



Roj: **STSJ M 2499/2017 - ECLI:ES:TSJM:2017:2499**

Id Cendoj: **28079310012017100025**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **07/03/2017**

Nº de Recurso: **79/2016**

Nº de Resolución: **17/2017**

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: 28.079.00.2-2016/0153751

Procedimiento: Nulidad laudo arbitral 79/2016.

**Demandante: SC ROM CAPITAL INVERSIONES, S.R.L.**

Procurador: D<sup>a</sup>. Ana María Arauz de Robles Villalón.

**Demandado : SC KERKORIAN, S.R.L.**

Procurador: D<sup>a</sup>. Victoria Pérez Mulet y Díez Picazo.

**SENTENCIA N° 17/2017**

**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 7 de marzo del dos mil diecisiete.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO** .- El 15 de septiembre de 2016 tuvo entrada en este Tribunal Superior de Justicia la demanda formulada por la Procuradora de los Tribunales D<sup>a</sup>. Ana María Arauz de Robles Villalón, en nombre y representación de SC ROM CAPITAL INVERSIONES, S.R.L. -en adelante, ROM-, ejercitando contra SC KERKORIAN, S.R.L. -en adelante, KERKORIAN-, acción de anulación del laudo arbitral de 13 de julio de 2016, que dicta, en equidad, D. Juan Antonio Cremades Sanz-Pastor en el procedimiento 658/15-C, administrado por la CORTE DE **ARBITRAJE** DEL ILUSTRE COLEGIO DE ABOGADOS DE MADRID.

**SEGUNDO** .- Requerida la actora para presentar el Modelo de Autoliquidación de Tasa Judicial 696 debidamente cumplimentado, validado y firmado (DIOR 19.09.2016) y verificado tal requerimiento mediante escrito registrado vía lexnet el día 26 de septiembre de 2016, se admite a trámite la demanda mediante Decreto del siguiente día 30 de septiembre.



**TERCERO** .- Realizado el emplazamiento de la demandada, ésta, representada por la Procuradora de los Tribunales D<sup>a</sup>. Victoria Pérez Mulet y Díez Picazo, contesta a la demanda por escrito registrado el 29 de marzo de 2016.

**CUARTO** .- Fijada la cuantía de la demanda en 4.000.000 de euros y dado traslado por diez días a la demandante para presentar documentos adicionales o proponer prueba ex art. 42.1.b) LA -DIOR 02.12.2016, notificada el siguiente día 7-, y transcurrido el plazo sin haber contestado a dicho traslado, el 24 de enero de 2017 se da cuenta al Magistrado Ponente (según lo acordado en DIOR 20.01.2017) al objeto de analizar los medios de prueba solicitados y proponer a la Sala la resolución correspondiente.

**QUINTO** .- Por Auto de 30 de enero de 2016 la Sala acordó:

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

2º. Admitir y tener por aportada la documental acompañada los escritos de demanda y de contestación.

3º Admitir la *Documental* consistente en requerir a la Secretaría de la Corte de **Arbitraje** del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, con sede en Madrid, c/ Serrano 9-11, 28001, a fin de que remita a esta Sala copia íntegra del expediente arbitral 658/15-C.

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

**SEXTO** .- Recibido en esta Sala el día xx de febrero de 2016 el expediente arbitral 658/15-C remitido por la Corte de **Arbitraje** del ICAM, se señala para deliberación y fallo de la presente causa el 7 de marzo siguiente (DIOR 21/02/2016), fecha en la que tuvieron lugar.

Es Ponente el Ilmo. Sr. D. Jesús María Santos Vijande (DIOR 19.09.2016), quien expresa el parecer unánime del Tribunal.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO** .- El Laudo impugnado, enjuiciando en equidad, acuerda:

*Primero.- Declarar que la resolución de 25 de noviembre de 2011 del contrato celebrado entre SC ROM CAPITAL INVERSIONES S.R.L. y SC KERKORIAN S.R.L. con fecha 2 de junio de 2008 es contraria a derecho al no haber respetado las disposiciones contractuales.*

*Segundo.- Pronunciar la resolución del referido contrato de 2 de junio de 2008 por los incumplimientos de SC ROM CAPITAL INVERSIONES S.R.L., que deberá indemnizar los daños sufridos por SC KERKORIAN S.R.L.*

*Tercero.- Condenar a SC ROM CAPITAL INVERSIONES S.R.L. a pagar a SC KERKORIAN S.R.L. la cantidad de cuatro millones de euros (4.000.000 ?) como indemnización por los daños sufridos por el incumplimiento de sus obligaciones contractuales.*

*Cuarto.- Poner por mitades las costas comunes del presente **arbitraje**, dejando a cada parte los costes asumidos para su defensa.*

*Quinto.- Desestimar las demás peticiones de las partes.*

El Laudo resuelve en los términos transcritos la controversia surgida entre las partes, que se reprochan mutuamente el incumplimiento del Contrato de 2 de junio de 2008, por ellas calificado como " *contrato de prestación de servicios de gestión inmobiliaria* ". En su virtud, ROM declara estar interesada en la adquisición de uno o varios solares en Rumanía, para gestionar y llevar a cabo su recalificación para uso residencial y terciario y posterior venta a promotores o inversores inmobiliarios. KERKORIAN, entre otras obligaciones, había de encargarse de la prospección del mercado y, de hecho, ya a la firma del contrato presenta a ROM unos terrenos en la ciudad rumana de GALATI (Estipulación 1.1.2), que fueron efectivamente adquiridos por ROM (§ 26 Laudo). KERKORIAN debía igualmente, según el contrato, seleccionar los profesionales que realizaran las gestiones necesarias para completar la gestión urbanística, tramitando la obtención de las licencias (Estipulación 1.2) -§ 27 Laudo. En un momento dado, ROM declara unilateralmente resuelto el contrato por incumplimiento de KERKORIAN -burofax de 25/11/2009-, lo que provoca la solicitud de **arbitraje de equidad** presentada por KERKORIAN el 10 de septiembre de 2015 ante la Corte de **Arbitraje** del Colegio de Abogados de Madrid, según lo dispuesto en el convenio arbitral -Estipulación 12ª del Contrato de 2/6/2008.

Los motivos de anulación que invoca la actora son, sintéticamente enunciados, los siguientes:

En primer lugar, al amparo de los apartados c ) y f) del art. 41.1 LA, se denuncia que el Laudo incurre en incongruencia por *extra petitum* causante de la indefensión constitucionalmente proscriba ( art. 24.1 CE ) en cuanto resuelve sobre una pretensión declarativa que no fue planteada por KERKORIAN y en cuanto condena



a ROM a indemnizarla en 4.000.000 de euros con base en dicha declaración. Aduce, en concreto, que " *la controversia se circunscribió a determinar si procedía la resolución contractual solicitada por KERKORIAN, no por ROM* ", "resolviendo el Árbitro expresamente sobre la disconformidad a Derecho de la resolución contractual operada por ROM".

En segundo término, la demanda pretende la anulación del Laudo por infracción del orden público -art. 41.1.f) LA- en su vertiente procesal, que traería causa de su patente falta de motivación, incurso además en incongruencia interna, al condenar al abono de una indemnización sin especificar las bases tenidas en cuenta para su cálculo, ni explicar los razonamientos fácticos o jurídicos en cuya virtud se ha determinado su cuantía -4.000.000 €, y máxime -de ahí la postulada incongruencia interna- cuando al propio tiempo el Laudo habría reconocido que KERKORIAN ni ha acreditado la realidad de los daños reclamados mediante el dictamen pericial por ella aportado, ni puede exigir la remuneración prevista contractualmente para el caso de una venta de los terrenos que no llegó a producirse.

