



Roj: **STSJ M 1718/2017 - ECLI:ES:TSJM:2017:1718**

Id Cendoj: **28079310012017100017**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **07/02/2017**

Nº de Recurso: **64/2016**

Nº de Resolución: **11/2017**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **SUSANA POLO GARCIA**

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: 28.079.00.2-2016/0137398

**REF: PROCEDIMIENTO ANULACION DE LAUDO ARBITRAL nº64/2016**

**DEMANDANTES: ABENER ENERGÍA, S.A. y TEYMA GESTIÓN DE CONTRATOS DE CONSTRUCCIÓN E INGENIERÍA, S.A., UNIÓN TEMPORAL DE EMPRESAS y ABEINSA EPC KHI (Pty) Ltd.**

**PROCURADORA: DÑA. Leticia Calderón Galán**

**DEMANDADAS: BEROA IBERÍA, S.A. y ALTAC SOUTH AFRICA (Pty) Ltd.**

**PROCURADORA: Dña. Raquel García Olmedo**

**SENTENCIA N° 11/2017**

**Excmo. Sr. Presidente:**

**Dn. Francisco Javier Vieira Morante**

**Ilmos/as. Sres/as. Magistrados/:**

**Dña. Susana Polo García**

**Dn. Jesús María Santos Vijande**

En Madrid, a siete de febrero del dos mil diecisiete.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** El 29 de julio de 2016 tuvo entrada en este Tribunal la demanda formulada por la Procuradora Dña. Leticia Calderón Galán en nombre y representación de ABENER ENERGÍA, S.A. y TEYMA GESTIÓN DE CONTRATOS DE CONSTRUCCIÓN E INGENIERÍA, S.A., UNIÓN TEMPORAL DE EMPRESAS y ABEINSA EPC KHI (Pty) Ltd., contra BEROA IBERÍA, S.A. y ALTAC SOUTH AFRICA (Pty) Ltd, acción de anulación del laudo arbitral dictado por D. Julián , Árbitro único designado por la Cámara de Comercio Internacional, en **Arbitraje 20.577/ ASM**, de fecha 7 de diciembre de 2015 y Addendum al mismo de 25 de mayo de 2016.

**SEGUNDO .-** Mediante Decreto de la Letrada de la Administración de Justicia de fecha 10 de noviembre de 2016 se admite la demanda presentada. Realizado el emplazamiento de las demandadas, por la representación procesal de las mismas, se presenta escrito de contestación a las demanda el 21 de diciembre de 2016, por Diligencia de Ordenación de fecha 22 de diciembre de 2016, se acuerda dar traslado a la demandante para que



presente documentos adicionales o proponga la práctica de prueba, y por escrito presentado el 10 de enero de 2017, por la misma se reitera la solicitada en la demanda.

**TERCERO.-** Por este Tribunal se dicta auto de fecha 26 de enero de 2017 recibiendo el pleito a prueba y se acuerda señalar como fecha para deliberación del procedimiento el día 7 de febrero de 2017.

Es Ponente la Ilma. Sra. Dña. Susana Polo García, quien expresa el parecer unánime del Tribunal.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Por las demandantes se alega que el Laudo Arbitral de fecha 7 de diciembre de 2015 y *Addendum* al mismo de 25 de mayo de 2016, son nulos, invocando como causas de nulidad el artículo 41.1 d) de la Ley de **Arbitraje** que dispone " *que la designación de los árbitros o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo entre las partes, salvo que dicho acuerdo fuera contrario a una norma imperativa de esta Ley, o, a falta de dicho acuerdo, que se han ajustado a esta ley* ", y el apartado f) del mismo artículo "*que el laudo es contrario al orden público*".

En cuanto a la causa de nulidad prevista en el apartado d) del art. 41.1 de la LA, la misma se basa en dos motivos:

1º.- Porque en la designación del árbitro no se ha seguido el procedimiento pactado por las partes, ya que el mismo habiendo manifestado su condición de Consejero Independiente de ACERINOX, oculta que es accionista de dicha entidad y que la misma mantiene relaciones comerciales con BEROA, con infracción del art. 17 de la LA, puesto que en el curriculum aportado, constaba que era Consejero Independiente, y en la aceptación de su nombramiento que no mantenía relación alguna con las partes; sólo a raíz de la petición de aclaración solicitada por la aquí demandante, el árbitro en carta de 1 de julio de 2016, manifestó que desde el 2012 era accionista minoritario de ACERINOX, y con respecto a las relaciones de ésta última con BEROA, puso de relieve que "solo hubo hace más de 25 años, un suministro a Acerinox para una empresa integrada en BEROA mucho después", en la que Karrena había hecho un suministro de revestimiento refractario de un horno para la fábrica de Acerinox en Algeciras (BEROA nace en el 2010 de la fusión de Karrena y Forter) que no podía haber podido averiguar la cuantía, que sería modesta dada su naturaleza; lo anterior privó a las partes de la posibilidad de recusarlo, lo que también implica infracción del orden público.

2º.- Por haber incurrido el árbitro en infracción de las normas de procedimiento al acordar de oficio la ratificación de los peritos no solicitada por la actora en el **arbitraje**, así como por la admisión extemporánea de documentos, contra lo pactado expresamente por las partes -Orden Procesal de 13 de febrero de 2015, punto 6 apartado II- y de lo dispuesto en los artículos 265, 269 y 272 de la LEC, en concreto el documento "*Rev.00 de la propuesta de BEROA de 30 de octubre de 2013*", admisión inicialmente denegada en la Audiencia de peritos y testigos, siendo solicitado el documento por el árbitro en la Orden Procesal de 28 de octubre de 2015, quedando el documento incorporado al procedimiento; y por haberse dictado el Laudo fuera de plazo, ya que en la *Primera Orden Procesal se establece como fecha límite para que el Árbitro enviara el Proyecto de Laudo a la Corte el 5 de diciembre de 2015* y, según certificado, *el mismo fue enviado el 8 de diciembre*, que fue aprobado por la Corte en su sesión de 16 de diciembre aprobó, fijando en su sesión de 19 marzo, el plazo para dictar el laudo final el 31 de diciembre, pero en su sesión de 17 de diciembre *lo prorrogó lo la Corte hasta el 29 de enero de 2016*, dictándose finalmente el 4 de enero de 2016, no dictándose el *Addendum* hasta el 25 de mayo de 2016 -tras sucesivas prórrogas aprobadas por la Corte, la última sesión de 28 de abril, la Corte lo fijó en el 31 de Mayo-; lo que supone que el Laudo es extemporáneo, y por tanto nulo en base al apartado d) del art. 41.1 de la LA.

Con respecto a la causa de nulidad prevista en el apartado f) del art. 41.1 de la LA, la misma se basa en la errónea, ilógica e irracional valoración del árbitro de la prueba practicada, con infracción del principio *pacta sunt servanda* y del art. 1.124 del Código Civil, y falta de motivación:

1º -Sobre lo estipulado en los contratos Off-Shore y On-Shore (art. 31.4) y estipulación 10.4 del Acuerdo Marco sobre notificaciones, sobre todo las relativas al retraso de cumplimiento de los plazos contractuales, admitiendo el árbitro que no se han producido las notificaciones escritas exigidas contractualmente, pero afirmando que las mismas no era necesarias, ya que en la práctica se había adoptado la costumbre de comunicarse vía mail o a través de reuniones de las que UTE levantaba acta, y que dicha práctica sustituye lo pactado en el contrato.

