésta inicial o reconvenzional: las alegaciones fácticas y jurídicas, reales o posibles dentro del periodo de alegaciones - art. 400 LEC -, quedan amparados por la cosa juzgada material: de ahí que el art. 222 LEC aluda repetidas veces a los hechos alegados sin discriminación de qué parte los alega y de si a ellos anuda o no una genuina pretensión material de condena, o solo de absolucón .**

Vaya por delante algo que estimo sencillamente indiscutible, en lo que quiero abundar y dejar claramente establecido, a saber: **qué sea o deje de ser la cosa juzgada material, cuál sea o no su alcance efectivo resulta ser fruto, en gran medida, de opciones de política legislativa; el alcance y significación de la firmeza**



de las resoluciones jurisdiccionales y arbitrales es el resultado de una configuración legal, que subviene a la necesidad de preservar el principio de seguridad jurídica - art. 9.3 CE . Mas, dicho esto, de lo que no cabe dudar es de que las previsiones legales al respecto, en particular las de la LEC, son inexcusablemente aplicables, sin matización ni distingo alguno, tanto a las resoluciones judiciales como a los Laudos firmes -art. 43 LA-, que gozan de la fuerza de cosa juzgada en los términos en que legalmente se defina la misma. Por falta de todo atisbo de apoyo legal y resultar contrario al art. 9.3 CE , no sería de recibo pretender un distinto régimen jurídico de la cosa juzgada material de los Laudos respecto de las Sentencias, y máxime cuando el Tribunal Constitucional, con reiteración, ha enfatizado que lo que caracteriza la equivalencia entre Laudos y Sentencias es precisamente su fuerza de cosa juzgada .

Pues bien, el Tribunal, sea jurisdiccional o arbitral, ha de pronunciarse sobre las defensas y excepciones del demandado aunque no se articulen como peticiones de condena del actor, cabiendo claro está la desestimación implícita: *la decisión sobre los puntos presentados como excepciones de índole material no puede calificarse ni de incidental ni de simplemente prejudicial: ni se decide sobre las excepciones como meros antecedentes lógicos ni se enjuician incidentalmente.*

Con anterioridad a la LEC se aducía como fundamento de la inexistencia de cosa juzgada material respecto de las excepciones de fondo el hecho de que no tenía lugar, respecto de esas excepciones, un debate procesal equiparable al que se origina sobre las pretensiones del demandante... Este argumento, susceptible de no pocas críticas, es menos defendible si cabe en el arbitraje donde la flexibilidad del procedimiento y la plenitud de contradicción a ella inherente son incuestionables.

Pero es que, en todo caso, tal cuestión ha sido afrontada por la LEC en buena medida en su artículo 408, insoslayablemente aplicable al presente caso, y, lo repito, ni siquiera mencionado en el Laudo que se impugna.

Conviene traer a colación el tenor literal de los párrafos 1º y 3º del art. 408 LEC:

1. Si, frente a la pretensión actora de condena al pago de cantidad de dinero, el demandado alegare la existencia de crédito compensable, dicha alegación podrá ser controvertida por el actor en la forma prevenida para la contestación a la reconvenición, aunque el demandado sólo pretendiese su absolucón y no la condena al saldo que a su favor pudiera resultar.

2. (...)

3. La sentencia que en definitiva se dicte habrá de resolver sobre los puntos a que se refieren los apartados anteriores de este artículo y los pronunciamientos que la sentencia contenga sobre dichos puntos tendrán fuerza de cosa juzgada.

Se observa que, alegado, como aquí es el caso, la existencia de créditos compensables por ACUAMED frente a la reclamación dineraria de OGENSA, la fuerza de cosa juzgada material del pronunciamiento del Laudo no depende de que la oposición de fondo de ACUAMED se haya articulado como demanda reconvenicional; **tampoco se puede sostener con el menor fundamento que lo aducido como mera excepción no forme parte del objeto del proceso** : la Sentencia, o en este caso el Laudo, ha de pronunciarse al respecto, sin que quepa descartar, claro está, la desestimación implícita.

La excepción alegada forma parte del *thema decidendi* y, por tanto, lo que se resuelva sobre ella goza de fuerza de cosa juzgada material -en sus funciones negativa o excluyente y positiva o prejudicial-..., y la LEC no supedita ese efecto a que el demandante haga efectiva la opción que la propia Ley le concede de replicar a lo que dice el demandado en la forma prevenida para la contestación a la reconvenición.

