



Roj: **STSJ M 6393/2017 - ECLI:ES:TSJM:2017:6393**

Id Cendoj: **28079310012017100064**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **06/06/2017**

Nº de Recurso: **90/2016**

Nº de Resolución: **41/2017**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **SUSANA POLO GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

### **Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid**

Domicilio: C/ General Castaños, 1 - 28004

Teléfono: 914934850,914934750

31001590

NIG: 28.079.00.2-2016/0197405

**REF: PROCEDIMIENTO ANULACION DE LAUDO ARBITRAL nº90/2016**

DEMANDANTES: D. Geronimo

**AREA DE SERVICIOS PUEBLOS BLANCOS S.L.**

**PEREA ATIENZA COMERCIAL DE GASÓLEOS S.L.**

PROCURADORA: Dña. Sharon Rodríguez de Castro Rincón

DEMANDADO: **CEPSA COMERCIAL PETRÓLEO S.A.**

PROCURADOR: DN. Jorge Deleito García

**SENTENCIA nº 41/2017**

Excmo. Sr. Presidente:

**Dn. Francisco Javier Vieira Morante**

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

**Dña. Susana Polo García**

**Dn. Jesús María Santos Vijande**

En Madrid, a seis de junio del dos mil diecisiete.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** El día 25 de noviembre 2016 tuvo entrada en este Tribunal la demanda formulada por la representación procesal de D. Geronimo , AREA DE SERVICIOS PUEBLOS BLANCOS S.L. y PEREA ATIENZA COMERCIAL DE GASÓLEOS S.L. contra CEPSA COMERCIAL PETRÓLEO S.A., acción de anulación del laudo arbitral dictado con fecha 19 de septiembre de 2016, Laudo Aclaratorio de 13 de octubre de 2016, y Laudo parcial de 28 de marzo de 2016, por el Árbitro Único D. Carlos Jesús Gutiérrez García, nombrado por la Corte Española de **Arbitraje**.

**SEGUNDO.-** Por Decreto de 28 de diciembre de 2016 se admitió a trámite la misma, y una vez que se pudo realizar el emplazamiento de las demandadas, ésta presentó contestación a la demanda el 31 de enero de 2017.



**TERCERO.-** Dado traslado, por Diligencia de Ordenación de 3 de febrero de 2017, de la contestación a la demanda a la parte demandante, para la presentación de documentos adicionales o proposición de prueba, ésta presentó escrito al respecto el 22 de febrero, y tras el traslado a la ponente para que se pronunciara sobre las pruebas propuestas, el día 21 de marzo de 2017 se dictó Auto por esta Sala recibiendo el pleito a prueba.

**CUARTO .-** El citado auto fue recurrido en reposición por la demandante, recurso que es desestimado por esta Sala mediante resolución de 5 de mayo de 2017. Por Diligencia de Ordenación de 19 de mayo se señala como día de deliberación el 6 de junio de 2017.

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

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### PRIMERO .- Causas de nulidad .

1ª.- *Con invocación del apartado a), del art. 41.1 de la Ley de Arbitraje* , se alega que el Laudo Arbitral infringe el mismo, ante la falta de convenio arbitral con respecto a la persona de D. Geronimo , al no haber suscrito el mismo en su nombre el citado convenio. En este punto se pone de relieve que en la solicitud de arbitraje de CEPESA había suscrito contrato de agencia y abanderamiento de Estaciones de Servicio con AREA DE SERVICIOS PUEBLOS BLANCOS S.L. y PEREA ATIENZA COMERCIAL DE GASÓLEOS S.L. el 22 de febrero (enero) de 2011, pero dirigía la solicitud también contra D. Geronimo y D. Santiago , mediante escrito de 5 y 8 de octubre de 2015, se solicitó el sobreseimiento de arbitraje con respecto a los mismos, dictándose por la Corte el 27 de octubre de 2015 Resolución confusa acordando que continúe el Arbitraje con respecto a AREA DE SERVICIOS PUEBLOS BLANCOS S.L. y PEREA ATIENZA COMERCIAL DE GASÓLEOS S.L., sin decir nada con respecto a los anteriores, y por Resolución de 16 de noviembre de 2015 requiere a las partes de pago para la provisión de fondos, no haciéndolo con respecto a D. Geronimo y D. Santiago , resoluciones que dieron a entender a los mismos, que el Arbitraje no se dirigía contra los mismos. El contrato de abanderamiento fue firmado por D. Geronimo en representación de PEREA ATIENZA COMERCIAL DE GASÓLEOS S.L., no en su nombre, y al arbitraje solo puede afectar a quienes se sometieron al mismo, por lo que el Laudo adolece de nulidad.

2ª.- *Con invocación del apartado e), del art. 41.1 de la Ley de Arbitraje* , se alega que el Árbitro ha resuelto cuestiones no susceptibles de arbitraje, extralimitación del mismo en cuanto al pronunciamiento del Laudo relativo a la acción de responsabilidad de los administradores, lo que desde el primer momento fue denunciado por D. Geronimo , así como el hecho de que las dos sociedades codemandadas estaban incursas o no en causa de disolución, ya que dichas cuestiones no figuran en el convenio arbitral.

3ª.- *Con invocación del apartado b), del art. 41.1 de la Ley de Arbitraje* , ya que los aquí demandantes en el procedimiento arbitral no han podido hacer valer sus derechos, por los siguientes motivos:

3.1.- Falta de convocatoria en plazo a la Audiencia de 5 de febrero de 2016 para redactar el Acta de Misión, ya que aunque el Laudo apunte que la incomparecencia de los demandadas no fue justificada, lo cierto es que solo consta el envío por burofax al Letrado D. Javier Gimeno Puche a Sevilla, el 3 de febrero de 2016 a las 9,29 h, recibida por el mismo el 5 de febrero cuando la Audiencia era ese mismo día, y PEREA recibió el burofax enviado el 3 de febrero el 15 de febrero notificado a D. Geronimo .

3.2.- Falta de notificación de la Resolución de la Secretaría de la Corte de 11 de enero de 2016 que consta en el Laudo, en la que se rechazaba la administración del Arbitraje en relación a la reconvencción anunciada por AREA DE SERVICIOS.

3.3.- Falta de notificación en tiempo y forma a las codemandadas del escrito de la demandante CEPESA de prueba adicional y alegaciones de 15 de marzo de 2016, entre ellas 7 bloques documentales que se adicionaban a las ya presentadas junto con la demanda, lo que se percataron las partes tras la lectura del Laudo de admisión de prueba de 6 de mayo de 2016, lo que fue puesto en conocimiento de la Corte el 23 de mayo por parte de D. Geronimo y el letrado D. Javier Gimeno y fue notificado finalmente el 24 de mayo, unas horas antes de la celebración de la vista, señalada para el 25 de mayo, lo que infringe el art. 30.3 de la LA.

3.4.- Inadmisión arbitraria de pruebas de los codemandados en el arbitraje: Documentos 5 y 6 de los aportados en la contestación por AREA DE SERVICIOS, la testifical del economista D. Bernardo y de D. Doroteo , interrogatorio de los demandados Geronimo y Santiago , requerimiento al Ministerio de Industria para que determine los precios de venta al público del Gasóleo A remitidos por punto de suministro de CEPESA en la Cooperativa del Campo de Villamartín publicados en Geoportal desde 1 de enero de 2008 hasta 21 de mayo de 2013, y requerimiento a CEPESA para que certifique los precios diarios impuestos en la estación de servicio de Villamartín nº 13326, explotada "por mi representado" desde el 31 de diciembre de 2008.



4º.- Con invocación del apartado f), del art. 41.1 de la Ley de **Arbitraje**, se alega que el Laudo es contrario al Orden Público, por los siguientes motivos:

4.1.- El Laudo no resuelve todas las cuestiones planteadas por AREA DE SERVICIOS, ya que el Laudo parcial de 28 de marzo de 2016 inadmite a trámite los pedimentos 6 y 8 de la contestación, con argumento arbitrario e ilógico.

4.2.- Error patente y arbitrariedad en la aplicación e interpretación de las normas en relación a que las empresas codemandadas estaban incursoas en causa de disolución y la responsabilidad solidaria del administrador.