En tercer lugar, el Laudo, dictado en equidad, infringiría "el orden público económico" -art. 41.1.f) LA- "al desatender por completo normas legales imperativas, estipulaciones contractuales y principios generales del Derecho aplicables a la controversia", porque impone la indemnización de daños y perjuicios supra indicada pese a reconocer que KERKORIAN no había logrado acreditar los daños reclamados -con infracción de los arts. 1101 y 1106 CC, *principio de restitutio in integrum* -, y sin valorar el grado de ejecución del proyecto ni la entidad de las gestiones realizadas por KERKORIAN en la fecha de la resolución -criterios expresamente pactados para fijar la eventual compensación exigible en caso de resolución-; de este modo el Laudo habría incurrido en "evidente vulneración de los principios de equivalencia de las prestaciones e interdicción del enriquecimiento injusto", dada la desproporción de la indemnización a la vista de los hechos no controvertidos en el **arbitraje**.

Finalmente, como motivo cuarto -aunque desde un punto de vista lógico sea antecedente de los motivos segundo y tercero-, y de nuevo al amparo del art. 41.1.f) LA, se pretende la nulidad del Laudo por manifiesto error en la valoración de la prueba -arbitraria y parcial apreciación del material probatorio-, que lleva a concluir, con infracción de las reglas de la lógica, la razón y la común experiencia, que KERKORIAN cumplió puntualmente todas las obligaciones que estaban a su cargo en virtud del Contrato. Esta declaración es presupuesto lógico y jurídico de la indemnización que el Laudo acuerda a favor de KERKORIAN.

La demandada niega de forma categórica la concurrencia de los motivos expuestos -con especial referencia al sesgo y parcialidad de los hechos en que se sustentan y a su extralimitación respecto del ámbito que es propio de la acción de anulación-. Asimismo, entiende renunciada tácitamente la posibilidad de denunciar la incongruencia por *extra petita* del Laudo, toda vez que la actora -pese a argumentar en su contestación a la demanda arbitral y en sus conclusiones tal posible incongruencia-, cuando ésta se materializó no solicitó del Árbitro, al amparo del art. 39 LA, " *la rectificación de la extralimitación parcial del Laudo* ", que ahora pretende. Hace extensivo este razonamiento a la falta de solicitud de aclaración de la motivación del Laudo y de la valoración probatoria que en aquél se contiene.

**SEGUNDO .- Sobre la incongruencia por *extra petitem* causante de indefensión [art. 41.1 LA, apartados c) y f)].**

El primer motivo de anulación invocado carece de todo fundamento.

Ante todo, por una razón de índole procesal que esta Sala ha puesto de manifiesto con reiteración - **SS . 52/2016, de 5 de julio** , FJ 5.C, roj STSJ M 8114/2016; y **42/2016, de 18 de mayo** , FJ 4, roj STSJ M 6180/2016, a saber: la acción de anulación ejercitada al amparo del art. 41.1.c) LA no puede ser estimada por la falta de un presupuesto procesal que impide entender vulnerado el antedicho precepto y la prohibición de indefensión del art. 24.1 CE -también invocada por la actora: si ROM consideraba que el laudo se había extralimitado respecto de peticiones formuladas ocasionándole indefensión, tenía a su alcance promover el correspondiente " *incidente de rectificación de la extralimitación parcial del laudo* " [art. 39.1.d) LA], y no lo hizo..., por lo que, según reiteradísima jurisprudencia constitucional, la eventual indefensión ocasionada por dicho exceso no tendría relevancia constitucional al ser también imputable a la negligencia de la parte que de ella se queja. El comportamiento desidioso de la demandante consintiendo ante el propio Tribunal Arbitral la extralimitación de pronunciamiento que denuncia, pudiendo y debiendo discutirla, hace que, *per se* , no sea apreciable vulneración alguna del art. 24.1 CE (así, v.gr., *mutatis mutandis* , Sentencias de esta Sala de 1 de julio de 2014, FJ 3, ROJ STSJ M 10353/2014 , y 16 de febrero de 2016, ROJ STSJ M 1545/2016 , FJ 5).

En este sentido, no está de más destacar el nítido significado que se ha de atribuir a la peculiaridad que presenta el art. 39 de la Ley de **Arbitraje** respecto de su correlato en la Ley de Enjuiciamiento Civil, esto es, el art. 215 LEC , que prevé el complemento de la Sentencia que incurre en incongruencia omisiva, pero no la posibilidad de subsanación -si no es por vía de recurso- de la incongruencia por *extra petita* ... Esa diferencia se corresponde con la singular naturaleza del **arbitraje** -con los poderes de oficio que asisten al árbitro para integrar convenientemente su objeto evitando litigios futuros-, y también permite sostener -como



está sosteniendo la Sala- la singular obligación que asiste a las partes de intentar subsanar tal defecto ante los propios árbitros, ex art. 6 LA -dada la naturaleza disponible de la causa de anulación invocada, no mediando efectiva indefensión-, antes de acudir con posibilidades de éxito al proceso de anulación del Laudo.

A mayor abundamiento, hemos de añadir que la sola lectura de las pretensiones formuladas por KERKORIAN en su demanda arbitral de 26.11.2015 -que, cierto es, precisa y rectifica en parte el *petitum* de su escrito de solicitud de **arbitraje**, sin que ello pueda ser objeto del menor reproche, dado que ROM ha podido alegar y probar al respecto sin restricciones- revela, paladinamente, la ausencia de la incongruencia por *extra petitum* que ROM pretende. Así, en la pág. 21 *in fine* de la demanda arbitral -doc. 5 de la actora en estos autos de anulación- se dice expresamente -con traslado al suplico de la misma-, "*que procede la resolución del contrato de 2 de junio de 2008 por incumplimiento de ROM y la consiguiente indemnización a KERKORIAN en una cuantía de 13.423.600 €, a fin de cubrir el importe de las cantidades que ésta ha dejado de obtener por sus servicios, al quedar diferido su devengo al momento de la enajenación, que solo controla ROM y que maliciosamente imposibilita, en relación con los inmuebles de los terrenos objeto del Proyecto en Galati (Rumanía)*"... Añadiendo el § 21 del Laudo -a renglón seguido de la transcripción de este mismo párrafo-..." *tal y como ha sido reconocido de forma expresa por D. Gaspar al afirmar que los terrenos no están a la venta* ".

La construcción del motivo es artificiosa: KERKORIAN solicita la resolución contractual sobre la base del incumplimiento contractual previo de ROM; se queja la actora de que el Árbitro se haya pronunciado sobre la eventual disconformidad a Derecho de la resolución contractual operada por ROM. Y no podía ser de otra manera, cuando esa resolución contractual, si injustificada, es la causa del subsiguiente incumplimiento de obligaciones que se declara respecto de ROM, cuyo enjuiciamiento, a todas luces, se sigue de lo relatado y pretendido en la demanda de KERKORIAN, y máxime dada la naturaleza bilateral del contrato litigioso y que el litigio versa sobre su resolución por incumplimiento de obligaciones recíprocas - art. 1124 CC .

El motivo es desestimado.

