



Roj: **STSJ M 10733/2016 - ECLI:ES:TSJM:2016:10733**

Id Cendoj: **28079310012016100078**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **11/10/2016**

Nº de Recurso: **33/2016**

Nº de Resolución: **62/2016**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **JESUS MARIA SANTOS VIJANDE**

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: 28.079.00.2-2016/0066836

Procedimiento: Nulidad laudo arbitral 33/2016

**Demandante: D<sup>a</sup> . Emma y PROMOCIONES Y OBRAS ALCOCER, S.L.**

Procurador: D<sup>a</sup> . María Lourdes Amasio Díaz.

**Demandado :** D. Narciso .

Procurador: D<sup>a</sup> . María José Bueno Martínez.

**SENTENCIA N<sup>o</sup> 62/2016**

**Excmo. Sr. Presidente:**

**D. Francisco Javier Vieira Morante**

**Ilmos. Sres. Magistrados:**

**Ilma. Sra. Magistrada Doña Susana Polo García**

**Ilmo. Sr. Magistrado D. Jesús María Santos Vijande**

En Madrid, a 11 de octubre del dos mil dieciséis.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO** .- El 5 de mayo de 2016 tuvo entrada en este Tribunal vía Lexnet la demanda formulada por la Procuradora de los Tribunales D<sup>a</sup> . María Lourdes Amasio Díaz, en nombre y representación de D<sup>a</sup> . Emma y PROMOCIONES Y OBRAS ALCOCER, S.L., ejercitando, contra D. Narciso , acción de anulación parcial del Laudo arbitral de fecha 28 de enero de 2016 y del Laudo de 2 de marzo de 2016, que corrige los párrafos 138 y 140 y el punto 6 del Fallo del anterior -desestimando las restantes peticiones de aclaración, corrección y extralimitación parcial-, dictados por D<sup>a</sup> . Carmen Núñez-Lagos, designada Árbitro único en el procedimiento arbitral nº 2.637, administrado por la CORTE DE ARBITRAJE DE MADRID.

**SEGUNDO** .- Requerida la actora para presentar el Modelo de Autoliquidación de Tasa Judicial 696 debidamente cumplimentado, validado y firmado (DIOR 10.5.2016) y cumplimentado en forma tal requerimiento mediante escrito presentado en este Tribunal Superior el día 18 de mayo de 2016, se admite a trámite la demanda por Decreto del siguiente día 23 de mayo.

Realizado el emplazamiento de la demandada, ésta, representada por la Procuradora de los Tribunales D<sup>a</sup> . María José Bueno Martínez, contesta a la demanda por escrito registrado el 1 de julio de 2016.

**TERCERO** .- Dado traslado en diligencia de ordenación de 5 de julio de 2016 a la parte actora para presentar documentos adicionales o proponer prueba ex art. 42.1.b) LA, su representación presentó escrito el 27 de julio de 2016 en que, con el fin de " *acreditar la voluntad de las actoras de cumplir con el Laudo en todo aquello que no es objeto de demanda de anulación parcial y sobre todo para contrarrestar algunas afirmaciones realizadas por la parte demandada* ", suplica la admisión de los siguientes documentos: como **doc. n° 1** , " *la propuesta de ejecución del Laudo de fecha 6 de abril de 2016..., instada por las actuales partes demandantes, por lo que respecta a la reducción de capital prevista en el Laudo* "; como **doc. n° 2** , " *acta de manifestaciones del administrador único de PROYECTOS Y OBRAS ALCOCER, S.L., en relación con la reducción de capital y la Junta General en que se debería haber aprobado* "; como **doc. n° 3** , " *actas de manifestaciones de D<sup>a</sup> . Emma , que acudió a la Notaría para a su vez firmar la permuta de participaciones, otro de los fallos del Laudo que se tenía que cumplir simultáneamente con la reducción de capital* "; y, como **doc. n° 4** , " *DIOR del JPI n° 101 de Madrid donde se pide la reformulación de la demanda de ejecución del Laudo arbitral antes de admitirla* " .

**CUARTO** .- Por Diligencia de Ordenación de 2 de septiembre de 2016 se acordó dar cuenta al Magistrado Ponente al objeto de analizar los medios de prueba solicitados y proponer a la Sala la resolución correspondiente.

**QUINTO** .- Mediante Auto de 8 de septiembre de 2016 la Sala acordó:

1º. Haber lugar al recibimiento del pleito a prueba.

2º. Admitir y tener por aportada la documental acompañada a al escrito de demanda.

3º No admitir el resto de las pruebas propuestas.

4º No haber lugar a la celebración de vista pública.

5º Señalar para el inicio de la deliberación y fallo de la presente causa el día 11 de octubre de 2016, fecha en que tuvieron lugar .

Es Ponente el Ilmo. Sr. D. Jesús María Santos Vijande (DIOR 10.05.2016), quien expresa el parecer unánime del Tribunal.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO** .- El Laudo final impugnado, dictado en equidad de acuerdo con lo pactado en el convenio arbitral, " *estima parcialmente los pedidos de las partes en la demanda, contestación y reconvención y resuelve* ":

Ordenar a las partes el cumplimiento del Acuerdo Privado de 14/11/2005, en lo necesario para que el Sr. Narciso adquiera el 100% de las participaciones sociales de GOMAR y la Sra. Emma adquiera el 100% de las participaciones de MONTELUZ (...).

Ordenar a las demandadas que adopten y/o hagan adoptar cuantos acuerdos sean necesarios para dejar sin efecto los acuerdos de la Junta de 29 de diciembre de 2014. Se le (sic) ordena así mismo que deje sin efecto los acuerdos de la Junta de 6 de febrero de 2015 en la medida en que, y solo en este caso, impidieran lo ordenado en el epígrafe anterior.

Condenar a la Sra. Emma a devolver a la sociedad ALCOCER la cantidad de 15.559,27 euros por haber recibido dicha cantidad improcedentemente.

Ordenar a ALCOCER que no transmita el inmueble denominado 'Mojadillas' a persona alguna hasta que la permuta de las participaciones de las partes en MONTELUZ y GOMAR se haya realizado ante notario y sea efectiva, de forma tal que el Sr. Narciso sea propietario a cien por cien de las participaciones de GOMAR.

Condenar a la Sra. Emma a abonar los daños y perjuicios causados al demandante, que se cifran en un importe de 20.000 euros, *desestimando toda otra cuantía* .

Condenar a la Sra. Emma a abonar a la demandante la totalidad de las costas y gastos incoados por ésta y que se cifran en 41.589,99 (IVA incluido) en conceptos de gastos de administración de la Corte, incluido honorarios del Árbitro único, y en 84.917,80 euros (IVA incluido) en concepto de honorarios y gastos de abogados.

Condenar a las demandadas a asumir sus propias costas, en concepto de gastos de administración de la Corte, incluidos los honorarios del Árbitro único, y dividiendo por mitad los honorarios y gastos de abogados.

Se desestima toda otra reclamación.

Los ahora demandantes presentaron en tiempo y forma escrito de corrección y aclaración del Laudo solicitando la enmienda de cuantías por error de cálculo, la modificación de la forma de redacción del fallo, la aclaración y complemento de los párrafos 125 y 135 del Laudo, la rectificación por extralimitación parcial del Árbitro -en concreto en lo tocante a la condena de la Sra. Emma a indemnizar daños y perjuicios-, reclamando, por último, la reforma de la imposición de costas tanto por incurrir en error patente como por resultar una consecuencia insoslayable de la estimación de la incongruencia por *extra petitum* previamente denunciada.