4.3.- Error patente y arbitrariedad en la aplicación de las normas en relación a la nulidad del contrato de abanderamiento de 22 de febrero de 2011 y de la Ley del Sector de Hidrocarburos, tras la L 11/2013 de medidas de apoyo al emprendedor, que introdujo el art. 43 bis en la L 34/1998, ya que según el Árbitro las mismas no debían afectar al contrato litigioso (pag.69), ya que aunque la Ley entró en vigor en julio de 2013 la DA 4ª obligaba a los contratos existentes a adaptarse a la nueva regulación en un plazo máximo de 12 meses.

4.4.- Error patente y arbitrariedad en la aplicación de las normas en relación a la condena al pago de un lucro cesante inexistente respecto a CEPESA, basado en los datos facilitados por la actora sin criterio ni dato objetivo alguno.

4.5.- Infracción del orden público del Laudo en cuanto al daño emergente, justificado en base al allanamiento de los codemandados, pero el mismo no fue en cuanto a la cantidad sobre la que había que deducir determinados conceptos, pretensiones que el árbitro se negó a resolver, siendo incierto que con respecto las mismas existiera desistimiento.

4.6.- Error patente y arbitrariedad en la aplicación de las normas en relación a la condena en costas del **arbitraje**, negativa a la aclaración solicitada al respecto, ya que la demanda de **arbitraje** fue estimada parcialmente, pues de la cuantía inicial reclamada por CEPESA de 309.0663, 31?, el árbitro estima la suma de 136.736,18?, por lo que la estimación no es "sustancial", y viola el art. 394.2 de la LEC, no estando tampoco justificada la cuantía de las misma que el árbitro se niega a aclarar sin que la Corte haya remitido liquidación final del **Arbitraje**.

#### **SEGUNDO .- Jurisprudencia aplicable al arbitraje .**

Debe recordarse que la acción de anulación de laudo arbitral diseñada en la Ley de **Arbitraje** no permite a la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia, a la que ahora se atribuye la competencia para el conocimiento de este proceso, reexaminar las cuestiones debatidas en el procedimiento arbitral. La limitación de las causas de anulación del laudo arbitral a las estrictamente previstas en el artículo 41 de esa Ley de **Arbitraje**, restringe la intervención judicial en este ámbito a determinar si en el procedimiento y la resolución arbitrales se cumplieron las debidas garantías procesales, si el laudo se ajustó a los límites marcados en el convenio arbitral, si éste carece de validez o si la decisión arbitral invade cuestiones no susceptibles de **arbitraje**.

Al respecto la STS de 15 de septiembre de 2008 establece que *"Como dice el auto de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 21 de febrero de 2006 : como punto de partida debe tomarse la especial función de la institución arbitral y el efecto negativo del convenido arbitral, que veta por principio la intervención de los órganos jurisdiccionales para articular un sistema de solución de conflictos extrajudicial, dentro del cual la actuación de los Tribunales se circunscribe a actuaciones de apoyo o de control expresamente previstas por la Ley reguladora de la institución; es consustancial al **arbitraje**, por lo tanto, la mínima intervención de los órganos jurisdiccionales por virtud y a favor de la autonomía de la voluntad de las partes, intervención mínima que, tratándose de actuaciones de control, se resume en el de la legalidad del acuerdo de **arbitraje**, de la arbitrabilidad -entendida en términos de disponibilidad, como precisa la exposición de Motivos de la Ley 60/2003 - de la materia sobre la que ha versado, y de la regularidad del procedimiento de **arbitraje**; para ello, tal y como asimismo se señala en el Preámbulo de la vigente Ley de **Arbitraje**, se contempla un cauce procedimental que satisface las exigencias de rapidez y de mejor defensa, articulando el mecanismo de control a través de una única instancia procesal; esta mínima intervención jurisdiccional explica el hecho de que en el artículo 42.2 de la vigente Ley de **Arbitraje**, como también se hacía en el artículo 49.2 de su predecesora, se disponga que frente a la sentencia que se dice en el proceso sobre anulación de un laudo arbitral no quepa recurso alguno, habiendo entendido el legislador que a través de una única instancia y con una sola fase procesal se satisface suficientemente la necesidad de control jurisdiccional de la resolución arbitral, que, evidentemente, no alcanza al fondo de la controversia, sino únicamente a los presupuestos del **arbitraje** y su desarrollo."*

En cuanto a lo que se debe entender por orden público, como viene señalando esta Sala en Sentencias de 24 de junio de 2014, recurso de anulación nº 70/2013 ; de 6 de noviembre de 2013, recurso nº 5/2013 ; de 13 de Febrero de 2.013, recurso nº 31/2012 ; y 23 de Mayo de 2.012, recurso nº 12/2011 , entre otras: *".. por orden público han de estimarse aquel conjunto de principios, normas rectoras generales y derechos fundamentales*



*constitucionalizados en el Ordenamiento Jurídico español, siendo sus normas jurídicas básicas e inderogables por la voluntad de las partes, tanto en lo social como en lo económico ( Sentencia del Tribunal Constitucional, Sala 2ª, nº 54/1989, de 23-2 ), y por ende, a los efectos previstos en el citado artículo, debe considerarse contrario al orden público, aquel Laudo que vulnere los derechos y libertades fundamentales reconocidos en el Capítulo II, Título I de la Constitución, garantizados a través de lo dispuesto en términos de generalidad en el artículo 24 de la misma, incluyendo la arbitrariedad patente referida en el artº 9.3 de la Constitución , y desde luego, quedando fuera de éste concepto la posible justicia del Laudo, las deficiencias del fallo o el modo más o menos acertado de resolver la cuestión.."*

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

### **TERCERO .- Primer y segundo motivo de nulidad.**

El demandante afirma que el Laudo Arbitral infringe el apartado a), del art. 41.1 de la Ley de **Arbitraje** , ante la falta de convenio arbitral con respecto a la persona de D. Geronimo , al no haber suscrito el mismo en su nombre el citado Convenio incorporado al contrato de 22 de febrero de 2011, en su cláusula Decimoquinta, además que, en base al apartado f) el Árbitro ha resuelto cuestiones no susceptibles de **arbitraje**, la acción de responsabilidad de los administradores así como el hecho de que las dos sociedades codemandadas estaban incursas o no en causa de disolución, ya que dichas cuestiones no figuran en el convenio arbitral.

La voluntad de someterse a **arbitraje** ha de poder ser apreciada de un modo claro, sin que a ello obste la supresión legal del adjetivo " inequívoca " con que se calificaba tal designio en la Ley de 1988. Así, por todas, la STSJ País Vasco 8/2015, de 23 de septiembre (roj STSJ PV 3148/2015 ) -FJ 2, con cita de sus precedentes Sentencias de 10 de noviembre de 2011 (NLA 9/11 ) y 25 de septiembre de 2012 (NLA 8/2012 ), STSJ Islas Canarias Las Palmas, 3/2015, de 19 de junio -roj STSJ ICAN 773/2015 , FJ 3), o Sentencias de esta Sala 2/2015, de 13 de enero -FJ 4, roj STSJ M 197/2015 -; 7/2015, de 20 de enero -FJ 2, roj STSJ M 201/2015 ; 25/2015, de 25 de marzo -FJ 3, roj STSJ M 3279/2015 ; 79/2015, de 3 de noviembre -FJ 3, roj STSJ M 15511/2015 ; y 31/2016, de 13 de abril -FJ 3, roj STSJ M 3292/2016 ). Ciertamente que a la renuncia a la Jurisdicción que entraña la sumisión a **arbitraje**, como acto específico de renuncia de derechos, le son aplicables los requisitos de ésta - en tal sentido, entre muchas, nuestra Sentencia 75/2016, de 13 de diciembre (FJ 2, roj STSJ M 13260/2016). En palabras de la Sala Primera : " por su propia naturaleza, la renuncia ha de ser clara, terminante, incondicional e inequívoca, aunque no resulta imprescindible que sea expresa, ya que puede deducirse de actos inequívocos y concluyentes " (v.gr., entre muchas, SS. 623/2013, de 26 de octubre - roj 4952/2013-, FJ 6 , y 358/2014, de 20 de junio - roj 2486/2014 -, FJ 2). En perfecta congruencia con lo que antecede, también hemos de recordar, como doctrina reiteradísima, que, a la hora de ponderar la existencia y efectos de un convenio arbitral, es imprescindible preservar las exigencias de la buena fe y de la congruencia con los propios actos ( S 13.2.2013 , ROJ STSJ M 8205/2013; S. 22.7.2013 , ROJ STSJ M 8247/2013; y STSJ Madrid de 13 de enero de 2015, en recurso de anulación 45/2014 , entre otras ), siendo posible apreciar la existencia y validez de un compromiso arbitral, aun de forma tácita, por actos concluyentes, tal y como por otra parte prevé el art. 9.5 LA.