**TERCERO .- Sobre la ausencia de motivación e incongruencia interna del Laudo, con infracción del orden público en su vertiente procesal [art. 41.1.f) LA] .**

Como queda dicho, la actora basa este motivo (§§ 64 a 67) en que el Laudo adolecería de una patente falta de motivación, incurso además en incongruencia interna, al condenar al abono de una indemnización sin especificar las bases tenidas en cuenta para su cálculo, ni explicar los razonamientos fácticos o jurídicos en cuya virtud se ha determinado su cuantía -4.000.000 €-; y ello sería así, con mayor razón -de ahí la postulada incongruencia interna-, cuando al mismo tiempo el Laudo habría reconocido que KERKORIAN ni ha acreditado la realidad de los daños reclamados mediante el dictamen pericial por ella aportado, ni puede exigir la remuneración prevista contractualmente para el caso de una venta de los terrenos que no llegó a producirse, siendo tal, la venta de los terrenos, "*el hito al que se condicionó válidamente su percepción* " .

El análisis del motivo exige dejar constancia de algunos criterios jurídicos básicos que delimitan el alcance de nuestro enjuiciamiento. Postulados que han de ser considerados también al analizar el resto de las causas de anulación esgrimidas, dada su estrecha conexión, cuando no parcial redundancia, con los argumentos que sustentan este motivo de nulidad.

Parámetros de enjuiciamiento.

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 ).

En línea con lo que antecede, viene a cuento aquí reseñar -sin pretensión de exhaustividad- los *más elementales deberes de motivación* , cuya infracción *constituiría por sí sola una vulneración del art. 24.1 CE* , tal y como aparecen identificados, con especial claridad, por todos, en el Fundamento Jurídico 3 de la emblemática STC 147/1999 -*emblemática porque consagra una línea jurisprudencial conteste hasta la fecha, v.gr., entre muchas, SSTC 178/2014* , de 3 de noviembre, FJ 3 , y **16/2016** , de 1 de febrero , FJ 5- , cuando dice:

"Procede recordar que el derecho a obtener una resolución fundada en Derecho, favorable o adversa, es garantía frente a la arbitrariedad e irrazonabilidad de los poderes públicos ( SSTC 131/1990 y 112/1996 ) , y que ello implica, en primer lugar, que la resolución ha de estar motivada, es decir, contener los elementos y razones de juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos que fundamentan la decisión ( SSTC 122/1991 , 5/1995 y 58/1997 ). En segundo lugar, que la motivación debe contener una fundamentación en Derecho, esto es, que el fundamento de la decisión sea **la aplicación no arbitraria de las normas que se consideren adecuadas al caso** , **pues tanto si la aplicación de la legalidad es fruto de un error patente, como si fuere arbitraria, manifiestamente irrazonada o irrazonable' no podría considerarse fundada en Derecho, dado que la aplicación de la legalidad sería tan sólo una mera apariencia** ( SSTC 23/1987 , fj 3º; 112/1996, fj 2º , y 119/1998 , fj 2º)".

O como también 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 del presupuesto (jurídico) sobre el que se asienta su decisión* ..." (FJ 2º). En este sentido, desde el punto de vista de la infracción del art. 24.1 CE , confiere especial trascendencia a " **la negativa judicial a examinar una cuestión que debería constituir premisa lógica en el proceso racional de formación de la decisión** " , entre otras, la STC 39/2015, de 2 de marzo (FJ 6).

A su vez, la STC 157/2009, de 25 de junio , precisa (FJ 3) que, "como recuerda la STC 105/2006, de 3 de abril , FJ 5, y las Sentencias de este Tribunal allí citadas, **existirá arbitrariedad** cuando, aun constatada la existencia formal de una argumentación, **la resolución resulte fruto del mero voluntarismo judicial o exprese un proceso deductivo "irracional o absurdo"; en tales casos, como acontece con el que ahora nos ocupa, "la aplicación de la legalidad sería tan solo mera apariencia** " ( STC 92/2008, de 21 de julio , FJ 6), y la resolución no podría considerarse fundada en Derecho".

Asimismo, hemos de reparar en el hecho, no meramente circunstancial, de que el Laudo impugnado ha sido dictado en equidad. La motivación en el **arbitraje** de equidad, según el leal saber y entender del Árbitro, tiene rasgos propios que la definen, de los cuales también conviene dejar constancia antes de analizar la suficiencia y/o la arbitrariedad de la argumentación cuestionada.

Derogado el art. 32.2 LA de 1988, no es hoy discutible que también en equidad el Árbitro ha de motivar. Los Laudos dictados conforme a la Ley de **Arbitraje** , sean de equidad o de Derecho, han de ser motivados -art. 37.4 LA-, con la excepción prevista en el art. 36 LA -laudo por acuerdo de las partes-, por más que dicha motivación no sea de índole jurídica ( STC 43/1988 ). Ahora bien, hemos de recordar, en relación con las exigencias que dimanar 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 sus Sentencias 30/2015, de 14 de abril , y 62/2016, de 11 de octubre -, 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 las SS. 30/2015, de 14.4, FFJJ 4 y 7.4), y 62/2016, de 11.10, FJ 5 (roj STSJ M 4052/2015 y 10733/2016 , respectivamente)- permiten establecer algunas conclusiones relevantes: 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 ).

En definitiva: el juicio en equidad, 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, entre los cuales se halla, desde luego, el principio de equivalencia de prestaciones, a cuya observancia atiende precisamente el juicio de equidad (FJ 7.4 de la precitada Sentencia 62/2016 ).

Como señala la **STSJ de la Comunidad Valenciana 13/2014, de 19 de noviembre** (roj STSJ CV 10331/2014 ) -FJ 5-, "la motivación del laudo es una exigencia legal y garantía para las partes, por lo que debe plasmarse como contenido una exegesis racional y no que sea el fruto de la arbitrariedad, sin que sea necesario responder a todos los argumentos de las partes. Motivar es expresar los motivos o razones que explican la decisión... De ese modo, la suficiencia de la motivación como concepto jurídico indeterminado, ha de ser apreciada no apriorísticamente o en abstracto sino a la luz de las circunstancias concretas de cada caso... Y aunque el **arbitraje** (sea) de equidad, no por ello puede aceptarse que no requiera motivación alguna, pues los árbitros deben efectuar un juicio razonado y razonable del por qué se alcanza la solución que se acoge en el laudo. La sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 8 julio de 2009 recoge la concreción de lo que debe entenderse por motivación jurídica para luego extrapolarla a la motivación en equidad: 'La STS de 8 de julio de 2008 , en fin, condensa algunos aspectos de la exigencia de motivación que conviene reiterar: ... el derecho de los litigantes a una motivación jurídica no les faculta a exigir que la argumentación sea exhaustiva en sentido absoluto, de modo que alcance a todos los aspectos y perspectivas de la cuestión litigiosa ( STC 165/1999, de 27 septiembre ), dado que es bastante con que se expongan las razones decisivas, que permitan, en último término, la impugnación de la decisión ( STC 100/1987, de 9 de julio , 218/2006, de 3 julio ); y que la motivación no tiene que ver con la extensión de los fundamentos de derecho y, en particular, que puede estar perfectamente motivada una decisión que se apoye en argumentaciones escuetas o concisas, y a la inversa. Doctrina que es aplicable al **arbitraje** de equidad, bien que con las necesarias adaptaciones, que se traduce en una mitigación del rigor de la fundamentación jurídica, ya que en estos casos el árbitro no tiene la obligación, necesariamente, de ofrecer razones jurídicas, fundadas en normas jurídicas para basar su decisión (desde el momento en que las partes quisieron que resolviera su controversia en equidad), *aunque deba, eso sí, aplicar y respetar las normas jurídicas imperativas, de ius cogens, dispuestas para regir o disciplinar la relación jurídica de la que deriva la controversia*' .

