



Roj: **STSJ M 11444/2018 - ECLI:ES:TSJM:2018:11444**

Id Cendoj: **28079310012018100205**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **13/11/2018**

Nº de Recurso: **23/2018**

Nº de Resolución: **35/2018**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **JESUS MARIA SANTOS VIJANDE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

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

Domicilio: C/ General Castaños, 1 - 28004

Teléfono: 914934850,914934750

31001590

NIG: 28.079.00.2-2018/0061365

Procedimiento: Nulidad laudo arbitral 23/2018.

Demandante: EMBOTELLADORA DE CANARIAS, S.A.

Procurador/a: D. José Carlos Peñalver Garcerán.

Demandado: ESTABLECIMIENTOS INDUSTRIALES AHEMON, S.A.

Procurador/a: D^a. Ana Caro Romero.

SENTENCIA N° 35 /2018

Excmo. Sr. Presidente:

D. Francisco Javier Vieira Morante

Ilmos. Sres. Magistrados:

Ilmo. Sr. Magistrado Don Joaquín Delgado Martín

Ilmo. Sr. Magistrado D. Jesús María Santos Vijande

En Madrid, a 13 de noviembre del dos mil dieciocho.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 11 de abril de 2018 se presentó vía lexnet y tuvo entrada en esta Sala el siguiente día 12 la demanda formulada por el Procurador de los Tribunales D. José Carlos Peñalver Garcerán, en nombre de **EMBOLLETADORA DE CANARIAS, S.A. (en adelante, EMCASA)**, ejercitando, contra **ESTABLECIMIENTOS INDUSTRIALES AHEMON, S.A. (en adelante, AHEMON)**, acción de anulación del Laudo de 12 de enero de 2018, cuya aclaración, rectificación y complemento se deniega por Resolución de 5 de febrero de 2018; Laudo y Resolución dictados por D. José Manuel Otero Novas en el procedimiento nº 903, administrado por la Corte Civil y Mercantil de **Arbitraje** (CIMA).

SEGUNDO.- Mediante Decreto de 16 de abril de 2018 se admite a trámite la demanda y acuerda el emplazamiento de la demandada -notificado el siguiente día 23-, quien, representada por la Procuradora de los Tribunales D^a. Ana Caro Romero, contesta a la demanda por escrito registrado el 21 de mayo de 2018.



TERCERO.- Dado traslado en Diligencia de Ordenación de 25 de mayo de 2018 a la demandante para presentar documentos adicionales o proponer prueba ex art. 42.1.b) LA, la representación de EMCASA, por escrito presentado el 12 junio de 2018 -con entrada en esta Sala el siguiente día 13-, suplica la admisión de la más documental que acompaña: copia del Proyecto de Segregación de 30 de junio de 2015 -doc. nº 1- y su posterior actualización de 20 de mayo de 2016 -doc. nº 2.

CUARTO.- Por Diligencia de Ordenación de 19 de junio de 2018 se acordó dar cuenta al Magistrado Ponente al objeto de analizar los medios de prueba solicitados y proponer a la Sala la resolución correspondiente.

QUINTO.- Mediante Auto de fecha 20 de junio de 2018, la Sala acordó:

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

2º. Admitir la documental aportada.

3º. No haber lugar a la celebración de vista pública.

4º. Señalar para el inicio de la deliberación y fallo de la presente causa el día **2 de octubre de 2018**, a las 10:00 horas.

SEXTO.- Al haberse modificado la composición de la Sala por el cese de la Excm. Sra. D^a. Susana Polo García y su temporal sustitución por el Ilmo. Sr. D. Joaquín Delgado Martín, se señala como nueva fecha para el inicio de la deliberación y fallo el día 13 de noviembre de 2018, en que tuvieron lugar (DIOR 4.10.2018).

Es Ponente el Ilmo. Sr. D. Jesús María Santos Vijande (Decreto 16 de abril de 2018), quien expresa el parecer unánime del Tribunal.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Es incontrovertido que las partes intervinientes en esta causa son empresas embotelladoras y distribuidoras de agua y bebidas refrescantes, franquiciadas de las dos mismas multinacionales -Pepsico y Schweppes-, y que, teniendo en cuenta las sinergias existentes entre ellas, iniciaron aproximadamente desde 2014 una serie de negociaciones y suscribieron unos pactos a tal fin.

El Laudo contiene un relato de fáctico -en el que se entrefera la justificación del juicio de hecho-, que, con la excepción a que aludiremos al analizar el tercer motivo de anulación, no es cuestionado por la demandante de anulación. Como se verá, el objeto fundamental de la demanda expresa discrepancias de índole jurídica, más que fáctica, a saber: el alcance del convenio arbitral y si se ha alterado o no por el Árbitro la *causa petendi* esgrimida por la actora.

Los hechos que el Laudo entiende acreditados y reputa determinantes de la decisión son, en lo sustancial -en lo derechamente concerniente a los motivos de anulación objeto de nuestro análisis-, los siguientes:

1.- Los Acuerdos entre socios

*Con el deseo de integrarse AHEMON y EMCASA firman un Acuerdo de Intenciones en septiembre de 2014 (documento nº 1 de la demanda). El 30 de noviembre 2015, suscriben un **Acuerdo de Socios** para crear conjuntamente la sociedad Ahembo SL (documento anejo a la solicitud de **arbitraje** de Ahemón). En el "Exponen" del Acuerdo, las Partes establecen que Emcasa poseerá 'un 60% del capital de la nueva sociedad Ahembo, y Ahemón el 40% restante.*

Las Partes, Exponen VI, párrafo primero, se comprometen a cumplir el Acuerdo y adoptar las decisiones precisas para su correcta ejecución.

Acordando, Exponen, VI, segundo párrafo, incorporar a los Estatutos de Ahembo las normas del Acuerdo, en la medida de lo posible, pero afirmando que, en todo caso, el Acuerdo prevalecerá sobre los Estatutos, lo cual se reitera en la Cláusula Primera.

Y, Exponen, VI, párrafo tercero, comprometiéndose a ejercer sus derechos de voto o abstenerse de ejercitarles; de modo que nada se haga en la sociedad violando el Acuerdo.

En la Cláusula Tercera se dispone una muy larga relación de asuntos que la Junta General no podrá aprobar por mayoría simple ni por mayoría absoluta, precisando el voto favorable de 2/3 del capital social.

Emcasa designará al Presidente y al Vicesecretario del Consejo; Ahemón al Vicepresidente y al Secretario (Cláusula 4.1.2).



En la Cláusula Cuarta, 1,6, se enumeran doce asuntos en los cuales los acuerdos del Consejo precisarán para su adopción el voto favorable de 2/3 partes de sus miembros. Y entre estos Acuerdos, "7. La contratación, retribución y cese del Director General de la Sociedad... ", lo cual se apunta también en 4,1,2.

Se contempla la existencia de un Comité de Dirección, con su máxima representación en la figura del Director General, que será el primer ejecutivo, responsable de la gestión y toma de decisiones de la Compañía en el día a día, y se dispone que el Consejo de Administración supervisará a la Dirección sin interferencia en sus funciones (Cláusula Segunda y Cuarta, 1).

(...)

El Director General, persona independiente y externa será seleccionado por empresa externa, y contratado por el Consejo.

El testimonio en este **arbitraje**, tanto de Doña Caridad como de Don Jesús Luis, confirma que Ahemón fue al proceso de integración buscando evitar ser el típico socio minoritario sometido a los votos de la mayoría; se buscaba una integración equilibrada con un cierto estatus de igualdad compatible con lo señalado en las leyes; y que dado el peso algo superior de Emcasa, incluso Emcasa procedió a eliminar algunos activos de la integración para no superar el 60% de la sociedad resultante; y, aun reconociendo que en el Consejo de la nueva sociedad, Emcasa tendría 4 Consejeros contra tres Ahemón, se establecieron preceptos para que, en puntos de la mayor importancia para la sociedad, los acuerdos válidos requirieran más votos que los de la mayoría absoluta, de modo que siempre tuvieran que adoptarse con algún voto, al menos, de los representantes de Ahemón.

En la Cláusula Duodécima se dispone que los socios responderán entre sí de los daños y perjuicios que se produzcan como consecuencia de "los incumplimientos y/o vulneración de los Pactos contenidos en el presente acuerdo o de la transgresión de los actos o decisiones adoptadas en ejecución de los mismos".

Y se añade:

"Adicionalmente a los daños y perjuicios que se generen el socio incumplidor deberá pagar al socio cumplidor en concepto de penalidad la cantidad de 2 millones de euros".

2.- Actos ejecutados conforme a los Acuerdos de socios

Inmediatamente después de la firma del Acuerdo de socios, el 3 de Diciembre 2015, las Partes contratan a Doña Amalia, de la Firma Page Executive con el encargo de seleccionar candidato a Director General de la nueva Compañía a constituir. Y como se reconoció por todos los testigos que depusieron en el expediente, incluidos Doña Amalia, Don Jesús Luis y Doña Caridad, ya en la primavera de 2016 Doña Amalia presentó un candidato que, sin embargo, no prosperó por no contar con el consenso unánime de los socios, siendo necesario proceder a la búsqueda de un segundo candidato, que finalmente lo fue don Avelino, con quien los socios se entrevistaron en Madrid y en Canarias.

El 31 de Octubre de 2016, según figura en el Documento 5 de la demanda, las dos sociedades Ahemón y Emcasa firman con el candidato seleccionado Don Avelino, un contrato. Los firmantes con el Sr. Avelino son en nombre de Ahemón, Don Carmelo, quien posteriormente es Consejero de la nueva sociedad en representación de Ahemón; y por Emcasa, Don Jesús Luis, como Consejero Delegado de Emcasa. Se dice que el Sr. Avelino será identificado como "el candidato, El Director General, o por su propio nombre".

El objeto del contrato (Manifiestan I) es detallar las condiciones económicas del puesto de Director General de la Compañía de nueva creación Ahembo SL, de la cual los socios representan el 100% de su capital. Los firmantes por Ahemón y Emcasa, declaran (Manifiestan III) que "actúan con suficientes facultades para la firma de este acuerdo entre las partes, que posteriormente será ratificado por el Consejo de Administración de Ahembo SL, en el acto de constitución de la misma ante Notario".

Se dice en Manifiestan siguiente que "Ambas Partes están interesadas en formalizar el presente Acuerdo que va a regular las futuras relaciones laborales del Director General de Ahembo SL bajo contrato de Alta Dirección".

Y en Estipulación Primera se dice: "Con efectos de Enero 2017, se incorporará Don Avelino para prestar sus servicios como Director General, mediante

contrato laboral de Alta Dirección en Ahembo SL".

A continuación se establecen las condiciones económicas, fijas y variables.

En la misma fecha y a continuación, las mismas Partes, es decir, los representantes citados de Ahemón y Emcasa más el Sr. Avelino, firman una "Estipulación Adicional" al Acuerdo anterior, reconociéndose capacidad suficiente para ello. Y en esa Estipulación Adicional se dispone que desde el 7 de Noviembre hasta el 31 de



Diciembre de ese año, Don Avelino será contratado por Ahemón, con un salario que se señala, inferior al que habría de cobrar en Ahembo a partir de enero de 2017.

Y la contratación por Ahemón se realiza para "desarrollar las tareas de preparativos de puesta en marcha de Ahembo" con el asesoramiento de los representantes de ambas Partes. Finalizado este periodo, Don Avelino se incorporará a Ahembo SL y se aplicarán las condiciones del anterior Acuerdo.

Formalizada la designación de Don Avelino con el acuerdo de ambas sociedades a integrar y formalizados los contratos anteriores, Doña Amalia cobró la comisión de éxito pactada, como declaró en su testimonio, pues su labor estaba finalizada.

Emcasa no ha discutido lo afirmado por las personas que han declarado en este procedimiento en el sentido de que la razón de esta peculiaridad de los Acuerdos de 31 Octubre 2016, con una' contratación de Director General para 1 Enero 2017 y una previa contratación para los dos meses intermedios, se debió a la inexistencia aún, en aquel momento, de la sociedad Ahembo SL.

El 9 de Noviembre 2016, según consta en el documento nº 3 de la demandante, se constituye ante Notario la sociedad conjunta Ahembo SL... Se prevé que el Consejo se reunirá en la misma fecha y designará cargos conforme al Acuerdo de Socios de 30 de Noviembre de 2015.