Para determinar cómo afecta la cláusula compromisoria al representante legal de la persona jurídica que pacta la misma, ello depende de cada caso, en concreto de la extensión de su representación -al igual que en la representación voluntaria que necesita un mandato especial ( art. 36 a 38 , 1713 y 1812 CC )-, y en este caso tal y como se desprende del Laudo Arbitral de 19 de septiembre de 2016 D. Geronimo tiene condición de Administrador Solidario de la entidad "Área de Servicios Pueblos Blancos S.." -Titular de la Estación de Servicio-, y de Administrador Único de la sociedad "Perea Atienza Comercial de Gasóleos, S.L." -Propietaria de la Estación de Servicio- y además es socio de ambas sociedades codemandadas en el **arbitraje**, las cuales suscribieron el contrato de suministro con CEPESA de 22 de febrero de 2011 y Resolución del anterior, en que figuraban PEREA como propietaria y AREA DE SERVICIOS como arrendataria, en el que se contenía el compromiso arbitral en la cláusula arbitral Decimoquinta, contrato que fue firmado por D. Geronimo en nombre de PEREA.

También resulta acreditado, tal y como consta en el Laudo impugnado que D. Geronimo intervino en su condición de Administrador Solidario de la Titular de Estación de Servicio en la resolución del Contrato de Arrendamiento de Industria de las codemandadas, y que tras ello D. Geronimo como representante y Administrador Único de la Propietaria de la Estación de Servicio procedió a su enajenación a un tercero.

En consecuencia en este supuesto, D. Geronimo solo tiene condición de Administrador Solidario de la entidad "Área de Servicios Pueblos Blancos S.." -Titular de la Estación de Servicio-, y de Administrador Único de la

sociedad "Perea Atienza Comercial de Gasóleos, S.L." -Propietaria de la Estación de Servicio-, actuando en la firma del contrato de suministro y abanderamiento con CEPSA de 22 de febrero de 2011 -y Resolución del anterior-, en representación de la Sociedad "Perea Atienza Comercial de Gasóleos, S.L.", en virtud de la escritura otorgada ante el Notario de Villamartín (Cádiz), don fecha 23 de junio de 1997. Pese a ello, el árbitro entiende que D. Geronimo es responsable y le condena en el Laudo haciendo extensibles al mismo los límites objetivos y subjetivos del convenio arbitral, pero, para ello no acude a la teoría del levantamiento del velo, por lo que este Tribunal -dado el carácter limitado de la acción de anulación-, no puede analizar la extensión de la cláusula arbitral en base al criterio de que una parte que controla una entidad, no se puede refugiar bajo la forma jurídica de dicha entidad separada, cuando en realidad utiliza dicha forma de manera abusiva, para eludir o limitar su responsabilidad; sino que lo hace a través de la teoría de los actos propios o del consentimiento implícito, lo que este Tribunal entiende que debe ser analizado con carácter restrictivo, sobre todo en casos como el analizado en el que entendemos que no ha quedado acreditado que CEPSA contratara con "Perea Atienza Comercial de Gasóleos, S.L." en la confianza creada por D. Geronimo que respondiera por la misma, con evidente infracción de la buena fe contractual.

Por otro lado, hay que tener en cuenta que ante la independencia de la cláusula arbitral respecto al contrato principal, que recoge el art. 22 LA, es necesario preguntarnos como esa independencia, invocada en el presente caso por el árbitro, afecta a los sujetos del **arbitraje**. Para dar solución al problema planteado, debemos partir de que aunque el convenio arbitral sea una cláusula accesoria, se encuentra subordinada al contrato que rige la relación principal, por lo que las partes vinculadas por la cláusula arbitral, son obviamente, las que dieron su consentimiento a su nacimiento o a su incorporación al contrato principal, como obligados principales o como garantes, y en cuanto a su objeto, ha de tener un contenido mínimo conforme al art. 9.1 LA, que consiste en expresar la voluntad de las partes de someterse a **arbitraje** junto con una determinación de las controversias que vayan a ser objeto, que este caso viene determinada en la Cláusula 15ª del Contrato, no se incluyen en la misma por tanto las responsabilidades de los administradores de las Sociedades intervinientes, que puede ser la responsabilidad general ordinaria por la producción por parte de los administradores de un daño a la sociedad, a los socios o a los acreedores sociales regulada por los artículos 236 a 241 del TRLSC, y, en segundo lugar, la responsabilidad por deudas la cual nace por el incumplimiento por parte de los administradores de las obligaciones que les son impuestas por la Ley o por los Estatutos, en particular, la responsabilidad por no promover la disolución de la sociedad ante determinadas situaciones establecida por el artículo 367 del TRLSC, artículos en los que se establece un régimen complejo de responsabilidades, que exceden del objeto del convenio arbitral relativo a las controversias que hayan surgido o pueden surgir del contrato de suministro y abanderamiento celebrado entre el 22 de febrero de 2011 en que figuraban PEREA como propietaria y AREA DE SERVICIOS como arrendataria (Titular).

En el sentido indicado se pronuncia la STS 26/2010, de 11 de febrero (ROJ 1669/2010), en FD 9º, cuando afirma que: "A) La congruencia es la correspondencia entre lo pedido en la demanda con el fallo de la sentencia. Así lo ha expresado la jurisprudencia reiteradamente ( SSTS 2 de marzo de 2000 , 10 de abril de 2002 , 11 de marzo de 2003 , 27 de junio de 2005 , 28 de junio de 2006 , 20 de junio de 2007 , 4 de abril de 2008 , RC n.º 307/2001 ). Una de las modalidades de incongruencia es la incongruencia extra petita [fuera de lo pedido] que se produce cuando la sentencia resuelve sobre pretensiones o excepciones no formuladas por las partes alterando con JURISPRUDENCIA 14 ello la causa petendi [causa de pedir] fuera de lo que permite el principio iura novit curia [el tribunal conoce el Derecho], el cual autoriza al tribunal para encontrar el Derecho aplicable a la solución del caso aunque la parte no lo haya alegado, pero no para alterar los hechos fundamentales en que las partes basan sus pretensiones. B) Configurando los requisitos del convenio arbitral, el artículo 5 LA 1988, aplicable por razones temporales al supuesto enjuiciado, exige que el convenio arbitral exprese «la voluntad inequívoca de las partes de someter la solución de todas las cuestiones litigiosas o de algunas de estas cuestiones, surgidas o que puedan surgir de relaciones jurídicas determinadas, sean o no contractuales, a la decisión de uno más árbitros, así como expresar la obligación de cumplir tal decisión». Este precepto debe interpretarse en estrecha relación con el principio de autonomía de la voluntad en que se funda la institución del **arbitraje** según la jurisprudencia constitucional. La doctrina científica y la jurisprudencia, frente a posiciones iniciales que defendían el carácter del **arbitraje** de manera indiferenciada como equivalente jurisdiccional, han ido evolucionando hacia teorías mixtas que destacan la naturaleza contractual del **arbitraje** en sus orígenes y subrayan el carácter jurisdiccional de sus efectos como elemento esencial de la institución dentro del marco legal. En la jurisprudencia constitucional se distingue con nitidez, por una parte, la actividad arbitral fundada en el principio de autonomía de la voluntad y regulada por la legalidad ordinaria fuera del ámbito de la protección reforzada mediante el amparo del derecho a la tutela judicial efectiva que consagra el artículo 24 CE ; y, por otra, la intervención judicial excepcional prevista en la LA, que constituye la única actividad jurisdiccional estatal propiamente dicha disciplinada por la regulación del derecho a la tutela judicial, que tiene rango constitucional y formas reforzadas de protección mediante los recursos ante los tribunales ordinarios y recurso de amparo ante el TC. La STC núm. 9/2005 , declara, en efecto, que el **arbitraje** es un medio heterónomo



