



Roj: **STSJ CAT 7368/2022 - ECLI:ES:TSJCAT:2022:7368**

Id Cendoj: **08019310012022100038**

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

Sede: **Barcelona**

Sección: **1**

Fecha: **27/05/2022**

Nº de Recurso: **28/2021**

Nº de Resolución: **28/2022**

Procedimiento: **Arbitraje**

Ponente: **JORDI SEGUI PUNTAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ CAT 7368/2022,**
AATSJ CAT 588/2022

Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña

Arbitrajes 28/2021

Demandante: STREVER SL

Procurador: SONSOLES PESQUEIRA PUYOL

Letrado: OVIDIU ALEXANDRU DE MARIAN MARIAN

Demandada: ASA R SRL

Procurador: RAQUEL FERNANDEZ ARAMBURU GIMENEZ

Letrado: JOSE GARCIA SANZ

SENTENCIA n° 28/22

Presidenta:

Ilma. Sra. M^a Eugènia Alegret Burgués

Magistrados:

Ilmo. Sr. Jordi Seguí Puntas

Ilmo. Sr. Carlos Ramos Rubio

En Barcelona, a 27 de mayo de 2022

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. En fecha 29 de octubre de 2021 la Procuradora Silvia García Vigne, en representación de la sociedad STREVER SL y bajo la dirección técnica del Letrado Luís Berenguer Comas, presentó en la Secretaría de esta Sala demanda de anulación del Laudo arbitral dictado el día 1 de septiembre de 2021 por la árbitro Marta Mallart González en el procedimiento de Arbitraje de derecho 1/2020 seguido a instancia del aquí demandado ASA R SRL frente a la sociedad demandante STREVER SL.

SEGUNDO. Admitida a trámite la demanda, el demandado ASA-R SRL la contestó dentro del plazo legal de veinte días en virtud de escrito presentado por la Procuradora Raquel Fernández Aramburu en fecha 13 de enero de 2022.



De dicha contestación se dio traslado a la parte actora para que en un plazo de cinco días presentara documentos adicionales o propusiera la práctica de prueba en base al traslado del escrito de contestación y de los documentos que lo acompañan. Dicho trámite fue verificado en los términos que obra en las actuaciones.

TERCERO. Por Auto dictado el día 21 de marzo de 2022 este Tribunal resolvió sobre los medios probatorios interesados por las partes y firme que fue dicha resolución se señaló para la deliberación y decisión del procedimiento el día 12 de mayo de 2022, en que ha tenido lugar.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Resumen de antecedentes

STREVER SL formula una demanda de anulación del laudo dictado el 1 de septiembre de 2021 por la árbitra Marta Mallart González en el procedimiento arbitral número 1/2020, seguido a instancia de ASA-R SL frente a aquella entidad mercantil en reclamación del resarcimiento del perjuicio patrimonial derivado del incumplimiento de un contrato de transporte internacional por carretera.

La anulación se funda en la concurrencia de las causas de nulidad previstas en los subapartados letras a/, b/ y e/ del artículo 41.1 de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje (LA).

La parte instante del arbitraje se ha opuesto motivadamente a la nulidad del laudo.

SEGUNDO. Ámbito del control judicial del laudo

1. Hay que comenzar recordando, como ya hicieran la sentencias de este tribunal 27/2012, de 2 de abril, 53/2014, de 24 de julio, y 61/2015, de 27 de julio, entre otras, que 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.

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 ha proclamado últimamente el Tribunal Constitucional en las sentencias 46/2020 y 17/2021, señalando que la institución arbitral es " *un mecanismo heterónomo de resolución de conflictos, al que es consustancial la mínima intervención de los órganos jurisdiccionales por el respeto a la autonomía de la voluntad de las partes (art. 10 CE)*".

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

Por tal razón la 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 contra él solo cabe, aparte de una eventual revisión en los términos previstos en la LEC para la de sentencias firmes, la acción de nulidad.

