



Roj: **STSJ M 11599/2023 - ECLI:ES:TSJM:2023:11599**

Id Cendoj: **28079310012023100414**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **19/10/2023**

Nº de Recurso: **25/2023**

Nº de Resolución: **38/2023**

Procedimiento: **Nulidad laudo arbitral**

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: 28.079.00.2-2023/0143796

Procedimiento ASUNTO CIVIL 25/2023-Nulidad laudo arbitral 14/2023

Materia: Arbitraje

Demandante: LOOPING WEBS, S.L.

Procurador/a: D. IGNACIO LÓPEZ CHOCARRO

Demandada: TEMPUS HOLDING 76, S.A.R.L.

Procurador/a: D. VICTORIO VENTURINI MEDINA.

SENTENCIA 38/2023

Excmo. Sr. Presidente:

D. Celso Rodríguez Padrón

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. José Manuel Suárez Robledano

D. Jesús María Santos Vijande

En Madrid, a 19 de octubre del dos mil veintitrés.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 18 de abril de 2023 tuvo entrada en esta Sala la demanda presentada por Lexnet el 14.04.2023, que formula la representación de **LOOPING WEBS, S.L.** -en adelante, LOOPING-, ejercitando, contra **TEMPUS HOLDING 76, S.A.R.L.** -en adelante, TEMPUS-, acción de anulación parcial del Laudo Final de 13 de febrero de 2023, que dicta el Tribunal Arbitral compuesto por D. Valeriano Hernández-Tavera Martín -Presidente- y los co-árbitros D. Javier Íscar de Hoyos y D. Ernesto Benito Sancho en el Procedimiento Arbitral CIAM20-01-3, administrado por la Corte Internacional de **Arbitraje** de Madrid (CIAM).

SEGUNDO.- Subsanaado el defecto de acreditación de la fecha de notificación del Laudo atendiendo el requerimiento efectuado a tal fin por la DIOR de 26 de abril de 2023, se admite a trámite la demanda por Decreto de 17 de mayo de 2023.



TERCERO.- A efectos de traducción se entrega al Procurador de la actora el Decreto de admisión y la diligencia de emplazamiento (Diligencia de entrega de 24 de mayo de 2023).

Realizado el emplazamiento de la demandada el 10 de julio de 2023, ésta, bajo la representación del Procurador de los Tribunales D. Victorio Venturini Medina, evacua la contestación a la demanda mediante escrito datado y presentado el día 7 de septiembre de 2023, registrado en este Tribunal el siguiente día 8 y con entrada en Sala el 11 de septiembre.

CUARTO.- Por Diligencia de Ordenación de 13 de septiembre de 2023 -notificada el siguiente día 15- se tiene por comparecida a la demandada y por contestada en tiempo y forma la demanda, dando traslado de la contestación a la parte demandante para la presentación de documentos adicionales o proposición de prueba ex art. 42 LA.

La actora deja transcurrir el plazo conferido si presentar ni proponer nuevos medios de prueba.

QUINTO.- El 3 de octubre de 2023 se da cuenta al Ponente al objeto de analizar los medios de prueba solicitados y proponer a la Sala la resolución correspondiente (Diligencia de Ordenación de 03.10.2023).

SEXTO.- Por Auto de 3 de octubre de 2023 la Sala acordó:

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

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

3º. Denegar la demás prueba interesada.

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

5º. Señalar para el inicio de la deliberación y fallo de la presente causa el día **17 de octubre de 2023**, a las 10:00 horas.

Es Ponente el Ilmo. Sr. D. Jesús María Santos Vijande (DIOR 26/04/2023), quien expresa el parecer mayoritario del Tribunal y emite voto particular concurrente. El Excmo. Sr. Presidente de la Sala, D. Celso Rodríguez Padrón, anuncia la formulación de voto particular discrepante.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El Laudo Final acuerda en su parte dispositiva (§ 533):

a) *"Declarar que TEMPUS HOLDINGS 76, S.Á.R.L. ha incumplido el Investement and Shareholders' Agreement*

b) *Declarar resuelto dicho Agreement a instancia de LOOPING WEBS, S.L. por razón del incumplimiento.*

c) *Condenar a TEMPUS HOLDINGS 76, S.Á.R.L. a pagar a LOOPING WEBS, S.L. una indemnización por importe de 275.033,51 euros.*

d) *Condenar a TEMPUS HOLDINGS 76, S.Á.R.L. a pagar a LOOPING WEBS, S.L. 178.973,71 euros en concepto de costas y gastos del procedimiento.*

e) *Desestimar cualquier otra pretensión distinta de las anteriores".*

1. Sin perjuicio de las inexcusables precisiones de hecho y de Derecho que se hayan de hacer, cumple dejar constancia de una primera y general referencia al origen, contexto y delimitación, no discutidos y reflejados en el Laudo, de la controversia sometida a **arbitraje**.

La controversia gira en torno al Acuerdo suscrito el 20 de febrero de 2020 - **Investement and Shareholders' Agreement**, ISA- para la creación y explotación de una *Joint Venture* o *empresa conjunta* que tendría como objeto la adquisición de un *portfolio* de hoteles, con un valor objetivo inicial de 200.000.000 euros, en un periodo de duración estimado de 5 años en los que se llevaría a cabo la explotación de la cartera bajo la marca *Tent Hotels*.

La *estrategia financiera* se encontraba contemplada en el Plan de Negocio que las partes acordaron incorporar como Anexo 3.2 del Acuerdo, y que se encuentra regulado en la Cláusula 3.2 (b) del ISA. En síntesis, esa estrategia consistía en el endeudamiento como instrumento para financiar una serie consecutiva de adquisiciones en un intento de establecerse firmemente en un sector a partir de una compañía "plataforma" (la denominada cartera semilla o "*seed portfolio*", inicialmente integrada por los *Hoteles Capi y Géminis*.

La *joint venture* para la adquisición, renovación y operación de un *portfolio* de hoteles tendría la siguiente estructura societaria (§ 38 del Laudo):



- a) Se crearía una sociedad holding, **HoldCo**, que daría forma a la joint venture, participada al 95% por TEMPUS y al 5% por LOOPING.
- b) De la anterior sociedad pendería, como filial al 100%, una sociedad inmobiliaria, **PropCo** (denominada NUEVO TURISMO, S.L., compañía ya existente y perteneciente al grupo de LOOPING). La PropCo sería propietaria de un portfolio de hoteles, comenzando por dos, Capi y Géminis, que eran ya de LOOPING (el Seed Portfolio) y siguiendo por otros. Para efectuar las adquisiciones, NUEVO TURISMO S.L. obtendría de Banco Santander determinada financiación.
- c) Finalmente, se crearía una empresa de gestión de los hoteles, denominada **OpCo**, responsable de la operación o explotación en beneficio de la Joint Venture y cuyo capital se asignaría en un 40% a TEMPUS y en el 60% restante a LOOPING.

El Acuerdo incorporaba una condición suspensiva relativa a la obtención de financiación bancaria (**Cláusula 1.1**), y además incluía otra condición: que los hoteles integrantes del portfolio no hubieran experimentado antes del cierre de la operación un cambio material adverso - "Material Adverse Change" o "MAC" (**Cláusula 1.3**). Ese cambio podía consistir en un cambio material adverso por cuantía superior al 5% del precio de venta asignado a cada hotel del portfolio; en que se detectase algún defecto estructural en alguno de los edificios que forman parte de la cartera y pudieran reducir el valor del hotel en cuestión en un 5% o más; y en la presentación de un concurso de acreedores voluntario por parte del vendedor o PropCo o declaración de insolvencia del Juzgado Mercantil correspondiente

La condición suspensiva -obtención de financiación bancaria- debería cumplirse no después del 31 de marzo de 2020: si la condición no se cumplía por causa ajena a la voluntad de las partes, el contrato quedaría sin efecto, sin que ninguna de las partes tuviera derecho a compensación alguna. *Pero si la condición no se cumplía por causa imputable a una de las partes, entonces la otra parte podría pedir el resarcimiento de todos los daños* (§ 46 Laudo).

En fecha 31 de marzo de 2020 TEMPUS resolvió unilateralmente el Acuerdo mediante el envío del burofax de esa fecha -doc. nº 5 de la demanda- invocando las dos anteriores cláusulas -1.1 y 1.3.

2. En este contexto LOOPING presentó demanda arbitral frente a TEMPUS invocando la Cláusula 16 del Acuerdo -Causas de Incumplimiento- y solicitando la condena de la Demandada a indemnizar daños y perjuicios de conformidad con lo establecido en los arts. 1101, 1106, 1107.1, 1119 y 1124 del Código Civil.

LOOPING cifró la indemnización en **36.722.938,92 €** por los siguientes conceptos:

- a) *Gastos por la renovación de los Hoteles Capi y Géminis*: 4.037.898 €.
- b) *Costes incurridos por la financiación destinada a la reforma de los hoteles*: 581.140,08 E.
- c) *Otros gastos (personal, honorarios legales y periciales, gastos de viaje, pérdidas de explotación)*: 595.039,82 €.
- d) *Lucro cesante*: 31.508.859,62 E. Dicha indemnización tomó como punto de partida el plan de negocio que quedó incorporado al Acuerdo como Anexo 3.2, en la medida en que el mismo reflejaba las expectativas que ambas partes consideraban que podían obtenerse con la joint venture al tiempo de la firma del contrato. Los peritos calcularon el valor actual neto de dicha joint venture tras el incumplimiento de TEMPUS, estableciendo los flujos de caja efectivos, frente a los flujos de caja esperados en su día por ambas partes: **el lucro cesante reclamado consistía en la diferencia entre lo que LOOPING esperaba ingresar en virtud del Acuerdo, y lo que efectivamente ha ingresado sin dicho Acuerdo.**

Posteriormente, LOOPING suscribió una operación con la sociedad ZETLAND CAPITAL, que le supuso un resultado positivo de 639.106 €, por lo que redujo su solicitud de condena a TEMPUS al importe total de 36.083.832,92 euros.

3. El Laudo Final estimó parcialmente la demanda apreciando el incumplimiento de TEMPUS y resolviendo el Contrato por mor de ese incumplimiento, que traería causa de la conducta dilatoria y contraria a la buena fe de TEMPUS -§§ 391 y 445 del Laudo-, quien tampoco habría demostrado que los hoteles CAPI y GÉMINIS hubieran sufrido algún daño que justificase la resolución unilateral del Acuerdo -ISA- según la cláusula 1.3 del mismo -§ 453 del Laudo. **TEMPUS habría incumplido la asunción de riesgos contractualmente asumida** -§ 306-. Los retrasos en la firma de la financiación de la que dependía el Acuerdo -condición suspensiva- fueron provocados por la propia TEMPUS: constata al respecto el Laudo que " Banco Santander nunca retiró la oferta, y por eso el Tribunal concluye que la primera causa de incumplimiento alegada por TEMPUS no existió" (§ 376) . Y añade el Tribunal Arbitral (§ 391) que "t ampoco existió la segunda causa alegada por TEMPUS para justificar el incumplimiento de la condición suspensiva. Lo que ocurrió es que TEMPUS, con su conducta dilatoria, y en



el fondo con su conducta definitivamente contraria al cumplimiento del ISA, produjo el incumplimiento de la condición suspensiva".