Al formalizar la constitución de la sociedad, no se hace mención de la ratificación del nombramiento de Director General en favor del Sr. Avelino, como se estableció en el Pacto de 31 de Octubre 2016 anterior.

(...)

(...)

Hasta la ruptura del consenso que luego se reseñará, Don Avelino, con despacho en ambas Compañías a integrar, participando del Comité de integración, fue celebrando actos de preparación de la misma, visitando a los principales proveedores y conociendo el personal de las Compañías para ir determinando sus candidatos al Comité de Dirección de Ahembo. El Comité de integración, con el Acuerdo de los socios, efectuó comunicaciones internas al personal de las dos Compañías, e incluso a los medios de comunicación (para evitar la impresión de que el proceso de integración hubiera fracasado), citando la selección del Sr. Avelino como Director General de la futura Compañía. Ello que aparece reflejado en Correos aportados al expediente fue declarado por todos los testigos que conocieron ese tiempo, incluido Don Jesús Luis.

3. El factum se completa con un tercer apartado, rubricado **la ruptura del consenso**, donde el Árbitro precisa con todo detalle la negativa y razones de los representantes de EMCASA en AHEMBO, con el Sr. Jesús Luis a la cabeza, a proceder a la designación del Sr. Avelino como Director General de la empresa recién constituida; la oposición de AHEMON -expresada por requerimiento de D^a. Caridad al Sr. Jesús Luis - de que se abstenga de adoptar ninguna decisión unilateral en AHEMBO, "del tipo de la que le comunicó D. Jesús Luis por teléfono", "que afecte al Director General ya elegido según los pactos entre socios...".

Relata cómo el Presidente de AHEMBO convoca el Consejo de AHEMBO para el día 13-12.2016 -doc. 8 de la demanda- para "en su caso la contratación del Director General" y "definición de organigrama temporal y apoderamientos que en su caso procedan" -primer y segundo puntos del orden del día, respectivamente.

Asimismo refiere el Árbitro -con fundamento en el doc. 9 de la demanda- cómo el 12.12.2016 D. Remigio, uno de los tres representantes de AHEMON en el Consejo de AHEMBO, se dirige por carta al Presidente de AHEMBO, con copia al Secretario, manifestando su discrepancia con la anterior convocatoria, porque "el Director General ya fue contratado por el 100% de los socios el 31 de octubre de 2016". Y recuerda, entre otras precisiones que se recogen en la pág. 49 del Laudo, cómo en aquella designación se indicaba que el nombramiento había de ser posteriormente ratificado por el Consejo de AHEMBO, una vez inscrita registralmente, y que si se hablaba de ratificación es porque el nombramiento ya se había efectuado. Advierte de que, caso de que el Presidente no acepte este planteamiento, delega en él la presencia y voto con expresas instrucciones para cada punto del Orden del Día: entre ellas, ante todo, la indicación de que no procede abordar la cuestión de contratación del Director General, porque ya está nombrado, estando señalado el comienzo de su actividad como tal para el 1 de enero de 2017, y recabando, en su caso, la convocatoria de otro Consejo para ratificar la designación del Sr. Avelino.

También recoge el factum cómo un texto idéntico de delegación de voto e instrucciones expresas fue dirigido al Presidente por los tres representantes de AHEMON en AHEMBO, S.L. -Acta del Consejo de AHEMBO de 13.12.2016, aportada como doc. nº 11 con la demanda arbitral.

En esa sesión del Consejo de 13.12.2016, al resolver el primer punto del orden del día, se rechaza por unanimidad la contratación del Sr. Avelino -con el voto de los siete consejeros, incluidos los tres de



AHEMON que habían delegado su voto en el Presidente con las antedichas instrucciones-, explicando éste, para responder a lo expresado por escrito por los tres Consejeros ausentes, que la contratación de Director General es competencia del Consejo de AHEMBO...; que el único contrato con el Sr. Avelino fue de 31.10.2016, firmado por las dos sociedades partícipes de AHEMBO, y se concreta en los meses de noviembre y diciembre de 2016; que el otro contrato adicional estaba destinado a regular las condiciones del Sr. Avelino en el caso hipotético de que fuera designado Director General de AHEMBO, siempre que esa designación fuera ratificada por el Consejo de AHEMBO; interesando de AHEMON que proceda a extinguir el contrato que ha celebrado con el Sr. Avelino .

Acto seguido, en relación con el segundo punto del orden del día, señala el Acta que " *No habiéndose contratado Director General corresponde a los Consejeros buscar una alternativa que permita asegurar la consecución exitosa del proceso de integración. El Presidente expone que la Compañía empezará a operar el 1 de enero de 2017 y que de forma temporal se ha de buscar una solución. El Presidente insiste en que la propuesta que somete al Consejo es necesariamente temporal ya que corresponderá al Director General que en su momento nombre el Consejo, proponer a éste para su aprobación un Comité que le ayude en las labores de dirección*"... " *Acto seguido, el Presidente propone dos coordinadores para que efectúen conjuntamente las labores de coordinación y hagan las modificaciones que consideren oportunas en el organigrama...*". Ello se aprueba por los cuatro Consejeros representantes de EMCASA, considerando que votan en contra los tres representantes de AHEMON...

Tras diversas vicisitudes -cruces de correos electrónicos...- en que los representantes de AHEMON protestan por la violación de sus instrucciones y por el acuerdo de no contratación del Sr. Avelino , denunciando el incumplimiento del Acuerdo de Socios, de lo que discrepa EMCASA, interesando el Sr. Jesús Luis que AHEMON extinga el contrato firmado con el Sr. Avelino , **se recupera el consenso en el Consejo de AHEMBO de 28 de junio de 2017** , donde es designado por unanimidad un Director General, formalizándose a continuación un contrato de alta dirección.

El 12 de enero de 2017 AHEMÓN presentó su solicitud de **arbitraje**, de acuerdo con la cláusula 15ª del Pacto de Socios de 30 de noviembre de 2015.

En su prístina delimitación del objeto del **arbitraje** -la contenida en el Acta de Misión- y sin perjuicio de cuanto hayamos de precisar al analizar el segundo motivo de anulación, AHEMON ejercitó una "acción declarativa de incumplimiento de lo previsto, entre otras, en las cláusulas cuarta y sexta del Acuerdo de Socios de la Sociedad AHEMBO, S.L., y de condena al pago de la cantidad prevista en la cláusula duodécima, y ello sin perjuicio de la liquidación de daños y perjuicios a que hubiera lugar, y todo ello, puesto en relación con lo acontecido con ocasión de la contratación del Director General de la Compañía " .

En el suplico de su demanda AHEMÓN interesa se declare que la demandada ha incumplido el Pacto de Socios, a) al despedir y no ratificar al Director General; b) al designar de modo encubierto a dos personas para efectuar la función de Director General; ambas cosas sin el acuerdo de representante alguno de la demandante. Suplica se condene a la demandada a pagarle dos millones de euros y al pago de las costas del **arbitraje**.

El Laudo de 12 de enero de 2018 literalmente dispone:

"En virtud de los hechos considerados probados de los que se ha hecho mención.

Y con base en los Fundamentos igualmente manifestados en el cuerpo de este escrito,

Aprecio la existencia de los incumplimientos citados, por Embotelladora de Canarias SA (Emcasa), respecto del Acuerdo de Socios de la Sociedad Ahembo SL firmado en Las Palmas de Gran Canaria el 30 de Noviembre de 2015,

Por lo que condeno a que dicha sociedad Embotelladora de Canarias SA, abone a la sociedad Establecimientos Industriales Ahemón SA (Ahemón), la cantidad de quinientos mil euros (500.000,00 €), en concepto de cláusula penal contenida en la Cláusula Duodécima del referido Acuerdo de Socios.

Sin pronunciamiento alguno respecto de la indemnización de daños y perjuicios regulada en la misma Cláusula, cuya acción no ha sido ejercitada en este Arbitraje.

Y sin condena en costas, de modo que cada Parte pagará las suyas y las comunes (si las hubiera) por mitad".

La demandante aduce como primer motivo de anulación, ex art. 41.1.c) LA, que el árbitro ha resuelto una cuestión no sometida a **arbitraje** ni, por tanto, a su decisión, al haber declarado el incumplimiento por EMCASA del Contrato de 31.10.2016 y haber impuesto la condena dineraria derivada de la aplicación de la cláusula penal contenida en el Acuerdo de Socios de 30 de noviembre de 2015, a pesar de que el Contrato de 2016 no contiene convenio arbitral ni cláusula penal alguna.

En segundo término, de nuevo el amparo del art. 41.1.c) LA, postula EMCASA que el Laudo ha alterado la pretensión y la causa de pedir afirmadas por la actora en el **arbitraje**, AHEMON, cuando postula el incumplimiento por EMCASA de la obligación de ratificar la contratación de D. Avelino como Director General de AHEMBO. La causa de pedir afirmada de contrario habría sido absolutamente distinta: el incumplimiento de las cláusulas 4ª y 6ª del Acuerdo de Socios y, en concreto, haber procedido al cese y despido de D. Avelino como Director General de AHEMBO.

Finalmente, invoca la recurrente que el Laudo infringe el orden público - art. 41.1.f) LA-, pues el Árbitro habría valorado la prueba de forma ilógica y arbitraria, causando su indefensión material (art. 24.1 CE), al concluir que los dos Coordinadores realizaron funciones para sustituir al Director General 'despedido' y, supuestamente, en contra de la voluntad de AHEMON.

La demandada niega categóricamente los motivos de anulación opuestos de contrario sobre la base de la propia documental adjuntada a la litis, pero discrepando de su significación jurídica y en total sintonía con lo argüido en el Laudo. Así, rechaza cualquier exégesis extensiva del convenio arbitral contenido en la cláusula 15ª del Pacto de Socios, comprensivo de lo relativo a las controversias que resulten de la ejecución del presente contrato; *y de tal naturaleza entiende ser el Contrato de 31.10.2016* . En segundo término, niega también que el Árbitro haya alterado en modo alguno la causa de pedir en que sustentó su demanda arbitral. Y, finalmente, descarta que el Árbitro, al apreciar un segundo incumplimiento del Pacto de Socios -el consistente en haber nombrado a dos Coordinadores en sustitución del Director General y sin el consentimiento previo de AHEMON- haya incurrido en arbitrariedad, irracionalidad o subversión de las reglas de la lógica o de las reglas legales de valoración o de carga probatoria; en este punto, entiende AHEMON que la actora pretende de esta Sala, sobre la base de una sesgada y parcial consideración del acervo probatorio, que suplante indebidamente la valoración efectuada por el Árbitro, quien solo tangencialmente habría considerado probados los hechos que acreditarían este segundo incumplimiento atendiendo a la prueba mencionada por EMCASA, en particular, v.gr., a la declaración del Sr. Belarmino . Tal pretensión excedería el ámbito propio de la acción de anulación.

SEGUNDO.- El análisis del primer motivo de anulación invocado propiamente debería haberse incardinado en el apartado a) del art. 41.1 LA, pues postula la indebida extensión del convenio arbitral a un supuesto que, si en verdad suscitado, en todo caso no resultaría amparado por el convenio arbitral del Acuerdo de Socios de 2015, pues lo pactado en 2016 no sería desarrollo o ejecución de tal acuerdo, antes al contrario, no incluye en su clausulado sumisión alguna a **arbitraje** ni referencia al Pacto de Socios de 2015.

Con cita de las Sentencias de la Sala de lo Civil y Penal del TSJ de Cataluña 41/2012 y 16 de mayo de 2013, 3/2015 de la del TSJ de Canarias, y de las Sentencias de esta Sala 2/2015 y 14/2017, la demanda sintetiza la primera causa de anulación arguyendo que el Laudo "*ha aplicado de forma extensiva un convenio arbitral y una cláusula penal pactadas en el Acuerdo de Socios de 30 de noviembre de 2015, al contrato de 31 de octubre de 2016 que tenía un objeto, finalidad y partes manifiestamente distintas a las del Acuerdo de Socios, y respecto del cual (el contrato de 2016) el Sr. Árbitro interpreta que el mismo viene a sustituir la competencia exclusiva sobre la contratación y retribución del Director General, que -de acuerdo con el Acuerdo de Socios de 2015- únicamente ostentaba el Consejo, no los socios, ni siquiera la Junta General. Y a pesar de todo ello, el Sr. Árbitro ha aplicado la cláusula penal que solo estaba pactada para el caso de incumplimiento del Acuerdo de Socios, no para velar por supuestas obligaciones contenidas en el contrato de 2016 que -según las interpreta el Sr. Árbitro- lo contradicen frontalmente*".