En el mismo sentido, la precitada Sentencia de esta Sala 30/2015 .

Aplicación al caso.

A la luz de lo expuesto, resulta evidente, a juicio de la Sala, que, en un plano estrictamente procesal -luego aludiremos a la adecuación a la *aequitas* de su decisión- el Laudo da razón del porqué de su fallo.

En este motivo, el recurrente centra su alegato en que la fijación de la indemnización no especifica las bases tenidas en cuenta para su cálculo, ni explica los razonamientos fácticos o jurídicos en cuya virtud se ha determinado su cuantía, al tiempo que incurre en incongruencia interna-, pues el Laudo habría reconocido que KORKORIAN ni ha acreditado la realidad de los daños reclamados mediante el dictamen pericial por ella aportado, ni puede exigir la remuneración prevista contractualmente para el caso de una venta de los terrenos que no llegó a producirse, siendo tal, la venta de los terrenos, " *el hito al que se condicionó válidamente su percepción* " .

En este sentido, la demanda parte de 3 postulados fundamentales (§ 61), cuya afirmación atribuye al Laudo:

Que KORKORIAN no prestó los servicios precisos para procurar la venta de los terrenos.

Que ROM aún no ha logrado vender los terrenos, por lo que KORKORIAN no puede exigir actualmente el pago de la compensación prevista en la estipulación 3.1.2 del Contrato.



Que el dictamen pericial elaborado por TASACIONES INMOBILIARIAS MEDIA CITY, S.R.L., a fin de acreditar la indemnización reclamada carece de toda virtualidad probatoria.

Pues bien, la sola lectura del Laudo revela, sin lugar al menor equívoco, que la primera afirmación es cierta, aunque el Laudo la atribuye a la indebida resolución contractual por parte de ROM -con argumentos y detallada valoración probatoria que, por cierto, no discute la demandante (§§ 32 a 35).

También se corresponde con la realidad la segunda afirmación, mas no sin aclarar que el Laudo concede una indemnización de daños y perjuicios por resolución indebida del contrato por parte de ROM -no una contraprestación contractual: el Árbitro no acepta, pues -pese a la terminología que a veces utiliza la demandante-, el pago de la contraprestación prevista en la Estipulación 3.1.B del Contrato: 0'75% del precio de venta más un porcentaje del beneficio bruto del proyecto basado en la rentabilidad resultante a la venta de dichos terrenos (§ 37). La razón es bien simple: los terrenos aún no se han vendido, ni KERKORIAN "prestó de hecho sus servicios para la venta de los terrenos a partir de la decisión de ROM" (§ 41); ahora bien, sí decreta la indemnización teniendo en cuenta que si KERKORIAN no ha colaborado en la venta de los terrenos -lo cual constituía parte de sus obligaciones- se ha debido a todas luces al incumplimiento contractual de ROM, que resuelve unilateral, anticipada e indebidamente el contrato. El Laudo no evidencia, pues, la menor incongruencia interna.

A partir de aquí la Sala tiene que poner de manifiesto, desde el primer momento, que el tercer punto de apoyo de la demanda de anulación - *"que el dictamen pericial elaborado por TASACIONES INMOBILIARIAS MEDIA CITY, S.R.L., a fin de acreditar la indemnización reclamada carece de toda virtualidad probatoria"*- en absoluto se corresponde con lo que el Laudo dice, ni con lo que de él se sigue, implícita pero inequívocamente, ni con lo que pudiera derivarse de una pericia contradictoria por parte de ROM que ni siquiera se alega.

La verdad es que el Laudo, en dos ocasiones (§§ 38 y 41), menciona la tasación sobre el valor actual de los terrenos presentada por KERKORIAN -con cita expresa de sus docs. 75 y 76-, y en ningún momento la considera errónea, sino que se limita, por las razones expresadas, a no conceder la contraprestación contractualmente pactada, que ascendería a 13.423.600 euros, según la valoración al precio actual de los terrenos sin edificar que efectúa la pericia presentada por KERKORIAN -111.430.275 ?.

En estas circunstancias, nada justifica la afirmación que la demandante hace de que la pericia efectuada por TASACIONES INMOBILIARIAS MEDIA CITY, S.R.L., a fin de acreditar la indemnización reclamada carece de toda virtualidad probatoria. No es conforme a recta razón entender que el Laudo se refiere a esa tasación por dos veces, sin el menor reproche en lo que toca a su dictamen sobre el valor actual de los terrenos, y de ahí deducir que carece de todo valor probatorio. Antes al contrario, las razones por la que se rechaza el total de la cantidad pretendida -que sería la resultante del perfecto y total cumplimiento del contrato-, sin cuestionar la base de cálculo de la cantidad solicitada, cual es el valor actual de los terrenos sin edificar proporcionados por KERKORIAN a ROM y adquiridos por ésta, permite colegir, en inferencia natural y acorde a las reglas de la lógica, que el Laudo está dando por buena la tasación pericial aportada por KERKORIAN al procedimiento arbitral.

Cierto que la motivación explícita del Laudo a la hora de cuantificar la indemnización, en un momento dado (§ 42), se limita a *" tener en cuenta que las partes le han pedido que arbitre en equidad, de manera que debe tener presente lo que le parece justo y equitativo, partiendo del principio fundamental de derecho y equidad pacta sunt servanda "*. Y se ciñe a decir, acto seguido, que, *" por todo ello, considera que es justo fijar en cuatro millones de euros la cantidad que ROM debe pagar a KERKORIAN para indemnizarle el perjuicio sufrido por la ruptura improcedente del contrato "*.

Ahora bien, de esa parquedad no se sigue la falta de motivación denunciada y menos en un **arbitraje** de equidad: el Árbitro no tenía por qué fijar las bases de la liquidación de una cantidad que estima justa, sin que se argumente convincentemente qué le impedía establecer una cantidad a tanto alzado, una vez considerada -como no puede ser de otra manera- la motivación del Laudo en su conjunto. Motivación que reseña el grado de cumplimiento de las obligaciones por KERKORIAN -detallado en los §§ 26 y 28-; los incumplimientos que no le son imputables -§ 36; *la cantidad que le hubiera correspondido de haber llegado a buen término lo pactado* (§ 38); el incumplimiento del contrato achacable a ROM y las causas de su indebida resolución (§§ 30 a 35); el hecho, no discutido, amén reconocido en el Laudo, de que los terrenos fueron proporcionados por KERKORIAN y adquiridos merced a ella por ROM -§ 26; y la circunstancia, implícita, pero inequívoca en recta razón -según lo expuesto-, de que el Árbitro ha reparado en la valoración de los terrenos en su estado actual de acuerdo con la tasación referenciada -sin edificar y con su vigente calificación urbanística-, por contraposición con su precio de adquisición y con la cantidad que hubiera podido obtener KERKORIAN de no mediar el incumplimiento de ROM.

En estas circunstancias no es de apreciar la infracción del orden público denunciada: el conjunto de la motivación del Laudo, dictado en equidad, permite comprender las razones por las que el Árbitro ha fijado la



indemnización según su leal saber y entender, según lo que estima justo de acuerdo con el principio *pacta sunt servanda* y el valor de los intereses económicos inherentes al pacto incumplido.