Ahora bien, la actora, que se muestra conforme con el Laudo en cuanto al incumplimiento de TEMPUS, discrepa, empero, respecto de la fijación de la cuantía indemnizatoria que el Tribunal Arbitral ha establecido. Esa discrepancia concierne a un único extremo que, como se verá, delimita el *thema* de la acción de anulación: la negativa del Laudo a otorgar indemnización alguna por lucro cesante, que era la petición de mayor envergadura económica de la demanda, pues ascendía a 31.508.859,62 euros.

Recuerda en este punto la demandante la que estima ser única motivación del Laudo sobre este particular, contenida en sus §§ 502 a 504, del siguiente tenor:

"El lucro cesante reclamado por LOOPING (la ganancia según LOOPING dejada de obtener debido a la terminación del ISA) no es indemnizable, porque se ha constatado que el negocio produjo pérdidas después de la ruptura y hasta donde alcanza la prueba practicada, y en cambio no se ha demostrado que de haberse cumplido el ISA habría habido ganancias. Se sabe con seguridad que en las previsiones del plan de negocio han influido factores (en especial el Covid 19) que el ISA no había previsto. Para que el lucro cesante sea indemnizable debe suceder, aparte de otras cosas, que sea precisamente imputable al incumplimiento, no a otros factores. En todo caso, cuando concurren múltiples factores, la imputación del lucro cesante a uno solo de ellos es más que cuestionable.

Por otro lado, según LOOPING, su lucro cesante ha sido de más de 30 millones de euros, lo que conduce a pensar que la ganancia dejada de obtener por TEMPUS, debido a su propia actuación, es de más de 600 millones, dado que

tenía que haber adquirido el 95% de la HoldCo. Pero tal noción es inconcebible a la vista de la prueba obrante en autos. El ISA solo duró seis semanas, era "a venture" (es decir una aventura), cuyo recorrido había que definir por acuerdos comunes que no se habían adoptado todavía, y cuyo escenario más pesimista no había previsto incertidumbres de la magnitud de las que se dieron. Por todo eso, el incumplimiento de TEMPUS no produjo el lucro cesante que LOOPING reclama.

La jurisprudencia ha señalado que no hay lucro cesante cuando la ganancia se presenta como meramente posible, hipotética o fundada en esperanzas inconcretas (sentencias de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo n.º 713/2010, de 15 de noviembre, ya citada , y n.º 274/2008, de 21 de abril , EDJ 2008/166700, entre otras). Tal es nuestro caso, y por tanto no procede reconocer a LOOPING ninguna cantidad como indemnización por lucro cesante".

4. La ratio de la demanda de anulación es muy clara: " la desestimación de la petición de indemnización de lucro cesante vulnera el orden público -41.1.f) LA- porque se fundamenta en una motivación probatoria y jurídica arbitraria, voluntarista y contraria a la lógica" -§ 47.

(i) Tras dejar constancia de reiterados criterios y jurisprudenciales sobre que la motivación arbitraria es paradigma de infracción del orden público como causa de anulación -§§ 54 a 72-, precisa, con cita, entre otras, de las SSTC 222/2015, 157/2009, 92/2008 y 105/2006, que " 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". Ausencia de arbitrariedad motivadora que, lógica y legalmente, es exigible al laudar - arts. 37.4 LA y 24.1 Reglamento CIAM. Arbitrariedad motivadora que puede extenderse a la valoración de la prueba (v.gr., STSJ Madrid 15/2018)

En este punto, la actora trae a colación, v.gr., las siguientes palabras de la Sentencia de esta Sala 38/2022, de 2 de noviembre - roj STSJ M 13266/2022:

"No podemos olvidar que el art. 9.3 de nuestra Constitución garantiza la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos y que la arbitrariedad es el acto o proceder contrario a la justicia, la razón o las leyes, dictado solo por la voluntad o el capricho (Diccionario de la Real Academia Española). Dice la Sentencia del Tribunal Constitucional de 27-2-2017, Sala 2a, que la evitación de la prohibida arbitrariedad es una garantía de que el fundamento de la decisión

sea la aplicación no arbitraria de las normas que se consideren adecuadas al caso. 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 (Sentencias del Tribunal Constitucional 147/1999, de 4 de agosto, FJ 3; 25/2000, de 31 de enero, FJ 2; 221/2001, de 31 de octubre, FJ 6, y 308/2006, de 23 de octubre, por todas).

(...)



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

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

O en los términos, también transcritos, de nuestra Sentencia 6/2023, de 7 de marzo -roj STSJ M 2591/2023:

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

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

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

En este sentido, cumple recordar -como atinadamente hace la actora- las siguientes palabras de la precitada Sentencia 66/2021 [de STSJ M 9028/2021 de 22 de octubre]:

"No obsta, pues, a lo que decimos el hecho de que, en general, la Ley de Arbitraje interna establezca un ámbito limitado de enjuiciamiento en la acción de

anulación, pues el orden público reviste en cada caso el alcance que le es propio. Esta objeción, que el ámbito limitado de la acción de anulación impide al Tribunal verificar el acierto del Árbitro a la hora de aplicar las normas de defensa de la competencia -el control de su motivación sería meramente formal o externo-, ha sido expresamente planteada en el asunto C-567/14 , Genentech Inc. y Hoechst GmbH, Sanofi-Aventis Deutschland GmbH, resuelto por la STJUE de 7 de julio de 2016, que rechaza ese planteamiento y entra a analizar en sentido propio el fondo del asunto. Y ello con independencia de que, como también hemos dicho tras la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional en sus SS 46/2020, 17/2021, 55/2021 y 65/2021, "no se trata de que esta Sala deba exigir del Árbitro el acierto en su decisión; pero sí debemos demandarle, por imperativo constitucional, que su decisión sea expresión de una genuina motivación, acertada o no, pero en ningún caso arbitraria o fruto de la mera expresión de un acto de voluntad. Los Tribunales de Justicia, genuinos poderes públicos, infringiríamos la Constitución si no verificásemos que el razonamiento de los Laudos, en la interpretación normativa y en la valoración probatoria, no es arbitrario, irrazonable, absurdo, patentemente errado, meramente aparente o inexistente, concerniendo también tales exigencias a la motivación del juicio de hecho, esto es, a la ponderación de la prueba directamente conectada con la ratio decidendi. Da igual cuál sea el origen o la raíz, legal o constitucional, del deber de motivación del Laudo: lo que no es cuestionable -y no lo es tampoco por la más reciente jurisprudencia constitucional- es que un Tribunal de Justicia que no repara un déficit de motivación constitucionalmente relevante infringe él mismo el art. 24.1 CE . Y los parámetros de esa verificación jurisdiccional han de ser, a todas luces, los que conforman el contenido esencial del derecho fundamental implicado y, más ampliamente aún, el contenido constitucionalmente declarado de ese derecho fundamental, precepto o principio constitucional concernido, o principio internacionalmente admitido; en este sentido expressis verbis, la STC 65/2021 , FJ 50" - Auto 11/2021, de 21 de septiembre ".

(ii) Ya en concreto, la actora no se queja tanto de que el Laudo dedique al lucro cesante una motivación exigua (página y media en un laudo de 100), cuanto de que " despache una cuestión que dio lugar a cuatro informes periciales y ocupó un día de audiencias sin que el laudo mencione siquiera dichas pericias". El Laudo se limitaría en este punto -cfr. supra §§ 502 a 504- a una " serie de afirmaciones apodícticas que no se sabe de dónde salen, que ni siquiera se explican, que adolecen de errores de base, y que, incluso, contradicen afirmaciones realizadas por la parte demandada en su determinación de los daños".



La primera de las "razones" que menciona el laudo es que **"el negocio produjo pérdidas después de la ruptura y hasta donde alcanza la prueba practicada, y en cambio no se ha demostrado que de haberse cumplido el ISA habría habido ganancias"** (§ 502).

Dice al respecto la demanda de anulación que la aseveración realizada por el Laudo sobre que el lucro cesante era improcedente a la vista de las pérdidas registradas inmediatamente después de la resolución del Acuerdo, adolece de evidente arbitrariedad, puesto que considera determinante la comparación con una realidad, el "negocio" en los momentos posteriores a la resolución, que nunca ha existido. Error patente, lesivo del deber de motivación, ya que el "negocio" al que se refiere nunca llegó a nacer puesto que el contrato fue resuelto estando pendiente de cumplirse una condición suspensiva. Si *la joint venture* no llegó a adquirir existencia efectiva, difícilmente se podía tomar como parámetro de comparación a los efectos de determinar el daño esta realidad nunca acaecida (§§ 81 y 82).

La segunda de las "razones" esgrimidas por el laudo para negar la indemnización fue que **"no se ha demostrado que de haberse cumplido el ISA habría habido ganancias"**, porque "se sabe con seguridad que en las previsiones del plan de negocio han influido factores (en especial el Covid-19) que el ISA no había previsto. Para que el lucro cesante sea indemnizable debe suceder, aparte de otras cosas, que sea precisamente imputable al incumplimiento, no a otros factores. En todo caso, cuando concurren múltiples factores la imputación del lucro cesante a uno solo de ellos es más que cuestionable"

Entiende la demanda de LOOPING que este razonamiento es, de nuevo, expresión de la mayor arbitrariedad, porque:

"responde a la voluntad deliberada de ignorar lo que ocurrió en el procedimiento. No se trata de un exceso verbal, sino de la constatación de una realidad: los autores del informe pericial presentado con la demanda fueron expresamente interrogados sobre la razón por la que su informe no se refería expresamente a la pandemia y si su resultado habría sido distinto de haberla contemplado. Como quedó reflejado en nuestro escrito de conclusiones -doc. 19 de la demanda, § 124) y, antes de ello, en la grabación del interrogatorio, los peritos son interrogados acerca de las razones por las que no mencionaban la pandemia y si ello afectaba a sus conclusiones y la respuesta de los peritos fue contundente: si el informe no tenía en cuenta de manera expresa la pandemia era porque la pandemia habría afectado por igual al cumplimiento del contrato y a la realidad del negocio de mi representada al margen del mismo" (§ 86).

En este punto la demanda formula una precisión adicional dirigida a poner de manifiesto que no está ante una mera discrepancia con la valoración de la prueba, sino ante la realidad de que esa valoración *brilla por su ausencia*. En palabras del escrito de demanda (§ 88):

" Por supuesto que el Laudo podía discrepar del criterio técnico manifestado por los peritos; esto nadie lo discute. Lo que se objeta es que esa discrepancia no se haya expresado como tal, ni se haya justificado para que esta parte pudiera conocer las razones por las que los árbitros no aceptaban los postulados de los peritos. La absoluta falta de explicación de estas razones nos impide saber por qué no se aceptó la opinión de unos expertos independientes de reconocido prestigio y amplia experiencia en el cálculo de beneficios empresariales futuros, de manera que, a día de hoy, incluso podríamos dudar si la conclusión establecida en el laudo se debe a que los árbitros discreparon de los peritos, a que no los entendieron, o a que ni siquiera prestaron la debida atención a sus informes. Es difícil de imaginar un supuesto más claro de déficit de motivación".