de arreglo de controversias que se fundamenta en la autonomía de la voluntad de los sujetos privados, lo que constitucionalmente lo vincula con la libertad como valor superior del ordenamiento. La CE, según el Tribunal, sólo proyecta sus garantías sobre aquellas fases del procedimiento arbitral y aquellas actuaciones para las cuales la Ley prevé la intervención jurisdiccional de los órganos judiciales del Estado; entre las más relevantes, la intervención en la designación de los árbitros, la acción de anulación y la ejecución forzosa del laudo. Debe concluirse, en consecuencia, que el **arbitraje** supone una renuncia a la intervención de los tribunales cuando no es absolutamente indispensable (siempre que la parte interesada invoque oportunamente la cláusula arbitral). Esta renuncia ampara la exclusión de la intervención judicial, cuyos inconvenientes se compensan con los beneficios de la rapidez y flexibilidad en el orden procedimental y sustantivo que constituyen la razón de ser del **arbitraje**. De este principio se sigue que la cláusula de sumisión a **arbitraje** no produce efectos si no se opone como excepción en el proceso, para lo cual está legitimado únicamente el demandado que, por sí o por las personas en las que trae causa, la ha aceptado expresamente frente al demandante con respecto a las relaciones o cuestiones planteadas en el proceso. Como ha declarado la jurisprudencia, para ser tenida por eficaz es necesario que se manifieste la voluntad inequívoca de las partes de someter todas o algunas de las cuestiones surgidas o que puedan surgir de relaciones jurídicas determinadas a la decisión de uno o más árbitros ( SSTS de 18 de marzo de 2002 , 20 de junio de 2002 y 31 de mayo de 2003 ). C) *En el caso examinado consta que la cláusula arbitral se aceptó por la sociedad demandante frente a la sociedad demandada, pero no frente a su administrador, que intervino en el contrato exclusivamente en su calidad de representante orgánico de aquélla, por lo que la cláusula de sumisión a **arbitraje** contenida en este contrato no podía afectarle, a diferencia de lo que ocurre con la sociedad demanda .".*

En consecuencia, procede estimar los dos primeros motivos de nulidad invocados por la demandante, por falta de convenio arbitral con respecto a la persona de D. Geronimo y "error in negotio" , que una vez producido origina una incongruencia en el laudo impugnado, porque se resuelve en el mismo sobre lo que no se podía resolver, al exceder del ámbito del convenio -la responsabilidad de los administradores en relación con la disolución de la sociedad-, y en concordancia procede la anulación parcial del Laudo impugnado, de conformidad con lo dispuesto en el art. 41.1 c) de la LA, en cuanto a la responsabilidad solidaria declarada en el mismo del D. Geronimo , anulando los pronunciamientos 2.g), así como los pronunciamientos 2 y 4 - en lo que afecta a la responsabilidad solidaria de D. Geronimo -, del Laudo Final.

#### **CUARTO.- Tercer motivo de nulidad**

Se invoca infracción del apartado b), del art. 41.1 de la Ley de **Arbitraje** , ya que los aquí demandantes en el procedimiento arbitral no han podido hacer valer sus derechos, por distintos motivos que podemos dividir en dos grupos:

1º.- Falta de convocatoria en plazo a la Audiencia de 5 de febrero de 2016 para redactar el Acta de Misión; falta de notificación de la Resolución de la Secretaría de la Corte de 11 de enero de 2016 que consta en el Laudo, en la que se rechazaba la administración del **Arbitraje** en relación a la reconversión anunciada por AREA DE SERVICIOS; falta de notificación en tiempo y forma a las codemandadas del escrito de la demandante CEPSA de prueba adicional y alegaciones de 15 de marzo de 2016, que fue notificado finalmente el 24 de mayo, unas horas antes de la celebración de la vista, señalada para el 25 de mayo.

Al respecto, hemos de tener en cuenta una doctrina del Tribunal Constitucional muy consolidada: que, en materia de notificaciones, únicamente lesiona el art. 24 de la CE la llamada indefensión material y no la formal, impidiendo «el cumplimiento de su finalidad, tendente a comunicar la resolución en términos que permitan mantener las alegaciones o formular los recursos establecidos en el ordenamiento jurídico frente a dicha resolución» ( SSTC 155/1989, de 5 de octubre , FJ 3 ; 184/2000, de 10 de julio, FJ 2 ; y 113/2001, de 7 de mayo , FJ 3), con el «consiguiente perjuicio real y efectivo para los interesados afectados» [ SSTC 155/1988 , FJ 4 ; 112/1989 , FJ 2 ; 91/2000, de 30 de marzo ; 184/2000, de 10 de julio , FJ 2 ; 19/2004, de 23 de febrero ; y 130/2006, de 24 de abril , FJ 6. En igual sentido Sentencias de esta Sala de 25 de octubre de 1996 (rec. apel. núm. 13199/1991), FD Cuarto ; y de 22 de marzo de 1997 (rec. de apel. núm. 12960/1991), FD Segundo]. Lo anterior implica básicamente, en lo que aquí interesa, que si, pese a los vicios de cualquier gravedad en la notificación, puede afirmarse que el interesado llegó a conocer el acto o resolución por cualquier medio - y, por lo tanto, pudo defenderse frente al mismo-, o no lo hizo exclusivamente por su negligencia o mala fe, no cabe alegar lesión alguna de las garantías constitucionales, dado el principio antiformalista y el principio general de buena fe que rigen en esta materia [ SSTC 101/1990, de 4 de junio , FJ1 ; 126/1996, de 9 de julio , FJ 2 ; 34/2001, de 12 de febrero , FJ 2 ; 55/2003, de 24 de marzo , FJ 2 ; 90/2003, de 19 de mayo, FJ 2 ; y 43/2006, de 13 de febrero , FJ 2].

En el presente caso, en cuanto a la Audiencia de 15 de febrero, consta que las notificaciones a D. Geronimo fueron llevadas a cabo mediante la dirección de correo electrónico facilitado por el mismo DIRECCION000 , y en el inicial de DIRECCION001 , que consta en el acta de misión, correo éste último que fue le indicado



personalmente por D. Geronimo en la contestación a la solicitud de **arbitraje** presentada el 13 de octubre de 2015 (T. I del expediente arbitral) que fue posteriormente modificado por escrito de 13 de octubre de 2015 a DIRECCION000 , donde a partir de ese momento se llevaron a cabo las notificaciones al mismo como Abogado de la entidad PEREA ATIENZA, y en la dirección de correo DIRECCION002 , correspondiente al propio abogado de D. Geronimo en el procedimiento arbitral, D. Javier Manuel Gimeno Puche - escrito de oposición a la continuación de procedimiento arbitral de 5 de octubre de 2015 (doc.6 contestación)-, y además no existe escrito alguno durante la tramitación del **arbitraje** en que los demandados pongan de relieve que no fueron citadas a la misma y que por ello no comparecieron, sin que tampoco se aleguen los derechos que se le han conculcado o que modificaciones hubieran propuesto para el acta de misión, la cual se ajusta al Reglamento de la Corte, pactado por la tramitación del **arbitraje**.

En relación a la notificación de la Resolución de la Secretaría de la Corte, hay que hacer constar que Acta de Misión, apartado E "Calendario Procesal", apartado 2, entre otras cosas se hace constar que "Resolución de la Corte de fecha 11 de enero de 2016 se rechazó la administración del **arbitraje** en relación al anuncio de reconvencción efectuado por D. Geronimo , en nombre y representación de PEREA A TI ENZA COMERCIAL DE GASOLEOS, S.L. En virtud de lo dispuesto en el apartado PREVIO anterior, dicha Resolución ha de entenderse subsanada en el sentido de identificar correctamente a /as partes, siendo la parte que anunció reconvencción el Letrado Don Javier Manuel Gimeno Puche, en nombre y representación de la entidad AREA DE SERVICIOS PUEBLOS BLANCOS, S.L.....se advierte a la parte anunciante de la reconvencción que, de sostener su intención, sólo será admitida demanda de reconvencción si junto a la misma se acompaña acreditación de haber satisfecho el importe de la provisión de fondos requerida en virtud de Resolución de la CEA de fecha 25 de noviembre de 2015." (Doc 7 contestación). En base a ello, los ahora demandantes, no pueden alegar que desconocían la citada Resolución y su contenido, y ello al margen de lo dicho anteriormente sobre las notificaciones en los citados correos.