-En cuanto a la calificación del contrato, el cual es complejo, y coaliga varios arrendamientos de obra con obligación de resultado que deben regirse por las normas del CC para los arrendamientos de obra, y por las normas previstas por las partes en el contrato, que ha regulado específicamente en la Estipulación 7 del Acuerdo Marco, que recoge las excepciones a esta obligación de resultado (Encofrado, Hormigón, Suministro



de Acero y Mano de Obra), mientras que el árbitro entiende que se trata de contratos de colaboración, en los que no se imponía a BEROA una obligación absoluta de resultado sino una obligación condicionada (Parágrafo 326 del Laudo), lo que implica un error patente de calificación de los contratos, y conlleva que el Laudo sea arbitrario.

-Ausencia de notificaciones previstas en la Estipulación 7 del Acuerdo Marco, y 8.1 de los contratos Off-Shore y On-Shore.

-Inaplicación de las cláusulas pactadas por las partes, con ilógica motivación del Laudo al respecto (Parágrafo 329), y en concreto con respecto a los supuestos actos propios que derogan lo pactado (Parágrafo 114 del Laudo Aclaratorio y 322 del Laudo).

2º -Inaplicación de la estipulación contractual que impedía el abandono de la obra por ALTAC, ya que BEROA abandona la obra, sin preaviso, y se niega a que UTE utilice los equipos suministrados, en contra de la Estipulación 30.9 de los contratos Off-Shore y On-Shore y Estipulación 9.8 del Acuerdo Marco, haciendo el Laudo caso omiso a las mismas.

3º.- Inaplicación de la estipulación contractual de que cualquier modificación de contrato debía ser expresa, escrita y firmada por las partes (Estipulaciones 11.3, 19.2 y 10.2.

-No existe prueba de la existencia de acuerdos verbales a los que se refiere el Árbitro, sobre la reunión de 31 de octubre de 2013, no motivando porque determinados acuerdos se entienden alcanzados y en contra de los acuerdos firmados por las partes.

- El Árbitro inaplica lo pactado sobre unos actos propios que no suponen un sistema de modificación de los contratos, lo que implica una motivación irracional e ilógica.

4º-BEROA el 30 de mayo de 2014 comunica el abandono de la obra, ejecutándolo el 31 de mayo de 2014, ante ello los demandante conforme a la Estipulación 27.5 de los Contratos, procedieron a la resolución anticipada del contrato, por causas imputables a las demandadas mediante cartas de 19 de junio y 12 de agosto de 2014, y en contra de lo argumentado por el árbitro en los párrafos 568 a 573, la carta de BEROA no se formula al amparo del art. 1.124 del CC, pues no se pide la resolución ni el cumplimiento del contrato, solo se comunica el abandono de la obra, por lo que no tiene eficacia resolutoria, siendo el único efecto si la carta se efectúa en base al art. 110 CC el reconocimiento por BEROA de que estaba incurriendo en mora.

-El Laudo sufre un error gravísimo en la valoración de la prueba, ya que la UTE no había asumido las obligaciones que en el mismo considera incumplidas, además el supuesto impago ascendería a 250.000 €, cantidad que dado el volumen de los contratos no es suficiente para entender que hubo un incumplimiento grave, los cuales se encontraban ejecutados en un 64% UTE h abonado más precio del ejecutado por BEROA, lo que acredita el argumento irracional e ilógico del Árbitro.

Por las demandadas se alega que no concurre ninguna de las causas alegadas por los siguientes motivos:

1º.- En cuando a la primera, infracción del apartado d) del art. 41.1 de la LA, porque no existe una sola línea en la demanda que justifique en qué medida la designación del árbitro no se ha ajustado al acuerdo entre las partes, siendo la afirmación "falsa, infundada y temeraria", ya que no ha existido relación alguna entre ACERINOX y BEROA, lo que le consta a ABEINSA, además desde el inicio del **arbitraje** ésta conocía la condición de Consejero de ACERINOX del Sr. Julián y ninguna objeción formuló, petición que ahora formula que llevó a cabo en la solicitud de aclaración del Laudo y que fue desestimada por no tener cabida en el art. 35 Reglamento CCI y art. 39 LA, y pese a ello el Arbitro remitió carta de fecha 1 de junio de 2016, dando las explicaciones al respecto, de las que se desprende que es un modesto accionista de acciones por 40.000 euros, que jamás había oído hablar de BEROA, que tras la aclaración solicitada se dirigió por dos veces al Consejero Delegado de ACERINOX y se le informó de un antecedente remoto e irrelevante que hace 25 años Karrena -empresa que en el 2010 se integró en BEROA-, realizó un suministro a ACERINOX. No hay infracción del deber de revelación, ni indicio para sustentar la falta de parcialidad del Árbitro, ABEINSA ni lo intenta, limitándose a decir que "*las explicaciones del Sr. Árbitro no le convencieron*".

2º.- En cuando a la segunda infracción del apartado d) del art. 41.1 de la LA, porque no se han vulnerado las normas del procedimiento arbitral, ya que en cuanto a la ratificación de los peritos el tema fue resuelto por las Ordenes Procesales de 10 y 16 de julio de 2016, así como en Orden Procesal de 31 de julio, ya que el art. 25.3 del Reglamento del CCI faculta al Árbitro para admitir de oficio la ratificación de los peritos, al igual que el art. 32.2 LA; y en cuanto a la admisión de la documental, porque el árbitro se encontraba facultado para ello en base al art. 25 del Reglamento CCI y 25.2 de la LA, sin que ello vulnere el punto 6 de la Primera Orden Procesal dictada. Y, en relación a la extemporaneidad del Laudo, porque el mismo no fue dictado fuera de plazo, ya que el art. 30 del Reglamento CCI, al que se sometieron las partes establece como plazo para dictar el Laudo el



de seis meses, y la Corte puede extender el mismo, fijando esta última como último día para dictarlo el 29 de enero de 2016, y el Laudo se dicta el 4 de enero, se remite a la Corte el 8 de enero y es recibido por las partes el 11 de enero, confundiendo la parte el plazo para dictar el Laudo con lo dispuesto en el Acta de Misión para remitir el proyecto a la Corte, y además la extemporaneidad no es causa de nulidad.

3º.- En cuanto a la infracción del apartado f) del art. 41.1 de la LA, porque aunque la actora denuncia la infracción de normas imperativas, la prevalencia del contrato sobre la costumbre, la existencia de una valoración irrazonable o ilógica de la prueba, la aplicación errónea de la normativa y la falta de motivación del Laudo, en realidad lo que pone de relieve es su desacuerdo con lo decidido por el Laudo en cuanto:- la notificación de la existencia de circunstancias que pudieran producir un retraso y que pudieran dar lugar a una ampliación de los plazos y el nacimiento de una posible indemnización; - la obligación de BEROA de terminar sus trabajos aunque existiera una controversia con la UTE; -la adopción de cualquier tipo de modificación contractual; - el procedimiento a seguir para la extinción anticipada del contrato y para la resolución del mismo: y - el procedimiento a seguir para que nazca el derecho a la indemnización por daños y perjuicios de un retraso imputable al contratista, lo que no implica infracción del orden público, tratándose de cuestiones de fondo que se encuentran extramuros del orden público, no formando parte los artículos que se invocan como infringidos de los derechos y libertades constitucionalmente protegido.