Cuestión estrechamente relacionada con la anterior -a cuyo análisis subvenimos de inmediato- es si la indemnización otorgada se corresponde con la *aequitas*, esto es, " *si el resultado finalmente obtenido es justo y congruente con los principios sustantivos que deben inspirar la solución del caso* " (en locución, *mutatis mutandis*, de la STS 429/2009).

**CUARTO .- Sobre la infracción del orden público en su vertiente material, por infracción de normas legales imperativas, de las estipulaciones contractuales y de los principios generales aplicables a la controversia [art. 41.1.f) LA] .**

En síntesis, se queja la demandante de que el Laudo impone la indemnización de daños y perjuicios supra indicada pese a reconocer que KORKORIAN no había logrado acreditar los daños reclamados -con infracción de los arts. 1101 y 1106 CC, *principio de restitutio in integrum* -, y sin valorar el grado de ejecución del proyecto ni la entidad de las gestiones realizadas por KORKORIAN en la fecha de la resolución -criterios expresamente pactados para fijar la eventual compensación exigible en caso de resolución-; de este modo el Laudo habría incurrido en "evidente vulneración de los principios de equivalencia de las prestaciones e interdicción del enriquecimiento injusto", dada la desproporción de la indemnización a la vista de los hechos no controvertidos en el **arbitraje**

Vaya por delante, ya lo hemos dicho al señalar los parámetros de nuestro enjuiciamiento en el Fundamento precedente, que no corresponde a esta Sala integrar ni sustituir la decisión del árbitro en equidad. Sí procede, en cambio, que verifiquemos si se han vulnerado el principio de equivalencia de prestaciones o la interdicción del enriquecimiento injusto.

Ante todo debemos señalar -con independencia de lo que proceda decir en el Fundamento siguiente- que no pocas de las afirmaciones de la demanda en este motivo aparecen claramente contradichas por el Laudo arbitral, que es interpretado de una forma sesgada o parcial. A modo de ejemplo, el Laudo sí pondera el grado de cumplimiento del contrato efectuado por KORKORIAN y, en particular, por su socio D. Abilio (§ 28), tal y como exigiría la estipulación quinta del contrato. El Laudo hace alusión a supuestos incumplimientos de KORKORIAN que no son tales -§ 36-, a algunos que traen causa directa de la resolución unilateral de ROM - como no prestar sus servicios para la venta de los terrenos (§ 41 *in fine*) -, y al hecho, respecto de cualesquiera otros en que KORKORIAN sí haya podido incurrir (§ 36 *in fine*), de que " *no fue objeto del requerimiento previsto por la propia Estipulación quinta del Contrato, que obliga a conceder un plazo de 30 días a la parte incumplidora a partir del requerimiento para subsanar el incumplimiento, debiendo ser éste 'sustancial, imputable y reiterado'* ".

KORKORIAN, añade la actora, no habría logrado acreditar los daños reclamados, que no serían probados, reales y constatables, y pese a ello ha sido indemnizada con clara infracción del principio de *restitutio in integrum*. Olvida ROM que el Laudo, dictado en equidad, no tiene por qué acomodarse a una aplicación estricta de los arts. 1101 y 1106 CC -que, por cierto, no excluyen considerar daños y perjuicios como inherentes al incumplimiento (*daños in re ipsa*). En nuestro caso el Laudo, insistimos, dictado en equidad, tras verificar la realidad del incumplimiento contractual y su directa imputabilidad a ROM, pondera lo que se puede calificar de lucro cesante -posibilidad de haber obtenido las ganancias en caso de no haberse producido el incumplimiento-, según la pericia de la actora, y rechaza tal indemnización por el hecho de que la venta que generaría esos beneficios aún no se ha materializado -" *solo sería exigible en un futuro más o menos lejano* "-, es eventual - extremo por cierto inherente al lucro cesante-, y la reduce a menos de una tercera parte de lo que resultaría de aplicar tal concepto indemnizatorio. De ahí no se sigue, *prima facie*, quiebra alguna del principio de *restitutio in integrum*, sino la consideración, en absoluto exorbitante, de que el incumplimiento de ROM y la resolución contractual decretada en su consecuencia genera un daño en KORKORIAN, por pérdida definitiva y no imputable a ella de su posibilidad de obtener las ganancias pactadas -con frustración real y efectiva de la finalidad del contrato-, que ha de ser reparado conforme a una elemental buena fe. Principio de buena fe que, si exige tal reparación incluso aun cuando se hubiera pactado y ejercitado, que no es el caso, un desistimiento unilateral del contrato ( **STS 406/2016**, de 15 de junio, FJ 4, roj STS 2870/2016 ), **a fortiori** la demanda en el supuesto, aquí concurrente, de incumplimiento doloso del contrato que aboca a su resolución.

La pregunta que ha de ser respondida a continuación es la siguiente: ¿la indemnización otorgada es inequitativa en tanto que desproporcionada o, como dice la demandante, lesiva del principio de equivalencia de las prestaciones y de la interdicción del enriquecimiento injusto?

No cabe la menor duda -lo hemos señalado en la **S. 52/2016, de 5 de julio**, FJ 4, roj STSJ M 8114/2016-, a la vista de conteste doctrina jurisprudencial, de que la interdicción del enriquecimiento injusto, que a su vez es concreción de la prohibición del abuso de derecho, tiene el valor de un *auténtico principio general de nuestro Ordenamiento Jurídico*; justamente por ello su infracción puede constituirse en causa de anulación del laudo



por infracción del orden público. Cumple recordar en este sentido, entre muchas, la doctrina que recoge la **STS 602/2015, de 28 de octubre** (ROJ STS 4448/2015), sobre el enriquecimiento injusto, cuyo FJ 2 proclama:

Esta Sala ha declarado en torno al enriquecimiento injusto que:

1. De esta forma, su función de cláusula general de cierre también parece clara, pues si pese a que el Derecho de obligaciones aparece estructurado de tal modo en orden a impedir que no tenga lugar un desplazamiento o enriquecimiento injusto, no obstante, si este se produce, entonces el alcance sistemático y complementador del principio permite que *la prohibición del enriquecimiento injusto se convierta en regla sancionadora de la atribución realizada determinando la correspondiente restitución* ( STS de 21 de octubre de 2005 ).

La doctrina jurisprudencial de esta Sala se mueve en esta dirección proclamando, a veces de modo explícito y terminante y otras de forma implícita, que *la interdicción del enriquecimiento injusto tiene en nuestro ordenamiento jurídico el valor de un auténtico principio general del Derecho* (entre otras las SSTs de 12 de enero de 1943 , 23 de noviembre de 1946 , 22 de diciembre de 1962 , 1 de diciembre de 1980 , 12 de julio de 2000 , 28 de febrero de 2003 y 6 de febrero de 2006 ).

Sentencia de 19 de julio de 2012, rec. 294 de 2010 .

2. *Ha de recordarse que para que exista un enriquecimiento realmente injusto y, por tanto, antijurídico, es preciso que se demuestre que alguien ha adquirido una utilidad que no provenga del ejercicio **sin abuso** de un derecho legítimo atribuido por un contrato , por una sentencia judicial o por un precepto legal ( sentencias de 31 de octubre de 2.001 , 12 de diciembre de 2.000 y 19 de diciembre de 1.996 , entre otras).*

Sentencia de 5 de noviembre de 2004, recurso: 2896/1998 " .