Como queda dicho, el Laudo de 2 de marzo de 2016 corrige los párrafos 138 y 140 y el punto 6 del Fallo del anterior -al apreciar errores materiales en el cálculo del IVA reflejado en el Laudo- desestimando todas las restantes peticiones de aclaración, corrección y extralimitación parcial. En lo que ahora importa, la única enmienda del precitado apartado 6 de la parte dispositiva consiste en sustituir la cantidad de 41.589,99 euros por la de 39.774,55 euros.

Las demandantes pretenden la nulidad parcial del Laudo final con sustento en la concurrencia de dos motivos de anulación, formulados ambos al amparo de los apartados c) y f) del art. 41.1 LA: de un lado, la extralimitación de la Árbitro, constitutiva de incongruencia por *extra petitum*, al condenar a la Sra. Emma a abonar los daños y perjuicios causados al demandante en el procedimiento arbitral -que el Laudo cifra en 20.000 euros- yendo más allá de los términos en que tal condena fue solicitada: en apretado resumen, al decir de la parte actora la solicitud de daños y perjuicios habría estado anudada o subordinada por el demandante en el procedimiento arbitral al éxito de una acción principal, la aplicación de la cláusula penal del art. 5 del Acuerdo de 15/11/2005 que prevé la imposición de la pena de 1.000.000 de euros para el caso de incumplimiento del referido Acuerdo, demanda que fue categóricamente desestimada por el Laudo y que, por ello, dejaría desprovisto de todo fundamento la pretensión de daños y perjuicios; asimismo, denuncian los actores en este primer motivo la arbitrariedad de la condena a abonar 20.000 euros en concepto de indemnización de un daño que no se concreta ni de adverso ni por la Árbitro en el Laudo. En segundo término, se postula la nulidad de la condena en costas por sustentarse tanto en un proceso deductivo irracional (§ 139 del Laudo), incurso en error patente -en síntesis, que la demanda ha sido acogida sustancialmente, pese a rechazar la más cuantiosa pretensión indemnizatoria-, a la par que ignorante de la incongruencia por *extra petitum* denunciada en el motivo anterior. En este sentido, aducen las demandantes que la apreciación de la antedicha extralimitación hubiera debido incidir en el fallo sobre costas: si debió rechazarse en su integridad la pretensión de daños y perjuicios, resultaría más evidente aún, si cabe, la parcial estimación de la demanda arbitral y la indebida aplicación del criterio del vencimiento objetivo.

En consecuencia, suplican, por una parte, la anulación total del apartado 5 del fallo del Laudo -condena a abonar daños y perjuicios por importe de 20.000 euros; por otra, " *que se anule parcialmente el apartado 6 del Laudo en la parte de la condena en costas y gastos relativos a la cláusula penal, por importe de un millón de euros, y la indemnización de daños y perjuicios, que son con mucho más del 90% del total de la cuantía de las pretensiones de la parte demandante* "; consecuentemente, añade la demanda, " *se tendría que anular parcialmente el fallo 7, puesto que por el criterio del vencimiento sustancial las costas y gastos de las partes demandadas se tendrían que satisfacer por la parte demandante, por lo menos en la parte proporcional a las pretensiones desestimadas* "; todo ello con solicitud de expresa imposición de las costas de esta causa a la parte demandada.

La representación de D. Narciso se opone al primer motivo de anulación considerando que la solicitud de daños y perjuicios fue en todo momento suscitada en el seno del procedimiento arbitral, estando debidamente justificada por el Árbitro la imposición de tal condena y su no subordinación a la aplicación de la cláusula penal; entiende, asimismo, que los daños indemnizados están perfectamente identificados y son ponderados en equidad, según lo preestablecido en el convenio arbitral, remitiéndose de forma explícita a los §§ 20, 21 y 22 del Laudo de aclaración. En segundo lugar, entiende que la condena en costas está debidamente justificada con arreglo a la legalidad y la jurisprudencia aplicables, siguiendo el criterio del vencimiento objetivo por estimación sustancial de la demanda -párrafo 9 del Laudo de aclaración, que cita la STS 233/2013 -, y mencionando ahora, además, la Sentencia de esta Sala 45/2014, de 16 de julio .

En su virtud, suplica la desestimación de la demanda de anulación con expresa imposición de costas a la parte actora.

**SEGUNDO** .- Para el enjuiciamiento de esta controversia, así delimitada, se ha de tener en cuenta, que la tutela que esta Sala está llamada a dispensar tiene lugar a través de un cauce procesal, la acción de anulación, que dista mucho de ser una segunda instancia. Así, 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.

Como tantas veces hemos dicho -recientemente, entre otras, en nuestras Sentencias 13/2015 , 27/2015 , 30/2015 , 31/2015 y 74/2015 y 42/2016 -, 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. 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 acción de anulación " no abre una segunda instancia, un " *novum iudicium* " en el que se pueda revisar sin limitaciones, con " *plenitud de jurisdicción* " -en locución del TEDH-, el juicio de hecho y el razonamiento de Derecho efectuado por el tribunal arbitral. Tampoco se puede identificar la acción de anulación, como antaño el recurso de tal nombre, con una suerte de casación donde se podía analizar, como motivo de revisión del laudo, la infracción de ley y/ o de doctrina jurisprudencial (Ley de Arbitraje de 1953)...

Cierto que lo que antecede no excluye que el Tribunal que conoce de la acción de anulación pueda revisar la valoración de la prueba efectuada por el árbitro en los supuestos, que no son pocos, en que una determinada valoración de la prueba lesiona el art. 24.1 CE . También puede el Tribunal de anulación fiscalizar, desde la perspectiva del control del orden público , la motivación, en general, y la valoración probatoria, en particular, contenidas en el Laudo que pudieran lesionar el art. 24.1 CE . Como asimismo compete al Tribunal de anulación fiscalizar que la motivación del Laudo no vulnera los preceptos sustantivos de la Constitución, ni excede de lo que es arbitrable y disponible para las partes y para el propio árbitro.

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, 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 ) .

Para establecer si el laudo ha resuelto cuestiones no sometidas a la decisión del árbitro -art. 41.1.c) LA-, incurriendo en exceso motivador de su nulidad causante de indefensión -art. 41.1.f) LA-, es preciso recordar alguna premisa jurisprudencial básica sobre la determinación del objeto del arbitraje -además de lo ya dicho sobre el ámbito de la acción de anulación al inicio de este fundamento.

La congruencia en el arbitraje tiene un matiz diferencial respecto del proceso civil cuando se atiende a dos características del arbitraje puestas de relieve desde antiguo por la jurisprudencia: la búsqueda de la verdad objetiva -con las consiguientes facultades para el árbitro de acordar prueba de oficio-, y la misión pacificadora inherente al arbitraje, que exige decidir suficientemente la controversia -de ahí, por ejemplo, la atenuación de la rigidez de la preclusión al conformar el *thema decidendi* en el procedimiento arbitral, por oposición a la que impera en la jurisdicción civil (v.gr., en tal sentido, siempre que se respete la contradicción, S. AP Madrid, Sec. 12ª, de 28 de diciembre de 2005 ; S. AP Badajoz, Sec. 3ª, de 17 de mayo de 2006 ) .