También reprueba la demanda que el Laudo, al final de esa su segunda razón, pusiese en tela de juicio el nexo causal con una radical falta de motivación.

El Laudo concluye diciendo que el lucro cesante reclamado no puede indemnizarse porque en el curso causal de los hechos concurren circunstancias adicionales al incumplimiento y esto hacía *"más que cuestionable"* la relación de causalidad, pero no explica por qué esa "cuestión" sobre la causalidad de los daños determinaba, sin más, la improcedencia de la indemnización, como si esa "cuestión" no fuese tal cosa, sino una realidad incontestable incompatible con la indemnización. Lo que dijeron los árbitros es que **la causalidad resultaba cuestionable pero ni explicaron por qué, ni dijeron, siquiera, por qué razón esa cuestión merecía siquiera ulterior análisis**. Una vez más una afirmación determinante del sentido de la decisión se formula ayuna de fundamento. El Laudo no explica por qué le parece cuestionable el nexo de causalidad y, sobre todo, por qué la existencia de esa duda es suficiente para negar la indemnización (§§ 89 y 92 de la demanda).

El Laudo, además, habría omitido toda consideración jurídica sobre el régimen probatorio del lucro cesante, tal y como es generalmente asumido por la doctrina y la jurisprudencia: el Tribunal arbitral, con manifiesta arbitrariedad, habría laudado como si estuviera ante un **arbitraje** de equidad y no de Derecho, pues no ha sometido su decisión a pauta jurídica de ninguna clase a la hora de entender como no probado el lucro cesante.



Sobre la prueba del lucro cesante añade la demanda de anulación que el Laudo exige una prueba directa, incontestable, sin margen de dudas: tanto la jurisprudencia civil como la generalidad de la doctrina consideran que este criterio es absurdo y equivocado. Pero, en todo caso, lo relevante es que el Laudo no explica mínimamente, y mucho menos en términos jurídicos, su conclusión de que el efecto dañoso no ha quedado probado porque la prueba practicada no habría demostrado que el lucro cesante se habría producido en todo caso, pese a la pandemia.

Reconoce la demanda que el Colegio Arbitral " *ha dicho que el lucro cesante que se reclamaba pudo deberse a 'otros factores' también, aparte del incumplimiento, pero no nos ha dicho por qué esa afirmación excluye la responsabilidad de TEMPUS por el incumplimiento . **El Laudo se limita a reflejar una concurrencia de posibles causas del daño, pero no va más allá: no nos dice por qué, si fueron varias las posibles causas, esto conduce a excluir la relevancia del incumplimiento.** Y, además, **parecen indicar** que su conclusión se debe a que esta parte no probó con absoluta certeza y sin margen alguno para la duda que solo el incumplimiento fuese determinante del daño o, lo que es igual, que la ganancia también se podría haber dejado de obtener como consecuencia de la pandemia, aunque el contrato se hubiese cumplido" (§ 101).*

" *La escuálida referencia que el Laudo hace al problema de la causalidad del lucro cesante*", si bien cita genéricamente dos Sentencias de la Sala Primera, para nada analiza la distribución de los riesgos realizada por las partes del contrato, como única forma jurídica de verificar si el incumplidor queda exonerado de resarcir aquellos daños que razonablemente se deriven de su incumplimiento por el solo hecho de que en el curso causal de los hechos se haya producido alguna circunstancia cuyas consecuencias no debieran correr a cargo del contratante víctima del incumplimiento, de acuerdo con esa asignación de riesgos. Análisis que, *in casu*, era tanto más exigible dado que TEMPUS habría sido un incumplidor doloso (§§ 104 y ss.).

También reprueba la demanda el "argumento" del § 503 del Laudo, cuando reputa desproporcionado el lucro cesante pretendido, " *porque supondría que si TEMPUS hubiese cumplido el contrato ésta hubiera ganado veinte veces más*". "Esta suerte de comparación es un argumento que no tiene encaje posible en Derecho. Una consideración así no es más que una opinión personal fundada en algo tan caprichoso como lo que cada uno entienda que es mucho o es poco. Y algo más: constituye un criterio determinante de la decisión del Laudo que no tiene reflejo ninguno en el Derecho español con arreglo al cual debía resolverse la controversia" (§ 111).

La misma tacha -subjetivismo y ajenidad a todo criterio jurídico- imputa la demanda a los últimos argumentos del Laudo: que el contrato solo estuvo vigente seis semanas y, además, que el cumplimiento del plan de negocio que los peritos han tomado como punto de partida dependía de acuerdos futuros entre las partes que podrían no darse. Dice al respecto:

"*El tiempo durante el que el contrato permaneció vigente es un criterio que no aparece en las normas del Derecho español que regulan la responsabilidad contractual, lo que nuevamente introduce en el Laudo, con un efecto determinante del fallo, son criterios personales y, por ende, caprichosos determinantes de arbitrariedad. Sobre lo segundo, que este argumento viene, en definitiva, a excluir la indemnización teniendo en cuenta circunstancias que no se sabe si se habrían producido que, en todo caso, habrían pertenecido al futuro. Una nueva arbitrariedad porque las normas reguladoras de la responsabilidad contractual no contemplan en modo alguno la exoneración del incumplidor por ese tipo de circunstancias. El único momento determinante para el análisis de los daños en el caso del incumplimiento doloso es el momento en el que el incumplimiento se produce y no es aceptable que se permita que quien incumple dolosamente quede exonerado de responder porque el contrato que incumplió voluntariamente contemplaba en su desarrollo sucesivos nuevos acuerdos de las partes. También en este punto el Laudo se aparta caprichosamente, sin explicarnos por qué, del Derecho vigente, validando un incumplimiento oportunista por parte de TEMPUS"...* " **Es el contrato quien, en este caso, determina los daños indemnizables y constituye una arbitrariedad, sino un absurdo manifiesto, sostener, como hace el Laudo, que son las previsiones del contrato las que excluyen que quien incumplió responda por su incumplimiento**".

Finalmente, aduce LOOPING lo que califica de " *mejor prueba de la arbitrariedad del Laudo*": " *la actuación de los árbitros*". Dice al respecto (§ 117):

"*Como consta en el Laudo el primer presidente del Tribunal hubo de ser reemplazado por causas de fuerza mayor. Quien lo sustituyó tuvo la posibilidad de interrogar de nuevo a los peritos, que las partes dejaron a su criterio, pero no lo hizo. Tampoco decidieron los árbitros acordar la práctica de una prueba pericial, como podrían haber hecho. Si esto es así, resulta aún más difícil de entender las conclusiones que sientan en el Laudo sobre la prueba del lucro cesante, ya que, como se habrá visto, éstas no se construyen tanto a base del establecimiento de conclusiones contrarias a la de nuestros peritos, sino a partir de la formulación de dudas sobre estas. Si estas dudas existían, deberían haber acordado nuevos interrogatorios o esa prueba pericial de oficio. Que no lo hicieran, simplemente confirma que les resultaba indiferente lo que dijeran nuestros peritos, o cualesquiera otros, porque su decisión sobre el lucro cesante no dependía de opiniones técnicas, sino que solamente se*



fundamentaba en criterios subjetivos desprovistos de fundamentación técnica y, peor aún, de engarce imposible en las normas de Derecho con arreglo a las cuales debían resolver".

En virtud de lo expuesto, solicita, ex art. 41.1.f) LA, **la anulación del Laudo impugnado únicamente " en cuanto a la desestimación de la pretensión indemnizatoria de lucro cesante implícitamente contenida en el apartado e) de su parte dispositiva "**, amén de la expresa condena en costas de la demandada.

5. En su contestación TEMPUS postula que la demanda de LOOPING desnaturaliza el ámbito de la acción de anulación y extiende la noción de orden público en contra de la doctrina constitucional sobre la materia - SSTC 46/2020, 15/2021, 65/2021 y 50/2022- con el fin de que esta Sala entre a revisar el fondo del asunto tanto en la valoración de la prueba como en la aplicación del Derecho, sustituyendo la labor inexcusable, pero exclusiva de los árbitros. El Laudo estaría firmemente asentado en una racional valoración conjunta de la prueba practicada, que se expresa mediante una motivación suficientemente detallada. La demanda de anulación no entraña sino una sesgada discrepancia con la cabal y justificada formación del juicio de hecho que contiene el Laudo (§ 3.

En este sentido afirma TEMPUS que " **lo que de verdad reprocha LW al Laudo final es no haber tenido en cuenta determinados medios de prueba (los informes periciales por ella aportados en el arbitraje) y una incorrecta valoración de los mismos. Pero ese no es el objeto de una acción de anulación del laudo "** (§ 2) . El énfasis es nuestro.

Explica la demandada por qué resolvió el Contrato en 2020 ante las catastróficas perspectivas económicas que auguraba la crisis del Covid 19 (§§ 9 y 10.) Enfatiza que " *en el año 2020, LW -LOOPING- conservó la propiedad de los Hoteles Capi y Géminis, los reformó y los sigue explotando bajo el concepto "Tent". Los Hoteles obtuvieron cuantiosas pérdidas sobre lo presupuestado "* (§11).

No sin abierta contradicción con las premisas jurídicas en que se basa con reiteración el escrito de contestación, éste, tras rememorar la posición TEMPUS en el **arbitraje** sobre la ausencia de lucro cesante y el carácter puramente especulativo de la posición de LOOPING sobre su existencia (§§ 16 y ss.), reprocha que las pericias de contrario " **Informe Mascarerías y el Anexo al Informe Mascarerías- basen su cálculo de lucro cesante precisamente en eso, en esperanzas "**. Reseña cumplidamente, acto seguido, la intervención de los peritos Sres. Felix y Antonia en las audiencias del **arbitraje** y cómo reputaron irrelevante la incidencia de la pandemia en sus cálculos, a diferencia de lo argüido por el perito Sr. Gregorio al ratificar sus informes periciales (§§ 23 y ss.). También contrasta detenidamente esta su pericia, la del Sr. Gregorio, con las pericias de contrario en relación con la duración del plan de negocio, lo acaecido -pérdidas- en los dos primeros años del mismo -si bien dando por sentado que la resolución contractual es anterior-, y las infundadas expectativas de compra de hoteles de que parten los cálculos efectuados por los peritos de LOOPING (§§ 29 a 35... A lo que añade que los peritos de LOOPING " *obviaron por completo en su cálculo de lucro cesante los compromisos económicos y financieros que habría asumido con Banco Santander de haberse firmado la Financiación Santander y no haberse resuelto el Acuerdo de JV "* (§§ 36 y ss.).

A renglón seguido, analiza la decisión del Tribunal Arbitral sobre el lucro cesante en los términos ya reseñados (§§ 47 a 49). Inmediatamente antes enfatiza la contestación a la demanda el hecho de que el Tribunal Arbitral denegase la solicitud de careo entre los peritos -efectivamente prevista como posibilidad en la Orden Procesal nº 8-, solicitada por la defensa de TEMPUS ante su diametral diversidad de pareceres. El Tribunal Arbitral, pese a no apremiar el transcurso de los plazos para su práctica, la denegó por considerarse suficientemente ilustrado; también rechazó una segunda solicitud de careo el nuevo Presidente -ante la renuncia del primeramente designado...-, nombrado con posterioridad a la audiencia donde se ratificaron las pericias (§§ 39-44).