Y en lo referente a la doctrina del abuso de derecho, la jurisprudencia es igualmente reiterada al "*afirmar que se sustenta en la existencia de unos límites de orden moral, teleológico y social que delimitan el ejercicio de los derechos exigiendo, para ser apreciada, una actuación aparentemente correcta que, no obstante, representa en realidad una extralimitación en el ejercicio del derecho a la que la Ley no ampara o concede cobertura alguna*" (v.gr., **STS 326/2015, de 17 de junio** , ROJ STS 3189/2015 , FJ 4). O, como dice la **STS 690/2012, de 21 de noviembre** (ROJ STS 9190/2012), en síntesis de doctrina jurisprudencial ya clásica (FJ 8):

"Esta Sala ha reiterado que para apreciar el abuso del derecho es precisa la concurrencia de los siguientes requisitos: a) el uso de un derecho objetivo y externamente legal; b) daño a un interés, no protegido por una específica prerrogativa jurídica, y c) la **inmoralidad o antisocialidad de ese daño** , manifestada en forma subjetiva (ejercicio del derecho con intención de dañar, con "animus nocendi"), o en forma objetiva (ejercicio anormal del derecho, de modo contrario a los fines económico-sociales del mismo) ( sentencias 455/2001, de 16 de mayo , y 722/2010, de 10 de noviembre ), ya que, en otro caso, rige la regla "*qui iure suo utitur neminem laedit*" [quien ejerce su derecho no daña a nadie].

Ahora bien, precisamente lo que antecede demuestra con toda evidencia que, en las circunstancias del presente caso, no se da la infracción del orden público pretendida.

En efecto, el análisis del conjunto de la motivación del Laudo hace que la Sala no pueda compartir la apreciación de la demanda -v.gr., § 89- de que "*se retribuye nada menos que en 4.000.000 de euros una gestión consistente en la simple puesta en contacto de ROM con 3 profesionales, que no se tradujo en la aprobación del Proyecto, ni mucho menos en la venta de los terrenos*". Así, en lo sustancial y sin ánimo exhaustivo, hemos de reparar en que el Laudo declara probado -luego se verá si con error en la valoración de la prueba lesivo del art. 24.1 CE -, de un lado, que KORKORIAN, simultáneamente a la firma del contrato, presenta a ROM unos terrenos en la ciudad rumana de GALATI, efectivamente adquiridos por ROM (§ 26). Y el Árbitro tiene también por cierto que KORKORIAN ha cumplido las obligaciones previstas en la estipulación 1.2 del Contrato, bajo la rúbrica "*Recalificación, ordenación y gestión urbanística*" (§ 28), y, en particular, que "*(sus) gestiones dejaron encaminada la obtención de las licencias urbanísticas necesarias, conseguidas efectivamente, aunque de manera lógica -dados los plazos de tramitación de tales proyectos- lo fueron después de la ruptura con KORKORIAN*" (§ 28.c).

Los extremos señalados han de ponerse en relación con un hecho que la propia ROM reconoce en la demanda de anulación (§ 91): que su inversión para la adquisición de los terrenos ascendió aproximadamente a 12 millones de euros (10 millones como precio de compra y 2 millones como gastos del Proyecto). Postula la actora que otorgar 4 millones de indemnización, de acuerdo con el régimen de retribución previsto en el propio contrato, significa que ROM habría logrado vender los terrenos por un precio mínimo de 41.157.345 euros, cuadruplicando el valor de la inversión realizada por ROM...

Sin embargo, la demandante hace estas afirmaciones coherentemente, sí, con su postulado de que la tasación pericial presentada por KORKORIAN en el procedimiento arbitral -que no aduce haber sido contradicha- carece



de toda eficacia probatoria... Sin embargo, ya hemos dejado constancia de las razones por las que, en recta razón, se ha de entender implícita, pero inequívocamente, que el Árbitro ha reparado en la valoración de los terrenos en su estado actual de acuerdo con la tasación referenciada.

Pues bien, esa pericia -obstante en las actuaciones y reseñada con detalle en la demanda arbitral, acompañada como doc. nº 5 de la demanda de anulación- tasa los terrenos, sin edificar y con su vigente calificación urbanística, en 111.430.275 euros. En otros términos: el Árbitro, juzgando en equidad, observa que una inversión de 12 millones de euros se ha trocado en la propiedad de unos terrenos cuyo valor real, aunque no materializado en su venta, representa una plusvalía de cerca de 100 millones de euros, y que en la generación de esa plusvalía la actuación de KERKORIAN y de su socio, D. Abilio , ha sido decisiva. En estas circunstancias indemnizar con un 4% de la plusvalía aproximadamente el incumplimiento de un contrato que podría haber generado un beneficio del 13% de la misma no entraña un resultado contrario a la equidad, por desmesurado o desproporcionado, ni es exponente de la adquisición de una utilidad que consagre un ejercicio abusivo del derecho.

El motivo es desestimado.

**QUINTO .- Sobre la infracción del orden público [ art. 41.1.f) LA] por error patente en la valoración de la prueba, con infracción del art. 24.1 CE .**

Como último motivo de anulación esgrime la actora, de nuevo al amparo del art. 41.1.f) LA, que el Árbitro ha incurrido en manifiesto y patente error en la valoración de la prueba, por absurda y parcial apreciación del material probatorio, que le ha llevado a concluir, con infracción de las reglas de la lógica, la razón y la común experiencia, *que KERKORIAN cumplió puntualmente todas las obligaciones que estaban a su cargo en virtud del Contrato .*

Parámetros de enjuiciamiento.

El análisis de este alegato se ha de efectuar dentro de los límites propios de la acción de anulación, que no es una segunda instancia, de modo que a este Tribunal no le compete volver a valorar la prueba, ni, en consecuencia, sustituir el juicio de hecho efectuado por el Árbitro, que ha presenciado la práctica de la prueba y ponderado el acervo probatorio; por ello, tampoco cobija la acción de anulación pretensiones que no entrañen sino una mera discrepancia con la valoración de la prueba efectuada, razonada y cabalmente, por el Tribunal arbitral. Ello no obstante, como pone de relieve la demanda de anulación -con cita de nuestra Sentencia de 14.4.2015-, esta Sala ha declarado con reiteración que del ámbito limitado de la acción de anulación no se sigue que el Tribunal no pueda examinar la racionalidad de la valoración probatoria desde la perspectiva de la infracción del orden público.

Antes al contrario, es conteste la jurisprudencia constitucional y ordinaria que entiende que, en determinadas circunstancias, la valoración del acervo probatorio -explicitada 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 , en los siguientes términos (FJ 8): "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 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 *qu o " 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 son concreción de un planteamiento más general formulado por el Tribunal Constitucional en relación con las exigencias constitucionales de motivación de las resoluciones judiciales -concierna esa motivación a lo que concierna, valoración de la prueba, interpretación normativa...-

En estos o parecidos términos, recientemente, nuestras **Sentencias 19/2016** , de 16 de febrero (FJ 2) -roj STSJ M 1545/2016 -, **52/2016** , de 5 julio (FJ 3.B) - roj STSJ M 8114/2016 - y **69/2016** , de 2 de noviembre (FJ 4) -roj STSJ M 11928/2016 .