Dicho de otra forma: *al demandante la LEC le concede una oportunidad de contradicción que, como tal posibilidad, colma las exigencias del principio de audiencia, decídase o no el actor a ejercitarla; lo mismo cabe predicar, incluso por razones constitucionales, de lo que acontezca en el seno del arbitraje ex art. 24.1 LA.*

Ahora bien; **la Ley de Enjuiciamiento Civil no excluye del objeto del proceso y del cobijo de la cosa juzgada material la decisión sobre una excepción de fondo por el hecho de que el demandado no formule su oposición como demanda reconvenicional y por el hecho de que el actor no haya agotado, porque no ha querido, las plenas oportunidades de alegación que tenía a su disposición. Y si un Juez o un Árbitro así lo hicieran incurrirían en arbitrariedad por ignorancia de lo dispuesto en una regla imperativa sobre el alcance de la cosa juzgada material .**

4. Decisión que debió adoptar esta Sala.

Tal es, justamente, lo que ha sucedido en el presente caso.

La Árbitra desestima la excepción de cosa juzgada material en su función negativa o excluyente sobre la base de una apreciación jurídica manifiestamente errónea, que lleva aparejada una clamorosa infracción del orden



público procesal, pues infringe una norma a todas luces imperativa, *nemine discrepante*, en la que ni siquiera repara, el art. 408 LEC, que determina lo que es *thema decidendi* de un proceso, sea jurisdiccional o arbitral, y, en consecuencia, precisa qué se encuentra afectado por el alcance legalmente previsto de la cosa juzgada material.

Adolece de todo fundamento legal e infringe el art. 408 LEC, norma de *i us cogens*, el no considerar como *thema decidendi* la oposición de fondo efectuada por ACUAMED en los términos supra descritos, articulando una oposición de compensación de créditos, por el hecho de que ACUAMED no haya esgrimido esa defensa de fondo como pretensión reconvenzional. **La ratio de la desestimación de la excepción de cosa juzgada material es, a mi juicio, manifiestamente arbitraria .**

Hasta tal punto estimo palmaria la infracción de esa norma imperativa que, como he anticipado, el Laudo llega a vincular el alcance de la cosa juzgada material con lo que las partes puedan decir al respecto en sus escritos de alegaciones, aplicando la doctrina de los actos propios a una realidad jurídica, la existencia o no de cosa juzgada material, que viene totalmente delimitada por lo que es su configuración legal, por lo que el Legislador estima que debe ser su alcance, sin que, ante una expresa previsión legal al respecto, pueda excusarse la aplicación de lo que la Ley de Enjuiciamiento Civil prevé terminantemente por la mayor o menor coherencia argumentativa de la parte que invoca la cosa juzgada material.

Me refiero con esto a los §§ 156 y 157 del Laudo aquí impugnado, que, como supuesta confirmación de que el Laudo de 4 de septiembre de 2019 no contenía pronunciamiento sobre la excepción de fondo de ACUAMED liquidando el Contrato en función de determinadas partidas y compensando deudas con un saldo a su favor de 135.779,97 euros -que es el reclamado en el arbitraje que da pie a esta causa-, dicen:

"156. OGENSA también lo entendió así, tal y como se deduce de sus alegaciones a la petición de aclaración del Laudo, cuando señaló que 'las aclaraciones interesadas por Acuamed constituyen una petición de pronunciamiento del árbitro sobre cuestiones no sometidas a su decisión y que, consecuentemente, si así interesaba a la demandada, deberían haber sido articuladas por vía reconvenzional de acuerdo con lo establecido en los artículos 17.5 y 22 del Reglamento de la Corte Española de Arbitraje ".

157. Ahora OGENSA alega lo contrario, que la liquidación del Contrato fue objeto del anterior arbitraje, pero esta postura contradice sus propios actos y la buena fe que debe presidir el ejercicio de los derechos, de acuerdo con el art. 7.1 del Código Civil ".

Fácilmente se puede comprender que el que OGENSA haya podido incurrir en el misma carencia argumentativa que la Arbitro, al ni siquiera considerar lo que dispone el art. 408 LEC, no convierte en atinado lo que resulta ser, a mi juicio, la contravención patente de una norma imperativa con la consiguiente no apreciación indebida de la cosa juzgada material en su función negativa y la correlativa asunción del riesgo de que se dicten resoluciones contradictorias.

Huelga todo comentario sobre la inaplicabilidad a un caso como el presente de la doctrina de los propios actos.

Por todo lo expuesto, considero que esta Sala debió anular el Laudo Parcial impugnado, con expresa imposición de costas a la parte demandada.

En Madrid a 10 de abril de 2023

Fdo. Jesús María Santos Vijande