Esta última constituye un mecanismo de control judicial previsto en la legislación arbitral para, en palabras de las mencionadas SSTC 46/2020 y 17/2021, " *garantizar que el procedimiento arbitral se ajuste a lo establecido en sus normas*", de modo que " *tal control tiene un contenido muy limitado y no permite una revisión del fondo de la cuestión decidida por el árbitro, ni debe ser considerada como una segunda instancia*".

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 (art. 41 LA), sin que pueda extenderse a los supuestos de infracción del derecho material aplicable al caso.

TERCERO. Invalidez del convenio arbitral

1. La primera de las causas de anulación enunciada en la demanda se funda en el subapartado letra a/ del artículo 41 LA, a cuyo tenor el laudo puede ser anulado si " *el convenio arbitral no existe o no es válido*".

El desenvolvimiento del motivo se centra en la invalidez del convenio arbitral contenido en la cláusula 5.5 del contrato de transporte controvertido en la medida en que el mismo no respetaría en su integridad las



prescripciones del Convenio relativo al Contrato de Transporte Internacional de Mercancías por Carretera (en adelante, Convenio CMR), hecho en Ginebra el 19 de mayo de 1956, al que se adhirió España por Instrumento de 12 de septiembre de 1973 (BOE de 7 de mayo de 1974), que rige indiscutiblemente la relación litigiosa.

La cláusula 5 del contrato de transporte litigioso lleva por título "las demandas y procedimiento de solución de las controversias de dicho contrato" y después de dedicar los cuatro primeros apartados a desarrollar el procedimiento de *negociación* a seguir para resolver " *en la medida de lo posible*" las controversias y desacuerdos, contiene un quinto y último apartado del siguiente tenor: " *en caso de que sea imposible resolver las controversias mediante negociaciones, después de los procedimientos de resolución previo previstos por la legislación, las partes transmítanlas al Tribunal Arbitral*" [sic en la traducción al castellano del texto primitivo redactado en idioma ruso]. En la tesis de la demandante de nulidad esa cláusula arbitral no cumpliría con las exigencias del artículo 33 de esa norma internacional ("el contrato de transporte puede contener una cláusula atribuyendo competencia a un Tribunal arbitral, a condición de que esta cláusula prevea que el Tribunal aplicará el presente Convenio"), al omitir toda referencia a la previsión expresa de sujeción del fondo de la controversia al propio Convenio.

2. La árbitro decidió esa cuestión previa -" *dada la insistencia de la parte demandada*", apostilló- por resolución autónoma de fecha 10 de enero de 2021 amparada en el artículo 22 LA.

En dicha resolución declara su propia competencia tras constatar la existencia de convenio arbitral y su validez.

Acerca de lo primero considera " *inobjetable*" la existencia de un convenio arbitral habida cuenta (i) el tenor de la cláusula 5 del contrato, (ii) el hecho de que la árbitro inicialmente designada para resolver la controversia - Roser Serra- ya hubiera constatado la existencia del convenio arbitral, como lo probaría el hecho de que pudo calcular el importe de los honorarios de la reclamación, y (iii) que la sentencia de este tribunal superior 13/2017, de 13 de marzo, recaída en el procedimiento 23/2016 promovido por ASA-R para la designa judicial de árbitro en la controversia que motiva la presente resolución, declaró a la luz de la cláusula 5 del contrato de transporte que " *de dicho texto se deduce que las partes contemplaron un sistema de negociación extrajudicial mediante el cual cualquiera de ellas podía demandar (en el sentido de pedir) a la otra lo que estimase oportuno, debiendo esta contestar a dicha reclamación en un plazo determinado desde la recepción postal de la petición con la finalidad de llegar a un acuerdo o satisfacción total o parcial. Pero que, de no conseguirlo, la controversia la decidiría un tribunal arbitral, lo que por otra parte es cláusula frecuente en el ámbito de la contratación internacional*" .