En sede de fundamentación jurídica abunda la contestación en las premisas que ya hemos reseñado. En primer lugar, repara en el carácter extraordinario y excepcional de la acción de anulación -§§ 56 a 72), donde, con cita de copiosa jurisprudencia de esta Sala y de la STC 45/2020 -sic-, concluye, como en efecto este Tribunal ha concluido reiteradamente, que "*la acción de anulación no abre una segunda instancia, un 'novum iudicium' en el que se pueda revisar sin limitaciones, con plenitud de jurisdicción, 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 "*.

Tras dar cuenta del concepto de orden público y de su necesario carácter restrictivo (no puede utilizarse como un "cajón de sastre" bajo cuyo cobijo el Tribunal de anulación sustituya la labor del árbitro con una revisión del fondo del asunto -§§ 74 a 83), aborda la contestación el contenido del deber de motivación de los laudos arbitrales que, aun siendo de configuración legal, en los términos de las SSTC 46/2020, 17/2021 y 65/2021, veda la ausencia de motivación o su arbitrariedad (§§ 84- 105). A juicio de la demandada, en la justificación del juicio de hecho, el Árbitro no tiene "**por qué identificar las pruebas en las que se ha basado para tomar su decisión sobre los hechos, ni motivar su preferencia de una prueba sobre otra "**, si bien reconoce que la más



reciente jurisprudencia constitucional, en concreto la STC 65/2021, expresamente dice que el Tribunal que conoce de la acción de anulación " debe controlarla razonabilidad del discurso que une la actividad probatoria y el relato fáctico que de ella resulta " (§ 97 .

Recuerda, acto seguido, la contestación a la demanda -en línea con el Laudo- los requisitos que debe cumplir la indemnización por lucro cesante según consolidada jurisprudencia del Tribunal Supremo -§§ 110 a 121-, con especial énfasis en el hecho de que ésta no nace del mero incumplimiento, sino de la efectiva o plausible irrogación de perjuicios. A continuación rememora la jurisprudencia citada por el Laudo, en sintonía con la de su contestación a la demanda arbitral -§§ 122 a 128-, haciendo referencia a alusiones tangenciales del Laudo al lucro cesante en sus §§ 476 y 477.

Hasta aquí, realmente, el escrito de contestación a la demanda se ha limitado a dejar constancia de su propia valoración de las pericias y a constatar la doctrina jurisprudencial que estima aplicable al caso.

A continuación rememora la contestación las tres razones dadas por el Laudo para denegar el lucro cesante en sus §§ 502 y 503: los propios resultados obtenidos por el negocio, que produjo pérdidas después de la ruptura según información aportada por la propia LOOPING; la existencia del Covid-19; y la incertidumbre de las previsiones del plan de negocio que se basaban en acuerdos hipotéticos -§§ 129 y 130 de la contestación.

Hace hincapié la contestación a la demanda en que el Laudo abunda en la trascendencia del Covid-19 en sus §§ 318 a 330, llegando a concluir, en referencia al impacto que el virus podía causar en el negocio, que " en marzo de 2020 nadie sabía, ni para bien ni para mal, qué podía pasar al día siguiente " -§ 330-: (LOOPING) solo podía albergar presentimientos -§ 329.

La última de las razones por las que el Tribunal Arbitral considera que no ha de reconocerse la indemnización por lucro cesante reclamada por LW es porque el plan de negocio en el que LW basaba sus cálculos dependía de la definición de " acuerdos comunes que no se habían adoptado todavía". Enfatiza la demandada que, como indica el Laudo final, la adquisición de hoteles adicionales no era una certeza, sino una mera expectativa sujeta al cumplimiento de múltiples variables, como evidencia la cláusula 11ª de la Joint Venture -§§ 137 y ss. del escrito de contestación.

Todo ello justifica el entendimiento del Laudo de que la indemnización por lucro cesante solicitada por LOOPING es, sencillamente, una ganancia que se presenta como meramente posible, hipotética o fundada en esperanzas inconcretas. Concluye la contestación a la demanda, con reiteración de jurisprudencia citada, que no hay el menor atisbo de infracción del orden público, puesto que el Laudo ni adolece de motivación del juicio de hecho, ni ésta es arbitraria o irracional; la demanda articula únicamente una mera discrepancia con la valoración de la prueba efectuada por el Tribunal Arbitral (§§ 146-153.

Suplica la desestimación de la demanda con imposición de costas a la actora.

SEGUNDO.- El motivo de nulidad invocado debe ser analizado teniendo presentes cuáles son los límites de nuestro enjuiciamiento en el seno de la acción de anulación y, de modo particular, cuando hayamos de verificar si concurre la causal " infracción del orden público" -art. 41.1.f) LA, ya sea en su vertiente material o procesal.

1. Criterios de enjuiciamiento.-

Hemos dicho en nuestra **Sentencia 21/2022, de 24 de mayo** -autos de nulidad de laudo arbitral 4.2022, FJ 3º.2-, y reiterado, entre otras, en nuestra **Sentencia 6/2023, de 7 de marzo** - roj STSJ M 2591/2023-, en su FJ 3º.1:

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

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

Desarrollando estos conceptos, esta misma Sala de lo Civil y Penal, entre otras muchas en las Sentencias ya citadas, vino a resumir cuanto dijo en pronunciamientos anteriores (por ejemplo SS de 6 de noviembre de 2013 -Acción de anulación 5/2013; 13 febrero de 2.013 - Acción de anulación 31/2012; y 23 mayo de 2.012 - Acción de anulación 12/2011), en los siguientes términos: " por orden público han de estimarse aquel conjunto

de principios, normas rectoras generales y derechos fundamentales constitucionalizados en el Ordenamiento Jurídico español, siendo sus normas jurídicas básicas e inderogables por la voluntad de las partes, tanto en lo social como en lo económico (STC 54/1989, de 23-2), y por ende, a los efectos previstos en el citado artículo, debe considerarse contrario al orden público, aquel Laudo que vulnere los derechos y libertades fundamentales reconocidos en el Capítulo II, Título I de la Constitución, garantizados a través de lo dispuesto en términos de generalidad en el artículo 24 de la misma, incluyendo la arbitrariedad patente referida en el art. 9.3 de la Constitución, y desde luego, *quedando fuera de éste concepto la posible justicia del Laudo, las deficiencias del fallo o el modo más o menos acertado de resolver la cuestión*".

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

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

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

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

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

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

" *Ahora, de nuevo, hemos de reiterar que la valoración del órgano judicial competente sobre una posible contradicción del laudo con el orden público, no puede consistir en un nuevo análisis del asunto sometido a **arbitraje**, sustituyendo el papel del árbitro en la solución de la controversia, sino que debe ceñirse al enjuiciamiento respecto de la legalidad del convenio arbitral, la arbitrabilidad de la materia y la regularidad procedimental del desarrollo del **arbitraje**. En este orden de ideas, ya hemos dicho que "**por orden público material se entiende el conjunto de principios jurídicos públicos, privados, políticos, morales y económicos, que son absolutamente obligatorios para la conservación de la sociedad en un pueblo y en una época determinada (SSTC 15/1987, de 11 febrero ; 116/1988, de 20 junio ; y 5411989, de 23 febrero)**, y, desde el punto de vista procesal, el orden público se configura como el conjunto de formalidades y principios necesarios de nuestro ordenamiento jurídico procesal, y solo el **arbitraje** que contradiga alguno o algunos de tales principios podrá ser tachado de nulo por vulneración del orden público. Puede decirse que el orden público comprende los derechos fundamentales y las libertades garantizados por la Constitución, así como otros principios esenciales indisponibles para el legislador por exigencia constitucional o de la aplicación de principios admitidos internacionalmente" (STC 46/2020, de 15 de junio , FJ 4).*

(...)

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

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



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

En parecidos términos, con cita y parcial transcripción de sus precedentes Sentencias 17/2021 y 65/2021, se pronuncia la **STC 50/2022, de 4 de abril** -en su FJ 3º-, **reincidiendo en que la infracción de reglas imperativas al laudar vulnera el orden público**. Tal aserto constituye, en términos puramente lógicos, un límite expreso a la generalidad de la afirmación, también reiterada en esas mismas Sentencias, de que el Tribunal de anulación " *no puede entrar a analizar la adecuación de la motivación del laudo al Derecho aplicable*". No cabe duda - *nemine discrepante*- de que esta aseveración es innegable en su misma generalidad; pero también parece evidente que resulta de imposible observancia cuando el Tribunal de anulación haya de preservar que el Laudo no ignore o infrinja el contenido de reglas imperativas: normas indisponibles que el propio Tribunal Constitucional llama a preservar a través de la acción de anulación, como no podía ser de otro modo, dado el ámbito admisible de la autonomía de la voluntad que funda la institución del **arbitraje**, junto con otros principios jurídicos también inexcusables para que el Laudo goce con licitud constitucional de la fuerza de cosa juzgada material sin contravenir el art. 117.3 CE: tales como, v.gr., la preservación en el devenir del **arbitraje** de los principios de audiencia, contradicción e igualdad.

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

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

En este sentido, cumple recordar las siguientes palabras de la precitada Sentencia 66/2021:

" *No obsta, pues, a lo que decimos el hecho de que, en general, la Ley de Arbitraje interna establezca un ámbito limitado de enjuiciamiento en la acción de anulación, pues el orden público reviste en cada caso el alcance que le es propio. Esta objeción, que el ámbito limitado de la acción de anulación impide al Tribunal verificar el acierto del Árbitro a la hora de aplicar las normas de defensa de la competencia -el control de su motivación sería meramente formal o externo-, ha sido expresamente planteada en el asunto C-567/14 , Genentech Inc. y Hoechst GmbH, Sanofi-Aventis Deutschland GmbH, resuelto por la STJUE de 7 de julio de 2016, que rechaza ese planteamiento y entra a analizar en sentido propio el fondo del asunto. Y ello con independencia de que, como también hemos dicho tras la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional en sus SS 46/2020 , 17/2021 , 55/2021 y 65/2021 , "no se trata de que esta Sala deba exigir del Árbitro el acierto en su decisión; pero sí debemos demandarle, por imperativo constitucional, que su decisión sea expresión de una genuina motivación, acertada o no, pero en ningún caso arbitraria o fruto de la mera expresión de un acto de voluntad. Los Tribunales de Justicia, genuinos poderes públicos, infringiríamos la Constitución si no verificásemos que el razonamiento de los Laudos, en la interpretación normativa y en la valoración probatoria, no es arbitrario, irrazonable, absurdo, patentemente errado, meramente aparente o inexistente, concerniendo también tales exigencias a la motivación del juicio de hecho, esto es, a la ponderación de la prueba directamente conectada con la ratio decidendi. Da igual cuál sea el origen o la raíz, legal o constitucional, del deber de motivación del Laudo: lo que no es cuestionable -y no lo es tampoco por la más reciente jurisprudencia constitucional- es que un Tribunal de Justicia que no repara un déficit de motivación constitucionalmente relevante infringe él mismo el art. 24.1 CE . Y los parámetros de esa verificación jurisdiccional han de ser, a todas luces, los que conforman el contenido esencial del derecho fundamental implicado y, más ampliamente aún, el contenido constitucionalmente declarado de ese derecho fundamental, precepto o principio constitucional concernido, o principio internacionalmente admitido; en este sentido expressis verbis, la STC 65/2021 , FJ 5º" - Auto 11/2021, de 21 de septiembre "*

Es incuestionable, pues, a la luz de la doctrina del Tribunal Constitucional, que los errores groseros y patentes en la apreciación o calificación de los hechos así como las interpretaciones o valoraciones arbitrarias, irrazonables, ilógicas, absurdas o manifiestamente erróneas suponen una vulneración directa del artículo



24.1 de la Constitución española y, consecuentemente, afectan también al orden público como causa para la anulación de las resoluciones arbitrales. Y existe vulneración del artículo 24 de la Constitución cuando la resolución " sea producto de un razonamiento equivocado que no se corresponde con la realidad, por haber incurrido el órgano judicial en un error patente en la determinación y selección del material de hecho o del presupuesto (jurídico) sobre el que se asienta su decisión" (STC 206/1999). De incurrir el Laudo en estos déficits de motivación procederá su anulación ex art. 41.1.f) LA, pues, de lo contrario, sería el Tribunal de Justicia quien, de no reparar tales deficiencias con la consecuencia legal a ellos anudada -la anulación-, estaría vulnerando sin lugar a dudas el art. 24.1 CE.