**SEGUNDO.-** En cuanto a la causa de nulidad prevista en el apartado d) del art. 41.1 de la LA, como hemos indicado la misma se basa en tres motivos, que pasamos a analizar:

1º.- *Se alega por la demandante la no revelación por el árbitro de determinados extremos que comprometen su imparcialidad, así como la falta de la misma, en concreto que el mismo habiendo manifestado su condición de Consejero Independiente de ACERINOX, oculta que es accionista de dicha entidad y que la misma mantiene relaciones comerciales con BEROA.*

En el procedimiento de designación de árbitros, como en la designación misma, se ha de observar, de un lado, un mandato legal, y, de otro lado, una prohibición: el mandato viene impuesto por el art. 15.2 LA cuando establece que en el procedimiento para la designación de árbitros no se puede vulnerar el principio de igualdad; la interdicción aparece en el art. 17.1 LA cuando, tras afirmar que " **todo árbitro debe ser y permanecer durante el arbitraje independiente e imparcial** ", añade: " *En todo caso, no podrá mantener con las partes relación personal, profesional o comercial* ".

La exigencia del art. 17.1 LA debe entenderse referida, en todo caso, tanto al momento presente como al momento futuro. De un lado, la Ley quiere destacar que, en el momento de la designación como árbitro, no deben existir ciertas relaciones entre los árbitros y las partes que puedan poner en entredicho las garantías de imparcialidad e independencia. De otro lado, la prohibición no puede dejar de proyectarse *pro futuro*, de tal modo que las partes no se relacionen extraprocesalmente con el árbitro mientras se desarrolla el procedimiento arbitral y hasta que se dicte el laudo. Tales relaciones podrían dar lugar a sospechas fundadas sobre la imparcialidad e independencia del árbitro; de ahí que, para evitar recusaciones por esos motivos sobrevenidos, el legislador impone el deber de que entre las partes y los árbitros se mantenga la distancia necesaria que requieren las garantías de neutralidad e independencia. Estamos, en efecto, ante una verdadera prohibición: la Ley prohíbe tales relaciones, y si éstas existieran en el momento de la designación podrían ser alegadas como motivo de recusación y, en su caso, dar lugar a la sustitución del árbitro.

En total coherencia con esa prohibición la Ley establece una obligación correlativa: la obligación de la persona propuesta como árbitro y también del árbitro, a partir de su nombramiento, de " *revelar todas las circunstancias que puedan lugar a dudas justificadas sobre su imparcialidad e independencia* " (art. 17.2 LA); más aún: el precepto precisa con mayor detalle el alcance de esa obligación para el caso de que el árbitro ya haya sido designado: entonces su deber consiste " *en revelar a las partes sin demora cualquier circunstancia sobrevenida* ". En suma: el árbitro deberá proporcionar la información que pueda suscitar dudas sobre su imparcialidad o independencia con carácter previo a su aceptación, en la medida en que el art. 17.2 LA expresa claramente que esa obligación recae sobre 'la persona propuesta para ser árbitro'. Pero ese deber se mantiene a lo largo de todo el proceso de **arbitraje**, de manera que el árbitro ya nombrado está obligado a revelar "sin demora" las circunstancias sobrevenidas -o anteriores pero no comunicadas- que pudieran afectar a su imparcialidad e independencia.

Sobre el alcance y contenido del deber de revelación de los árbitros pueden tenerse en cuenta, de un modo puramente indicativo, las causas de abstención previstas en el art. 219 LOPJ para Jueces y Magistrados. No obstante, dada la cláusula abierta del art. 17.3 LA, la Sala deja constancia de las Directrices de la International Bar Association (IBA) sobre los Conflictos de Intereses en el **Arbitraje** Internacional, aprobadas el 22 de mayo de 2004 (adaptadas por Acuerdo de 23 de Octubre de 2014), por su precisión en la diferenciación de situaciones, y en la determinación de su incidencia sobre el deber de revelación del árbitro y sobre las



consecuencias de la infracción de tal deber, aunque ello no presuponga, claro está, la aceptación de tales consecuencias, con carácter vinculante por la Sala, que habrán ser ponderadas en cada caso.

En este sentido, a título puramente ejemplificativo, la IBA señala distintas situaciones de parcialidad del árbitro, que en todo caso deben ser comunicadas, pero que se califican, unas de irrenunciables y otras que, por el contrario, si comunicadas, pese a su importancia, podrían ser dispensadas por las partes, siendo las primeras las que se denominan "*Listado Rojo Irrenunciable*", y en concreto son, que: 1.1. Existe identidad entre una de las partes y el árbitro, o el árbitro es el representante legal de una persona jurídica parte en el **arbitraje**. 1.2. El árbitro es un gerente, administrador o miembro del comité de vigilancia, o ejerce un control similar sobre una de las partes en el **arbitraje**. 1.3. El árbitro tiene un interés económico significativo en una de las partes o el resultado del asunto lleva aparejado consecuencias económicas significativas para el árbitro. 1.4. El árbitro asesora con regularidad a la parte que lo designó o a su filial y el árbitro o su bufete de abogados percibe por esta actividad ingresos significativos.

Por otro lado el Listado Rojo Renunciable, comprende: 2.1 Relación del árbitro con la controversia 2.1.1 El árbitro ha prestado asesoramiento legal, o ha emitido un dictamen, respecto de la controversia para una de las partes o para una entidad afiliada con ésta. 2.1.2. El árbitro ha intervenido en el asunto en el pasado. 2.2 Interés directo o indirecto del árbitro en la controversia 2.2.1 El árbitro tiene acciones, de manera directa o indirecta, de una de las partes o de una afiliada de una de las partes, siendo la parte o la entidad afiliada no cotizada. 2.2.2. Un pariente cercano del árbitro tiene un interés económico significativo en el resultado de la controversia. 2.2.3. El árbitro, o un pariente cercano suyo, tiene una relación estrecha con una persona física o jurídica contra quien la parte que resulte perdedora en la disputa pudiera dirigir un recurso. 2.3 Relación del árbitro con las partes o sus abogados 2.3.1. El árbitro actualmente representa o asesora a una de las partes o a una entidad afiliada de una de las partes. 2.3.2. El árbitro actualmente representa o asesora al abogado o al bufete de abogados que representa a una de las partes. 2.3.3. Tanto el árbitro como el abogado de una de las partes son abogados del mismo bufete de abogados. 2.3.4. El árbitro es gerente, administrador o miembro del comité de vigilancia, o tiene una relación de control similar sobre una afiliada<sup>7</sup> de una de las partes, si la afiliada está directamente involucrada en las cuestiones que son materia del **arbitraje**. 2.3.5. El bufete de abogados del árbitro intervino en el caso anteriormente, pero ya no, sin la participación personal del árbitro. 2.3.6. El bufete de abogados del árbitro tiene actualmente una relación comercial significativa con una de las partes o con una afiliada de éstas. 2.3.7 El árbitro asesora de manera regular a una de las partes, o a una afiliada de una de las partes, pero ni el árbitro ni su bufete de abogados obtienen ingresos significativos por ello. 2.3.8. El árbitro tiene un vínculo familiar estrecho con una de las partes o con un gerente, administrador o miembro del comité de vigilancia, o con cualesquiera personas con una relación de control sobre una de las partes, o sobre una afiliada de una de las partes, o con el abogado de una de las partes. 2.3.9. Un pariente cercano del árbitro tiene un interés económico o personal significativo.