De lo anterior se deduce que no existe vicio en la notificación, puesto que los afectados han tenido conocimiento del resultado de la Audiencia celebrada el 15 de febrero y de la Resolución dictada por la Corte, no han formulado protesta alguna, sin que tampoco se ponga de relieve por los demandante en que no han podido defenderse en el procedimiento arbitral por los defectos en las notificaciones que alegan, por lo que no podemos hablar de indefensión material, única que lesiona el art. 24 de la CE , no la meramente formal. Lo mismo cabe decir sobre la alegada falta de notificación en tiempo y forma a las codemandadas del escrito de la demandante CEPESA de prueba adicional y alegaciones de 15 de marzo de 2016, que fue notificado finalmente el 24 de mayo, un día antes de la celebración de la vista, señalada para el 25 de mayo, ya que tuvieron conocimiento del mismo, sin que conste que solicitaran aplazamiento alguno de la vista a los efectos de poder hacer valer sus derechos correctamente ante la entidad de la prueba, lo que no tuvo lugar, por lo que ahora no pueden alegar que ello les causó indefensión, además la citada prueba pudo ser valorada por las demandantes en sus respectivos escritos de conclusiones.

2º.- Inadmisión arbitraria de pruebas de los codemandados en el **arbitraje**: Documentos 5 y 6 de los aportados en la contestación por AREA DE SERVICIOS, la testifical del economista D. Bernardo y de D. Doroteo , interrogatorio de los demandados Geronimo y Santiago , requerimiento al Ministerio de Industria para que determine los precios de venta al público del Gasóleo A remitidos por el punto de suministro de CEPESA en la Cooperativa del Campo de Villamartín publicados en Geoportal desde 1 de enero de 2008 hasta 21 de mayo de 2013, y requerimiento a CEPESA para que certifique los precios diarios impuestos en la estación de servicio de Villamartín nº 13326, explotada "por mi representado" desde el 31 de diciembre de 2008.

La resolución arbitral de prueba de fecha 6 de mayo de 2016, con respecto a la denegación de prueba en relación a los documentos 5 y 6 de los aportados en la contestación por AREA DE SERVICIOS, razona lo siguiente:

"1. **Inadmitir, por improcedentes** , al no guardar relación con el objeto del **arbitraje**, los medios de prueba que seguidamente se indican, todos ellos referidos a una cuestión ajena a este procedimiento, cual es la reclamación de cantidad que la demandada "Área de Servicios Pueblos Blancos SL" hizo valer contra la demandante en su tácita reconvencción que, relativa incumplimientos de la parte demandada y a la contaminación de los tanques de gasolina de la Estación de Servicio, fue inadmitida en virtud de Laudo Parcial de 28 de marzo de 2016" . En consecuencia, el argumento del árbitro es lógico, conforme a los criterios determinantes de la admisión de prueba, ya que los citados documentos 5 y 6 -junto con los documentos 18,19 y 21, y la testifical de Dña. Justa , pruebas propuestas por CEPESA, que también son inadmitidos por el árbitro- no guardan relación con el objeto de la tutela que se pretende obtener en el **arbitraje**, puesto que los citados documentos se referían a la reconvencción implícita que fue rechazada por el árbitro en el Laudo Parcial de 28 de marzo de 2016.

Con respecto a las testificales de D. Bernardo y de D. Doroteo e interrogatorio de los demandados Geronimo y Santiago , la resolución arbitral de prueba entiende que las citadas **pruebas son inútiles** , al no contribuir



al esclarecimiento de los hechos, con respecto al primer testigo, contable de las entidades mercantiles, ya que obran en el expediente las Cuentas Anuales depositadas en el Registro Mercantil, documentos 13 y 14 aportados por CEPSA y que no son impugnados por las codemandadas, ni completados, ya que las demandadas lo único que apuntan es que las cuentas anuales "no se corresponden con la realidad de la empresa" "por un error del contable", entendiéndose que la declaración del contable es inútil porque su declaración testifical no puede modificar o corregir los errores de los que adolecen las cuentas anuales; la testifical de D. Doroteo , identificado "como el socio sin más", se considera inútil la prueba por el árbitro porque de la documental propuesta se desprende que el mismo ha suscrito sendos contratos de préstamos con Área de Servicios -23 de septiembre de 201- y con Geronimo -30 de septiembre de 2014-, sin que la parte indique el hecho controvertido que se pretende acreditar con la testifical, y además se considera inútil a los efectos de acreditar, más allá de los citados préstamos, el hecho controvertido. Y, en cuanto a los codemandados en el **arbitraje**, el árbitro afirma que el Reglamento no prevé la prueba de interrogatorio de partes, además de que es inútil, ya que D. Geronimo y D. Santiago , son demandados como personas físicas y a su vez actúan en representación de las personas jurídicas, sin que existan intereses contrapuestos entre ellas, siendo su posición idéntica en la defensa de sus intereses, por el que es inútil su interrogatorio.

En cuanto a la prueba denegada consistente en el requerimiento al Ministerio de Industria para que determine los precios de venta al público del Gasóleo A remitidos por el punto de suministro de CEPSA en la Cooperativa del Campo de Villamartín publicados en Geoportal desde 1 de enero de 2008 hasta 21 de mayo de 2013 , la resolución arbitral de prueba la rechaza por **impertinente** , por un lado, porque el periodo solicitado excede del periodo al que se refiere la demanda, que data de 22 de febrero de 2011, y especialmente porque se trata de datos públicos que debió aportar Área de Servicios en su escrito de contestación a la demanda o en la Prueba Adicional conforme al art. 21 del RCEA. Y, con respecto a la prueba denegada requerimiento a CEPSA para que certifique los precios diarios impuestos en la estación de servicio de Villamartín nº 13326, explotada "por mi representado" desde el 31 de diciembre de 2008, el árbitro la rechaza porque los citados datos obran o deben obrar en poder de la demandada, por lo que conforme al citado art. 21 debe ser aportados por la misma junto a la contestación o con la Prueba Adicional.

En primer lugar, debemos apuntar respecto a la prueba, que la Exposición de Motivos de la LA 11/2011 establece que "La fase probatoria del **arbitraje** está también presidida por la máxima libertad de las partes y de los árbitros -siempre que se respeten el derecho de defensa y el principio de igualdad- y por la máxima flexibilidad." . Principio de igualdad, junto a los de audiencia y contradicción que también establece el artículo 24 de la LA.

Por otro lado, conforme a reiterada jurisprudencia "No toda denegación de prueba implica vulneración del artículo 24, apartado 2, de la Constitución Española , sino que se requiere que resulte injustificada e influya en el resultado del proceso. Expusimos, entre otras, en la sentencia 400/2012, de 12 de junio , que el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa de los propios intereses, protegido por el artículo 24, apartado 2, de la Constitución Española , deriva, según la doctrina constitucional, de que su reconocimiento cumpla la función de garantizar a las partes la posibilidad de impulsar una actividad probatoria de acuerdo con lo que reclamen sus intereses. Sin embargo, como se ha dicho, la sanción reclamada por la recurrente por la violación del derecho de que se trata está sujeta a la concurrencia de ciertas condiciones. En primer término, la de pertinencia, ya que el artículo 24 no ampara un hipotético derecho a una actividad probatoria ilimitada, sino que atribuye sólo el de exigir la admisión y práctica de las pruebas que sean pertinentes, entendiéndose por tales las que tengan una relación con el tema o supuesto que deba decidirse; en segundo término, la de legalidad, ya que, al tratarse de un derecho de configuración legal, su efectivo ejercicio ha de ajustarse al marco legal establecido por el ordenamiento jurídico; y, finalmente, la de relevancia, que impone se acredite por la parte recurrente - a quien corresponde la carga procesal de hacerlo - la realidad de una indefensión constitucionalmente relevante, lo que implica la demostración de que la actividad probatoria no admitida o no practicada era decisiva en términos de defensa, pues hubiera podido tener una influencia determinante en la resolución del pleito, al ser susceptible de alterar el fallo en favor del recurrente." ( STS 25/2014 de 11 de febrero ).