El examen de este motivo ha de efectuarse teniendo en cuenta parámetros específicos de enjuiciamiento - amén de las genéricas exigencias constitucionales de motivación prohibitivas de la arbitrariedad, la ignorancia de las reglas de la lógica y del error patente...-, que pasamos a reseñar.

Criterios de enjuiciamiento.

Recordábamos recientemente en nuestra **Sentencia 24/2018, de 24 de mayo** (FJ 4º.1) -roj STSJ M 2724/2018 , cómo la **STC 1/2018, de 12 de enero** , enfatiza los rasgos que ha de reunir la voluntad de someterse a **arbitraje** y la trascendencia constitucional de que dicha sumisión adolezca de tales caracteres: cuales son la claridad y no equivocidad de la voluntad manifestada, y la libertad en su emisión y no la imposición ni la indebida extensión a tercero.

Dice la STC 1/2018, en su FJ 3º:

El derecho a la tutela judicial efectiva que reconoce y consagra el artículo 24 CE se refiere a una potestad del Estado atribuida al poder judicial, consistente en la prestación de la actividad jurisdiccional por jueces y tribunales. Esta actividad prestacional permite al legislador, como se ha declarado reiteradamente, su configuración y la determinación de los requisitos para acceder a ella, pues "al ser el derecho a la tutela judicial efectiva un derecho prestacional de configuración legal, su ejercicio y efectividad están supeditados



a la concurrencia de los presupuestos y requisitos que, en cada caso, haya establecido el legislador, que no puede, sin embargo, fijar obstáculos o trabas arbitrarios o caprichosos que impidan la tutela judicial garantizada constitucionalmente" (STC 17/2008, de 31 de enero , FJ 3, por todas).

Ha de partirse de la idea de que la configuración del **arbitraje** como vía extrajudicial de resolución de las controversias existentes entre las partes es un "equivalente jurisdiccional", dado que las partes obtienen los mismos resultados que accediendo a la jurisdicción civil, es decir, una decisión al conflicto con efectos de cosa juzgada (por todas, SSTC 15/1987, de 6 de febrero , y 62/1991, de 22 de marzo). La exclusividad jurisdiccional a que alude el artículo 117.3 CE no afecta a la validez constitucional del **arbitraje**, ni vulnera el artículo 24 CE . En relación con el sometimiento de controversias al **arbitraje**, este Tribunal ha reiterado que, si bien el derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 CE) tiene carácter irrenunciable e indisponible, **ello no impide que pueda reputarse constitucionalmente legítima la voluntaria y transitoria renuncia al ejercicio de las acciones en pos de unos beneficios cuyo eventual logro es para el interesado más ventajoso que el que pudiera resultar de aquel ejercicio. A esos efectos, se ha incidido en que dicha renuncia debe ser explícita, clara, terminante e inequívoca y si bien, por la protección que se debe dispensar a la buena fe, se ha declarado que la renuncia puede inferirse de la conducta de los titulares del derecho, no es lícito deducirla de una conducta no suficientemente expresiva del ánimo de renunciar (por todas, STC 65/2009, de 9 de marzo , FJ 4). Esta circunstancia es lo que ha determinado que se haya considerado contrario al derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) la imposición obligatoria e imperativa del sometimiento a **arbitraje** (por todas, STC 174/1995, de 23 de noviembre , FJ 3).**

Hay que subrayar, como se ha hecho en anteriores ocasiones, que el **arbitraje** en cuanto equivalente jurisdiccional, se sustenta, en la autonomía de la voluntad de las partes plasmada en el convenio arbitral. Es "un medio heterónomo de arreglo de controversias que se fundamenta en la autonomía de la voluntad de los sujetos privados (art. 1.1 CE)" (STC 176/1996, de 11 de noviembre , FJ 1). Dicha Sentencia, en su fundamento jurídico 4, resalta la **importancia de la nota de voluntariedad en el arbitraje** "lo que constitucionalmente le vincula con la libertad como valor superior del ordenamiento (art. 1.1 CE). De manera que no cabe entender que, por el hecho de someter voluntariamente determinada cuestión litigiosa al **arbitraje** de un tercero, quede menoscabado y padezca el derecho a la tutela judicial efectiva que la Constitución reconoce a todos. Una vez elegida dicha vía, ello supone tan sólo que en la misma ha de alcanzarse el arreglo de las cuestiones litigiosas mediante la decisión del árbitro y que el acceso a la jurisdicción -pero no su 'equivalente jurisdiccional' arbitral, SSTC 15/1989 , 62/1991 y 174/1995 - legalmente establecido será sólo el recurso por nulidad del Laudo Arbitral y no cualquier otro proceso ordinario en el que sea posible volver a plantear el fondo del litigio tal y como antes fue debatido en el proceso arbitral. Pues como ha declarado reiteradamente este Tribunal, el derecho a la tutela judicial efectiva no es un derecho de libertad, ejercitable sin más y directamente a partir de la Constitución, sino un derecho prestacional, sólo ejercitable por los cauces procesales existentes y con sujeción a su concreta ordenación legal (SSTC 99/1985 , 50/1990 y 149/1995 , entre otras)".

Ello quiere decir que la falta de la necesaria concurrencia de la voluntad de ambas partes litigantes para someterse a este mecanismo extrajudicial de resolución de conflictos y su imposición a una de ellas, en principio, no se compadece bien con el básico aspecto contractual del arbitraje y con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva que garantiza el derecho de acceso a los órganos jurisdiccionales (art. 24.1 CE). La razón estriba en que ha de entenderse que en el mecanismo arbitral, la renuncia al ejercicio del derecho fundamental proviene de la legítima autonomía de la voluntad de las partes, que, libre y voluntariamente, se someten a la decisión de un tercero ajeno a los tribunales de justicia para resolver su conflicto, y ello, correctamente entendido, no implica una renuncia general al derecho fundamental del artículo 24 CE , sino a su ejercicio en un determinado momento, no quebrantándose principio constitucional alguno (SSTC 174/1995 , 75/1996 y 176/1996). Precisamente por su naturaleza alternativa a la jurisdicción ordinaria, la STC 174/1995 afirmó que el artículo 38.2, párrafo primero, de la Ley de ordenación de los transportes terrestres, que imponía un **arbitraje** obligatorio e imperativo, excluyente del acceso a la jurisdicción, resultaba contrario al derecho a la tutela judicial efectiva. Allí se afirmó además que "[n]o se opone a esta conclusión el posible control final por los órganos judiciales, a que aluden el Abogado del Estado y el Ministerio Fiscal con referencia al recurso de nulidad del laudo previsto en el art. 45 de la Ley de **Arbitraje** . La objeción tendría consistencia si dicho control judicial no estuviera limitado -como lo está- a su aspecto meramente externo y no de fondo sobre la cuestión sometida al **arbitraje**; pero al estar tasadas las causas de revisión previstas en el citado art. 45, y limitarse éstas a las garantías formales sin poderse pronunciar el órgano judicial sobre el fondo del asunto, nos hallamos frente a un juicio externo (STC 43/1988 y Sentencias del Tribunal Supremo que en ella se citan) que, como tal, resulta insuficiente para entender que el control judicial así concebido cubre el derecho a obtener la tutela judicial efectiva que consagra el art. 24.1 C.E. "



En plena sintonía con estos criterios de la doctrina constitucional, esta Sala ha venido recordando con reiteración ciertos postulados comúnmente asumidos sobre las características que ha de reunir la voluntad de someterse a arbitrase para poder ser reputada como tal.

Así, hemos dicho en el FJ 2º de nuestra Sentencia **14/2017**, de **28 de febrero** (roj STSJ M 1752/2017):

"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. Como señala, 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),

*"El convenio arbitral, como es sabido, es el acuerdo de las partes para someter a **arbitraje** las controversias que hayan surgido o puedan surgir respecto de una determinada relación o ámbito jurídico, contractual o no contractual. Tanto en la doctrina como en la jurisprudencia impera a la hora de examinar su existencia o validez un criterio antiformalista, que considera innecesarias fórmulas rituales, aunque sea exigible, de acuerdo con el artículo 9.3 LA, la forma escrita en un documento firmado por las partes o en un intercambio de cartas, telegramas, teles, fax u otros medios de telecomunicación que dejen constancia del acuerdo, o del intercambio de escritos de demanda y contestación en que su existencia sea afirmada por una parte y no negada por la otra (art. 9.5 LA). Es, por tanto esencial que la voluntad de las partes de someter su controversia, actual o futura, a **arbitraje** sea patente y perceptible ."*

*"La Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de **arbitraje**, en su art. 9.1, ha hecho desaparecer la exigencia de que el convenio arbitral debe expresar la voluntad de forma "inequívoca", término éste que sí se recogía expresamente en el art. 5.1 de la anterior ley de **arbitraje** vigente hasta el 26 de marzo de 2004 (Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de **Arbitraje**), lo que tiene su sentido dada la proclamación del antiformalismo a que se refiere incluso la Exposición de Motivos de la actual Ley en su apartado III".*

*Pero la actual ley de **arbitraje** sigue exigiendo la existencia de voluntad a fin de que sea válido el convenio arbitral, es decir, ha de ser patente el deseo de las partes de acudir a **arbitraje**, extremo esencial (...), lo que no es sino mera consecuencia de la naturaleza del convenio arbitral al desplazar voluntariamente la jurisdicción, encomendando la resolución de los conflictos que puedan surgir a los árbitros(...). Y, (...) esta voluntad de las partes de acudir a **arbitraje** puede expresarse en las diferentes formas recogidas en el art. 9 LA, es decir, de forma expresa o de forma tácita, ya que la voluntad contractual del convenio arbitral no tiene, en principio, ninguna característica que la diferencie de la voluntad negocial".*

En la misma línea de pensamiento esta Sala ha proclamado con reiteración que " es axioma incontrovertido que la interpretación extensiva de la cláusula arbitral -a terceros que no la han suscrito o a situaciones o ámbitos de aplicación no comprendidos claramente en ella- ha de estar sólidamente sustentada, no solo por la exigencia de la voluntad de sumisión y por escrito como fundamento de la existencia del convenio arbitral (arts. 9.1 y 9.3 LA) -lo que no excluye su emisión tácita, deducida de actos concluyentes, v.gr., por falta de oposición al **arbitraje** incoado (art. 9.5 LA-, sino porque, al fin y a la postre, la inferencia de esa voluntad lleva aparejada una radical consecuencia jurídica: nada más y nada menos que la renuncia al derecho de acceso a la jurisdicción, "núcleo duro" -en locución del TC- o "contenido esencial" -en expresión de la Constitución misma (art. 53.1 CE) del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE)" (**SS. 2/2015**, de 13 de enero -FJ 4, roj STSJ M 19 **7/2015** -; **7/2015**, de 20 de enero -FJ 2, roj STSJ M 201/2015; **25/2015**, de 25 de marzo -FJ 3, roj STSJ M 32 **79/2015**; **79/2015**, de 3 de noviembre -FJ 3, roj STSJ M 15511/2015; **31/2016**, de 13 de abril -FJ 3, roj STSJ M 3292/2016), **14/2017**, de 28 de febrero (FJ 2, roj STSJ M 1752/2017) y **23/2018, de 22 de mayo** (FJ 2, roj STSJ M 5933/2018). Y ello por la razón supra reseñada: la acción de anulación responde a motivos tasados, que no permiten un nuevo y pleno enjuiciamiento del *thema decidendi* sometido a la consideración de los árbitros.

Y no cabe dudar -como dijimos en las **Sentencias 75/2016**, de 13 de diciembre, y **2/2015**, de 13 de enero, y señala también la **STSJ País Vasco 8/2015**, de 23 de septiembre, supra reseñadas- de que a esa renuncia, de tanta relevancia constitucional, le son aplicables los requisitos generales de la renuncia de derechos, a saber: la claridad, el sentido terminante de la misma. 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 suma: *in dubio, pro iurisdictione*".