Por lo que concierne a la validez del convenio arbitral, la árbitro se remitió a las exigencias extrínsecas del artículo 9 de la ley española de arbitraje (forma escrita, identificación de las partes y del objeto del arbitraje) y concluyó que la cláusula arbitral objeto de análisis cumple " *los requisitos de forma y contenido*", amén de constatar que la parte instante del arbitraje había dirigido a la contraparte las oportunas reclamaciones extrajudiciales, dando cumplimiento así a lo previsto en la cláusula arbitral 5.1.

El laudo (apartado XII.A.1) abordó la excepción preliminar de incompetencia reiterada por la parte demandada al contestar a la demanda con una remisión en bloque a la resolución previa de enero de 2021.

3. Del relato de hechos precedente se infiere que la árbitro no se pronunció en ningún momento del procedimiento acerca de la validez de la cláusula arbitral desde la óptica del Convenio CMR.

Conviene precisar al respecto que tras la reactivación en septiembre de 2020 por la nueva arbitro Marta Mallart del procedimiento arbitral iniciado en el año 2017 por la árbitro inicialmente designada, la defensa letrada de STREVER planteó el siguiente 11 de diciembre una cuestión incidental previa relativa a la caducidad del procedimiento e instaba a la árbitro a pronunciarse, con carácter preliminar, " *sobre la competencia y validez de la cláusula arbitral de acuerdo con el art. 22 de la Ley de Arbitraje*" (doc. 9 demanda).

La parte instante presentó la demanda ante la árbitro señora Mallart el 18 de diciembre de 2020 dejando constancia en ese escrito de que la controversia giraba en torno al incumplimiento de un contrato de transporte internacional de mercancía por carretera, por lo que hacía continuas referencias a las reglas del Convenio CMR en apoyo de sus pretensiones de fondo. En particular, entre otras, invocaba la legitimación de la agencia de transporte demandante (art. 3), la responsabilidad del porteador por la falta de entrega de la mercancía (art. 17), la inoperatividad de la limitación de responsabilidad del porteador dada la concurrencia de un incumplimiento doloso de contrato (arts. 23 y 29) y la no prescripción de la acción (art. 32).

En escrito del siguiente día 31 la demandada insistió en la inexcusabilidad de un pronunciamiento previo de la árbitro sobre su propia competencia, antes incluso del análisis de las excepciones que pudieran plantear las partes, a cuyo efecto, sin indicar expresamente cuál había de ser la razón jurídica que hubiera de aplicar la árbitro para decidir esa cuestión, el letrado de STREVER explicitaba que se trataba de un arbitraje internacional y que, a su entender, vistas la demanda, la cláusula arbitral y la normativa aplicable, " *los requisitos exigidos*



por la normativa aplicable a la controversia nos llevan a la obligada conclusión [de] que la controversia no está sometida a arbitraje".

Como ya se indicó, la decisión de la árbitro acerca de su competencia expuesta en su resolución de 10 de enero de 2021 atiende únicamente a las exigencias de la ley española de arbitraje sobre la existencia y validez del convenio arbitral.

Comoquiera que la árbitro al tiempo que notificaba a las partes su decisión previa sobre la competencia les convocaba a una comparecencia telemática a celebrar el siguiente día 22 de enero para fijar la agenda arbitral, STREVER presentó un nuevo escrito de fecha 13 de enero en el que planteaba como excepción previa a resolver antes de la comparecencia, la invalidez del convenio arbitral con argumentos ya explícitamente centrados en el artículo 33 del Convenio CMR.

En el escrito de contestación a la demanda presentado el 29 de marzo de 2021 STREVER dedicó una excepción a la falta de competencia de la árbitro por invalidez de la cláusula arbitral, reproduciendo los argumentos que en tal sentido había expuesto en el escrito de 13 de enero y en la comparecencia inicial celebrada el siguiente 9 de febrero.