Las pruebas denegadas por el árbitro por inútiles, no generan indefensión alguna a los aquí demandados, ya que el interrogatorio de los demandados resulta superfluo, puesto que han defendido sus pretensiones con sus respectivos escritos de contestación y de conclusiones, no existiendo entre ellos intereses contrapuestos, sino todo lo contrario, actuando en una misma dirección, tampoco resulta útil la declaración del socio que suscribió los contratos de préstamos, pues nada puede acreditar más allá de los préstamos suscritos que constan documentados y que no se refieren a la controversia, y en cuanto al contable, entendemos que la citada prueba no tiene capacidad para altera el fallo a favor de los aquí demandantes, ya que en el expediente constan las Cuentas Anuales depositadas en el Registro, sin que la testifical pueda servir para modificar o corregir los errores de los que adolecen las cuentas anuales, según los demandados. Y en cuanto a los requerimientos al Ministerio de Industria y CEPSA de determinada documentación, que el árbitro considera





pruebas impertinentes, por tratarse de datos públicos o de documentación que debía tener en su poder la demandada, tal decisión es acorde con el art. 21 del RCEA, y *stricto sensu*, también tal solicitud resultaba ex temporánea ex arts. 265. 1 y 2 y 269.2 LEC .

#### QUINTO. - Cuarto motivo de nulidad

Con base en el apartado f), del art. 41.1 de la Ley de Arbitraje, se alega que el Laudo es contrario al Orden Público, por los siguientes motivos:

4.1.- El Laudo no resuelve todas las cuestiones planteadas por AREA DE SERVICIOS, ya que el Laudo parcial de 28 de marzo de 2016 inadmite a trámite los pedimentos 6 y 8 de la contestación, con argumento arbitrario e ilógico.

La citada cuestión fue resuelta por el árbitro en el Laudo Parcial de 18 de marzo de 2016, sin que la parte que ahora alega verse afectada por el mismo - ya que entiende que los argumentos en que se basa son contrarios al orden público- haya ejercitado la acción de nulidad en el plazo previsto legalmente de dos meses (art. 41.4 LA), por lo que la petición que ahora se formula es extemporánea al producir el citado Laudo efecto de cosa juzgada. Al respecto el artículo 37.1 de la LA que dispone que " *Salvo acuerdo en contrario de las partes, los árbitros decidirán la controversia en un solo laudo o en tantos laudos parciales como estimen necesarios.*", y el artículo 43 de la misma ley, dispone que " *El laudo produce efectos de cosa juzgada y frente a él solo cabrá ejercitar la acción de anulación y, en su caso, solicitar la revisión conforme a lo establecido en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil para las sentencias firmes.*" .

En consecuencia este Tribunal no puede entrar a analizar los argumentos contenidos en el Laudo Parcial, ya que la presentación extemporánea de la acción de anulación puede acarrear la lesión al derecho fundamental a la inmodificabilidad o intangibilidad de las resoluciones productoras de cosa juzgada ( STC 288/1993 ). En este caso apreciable en cuanto a la cosa juzgada formal, no material.

4.2.- Error patente y arbitrariedad en la aplicación e interpretación de las normas en relación a que las empresas codemandadas estaban incursas en causa de disolución y la responsabilidad solidaria del administrador.

La cuestión planteada, se encuentra en íntima conexión con lo analizado en el Tercer Fundamento de Derecho de la presente resolución, por lo que apreciada la excepción y el vicio denunciado, no procede entrar a analizar la arbitrariedad o no de los argumentos en los que el árbitro ha basado su decisión al respecto, Fundamento de Derecho al que nos remitimos, para evitar reiteraciones innecesarias.

4.3.- Error patente y arbitrariedad en la aplicación de las normas en relación a la nulidad del contrato de abanderamiento de 22 de febrero de 2011 y de la Ley del Sector de Hidrocarburos, tras la L 11/2013 de medidas de apoyo al emprendedor, que introdujo el art. 43 bis en la L 34/1998, ya que según el Árbitro las mismas no debían afectar al contrato litigioso (pag.69), ya que aunque la Ley entró en vigor en julio de 2013, la DA 4ª obligaba a los contratos existentes a adaptarse a la nueva regulación en un plazo máximo de 12 meses.

El Laudo Final analiza el tema planteado de forma exhaustiva, dentro del análisis de las Cláusulas Quinta 1º y Séptima del Contrato de Agencia y Abanderamiento de Estaciones de Servicio de fecha 22 de febrero de 2011, desde la perspectiva del Derecho de la Competencia de la Unión Europea (F. 63 a 65), y desde la perspectiva del Derecho Interno de la Competencia (F. 66 a 71), afirmando el Laudo en relación al tema que considera controvertido la parte demandante, entre otras cosas, que la Disposición Final 15ª de la Ley 11/2013 (resultado de la convalidación del RD-L 4/2013) disponía su *entrada en vigor al día siguiente de su publicación en el Boletín Oficial de Estado, que lo fue el día 27 de julio de 2013*, y que la Disposición Final 4ª de la Ley 11/2013 (fruto de la convalidación del ROL4/2013), establece: "Disposición Adicional cuarta. Plazo de adaptación de los contratos de distribución Los contratos de distribución en exclusiva afectados por el artículo 43 bis, de la Ley 34 1 1998, de 7 de octubre, del sector de hidrocarburos deberán adaptarse

en el período de *12 meses desde la entrada en vigor de la presente ley ...*". Sigue afirmando el Laudo que la citada Ley no resulta de aplicación a los contratos de "agencia genuina" por estar excluidos del art. 1 de la L 15/2017 de 3 de julio de Defensa de la Competencia, y que tal y como se argumenta a la hora de analizar la "teoría de los riesgos significativos" se llega a la conclusión de que el Contrato litigioso reviste la modalidad de "agencia genuina", no sujeto al Derecho de la Competencia como acepta la Comisión Nacional del Mercado de los Mercados y de la Competencia (R. 29 de enero de 2015) y la doctrina del Tribunal Supremo.

Junto con el anterior argumento sostiene el árbitro "A la fecha en la que el Contrato dejó de ser cumplido por la parte demandada (desde el día 29 de mayo de 2013) ni tan siquiera había entrado en vigor la Ley 11/2013 por la que se daba nueva redacción a la LSH introduciendo en la misma el artículo 43 bis.". Concluyendo que "De este modo, la excepción de nulidad de la Cláusulas Quinta.1º y Séptima del Contrato no pudo ser estimada ya que ni el precepto invocado se encontraba en vigor al tiempo en el que cesó el suministro en exclusiva por



parte de CEPSA y en consecuencia la posibilidad de ésta de determinar el precio de venta al público de los carburantes de su propiedad, ni dicho suministro ha venido prestándose por un plazo superior al legalmente previsto tras la entrada en vigor del tan citado artículo 43 bis de la LSH de conformidad con lo dispuesto en la D.Ad.4ª de la Ley 11/2013 .".

Los anteriores argumentos, aunque sean discrepantes con los mantenidos por la demandante no los podemos calificar de irracionales o ilógicos, pretendiendo que este Tribunal entre en el fondo de la cuestión de fondo planteada, sin que se aprecie infracción alguna del orden público

4.4.- *Error patente y arbitrariedad en la aplicación de las normas en relación a la condena al pago de un lucro cesante* inexistente respecto a CEPSA, basado en los datos facilitados por la actora sin criterio ni dato objetivo alguno. 4.5.- *Infracción del orden público del Laudo en cuanto al daño emergente*, justificado en base al allanamiento de los codemandados, pero el mismo no fue en cuanto a la cantidad sobre la que había que deducir determinados conceptos, pretensiones que el árbitro se negó a resolver, siendo incierto que con respecto las mismas existiera desistimiento.

El Laudo analiza de forma pormenorizada en las páginas 73 a 81 la indemnización por daños y perjuicios reclamados y, tras transcribir los arts. 1101 y 1106 del Código Civil -afirmando que los daños y perjuicios comprenden no solo el valor de la pérdida que haya sufrido, sino también el de la ganancia que haya de obtener el acreedor-, así como la Cláusula Octava del Contrato litigioso, analiza en primer lugar el daño emergente, sobre el que apunta que "Hemos de subrayar que la parte demandada, "Área de Servicios Pueblos Blancos, S.L.", en su escrito de contestación a la demanda arbitral de CEPSA (vid. pág. 5), reconoce expresamente haber percibido dichas ventajas económicas por adelantado, así como su obligación de devolverlas en el importe reclamado por CEPSA en este concepto, es decir, en la cantidad de 66.147,95 Euros, si bien interesaba la compensación de dicho importe con otras cantidades que la demandada a su vez consideraba le eran debidas por CEPSA. Y así concluía en el apartado 6 del di Suplico de su contestación como

sigue: " *se declare: 6. Que la única consecuencia contractual derivada del vencimiento anticipado del contrato es la devolución por parte de mi representada de 66.147,95.- ? que prevé el contrato, más los 299,52.- ? del resto de una factura; si bien a estas cantidades hay que deducirle las cantidades que la entidad Cepsa ha dejado de abonar representada ... "*

En consecuencia, tal y como analiza el Laudo existe un reconocimiento por la demandada en el **arbitraje** Área de Servicios Pueblos Blancos, S.L, del daño emergente y su importe, si bien pretendía que se dedujesen determinadas cantidades que CEPSA le adeudada, a las que se referían la reconversión implícita desestimada por el árbitro en el Laudo Parcial, que como hemos analizado ha devenido firme.