"Conscientes de que nos hallamos ante una cuestión en según qué casos muy discutida, también hemos reparado en la existencia de decisiones dispares en la jurisprudencia atendiendo a las circunstancias de cada caso. Así, como dijimos en las **Sentencias de esta Sala 68/2014**, de 16 de diciembre (FJ 4, roj STSJ M 15736/2014), y **2/2015**, de 13 de enero -FJ 4, roj STSJ M 197/2015-, entre otras, no se puede ignorar que, en ocasiones, el Tribunal Supremo ha negado la llamada extensión o transmisión del convenio arbitral a quienes



no lo han suscrito: por ejemplo, la **STS 567/2007, de 27 de mayo** (ROJ STS 4499/2007), en que la Sala Primera no ha permitido extender la cláusula arbitral que prevén los Estatutos de una Comunidad para dirimir las controversias entre comuneros a las reclamaciones de éstos contra la Comunidad o de aquélla contra éstos; o también la **STS 26/2010, de 11 de febrero** (ROJ STS 1669/2010), que tampoco ha autorizado la extensión de la cláusula arbitral firmada por la empresa a su administrador, demandado junto con la empresa en su calidad de tal. En otros supuestos, en cambio, la Sala Primera expresamente admitió la extensión o transmisión del convenio arbitral incluso a tercero que no lo ha suscrito, **pero que está directamente implicado en la ejecución del contrato**, en el caso, por su condición de avalista (supuesto resuelto por la **STS de 26 de mayo de 2005**, ROJ STS 3403/2005 -y analizado también por la **Sentencia de esta Sala 64/2015, de 16 de septiembre**, FJ 3º, roj STSJ M 10502/2015)".

En el mismo sentido, a modo de ejemplo, nuestra **Sentencia 20/2017, de 21 de marzo** (FJ 4º, roj STSJ M 3280/2017), donde, en total congruencia con lo que antecede, también recordábamos (FJ 4º), 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: este Tribunal ha conferido especial trascendencia a la coherencia que la pretensión de anulación guarde con la propia conducta del recurrente, lo cual a su vez también es expresión del principio general de buena fe, del que es concreción la máxima *ne venire contra factum proprium* (v.gr., S 13.2.2013, ROJ STSJ M 8205/2013; *mutatis mutandis*, S. 22.7.2013, ROJ STSJ M 8247/2013; y, más recientemente, SSTSJ Madrid de 16 de diciembre de 2014, 13 de enero, 17 de febrero y 3 de marzo de 2015, 16 de febrero y 20 de diciembre de 2016 - en recursos de anulación 36/2014, 45/2014, 26/2014, 95/2014, 71/2015 y 69/2016, respectivamente).

De ahí que esta Sala venga aceptando sin dificultad alguna la extensión de la cláusula arbitral a terceros en casos de sucesión contractual, con la correspondiente asunción de derechos y obligaciones, y, entre ellas, la de sumisión a **arbitraje** (S 13.2.2013, ROJ STSJ M 8205/2013; S. 68/2014, de 16.12; S. 2/2015, de 13.1; y, *mutatis mutandis*, S. 22.7.2013, ROJ STSJ M 8247/2013). Teniendo presente, claro está, que en tales situaciones era inconcusa la mismidad de la relación contractual, y sin que ello signifique que el inicio de una relación jurídica con sumisión a **arbitraje** permita extender ese consentimiento a contratos ulteriores, no previstos en el pacto inicial y modificativos de sus condiciones - expresivos de una nueva relación jurídica aun cuando guarde relación con otra precedente-, en las que aquella sumisión no tiene lugar (v.gr., en tal sentido, *STSJ Cataluña 16.05.2013*, ROJ STSJ Cat 5343/2013), o a situaciones de hecho anteriores al prístino momento de vigencia del convenio arbitral -exégesis *pro praeterito* reprobada por nuestra Sentencia 2/2015.

Ahora bien, como asimismo hemos dicho, entre otras, en la **Sentencia 77/2016, de 20 de diciembre** -roj STSJ M 13752/2016 - "*lo anterior -que veda exégesis extensivas del convenio arbitral sin el debido fundamento- ha de conciliarse con otro postulado elemental, a saber: que la congruencia en el arbitraje tiene un matiz diferencial respecto del proceso civil cuando se atiende a dos características del arbitraje puestas de relieve desde antiguo por la jurisprudencia: la búsqueda de la verdad objetiva -con las consiguientes facultades para el árbitro de acordar prueba de oficio-, y la misión pacificadora inherente al arbitraje, que exige decidir suficientemente la controversia: de ahí, por ejemplo, la atenuación de la rigidez de la preclusión al conformar el thema decidendi en el procedimiento arbitral, por oposición a la que impera en la jurisdicción civil (v.gr., en tal sentido, siempre que se respete la contradicción, S. AP Madrid, Sec. 12ª, de 28 de diciembre de 2005; S. AP Badajoz, Sec. 3ª, de 17 de mayo de 2006); de ahí que la fijación del objeto del arbitraje no exija, ni muchísimo menos, la precisión del suplico de una demanda, ni tenga los límites temporales para su determinación previstos en la LEC (v.gr., art. 401); y de ahí también la frecuencia con que, al cumplir su función pacificadora, los árbitros hayan de integrar, ampliándola, la causa debatida, en orden a decidir suficientemente sobre ella, analizando, por ejemplo, aspectos que sea consecuencia lógica de la pretensión formulada aun no cuando no hayan sido alegados de forma explícita. A este cometido alude una reiterada jurisprudencia, que también señala la necesidad de conciliar estos criterios aplicables al arbitraje con la rigurosa observancia de la interdicción de indefensión.*

En suma: por una parte, se ha de guardar la debida cautela para no incurrir en una exégesis extensiva o en una aplicación analógica que traspase el ámbito de la sumisión a arbitraje realmente querido por las partes; pero, por otra, no se debe confundir la extralimitación en la sumisión con una interpretación restrictiva de los términos del convenio, que yugule la función pacificadora del arbitraje al no permitir, con excesivo rigorismo, una solución integral de la controversia que evite nuevos litigios" (FJ 8º).

En este mismo sentido, más recientemente, el FJ 2º de la **Sentencia de esta Sala 5/2018, de 30 de enero** - roj STSJ M 928/2018).

Desde estas premisas analizaremos la queja de la actora acerca de si lo pactado por AHOMOM y EMCASA el 31.10.2016 sin sumisión expresa a **arbitraje** puede ser cabalmente reputado, o no, con un acto de ejecución del Pacto de Socios de 30.11.2015: si es o no es un acuerdo "*directamente implicado*", en locución de la



Sala Primera, en el cumplimiento de dicho Pacto de 2015, donde sí consta, incontrovertidamente, cláusula de **arbitraje**.

Aplicación al caso.-

El convenio arbitral contenido en la cláusula 15.2 del Acuerdo de Socios ratificado el 30 de noviembre de 2015, en lo que ahora importa, literalmente dice:

"Las Partes intervinientes en el presente Acuerdo de Socios, con renuncia expresa a cualquier fuero que pudiera corresponderles, acuerdan que todo litigio, discrepancia, cuestión o reclamación resultante de la ejecución e interpretación del presente contrato, se resolverá definitivamente mediante **arbitraje** de Derecho en el marco de la Corte Civil y Mercantil de **Arbitraje** (CIMA), con sede en Madrid, de acuerdo con sus Estatutos y con su Reglamento de **Arbitraje** vigente a la fecha de presentación de la solicitud de **arbitraje**..."

Versando la cuestión litigiosa sobre el pretendido incumplimiento del Acuerdo de Socios en relación con el nombramiento del Director General de AHEMBO, el Laudo considera, en síntesis, que los Compromisos de 31 de octubre de 2016, que declara incumplidos por EMCASA, no eran sino concreción ejecutiva, pactos añadidos y aplicativos del Acuerdo de Socios de 2015, a los que resultaba perfectamente aplicable el convenio arbitral en él contenido.

Al respecto, el Laudo razona en los siguientes términos, que reseña la propia demanda de anulación -pág. 65:

:

"Lógicamente si el nombramiento [entiéndase que se refiere a D. Avelino], aunque con fecha posterior de eficacia, se dice que habrá de ser ratificado, es porque se considera ya adoptado, dada la naturaleza del negocio jurídico de ratificación (según el 1727 del Código Civil, se ratifica lo ya hecho). Y si bien con ello no se aplica literal y formalmente el Acuerdo de Socios de 2015, la variante constituye un pacto complementario y aclaratorio, para adaptar el pacto inicial a las circunstancias de aquel momento, cuando el Director General ya estaba seleccionado y había que concertar con él las condiciones de sus servicios, mientras que la nueva sociedad no estaba aún constituida.

Aunque estos Compromisos de 31 de Octubre de 2016 supusieran una novación modificativa del Acuerdo de 2015, por aplicación del 1204 del Código Civil, para la obligación novada subsistiría la vigencia de las Cláusulas Arbitral y Penal. **Pero realmente más que una Novación modificativa del Acuerdo de socios de 2015, se trata de un pacto añadido y adaptador del Acuerdo básico a circunstancias no consideradas el año anterior. Sin que por ello quepa sostener como dice la demandada que, como el arbitraje y la cláusula penal están en el Acuerdo de socios de 2015 y no en los compromisos de 31 de Octubre de 2016, la violación de los compromisos de 31 de Octubre 2016 no es susceptible de juzgarse en este arbitraje. Porque el Acuerdo de socios está integrado tanto por lo firmado en 2015 como en 2016**". El resaltado es nuestro.-

Insistiendo en la integración de ambos documentos, el Laudo expone lo siguiente (pág. 67):

"Y lo actuado en el Consejo de 13 de Diciembre, confirma el incumplimiento del Pacto de Socios. Que no es solo lo escrito en tal pacto de 2015, sino en los aplicativos del mismo, firmados por ambas Partes, como es el de 31 de octubre de 2016".

Ahora bien; estas afirmaciones que transcribe la demanda de anulación han de ser rectamente analizadas, en un contexto que el Laudo se cuida de detallar de manera muy pormenorizada. Así, tras destacar la plena eficacia de los pactos parasociales entre quienes los suscriben, recuerda el Laudo los siguientes extremos - págs. 64 a 68:

"El Pacto de socios, resulta evidente, tanto por lo que expresamente dice como por consecuencia de la finalidad confesada y reconocida, y por los actos de las Partes, que ambas sociedades integradas, han querido que la resultante de su unión funcionara con un básico equilibrio entre sus dos empresas fundadoras y por ello, pese al distinto peso en el capital, han establecido que las decisiones importantes, tanto en Junta como en Consejo, fueran adoptadas por unas mayorías dentro de las cuales estuvieran necesariamente miembros del grupo minoritario. **Y entre esas decisiones importantes se incluyó lo relativo al nombramiento, retribución y cese de Director General,** figura de especial trascendencia, ya que se configura como el primer ejecutivo de la sociedad, con facultades de propuesta del equipo directivo a sus órdenes, enlace entre el Consejo y la estructura de la empresa, y, más si cabe, en una sociedad que no tiene Consejero Delegado y que, si quisiera designarlo, habría de ser, por Ley, 249,2 LSC, también con el voto favorable de 2/3~ es decir, con el mismo nivel de consenso".

Bien es verdad que, siempre como consecuencia de lo establecido en la ley, y desde el 9 de Noviembre 2016 fecha en que se constituyó la nueva sociedad, el Director General habría de ser nombrado por el Consejo de



Administración y, por aplicación del Acuerdo entre socios, con el voto favorable de 2/3 de sus miembros. Y el Sr. Avelino , seleccionado de común acuerdo, no obtuvo ese nombramiento del Consejo.