En definitiva: la fijación del objeto del arbitraje no exige, ni muchísimo menos, la precisión del suplico de una demanda, ni tiene los límites temporales para su determinación previstos en la LEC (v.gr., art. 401 ), de ahí la frecuencia con que, al cumplir su función pacificadora, los árbitros hayan de integrar, ampliándola, la causa debatida, en orden a decidir suficientemente sobre ella. A este cometido alude una reiterada jurisprudencia - particularmente flexible cuando de arbitraje de equidad se trata. Son muy ilustrativos los siguientes términos de la **STS, 1ª, de 17 de junio de 1987** ( RAJ 4534/1987):

"... el examen de si hubo o no exceso jurisdiccional en laudos de esta naturaleza (equidad), traspasando el árbitro los límites objetivos del compromiso, ha de examinarse y valorarse 'no ateniéndose para ello a la literalidad de las cláusulas compromisorias, sino procurando inducir la voluntad de las partes - Sentencia de 24 de febrero 1987 -, pues la interpretación de los puntos sometidos a la decisión del árbitro 'no puede hacerse de manera restrictiva y de forma que coarte su libertad para resolver con toda la amplitud que el conjunto de lo pactado imponga racionalmente ' - Sentencia de 13 de junio 1985 -, de modo que, ' si bien los árbitros no pueden traspasar los límites objetivos del compromiso, tampoco están obligados a interpretarlos con demasiada restricción, apartándose de la misión amistosa que se les confía - Sentencias de 9 octubre de 1984 y 17 septiembre 1985 -..."

Asimismo, añade la **STS, 1ª, de 15 de diciembre de 1987** ( RAJ 9507/1987) que:

" la naturaleza y finalidad del arbitraje de equidad permite una mayor elasticidad en la interpretación de las estipulaciones que describen las cuestiones a decidir, las que deben apreciarse no aisladamente, sino atendiendo a aquella finalidad y a sus antecedentes, pudiendo reputarse comprendidas en el compromiso aquellas facetas



de la cuestión a resolver íntimamente vinculadas a la misma, y sin cuya aportación quedaría la controversia insuficientemente fallada - Sentencias 24 abril 1953 , 13 mayo 1960 y 25 octubre 1982 -".

Evidentemente, estos criterios aplicables al arbitraje de equidad han de ser conciliados con la observancia de ciertas normas imperativas, en particular de índole constitucional, como es el necesario respeto que el procedimiento arbitral ha de observar de la interdicción de indefensión. Como puso de relieve la **Sentencia de esta Sala de 15 de octubre de 2013** (ROJ STSJ M 15971/2013 ), en su FJ 2:

"

"En general, la congruencia de los laudos arbitrales y la de las resoluciones judiciales exige un ajuste racional del fallo con las pretensiones de las partes y con sus hechos fundadores, referido tanto a la base fáctica de la acción como al componente jurídico de la misma. En este sentido, la congruencia puede producirse por omisión o *ex silentio* , cuando el órgano judicial deja sin contestar alguna de las pretensiones sometidas a su consideración por las partes - *siempre que no quepa interpretar razonablemente el silencio judicial como una desestimación tácita cuya motivación pueda inducirse del conjunto de los razonamientos contenidos en la resolución* -; o por exceso, por conceder más de lo pedido - *ultra petitem* -, o por otorgar algo distinto de lo pedido - *extra petitem* - ( SSTC 40/2006 de 13 feb . y 83/2009 de 25 mar .)".

Ahora bien, centrando el análisis en la incongruencia por *extra petita* , **para que el desajuste entre el fallo y los términos en que las partes hayan formulado sus pretensiones tenga transcendencia es preciso que suponga "una modificación sustancial del objeto procesal con la consiguiente indefensión y sustracción a las partes del verdadero debate contradictorio, impidiéndoles ejercitar oportunamente su derecho de defensa "** ( STC 3/2011 de 14 febrero , FD 3)".

Tal es una conteste doctrina expresada, entre muchas, por la **STS, 1ª, 502/2014, de 2 de octubre** (ROJ STS 3690/2014), en sintonía con una no menos reiterada doctrina del Tribunal Constitucional -transcribe lo dicho por la STC 194/2005 -, cuando dice:

«para que la incongruencia por exceso adquiera relevancia constitucional y pueda ser constitutiva de una lesión del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE se requiere una desviación esencial generadora de indefensión: "que el desajuste entre el fallo judicial y los términos en que las partes hayan formulado sus pretensiones, por conceder más de lo pedido (*ultra petitem*) o algo distinto de lo pedido (*extra petitem*), 'suponga una modificación sustancial del objeto procesal, con la consiguiente indefensión y sustracción a las partes del verdadero debate contradictorio, produciéndose un fallo extraño a las respectivas pretensiones de las partes' ( STC 20/1982, de 5 de mayo ), de forma que la decisión judicial se haya pronunciado sobre temas o materias no debatidas oportunamente en el proceso y respecto de las cuales, por consiguiente, las partes no tuvieron oportunidad de ejercitar adecuadamente su derecho de defensa, formulando o exponiendo las alegaciones y argumentos que tuvieran por conveniente en apoyo de sus respectivas posiciones procesales ( SSTC 20/1982, de 5 de mayo , 86/1986, de 25 de junio , 29/1987 , de 6 de marzo , 142/1987, de 23 de julio , 156/1988, de 22 de julio , 369/1993, de 13 de diciembre , 172/1994, de 7 de junio , 311/1994, de 21 de noviembre , 91/1995, de 19 de junio , 189/1995, de 18 de diciembre , 191/1995, de 18 de diciembre , 60/1996, de 4 de abril , entre otras muchas)».

En esta línea de pensamiento, recordábamos en la **Sentencia 43/2014, de 1 de julio** (FJ 2, ROJ STSJ M 10353/2014), cómo "la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo viene declarando reiteradamente que la congruencia de las sentencias no exige una correspondencia absolutamente rígida entre lo pedido y lo acordado sino que también se cumple cuando el fallo, pese a no concordar literalmente con lo pedido, se adecue racionalmente a las pretensiones de las partes y a los hechos que las fundamenten, hasta el punto de ser admisibles pronunciamientos complementarios del juzgador no pedidos por las partes, pero sí encaminados a facilitar la ejecución del fallo o a evitar nuevos pleitos ( SSTS 21-11-89 , 13-10-90 , 28-1-91 , 4-7-94 , 25- 5-95 , 18-10 - 96 , 21-1-05 , 21-2-07 , 5-3-07 y 19-9-07 entre otras muchas).

Es decir, que tanto el Juez como, *a fortiori*, el árbitro pueden resolver cuestiones que sean consecuencia lógica y obligada de las que se han planteado: en nuestro caso, conclusiones derivadas de la naturaleza jurídica del compromiso arbitral que se hallan corroboradas por la interpretación que ha de darse al acuerdo contractual delimitador de aquellas cuestiones controvertidas y pendientes objeto de arbitraje; en cuya operación ha de tenerse en cuenta el espíritu y finalidad que haya presidido el negocio, infiriéndolos de las circunstancias concurrentes y de la total conducta de los interesados, teniendo importancia muy relevante, como ya observó la Sentencia de 14 de enero de 1964 , la conexión que el acto o negocio guarde con otros que le hayan servido de antecedente. *La nota de flexibilidad permite una interpretación amplia y extensiva tanto del ámbito del convenio arbitral como de la delimitación del objeto de la controversia en el seno del procedimiento arbitral, que se extiende a cuantas cuestiones instrumentales o derivadas pudieran surgir en relación a la controversia principal* ."

Doctrina que hemos recordado, en sus propios términos, v.gr., en el FJ 2 de la **Sentencia de esta Sala 42/2016**, de 18 de mayo (ROJ STSJ M 6180/2016).

**TERCERO** .- A la luz de lo que antecede, el Tribunal juzga evidente que el pronunciamiento del Laudo sobre la indemnización de daños y perjuicios no incurre en incongruencia alguna por *extra petitum*, ni ha generado indefensión para la parte afectada por tal pronunciamiento.