De todas las Directrices que marca el IBA se infiere, que para considerar que un árbitro no reúne las debidas condiciones de imparcialidad o independencia debe concurrir circunstancias que denoten la pérdida de esa imparcialidad o independencia, no el mayor o menor grado de cumplimiento por los árbitros de poner en conocimiento de las partes datos que pudieran cuestionar su imparcialidad. En definitiva, el supuesto incumplimiento de la obligación de comunicar a las partes de las circunstancias que pudieran dar lugar a dudas sobre su imparcialidad no implica la automática apreciación de pérdida de imparcialidad ni la nulidad del laudo. Lo esencial es que las circunstancias no reveladas a las partes en el procedimiento arbitral denotaran la falta de condiciones de imparcialidad o independencia.

En el presente caso se admite por las partes, y se acredita documentalmente, que el Sr. Julián comunicó a las partes con la aportación de su *curriculum* que era Consejero Independiente de ACERINOX, y en la aceptación de su nombramiento que no mantenía relación alguna con las partes y, posteriormente, cuando se solicita la aclaración del Laudo, y por indicación de la solicitante, se pone de relieve por el mismo que era accionista minoritario de ACERINOX, en concreto de 40.000€ en acciones, así como, que no había oído hablar de BEROA, y que se dirigió por dos veces al Consejero Delegado de ACERINOX y se le informó de un antecedente remoto en el que hace 25 años Karrena -empresa que en el 2010 se integró en BEROA-, realizó un suministro a ACERINOX (informe de fecha 1 de junio de 2016).

Como esta Sala ya ha señalado, por todas, en su Sentencia nº 56/2013, de 9 de julio (ROJ S TSJ M 8245/2013), "*la verificación de la falta de imparcialidad alegada, como la verificación de la vulneración del orden público en que cabe incluirla, debe constatarse "in casu", tal y como enseña, entre otras, la STC 236/97, comprobando la real y efectiva contaminación o eliminación de la imparcialidad objetiva y subjetiva que resulta exigible a los miembros de los órganos decisorios de controversias dentro de una sociedad democrática, así como la efectiva desaparición de esa necesaria apariencia más allá de las meras sospechas o de presunciones basadas en indicios no concluyentes, incapaces de destruir a su vez la presunción de imparcialidad que ha de predicarse*

*de los órganos decisorios, ya sean éstos de naturaleza jurisdiccional, ya integrados en una institución arbitral o que participen de esa naturaleza".*

Lo apuntado acerca del Árbitro, no implica un incumplimiento del deber de revelación por parte del mismo, pues no podemos incluirlo en ninguna de las situaciones que deben ser comunicadas, renunciables o irrenunciables y, en todo caso, aunque hubiera sido conveniente que se hubiera indicado por el mismo que era accionista minoritario de ACERINOX -además de que era Consejero Independiente del mismo, extremo que sí reveló-, y al margen de que por el árbitro, además, se afirma que era desconocedor de los citados extremos, lo cierto es que las circunstancias no reveladas no denotan falta de independencia o imparcialidad, puesto que de lo acreditado no se desprende que ACERINOX tenga relación alguna en el presente con BEROA, ni siquiera se indica por la parte en que ha repercutido o puede repercutir en la independencia del árbitro el hecho de que hace 25 años, ACERINOX, tuviera una relación de suministro con otra empresa que en el 2010 se incorpora a BEROA. En consecuencia, no hay infracción del deber de revelación, ni indicio para sustentar la falta de imparcialidad del Árbitro .

2º.- Se afirma que Laudo es nulo por haber incurrido el árbitro en infracción de las normas de procedimiento *al acordar de oficio la ratificación de los peritos no solicitada por la actora en el arbitraje , así como por la admisión extemporánea de documentos.*

En primer término, debemos partir de la Reglas de Procedimiento pactadas por las partes, que en el caso concreto se encuentran recogidas en el Acta de Misión de 13 de febrero de 2015 en la que se hace constar que " 29. Según lo dispuesto en los convenios arbitrales, confirmado por las Partes en su intercambio de cartas de 24 de julio y 8 de agosto de 2014, el procedimiento se regirá por el Reglamento de la Cámara de Comercio Internacional vigente a partir del 1 de enero de 2012. Al ser Madrid la sede del arbitraje, serán también aplicables las normas imperativas de la Ley española 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje. 30. En lo no previsto en el citado Reglamento, y en la Ley española 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje el procedimiento se regirá por lo dispuesto en esta Acta de Misión, en los demás acuerdos de las Partes y, en su defecto, por lo que disponga el Árbitro".

Las partes pactaron someter su conflicto a una institución arbitral, que implica que consienten que se desarrolle conforme al reglamento arbitral vigente en tal institución, y así se hace constar en la citada Orden Procesal, así como las normas imperativas de la Ley de Arbitraje. El Árbitro en la Orden Procesal de 10 de Julio de 2015, apartado 17, hace constar que "Las Demandantes no han solicitado de forma expresa la declaración en la audiencia de sus peritos, pero esa voluntad se desprende con nitidez de sus posteriores observaciones sobre la eventualidad de un careo entre peritos y su declaración en la audiencia será esencial".

Pues bien, el citado acuerdo no resulta contrario a las normas de procedimiento, sino que el mismo es acorde con las mismas pues el art. 32.2 de la LA establece que "2. Salvo acuerdo en contrario de las partes, cuando una parte lo solicite o cuando los árbitros lo consideren necesario , todo perito, después de la presentación de su dictamen, deberá participar en una audiencia en la que los árbitros y las partes, por sí o asistidas de peritos, podrán interrogarle." . También el art. 25.3 del Reglamento del CCI faculta al Árbitro para admitir de oficio la ratificación de los peritos, pronunciándose en términos similares a la Ley.

Por otro lado, en relación a la admisión del documento " Rev.00 de la propuesta de BEROA de 30 de octubre de 2013", cuya admisión en principio fue denegada en la Audiencia de peritos y testigos y solicitada posteriormente por el árbitro en la Orden Procesal de 28 de octubre de 2015, hay que decir, que la admisión de la prueba se basa en el art. 25.2 de la LA que dispone que "2. A falta de acuerdo, los árbitros podrán, con sujeción a lo dispuesto en esta Ley , dirigir el arbitraje del modo que consideren apropiado. Esta potestad de los árbitros comprende la de decidir sobre admisibilidad, pertinencia y utilidad de las pruebas, sobre su práctica, incluso de oficio, y sobre su valoración ." , y en el art. 25 del Reglamento de la CCI " en todo momento durante el proceso arbitral, el tribunal arbitral podrá requerir a cualquiera de las partes para que aporte pruebas adicionales".

Además, la necesidad de incorporación al acervo probatorio se motiva por el Árbitro en el Laudo, justificando su necesidad en que "sin prejuzgar cuál pudiera ser su valor probatorio, el documento en cuestión guardaba directa relación con la alegación de las Demandantes de que los 250.000 euros del *bonus* al que hace referencia la Primera Modificación del Contrato *On-Shore* no fueron sino fruto del redondeo a la baja de los 251.000-252.000 euros en que BEROA había estimado el coste del personal adicional que estaba dispuesto a enviar a la obra para que esta finalizara en plazo." (parágrafo 61), también se afirma que no contraviene lo acordado en la Primera Orden Procesal, y que "la aportación de ese documento no dejaría a las Demandadas en indefensión pues podrán alegar contra él...A tal efecto sus Letrados dispondrían de dos semanas para conocer el punto de vista de sus representadas y de cualquier punto de vista que hubieran podido manifestar sus testigos sobre el documento...Finalmente, los escritos complementarios de conclusiones permitirían a las partes hacer un último alegato no sólo sobre el nuevo documento solicitadas a las Demandadas, sino también sobre las



opiniones vertidas por sus antagonistas en sus extensos escritos del 16 de octubre. Así pues, esta última ronda de alegatos no sólo aseguraría el respeto de principios de contradicción y evitaría cualquier indefensión, sino que ayudaría también al Árbitro a formarse juicio sobre las numerosas y complejas cuestiones que subyacen a la disputa".