Y, en segundo lugar analiza el Laudo el lucro cesante, referente a los daños económicos derivados de la frustración de la legítima expectativa de beneficio de CEPSA derivada de la posibilidad de explotar el punto de venta durante toda la duración del contrato, que cuantifica en 238.416, 57 ? -finalmente se conceden por el árbitro 70.289,28?-, en base al informe pericial que acompañaba a la demanda, emitido por la entidad BDO Auditores S.L.P. en fecha 22 de febrero de 2016. El árbitro fija el lucro cesante en atención, de una parte, al periodo de tiempo durante el que el contrato dejó de ser cumplido, que tuvo lugar el 29 de mayo de 2013, y que las prohibiciones prescritas en el art. 43 bis de la LSH serían aplicables expirado el plazo de adaptación de 12 meses, desde la entrada en vigor, es decir, a partir del día 28 de julio de 2014, por lo que de no haber convenido a la adaptación, la Cláusula Séptima sobre el plazo habría devenido ineficaz desde el 29 de julio de 2014, quedando liberada la demandada de su obligación de suministrarse en exclusiva con productos CEPSA, por lo que afirma que los efectos derivados del incumplimiento no deben superar la citada fecha.

El segundo extremo que tiene en cuenta el árbitro para fijar el lucro cesante es la "cuantificación de interés positivo o de cumplimiento del contrato", para lo cual considera adecuado el método seguido por el informe pericial emitido por BDO Auditores S.L.P, con la siguiente precisión "Sin embargo, para determinar la media diaria, real, de litros suministrados por CEPSA a la Estación de Servicio, se considera más adecuado atender al número total de litros de productos suministrados, según resulta del Doc. nº 2 de los incorporados al Informe Pericial ("Certificado de Litros ES 13326.pdf), en función del total de días que media entre la fecha del contrato (22 de febrero de 2011) y el día en que la parte demandada cesó definitivamente de cumplir con su obligación de suministrarse en exclusiva con los productos de CEPSA (29 de mayo de 2013); incluyendo por tanto los suministros verificados en el año 2013 y que han sido excluidos en el Informe Pericial sin otro motivo que el de "no desvirtuar la estimación ", según se indica, " *ya que desde enero hasta mayo de 2013 existió un fuerte descenso de los litros suministrados, llegando a descensos superiores al 80% en los meses de abril y mayo*".

Y, en conclusión, afirma que "Atendiendo así al método de cálculo que consideramos más adecuado, fijando como fecha de inicio para el cálculo de lucro cesante el día 29 de mayo de 2013 y como fecha final el día 29 de julio de 2014 por los motivos que se han expuesto, y aceptando los demás extremos contenidos en el Informe



Pericial emitido por BDO Auditores, S.L.P., procede determinar el importe del lucro cesante en la cantidad de 70.289,28 ?...", explicando los parámetros que el árbitro ha seguido en el cálculo de la citada cantidad, en concreto el mismo tiene en consideración, los días que el contrato ha estado vigente (828 días), el número total de litros suministrados por CEPSA a la Estación de Servicio -según el doc. 2 del Informe Pericial-, el margen Teórico de Beneficio Marginal diario por cada litro de combustible suministrado, según el Informe Pericial, y el número de días que median entre el 29 de mayo de 2013 hasta el 29 de julio de 2014 (426 días).

Argumentos que no corresponde a este Tribunal analizar su corrección jurídica, pues la acción de anulación del laudo no es un medio de impugnación - en sentido estricto-, que tenga como finalidad corregir los errores *in procedendo o in iudicando*, pero que al margen de ellos, lo que no implican es una infracción de las normas de la sana crítica, sino todo lo contrario, pues las conclusiones apuntadas por el árbitro, son consecuencia de la valoración de la prueba, de forma no arbitraria ni ilógica, tanto del Informe Pericial aportado por el demandante, y con sus propias experiencias, lo que sin duda integra la sana crítica, lo que no implica, necesariamente, el acierto en las mismas. Por ello el motivo debe ser rechazado, pues debemos insistir en que la invocación del orden público como causa de anulabilidad no puede convertirse en una puerta para permitir el control judicial de la decisión de fondo adoptados por los árbitros, o para discutir la posible justicia del laudo, o las deficiencias del fallo o el modo más o menos acertado de resolver la cuestión.

4.6.- Error patente y arbitrariedad en la aplicación de las normas en relación a la condena en costas del **arbitraje**, negativa a la aclaración solicitada al respecto, ya que la demanda de **arbitraje** fue estimada parcialmente, pues de la cuantía inicial reclamada por CEPSA de 309.0663, 31?, el árbitro estima la suma de 136.736,18?, por lo que la estimación no es "sustancial", y viola el art. 394.2 de la LEC, no estando tampoco justificada la cuantía de las mismas que el árbitro se niega a aclarar sin que la Corte haya remitido liquidación final del **Arbitraje**.

En primer lugar, debemos destacar la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que resulta relevante para la solución del caso, pues delimita, con gran precisión en qué circunstancias el pronunciamiento sobre costas o su motivación pueden trascender el ámbito de la mera legalidad ordinaria y entrañar una lesión de la Constitución y, en concreto, del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva ( art. 24.1 CE ), con la correlativa infracción del orden público como causa de anulación, en este caso, de un Laudo.

Tal y como ya ha tenido ocasión de pronunciarse esta Sala, por todas la S. 62/16 de 11 de octubre, el Tribunal Constitucional parte de una regla general clara: "*la cuestión relativa a la imposición de las costas procesales es un problema de legalidad ordinaria sin relevancia constitucional*"... , razón por la cual "*la decisión acerca de la imposición de las costas del proceso no implica, en principio, lesión alguna del derecho a la tutela judicial efectiva*" ( SSTC 170/2002, de 30 de septiembre, FJ 17 , y 172/2009, de 9 de julio , FJ 3; y ATC 416/2003, de 15 de diciembre , FJ 2); precisando también el Alto Tribunal "que ninguno de los dos sistemas en que se estructura la imposición de costas en nuestro ordenamiento jurídico procesal, esto es, el objetivo o del vencimiento y el subjetivo o de la temeridad, afectan a la tutela judicial efectiva, pues la decisión sobre su imposición pertenece, en general, al campo de la legalidad ordinaria" (entre otras, SSTC 134/1990, de 19 de julio, FJ 5 ; 190/1993, de 14 de junio, FJ 4 ; 41/1994, de 15 de febrero, FJ 2 ; 48/1994, de 16 de febrero, FJ 2 ; 46/1995, de 14 de febrero, FJ 3 ; 8/1999, de 8 de febrero, FJ 1 ; 191/2001, de 1 de octubre, FJ 6 ; 170/2002, de 30 de septiembre, FJ 17 ; 107/2006, de 3 de abril, FJ 3 ; y 51/2009, de 23 de febrero , FJ 2).