El 15 de noviembre de 2015 las partes aquí intervinientes suscribieron un Acuerdo de transmisión de participaciones sociales - doc. 3 de la demanda- que respondía a " *la intención y voluntad de las partes* ", explícitamente manifestada -expositivo II-, " *de que la sociedad INVERSIONES GENERALES MONTELUZ, S.L., sea de titularidad al 100% de D<sup>a</sup>. Emma o de las personas físicas o jurídicas que ésta designe* , y de que la sociedad PROMOCIONES Y PROYECTOS GOMAR, S.L., sea de titularidad al 100% de D. Narciso o de las personas físicas o jurídicas que éste designe". A tal fin se pacta la transmisión de las respectivas participaciones en las mercantiles mencionadas -estipulaciones 1<sup>a</sup> a 3<sup>a</sup>- y, en el ínterin, la administración, gestión, ámbito de decisión y consecuencias económicas de la gestión social en dichas sociedades (estipulación 4<sup>a</sup>).

En relación con la primera cuestión controvertida -si la reclamación de indemnización por daños y perjuicios causados por la adopción de acuerdos societarios estaba vinculada a la previa imposición de la pena prevista en la cláusula 5<sup>a</sup> del *Acuerdo de 15 de noviembre de 2005* para el caso de incumplimiento-, la Sala repara en que el examen tanto del Laudo final (§§ 117 a 123, 129, 130 y 135) como del Laudo de Aclaración (§§ 16-22) permite una comprensión perfecta y cabal de por qué, pese a no aplicar la cláusula penal, la Ábitro ha entendido existentes e indemnizables en equidad una serie de perjuicios.

La adopción de acuerdos -Juntas de 29 de diciembre de 2014 y 6 de febrero de 2015- en contra del socio minoritario Sr. Narciso en el seno de la sociedad ALCOCER, pero sin causa y con repercusión negativa en los derechos del Sr. Narciso -por indebida reducción de capital de ALCOCER-, cara al cumplimiento del Acuerdo de 2005, ha sido considerado un hecho perjudicial con argumentación que no presenta sombra alguna de arbitrariedad; y muy en particular cuando el Laudo concluye que " *la transmisión del inmueble de ALCOCER -finca/solar 'Mojadillas'- directamente a la Sra. Emma (lo es) en claro perjuicio del socio minoritario de ALCOCER y de MONTELUZ, y además con la asignación de un importe en metálico 15.557,29 euros- sin ninguna causa* " (§ 129 Laudo final).

A partir de esta primera realidad -propriadamente no discutida, a salvo de lo que se dirá sobre la concreción de los perjuicios ocasionados y del *quantum* indemnizatorio-, el Laudo explica con toda claridad por qué no considera que la petición de daños esté supeditada a la previa aplicación de la cláusula penal:

En primer lugar, advierte que, a diferencia de lo que sucede en el escrito de solicitud de arbitraje, donde el actor vinculaba la indemnización de daños a la imposición de la pena, en el escrito de demanda solicita dicha reparación de forma autónoma (§ 18), si bien fija su cuantificación (299.990 euros) en función de la participación del Sr. Narciso en ALCOCER (29,999%), puesta en conexión con el monto total de la cláusula penal (1.000.000 de euros).

Señala el Laudo, asimismo (§ 19), que " *la estipulación 8<sup>a</sup> -rectius 5<sup>a</sup>- del Acuerdo de 15/11/2005, cuando dice, en su inciso final, que ' en cualquier caso, la penalidad aquí establecida no sustituye a la obligación de cumplimiento del presente acuerdo, ni la indemnización que corresponda en concepto de daños y perjuicios ' no liga ni la obligación de cumplimiento ni la indemnización de daños y perjuicios a la penalidad. De lo contrario, tampoco podría este Ábitro Único haber ordenado el cumplimiento del Acuerdo sin haber otorgado la cláusula penal* ".

Repara además el Laudo aclaratorio (§§ 20 y 21) en la total falta de indefensión de los demandados que, frente a la pretensión indemnizatoria formulada de adverso, no han efectuado alegaciones de oposición -pudiendo haberlo hecho- en lo tocante a la realidad de los perjuicios, al momento de su surgimiento, ni al modo de cálculo de su monto: extremo éste, el de la falta de oposición que reconoce el propio demandante de anulación, si bien lo explica sobre la base de que entendió innecesario oponerse por entender que no iba a prosperar la aplicación de la cláusula penal a la que dice supeditada la petición de resarcimiento.

Aun admitiendo que tal fuera su estrategia defensiva, la Sala no puede sino reconocer que el Laudo explica suficientemente - con apoyo en lo solicitado en el procedimiento arbitral y en el tenor literal del contrato- cómo la indemnización de daños no estaba condicionada a la aplicación de la cláusula penal y cómo su decisión no es susceptible de causar indefensión material a quien ahora pretende la nulidad por una incongruencia a todas luces inexistente.

Una segunda cuestión controvertida en este motivo de anulación es la pretendida indeterminación de los daños causados. Tampoco puede prosperar este alegato: el Laudo final apunta cuáles son dichos daños (v.gr., § 130), y el aclaratorio los detalla con suficiente precisión (§ 21). Así, la Ábitro, al margen de lo que dice sobre



el incumplimiento imputable al demandante en el Arbitraje -a lo que habremos de referirnos en el análisis del motivo siguiente de anulación-, recuerda que " *al mezclar el Acuerdo con la declaración unilateral sobre la propiedad de la finca en la reducción de capital de ALCOCER de 29.12.2014 -asignando además la finca de Mojadillas a quien no era su destinatario reconocido- ha impedido formalizar las operaciones de manera adecuada* ". Y en el Laudo aclaratorio concreta a qué impedimentos alude: " *la adopción del acuerdo societario de reducción de capital social en virtud del cual se atribuye la finca de Mojadillas a la Sra. Emma y al Sr. Narciso se le atribuyen las participaciones sociales representativas del 25% del capital social de GOMAR ha dado lugar a una reducción de capital (indebida)... que ha conllevado además una calificación negativa del Registrador Mercantil, una desestimación del recurso interpuesto ante la DGRN y la inadmisión a trámite del procedimiento de revisión de actos anulables, causando daños y perjuicios al socio minoritario* ".

No consta oposición a la aequitas de la cantidad fijada por la Ábitro según su leal saber y entender.

El motivo es desestimado.

**CUARTO** .- Se somete a la consideración de esta Sala, como siguiente motivo de anulación parcial del Laudo, que la condena de la Sra. Emma en la totalidad de las costas (§ 140) se sustenta en un proceso deductivo irracional (§ 139), incurso en error patente, a saber: el que consiste en haber aplicado el criterio del vencimiento total de la demandada aduciendo que la demanda ha sido acogida sustancialmente, pese a rechazar las más cuantiosas pretensiones indemnizatorias del actor, que son precisamente las que han condicionado el elevado monto de las costas fijadas; añaden los demandantes que la referida condena tampoco guarda la debida proporción con la incongruencia por *extra petitum* que denuncian; es claro, sin embargo, que este último alegato no puede prosperar al haber sido desestimado el anterior motivo.

Para decidir esta cuestión son relevantes los siguientes extremos de hecho y de Derecho, no controvertidos:

**1º** . Estamos ante un arbitraje de equidad -aspecto en el que repara el propio Laudo a la hora de pronunciarse sobre las costas - § 139.