Sin que la incorporación del citado documento contravenga lo acordado en la Primera Orden Procesal (apartado II.6), pues el Árbitro distingue entre su posición y la de las Partes, además el citado extremo por sí mismo no puede ser causa de nulidad del Laudo ya que de ello no se aprecia infracción alguna del derecho de defensa, pues hay que tener en cuenta que, según reiterada doctrina constitucional que se sintetiza en el fundamento jurídico 3. de la STC 62/1998, " *la estimación de un recurso de amparo por la existencia de infracciones de las normas procesales no resulta simplemente de la apreciación de la eventual vulneración del derecho por la existencia de un defecto procesal más o menos grave, sino que es necesario acreditar la efectiva concurrencia de un estado de indefensión material o real*" ( STC 126/1991, fundamento jurídico 5.; STC 290/1993, fundamento jurídico 4.). Para que pueda estimarse una indefensión con relevancia constitucional, que sitúa al interesado al margen de toda posibilidad de alegar y defender en el proceso sus derechos, no basta con una vulneración meramente formal, siendo necesario que de esa infracción formal se derive un efecto material de indefensión, un efectivo y real menoscabo del derecho de defensa ( STC 149/1998, fundamento jurídico 3.), con el consiguiente perjuicio real y efectivo para los interesados afectados ( SSTC 155/1988, fundamento jurídico 4., y 112/1989, fundamento jurídico 2.)."

En cuanto a la alegada contravención de las normas de la Ley de Enjuiciamiento Civil, hay que tener en cuenta que, respecto a la prueba, la Exposición de Motivos de la LA 11/2011 establece que "*La fase probatoria del arbitraje está también presidida por la máxima libertad de las partes y de los árbitros -siempre que se respeten el derecho de defensa y el principio de igualdad- y por la máxima flexibilidad.*". Principio de igualdad, junto a los de audiencia y contradicción que también establece el artículo 24 de la LA, no siendo de aplicación directa los artículos 265, 269 y 272 de la LEC, sin que ello implique lesión del derecho a la tutela judicial efectiva, pues La Ley de Arbitraje, efectivamente, configura el procedimiento arbitral con "gran flexibilidad" y de ello hace gala cuando regula, cómo debe desarrollarse el mismo, al permitir por ejemplo, en el artículo 29.2, modificar o ampliar la demanda o contestación durante el curso de las actuaciones, salvo: acuerdo en contrario de las partes; o que "los árbitros lo consideren improcedente por razón de la demora con que se hubiere hecho". No admite duda la voluntad del legislador de alejarse de la regulación que la Ley de Enjuiciamiento Civil en cuanto a los escritos de demanda y contestación y reconvenición en el ámbito jurisdiccional civil, y también en el ámbito de la prueba como hemos analizado, aunque con respeto de los principios establecidos como esenciales en la propia Ley de Arbitraje (artículo 24), igualdad, audiencia y contradicción, y de defensa.

En este supuesto se han respetados los principios de igualdad, audiencia, contradicción y defensa, pues se han cumplido las normas del procedimiento y sin que la actora haya formulado alegación expresa alguna con respecto a la contravención de los citados principios, por lo que el motivo no puede prosperar.

3º.- En cuanto a que el Laudo es nulo por haberse dictado fuera de plazo, dos son las cuestiones que procede analizar, la primera, sí la consecuencia de la extemporaneidad del Laudo es su nulidad, y la segunda, si efectivamente el mismo se ha dictado fuera del plazo pactado.

En relación al primer extremo, fue la omisión en el art. 41 de la LA 60/ 2003 del laudo dictado fuera de plazo como causa de anulación la que abrió la puerta a la tesis favorable a su eficacia, pero la doctrina y parte de la Jurisprudencia, admitía la anulación del laudo extemporáneo, fundamentalmente a través de la vía del apartado 1.d) del art. 41, ya que ley mantenía la brevedad de los plazos para dictar el laudo, y el carácter "fulminante" y "preclusivo" de su incumplimiento, -los árbitros cesan y las actuaciones arbitrales terminan ex lege-, y los árbitros incurrían en responsabilidad. Esta Sala ya ha tenido ocasión de pronunciarse sobre el citado extremo y entendemos que con la anterior ley de arbitraje la actuación extemporánea de los árbitros constituía una infracción, por el efecto privativo de la legitimación de una actuación extemporánea. Pero, tras la reforma operada por la Ley 11/2011, ello no es así, pues el propio Preámbulo de la misma, expresamente se refiere a que "*se modula una solución a favor del arbitraje, para los casos en que el laudo se dicte fuera de plazo, sin perjuicio de la responsabilidad de los árbitros*". Se trata, evidentemente, de salvar la eficacia del laudo extemporáneo.

Pero es más, en este caso, ni siquiera el Laudo es extemporáneo, ya que el 20 de marzo de 2015 la Corte fijó como fecha límite de emisión del Laudo el 31 de diciembre de 2015, y el Árbitro presentó el proyecto de Laudo para su aprobación por la Corte el 7 de diciembre de 2015 -de conformidad con el art. 33 del Reglamento de la CCI-, según se desprende del propio Laudo y, posteriormente, la Corte en su reunión de 17 de diciembre de conformidad con el art. 30.2 del Reglamento prorrogó el plazo para dictar el Laudo hasta el 29 de enero de 2016, dictándose el mismo el 4 de enero; sin que se pueda identificar el plazo de emisión del Laudo con el de remisión a la Corte del proyecto, siendo intrascendente que en la Primera Orden Procesal se establezca como fecha límite para que el Árbitro enviara el Proyecto de Laudo a la Corte el 5 de diciembre de 2015 y que, según



certificado, el mismo fue enviado el 8 de diciembre -según el Laudo el 7 de diciembre- porque la fecha límite para dictar el mismo era el 29 de enero de 2016, dictándose el mismo dentro de plazo.

Como consecuencia de todo lo expuesto, procede desestimar la primera de las causas de nulidad invocadas.

**TERCERO** .- Con respecto a la causa de nulidad prevista en el apartado f) del art. 41.1 de la LA, la misma se basa en la errónea, ilógica e irracional valoración del árbitro de la prueba practicada, con infracción del principio *pacta sunt servanda* y del art. 1.124 del Código Civil , y falta de motivación del mismo.

### **Jurisprudencia aplicable al orden público**

En primer término, debe recordarse que 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**.

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 cuanto a lo que se debe entender por orden público, como viene señalando esta Sala en Sentencias de 24 de junio de 2014, recurso de anulación nº 70/2013 ; de 6 de noviembre de 2013, recurso nº 5/2013 ; de 13 de Febrero de 2.013, recurso nº 31/2012 ; y 23 de Mayo de 2.012, recurso nº 12/2011 , entre otras: *"... 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 ( Sentencia del Tribunal Constitucional, Sala 2ª, nº 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 artº 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.."* .