Y por lo que concierne, de un modo más específico -visto el contenido de la demanda de anulación en este motivo-, al error manifiesto en la valoración de la prueba, hemos de recordar que el Tribunal Constitucional ha sentado una doctrina sobre el llamado "*error patente*" clara en su formulación y, de ordinario, también en su aplicación. Resume esta doctrina constitucional, v.gr., el FJ 2º de la **STC 169/2000** , de 26 de junio , cuando dice:

"El derecho a la tutela judicial efectiva requiere respuestas judiciales fundadas en criterios jurídicos razonables, de modo que un error notorio del juzgador que sea determinante de aquélla (decisión) y que produzca consecuencias perjudiciales para su víctima constituye una infracción del art. 24.1 C.E . Como indica la STC 25/2000, de 31 de enero , en tal hipótesis la decisión judicial no puede ser calificable ya como razonable y razonada jurídicamente, dado que la aplicación de la norma se reduce a mera apariencia...Los errores de los órganos judiciales, cuando no sean imputables a negligencia de las partes, no deben ni pueden producir efectos negativos en la esfera jurídica del ciudadano ( SSTC 190/1990, de 26 de noviembre ; 101/1992, de 25 de junio ; 219/1993, de 30 de junio ; 107/1994, de 11 de abril ; 50/1995, de 23 de febrero ; 162/1995, de 7 de noviembre ; 128/1998, de 16 de junio )".

"Para que un error llegue a minar la efectividad de la tutela judicial han de darse en él varias características, pues no toda ni cualquier equivocación produce tal efecto. En primer lugar, **el error ha de ser determinante de la decisión adoptada** , vale decir, **que constituya su soporte único o básico, ratio decidendi** , de tal modo que, comprobada su existencia, el razonamiento jurídico pierda el sentido y alcance que justificaba aquélla, sin que pueda conocerse cuál hubiese sido el sentido de la resolución de no haberse incurrido en el mismo ( SSTC 55/1993, de 15 de febrero , y 13/995, de 24 de enero). **Es necesario, en segundo término, que la equivocación sea imputable al juzgador** , o sea, que no haya sido inducido por mala fe o ligereza de la parte, que en tal caso no podría quejarse en sentido estricto de haber sufrido un agravio del derecho fundamental, tal y como presupone el art. 44.1 LOTC . En tercer lugar, **el error ha de ser patente, es decir inmediatamente verificable de forma clara e incontrovertible en las propias actuaciones judiciales** por haberse llegado a una conclusión absurda o contraria a los principios elementales de la lógica y de la experiencia, y, por último, **la equivocación ha de producir efectos negativos en el ámbito del ciudadano** . Las meras inexactitudes que no produzcan efectos para las partes carecen, pues, de alcance constitucional".

En similares términos, por todas, **SSTC 161/2002** , de 16 de septiembre (FJ 2) , **211/2009** , de 26 de noviembre (FJ 2) , y **133/2013** , de 5 de junio (FJ 2), recordando estas dos últimas Sentencias que "concorre error patente en aquellos supuestos en que las resoluciones judiciales parten de un presupuesto fáctico que se manifiesta erróneo a la luz de un medio de prueba incorporado válidamente a las actuaciones cuyo contenido no hubiera sido tomado en consideración".



Aplicación al caso.

A modo de conclusión anticipada: ninguna de las circunstancias expuestas concurre en el presente supuesto. ROM no hace sino discrepar de una valoración probatoria razonable y cabal; y lo hace simplificando la argumentación del Laudo, sin evidenciar que su motivación incurra en arbitrariedad, error patente, infracción de una regla de valoración o de carga de la prueba, en inferencia que contravenga las reglas de la lógica, etcétera.

Ya hemos dicho que el Laudo declara probado -es un hecho no discutido- que KERKORIAN, se encargó de la prospección del mercado en Rumanía y al tiempo de la firma del Contrato de 02/06/2008 presentó a ROM unos terrenos en la ciudad de Galati, que fueron adquiridos por ROM, lo que ya entrañaba el cumplimiento de la obligación expresada en la estipulación 1.1.2 del Contrato (§ 26) .

Acto seguido (§ 27) , constata que KERKORIAN se obligaba " a seleccionar los profesionales que realizaran las actuaciones necesarias para completar la gestión urbanística del proyecto, gestionando la obtención de las licencias " -obligaciones que detalla en los términos literales de la estipulación 1.2 del Contrato, rubricada ' Recalificación, Ordenación y Gestión urbanística '.

A continuación (§ 28) , el Árbitro explica por qué entiende acreditado el cumplimiento de " estas obligaciones por KERKORIAN hasta que el Contrato fue denunciado por ROM " -el 25.11.2009-. Y lo hace en los siguientes términos:

En efecto, KERKORIAN puso en contacto a ROM con la empresa de ingeniería rumana SC Superconsult SRL, con la que celebró un contrato de asistencia técnica (doc. KERKORIAN 44). KERKORIAN ha aportado los intercambios de correos electrónicos en los que constan las negociaciones entre D. Abilio y los miembros de esta sociedad para la firma de dicho contrato (docs. KERKORIAN 45-54).

Se debe igualmente a la intermediación de KERKORIAN que la arquitecta D<sup>a</sup>. Victoria aceptara ser la arquitecta jefe del Proyecto (docs. KERKORIAN 55-58).

Estas gestiones dejaron encaminada la obtención de las licencias urbanísticas necesarias, conseguidas efectivamente, aunque de manera lógica -dados los plazos de tramitación de tales proyectos- lo fueron después de la ruptura con KERKORIAN (docs. KERKORIAN 59 y 60).

KERKORIAN presentó también el equipo legal Cosma & Associates que asesoraría durante el Proyecto (docs. KERKORIAN 61 a 63), así como la Notaría (doc. 64).

Por último -en lo que ahora importa-, el Laudo prosigue dando cuenta del incumplimiento del contrato que sí aprecia en ROM y de las causas por las que considera indebida su denuncia unilateral del mismo (§§ 30 a 35), así como de los incumplimientos atribuidos a KERKORIAN que no reputa como tales; al tiempo que explica la trascendencia que le confiere a la no observancia por ROM de la Estipulación 5<sup>a</sup> del Contrato. En las palabras del § 36:

*"No se pueden retener los incumplimientos de KERKORIAN alegados por ROM. Algunos por no ser objeto de obligaciones contractuales: por ejemplo, no haber emitido informes, salvo uno sobre la situación económica en Rumanía, que fue inútil por su brevedad y falta de profundidad, siendo así que la obligación de redactar tales informes no figura en el contrato; o haber ido poco por la oficina de ROM, cuando tal presencia ni está prevista ni parece necesaria para la consecución de los objetivos relacionados con los terrenos. Y en cuanto a todos por no haber sido objeto del requerimiento previsto por la Estipulación 5<sup>a</sup> del Contrato, que obliga a conceder un plazo de 30 días a la parte incumplidora, a partir del requerimiento para subsanar el incumplimiento, debiendo ser éste 'sustancial, imputable y reiterado'" (los resaltados son de la Sala).*

Sobre este último aspecto -incumplimiento de la Estipulación 5<sup>a</sup> por ROM-, el Laudo, previamente (§ 30), ha aclarado que " no se aporta la prueba de ningún requerimiento previo a la resolución contractual ".

Cuanto se acaba de constatar revela la ausencia de error patente en la valoración de la prueba, apreciación tanto más confirmada a la vista de los argumentos de la demanda de anulación.