**2º** . El § 31 del Laudo final pone de relieve que la Corte de Arbitraje de Madrid, en su Resolución de 27.10.2015, " *ha evaluado las pretensiones ejercitadas por la demandante en 1.315.549,27 euros, que se desglosan en: (i) condena a las demandadas al pago de 1.000.000 euros en concepto de cláusula penal; (ii) condena a la Sra. Emma a restituir la cantidad de 15.559,27 euros; (iii) condena a la Sra. Emma a pagar, además, los daños y perjuicios causados, que se cifran en el 29,999% de la cantidad de la cláusula penal (i.e. 299.990 euros)* ". El § 33 especifica que el valor económico de la reconvencción formulada por las demandadas es el valor catastral de la finca objeto de la reconvencción (149.832,72 euros).

**3º** . El Ábitro, en el Laudo final, aplica los arts. 37.6 LA y 46 RCAM sobre las partidas incluidas en las costas: honorarios y gastos de los árbitros; derechos de admisión y administración de la Corte; y gastos razonables en cada parte haya incurrido para su defensa. Los dos primeros conceptos se determinan en función de la cuantía del pleito y según los aranceles de la Corte de Arbitraje (§ 140); los honorarios de Abogado de la demandante se fijan según acreditación del propio Letrado juzgada razonable por la Ábitro. La condena en costas que la Sra. Emma ha de abonar al Sr. Narciso - *aparte de correr con las costas generadas por ella* - asciende a **126.507,79 euros** (§ 140): 8.816,01 euros, IVA incluido, por derechos de admisión y administración; 32.773,98 euros, IVA incluido, por honorarios del Ábitro único; y 84.917,80 euros, IVA incluso, por honorarios del Abogado de la demandante.

**4º** . Como argumento de la total imposición de las costas del contrario a la Sra. Emma , el Laudo final aduce literalmente -§ 139-, por toda motivación: " *que las demandadas no han actuado correctamente en la adopción de Acuerdos de la Junta de 29.12.2014, y que efectivamente han causado a la postre que este arbitraje hubiera de comenzarse* ".

**5º** . En el Laudo de aclaración, ante la queja de error patente de las ahora demandantes por haber sido condenadas pese a la desestimación de las más cuantiosas pretensiones del actor, el Ábitro mantiene su decisión con el siguiente fundamento:

" *Este Ábitro único considera, como así lo hace la Sentencia del Tribunal Supremo 233/2013 , alegada por la demandante, que dentro del principio del vencimiento, con la consecuencia de imposición de costas, se hallan los supuestos de estimación o acogimiento sustancial de la demanda , puesto que se ordena el cumplimiento del Acuerdo así como la reposición de las partes a la situación anterior del acuerdo de Junta General , siendo secundaria la solicitud de condena a la pena convencional por incumplimiento. En este sentido, además, la cláusula 40.6 (RCAM) otorga la facultad al Ábitro de imponer las costas que, atendiendo a las circunstancias particulares del caso estime apropiadas* ".

**6º** . El art. 40.6 del Reglamento de Arbitraje de la Corte de Arbitraje de Madrid dispone:

Salvo acuerdo por escrito en contrario de las partes, los árbitros podrán justificar la imposición de las costas basándose en el principio de que la condena refleje proporcionalmente el éxito y el fracaso de las respectivas pretensiones de las partes, salvo que, atendiendo a las circunstancias particulares del caso, los árbitros estimen inapropiada la aplicación de este principio general. En este sentido, los árbitros podrán tener en cuenta el cumplimiento por las partes de lo establecido en el artículo 20.5 del Reglamento...

El mencionado art. 20.5 RCAM dice:

Todos aquéllos que participen en el procedimiento arbitral actuarán conforme al principio de buena fe y procurarán que el arbitraje se tramite de manera eficiente y sin dilaciones.

Teniendo presentes los anteriores datos de hecho y de Derecho, conviene dejar constancia, acto seguido, de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional relevante para la solución del caso, pues delimita, con gran precisión -más allá de la aplicación de una concreta norma procesal- en qué circunstancias el pronunciamiento sobre costas o su motivación pueden trascender el ámbito de la mera legalidad ordinaria y entrañar una lesión de la Constitución y, en concreto, del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva ( art. 24.1 CE ), con la correlativa infracción del orden público como causa de anulación, en este caso, de un Laudo.

El TC parte de una regla general clara: " *la cuestión relativa a la imposición de las costas procesales es un problema de legalidad ordinaria sin relevancia constitucional* "..., razón por la cual " *la decisión acerca de la imposición de las costas del proceso no implica, en principio, lesión alguna del derecho a la tutela judicial efectiva* " ( SSTC 170/2002, de 30 de septiembre, FJ 17 , y 172/2009, de 9 de julio , FJ 3; y ATC 416/2003, de 15 de diciembre , FJ 2); precisando también el Alto Tribunal " *que ninguno de los dos sistemas en que se estructura la imposición de costas en nuestro ordenamiento jurídico procesal, esto es, el objetivo o del vencimiento y el subjetivo o de la temeridad, afectan a la tutela judicial efectiva, pues la decisión sobre su imposición pertenece, en general, al campo de la legalidad ordinaria* " (entre otras, SSTC 134/1990, de 19 de julio, FJ 5 ; 190/1993, de 14 de junio, FJ 4 ; 41/1994, de 15 de febrero, FJ 2 ; 48/1994, de 16 de febrero, FJ 2 ; 46/1995, de 14 de febrero, FJ 3 ; 8/1999, de 8 de febrero, FJ 1 ; 191/2001, de 1 de octubre, FJ 6 ; 170/2002, de 30 de septiembre, FJ 17 ; 107/2006, de 3 de abril, FJ 3 ; y 51/2009, de 23 de febrero , FJ 2).

Ahora bien, lo que antecede "no priva a este Tribunal Constitucional de la competencia para enjuiciar, a través del procedimiento de amparo, si la decisión (sobre costas) ha podido suponer la lesión del derecho a la tutela judicial efectiva cuando la resolución judicial incurra en error patente, arbitrariedad, manifiesta irrazonabilidad o, en su caso, si resulta inmotivada -o solo aparente motivada" (entre muchas, SSTC 172/2009, FJ 3 ; 25/2006, de 30 de enero, FJ 2 , y 107/2006, de 3 de abril , FJ 3; y ATC 181/2007, de 12 de marzo , FJ 6). Y ello por una razón que el propio Tribunal Constitucional explicita, con especial claridad, en el FJ 2 de la STC 51/2009 : que la imposición de costas incide en el derecho de acceso a la Jurisdicción - en este caso, en el derecho de acceso a un " *equivalente jurisdiccional* " que excluye el acceso a la Jurisdicción, cual es el arbitraje, SSTC 15/1989 , 62/1991 , 174/1995 y 176/1996 );- derecho de acceso a la Jurisdicción -o al arbitraje- que ha de ser respetado " *sin imponer requisitos o consecuencias impeditivos, obstaculizadores, limitativos o disuasorios del ejercicio de las acciones si no existe previsión legal de los mismos ni, caso de tener fundamento legal, olvidando las exigencias de motivación* ".