La anterior Jurisprudencia debe ser aplicada al supuesto analizado, y en base al a misma, este Tribunal no puede entrar a analizar si las conclusiones arbitrales son o no acertadas, solo si se ha vulnerado el artículo 24 de la CE , o sí -en base a la jurisprudencia del TJUE y Jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo - se han vulnerado normas imperativas y o principios básicos de inexcusable observancia en supuestos necesitados de especial protección que forman parte del ese concepto jurídico indeterminado "orden público económico".

### **Motivos concretos de infracción del orden público alegados por la Demandante**

En primer lugar, se pone de relieve por la demandante que es errónea e ilógica la interpretación que hace el árbitro de lo estipulado en los contratos Off-Shore y On-Shore (art. 31.4) y estipulación 10.4 del Acuerdo Marco sobre notificaciones, sobre todo las relativas al retraso de cumplimiento de los plazos contractuales





, admitiendo el mismo que no se han producido las notificaciones escritas exigidas contractualmente, pero afirmando que las mismas no era necesarias, ya que en la práctica se había adoptado la costumbre de comunicarse vía mail o a través de reuniones de las que UTE levantaba acta, y que dicha práctica sustituye lo pactado en el contrato, lo que implica la inaplicación de las cláusulas pactadas por las partes, con ilógica motivación del Laudo al respecto (Parágrafo 329), y en concreto con respecto a los supuestos actos propios que derogan lo pactado (Parágrafo 114 del Laudo Aclaratorio y 322 del Laudo).

El citado tema es abordado por el Laudo Arbitral en los párrafos 329 a 335, y en los mismos se hace constar que "329. Como señalan las Demandadas, la cláusula 8.2.1 del Contrato On-Shore contemplaba que el contratista notificara en el perentorio plazo máximo de 7 días cualquier circunstancia que pudiera justificar una prórroga del plazo y le privaba del derecho a reclamarla si no efectuaba esa comunicación. Ahora bien, esa previsión contractual no se ajusta al *modus operandi* que, de resultados del carácter colaborativo de la ejecución del proyecto, se estableció desde el principio en la obra, en la que el personal de BEROA y de la UTE mantenían en obra reuniones diarias o, al menos, semanales, se comunicaban entre sí casi a diario por correo electrónico, y distribuían regularmente a todos los ingenieros y técnicos destacados en la obra o involucrados en el proyecto detalladísimos y frecuentes informes sobre el avance de la obra.

330. Paradójicamente, la mejor prueba de ese hecho la ha aportado el perito de las Demandadas, en cuyo "gestor documental" anexo a sus Dictámenes figuran nada menos que 66 actas de reuniones en la obra en el período comprendido entre el 13 de septiembre de 2013 y el 5 de mayo de 2015.

331. Ajuicio del Árbitro, ese sistema de comunicación, de negociación y de logro de acuerdos entre los representantes de las partes, sin las solemnidades formales de comunicación escrita y firma previstas en los contratos, sustituyó en la práctica, al menos de forma parcial, a lo previsto en esa materia en los contratos, y lo hizo con la anuencia no sólo de BEROA, sino también de la UTE. 332. Que los representantes de la UTE admitieron el carácter vinculante de los acuerdos alcanzados a través de esos procedimientos que no reunían todas las solemnidades previstas en los contratos queda acreditado en, al menos, tres ocasiones

Con el pago por la UTE, el 2 de enero de 2014, de la "change order" cursada por BEROA por importe de 311.698 euros.

Nótese que la terminología utilizada por BEROA y aceptada finalmente por la UTE "change order"- es prácticamente idéntica a la utilizada en la cláusula 19.1.2.2, primer inciso del Contrato On-Shore, que habla de "variation order". Ese término, así como la naturaleza del concepto -"un sobrecoste por mayor tiempo de ejecución durante el deslizado", como reconoció el Sr. Remigio, de la UTE, en su carta de 19 de junio de 2014-, muestra que se trató de una genuina "variación del contrato" de las previstas en la cláusula 19.1 del Contrato On-Shore y que la UTE la aceptó a pesar de no haberse atendido estrictamente al solemne proceso formal previsto en dicha cláusula para las "variaciones" propuestas por la UTE, ni constituir en puridad un derecho de BEROA, puesto que no se trataba de ninguno de los tres supuestos previstos en la cláusula 19.1.5 (esto es, descubrimiento de sustancias peligrosas, hallazgo de ruinas arqueológicas o cambio de legislación).

Con el reconocimiento por el Sr. Remigio, en la carta de 7 de marzo de 2014 que se resume en el párrafo 245 de este Laudo, del carácter vinculante de la Primera Enmienda del Contrato On-Shore, a pesar de que la UTE no la había firmado.

Con la inclusión en la carta de resolución de 19 de junio de 2014 de la 4a Enmienda del Contrato Off-Shore y de la 1a Enmienda del Contrato On-Shore, a pesar de que dichos textos, distribuidos por la UTE a BEROA el 13 de enero de 2014, nunca fueron firmados, como hubiera exigido lo dispuesto en el Contrato Marco.

333. La aceptación, pues, por la UTE de acuerdos vinculantes con BEROA que no reunían todas las solemnidades procedimentales previstas en los contratos constituye un "acto propio" de la UTE que, en contra de lo defendido por las Demandadas, les impide:

*Negar a BEROA el derecho a ser resarcida por retrasos en el proyecto por el sólo hecho de que no notificara por escrito tales retrasos dentro del plazo de 7 días previsto en los contratos.*

*Negar el efecto vinculante de los acuerdos alcanzados de resultados de la reunión de 31 de octubre de 2013, como se expondrá más adelante.*

De lo anterior se desprende que el Árbitro a diferencia de lo apuntado por las Demandantes, llega a las anteriores conclusiones de forma motivada y lógica, incluso aceptando los principios jurisprudenciales al respecto de los actos propios, sobre la que el Tribunal Supremo afirmaba en la sentencia de la Sala 1ª de dicho Alto Tribunal de 10 julio 1997 que: "La doctrina de los actos propios significa la vinculación del autor de una declaración de voluntad, generalmente de carácter tácito al sentido objetivo de la misma y la imposibilidad de adoptar después un comportamiento contradictorio;... para después continuar diciendo que "en sentencia de 30



mayo 1995, esta misma Sala dijo que la fuerza vinculante del acto propio, estriba en ser ésta expresión de un consentimiento dirigido a crear, modificar o distinguir algún derecho, generando una situación desacorde con la posterior conducta del sujeto; y en la de 30 octubre 1995, que es reiterada doctrina la de que el principio general de derecho que afirma la inadmisibilidad de venir contra los actos propios constituye un límite del ejercicio de un derecho subjetivo o de una facultad, como consecuencia del principio de buena fe y, particularmente de la exigencia de observar, dentro del tráfico jurídico, un comportamiento coherente"; y en las SSTs. 28-1-00 , 9-5-00 , 8-3-06 se afirma que " el principio general de derecho que veda ir contra los propios actos (nemo potest contra proprium actum venire), como límite al ejercicio de un derecho subjetivo o de una facultad, cuyo apoyo legal se encuentra en el art. 7.1 del Código Civil EDL 1889/1 que acoge la exigencia de la buena fe en el comportamiento jurídico, y con base en el que se impone un deber de coherencia en el tráfico sin que sea dable defraudar la confianza que fundadamente se crea en los demás, precisa para su aplicación la observancia de un comportamiento (hechos, actos) con plena conciencia de crear, definir, fijar, modificar, extinguir o esclarecer una determinada situación jurídica, para lo cual es insoslayable el carácter concluyente e indubitado, con plena significación inequívoca, del mismo, de tal modo que entre la conducta anterior y la pretensión actual exista una incompatibilidad o contradicción, en el sentido que, de buena fe, hubiera de atribuirse a la conducta anterior; ( Ss. T.S. de 27 enero y 24 junio ; 16 febrero , 19 mayo y 23 julio 1998 ; 30 enero , 3 febrero , 30 marzo y 9 julio 1999 )."