4. Expuesto cuanto antecede, la causa de nulidad objeto de examen debe ser estimada por las razones que se exponen a continuación.

Ambas partes coinciden en afirmar que el contrato de transporte que ha dado pie al presente litigio se halla sometido al Convenio de Ginebra de 1956, ya que consiste en un porteo por carretera de mercancía entre un lugar de toma de la carga y un lugar de entrega situados respectivamente en España y Rusia, por lo que se trata de una relación jurídica que cumple las exigencias del artículo 1.1 CMR siendo así que ambos países han suscrito ese Convenio (la URSS, hoy Federación de Rusia, fue uno de los firmantes originarios del Convenio en Ginebra, y España se adhirió a él casi dos décadas más tarde).

El artículo 33 Convenio CMR cierra el capítulo V destinado a las *reclamaciones y acciones* con la siguiente norma: "[e]l contrato de transporte puede contener una cláusula atribuyendo competencia a un Tribunal arbitral, a condición de que esta cláusula prevea que el Tribunal aplicará el presente Convenio".

Este último inciso debe ponerse en relación con la imperatividad del Convenio CMR sancionada en su artículo 41.1: "Bajo la reserva de las disposiciones del artículo 40 [autoriza a los transportistas sucesivos a regular libremente el derecho de repetición y los efectos de la insolvencia de uno de ellos], toda cláusula que directa o indirectamente derogue las disposiciones del presente Convenio será nula y no tendrá ningún efecto".

Por su parte, la ley española de arbitraje destina el artículo 9 a regular la forma del convenio arbitral con un refuerzo del "criterio antiformalista", disponiendo en concreto su apartado 6 que "cuando el arbitraje fuere internacional, el convenio arbitral será válido y la controversia será susceptible de arbitraje si cumplen los requisitos establecidos por las normas jurídicas elegidas por las partes para regir el convenio arbitral, o por las normas jurídicas aplicables al fondo de la controversia, o por el derecho español".

La exposición de motivos de la Ley 60/2003 justifica esa norma diciendo que " *se opta por una solución inspirada en un principio de conservación o criterio más favorable a la validez del convenio arbitral. De este modo, basta que el convenio arbitral sea válido con arreglo a cualquiera de los tres regímenes jurídicos señalados en el apartado 6 del artículo 9: las normas elegidas por las partes, las aplicables al fondo de la controversia o el derecho español*".

En esa misma línea se inscribe el artículo II.1 de la Convención sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras, hecho en Nueva York el 10 de junio de 1958 (CNY), al que se adhirió España por Instrumento de 29 de abril de 1977, conforme al cual los Estados firmantes se obligan a reconocer "el acuerdo por escrito conforme al cual las partes se obliguen a someter al arbitraje todas la diferencias o ciertas diferencias que hayan surgido o puedan surgir ente ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual, concerniente a un asunto que pueda ser resuelto por arbitraje", y la *recomendación* adoptada por la UNCITRAL en julio de 2006 aclarando que los artículos II.1 y VII.1 CNY deben ser aplicados de manera que "se permita a una parte interesada hacer valer los derechos que pueda tener, bajo el derecho o los tratados del país donde se pretende invocar un acuerdo de arbitraje, para solicitar el reconocimiento de la validez de dicho acuerdo de arbitraje".

En definitiva, se trata de conceder la máxima potencialidad al principio de la " *regla más favorable*".

5. Debe partirse de que el arbitraje objeto del presente litigio es internacional ya que concurren dos de las circunstancias requeridas por el artículo 3.1 LA para considerarlo así: en el momento de celebración del convenio arbitral las partes tenían sus domicilios en Estados diferentes (España y Rusia) y la relación jurídica de la que dimana la controversia afecta a intereses del comercio internacional.

Además, es innegable que las partes no eligieron unas normas que hubieran de regir el convenio arbitral ni el fondo de la controversia.