En relación con el contenido de la motivación que debe acompañar a la adopción de pronunciamientos accesorios como es el referido a las costas procesales, "debemos distinguir -añade la STC 51/2009 en su FJ 2- aquellos casos en los que el sentido del pronunciamiento accesorio viene impuesto *ope legis* , de aquellos otros que son fruto de una decisión adoptada dentro del ámbito de arbitrio previsto por la norma. Así, recordábamos en la STC 25/2006, de 30 de enero , que 'en aquellos supuestos en los que la imposición, o no, de las costas procesales sea el resultado de una valoración sobre las circunstancias particulares del caso o sobre la conducta procesal de las partes -temeridad o mala fe litigiosa-, el deber de motivar su decisión es una exigencia derivada de los arts. 24.1 y 120.3 CE . Ello no obsta para que aun en estos casos la motivación implícita pueda ser admitida cuando la razón del pronunciamiento sobre las costas del proceso pueda inferirse del conjunto y sentido de las argumentaciones utilizadas por el Tribunal para resolver las pretensiones de las partes, ya que la Sentencia es un acto procesal orgánico y unitario que no puede contemplarse con visión fragmentaria ( SSTC 131/1986, de 29 de octubre, FJ 4 ; y 230/1988, de 1 de diciembre , FJ 1). En aquellos otros supuestos en los que, por el contrario, el legislador acoge la regla *victus victori* o del vencimiento objetivo, sin prever excepciones, no existe un margen de apreciación para que el órgano judicial decida por sí sobre la imposición de costas, sino que, por imperativo legal, la única decisión que puede adoptar es la que la norma contempla. En estos casos no existe un deber de motivación sobre la imposición de las costas procesales que vaya más allá de la motivación necesaria para estimar o desestimar las pretensiones que constituya el objeto del concreto proceso, de cuyo resultado es consecuencia inescindible la decisión sobre las costas causadas ( *accessorium sequitur principale* )" (FJ 3).



En el mismo sentido la STC 172/2009 , FJ 3.

**QUINTO** .- La aplicación de la anterior doctrina al presente caso evidencia que el Laudo lesiona el art. 24.1 CE y, con ello, el orden público en una concepción del mismo, en este punto, *nemine discrepante* . Y es que, lo decimos a modo de conclusión anticipada, la motivación de la imposición de costas por el Laudo no traspasa el ámbito de lo meramente aparente por varias razones: contraviene las reglas de la lógica; invoca como *ratio decidendi* una doctrina del TS patentemente inaplicable -el yerro es manifiesto-; incurre en incongruencias internas, en abiertas inconsecuencias con circunstancias de hecho que el propio Laudo reconoce y que convierten en irracional su motivación y su decisión; a la par que se compadece difícilmente con insoslayables exigencias de la equidad jurisprudencialmente proclamadas como tales. A justificar lo que decimos se dirigen nuestras siguientes reflexiones.

No reviste duda -expresamente lo proclama el propio Laudo- que ha existido una estimación parcial de la demanda arbitral. Estando, pues, en presencia de un supuesto en que la condena en costas exige de motivación -el pronunciamiento sobre las mismas no viene predeterminado *ope legis* -, en lo primero que hemos de reparar es en las razones dadas por la Ábitro en el ejercicio de su margen de discrecionalidad, nunca identificable con el puro voluntarismo.

De entrada, el único argumento que aduce el Laudo final entraña una suerte de tautología que convierte su discurso en algo puramente aparente, por superfluo o innecesario: *como el incumplimiento de las demandadas ha causado que el arbitraje hubiera de comenzarse, debe imponérseles la totalidad de las costas* : con un planteamiento semejante es evidente que el mero vencimiento, aun parcial, llevaría aparejada *per se* la automática condena al total de costas, siendo innecesaria, en términos lógicos, motivación alguna más allá de la constatación -puramente fenomenológica- de que para obtener en parte su razón el actor ha debido iniciar actuaciones arbitrales. Huelga todo comentario sobre la virtualidad justificativa de un aserto semejante.

Ya en el Laudo " *aclaratorio* " -no sin una concepción laxa del mismo pues más que aclarar motiva *ex novo* - la Ábitro argumenta la condena en costas con un discurso totalmente nuevo -no explícito ni implícito en el Laudo final: la aplicación de aquella doctrina de la Sala Primera que permite considerar como vencimiento total -a los efectos de la imposición de costas- aquellos casos de estimación parcial que entrañan un " *acogimiento sustancial de la demanda* ": en este sentido, como ya hemos reseñado, la Ábitro entiende que la petición principal es la del cumplimiento del contrato, siendo secundaria la solicitud de condena a la pena convencional por incumplimiento".

Sin perjuicio de lo que inmediatamente hayamos de decir sobre cómo no puede ser secundaria, a efectos de imposición de costas, una solicitud de condena, la relativa a la cláusula penal y a la indemnización de daños y perjuicios, *que es la que reconocidamente ha determinado la cuantía del procedimiento arbitral y con ello el monto de las costas* -constatación que de por sí convierte en ilógico el argumento, por contradictorio con extremos de hecho que el propio Laudo da por buenos-, sucede que la aplicación de la referida doctrina de la Sala Primera constituye un yerro patente o manifiesto en la selección de los presupuestos jurídicos del fallo -aspecto también considerado por el Tribunal Constitucional como incluso en su doctrina del error patente ( STC 206/1999 , FJ 2).

Nada mejor, a tal efecto, que dejar constancia de lo que dice la Sala Primera sobre la " *doctrina de la estimación sustancial* " en los términos del FJ 8 de su **Sentencia 177/2008** , de 5 de marzo (ROJ STS 3824/2008):

"Es cierto que la LEC establece que las costas se impondrán a la parte cuyas pretensiones hubieran sido totalmente rechazadas, pero esta Sala ha admitido que procede también la imposición de las costas en casos de *estimación sustancial de la demanda* ( STS 6/6/2006 y las allí citadas). Como afirma la Sentencia de 8 de marzo de 2007 , con cita de las de 9 de junio y 21 de diciembre de 2006 , ' *esta especie de cuasi vencimiento, que resulta de la estimación sustancial de la demanda, opera únicamente cuando hay una leve diferencia entre lo obtenido y lo pedido , siendo de especial utilidad en los supuestos que se ejercitan resarcitorias de daños y perjuicios en los que la fijación del quantum es de difícil concreción y gran relatividad, no cuando existe una diferencia tan notable como para no poderla equiparar al vencimiento total a que se refiere la norma* ' .

"La deuda ha sido sustancialmente estimada, porque se estimó la reclamación por la completa cantidad invertida por la demandante en la limpieza de la contaminación provocada por la mala actuación profesional de la empresa demandada, exclusión hecha de una cantidad correspondiente al IVA..."

Lo expuesto -que es el criterio conteste de la Sala Primera- revela que en absoluto cabe aplicar esa doctrina al caso presente: no existe estimación sustancial de la demanda cuando se ha desestimado íntegramente la aplicación de la cláusula penal por 1.000.000 de euros - *y más, según veremos, por las razones que el Laudo da para rechazar tal pretensión* -, y cuando a la petición de 299.990 euros en concepto de daños y perjuicios solo se accede en la cuantía de 20.000 euros.

Y aun hemos de añadir que el Laudo aclaratorio, en su motivación, invoca una Sentencia de la Sala Primera, la 233/2013, totalmente inconsecuente e inconducente para explicar su decisión: de un lado, porque la STS 233/2013, de 25 de marzo (ROJ STS 3117/2013), recoge esa doctrina en los términos que acabamos de reseñar, y que evidencian su inaplicabilidad al caso presente; de otro lado, porque la Sala Primera, si bien transcribe esa doctrina, lo hace en el antecedente de hecho 6º al reproducir los fundamentos de Derecho de la Sentencia de la Audiencia recurrida en casación, pero tal doctrina no era objeto de análisis por la Sala Primera lisa y llanamente porque su aplicación no se discutía en los recursos interpuestos -casación y extraordinario por infracción procesal.