Pero no se puede marginar que el 31 de octubre de 2016, cuando había concluido el proceso selectivo consensuado por ambas partes, hasta el punto de abonarle el Bonus de éxito a la persona responsable de ello, cuando aún no estaba constituida la nueva sociedad, hay un pacto, a tres bandas, entre Ahemón, Emcasa (importa reseñar que en nombre de Emcasa firma su. Consejero Delegado y posterior Presidente de la sociedad conjunta, Don Jesús Luis) y el seleccionado Sr. Avelino . Y en ese Pacto, se designa Director General de Ahembo SL, aunque con efectos de 1 de enero 2017, con la cualidad laboral de Alta Dirección, al Sr. Avelino . Esa designación de futuro, sin duda, se hace así porque las Partes saben que en ese momento aún no existe Ahembo, no solo no está registrada, sino tampoco escriturada, **y por ello se dice en el tercer párrafo del Manifiestan, que el acuerdo que se firma será posteriormente ratificado por el Consejo de Administración de Ahembo SL en el acto de constitución de la misma ante Notario** . El resaltado es nuestro.

En este punto continúa el Laudo con los dos únicos párrafos reseñados en la demanda de anulación y supra transcritos. A los que añade, acto seguido, las siguientes reflexiones -que tampoco pueden ser omitidas:

"Y hay que considerar, asimismo la Estipulación Adicional al contrato de 31 Octubre 2016, de la misma fecha, con los mismos firmantes. Estipulación mediante la cual se dispone que para el periodo del 7 de noviembre al 31 de diciembre de 2016, la sociedad Ahemón contratará al Sr. Avelino , pero para efectuar las tareas preparatorias de puesta en marcha de Ahembo, con la colaboración de ambas Partes. Contratación que efectivamente realizó Ahemón, pero por acuerdo con Don Jesús Luis y Emcasa y en interés de Ahembo SL. Y ello es lo que produce que, cuando el Consejo de Ahembo SL de 13 de Diciembre 2016 decide no contratar al Sr. Avelino , el mismo Consejo y luego en su nombre Don Jesús Luis requiere a Ahemón para que dé por finalizado el contrato que fumó con el Sr. Avelino .

¿Por qué el Consejo de Ahembo solicita a Ahemón que dé fin a la relación de trabajo con Sr. Avelino , si esa relación fuera particular de Ahemón? Ni siquiera puede decirse - como se insinúa en apartado 68 de la contestación a la demanda- que para evitar tener que subrogarse Ahembo en esa relación desde el 1 de Enero, ya que .el contrato de Ahemón con el Sr. Avelino era temporal hasta el 31 Diciembre.

La condición del Sr. Avelino como Director General de Ahembo SL, aunque con efectos de futuro, deriva no solo de lo que dicen estos Acuerdos de 31 de Octubre 2016, sino de lo ocurrido a posteriori; pues el Sr. Avelino comienza a trabajar en el Proceso de Integración de las dos Compañías, incorporándose a la Comisión de Seguimiento, visitando a los principales proveedores de las sociedades a integrar, conociendo al personal de las dos empresas, preparando las propuestas de directivos para Ahembo SL, y siendo citado como nuevo Director General de Ahembo, tanto en comunicaciones al personal de ambas empresas fundadoras como a los medios de comunicación. Esos trabajos del Sr. Avelino en tal periodo son reconocidos en la declaración de Don Jesús Luis .

*Cierto que cuando el día 9 de Noviembre se escrituró la sociedad, las Partes no cumplieron los pactos de 31 de octubre en sus propios términos; y que, del mismo modo que en aquel momento designaron Consejo, que se reunió para distribuir los cargos, podrían haber efectuado la ratificación de la designación del Sr. Avelino , como se dispuso en los Acuerdos de 31 de octubre anterior. Las personas que testimoniaron en el **arbitraje** más vinculadas a Ahemón, dijeron que la causa de ello era que Ahembo SL, carecía de condiciones para efectuar un contrato laboral, porque aún no estaba inscrita ni comenzaba a funcionar hasta el 1 de Enero 2017, pero ello es irrelevante, pues esa inacción, estuviera o no justificada, lo fue de ambas partes; y carece de trascendencia pensando que la designación del Sr. Avelino como Director General lo era para surtir efectos del 1 de enero, al comenzar la actividad de la nueva sociedad.*

En tal contexto se produjo el cambio de criterio de Emcasa respecto del Sr. Avelino . Cambio de criterio unilateral, pues Ahemón consta que no lo aceptó...

Por la naturaleza de los contratos el cambio de criterio sobre el candidato comúnmente aceptado, no podía válidamente ser producido por una sola de las Partes, debería haber sido objeto de negociación con la otra Parte para llegar a un Acuerdo; y a falta de Acuerdo, podría haber sido objeto de denuncia y acción jurídica. En ningún caso se justifica la ruptura unilateral, aunque solo lo fuera en ese punto, del Acuerdo de socios".

Y es tras este cumplido raciocinio cuando el Laudo concluye en los términos ya parcialmente transcritos, que de nuevo se han de traer a colación:

"Y lo actuado en el Consejo de 13 de Diciembre, confirma el incumplimiento del Pacto de Socios. Que no es solo lo escrito en tal pacto de 2015, sino en los aplicativos del mismo, firmados igualmente por ambas Partes, como es el de 31 Octubre 2016. Emcasa y Don Jesús Luis no pueden jugar con la facultad de señalar el Orden del Día para conseguir lo que desde los días anteriores pretendían. No pueden ignorar que ambas Partes ya



habían nombrado al Director Sr. Avelino . Amparándose en los formalismos societarios propusieron al Consejo simplemente la contratación de dicho señor, marginando el deber contractual de "ratificar " y su significado de preexistencia de algo necesitado de tal trámite. Y no cabe hacer al Consejo la propuesta de contratación para que, simplemente, al haber sido rechazada, poder decir que no se violó el Pacto de Socios pues lo que requiere los 2/3 de votos de miembros del Consejo, es la contratación, y no la 'no contratación'; y para asimismo poder decir que tampoco hacen falta los 2/3 porque el Consejo no produjo un 'cese'.

... Sí que señalamos que se viola el Acuerdo entre Socios por parte del Presidente de AHEMBO SL, cuando utiliza una clara delegación de voto con instrucciones manifiestamente dirigidas a sostener la previa designación del Sr. Avelino , para convertir esos votos de los representantes de AHEMON en votos contrarios a la contratación del Sr. Avelino ".

Este Tribunal ha consignado con especial minuciosidad -en plasmación de la que hace gala el Laudo- tanto los hechos probados que no resultan discutidos -FJ 1º- como la argumentación del Árbitro que explica, unas veces de forma expresa y otras de manera implícita, por qué entiende aplicable el convenio arbitral del Acuerdo de 2015 a los pactos 31 de octubre de 2016, y ello, lisa y llanamente, porque revelan de un modo palmario que no estamos en presencia de una indebida extensión del convenio arbitral a situaciones y/o a personas en él no previstos. Esta Sala, lo anticipamos ya, no puede sino compartir la racionalidad de toda esta argumentación y su perfecto acomodo a la doctrina jurisprudencial supra reseñada.

A nuestro juicio, lo transcrito evidencia la directa conexión entre el Acuerdo de Socios de 2015 y los actos inmediatamente subsiguientes al mismo, de selección por una empresa externa de quien iba a ser Director General de AHEMBO; actos previstos en el propio Acuerdo -cláusulas 4ª. 1.6.7 sobre contratación, retribución y cese del Director General, y 6ª., tercer párrafo, sobre selección por una empresa externa del primer ejecutivo- y claramente aplicativos -como dice el Laudo- de dicho pacto parasocial en uno de sus elementos determinantes; actos, los que siguen al Acuerdo de 2015, que culminan con los Pactos de 31 de octubre de 2016, los cuales participan de esa misma naturaleza, de cumplimiento o ejecución del prístino Acuerdo de Socios; conclusión también ratificada por la conducta desarrollada inmediatamente después del 31.10.2016 por el Sr. Avelino , cuando comienza a trabajar en el Proceso de Integración de las dos Compañías, incorporándose a la Comisión de Seguimiento, visitando a los principales proveedores de las sociedades a integrar, conociendo al personal de las dos empresas, preparando las propuestas de directivos para Ahembo SL, y siendo citado como nuevo Director General de Ahembo, tanto en comunicaciones al personal de ambas empresas fundadoras como a los medios de comunicación.

A partir de estas consideraciones es inconcuso que los Compromisos de 31 de octubre de 2016 no entrañan una flagrante vulneración del Acuerdo de Socios de 30 de noviembre de 2015, como pretende EMCASA, pues en ellos se prevé la ratificación del nombramiento por el Consejo de AHEMBO, cuyo incumplimiento es precisamente uno de los reproches de AHEMON a EMCASA en el procedimiento arbitral. Los Pactos de 2016, por su contenido y por el contexto en que se producen -actos previos, coetáneos y posteriores al 31.10.2016- no evidencian sino la voluntad de las mercantiles AHEMON y EMCASA -partícipes al 100% de AHEMBO- de cumplir y llevar a efecto alguno de los aspectos centrales previstos en el Pacto de Socios en que consta la cláusula arbitral: tal es, sin duda, la selección y provisión del cargo de Director General de la futura empresa, AHEMBO, que se constituía con la finalidad de optimizar las sinergias entre sus socios garantizando la paridad entre ellos con la previsión de unas mayorías cualificadas en la adopción de las decisiones de mayor relevancia -" decisiones clave"-, siendo una de ellas la del nombramiento del Director General, por las funciones que estaba llamado a desempeñar. Y sin que quepa olvidar que el Acuerdo de Socios y los Pactos de 2016 aparecen firmados por las mismas mercantiles, no cabiendo cuestionar -y menos en esta sede- una realidad evidenciada por el doc. 4 de la demanda -no impugnado- y ratificada por los propios actos de las partes, como es que, a la firma del Compromiso de 31.10.2016, los Sres. Carmelo y Jesús Luis actuaron en nombre y representación, respectivamente, de AHEMON y EMCASA, identificadas como las mercantiles socios de AHEMBO. El que esas personas físicas no ostentasen facultades de representación para firmar por sí solos el Acuerdo de Socios -como postula la demanda-, no priva al Compromiso de 31.10.2016 de su calidad de un acto de gestión o preparación de la integración -en locución de la propia demanda-, esto es, de un acto propiamente ejecutivo del Acuerdo de Socios.

Los Pactos de 31.10.2016 guardan, pues, directa relación con el Acuerdo entre Socios de 30.11.2015 y responden a un proceder claramente " implicado en la ejecución de ese contrato" de 2015, por usar una locución de la Sala Primera en su Sentencia, supra citada, de 26 de mayo de 2005. Extremo éste claramente comprendido en el ámbito del convenio arbitral, que se refiere a los conflictos surgidos en la ejecución del propio Acuerdo de Socios . Este entendimiento del Árbitro, que la Sala comparte, se sustenta en una valoración de los hechos probados que adolece de toda sombra de arbitrariedad o sinrazón, y que, en consecuencia, no puede ser obviada por este Tribunal en el limitado ámbito propio de la acción de anulación.



Por lo demás, es a todas luces irrelevante para la decisión del caso determinar si D. Avelino, que suscribe los Pactos de 31.10.2016, quedó o no sometido a la cláusula de sumisión a **arbitraje**. El Sr. Avelino no ha sido parte en el procedimiento arbitral, por más que, a mayor abundamiento lo decimos, los compromisos que asume y su mismo actuar ulterior sí aparecen claramente implicados en la ejecución del Acuerdo de Socios de 2015.

El motivo es desestimado.

TERCERO.- En segundo término, de nuevo el amparo del art. 41.1.c) LA, alega EMCASA que el Laudo ha alterado la pretensión y la causa de pedir afirmadas por la actora en el **arbitraje**, AHEMON, cuando postula el incumplimiento por EMCASA de la obligación de ratificar la contratación de D. Avelino como Director General de AHEMBO. La causa de pedir afirmada de contrario habría sido absolutamente distinta: el incumplimiento de las cláusulas 4ª y 6ª del Acuerdo de Socios y, en concreto, haber procedido al cese y despido de D. Avelino como Director General de AHEMBO. El Laudo habría incurrido así en una incongruencia por extra petitum -debidamente denunciada ante el propio Árbitro en cumplimiento del art. 39.1.d) LA-, generadora de la indefensión constitucionalmente proscrita (art. 24.1 CE), con vulneración de los arts. 37.1 LA, 209.4ª LEC y 43.3 del Reglamento de la CIMA.