De ahí que el Tribunal Constitucional, de forma expresa, afirme que la Sala que conoce de la acción de anulación haya de verificar o " comprobar que haya habido una actividad probatoria de cargo válida y que la resolución judicial no haya sido arbitraria, irracional o absurda (SSTC 96/2000, de 10 de abril, FJ 5 , y 12/2004, de 9 de febrero , FJ 2), o lo que es lo mismo, debe controlar únicamente **la razonabilidad del discurso que une la actividad probatoria y el relato fáctico que de ella resulta** " (STC 65/2021, de 15 de marzo , FJ 5º) " .

Es inobjetable que el discurso que une la actividad probatoria al relato fáctico que de ella resulta no puede ser razonable si parte de premisas inexistentes o si ignora de un modo radical o esencial ponderar la actividad probatoria existente .

En suma: no se puede dudar con el debido fundamento de que el Tribunal Constitucional mantiene claramente que la arbitrariedad o la inexistencia de motivación sí integran el orden público procesal: con independencia de cuál sea el fundamento constitucional y/o legal del deber de motivación del Laudo no es dable cuestionar, con la jurisprudencia constitucional en la mano, que la arbitrariedad, la sinrazón, el error patente, la contravención de las reglas de la lógica, la falta radical de motivación, la motivación aparente y/o la motivación infractora de normas imperativas al laudar constituyen infracción del orden público.

Lo repetimos: no es dable olvidar que el TC, en referencia expresa a *la infracción del orden público como causa de anulación de los laudos arbitrales* -son palabras de la rúbrica, v.gr., del FJ 3 STC 65/2021, afirma de modo taxativo -v.gr., FJ 3º in fine STC 65/2021:

"Que excepcionalmente cabe anular una decisión arbitral cuando se hayan incumplido las garantías procedimentales fundamentales como el derecho de defensa, igualdad, bilateralidad, contradicción y prueba; **cuando el laudo carezca de motivación o esta sea arbitraria, ilógica, absurda o irracional; cuando se hayan infringido normas legales imperativas** ; o cuando se haya vulnerado la intangibilidad de una resolución firme anterior".

Desde estos parámetros de enjuiciamiento -resumidamente expuestos- habremos de verificar a continuación si el Laudo incurre en **manifiesta arbitrariedad** en su motivación, en Derecho, del juicio de hecho que lleva al Tribunal Arbitral a entender no acreditado el daño por lucro cesante, verificando si ese entendimiento trae causa de razonamientos ilógicos o contradictorios que repelen al más básico raciocinio, y, aun antes, si esa conclusión arbitral adolece de un déficit radical de ponderación de la prueba obrante en el expediente.

2. Motivación del Laudo y decisión de la Sala.

La Sala verifica que la motivación que lleva al Tribunal Arbitral a entender no probado el lucro cesante se contiene en los §§ 502 a 504 del Laudo, supra transcritos.

(i) Pues bien, de todo lo expuesto una conclusión se sigue de modo patente: sin necesidad de entrar a analizar el eventual carácter arbitrario e ilógico de alguna o algunas de las razones que da el Laudo para denegar la pretensión de lucro cesante, lo que esa argumentación revela, el proceder que sin lugar a dudas evidencia el discurso del Laudo puede resumirse así: *digo que no hay prueba del lucro cesante pretendido, pero ni analizo la que se me aporta, ni explico por qué no la analizo.*

Corroboramos palmariamente lo que decimos la propia contestación a la demanda de anulación: hemos dejado cumplida constancia en el Fundamento precedente de cómo TEMPUS examina con detalle las distintas pericias practicadas en el seno del **arbitraje** para sustentar su conclusión acerca de la razonabilidad del Laudo; y somete a la consideración de esta Sala esa su ponderación probatoria. Olvida entonces la demandada, en contra de los atinados postulados teóricos que enuncia sobre el ámbito de la acción de anulación, que no es cometido de este Tribunal efectuar una nueva valoración de la prueba. Es la contestación misma, insistimos, la que hace especialmente indiscutible la omisión de la motivación del juicio de hecho en que incurre el laudo: ni una sola referencia explícita ni implícita a las 4 pericias practicadas sobre la existencia y, en su caso, el monto del lucro cesante. Lleva razón la actora cuando asevera que el Laudo afirma sus conclusiones " *de un modo apodíctico*". En palabras del § 88 de la demanda de anulación:



" **Por supuesto que el Laudo podía discrepar del criterio técnico manifestado por los peritos; esto nadie lo discute. Lo que se objeta es que esa discrepancia no se haya expresado como tal, ni se haya justificado para que esta parte pudiera conocer las razones por las que los árbitros no aceptaban los postulados de los peritos. La absoluta falta de explicación de estas razones nos impide saber por qué no se aceptó la opinión de unos expertos independientes de reconocido prestigio y amplia experiencia en el cálculo de beneficios empresariales futuros, de manera que, a día de hoy, incluso podríamos dudar si la conclusión establecida en el laudo se debe a que los árbitros discreparon de los peritos, a que no los entendieron, o a que ni siquiera prestaron la debida atención a sus informes. Es difícil de imaginar un supuesto más claro de déficit de motivación**".

Ya hemos visto que, según la doctrina constitucional, en el seno del orden público procesal se inserta el derecho fundamental a la prueba -calificado por la CE como "*pertinente para la defensa*" ¿A qué quedaría reducido este derecho fundamental -inexcusable en el proceso jurisdiccional y en el procedimiento arbitral- si, admitidos por necesarios, pertinentes y útiles, unos medios probatorios, y efectivamente practicados, luego el Tribunal, sea jurisdiccional o arbitral, prescinde por completo de su consideración y se limita a constatar sus conclusiones de orden fáctico, pero sin un razonamiento que las conecte mínimamente con la prueba practicada...? Lisa y llanamente, ese derecho, fundamental para una defensa mínimamente efectiva, quedaría reducido a la nada, a la más absoluta inanidad.

A semejante modo de argumentar el Tribunal Constitucional lo ha venido calificando, desde siempre, como *motivación aparente o apariencia de motivación*, paradigmáticamente vinculada con el mero voluntarismo del discurso -este consiste en la simple emisión de una declaración de voluntad, en ignorar premisas de análisis existentes o, al revés, en fundar el discurso en premisas inexistentes-, que desde luego no satisface, por arbitraria, los postulados elementales de tutela efectiva a que el justiciable tiene derecho y que este Tribunal está llamado a reparar (v.gr., entre muchas, SSTC 65/2021, de 15 de marzo, FJ 6º; 63/2021, de 15 de marzo, FJ 3º; y 38/2018, de 23 de abril, FJ 4º).

¿Cómo podría esta Sala discrepar o haber discrepado de una valoración de la prueba que a todas luces no existe? Valorar la concurrencia de las premisas fácticas del lucro cesante no es afirmar axiomáticamente que no se han acreditado esas premisas sin la menor alusión a los elementos de prueba aportados a la causa arbitral, como son las plurales pericias admitidas y practicadas a tal fin, esto es, pre-ordenadas a determinar el *si* y, en su caso, el *quantum* del lucro cesante. Y máxime en un caso como el presente, donde la previsión fundada de la posibilidad misma del lucro cesante en buena medida requiere atender a razones de ciencia económica que se han reputado necesarias para ilustrar al Tribunal Arbitral sobre la conclusión a la que haya de llegar; de ahí la admisión y práctica de las cuatro pericias aludidas.

*Es claro que el laudo expresa certezas, no dudas, pero manifiestamente infundadas, sin analizar los informes periciales obrantes en autos... como demandan la lógica, el Derecho y aun la equidad más elemental, pues el leal saber y entender, propio del juicio de equidad, no se equipara al puro subjetivismo, a la afirmación sin más de lo que uno considera justo. Lo que desde luego no colma ni mucho menos las exigencias de motivación jurídica propias de un arbitraje de Derecho como es el presente, donde la interdicción de la arbitrariedad ha de ser garantizada mediante una motivación que no puede ser asimilada, en la exégesis del Derecho y en la apreciación de los hechos, a un mero ita ius esto, es decir, a la afirmación voluntarista y desconectada de la prueba practicada de lo que se estima o no como probado. **La racionalidad de la motivación que conecta el medio de prueba al hecho probado o no probado -tal y como demanda la doctrina del TC supra reseñada- no existe cuando la prueba practicada no es mínimamente ponderada**, o cuando esa ponderación excusa o elude la perspectiva jurídica que requiere la naturaleza del acto de enjuiciamiento en que haya de consistir el laudar, según éste ha sido definido y conformado por la autonomía de la voluntad de las partes.*

El Laudo, en suma, no subviene a las exigencias argumentativas que demanda el deber de motivación que impone el art. 37.4 LA. El Laudo ha partido, sí, de una evidencia lógica, técnica y jurídica que los litigantes también han asumido: que la certeza del lucro cesante, por la propia naturaleza de esta clase de daño, es de carácter relativo pues se apoya en un juicio de probabilidad objetiva y no de seguridad. El lucro cesante es un hecho virtual, por definición no sucedido, pero que pudo o hubiera podido suceder. Sobre esta base, no es posible exigir certeza absoluta allí donde no puede haberla. De ahí la general anuencia doctrinal y jurisprudencial a la hora de postular que para concluir en la existencia del lucro cesante basta con un juicio de probabilidad, sin que este deba ser seguro, exacto o infalible... Cierto es que no basta la simple posibilidad de realizar la ganancia, como no se exige tampoco absoluta seguridad de que ésta se habría verificado sin la intromisión del hecho dañoso -en el caso, el incumplimiento del ISA por TEMPUS. **Ha de existir una cierta y razonable probabilidad objetiva -verosimilitud- que resulte del curso normal de las cosas y de las circunstancias especiales del caso concreto.**

Precisamente esta general anuencia -que no es solo doctrinal, sino que es exigencia de la lógica dada la naturaleza del daño- en que el lucro cesante ha de verificarse mediante un juicio de razonable de probabilidad o



verosimilitud exige una adecuada motivación del juicio de hecho, so pena de dejar inerte a la parte afectada por la afirmación, emitida al modo de un "ita ius esto", de que está acreditado o de que no lo está el lucro cesante ...