También hemos de dejar constancia de la improcedencia, *in casu*, de la cita que hace el demandado en su contestación a la demanda de anulación de nuestra Sentencia 45/2014, de 16 de julio (ROJ STSJ M 10354/2014): cierto que en esa ocasión no pusimos reparo alguno de arbitrariedad al hecho de que, en un arbitraje de equidad, el Laudo hubiese impuesto la totalidad de las costas pese a la estimación parcial de la demanda; pero calla el aquí demandando que la Sala reparó en un extremo razonado y acreditado por el Laudo que aquí en absoluto se da -antes al contrario, como veremos-, a saber: que la demandada había intervenido en el procedimiento arbitral con acreditada mala fe.

En cuanto a la motivación del Laudo de aclaración se recordará que, amén de la doctrina del vencimiento sustancial como equivalente al vencimiento total, citaba el art. 40.6 RCAM. Hemos reproducido ese precepto supra y conviene reiterar su tenor. El art. 40.6 del Reglamento de Arbitraje de la Corte de Arbitraje de Madrid dispone:

Salvo acuerdo por escrito en contrario de las partes, los árbitros podrán justificar la imposición de las costas basándose en el principio de que la condena refleje proporcionalmente el éxito y el fracaso de las respectivas pretensiones de las partes, salvo que, atendiendo a las circunstancias particulares del caso, los árbitros estimen inapropiada la aplicación de este principio general. En este sentido, los árbitros podrán tener en cuenta el cumplimiento por las partes de lo establecido en el artículo 20.5 del Reglamento...

No mencionado siquiera el principio, *tan acomodado a laequeitas*, de que la condena en costas refleje proporcionalmente el éxito y el fracaso de las respectivas pretensiones -de hecho es implícitamente desechado-, y descartada -por manifiestamente errada- la aplicabilidad de la doctrina del vencimiento sustancial, el Laudo no hace mención a ninguna otra circunstancia del caso, ni al principio de buena fe en la actuación procesal de las partes a que alude el art. 20.5 RCAM.

Ítem más: al margen de que de modo inconcuso no es posible entender como vencimiento total el acaecido cuando solo se estima en 20.000 euros una pretensión de resarcimiento económico de 1.299.990 euros, hemos de abundar, desde el prisma de su razonabilidad, en el análisis del argumento que, a efectos de la imposición de costas, considera "*pretensiones secundarias*" las relativas a la aplicación de la cláusula penal y a la indemnización de daños frente a la "*pretensión principal*", esto es, la referida al cumplimiento del contrato: en sustancia, la condena al intercambio recíproco de participaciones de las partes en dos sociedades con el fin de que la Sra. Emma y el Sr. Narciso ostentasen el 100% de las mismas, cada uno en una sociedad distinta.

Ante todo, hemos de reformular una pregunta que surge por sí sola: ¿cómo va a ser secundaria, a los efectos de la condena en costas, la total y la sustancial desestimación de unas pretensiones económicas -cumplimiento de la cláusula penal y daños y perjuicios, respectivamente- planteadas por el demandante según su libre criterio, que son las que, al decir del propio Laudo, han determinado la cuantía del procedimiento arbitral y, en función directa de la misma, el monto de las costas, integradas por los honorarios del Árbitro y de Letrado y por los derechos de administración de la Corte?

Y se ha de señalar, en segundo término, que si esa total condena en costas se funda en la estimación de la pretensión de cumplimiento del contrato -aun cuando cupiera, que no cabe, considerar esa estimación desconectada del rechazo de las pretensiones de reclamación de cantidad-, resultaría que la plena imposición de las costas sería abiertamente contradictoria con extremos de hecho que el Laudo declara y que excluyen -ahora veremos en qué términos- toda idea de mala fe o de temeridad en el comportamiento de las demandadas en el procedimiento arbitral.

Veamos qué razones da el Laudo para desestimar la aplicación de la cláusula penal, porque evidencian hasta qué punto la decisión de condenar totalmente en costas a la Sra. Emma -una de las demandadas- no es razonable, entre otros motivos, porque no se acomoda a la realidad declarada por el mismo Laudo.

Frente al alegato del Sr. Narciso en el procedimiento arbitral de mala fe y de voluntad incumplidora de la Sra. Emma, como sustento de su pretensión de aplicación de la cláusula penal (§ 118), "*el Árbitro Único constata* (§ 119):

*Que desde la firma en el año 2005 del Acuerdo, la Demandante -Sr. Narciso - no ha procedido nunca a cumplir el Acuerdo ni a exigir su cumplimiento. Es solo a finales del año 2014, cuando la Sra. Emma decide proceder a su ejecución, cuando la Demandante que la forma de ejecución no es correcta y se opone. En efecto, la parte Demandante se ha opuesto a la modificación de los Estatutos sociales que se propuso en la Junta de 6 de febrero, que sin embargo suponía la reducción de capital mediante devolución de aportaciones en especie, no ha acudido al llamamiento que se le ha efectuado ante Notario para proceder a la permuta de las acciones, se ha opuesto a la posible amortización de las participaciones de ALCOCER en las dos sociedades, etcétera. Por todo lo cual se observa una oposición sistemática al cumplimiento por la parte contraria, basada en el entendimiento de la Demandante de que todos los actos atinentes al objetivo final deberían efectuarse de forma simultánea".*

A lo anterior añade el Laudo, acto seguido, estas significativas palabras (§ 120):

*"Los hechos anteriormente analizados, y lo alegado por las Demandadas, llevan a este Árbitro Único a considerar que no ha habido un incumplimiento esencial del Acuerdo por parte de las Demandadas ni que se ha frustrado el fin del Acuerdo. Si bien es cierto que las Demandadas se equivocaron efectuando una operación contraria a Derecho en la primera Junta, la segunda Junta y posterior convocatoria a efectuar la permuta suponen un ofrecimiento de cumplimiento (modificación de estatutos, discusión sobre la amortización y permuta de las participaciones). Por su parte, la Demandante, insistiendo en una simultaneidad mal entendida y en una necesidad de proceder a la reducción de capital de ALCOCER que no existe en el Acuerdo, ha incumplido él mismo el Acuerdo, oponiéndose sistemáticamente a todas las posibilidades que no fueran las planteadas por él mismo.*

Y concluye (§ 123):

*"Sin embargo, y dejando de lado la cuestión de cuál sea la obligación del presente pacto, cuestión no debatida entre las partes, este Árbitro Único entiende que el Acuerdo no ha podido cumplirse también por causa imputable a la Demandante, por lo que no procede la aplicación de esta cláusula (penal). Y ello además porque no puede una parte solicitar el cumplimiento alegando incumplimiento cuando ella misma jamás inició ni ofreció el cumplimiento hasta que lo hiciera la Sra. Emma y su única actuación a partir de ahí ha sido oponerse a sus concretos actos de ejecución ... Por tanto, y desde el punto de vista de la equidad que debe inspirar el presente Laudo, esta penalidad no está justificada."*

En definitiva: se condena en el total de las costas a la Sra. Emma -una de las demandadas- por estimar la acción de cumplimiento de un Acuerdo que, según el propio Laudo, no se ha podido llevar a efecto antes de iniciarse el procedimiento arbitral también, y sobre todo, por la injustificada conducta impeditiva del Demandante en el arbitraje, Sr. Narciso. No se considera equitativa la imposición de la cláusula penal a la Sra. Emma por la conducta incumplidora del Acuerdo del Sr. Narciso, y sin embargo sí se acomoda a la aequitas imponerle las enteras costas de un procedimiento arbitral que se han determinado en función directa de la cuantía de esa cláusula penal: estamos, lisa y llanamente, ante un planteamiento absurdo por intrínsecamente contradictorio.