Parámetros de enjuiciamiento.-

Para establecer si el laudo ha resuelto cuestiones no sometidas a la decisión del árbitro -art. 41.1.c) LA-, incurriendo en exceso causante de indefensión, es preciso recordar alguna premisa jurisprudencial básica sobre la determinación del objeto del **arbitraje** -puesto en conexión con el ámbito admisible de la acción de anulación-, aun a riesgo de reiterar parte de lo ya dicho en el motivo precedente.

Como tantas veces ha destacado esta Sala -recientemente en la **Sentencia 8/2018, de 13 de febrero**, FJ 5º, roj STSJ M 1953/2018 -, la congruencia en el **arbitraje** tiene un matiz diferencial respecto del proceso civil cuando se atiende a dos características del **arbitraje** puestas de relieve desde antiguo por la jurisprudencia: la búsqueda de la verdad objetiva - con las consiguientes facultades para el árbitro de acordar prueba de oficio-, y la misión pacificadora inherente al **arbitraje**, que exige decidir suficientemente la controversia -de ahí, por ejemplo, la atenuación de la rigidez de la preclusión al conformar el *thema decidendi* en el procedimiento arbitral, por oposición a la que impera en la jurisdicción civil (v.gr., en tal sentido, siempre que se respete la contradicción, S. AP Madrid, Sec. 12ª, de 28 de diciembre de 2005; S. AP Badajoz, Sec. 3ª, de 17 de mayo de 2006).

Y es que, en definitiva, la fijación del objeto del **arbitraje** no exige, ni mucho menos, la precisión del suplico de una demanda, ni tiene los límites temporales para su determinación previstos en la LEC (v.gr., art. 401). En este sentido, hemos de traer a colación, como frecuentemente ha hecho la jurisprudencia -v.gr., **STSJ Cataluña 72/2016, de 26 de septiembre**, FJ 4º.2, y las que allí se citan, roj STSJ CAT 8266/2016 - que el propio Legislador ha dejado constancia expresa de esta "mayor flexibilidad" que, frente al proceso civil, rige en el procedimiento arbitral a la hora de conformar el *thema decidendi* incluso desde un punto de vista formal, esto es, en alusión a la posibilidad de ir delimitando el objeto del **arbitraje** sin la rigidez que se sigue de la preclusión de las posibilidades alegatorias y probatorias propia del proceso civil. En palabras del apartado VI de la Exposición de Motivos de la vigente Ley de **Arbitraje**:

En el **arbitraje** no se reproducen necesariamente siempre las posiciones procesales activa y pasiva de un proceso judicial; o no en los mismos términos. Al fin y al cabo, la determinación del objeto de la controversia, siempre dentro del ámbito del convenio arbitral, se produce de forma progresiva. Sin embargo, la práctica arbitral demuestra que quien inicia el **arbitraje** formula en todo caso una pretensión frente a la parte o partes contrarias y se convierte, por tanto, en actor; y ello sin perjuicio de que el demandado pueda reconvenir. Parece, por tanto, razonable que, sin perjuicio de la libertad de las partes, el procedimiento arbitral se estructure sobre la base de una dualidad de posiciones entre demandante y demandado. Esta conveniencia, sin embargo, debe ser flexibilizada a la hora de configurar los requisitos de los actos de las partes en defensa de sus respectivas posiciones. De este modo, no se establecen propiamente requisitos de forma y contenido de los escritos de alegaciones de las partes. La función de la demanda y de la contestación a que se refiere el artículo 29 no es sino la de ilustrar a los árbitros sobre el objeto de la controversia, sin perjuicio de alegaciones ulteriores. No entran aquí en juego las reglas propias de los procesos judiciales en cuanto a requisitos de demanda y contestación, documentos a acompañar o preclusión. El procedimiento arbitral, incluso en defecto de acuerdo de las partes, se configura con gran flexibilidad, acorde con las exigencias de la institución..."

Es del todo congruo con lo que antecede la frecuencia con que, al cumplir su función pacificadora, los árbitros integran, ampliándola, la causa debatida, en orden a decidir suficientemente sobre ella. A este cometido alude una reiterada jurisprudencia -particularmente laxa cuando de **arbitraje** de equidad se trata. Son muy ilustrativos los siguientes términos de la **STS, 1ª, de 17 de junio de 1987** (RAJ 4534/1987):



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

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

" la naturaleza y finalidad del **arbitraje** de equidad permite una mayor elasticidad en la interpretación de las estipulaciones que describen las cuestiones a decidir, las que deben apreciarse no aisladamente, sino atendiendo a aquella finalidad y a sus antecedentes, pudiendo reputarse comprendidas en el compromiso aquellas facetas de la cuestión a resolver íntimamente vinculadas a la misma, y sin cuya aportación quedaría la controversia insuficientemente fallada - Sentencias 24 abril 1953, 13 mayo 1960 y 25 octubre 1982-".

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

"

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

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

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

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

En esta línea de pensamiento, recordábamos en la **Sentencia 43/2014, de 1 de julio** (FJ 2, ROJ STSJ M 10353/2014), cómo "la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo viene declarando con reiteración que la congruencia de las sentencias no exige una correspondencia absolutamente rígida entre lo pedido y lo acordado sino que también se cumple cuando el fallo, pese a no concordar literalmente con lo pedido, se adecue de modo racional a las pretensiones de las partes y a los hechos que las fundamenten, hasta el



punto de ser admisibles pronunciamientos complementarios del juzgador no pedidos por las partes, pero sí encaminados a facilitar la ejecución del fallo o a evitar nuevos pleitos (SSTS 21-11-89 , 13-10-90 , 28-1-91 , 4-7-94 , 25-5-95 , 18-10-96 , 21-1-05 , 21-2-07 , 5-3-07 y 19-9-07 entre otras muchas).

Y ello sin que quepa desconocer, pues es especialmente trascendente, la **necesidad de que el Tribunal sentenciador no altere la causa de pedir** , cuyo asentado concepto hemos de recordar: *hechos constitutivos con relevancia jurídica que sirvan de fundamento a la petición y que delimitan, individualizan e identifican la pretensión procesal*. O, en palabras de la Sala Primera: " *La causa de pedir viene integrada por el conjunto de hechos esenciales para el logro de la consecuencia jurídica pretendida por la parte actora (STS 3-5-00) o, dicho de otra forma, por el conjunto de hechos jurídicamente relevantes para fundar la pretensión (SSTS 19-6-00 y 24-7-00) o título que sirve de base al derecho reclamado (SSTS 27-10-00 y 15-11-01)" [SSTS nº 853/2004 , de 15 de julio -roj STS 5214/2004 - **629/2013** -FJ 6.2, roj STS 188/2013 -, **393/2012** -FJ 2 , roj STS 4945/2012-, **64/2012** -FJ 2 , roj STS 920/2012- y **1074/2006** -FJ 1 , roj STS 6795/2006. De ahí que la Ley y la jurisprudencia excluyan la identidad de *causa petendi* cuando " *ésta viene fundamentada en un hecho nuevo que no pudo ser alegado en el proceso anterior*" (FJ 5, **STS 71/2017** , de 8 de febrero, roj STS 411/2017).*

Cierto es, sobre este particular, que la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo ha afirmado en ocasiones que " *la congruencia no se mide en relación con los razonamientos o la argumentación sino con lo pretendido*" -recientemente, en su **S. 197/2016, de 30 de marzo** (FJ 3º, roj STS 1326/2016); pero ello ha de ser entendido en el contexto previamente reseñado de la necesidad de configurar e integrar flexiblemente las peticiones de la demanda, lo que a veces exige acudir a lo alegado en los hechos y fundamentos de derecho para delimitar en su precisa extensión el *thema decidendi* y desde luego la propia causa de pedir -cfr., v.gr., FJ 9º **STS 474/2010, de 22 de julio** , roj STS 4533/2010 -, y con mayor razón en el seno del **arbitraje**, dadas sus singulares características y, en particular, la reseñada adaptabilidad de su procedimiento a las exigencias de la causa. Conclusión tanto más coherente si se tiene en cuenta que, *de lege lata*, no reviste ya la menor duda de que la *res iudicata* se extiende a los hechos y fundamentos de Derecho expuestos o de posible exposición en el litigio de que se trate [art. 400 LEC y **STS, 1ª, 34/2016, de 4 de febrero** (roj STS 328/2016)].

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

Doctrina que hemos recordado, en sus propios términos, v.gr., , además de las citadas, en las **Sentencias de esta Sala 25/2015, de 25 de marzo** (recurso de anulación 76/2014) , **33/2015, de 21 de abril** (recurso de anulación 81/2014) , **36/2015, de 28 de abril** (recurso de anulación 90/2014) , **42/2016 , de 18 de mayo** (FJ 2, ROJ STSJ M 6180/2016), en la **S. 62/2016, de 11 de octubre** (recaída en autos de anulación nº 33/2016 (FJ 2, ROJ STSJ M 10733) y en la **S. 71/2016, de 8 de noviembre** (FJ 2º, ROJ STSJ M 12122/2016). Cfr., asimismo, las más recientes **SS. 5/2018, de 30 de enero** (FJ 2º, roj STSJ M 905/2018) y **19/2018, de 17 de abril** (fj 2º, roj STSJ M 3987/2018).

Aplicación al caso.

A la luz de estas consideraciones el Tribunal juzga particularmente evidente que la parte dispositiva del Laudo no incurre en incongruencia alguna por exceso, ni ha generado la menor indefensión para la parte afectada por sus pronunciamientos

Ante todo ya hemos descartado en el motivo precedente la pretendida desvinculación entre el Acuerdo de Socios de 2015 y el incumplimiento del contrato de 31 de octubre de 2016: ha quedado claramente establecida que éste es un acto ejecutivo de aquél, y que su incumplimiento da lugar, por ello, a la aplicación, aunque matizada por las razones que expresa el Laudo, de la cláusula penal contenida el Pacto de 2015.

Más allá de una mera *quaestio de nominibus por demás irrelevante por el momento en que se produce*, de si se hizo mención expresa o no en el Acta de Misión a la obligación de ratificar a D. Avelino como Director General, resulta del todo evidente -como hemos visto y habremos de reiterar- que sí ha sido objeto del **arbitraje**, y ha resultado ampliamente debatida la naturaleza y alcance de la decisión consensuada el 31.10.2016 de nombrar al Sr. Avelino como Director General de AHEMBO, y la posterior determinación de su no contratación. No se aprecia el menor atisbo de indefensión en EMCASA.



Por lo demás, la Sala comprueba -docs. 30 y 34 de la demanda- que, en efecto, como pone de relieve AHEMON, son múltiples las referencias realizadas por esa parte en su demanda arbitral y en su escrito de conclusiones respecto de la obligación de EMCASA, y de sus Consejeros, de ratificar el nombramiento del Sr. Avelino (§§ 66, 139, 142, 143, 144, 146, 147, 148 y 150, y §§ 35 y 76, respectivamente).

Pero lo que es más importante: aparte de lo que ya se ha expresado sobre las pretensiones formuladas por AHEMON en el procedimiento arbitral, aduciendo el incumplimiento del Pacto de Socios en relación con el nombramiento del Director General -título esgrimido-, no se acierta a comprender qué hecho o hechos en que se sustenta tal alegato -como identificador o sustanciador de la relación jurídica controvertida- no ha sido esgrimido por AHEMON, y sí ha sido considerado por el Árbitro, contraviniendo el derecho de defensa de EMCASA.

Si bien se mira, a lo largo de todo el procedimiento arbitral ha habido una discrepancia sobre la significación jurídica de hechos, en cuanto tales, incontrovertidos; y tal discrepancia, sobre la que también se ha debatido excluyendo de raíz la indefensión constitucionalmente proscrita, se quiere trasladar y se traslada en la práctica a esta Sala en la demanda de anulación; mas de ahí no se sigue la menor alteración de la causa de pedir, tal y como ésta es configurada jurisprudencialmente y *de lege lata*: el Árbitro no se ha apartado de la *causa petendi* esgrimida acudiendo a fundamentos de hecho o a títulos jurídicos distintos de los que las partes " *han querido hacer valer*" (art. 218.1.tercer inciso LEC).