Sobre tales premisas cabe afirmar que el convenio arbitral litigioso cubre los requisitos extrínsecos de forma exigidos por el derecho español.

Así es porque la cláusula arbitral consta por escrito en un contrato principal de transporte suscrito por ambas partes y porque la misma refleja de modo indiscutido la voluntad de ambos de someter las controversias que genere esa relación contractual a un "Tribunal Arbitral".

Resulta pues de aplicación el tercero de los criterios establecidos en el artículo 9.6 LA, de modo que conforme al derecho español el convenio arbitral litigioso cumple las mínimas exigencias de forma requeridas por el artículo 9.3 LA.

6. Ahora bien, dado que los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, forman parte del ordenamiento interno (art. 96.1 CE y arts. 28 y 31 de la Ley 25/2014, sobre Tratados y otros Acuerdos internacionales), la validez del convenio arbitral está supeditada asimismo a las exigencias formales intrínsecas derivadas de la regulación sectorial aplicable al caso.

Desde esta perspectiva, la cláusula arbitral controvertida no satisface el presupuesto de validez que cierra el artículo 33 Convenio CMR. Con la exigencia de que la cláusula arbitral "prevea" -esto es, establezca expresamente, ya que se antoja prácticamente imposible una previsión tácita- que el tribunal arbitral aplicará las normas reguladoras del transporte internacional de mercancías por carretera contenidas en el Convenio CMR, se está reafirmando la imperatividad prácticamente total de sus disposiciones (art. 41.1), en un intento por propiciar la mayor uniformidad posible en el tratamiento de las controversias que origine esa clase de transporte internacional, preservando la composición de intereses ente cargadores y transportistas a que responde la norma (señaladamente, los límites cuantitativos de responsabilidad del porteador).

Se pretende evitar una elusión de las normas imperativas del Convenio CMR a través de la estipulación de una cláusula arbitral que no establezca nítidamente que las normas de ese convenio regirán la decisión de la controversia, máxime si se tiene en cuenta (i) que sin esa referencia directa las partes o el tribunal arbitral pueden ignorar la inexcusable aplicación del Convenio CMR, y (ii) que es más factible obtener la anulación de un laudo dictado sin respetar la voluntad expresa de las partes que no por el mero hecho de haber dejado de aplicar al fondo de la controversia la norma imperativa pertinente.

7. La aplicación del artículo 33 Convenio CMR por los tribunales abona la interpretación estricta de la norma acorde con su finalidad.

Así, el auto 184/2010, de 10 de diciembre, de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28ª) estimó una declinatoria de jurisdicción planteada por el porteador en un contrato de transporte internacional con fundamento en el carácter terminante del precepto, que estaría destinado a eludir el riesgo de que " *en sede de arbitraje pueda soslayarse el convenio CMR como obligado marco de referencia para solventar la contienda*", hasta el punto de que no considera bastante que en otro pasaje del contrato distinto del que recoge la cláusula arbitral se aluda al Convenio CMR como la norma aplicable.

La sentencia TSJ Comunidad Valenciana 5/2017, de 27 de abril, deja entrever una interpretación en el mismo sentido, por cuanto se cuida de precisar, en un conflicto generado por un transporte internacional sujeto al Convenio CMR, que la pretensión de nulidad del laudo formulada por una de las partes versaba únicamente sobre la determinación de la Junta Arbitral de Transporte (Girona o Alicante) que resultaba territorialmente competente, pese a que la validez del convenio arbitral mismo pudiera suscitar dudas a la luz del artículo 33 Convenio CMR.

En la misma línea apunta nuestra sentencia 24/2018, de 12 de marzo, invocada por la demandante de nulidad, por más que la razón decisoria de esa resolución radicase en la afirmación de que la presunción legal de convenio arbitral sancionada en el artículo 38.1, párrafo 3, de la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres (LOTT), no resulta de aplicación a un contrato de transporte terrestre de mercancías sometido al Convenio CMR carente de toda cláusula arbitral. A tal efecto se hacía referencia a la exigencia de convenio arbitral expreso sancionada por el artículo 33 Convenio CMR y a la imperatividad y preferencia de las disposiciones de carácter internacional que resulta de los artículos 65 y 106 LOTT y 28 a 31 de la Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales .

En uno de los razonamientos de la STSJ 24/2018 se lee que "[I] a legislación internacional exige la existencia de la cláusula arbitral y que además esta haga referencia a la obligación de aplicar el CMR. Regula por tanto la posibilidad de arbitraje si existe la voluntad expresa de las partes en tal sentido y sumisión al Convenio como ley aplicable al contrato.



Resulta dicha norma contradictoria con el contenido del art. 38.1 párrafo 3 de la LOTT pues el art. 33 del CMR exige la cláusula y el art. 38.2 la LOTT atenúa las formalidades exigibles para realizar el convenio arbitral hasta el punto de haber sustituido la exigencia de dicho convenio por una presunción ope legis de su existencia cuando la controversia es de escasa cuantía y ninguna de las partes ha mostrado su disconformidad.

La contradicción debe resolverse a favor del art. 33 del CMR, el cual no exige de complemento o supletoriedad alguna, al seguir la regla general en materia de arbitraje (art. 9 LA)".

La meritada sentencia concluía recordando la doctrina del TC contraria a una interpretación extensiva del arbitraje en la medida en que ello pudiera ir en menoscabo del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (entre otras, STC 1/2018, de 11 de enero).

Digamos por último que nuestra sentencia 13/2017, de 13 de marzo, más arriba mencionada, no es determinante al respecto, puesto que la misma no entró en el examen de validez del convenio arbitral en liza.

Nótese que dicha resolución se cuidó de recordar que en el procedimiento de designa judicial de árbitro "el juez no está llamado a realizar un control de los requisitos de validez del convenio, puntualizando la propia Exposición de Motivos que el juez sólo debe desestimar la petición de nombramiento de árbitros en el caso excepcional de inexistencia de convenio arbitral, esto es, cuando prima facie pueda estimar que no existe un convenio arbitral, lo cual viene corroborado y concuerda con lo estatuido en el citado artículo 15 de la LA". En aquel supuesto no se había puesto en tela de juicio la validez de la cláusula arbitral a la luz del Convenio CMR.

En la misma línea de interpretación estricta del artículo 33 Convenio CMR la doctrina menciona resoluciones de tribunales de otros países. Así, la sentencia del *Oberlandesgericht Köln* de 2 de agosto de 2005 y la del *Oberlandesgericht Koblenz* de 22 de febrero de 2007.

8. En definitiva, el obligado análisis de la validez de la cláusula arbitral controvertida desde la óptica del Convenio CMR -que la árbitro del supuesto enjuiciado en ningún momento llegó a efectuar- conduce a la apreciación de su invalidez por falta de uno de los requisitos legales, cual es la previsión de que el Tribunal Arbitral habría de aplicar al fondo de la controversia el Convenio CMR.

CUARTO. Costas

La estimación de la demanda de nulidad acarrea la imposición de las costas a la parte demandada, con arreglo a lo previsto en el artículo 394.1 LEC.

PARTE DISPOSITIVA

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

Estimar la demanda interpuesta por STREVER SL contra ASA-R SL y, en consecuencia, declaramos nulo y sin efecto alguno el laudo de fecha 1 de septiembre de 2021 dictado por la árbitro doña Marta Mallart González en el expediente número 1/2020.

No se imponen a ninguna de las partes las costas del procedimiento

Contra esta resolución no cabe recurso alguno.

Así lo acuerdan, mandan y firman los Magistrados indicados al margen, doy fe.

PUBLICACIÓN. La sentencia se ha firmado por todos los Magistrados que la han dictado y publicada de conformidad con la Constitución y las Leyes. Doy fe.