Parafraseando la STC 89/2008, de 21 de julio, en su FJ 4, la *ratio decidendi* del Laudo, en lo tocante a la imposición de costas, está totalmente desconectada de la realidad declarada por el propio Laudo en su motivación, de la que no se sigue temeridad alguna en el litigar de la demandada-condenada, abocando además a un resultado desproporcionado, abiertamente contrario a la equidad y a la naturaleza y razón de ser de la imposición de costas (FJ 4, STC 232/2007), y a su conexión con el derecho de acceso a la Justicia -jurisdiccional y/o arbitral-, constitucionalmente declarado.

Cumple recordar, en relación con las exigencias que dimanarían del juicio en equidad, la importante doctrina sentada, entre otras, por la STS, 1ª, 429/2009, de 22 de junio (ROJ 5722/2009) -de la que esta Sala se ha hecho eco en su Sentencia 30/2015, de 14 de abril-, que dice (FJ 4, a):

*"... La aplicación de la equidad no supone prescindir de los principios generales del Derecho y la justicia, ni contravenir el Derecho positivo (según la STS de 30 de mayo de 1987 la jurisprudencia no declara que los laudos de equidad deban desconocer o contravenir las normas de Derecho positivo, sino que viene a afirmar que no se apliquen exclusivamente normas de Derecho de forma rigurosa), sino más bien atenerse a criterios de justicia material fundados en principios de carácter sustantivo y premisas de carácter extra-sistemático para fundar la argumentación... Resulta, por lo tanto, evidente que cuando el arbitraje es un arbitraje de equidad **resulta especialmente relevante la justicia del resultado obtenido y su coherencia con los principios sustantivos que deben inspirar la solución del caso**".*

Estas apreciaciones de la Sala Primera -decíamos en la S. 30/2015- permiten establecer algunas conclusiones importantes: en primer lugar, que la motivación en equidad está sometida a las exigencias de motivación que derivan del derecho a la tutela judicial efectiva (24.1 CE): razonabilidad, congruencia interna, suficiencia, respeto a las reglas de la lógica, ausencia de error patente...; en segundo término, que la aplicación de la equidad ha de ser respetuosa con los principios generales del Derecho... En este sentido, es tradicional e

indiscutida en la jurisprudencia la indisociable vinculación entre la equidad y las exigencias de la buena fe en el ejercicio de los propios derechos ( art. 7.1 CC ), que demanda un comportamiento subjetivo justo o equitativo y honrado, y conforme con el juicio de valor emanado de la sociedad (v.gr., STS, 1ª, 22.2.2001 y 13.4.2004 ).

Pues bien, como queda acreditado, el mismo iter discursivo del laudo evidencia la inconsecuencia con sus premisas... En el orden material de la aequitas, que atiende precisamente al equilibrio de prestaciones, cabe postular la insuficiencia de una argumentación que da por bueno un resultado tan desproporcionado, tan inconsecuente con lo acaecido y declarado probado por el propio Laudo: es una motivación del todo insuficiente para subvenir al juicio en equidad, que, más allá de lo puramente jurídico -v.gr., STS 29.10.2013, fj 10, *in fine*, ROJ 5479/2013 -, ha de ponderar la justicia del resultado obtenido y su coherencia con los principios sustantivos que deben inspirar la solución del caso y que, como tales, son expresamente reconocidos por el Laudo.

En suma: estamos ante una estimación parcial de una demanda arbitral que, no obstante, condena íntegramente en las costas a una de las demandadas sin motivación que supere el canon de la arbitrariedad o se acomode a las reglas de la lógica, lo que equivale a una ausencia de motivación constitucionalmente relevante, pues, *in casu*, la imposición de las costas no viene predeterminada por la Ley o establecida *ope legis* ( *mutatis mutandis*, STC 120/2007 ).

En este punto, pues, el Laudo vulnera el orden público y el motivo ha de ser estimado, pero con un alcance anulatorio distinto del pretendido por la demandante.

**SEXTO** .- Se hacen necesarias unas breves consideraciones sobre la virtualidad anulatoria de nuestro fallo.

Se recordará que las demandantes pedían, en lo concerniente a las costas,

*" que se anule parcialmente el apartado 6 del Laudo en la parte de la condena en costas y gastos relativos a la cláusula penal, por importe de un millón de euros, y la indemnización de daños y perjuicios, que son con mucho más del 90% del total de la cuantía de las pretensiones de la parte demandante ";* consecuentemente, añade la demanda, *" se tendría que anular parcialmente el fallo 7, puesto que por el criterio del vencimiento sustancial las costas y gastos de las partes demandadas se tendrían que satisfacer por la parte demandante, por lo menos en la parte proporcional a las pretensiones desestimadas "*.

Esta solicitud, tal y como está formulada, entraña a todas luces la pretensión de que este Tribunal se pronuncie sobre las costas y aplique el criterio de la proporcionalidad en la estimación o rechazo de las respectivas pretensiones. La Sala, en el ámbito propio de su cometido como Tribunal de anulación, puede apreciar -y así lo hace- una lesión del orden público en la motivación de las costas que prive de virtualidad, en este caso por violación de un deber constitucional, al o a los pronunciamientos sobre costas. Mas, lo que no compete a este Tribunal es "reconstruir" el Laudo al respecto, sustituyendo la labor del árbitro en la aplicación de uno o de varios de los posibles criterios que puede tener en cuenta -excepción hecha del criterio del vencimiento total- a la hora de laudar en el caso sobre semejante cuestión.

En aparente -que no real- paradoja, la Sala ha de anular en su integridad los apartados 6 y 7 de la parte dispositiva del Laudo..., sin que ello entrañe incongruencia alguna por *ultra petitum*, pues los demandantes, en realidad, solicitan una anulación parcial en unos términos "reconstructivos" que les son mucho más beneficiosos que la mera anulación que este Tribunal decreta. No decimos con esto que no proceda aplicar el criterio de la proporcionalidad -cada vez más extendido en el mundo del arbitraje precisamente por su evidente vinculación con la *aequitas* -; lo que decimos es que no corresponde a este Tribunal adoptar tal decisión, debiendo limitar los efectos de nuestro fallo a los puramente anulatorios, a lo que demanda la salvaguarda del orden público como causa de anulación del Laudo ex art. 41.1.f) LA. La falta de motivación constitucionalmente admisible de los pronunciamientos sobre costas hace que deban ser anulados en su integridad.

**SÉPTIMO** .- Estimada parcialmente la demanda de anulación, y sin que sea dado apreciar temeridad de ninguna de las partes al litigar, no ha lugar a la expresa imposición de costas de este proceso, debiendo cada una abonar las causadas a su instancia y las comunes por mitad ( art. 394.2 LEC ).

Vistos los artículos de aplicación,

## FALLAMOS

**ESTIMAMOS EN PARTE** la demanda de anulación de laudo arbitral formulada por la Procuradora de los Tribunales Dª . María Lourdes Amasio Díaz, en nombre y representación de Dª . Emma y PROMOCIONES Y OBRAS ALCO CER, S.L., contra D. Narciso , anulando los puntos 6 y 7 del fallo del Laudo final dictado con fecha 28 de enero de 2016 por Dª . CARMEN NÚÑEZ-LAGOS en el procedimiento arbitral nº 2.637, administrado





por la CORTE DE ARBITRAJE DE LA CÁMARA OFICIAL DE COMERCIO E INDUSTRIA DE MADRID; sin expresa imposición de las costas causadas en este procedimiento.

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

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

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