Doctrina que aplicada al supuesto enjuiciado implica que la aceptación, pues, por la UTE de acuerdos vinculantes con BEROA que no reunían todas las solemnidades procedimentales previstas en los contratos constituye un "acto propio" de la UTE, asumiendo entre ellos un sistema de comunicación, de negociación y de logro de acuerdos entre los representantes de las partes, sin las solemnidades formales de comunicación escrita y firma previstas en los contratos, sustituyendo en la práctica lo previsto en esa materia en los contratos, y lo hizo con la anuencia de BEROA y de la UTE.

En segundo lugar, se ponen de relieve varias cuestiones íntimamente relacionadas, así con respecto a la calificación del contrato, se apunta por las Demandantes que es errónea, y que el Árbitro incurre en un error patente, por lo que el Laudo es nulo, en concreto que se indica que el contrato coaliga varios arrendamientos de obra con obligación de resultado que deben regirse por las normas del CC para los arrendamientos de obra, y por las normas previstas por las partes en el contrato, que ha regulado específicamente en la Estipulación 7 del Acuerdo Marco, que recoge las excepciones a esta obligación de resultado (Encofrado, Hormigón, Suministro de Acero y Mano de Obra), mientras que el árbitro entiende que se trata de contratos de colaboración, en los que no se imponía a BEROA una obligación absoluta de resultado sino una obligación condicionada (Parágrafo 326 del Laudo). También se denuncia por las Demandantes la inaplicación contractual por el árbitro que impedía el abandono de la obra por ALTAC, ya que BEROA abandona la obra, sin preaviso, y se niega a que UTE utilice los equipos suministrados; y también en cuanto a que la carta de BEROA no se formula al amparo del art. 1.124 del CC , pues no se pide la resolución ni el cumplimiento del contrato, solo se comunica el abandono de la obra, por lo que no tiene eficacia resolutoria, siendo el único efecto si la carta se efectúa en base al art. 110 CC el reconocimiento por BEROA de que estaba incurriendo en mora; y por último que el Laudo sufre un error gravísimo en la valoración de la prueba, ya que la UTE no había asumido las obligaciones que en el mismo considera incumplidas, siendo lo argumentado ilógico y arbitrario.

Al respecto del "error patente", debemos partir de que este Tribunal no pueda examinar la racionalidad de la valoración probatoria, solo en determinadas circunstancias, la valoración del acervo probatorio -explicada en su motivación- puede lesionar el derecho a la tutela judicial efectiva y, consiguientemente, infringir el orden público. Ya lo apuntábamos en nuestra Sentencia de 24 de junio de 2014: "no puede este Tribunal revisar la valoración probatoria en la que se basa el laudo arbitral ni la acción de nulidad para cuya resolución es competente le facultaría a subsanar eventuales errores en la decisión del árbitro, salvo que dicha valoración fuese expresión de una motivación patentemente lesiva del derecho a la tutela judicial efectiva".

La jurisprudencia se ha cuidado de determinar en qué circunstancias una valoración probatoria conculca el art. 24.1 CE . Así, la Sala Primera del Tribunal Supremo "sólo permite plantear en el recurso (extraordinario por infracción procesal) la errónea valoración de la prueba, al amparo del art. 469.1.4º LEC , si la efectuada en la sentencia recurrida es arbitraria, ilógica o absurda, en forma suficiente para estimar vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva, o inválida por vulnerar un derecho fundamental " (Acuerdo de 30/11/2011, I, recurso extraordinario por infracción procesal, nº 14, párrafo tercero). Resumen a la perfección la doctrina al respecto de la Sala Primera, los AATS, 1ª, de 18 de febrero (ROJ ATS 665/2013 ) y 8 de enero de 2013 (ROJ ATS 157/2013 ). En palabras de este último (FJ 1.b): "Es doctrina de esta Sala, como señala la sentencia de esta Sala de 4 diciembre 2007 , que «la valoración probatoria sólo puede excepcionalmente tener acceso a la casación mediante un soporte adecuado, bien la existencia de un error patente o arbitrariedad en la valoración de la prueba, en cuanto, según la doctrina constitucional, comporta la infracción del derecho a la tutela judicial efectiva ( SSTs de 20 de junio de 2006 , 17 de julio de 2006 ), bien la infracción de una norma concreta de prueba que haya sido vulnerada por el juzgador ( SSTs de 16 de marzo de 2001 , 10 de julio de 2000 , 21 de abril y 9 de



mayo de 2005, entre otras). [...]Solamente cuando se conculque el art. 24.1 de la Constitución por incurrirse en error de hecho palmario, irracionalidad o arbitrariedad (la cual puede darse cuando se desconoce una norma de prueba legal o tasada) cabe la posibilidad de un control a través del recurso extraordinario por infracción procesal al amparo del ordinal 4º del art. 469.1 LEC".

En este mismo sentido, la STS, 1ª, de 29 de octubre de 2013 (FJ 11º, ROJ STS 5358/2013) reprueba la valoración arbitraria de la prueba, por error patente, arbitrariedad o por infracción de una norma tasada, con la consiguiente conculcación del test de razonabilidad exigible para respetar el art. 24.1 CE, y ello "por haber reputado la Audiencia un hecho como probado sin explicar ni justificar las razones que había tomado en consideración para ello, ante una actividad probatoria manifiestamente insuficiente (emisión unilateral de una factura en que se fija el importe de unos costes que se pretende repercutir), ausente de cualquiera explicación o justificación que permita otorgarle un valor probatorio suficiente al haber sido expresamente cuestionada por la parte contraria".

De nuevo a modo de ejemplo, la STS, 1ª, de 5 de febrero de 2010 (ROJ STS 329/2010) estima ilógica e irrazonable la valoración de la prueba efectuada por el Tribunal a quo "por incurrir en contradicciones internas y rechazar las conclusiones de la prueba pericial por causas incomprensibles" (FJ 5). Como también es posible "invocar el carácter ilógico de una presunción judicial para demostrar la existencia de una valoración de la prueba manifiestamente errónea o arbitraria, al amparo del art. 24 CE" (STS, 1ª, de 23 de febrero de 2010, ROJ 988/2010, FJ 7).

Estos criterios sobre los casos en que la valoración de la prueba puede conculcar el art. 24.1 CE y, de este modo, infringir el orden público como señala, muy ilustrativamente, la STC 206/1999, lo determinante es que "la resolución judicial sea el 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..." (FJ 2º).

En este supuesto, el Laudo analiza de forma extensa -en los párrafos 556 a 567-, la normativa del Código Civil aplicable de los artículos 1.124, 1.100 (último párrafo), y 1.101, 1.013 y 1.106 y la jurisprudencia relativa a los mismos, establece una serie de conclusiones sobre la salida de la obra de BEROA (párrafos 568 a 573), y la resolución de los contratos por la UTE (párrafos 574 a 582), destacando las siguientes:

"572. Por otro lado, como han señalado las Demandadas, la cláusula 9.8 del Contrato Marco establecía con nitidez que "la existencia de cualquier tipo de disputa entre las Partes o su sumisión a **arbitraje** no faculta al Contratista suspender el cumplimiento de las obligaciones impuestas por el contrato" (traducción del Árbitro).