Esa justificación del juicio de hecho y la ponderación probatoria en que ha de basarse, a todas luces, aquí no han tenido lugar, con la consiguiente infracción del orden público procesal por quiebra de un deber esencial de motivación. La argumentación del Colegio Arbitral es meramente apodíctica, con abierta preterición de todo un acervo probatorio -las pericias sobre el lucro cesante- que, *ajeno a cualquier posible anfibología*, pudiera resultar inequívoca y determinadamente contradictorio con la conclusión asumida por los Árbitros, requiriendo por ello de una valoración expresa o implícita, pero explicativa del porqué de su carácter no impeditivo ni excluyente de la conclusión fáctica que el Laudo postula.

Y no vale contraponer a la evidencia de lo que decimos la aislada consideración de aquella locución de la STC 65/2021, 15 de febrero, que, sub epígrafe "*deber legal de motivación de los laudos*", dice -FJ 5º: que el laudo deba ser siempre motivado -art. 37.4 LA- "*no significa que el Árbitro deba decidir sobre todos los argumentos presentados por las partes, como tampoco que deba indicar las pruebas en que se ha basado para tomar la decisión sobre los hechos o motivar su preferencia sobre una norma u otra*".

Este aserto ha de ser contextualizado y explicado de forma congruente con lo que, tres párrafos después y en ese mismo fundamento 5º, afirma el Supremo Exégeta de la CE -de lo que ya hemos dado cuenta-, a saber: que el tribunal llamado a conocer de la acción de anulación "**debe controlar únicamente la razonabilidad del discurso que une la actividad probatoria y el relato fáctico que de ella se sigue**".

Ambos asertos pueden y deben ser explicados de forma que no resulten contradictorios, porque realmente no lo son: el primero de ellos no hace sino reiterar un criterio ya inveterado en la doctrina constitucional sobre el alcance del deber de motivación: que una resolución, laudo o sentencia, puede estar suficientemente motivada sin que haya de resultar exhaustiva en la justificación de hecho y de Derecho... Yendo al caso: la valoración conjunta de la prueba que informa nuestro Derecho no demanda del Juez ni del Árbitro que identifiquen de forma exhaustiva la vinculación entre cada hecho probado y el concreto medio de prueba de que pudiera traer causa, por más que ello pueda ser aconsejable.

Ahora bien; una cosa es que no se demande esa identificación concebida de una forma exhaustiva, y otra, por completo distinta, que se pueda justificar la ausencia de valoración probatoria propiamente dicha, esto es: la ponderación del acervo probatorio, la existencia misma de razonamientos fácticos que recaigan sobre la prueba obrante en autos y que, como reclama el TC, *unan la actividad probatoria al relato fáctico que de ella se sigue*. Lo contrario es, repetimos, dar por bueno el voluntarismo en la formación del juicio de hecho, excluyendo el necesario control de la posible arbitrariedad, ésta sí, constitucionalmente proscrita ex art. 9.3 CE.

El juicio de hecho ha de ser racional, lógico, pero además no puede ser expresión del puro voluntarismo; por eso el TC, cuando exige de los tribunales que controlen o fiscalicen la racionalidad del discurso que une la actividad probatoria al relato fáctico que de ella se sigue, está exigiendo, con toda evidencia, que exista el discurso de que habla, a saber: el raciocinio que expresa por qué se entiende probado o no tal hecho en conexión con la prueba de la que ha de traer causa la conclusión que se alcance. ¿Cómo podría esta Sala, o cualquier otra, fiscalizar la razonabilidad de un razonamiento que no existe, porque no es una argumentación que de alguna manera, por mínima que sea, vincule la actividad probatoria al *factum?Factum* que, no se olvide, ha de tener su origen en el resultado de la prueba practicada y no en la mera voluntad del Juez o del Árbitro, afirmada de un modo totalmente desconectado de la razón de ser del relato fáctico, que no es sino la prueba que soporta la convicción sobre lo acaecido acreditada por mor de una valoración lógica.

En otras palabras: entre exigir la exhaustividad y la valoración individualizada de cada prueba obrante en la causa para justificar el juicio de hecho y el no hacer la menor referencia al acervo probatorio aportado a los autos hay una sustancial diferencia, que se traduce, en este último caso, en un déficit radical de motivación lesivo del orden público procesal. Tal es lo que esta Sala entiende que aquí ha acontecido.

(ii) A la *ratio essendi* de nuestra decisión aún hemos de añadir, en respuesta a uno de los alegatos de LOOPING, que ese radical déficit motivador y valorativo del copioso acervo probatorio obrante en autos sobre la concurrencia o no de lucro cesante resulta tanto más injustificable cuando se repara en el hecho de que el Tribunal Arbitral denegó la solicitud de careo entre los peritos -efectivamente prevista como posibilidad en la Orden Procesal nº 8-, solicitada por la defensa de LOOPING para contrastar sus distintos pareceres. El Tribunal Arbitral, pese a no apremiar el transcurso de los plazos para su práctica, la denegó por considerarse suficientemente ilustrado. Y lo que es más relevante: también rechazó una segunda solicitud de careo el nuevo Presidente -ante la renuncia del primeramente designado...-, nombrado con posterioridad a la audiencia donde se ratificaron las pericias... Es decir, que el Presidente del colegio arbitral no presenció la audiencia donde se practicaron toda la pericias admitidas, que indudablemente son pruebas de carácter personal, según jurisprudencia hoy conteste (v.gr., entre muchas, SSTEDH 16.11.2010 -asunto García Hernández c. España-

y 29.3.2016 -asunto Gómez Olmedo c. España). Difícilmente este miembro del Colegio Arbitral podía valorar esa prueba con la debida garantía de inmediación ex art. 24.2 CE. Semejante infracción conlleva la nulidad de pleno derecho por disposición expresa del art. 137.4 LEC; se dirá, con razón, que este precepto, en cuanto tal, no es aplicable *sin distinciones ni matices* al **arbitraje**.

Precisémoslo convenientemente: las partes en una causa no penal pueden renunciar a la audiencia pública y a la consiguiente inmediación; así lo ha admitido el TEDH -v.gr., *SSTEDH de 21 de febrero de 1990 (§ 66, caso Hakansson y Stureson) y 23 de junio de, 1993 (§ 58, caso Schuler-Zgraggen c. Austria)*. Ahora bien, no siendo por nadie discutido que la inmediación es una garantía constitucional del proceso que se ordena a la recta formación del juicio de hecho, esto es, no siendo cuestionado que la audiencia y la contradicción necesarias en todo proceso -también en el procedimiento arbitral- son garantizadas en su verdadera efectividad por el hecho de que el Juez o el Árbitro estén presentes en la práctica de la prueba para la mejor formación de su fallo, entonces, decimos, esa garantía ha de ser inexcusablemente respetada, salvo que, en virtud de la autonomía de la voluntad inherente al **arbitraje**, los litigantes se hayan decidido por un procedimiento estrictamente escrito o hayan renunciado a la inmediación de forma expresa o tácita, pero inequívoca, como permite el Tribunal de Estrasburgo en las causas no penales.

Sin embargo, aquí a todas luces no ha sido así: no se ha respetado esa garantía constitucional a la que LOOPING en modo alguno renunció -en correspondencia además con las reglas de procedimiento a las que las partes se habían sometido-, puesto que interesó del Colegio Arbitral un careo entre los peritos tanto más necesario por su diversidad de posiciones y por el hecho de que el Presidente del Tribunal llamado a laudar no había participado en la audiencia de prueba.

Por lo expuesto, la demanda de anulación parcial ha de ser estimada, anulando el apartado e) de su parte dispositiva, quedando imprejuzgada la pretensión de lucro cesante formulada por LOOPING frente a TEMPUS.

TERCERO.- Estimada la parcial pretensión anulatoria de la demanda, es obligado, conforme al artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, imponer a la demandada 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

ESTIMAMOS la demanda de **anulación parcial** del **Laudo Final de 13 de febrero de 2023**, que dicta el Tribunal Arbitral compuesto por D. Valeriano Hernández-Tavera Martín -Presidente- y los co-árbitros D. Javier Íscar de Hoyos y D. Ernesto Benito Sancho en el Procedimiento Arbitral CIAM20-01-3, administrado por la Corte Internacional de **Arbitraje** de Madrid (CIAM); demanda formulada por el Procurador de los Tribunales D. Ignacio López Chocarro, en nombre y representación de **LOOPING WEBS, S.L.**, contra **TEMPUS HOLDING 76, S.A.R.L.**

En su virtud,

ANULAMOS el apartado e) de la parte dispositiva del Laudo impugnado en cuanto desestima la pretensión de lucro cesante formulada por LOOPING frente a TEMPUS, que queda imprejuzgada.

Condenamos a la demandada al abono 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.

Procedimiento: Asunto Civil 25/2023 -Nulidad laudo arbitral 14/2023.

Demandante: LOOPING WEBS, S.L.

Procurador/a: D. IGNACIO LÓPEZ CHOCARRO

Demandada: TEMPUS HOLDING 76, S.A.R.L.

Procurador/a: D. VICTORIO VENTURINI MEDINA.

VOTO PARTICULAR DEL MAGISTRADO

D. Jesús María Santos Vijande

Con total respeto a opinión mayoritaria - *que comparto íntegramente* -, debo, no obstante, dejar constancia de algunas reflexiones añadidas a la motivación contenida en nuestra Sentencia. Lo hago a través de la formulación de este voto particular concurrente.



Creo que el FJ 2º debió interpolar, a renglón seguido de su § (i) un § (ii) -el § (ii) del FJ 2º pasaría a ser § (iii)- que, amén del radical déficit de valoración probatoria, pusiera de relieve la irracionalidad de la motivación del Laudo (§§ 502-504) que justifica el declarar no probado ningún daño por lucro cesante. El texto que, a mi juicio, debió incluir la Sentencia es el siguiente:

FJ 2º (ii). *Dicho lo cual, muy brevemente hemos de poner de manifiesto también la inconsistencia, en términos de pura lógica, del discurso afirmado por el Laudo de forma axiomática -como si no precisara de justificación- para entender no acreditado ningún lucro cesante, por leve que fuera.*

*Se refiere el Laudo, en primer lugar, a las pérdidas que el negocio produjo tras la indebida resolución unilateral del contrato, y ello para sustentar una argumentación de todo punto inconsistente: la falta de beneficios tras la resolución de una joint venture que ni siquiera había empezado a funcionar. Dice el Laudo; **"el negocio produjo pérdidas después de la ruptura y hasta donde alcanza la prueba practicada, y en cambio no se ha demostrado que de haberse cumplido el ISA habría habido ganancias"** (§ 502). No podemos sino convenir en el carácter arbitrario de la aseveración realizada por el Laudo sobre que el lucro cesante era improcedente a la vista de las pérdidas registradas inmediatamente después de la resolución del Acuerdo, puesto que considera determinante la comparación con una realidad, la del propio negocio subsistente, que es ajena al eventual funcionamiento de una joint venture que no había llegado a nacer: que el negocio originario siguió obteniendo pérdidas, bien; pero en qué justifica tal circunstancia la improbabilidad de un lucro cesante, de haberse materializado el negocio contractualmente pactado.*

La eventual incidencia del COVID en el lucro cesante es afirmada por el Laudo, sí, pero con total ausencia de referencia a lo que los peritos dijeron al respecto, y sin especificar en qué medida esa incidencia sería idéntica o dispar respecto del negocio en curso por contraste con la joint venture frustrada por la resolución unilateral de TEMPUS.