Lleva razón la Resolución que el Árbitro dicta el 5 de febrero de 2018, por la que desestima la solicitud de EMCASA para que se rectifique la pretendida extralimitación del Laudo, cuando concluye que incluso " *es innecesario utilizar el criterio de la flexibilidad que para la congruencia de los Laudos establece la jurisprudencia del Tribunal Supremo*". Y ello por una razón bien simple: resulta a todas luces constatable, en palabras de esa Resolución de 5 de febrero:

"Que el incumplimiento del Pacto de Socios de 2015 por violación de los contratos de 31 de Octubre de 2016, ha sido ampliamente expuesto por la parte demandante (AHEMON) en su demanda, como acabamos de ver".

Que "la parte demandada, desde el inicio de su contestación a la demanda, consideró impertinente y combatió que esa violación de los contratos de 2016 pudiera ser utilizada como generadora del incumplimiento del Pacto de socios de 2015".

"Que las pruebas del procedimiento en gran medida han girado en torno a la preparación, redacción y ejecución de esos Contratos de 2016".

"Que la demandante ha introducido con claridad y detalle esa pretensión al menos desde su demanda. Y la demandada la conoció y la combatió a lo largo de todo el procedimiento. No puede alegar por ello indefensión".

Y que, en consecuencia, " no puede decirse que el Laudo, al considerar que las violaciones de los Contratos de 2016 generaron incumplimiento del Pacto de Socios de 2015, haya enjuiciado y resuelto cuestiones que no le hayan sido planteadas".

La Sala se remite en este punto a las páginas 4 a 7 de la precitada Resolución de 5 de febrero de 2018, donde, sin yerro ni atisbo alguno de sinrazón -así se sigue, sin necesidad de valoración alguna, del contenido objetivo de la documental que obra en la causa; ámbito de la interpretación de la prueba-, el Árbitro va dejando constancia de cuáles han sido las pretensiones de la actora en el escrito de solicitud de **arbitraje**, cómo las partes delimitan sucinta y preliminarmente el *thema decidendi* en el Acta de Misión, y las respectivas pretensiones de AHEMON y EMCASA en su demanda y contestación -ya definitivas y con expresión de la causa de pedir; al tiempo que explica el Árbitro cómo el objeto procesal definido en su escrito de demanda no fue cambiado por AHEMON en la comparecencia de 19 de julio de 2017...

A lo que hemos de añadir que tales cuestiones, efectivamente planteadas, no lo han sido de modo extemporáneo ni de forma en absoluto restrictiva del derecho de defensa de EMCASA. La definitiva conformación del *thema decidendi* en la demanda y en la contestación, que el árbitro da por buena -aunque ya estaba apuntada en el Acta de Misión con la frase " *todo ello puesto en relación con lo acontecido con ocasión de la contratación del Director General de la Compañía*-, dada la naturaleza más sucinta y preliminar de dicha Acta de Misión, es una exégesis perfectamente razonable del art. 24 del Reglamento de la CIMA; exégesis también acorde con la jurisprudencia supra citada sobre la flexibilidad del procedimiento arbitral para delimitar sucesivamente el objeto del **arbitraje**, sin la rigidez de la preclusión propia del proceso jurisdiccional.

El motivo es desestimado.

CUARTO.- Por último, hemos de analizar desde la perspectiva de la eventual infracción del orden público [art. 41.1.f) LA], si el Árbitro ha incurrido, o no, en una arbitraria o irracional valoración probatoria, causando



indefensión material del recurrente (art. 24.1 CE), al concluir que los dos Coordinadores realizaron funciones para sustituir al Director General 'despedido' y, supuestamente, en contra de la voluntad de AHEMON.

A tal efecto no está de más dejar constancia de cuáles son los parámetros que han de regir nuestro enjuiciamiento en el limitado ámbito propio de la acción de anulación.

Criterios de enjuiciamiento.-

Como esta Sala viene diciendo con reiteración -recientemente en las **Sentencias 57/2017, de 24 de octubre** (FJ 2º, roj STSJ M 11066/2017) **8/2018, de 13 de febrero** (FJ 3º.1, roj STSJ M 1953/2018), **10/2018, de 20 de febrero** (FJ 4º.1, roj STSJ M 1960/2018), **15/2018, de 5 de abril** (FJ 5º, roj STSJ M 3635/2018) y **16/2018, de 12 de abril** (FJ 5º.1, roj STSJ M 3985/2018 - el análisis de este alegato se ha de efectuar dentro de los límites propios de la acción de anulación, que no es una segunda instancia, de modo que a este Tribunal no le compete volver a valorar la prueba, ni, en consecuencia, sustituir el juicio de hecho efectuado por el Árbitro, que ha presenciado la práctica de la prueba y ponderado el acervo probatorio; por ello, tampoco cobija la acción de anulación pretensiones que no entrañen sino una mera discrepancia con la valoración de la prueba efectuada, razonada y cabalmente, por el Tribunal arbitral. Ello no obstante, también hemos declarado con no menor asiduidad que del ámbito limitado de la acción de anulación no se sigue que el Tribunal no pueda examinar la racionalidad de la valoración probatoria desde la perspectiva de la infracción del orden público.

En efecto, es conteste la jurisprudencia constitucional y ordinaria que entiende que, en determinadas circunstancias, la valoración del acervo probatorio -explicitada en su motivación- puede lesionar el derecho a la tutela judicial efectiva y, consiguientemente, infringir el orden público. Ya lo apuntábamos en nuestra Sentencia de 24 de junio de 2014, en los siguientes términos (FJ 8): "no puede este Tribunal revisar la valoración probatoria en la que se basa el laudo arbitral ni la acción de nulidad para cuya resolución es competente le facultaría a subsanar eventuales errores en la decisión del árbitro, *salvo que dicha valoración fuese expresión de una motivación patentemente lesiva del derecho a la tutela judicial efectiva*".

La jurisprudencia se ha cuidado de determinar en qué circunstancias una valoración probatoria conculca el art. 24.1 CE. Así, la Sala Primera del Tribunal Supremo "sólo permite plantear en el recurso (extraordinario por infracción procesal) la errónea valoración de la prueba, al amparo del art. 469.1.4º LEC, si la efectuada en la sentencia recurrida es arbitraria, ilógica o absurda, *en forma suficiente para estimar vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva, o inválida por vulnerar un derecho fundamental*" (*Acuerdo de 30/11/2011, I, recurso extraordinario por infracción procesal, nº 14, párrafo tercero*). Resumen a la perfección la doctrina al respecto de la Sala Primera, los **AATS, 1ª, de 18 de febrero** (ROJ ATS 665/2013) y **8 de enero de 2013** (ROJ ATS 157/2013). En palabras de este último (FJ 1.b):

"Es doctrina de esta Sala, como señala la sentencia de esta Sala de 4 diciembre 2007, que "la valoración probatoria sólo puede excepcionalmente tener acceso a la casación mediante un soporte adecuado, bien la existencia de un error patente o arbitrariedad en la valoración de la prueba, **en cuanto, según la doctrina constitucional, comporta la infracción del derecho a la tutela judicial efectiva** (SSTS de 20 de junio de 2006 , 17 de julio de 2006), bien la infracción de una norma concreta de prueba que haya sido vulnerada por el juzgador (SSTS de 16 de marzo de 2001, 10 de julio de 2000, 21 de abril y 9 de mayo de 2005 , entre otras).

[...]

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

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

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

prueba manifiestamente errónea o arbitraria, al amparo del art. 24 CE " (STS, 1ª, de 23 de febrero de 2010, ROJ 988/2010, FJ 7).

Estos criterios sobre los casos en que la valoración de la prueba puede conculcar el art. 24.1 CE y, de este modo, infringir el orden público son concreción de un planteamiento más general formulado por el Tribunal Constitucional en relación con las exigencias constitucionales de motivación de las resoluciones judiciales -concierna esa motivación a lo que concierna, valoración de la prueba, interpretación normativa...-.

En estos o parecidos términos, entre muchas, nuestras **Sentencias 19/2016**, de 16 de febrero (FJ 2) -roj STSJ M 1545/2016 -, **52/2016**, de 5 julio (FJ 3.B) -roj STSJ M 8114/2016 - y **69/2016**, de 2 de noviembre (FJ 4) -roj STSJ M 11928/2016 - y **17/2017**, de 9 de marzo, FJ 5 -roj STSJ M 2499/2017 -.

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

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

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

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

O como también señala, muy ilustrativamente, la STC 206/1999, lo determinante es que " *la resolución judicial sea el producto de un razonamiento equivocado que no se corresponde con la realidad, por haber incurrido el órgano judicial en un 'error patente' en la determinación y selección del material de hecho o del presupuesto (jurídico) sobre el que se asienta su decisión* ..." (FJ 2º). En este sentido, desde el punto de vista de la infracción del art. 24.1 CE, confiere especial trascendencia a " **la negativa judicial a examinar una cuestión que debería constituir premisa lógica en el proceso racional de formación de la decisión** ", entre otras, la STC 39/2015, de 2 de marzo (FJ 6).

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

Aplicación al caso.



A modo de conclusión anticipada, verificaremos que ninguno de los errores valorativos y/o de raciocinio que se acaban de reseñar concurre en el presente caso. EMCASA no hace sino discrepar de una ponderación probatoria razonable y cabal, y lo hace sin evidenciar que dicha motivación incurra en arbitrariedad, error patente, infracción de una regla de valoración o de carga de la prueba, inferencia ilógica..., que hayan incidido realmente en el fallo; amén de que olvida la recurrente que, como esta Sala ha reiterado -recientemente, cfr. FJ 5º de la precitada **S. 15/2018**, " *no se trata de exigir un análisis exhaustivo de todas las pruebas practicadas* ": el defecto de motivación en la valoración de la prueba causante de la nulidad del Laudo se limita a los extremos de arbitrariedad e irracionalidad a los que nos hemos venido refiriendo, entre los que se incluye, sí, la preterición de toda ponderación -en el sentido que fuera- de elementos probatorios a todas luces esenciales en las circunstancias del caso -como ocurría en el supuesto analizado en nuestra Sentencia 15/2018-; pero sin que quepa predicar la vulneración del orden público de una mera discrepancia con lo razonado sin arbitrariedad lógica ni jurídica por el árbitro, y máxime cuando dicho razonamiento se sustenta en una consideración parcial, y por ello sesgada, del conjunto del acervo probatorio que el árbitro menciona y en el que sustenta su decisión.

a) Al decir de la demandante, " *el Laudo incurre en un manifiesto error en la valoración de la prueba, que le lleva a concluir que el Acuerdo de Socios de 2015 fue incumplido al haber realizado los Coordinadores funciones que usurparon las que le correspondían al "Director General despedido". Sin embargo, en la valoración de la prueba, el Sr. Árbitro: (i) atribuye al testigo Sr. Belarmino la falsa afirmación de que los Coordinadores desarrollaron la inmensa mayoría de las funciones que tenía reservado el Acuerdo de Socios al Director General, así como (ii) omite de forma injustificable ciertos acuerdos adoptados por unanimidad en distintas reuniones del Consejo de Administración de AHEMBO que demuestran inequívocamente que la voluntad expresa de AHEMON fue que los Coordinadores prestaran sus servicios en la forma en que lo hicieron* " -pág. 49 de la demanda .

Asertos en los que abunda al final del motivo, cuando postula su ostensible indefensión, " *al haber concluido el Laudo, con patente error, que los dos Coordinadores vinieron a realizar funciones propias del "Director General despedido", cuando la realidad es que: (i) Es indiscutible jurídicamente que no hubo ningún cese o despido del Director General y, por tanto, nadie pudo usurpar sus funciones. (ii) Se trata de una conclusión que se debe al error consistente en atribuir al Sr. Belarmino afirmaciones que en modo alguno realizó. (iii) Omite insólitamente que absolutamente todos los Consejeros, incluyendo el Consejero AHEMON, estuvieron plenamente conformes, y de forma explícita e inequívoca, con las labores realizadas por los dos Coordinadores, hasta el punto de acordar por unanimidad la prórroga de los servicios de coordinación, la comunicación de instrucciones para que realizaran su labor, o de felicitarles por ello* " .