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

En relación con el contenido de la motivación que debe acompañar a la adopción de pronunciamientos accesorios como es el referido a las costas procesales, "*debemos distinguir -añade la STC 51/2009 en su FJ 2- aquellos casos en los que el sentido del pronunciamiento accesorio viene impuesto ope legis, de aquellos otros que son fruto de una decisión adoptada dentro del ámbito de arbitrio previsto por la norma. Así, recordábamos en la STC 25/2006, de 30 de enero , que 'en aquellos supuestos en los que la imposición, o no, de las costas procesales sea el resultado de una valoración sobre las circunstancias particulares del caso o sobre la conducta procesal de las partes -temeridad o mala fe litigiosa-, el deber de motivar su decisión es una exigencia derivada*



de los arts. 24.1 y 120.3 CE. Ello no obsta para que aun en estos casos la motivación implícita pueda ser admitida cuando la razón del pronunciamiento sobre las costas del proceso pueda inferirse del conjunto y sentido de las argumentaciones utilizadas por el Tribunal para resolver las pretensiones de las partes, ya que la Sentencia es un acto procesal orgánico y unitario que no puede contemplarse con visión fragmentaria ( SSTC 131/1986, de 29 de octubre, FJ 4 ; y 230/1988, de 1 de diciembre , FJ 1). En aquellos otros supuestos en los que, por el contrario, el legislador acoge la regla victus victori o del vencimiento objetivo, sin prever excepciones, no existe un margen de apreciación para que el órgano judicial decida por sí sobre la imposición de costas, sino que, por imperativo legal, la única decisión que puede adoptar es la que la norma contempla. En estos casos no existe un deber de motivación sobre la imposición de las costas procesales que vaya más allá de la motivación necesaria para estimar o desestimar las pretensiones que constituya el objeto del concreto proceso, de cuyo resultado es consecuencia inescindible la decisión sobre las costas causadas (accessorium sequitur principale)" (FJ 3). En el mismo sentido la STC 172/2009 , FJ 3.

En el presente supuesto no existen dudas de que ha existido una estimación parcial de la demanda arbitral, ya que en el Laudo se hace constar que existe "estimación sustancial de la Demanda", así como "sustancial desestimación de los motivos de oposición hechos valer por las partes demandadas", sin que sea óbice para ello lo argumentado en el punto IV del Laudo "sin perjuicio de la cuantificación económica de las responsabilidades reconocidas en este Laudo", ya que a tal efecto, debemos dejar constancia de lo que dice la Sala Primera sobre la "doctrina de la estimación sustancial" en los términos del FJ 8 de su Sentencia 177/2008, de 5 de marzo (ROJ STS 3824/2008): "Es cierto que la LEC establece que las costas se impondrán a la parte cuyas pretensiones hubieran sido totalmente rechazadas, pero esta Sala ha admitido que procede también la imposición de las costas en casos de estimación sustancial de la demanda ( STS 6/6/2006 y las allí citadas). Como afirma la Sentencia de 8 de marzo de 2007 , con cita de las de 9 de junio y 21 de diciembre de 2006 , ' esta especie de cuasi vencimiento, que resulta de la estimación sustancial de la demanda, opera únicamente cuando hay una leve diferencia entre lo obtenido y lo pedido , siendo de especial utilidad en los supuestos que se ejercitan resarcitorias de daños y perjuicios en los que la fijación del quantum es de difícil concreción y gran relatividad, no cuando existe una diferencia tan notable como para no poderla equiparar al vencimiento total a que se refiere la norma".. Por tanto, estamos en presencia de un supuesto en que la condena en costas exige de motivación -el pronunciamiento sobre las mismas no viene predeterminado ope legis -, en lo primero que hemos de reparar es en las razones dadas por la Árbítro en el ejercicio de su margen de discrecionalidad, nunca identificable con el puro voluntarismo.

El Laudo Final con respecto a las costas, la única motivación que contiene es la cita del art. 38.1 del Reglamento de la Corte Española de Arbitraje , que entre otras cosas dispone: "Salvo acuerdo en contrario de las partes, los árbitros podrán justificar la imposición de las costas basándose en el principio de que la condena refleja proporcionalmente el éxito y el fracaso de las respectivas pretensiones de las partes, salvo que atendiendo a las circunstancias particulares del caso los árbitros estimen inapropiado la aplicación de este principio general.", y que existe "estimación sustancial de la Demanda", así como "sustancial desestimación de los motivos de oposición hechos valer por las partes demandadas".

Y, el Laudo Aclaratorio de 13 de octubre de 2016, en respuesta a la solicitud de aclaración solicitada por el codemandado D. Geronimo , en el que ponía de relieve "...que esta parte no entiende la liquidación de costas practicada; a saber, los criterios utilizados para llegar a los importes liquidados, los cuales considera no sujetos a las normas de la Corte.", resuelve en el siguiente sentido "La Liquidación de Costas contenida en el Laudo de 19 de septiembre de 2016 ha sido practicada, sobre una cuantía litigiosa que inicialmente se estimó en 300.000,00 euros, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 38.3 del RCEA y sus Anexos 1 y 11, y en atención al contenido de la Resolución de fecha de 11 de enero de 2016 de la Secretaria General de Corte, por lo que no se considera necesaria aclaración alguna en los términos solicitados."

Como hemos indicado, la estimación de la demanda arbitral ha sido parcial, y ello lo demuestra el hecho constatado que la demandante solicitaba al menos 300.000?, siendo esta la estimación de la cuantía litigiosa según la Resolución de 11 de enero de la Secretaria General de la Corte, tal y como indica el Laudo Aclaratorio, y la condena a las demandadas ha sido de 136.736,18?, sin que se encuentre motivada en el Laudo la imposición de la totalidad de las costas a las demandadas, con incumplimiento por el árbitro del deber de motivación derivado de los arts. 24.1 y 120.3 de la CE , y el impuesto en el párrafo primero del citado art. 38.1 del Reglamento de la Corte Española de Arbitraje . Por lo que, utilizando los términos de la STC 89/2008, de 21 de julio , la ratio decidendi del Laudo, en lo tocante a la imposición de costas, está totalmente desconectada de la realidad declarada por el propio Laudo en su motivación, de la que no se sigue temeridad alguna en el litigar de las demandadas-condenadas, abocando además a un resultado desproporcionado, abiertamente contrario a la equidad y a la naturaleza y razón de ser de la imposición de costas (FJ 4, STC 232/2007 ), y a su conexión con el derecho de acceso a la Justicia -jurisdiccional y/o arbitral-, constitucionalmente declarado.



En consecuencia, estamos ante una estimación parcial de una demanda arbitral que, no obstante, condena íntegramente en las costas a las demandas/condenadas sin motivación que supere el canon de la arbitrariedad o se acomode a las reglas de la lógica, lo que equivale a una ausencia de motivación constitucionalmente relevante, pues, en este caso, la imposición de las costas no viene predeterminada por la Ley o establecida *ope legis* ( STC 120/2007 ). En este punto, pues, el Laudo vulnera el orden público y el motivo ha de ser estimado, por lo que procede anular la parte dispositiva del Laudo nº 3.

En virtud de lo anterior, queda imprejuzgada la imposición de costas en el **arbitraje**, sin que tal cuestión pueda ser integrada por este Tribunal, ya que la actuación de la Sala se debe limitar a su potestad anulatoria, dado el carácter meramente declarativo de la nulidad, no obstante, deberá ser el propio árbitro que dictó el Laudo anulado, quien deba pronunciarse sobre las costas, pues el Laudo adolece de un pronunciamiento que debe ser integrado por imperativo legal, así se desprende del artículo 37.6 de la LA, con la consiguiente responsabilidad, en su caso, por perjuicio resarcible (art. 21 LA), al faltar el pronunciamiento al que impone el art. 37.6, en relación con el 38.1 de la LA, tal y como ya ha tenido ocasión de pronunciarse esta Sala en Auto de 14 de febrero de 2017 (NLA 33/2016).

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

Vistos los artículos de aplicación

## FALLAMOS

**ESTIMAMOS PARCIALMENTE** la demanda formulada por la Procuradora de los Tribunales Dña. Sharon Rodríguez de Castro Rincón en nombre y representación de D. Geronimo , AREA DE SERVICIOS PUEBLOS BLANCOS S.L. y PEREA ATIENZA COMERCIAL DE GASÓLEOS S.L. contra CEPSA COMERCIAL PETRÓLEO S.A., acción de anulación del laudo arbitral dictado con fecha 19 de septiembre de 2016, Laudo Aclaratorio de 13 de octubre de 2016, y Laudo parcial de 28 de marzo de 2016, por el Árbitro Único D. Carlos Jesús Gutiérrez García, nombrado por la Corte Española de **Arbitraje; ANULANDO los puntos 2. g), 3, y lo que afecta a D. Geronimo de los puntos 2 y 4** del Laudo Final de 19 de septiembre de 2016; sin expresa imposición de las costas causadas en este procedimiento.

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

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