*El Laudo afirma que el lucro cesante reclamado no puede indemnizarse porque en el curso causal de los hechos concurrieron circunstancias adicionales al incumplimiento y esto hacía "más que cuestionable" la relación de causalidad. Sin embargo, de nuevo es evidente, como asevera la actora, que el Laudo no explica por qué esa "cuestión" sobre la causalidad de los daños determinaba, sin más, la improcedencia de la indemnización, como si esa "cuestión" no fuese tal cosa, sino una realidad incontestable incompatible con la indemnización. Lo que dijeron los árbitros es que **la causalidad resultaba cuestionable pero ni explicaron por qué, ni dijeron, siquiera, por qué razón esa cuestión merecía siquiera ulterior análisis, o excluía de todo punto cualquier lucro cesante, por leve que fuera, ante la injustificada resolución unilateral de TEMPUS que el Laudo reconoce.***

*También reprueba la demanda, no sin razón, el "argumento" del § 503 del Laudo, cuando reputa desproporcionado el lucro cesante pretendido, "porque supondría que si TEMPUS hubiese cumplido el contrato ésta hubiera ganado veinte veces más". La reducción al absurdo del quantum indemnizatorio es, sin duda, un argumento lógico para rechazar una determinada indemnización; pero en ningún caso permite cuantificar la realidad del daño y mucho menos excluirla, sin incurrir en un subjetivismo sin sustento en la lógica y desconectado del Derecho llamado a ser aplicado en un **arbitraje** de esta naturaleza.*

Finalmente, la misma tacha -subjetivismo y ajenidad a todo criterio lógico y jurídico- cabe imputar, en efecto, a los últimos argumentos del Laudo: que el contrato solo estuvo vigente seis semanas y, además, que el cumplimiento del plan de negocio que los peritos han tomado como punto de partida dependía de acuerdos futuros entre las partes que podrían no darse. Para ser más exactos: el Laudo dice (§ 503):

"El ISA solo duró seis semanas, era "a venture" (es decir una aventura), cuyo recorrido había que definir por acuerdos comunes que no se habían adoptado todavía, y cuyo escenario más pesimista no había previsto incertidumbres de la magnitud de las que se dieron".

Ni que decir tiene que el ISA no llegó a desarrollar su eficacia ante el incumplimiento deliberado e injustificado de TEMPUS que el propio Laudo reconoce. A partir de lo cual es sencillamente contraproducente en términos de pura lógica excluir la indemnización por lucro cesante como daño indemnizable que se pretende de quien resuelve injustificadamente el contrato, apoyándose en las consecuencias ineludibles de ese propio incumplimiento contractual, como es que no se haya llevado a efecto el plan de negocio mediante los acuerdos que las partes habían previsto adoptar. Aunque tales acuerdos dependiesen de múltiples variables, lo cierto y verdad es que esas variables fueron truncadas de raíz en su posibilidad misma por la conducta injustificadamente incumplidora de TEMPUS.

*La Sala conviene con la actora en que, en las circunstancias del caso, no es lógico que se permita que quien incumple dolosamente quede exonerado de responder porque el contrato que incumplió voluntariamente contemplaba en su desarrollo sucesivos nuevos acuerdos de las partes. **C onstituye una arbitrariedad, sino un***



absurdo manifiesto, sostener, como hace el Laudo, que son las previsiones del contrato las que excluyen que quien incumplió responda por su incumplimiento...

La no materialización de esos sucesivos acuerdos puede dificultar la determinación del quantum indemnizatorio por lucro cesante, pero no es un argumento admisible, por apodíctico y desconectado de toda consideración de la prueba pericial, que permita excluir la eventualidad y la probabilidad de la existencia misma del lucro cesante, sin caer en el absurdo de imputar al propio Contrato la exoneración del incumplidor de una parte tan relevante del daño en una Joint Venture frustrada como puede ser el lucro cesante.

En Madrid, a 19 de octubre de 2023

Jesús María Santos Vijande

VOTO PARTICULAR QUE EMITE EL PRESIDENTE DE LA SALA, D. CELSO RODRÍGUEZ PADRÓN, A LA SENTENCIA DICTADA EN EL ASUNTO CIVIL 25/2023 (NULIDAD LAUDO ARBITRAL 14/2023).

Desde el máximo respeto que merece la opinión de los Magistrados de esta Sala de lo Civil y Penal, he de expresar mi posición discrepante sobre la Sentencia recaída en el asunto de referencia, de acuerdo con cuanto ya fue expuesto en la correspondiente deliberación, basándome, en síntesis, en la contrariedad de la Sentencia con la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional en torno al alcance de la función de control de los laudos arbitrales por parte de los Tribunales de Justicia, así como en la apreciación indebida de lo que puede ser considerado un déficit de motivación de los laudos arbitrales y cuestión de orden público.

Dando por reproducidos los Antecedentes de Hecho de la Sentencia mayoritaria, fundamento el presente voto discrepante en los siguientes argumentos.

PRIMERO.- Tal como se recoge en la Sentencia mayoritaria de la Sala, la única discrepancia con el Laudo arbitral que impulsa el ejercicio de la acción encaminada a su declaración de nulidad, reside en la decisión -denegatoria- adoptada por el colegio arbitral en cuanto a la pretensión de reconocimiento de cantidad indemnizatoria por el concepto de lucro cesante. Se cuestiona particularmente la motivación del Laudo sobre este particular, con especial referencia a los párrafos 502 a 504. Entiende la demandante de nulidad que la motivación de los árbitros contenida en estos párrafos es desde el punto probatorio y jurídico, arbitraria, voluntarista y contraria a la lógica; por ello -sostiene la demanda y admite la Sentencia- se ha incurrido en una vulneración del orden público.

La resolución de cuyo contenido discrepamos contiene un pormenorizado repaso de la jurisprudencia constitucional que, especialmente en los últimos años, ha incidido con insistencia en la delimitación del objeto de la acción de anulación de los laudos arbitrales, y en el reducido ámbito que se reserva a los Tribunales de Justicia a la hora de examinar la pretensión de nulidad.

Los argumentos que sostienen la demanda de nulidad en el presente supuesto aparecen fiel y cumplidamente sintetizados en la sentencia (FJ Primero.4), y evidencian -no cabe duda- una discrepancia radical de la parte con la argumentación de los árbitros. Se apoya esta discrepancia no solo en cuestiones interpretativas sobre el concepto del lucro cesante, sino en la prueba pericial que se aportó con la demanda arbitral y fue practicada en el procedimiento. Concretamente se objeta que, sin perjuicio de la posibilidad aceptada de discrepancia de los árbitros con el resultado de la prueba pericial, esa discrepancia no se ha expresado en el laudo como tal, ni se justifica para que la demandante pueda conocer las razones por las que los árbitros no aceptaron los postulados de los peritos. Esta falta de explicación en torno a la prueba es la que vulnera -y así lo asume la Sentencia- el orden público. En suma: el elemento de mayor relevancia a la hora de afirmar el vicio de nulidad, es la falta de explicación en el laudo (siquiera mínimamente) de la conclusión alcanzada en torno a la falta de producción del lucro cesante y su causalidad.

También se cuestiona en la demanda de anulación -en un segundo bloque argumental- el reemplazo que hubo de producirse en la presidencia del colegio arbitral por causas de fuerza mayor. De todos modos, esta alegación sirve para referirse de nuevo a lo que califican como arbitrariedad y voluntarismo en la decisión alcanzada.

SEGUNDO.- Así como hemos reflejado sucintamente los argumentos sobre los que descansa la demanda de nulidad, prescindiremos del reflejo en este voto particular de los esgrimidos por la parte demandada por una doble razón. En primer lugar, dado que ya constan detallados con precisión y detalle en la Sentencia de la Sala; y por otra parte, porque no albergamos la remota pretensión de confrontar -como si fuésemos órgano de enjuiciamiento- las respectivas tesis de las partes en torno al desarrollo e incidencias que sufrió su proyecto empresarial, y su particular visión acerca de las causas por las cuales fue objeto del procedimiento arbitral la reclamación indemnizatoria. Precisamente, estas son cuestiones reservadas al conocimiento y decisión de

los árbitros, vedadas a la valoración o reconsideración del Tribunal, por la propia naturaleza de la acción que se ejercita.

Hemos sostenido hasta la saciedad que ni por asomo somos órgano de enjuiciamiento paralelo, ni tampoco puede equipararse la acción de anulación con una suerte de apelación judicial. Si esto es predicable en general al enfrentarse -como Sala de Justicia- a un proceso de anulación de laudo arbitral, mucho más debe cuidarse a la hora de expresar la discrepancia en que consiste la emisión de un voto particular.

Por coherencia con estos postulados básicos, a cuanto nos limitamos es a plasmar el desacuerdo con la conclusión (y sus motivos) de la Sentencia mayoritaria. Para ello, no es ocioso recordar -aunque de forma esquemática- nuestros parámetros de referencia a la luz de la jurisprudencia constitucional, y sobre los cuales entendemos que el sentido del Fallo debiera haber sido el contrario.

TERCERO.- Por no convertir el presente Voto en una reproducción tan innecesaria como redundante de transcripciones parciales, nos limitamos a señalar aquellas máximas establecidas por el Tribunal Constitucional en torno a la motivación de los laudos arbitrales que consideramos de inexorable seguimiento.

No olvidemos que de acuerdo con lo establecido en el artículo 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, la interpretación de las normas contenida en las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional participa de naturaleza vinculante. Esta sujeción no puede ser orillada en ningún caso; máxime en aquellos en los que la doctrina constitucional es tan clara, consolidada y concreta como la que rige el ámbito de la motivación de las resoluciones arbitrales, en su permanente relación - cuestionable como veremos- con el concepto jurídico indeterminado -que sigue siendo omnipresente- del orden público.

1.- Breve resumen de las consideraciones delimitadoras del deber de motivación arbitral.

- La STC 17/2021, de 15 de febrero de 2021 indica en su FJ 2º:

*" respecto a la motivación de los laudos ha de aclararse que tan siquiera se requiere una argumentación exhaustiva y pormenorizada de todos los aspectos y perspectivas que las partes puedan tener de la cuestión que se decide, pues el derecho a obtener una resolución fundada, favorable o adversa, es garantía frente a la arbitrariedad e irrazonabilidad y ello, en materia de **arbitraje**, implica que la resolución ha de contener los elementos y razones de juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos o de equidad que fundamentan la decisión, que no deben resultar arbitrarios".*

En el FJ 3º, al adentrarse en el exceso denunciado por la recurrente en amparo insiste:

" el art. 37.4 LA únicamente dispone que "el laudo será siempre motivado", pero no impone expresamente que el árbitro deba decidir sobre todos los argumentos presentados por las partes o que deba indicar las pruebas en las que se ha basado para tomar su decisión sobre los hechos, o motivar su preferencia de una prueba sobre otra".