Sustenta estas conclusiones, en lo que al primer punto concierne, en la transcripción de parte de la testifical del Sr. Belarmino , de la que en modo alguno se podría inferir, sin tergiversarla -como habría hecho el Árbitro-, la aceptación de que los dos Coordinadores designados ejercieron desde diciembre de 2016 hasta junio de 2017, si no todas, gran parte de las funciones propias del Director General no nombrado: por el contrario, el Sr. Belarmino -miembro del Consejo de AHEMBO en representación de EMCASA- se habría ratificado explícitamente en su negativa a considerar que los dos Coordinadores hayan asumido la posición de Director General, no habiendo elaborado el *Plan de Negocio* ni el *Plan Estratégico* de AHEMBO, ni su Presupuesto Provisional, ni los modelos de informe internos y externos de la Compañía...; su función -como evidenciarían sus Contratos (docs. núms. 19 y 22), el testimonio de uno de los Consejeros, D. Eulogio , y el Acta donde consta el acuerdo adoptado en la reunión del Consejo de 18 de enero de 2017-, se habría limitado a " *apoyar el proceso de integración y estabilizar el arranque inicial de AHEMBO* " .

Un segundo error que se reputa esencial en la valoración probatoria, causante por ello de indefensión, radicaría en que el Laudo da por bueno que las funciones desempeñadas por los Coordinadores referentes al seguimiento y al reporte al Consejo, así como sus facultades de realizar propuestas, no habrían contado con el voto de los miembros del Consejo, y en particular " *con el consenso de AHEMÓN a través del voto de alguno de sus representantes en el Consejo* ". Esta conclusión, que se juzga determinante del fallo, traería causa de una valoración arbitraria e ilógica de la prueba, pues, " *si bien es cierto que en los Consejos de 13 de diciembre de 2016 y 18 de enero de 2017 no se acordó por unanimidad la contratación de los dos Coordinadores, lo cierto es que en el Consejo de 28 de junio de 2017 sí se acordó por unanimidad de todos los Consejeros la prolongación de los contratos de los Coordinadores (vid. Documento n° 25)* ". Reprueba la demanda que el Árbitro no explique -en su resolución denegando la aclaración del Laudo- la " *manifestación de cortesía* " de que la prórroga de los contratos de los Coordinadores tras junio de 2017, ya lo fue nombrado Director General en la misma fecha el Sr. Florencio , por lo que los Coordinadores no podían ostentar tales funciones. Dice literalmente en este punto la actora que " *el Sr. Árbitro genera indefensión material a esta parte al privarle de una mínima motivación que le lleve a justificar su afirmación conforme a la cual, la extensión de los contratos de los Coordinadores supuso que a partir de junio de 2017 realizaran funciones distintas a las que venían desempeñando con anterioridad, aludiendo el Sr. Árbitro como único pretexto al hecho de que AHEMBO ya contaba con un Director General, pero sin explicar por qué, sin embargo, se acordó prorrogar los mismos servicios de coordinación* " -por un



plazo adicional de tres meses-. E insiste, asimismo, EMCASA en la unanimidad del Consejo en torno a la necesidad y acierto de la labor de seguimiento de la integración y de los reportes financieros efectuados por los Coordinadores (testimonio del Sr. Remigio , y Actas del Consejo de 18 de enero de 2017 -doc. 18-, 23 de febrero de 2017 -doc. 23-, 26 de abril de 2017 -doc. 24- y 28 de junio de 2017 -doc. 25.

b) La argumentación del Laudo atinente al motivo de anulación que ahora analizamos es la siguiente -págs. 68 a 70-:

"En favor de su validez y no violación del Acuerdo de socios, se dice que los Coordinadores no recibieron Poderes o que no tuvieron el 100% de las funciones previstas para el Director General, como declaró el Sr. Belarmino . Consejero representante de la demandada Emcasa; más o menos explícitamente se invoca a favor de la validez, el mismo nombre dado a /os cargos designados, "Coordinadores", aparentemente no ejecutivo.

Pero ello no desnaturaliza su carácter , cuando el propio Presidente al hacer la propuesta dice que es una medida coyuntural pero necesaria para cubrir el hueco producido por la no contratación de Director General; cuando el Organigrama que se presenta a aprobación en el mismo acto, muestra a los Coordinadores como personas de las que dependen los demás ejecutivos de la empresa, con sus nombres; cuando forman la primera línea por encima de /os ejecutivos de la empresa; cuando el mismo testimonio de personas ligadas a la demandada, al señalar que no se les atribuyeron todas las funciones del Director General, revela que tuvieron todas las demás o, al menos, muchas de ellas; cuando a esos Coordinadores se /es dan facultades de propuesta propias del Director General como la de modificación del Organigrama; cuando, como se ve en el Acta del siguiente Consejo de Enero, son esos Coordinadores los que acceden al Consejo a dar cuenta de la gestión como correspondería hacer al Director General.

El Árbitro comprende perfectamente que era necesario cubrir el hueco generado por la ausencia de Director General y que seguramente debe agradecerse al Presidente de Ahembo SL que pensara en una solución. Pero, **en la medida en que la designación lo era precisamente para cubrir el hueco del Director General**, se hacía preciso contar con el consenso de Ahemón a través del voto de alguno de sus representantes en el Consejo. Y no hacerlo so pretexto de que no se nombraba Director General, supone un nominalismo abusivo, generándose violación del Pacto de socios.

Y el Árbitro considera que también se habría producido esa violación del Pacto, aunque no se llegara a la conclusión de "fraude" que hemos señalado respecto de /os acuerdos sobre el Punto 2º del Orden del Día. Porque **si no fuera un nombramiento sustitutivo del Director General, entonces se trataría de un mantenimiento de la sociedad sin el Director General consensuado, durante el tiempo que transcurrió hasta el nombramiento de nuevo Director General**; y ese acuerdo de mantenimiento de la sociedad sin Director General en tal período, lo impusieron los representantes de Emcasa en el Consejo, sin el voto de los representantes de Ahemón; si no fuera un incumplimiento autónomo o distinto del Acuerdo de Socios, sería una agravación de los efectos del incumplimiento del deber de ratificación del Sr. Avelino ."

La voluntad, no ya implícita, sino manifiesta de las Partes al firmar su Acuerdo de 2015 fue contar en la sociedad integrada con una Dirección General, una línea ejecutiva designada por consenso. Y a partir del 31 de octubre de 2016 fue que esa Dirección General recayera en D. Avelino con un primer periodo hasta el 1 de enero de 2017 en una situación que podríamos calificar como de 'Pre-Dirección General', y a partir de 1 de enero de 2017 en tal función plena.

Y lo que ocurrió fue que, pese a la voluntad de los representantes de AHEMON de que así fuera, por decisión de quienes representaban a EMCASA, desde el 13 de diciembre de 2016 hasta el 28 de junio de 2017, no fue así".

Los resaltados son nuestros

c) La pormenorizada exposición del motivo y del discurso del Laudo al respecto no hace sino confirmar la evidencia de la conclusión enunciada al comienzo de este fundamento: la manifiesta inconsistencia de la causa de anulación pretendida.

En primer lugar, nada hay de arbitrario o de ilógico en la valoración de la prueba relativa a la aceptación por los representantes de AHEMON del modo en que desempeñaron sus funciones los Coordinadores designados en contra de su voluntad. Al incumplimiento contractual declarado, no nombramiento del Sr. Avelino como Director General y, en su caso, la cobertura de tal puesto sin el consenso de los representantes de AHEMON, no obsta en absoluto que el desempeño de sus funciones por los Coordinadores haya sido estimado correcto por todos y/o adecuado a los intereses de AHEMBO, como el propio Árbitro apunta en el párrafo transcrito cuando menciona que probablemente haya que agradecer al Presidente de AHEMBO que pensara en una solución.

Por lo demás, lleva toda la razón la parte demandada al reparar -v.gr., §§ 137 y 152 de su contestación- en que cuando el Árbitro concluye que los coordinadores desarrollaron, si no todas, la gran mayoría de las funciones

del director general, no extrae dicha conclusión únicamente de la declaración del Sr. Belarmino , sino que adopta su decisión como colofón de la totalidad de la prueba analizada, y de modo muy particular con apoyo en las propias manifestaciones del Sr. Jesús Luis , Presidente de EMCASA, al hacer la propuesta en el Consejo de 13 de diciembre de 2017. El Árbitro explica con profusión de argumentos las razones, sustentadas en la prueba practicada, que le llevan a la convicción de que los Coordinadores "ocupaban el hueco" del Director General y desempeñaban su cometido, a saber: *el Organigrama que se presenta a aprobación en el mismo acto, que muestra a los Coordinadores como personas de las que dependen los demás ejecutivos de la empresa, con sus nombres; cuando forman la primera línea por encima de /os ejecutivos de la empresa; cuando el mismo testimonio de personas ligadas a la demandada, al señalar que no se les atribuyeron todas las funciones del Director General, revela que tuvieron todas las demás o, al menos, muchas de ellas; cuando a esos Coordinadores se les dan facultades de propuesta propias del Director General como la de modificación del Organigrama; cuando, como se ve en el Acta del siguiente Consejo de Enero, son esos Coordinadores los que acceden al Consejo a dar cuenta de la gestión como correspondería hacer al Director General.*

Y ello en una argumentación inmediatamente subsiguiente a una mención explícita a lo declarado por el Sr. Belarmino , claramente entendido por el Árbitro como unas declaraciones que no abonan el que los Coordinadores fueran los sustitutos del Director General y ostentasen funciones ejecutivas, pues no se entendería que el párrafo siguiente, donde razona en los términos expuestos por qué opina lo contrario, comience con la frase "**pero ello no desnaturaliza su carácter**"...

A lo que hemos de añadir que, aun cuando en abstracto cupiera demandar una mayor precisión en la motivación al referirse el árbitro al "testimonio de personas ligadas a la demandada" [decimos "en abstracto" porque es evidente que, frente al testimonio del Sr. Belarmino , que es ponderado por el Árbitro en un sentido restrictivo de las funciones atribuidas a los Coordinadores, el Laudo ha concedido especial preeminencia a la declaración del Presidente de AHEMBO, Sr. Jesús Luis , quien a su vez era Consejero Delegado de EMCASA], sucede que el pretendido error valorativo, amén de no ser tal por las razones expresadas en el párrafo precedente, tampoco tendría virtualidad anulatoria por su falta de incidencia en el fallo. En efecto, el propio Laudo se cuida de dejar claramente establecido -por más que lo analice en condicional, a modo de hipótesis- que, **si (el nombramiento de los Coordinadores) no fuera un nombramiento sustitutivo del Director General -que lo es-, también se habría producido una violación del Pacto, pues entonces se trataría de un mantenimiento de la sociedad sin el Director General consensuado, durante el tiempo que transcurrió hasta el nombramiento de nuevo Director General ...;** que es un incumplimiento autónomo postulado para la actora en el procedimiento arbitral.

En esta línea de pensamiento, tampoco se acierta a comprender qué indefensión material se sigue -qué incidencia en el fallo ni qué explicación requiere- del hecho de entender que la extensión de los contratos de los Coordinadores -por tres meses- suponga que a partir de junio de 2017 realizaran funciones distintas a las que venían desempeñando con anterioridad, "aludiendo el Sr. Árbitro como único pretexto a que AHEMBO ya contaba con un Director General"... Es una inferencia lógica, tras haber apreciado que los Coordinadores ostentaban provisionalmente el cometido del Director General, postular que, una vez nombrado éste, no exista una duplicidad funcional; pero, aun cuando no fuera así, ninguna relevancia tendría para la racional apreciación de los hechos que sustentan la *ratio decidendi* en que el Laudo funda los incumplimientos que aprecia .

El motivo es desestimado y, con él, la demanda de anulación.

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

Vistos los artículos de aplicación,

FALLAMOS

DESESTIMAMOS la demanda de anulación del Laudo de 12 de enero de 2018, que dicta D. José Manuel Otero Novas en el procedimiento nº 903, administrado por la Corte Civil y Mercantil de Arbitraje (CIMA), formulada por el Procurador de los Tribunales D. José Carlos Peñalver Garcerán, en nombre de EMBOLLETADORA DE CANARIAS, S.A, contra ESTABLECIMIENTOS INDUSTRIALES AHEMON, S.A.; con expresa imposición a la demandante de las costas causadas en este procedimiento.

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

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



DILIGENCIA.- En Madrid, a 14 de junio de 2018, 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.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