573. Tras un largo proceso de reflexión, el Árbitro ha concluido, sin embargo, que hay razones para sostener que ese precipitado abandono de la obra por BEROA no fue contrario a Derecho:

En primer lugar, el Tribunal Supremo declaró en su sentencia de 19 de noviembre de 2014, en un caso de resolución de un contrato de transporte que no tenía establecido convencionalmente un plazo mínimo de preaviso, que "la exigencia de preaviso efectivamente resultante de relacionar la denuncia con el principio de buena fe- no resulta aplicable, salvo pacto, a los casos en que una de las partes de la relación contractual hubiera incumplido sus obligaciones -incluso aunque el incumplimiento no se le atribuyera entidad resolutoria, conforme a la norma del artículo 1.124 del Código Civil, y la relación no debiera quedar extinguida". Aunque el pronunciamiento se refiere a una resolución plena, parece aplicable a fortiori a una suspensión de los trabajos.

En segundo lugar, la retirada de sus operarios puede interpretarse, como señalan las Demandantes, como una forma de mitigar los daños causados por el incumplimiento de la UTE.

En tercer lugar, la suspensión de los trabajos por BEROA fue el culmen de un largo proceso de conflicto y desavenencias iniciado varios meses antes, cuyas etapas más significativas fueron:

-La propuesta de la UTE a BEROA, de 19 de febrero de 2014, de que la dirección técnica de la obra pasara a manos de ABEINSA y de que BERÜA se limitara a dejar en ella 8 alpinistas y la maquinaria.

-La contratación por la UTE de empleados de BEROA que ésta tenía en la obra, un hecho que resulta verosímil por la cantidad de veces que BEROA se lo reprochó por escrito a la UTE, sin que ésta lo negara.

-Los frustrados intentos de BEROA de intentar alcanzar con la UTE un acuerdo negociado e incluso someter la disputa a la mediación de algún profesional aceptable para ambas Partes (...)

575. El Árbitro desea destacar que, en contra de lo manifestado con reiteración por las Demandantes, no aprecia manifestaciones claras de mala fe en la actuación de las Demandadas, pues su conducta puede considerarse congruente con la equivocada interpretación que hacían de la naturaleza de la relación contractual (...)



577. Ahora bien, actuara o no de mala fe, lo cierto es que a la resolución del contrato acordada por la UTE de forma definitiva el 12 de agosto de 2014 le resulta de aplicación la doctrina jurisprudencial antes expuesta sobre la facultad de resolución dimanante del artículo 1.124 (y, por extensión, de los contratos): esa facultad no la puede invocar con eficacia la parte que con anterioridad incumplió sus obligaciones, como, a juicio del Árbitro, hizo la UTE al no pagar a BEROA ni el coste del equipo adicional que había desplazado a la obra en noviembre de 2013 ni compensación alguna por los retrasos adicionales que, por razones atribuibles principalmente a la propia UTE, estaba sufriendo el proyecto durante la fase de izado y montaje.

578. Del razonamiento anterior se desprende que la resolución del contrato por la UTE no fue ajustada a Derecho y, en consecuencia, no debe llevar aparejada para quien la ejercitó -la UTE- las consecuencias favorables asociadas al legítimo ejercicio de esa facultad."

Las anteriores conclusiones, cuyo acierto no corresponde apreciar a este Tribunal, se encuentran razonadas, y sin que se aprecie error patente alguno en los términos expuestos, ya que pese a los intentos de las Demandantes de hacer lo contrario, no existen contradicciones en la valoración, ni omisiones valorativas, no concurren errores de hechos palmarios, irracionales o arbitrarios, sino interpretaciones distintas entre lo afirmado por el Árbitro y las conclusiones a las que llegan las aquí Demandantes, sin que de lo motivado se desprenda infracción alguna del derecho a la tutela judicial efectiva -única cuestión cuyo control puede ser asumido por este Tribunal, en base a una posible infracción del orden público-; y, además las mismas son acordes con la Jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo interpretando la facultad resolutoria a la que se refiere el art. 1.124 del Código Civil, ya que como indica la Sentencia 49/2016, de 11 de febrero « *La jurisprudencia de esta Sala exige, en efecto, como requisito para que la acción resolutoria del artículo 1.124 del Código Civil prospere, entre otros, que quien ejercite esta acción no haya incumplido las obligaciones que les concernían, salvo si ello ocurriera como consecuencia del incumplimiento anterior del otro (que es lo que acontece en el caso presente), pues la conducta de este es la que motiva el derecho de resolución de su adversario y lo libera de su compromiso (sentencia del Tribunal Supremo de 21 de marzo de 1986 y 1 de diciembre de 1989, entre otras).*».

Por tanto, el motivo debe ser desestimado, ya que, como de forma reiterada ha puesto de relieve el Tribunal Constitucional, entre otras, en la STC 308/2006, de 23 de octubre, el derecho a la tutela judicial efectiva, garantizado en el art. 24.1 CE, comprende el derecho de los litigantes a obtener de los Jueces y Tribunales una resolución motivada y fundada en Derecho sobre el fondo de las pretensiones oportunamente deducidas por las partes en el proceso, y además *los derechos y garantías previstos en el artículo 24 CE no garantizan la corrección jurídica de la actuación o interpretación llevada a cabo por los órganos judiciales comunes, pues no existe un derecho al acierto* (entre otras muchas, SSTC 151/2001, de 2 de julio, FJ 5; y 162/2001, de 5 de julio, FJ 4), y tampoco aseguran la satisfacción de la pretensión de ninguna de las partes del proceso (por todas, SSTC 107/1994, de 11 de abril, FJ 2; y 139/2000, de 29 de mayo, FJ 4); argumentaciones que son extrapolables a lo argumentado por los árbitros en los Laudos Arbitrales, ya que el **arbitraje** es un medio para la solución de conflictos basado en la autonomía de la voluntad de las partes, como declara la STC 43/88, y supone una renuncia a la jurisdicción estatal por la del árbitro o árbitros, el **arbitraje** se considera "*un equivalente jurisdiccional*"; desprendiéndose de lo argumentado en la demanda al respecto, únicamente discrepancias que mantiene la demandante con lo razonado por el Árbitro en el Laudo impugnado.

El motivo debe ser desestimado.

**TERCERO.** - Rechazadas las pretensiones de las demandantes, es obligado de conforme al artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, imponer a éstas las costas causadas en este procedimiento.

Vistos los artículos de aplicación, la Sala de lo Civil y Penal de la Comunidad Autónoma de Madrid.

## FALLAMOS

**DESESTIMAR** la demanda interpuesta por la representación procesal de ABENER ENERGÍA, S.A. y TEYMA GESTIÓN DE CONTRATOS DE CONSTRUCCIÓN E INGENIERÍA, S.A., UNIÓN TEMPORAL DE EMPRESAS y ABEINSA EPC KHI (Pty) Ltd, contra BEROA IBERÍA, S.A. y ALTAC SOUTH AFRICA (Pty) Ltd, acción de anulación del laudo arbitral dictado por D. Julián, Árbitro único designado por la Cámara de Comercio Internacional, en **Arbitraje** 20.577/ASM, de fecha 7 de diciembre de 2015 y *Addendum* al mismo de 25 de mayo de 2016, con expresa imposición a las demandantes 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/as. Magistrados/as que figuran al margen.