De entrada, hemos de recordar, como inconcuso, que el deber de motivar la prueba no exige dar cuenta explícita de por qué se descarta cada uno de los elementos del acervo probatorio que no es tomado en consideración para formar la convicción sobre los hechos. En todo caso, los alegatos de ROM entrañan meras discrepancias con la valoración probatoria del Laudo, suficiente para explicar las distintas concausas que integran su *ratio decidendi* , algunas de ellas no discutidas ni siquiera por ROM, como son las razones de su incumplimiento contractual, ni el hecho que la compra de los terrenos se debió a KERKORIAN... A partir de aquí, se desmenuza la valoración de la prueba efectuada por el Árbitro para tratar de convertir en error patente o en inferencia ilógica lo que no es sino la personal valoración del recurrente de las fuentes de prueba consideradas por el Árbitro, y de otras que no ha tenido a bien reputar como causa de su decisión. Ejemplo paradigmático de esto último



es la valoración de las declaraciones de parte y testificales que se hace en los §§ 126 y ss. de la demanda, dirigidos a acreditar la escasa intervención del Sr. Abilio en el cumplimiento de las obligaciones previstas en la Estipulación 1.2 -v.gr., falta de elaboración de documentos y de presencial física real del Sr. Abilio en el cumplimiento del Proyecto ya en Rumanía, ya en la oficina de ROM-; mas olvida la demandante - lo hemos transcrito- que el Árbitro ya ha contestado a tal extremo, cuando señala que no forma parte de las obligaciones contractuales la elaboración de informes (se entiende por escrito) ni la presencia física en las oficinas...Sin que se pueda reputar un error patente -y menos, con carácter de *ratio decidendi* del fallo- la afirmación del Laudo " *de que la obligación de redactar tales informes no figura en el contrato* ", que no necesariamente se ha de asimilar - como la demandante hace- con la obligación de " *reportar periódicamente y comunicar la información de todas las actividades desarrolladas..., solicitada por el futuro Consejo de Administración de RC* " -Estipulación 1.3.1-.

Y qué decir de la ponderación de la demanda sobre la insuficiencia de la prueba considerada por el Laudo para concluir en el cumplimiento contractual de KERKORIAN... (§§ 106 y ss.). De nuevo a modo de ejemplo, entiende ROM que la documental invocada por el Árbitro, desde un punto de vista lógico, todo lo más permitiría acreditar el cumplimiento de una mínima parte de las obligaciones de la Estipulación 1.2: " *la localización y puesta en contacto de ROM con tres profesionales a efectos de la futura implantación del Proyecto* ". Sin embargo, amén de que la demanda analiza cada documento, a veces en referencia parcial a su contenido -v.gr., a todas luces, el doc. 55 , respecto de la arquitecta, Sra. Victoria -, lo cierto es que la discrepancia radica en las consecuencias que se atribuyen a hechos básicos que sí se declaran probados: los contactos facilitados a ROM con unos profesionales determinados. Pero ese hecho no puede considerarse aisladamente, desvinculado del análisis conjunto del Árbitro, que lo conecta a su vez con los resultados realmente obtenidos, con cumplimientos contrastados y no discutidos de KERKORIAN, con contravenciones contractuales que no son tales, y con posibles incumplimientos -que no especifica-, pero a los que, en contra de lo pactado, ROM no habría dado la posibilidad a KERKORIAN de su subsanación. Y todo ello, a su vez, en un contexto de resolución anticipada e indebida del Contrato, que de facto impidió a KERKORIAN cualquier actividad en el Proyecto.

En estas circunstancias, lo que se tiene por probado y la significación jurídica que se le atribuye ni yerra patentemente, ni es arbitrario o ilógico, por más que pueda resultar discutible.

En definitiva: los errores alegados no son propiamente patentes: ni se siguen con claridad meridiana de lo actuado -sino que se sustentan en una evidente elucubración valorativa del acervo probatorio que realiza el recurrente y que es de todo punto improcedente en esta sede-, ni, en su caso, constituirían el soporte único o básico ( *ratio decidendi* ) de la resolución, de modo que, aun cuando fuera constatable su existencia - *quod non est* -, la fundamentación jurídica del laudo no pierde "el sentido y alcance que la justificaba" y sigue siendo posible conocer "cuál hubiese sido su sentido de no haberse incurrido en el error" ( STC 51/2010, de 4 de octubre , FJ 5; en el mismo sentido, entre otras, SSTC 167/1999, de 27 de septiembre, FJ 4 ; 171/2001, de 19 de julio, FJ 4 ; 88/2002, de 22 de abril, FJ 2 ; 26/2003, de 10 de febrero, FJ 2 ; 63/2004, de 19 de abril, FJ 3 ; 156/2006, de 22 de mayo, FJ 2 ; 56/2007, de 12 de marzo, FJ 2 ; 167/2008, de 15 de diciembre, FJ 2 ; y 211/2009, de 26 de noviembre , FJ 2).

Esto último es claro: el grado de cumplimiento de sus obligaciones por KERKORIAN puede ser discutible, pero no se sustenta en un error patente propiamente dicho ni en quiebra de las reglas de la lógica, sino en una determinada y concreta valoración del acervo probatorio de la que se podrá discrepar, pero que no es irracional, absurda o a todas luces errónea, ni, por ello, constitutiva de motivo de anulación. Anulación tanto más improcedente por la causa pretendida, si se repara -como acertadamente destaca KERKORIAN en su escrito de contestación-, en que el Laudo no da por sentado el perfecto cumplimiento de sus obligaciones por KERKORIAN, ni apoya su decisión solo en el hecho de su cumplimiento sustancial: el Laudo, como hemos visto, basa su decisión - *ratio decidendi* - en el pleno cumplimiento por KERKORIAN de su obligación de localizar y poner a disposición de ROM los terrenos que finalmente ésta adquiere -lo que no es controvertido; en el sustancial cumplimiento por KERKORIAN de sus obligaciones contractuales -estipulación 1.2- hasta tanto el contrato no fue denunciado por ROM; en el no incumplimiento de obligaciones que propiamente no eran tales; y en la indebida resolución anticipada de ROM, *que en todo caso habría ignorado la estipulación quinta del contrato al no recabar de KERKORIAN, antes de la resolución unilateral, la subsanación en el plazo pactado de los incumplimientos sustanciales, graves y reiterados que tuviera que reprochar a KERKORIAN* ... A partir de tal resolución unilateral, que deja fuera del cumplimiento del contrato a KERKORIAN, no cabe imputarle incumplimiento alguno.

Pues bien, en esta situación en absoluto es de apreciar, del modo palmario o manifiesto con que la doctrina constitucional lo exige, la presencia de error patente ni de quiebra de las reglas de la lógica en la valoración de la prueba que efectúa el Laudo, que, en consecuencia, no puede ser anulado por tal motivo - infracción del orden público con contravención del art. 24.1 CE .

El motivo es desestimado.



**SEXTO** .- Rechazadas totalmente las pretensiones de la demanda, es obligado, conforme al artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , imponer a la demandante las costas causadas en este procedimiento, pues tampoco pueden apreciarse serias dudas de hecho o de Derecho en el asunto planteado.

Vistos los artículos de aplicación,

#### **FALLAMOS**

**DESESTIMAMOS** la demanda de anulación del Laudo de 13 de julio de 2016, que dicta, en equidad, D. Juan Antonio Cremades Sanz-Pastor en el procedimiento 658/15-C, administrado por la CORTE DE **ARBITRAJE** DEL ILUSTRE COLEGIO DE ABOGADOS DE MADRID, formulada por la Procuradora de los Tribunales D<sup>a</sup>. Ana María Arauz de Robles Villalón, en nombre y representación de SC ROM CAPITAL INVERSIONES S.R.L., contra SC KERKORIAN, S.R.L.; con expresa imposición a la demandante 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 CENDO