Unas líneas después reitera:

" Es decir, de la regulación legal tan solo se sigue que el laudo ha de contener la exposición de los fundamentos que sustentan la decisión, pero no que la motivación deba ser convincente o suficiente, o que deba extenderse necesariamente a determinados extremos. No cabe deducir de la previsión legal la necesidad de que el árbitro analice en el laudo todas las pruebas y argumentos de las partes, sino tan solo que consten las razones de la decisión, sin que tampoco se obligue a que tales razones deban ser correctas, según el criterio del juez que deba resolver su impugnación".

- La STC 65/2021, de 15 de marzo, enfrentándose de nuevo con el mismo problema, reproduce los argumentos que acabamos de recordar, y añade una importante novedad en el FJ 5º:

"...la motivación de los laudos arbitrales carece de incidencia en el orden público. De esto se sigue que el órgano judicial que tiene atribuida la facultad de control del laudo arbitral, como resultado del ejercicio de una acción extraordinaria de anulación, no puede examinar la idoneidad, suficiencia o la adecuación de la motivación, sino únicamente comprobar su existencia, porque, salvo que las partes hubieren pactado unas determinadas exigencias o un contenido específico respecto a la motivación, su insuficiencia o inadecuación, el alcance o la suficiencia de la motivación no puede desprenderse de la voluntad de las partes (art. 10 CE)".

2.- No es necesario transcribir posteriores pronunciamientos del Tribunal Constitucional que inciden exactamente en la misma doctrina y postulados. Resultan sobradamente conocidos. Nos hemos visto, no obstante, obligados a reproducir aquí estas citas, dado que su contundencia, claridad, reiteración y firmeza nos llevan a defender sencillamente su aplicación directa, sin someterlas a interpretaciones forzadas que pudieran conducir a nuevos resultados adversos.



El concepto de motivación de los laudos arbitrales ha de ser analizado en nuestra opinión, a la luz de esta tan consolidada doctrina, desde un punto de vista integral, alejado de extracciones selectivas y puntuales del contenido de un laudo. Si el conjunto de la resolución de los árbitros aborda las pretensiones planteadas por las partes y razona argumentalmente las bases de la solución jurídica final (o de equidad en su caso), no podrá ser tachado de nulidad por defecto o carencia de motivación. No es admisible que la parte que ve frustradas las esperanzas (legítimas) que depositó en el **arbitraje**, acuda luego a la jurisdicción sometiendo el laudo a disección puntual o parcial, y aplicándole el tamiz previsto para la sentencia judicial. No es de recibo el intento de equiparación del artículo 37 de la LA con el artículo 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en cuanto a la exhaustividad de la motivación. Hemos de añadir que esta conclusión de improcedencia rige tanto para las partes como para el Tribunal llamado a conocer de la acción de anulación. De ahí el sentido del presente voto particular.

La concepción de la motivación de los laudos como un desarrollo integral engarza con lo señalado ya por la STC 164/2002, de 17 de septiembre: podrá tacharse de inmotivado aquel laudo que (leído en su conjunto) "a simple vista y sin necesidad de mayor esfuerzo intelectual y argumental" pueda comprobarse que parte de premisas inexistentes o patentemente erróneas. Descartada la función de la jurisdicción como garante del acierto de las conclusiones arbitrales, entendemos que el correcto desempeño de nuestra labor ya no puede alcanzar cotas mayores. No podemos adentrarnos en la acción de anulación con las mismas exigencias materiales que para las sentencias judiciales dimanen del derecho fundamental a la tutela *judicial* efectiva.

CUARTO.- Respetuosamente consideramos que la Sentencia mayoritaria no se acomoda a estos cánones. Juzga vulnerado el orden público bajo un entendimiento de la suficiencia de la motivación que no se corresponde con la nítida doctrina constitucional tantas veces reiterada.

1.- En su FJ Segundo (1) recoge como "Criterios de enjuiciamiento" lo que es ya una más que consolidada doctrina en torno a la acción de anulación de los laudos arbitrales, recopilando una buena muestra de pronunciamientos que, con el fin de acotar interpretaciones amplias del concepto de orden público, han incidido de forma palmaria, patente, reiterativa incluso en algunos puntos, en la proscripción de la visión expansiva, y además, han fijado con absoluta nitidez el limitado campo de intervención sobre el **arbitraje** por parte de los Tribunales de Justicia. No es preciso insistir de nuevo en esta más que conocida doctrina.

Naturalmente que no puede decirse que con esta decidida restricción de la intervención judicial sobre el **arbitraje**, el Tribunal Constitucional haya derogado el artículo 41 de la Ley de **Arbitraje** ni reserve a la jurisdicción un papel prácticamente hipotético. La regulación por el Estado mediante ley de la institución y cauce arbitrales, en cuanto supone su aceptación como escenario de solución de conflictos intersubjetivos disponibles, no puede representar un respaldo carente de cualquier posibilidad de control; lo que ocurre es que este control se reserva -permítasenos la insistencia- para aquellos supuestos donde las vulneraciones arbitrales puedan calificarse como verdaderas infracciones de los principios y valores constitucionalizados. Especialmente rotunda es esta restrictiva aceptación de la intervención judicial cuando tropezamos con un concepto del que se hace tan versátil y frecuente uso: el concepto de orden público.

La Sentencia mayoritaria, en los párrafos finales de este mismo FJ Segundo (1) afirma como tesis de la que no se puede dudar que "...el Tribunal Constitucional mantiene claramente que la arbitrariedad o la inexistencia de motivación sí integran el orden público procesal."

Entendemos que merecería de una orientación distinta el argumento, a la luz de cuanto expresa -con tanta claridad- la STC 65/2021, de 15 de marzo, antes citada: la motivación de los laudos no forma parte del orden público.

En el apartado 2 del FJ que venimos refiriendo achaca al laudo la omisión de todo análisis y argumentación sobre la prueba del lucro cesante pretendido, y en ello identifica la vulneración del orden público en coincidencia con cuanto postula la demandante de nulidad. Cuanto se censura sobre el laudo es el no haber motivado la valoración de la prueba (en este caso pericial). Seguidamente se pregunta la Sentencia: "¿Cómo podría esta Sala discrepar o haber discrepado de una valoración de la prueba que a todas luces no existe?"

2.- Sobre estas dos cuestiones centramos esencialmente nuestra posición diferente del sentir mayoritario del Tribunal.

A).- El laudo no tiene por qué descender a la identificación precisa de las pruebas sobre las que los árbitros forman su convicción fáctica.

B).- La Sala no puede nunca discrepar sobre la valoración de la prueba realizada por los árbitros puesto que para ello tendríamos que descender a una valoración paralela y propia, y esto no es posible desde el correcto entendimiento y aplicación de la doctrina constitucional que delimita el ámbito de la acción de nulidad arbitral. En el enfoque que resume la Sentencia en el interrogante transcrito late una posibilidad: la valoración



discrepante por la Sala de la prueba practicada en el **arbitraje**. Nos cuesta asumir esta tesis hasta el punto de apartarnos de su proyección a través de la emisión del presente voto.

C) Una tercera apreciación nos lleva a sostener un sentido contrario al fallo mayoritario. Desde la tesis de la motivación integral que antes hemos apuntado, entendemos que excede del papel del Tribunal el anular un laudo arbitral considerando que carece de motivación -como es el caso- entrando a analizar lo que la Sala califique como una insuficiencia argumental sobre un extremo debatido ante los árbitros. Esta posibilidad debería quedar reservada para los supuestos de absoluta exposición de razones, pues en esto reside la adopción de decisiones por puro y exclusivo voluntarismo. Pero no podemos desde la jurisdicción, hacer decir a los laudos lo que nos hubiese gustado que argumentasen. Nuestra rigurosa concepción de las exigencias de la motivación -ya lo hemos apuntado- no coincide con las que el Tribunal Constitucional asigna al cauce arbitral.

No existe en el supuesto que nos ocupa omisión argumental absoluta sobre el concepto debatido (el lucro cesante reclamado por la actora).

No es "aislada consideración" (como califica la Sentencia mayoritaria) la contenida en la STC 65/2021, 15 de febrero, cuando expresa a propósito del deber legal de motivación de los laudos arbitrales que la obligación de motivar contenida en el art. 37.4 LA "no significa que el Árbitro deba decidir sobre todos los argumentos presentados por las partes, como tampoco que deba indicar las pruebas en que se ha basado para tomar la decisión sobre los hechos o motivar su preferencia sobre una norma u otra".

Se trata, en nuestra opinión, de una declaración de principios tan clara que no admite fácilmente lecturas interpretativas.

QUINTO.- El Laudo cuya nulidad se ha declarado recoge con profusión las pretensiones y argumentos de las partes; establece los hechos que declara probados el colegio arbitral; expone los fundamentos jurídicos que los árbitros entienden aplicables a la resolución de la controversia, tanto de naturaleza procesal como de índole sustantivo. Aborda (sin crítica alguna por la parte demandante) la premisa del incumplimiento contractual, y lo declara para Tempus Holdings. Analiza las consecuencias del incumplimiento del acuerdo que dicha entidad había formalizado con Looping Webs S.L. Analiza las distintas vertientes del daño económico producido por el incumplimiento contractual y distingue (punto fundamental en las pretensiones económicas ventiladas) lo que cabe dentro de la imputación al daño emergente del lucro cesante (parágrafos 493 y ss).

Siendo una cuestión nuclear, y enlazando con los argumentos jurídicos que abordan la materia anterior, el laudo resuelve la reclamación indemnizatoria por lucro cesante a partir del párrafo 502 (página 95 del laudo). Considera que no es atendible la reclamación y para ello combina las referencias (cierto es que no minuciosas) a la prueba practicada, y reflexiones sobre las bases jurídicas que asientan las posibilidades de acoger una reclamación por lucro cesante, incluso con cita jurisprudencial del Tribunal Supremo que no ha sido puesta en cuestión por la demandante de nulidad.

Por el hecho de que el colegio arbitral no haya descendido explícitamente al análisis particular de la prueba pericial concreta que según la demandante ampara sus pretensiones, no puede sostenerse que una resolución como la que puso fin al procedimiento arbitral deba declararse nula por falta o carencia de motivación.

La lectura integral del extenso laudo al que nos referimos -sin entrar en absoluto en el acierto de sus conclusiones- no puede llevar en absoluto, ni "a simple vista" ni en una lectura paciente, a calificar la resolución como huérfana de razones, argumentos jurídicos, reflexiones, contraste de pretensiones, y en definitiva motivación, que permitan calificarla -aproximarnos siquiera- al umbral del atentado al orden público.

SEXTO.- En conclusión, con base en todas las consideraciones expuestas, entiendo que el Fallo de la sentencia pronunciada por la Sala debiera ser desestimatorio de la demanda de anulación, con imposición de costas a la parte demandante.

PUBLICACIÓN.- En Madrid, a seis de noviembre de dos mil veintitrés. Firmada la anterior resolución es entregada en esta secretaría para su notificación, dándose publicidad en legal forma y se expide certificación de la misma para su unión al rollo. Doy fe.