Id. Cendoj: 28079310012018100029
ECLI: ES:TSJM:2018:1953
ROJ: STSJ M 1953/2018
Órgano: Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Civil y Penal
Sede: Madrid
Sección: 1
Nº de Resolución: 8/2018
Fecha de Resolución: 13/02/2018
Nº de Recurso: 57/2017
Jurisdicción: Civil
Ponente: JESUS MARIA SANTOS VIJANDE
Procedimiento: Civil
Tipo de Resolución: Sentencia

Resumen:

Comienza la resolución con el análisis de la excepción de cosa juzgada, el Laudo analiza la resolución del segundo arbitraje, llegando a la conclusión de que los hechos aquí resueltos datan de fecha posterior al primer laudo, por lo que no puede existir identidad de objeto. El siguiente argumento se refiere al error y arbitrariedad sobre la interpretación que realiza el árbitro del informe pericial aportado. El Tribunal contesta que la acción de anulación no configura una nueva instancia, no pueden reexaminarse las cuestiones debatidas en el procedimiento arbitral. La acción de anulación no abre una segunda instancia, tampoco se puede identificar la acción de anulación, con una suerte de casación donde se podía analizar la infracción de ley o de doctrina jurisprudencial. Ahora bien, esto no significa que no pueda analizarse el fondo de la controversia, ver si la resolución está motivada y si se ha valorado correctamente la prueba, lo contrario infringiría el principio de orden público. En este caso la actora discrepa de la argumentación del Laudo, contemplando sesgada y parcialmente el acervo probatorio, sin evidenciar que su motivación incurra en arbitrariedad, el deber de motivar no exige dar cuenta explícita de por qué se descarta cada uno de los elementos de prueba, el árbitro explica explica los motivos suficientemente. Y por último, en cuanto a la incongruencia por exceso, en el arbitraje no se exige la precisión con el súplico de la demanda, la alegación se desestima

Idioma:

Español

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

Domicilio: C/ General Castaños, 1 - 28004

Teléfono: 914934850,914934750

31001590

NIG: 28.079.00.2-2017/0144375

Procedimiento: Nulidad laudo arbitral 57/2017.

Demandante: ALIMENTACIÓN VARMA, S.L.

Procurador: D. Julián Sanz Aragón.

Demandado : **C28 DRINKS AND FOOD, S.L.**

Procurador: Dª. Susana García Abascal.

SENTENCIA Nº 8/2018

Excmo. Sr. Presidente:

D. Francisco Javier Vieira Morante

Ilmos. Sres. Magistrados:

Ilma. Sra. Magistrada Doña Susana Polo García

Ilmo. Sr. Magistrado D. Jesús María Santos Vijande

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- El 1 de agosto de 2017 se presenta, vía lexnet, la demanda formulada por el Procurador de los Tribunales D. Julián Sanz Aragón, en nombre y representación de ALIMENTACIÓN VARMA, S.L. (en adelante, VARMA), ejercitando, contra C28 DRINKS AND FOOD, S.L. (en adelante, C28), acción de anulación del Laudo arbitral de 7 de junio de 2017 y de su Complemento de fecha 29 de junio siguiente, que dictan Dª. Margarita (Presidente), D. Bruno (Co-árbitro) y Dª Africa (Co-árbitro) en procedimiento administrado por la CORTE ESPAÑOLA DE ARBITRAJE.

SEGUNDO .- Cumplimentados los requerimientos efectuados por DIOR 11.09.2017 -determinación de la dirección de la demandada y acreditación de la fecha de notificación de los Laudos- mediante escrito -y documental que lo acompaña- datado y presentado el 27.09.2017, es admitida a trámite la demanda por Decreto de 3 de octubre de 2017.

TERCERO .- Notificado el emplazamiento de la demandada tras sucesivos intentos fallidos el siguiente día 22 de diciembre de 2017, ésta, representada por la Procuradora de los Tribunales Dª. Susana García Abascal, evacuó contestación a la demanda mediante escrito datado y presentado el 3 de enero de 2018, registrado en este Tribunal el siguiente día 4.

CUARTO.- Por Diligencia de Ordenación de 9 de enero de 2018 se tiene por comparecida a la demandada y por contestada en tiempo y forma la demanda, dando traslado de la contestación a la parte demandante para la presentación de documentos adicionales o proposición de prueba.

QUINTO .- La actora presentó escrito el 30 de enero de 2018, en el que, a la vista de las alegaciones de contrario y documentos presentados, reitera la solicitud de prueba formulada en su escrito de demanda.

SEXTO .- El 2de febrero de 2018 se da cuenta al Ponente al objeto de analizar los medios de prueba solicitados y proponer a la Sala la resolución correspondiente (DIOR 01.02.2018).

SÉPTIMO .- Por Auto de 5 de febrero de 2018 la Sala acordó:

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

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

3º. No admitir el resto de las pruebas propuestas.

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

5º. Señalar para el inicio de la deliberación y fallo de la presente causa el día 13 de febrero de 2018.

Es Ponente el Ilmo. Sr. D. Jesús María Santos Vijande (Diligencia de Ordenación de 11 de septiembre de 2017), quien expresa el parecer unánime del Tribunal.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- El Laudo Final impugnado de 7 de junio de 2017 acordó:

Declarar resuelto el "Distribution Agreement" de 1 de agosto de 2012 firmado entre C28 DRINKS and FOOD, S.L. y ALIMENTACIÓN VARMA, S.L.

Desestimar la excepción de cosa juzgada formulada por ALIMENTACIÓN VARMA, S.L.

Condenar a ALIMENTACIÓN VARMA, S.L., a pagar EUR. 1.174.172 a C28 DRINKS and FOOD, S.L., como indemnización por el lucro cesante resultante de la resolución del "Distribution Agreement" de1 de agosto de 2012, **calculado con exclusión del lucro cesante de la primera anualidad** .

Condenar a ALIMENTACIÓN VARMA, S.L., a pagar EUR. 13.965 a C28 DRINKS and FOOD, S.L., en concepto de intereses devengados hasta la fecha de emisión de este Laudo.

Condenar a ALIMENTACIÓN VARMA, S.L., a pagar EUR. 157.288 a C28 DRINKS and FOOD, S.L., en concepto de costas del arbitraje.

Desestimar todas las demás pretensiones.

Por su parte, en el *Complemento del Laudo Final, de 29 de junio de 2017,* el Tribunal Arbitral resuelve:

Desestimar la solicitud de aclaración.

Estimar la solicitud de complemento del Laudo Final, de manera que éste queda complementado con el pronunciamiento consistente en la condena de Alimentación Varma, S.L., al abono del importe EUR. 142.975,55, que corresponde al interés legal devengado sobre la suma de EUR. 1.174.172 desde el 1 de agosto de 2013 hasta el 31 de diciembre de 2016, pronunciamiento que se integra en el Laudo Final y forma parte de éste a todos los efectos.

Condenar, de acuerdo con lo anterior, a Alimentación Varma, S.L., a que abone a C28 DRINKS and FOOD, S.L., el importe de EUR. 142.975,55, que corresponde al interés legal devengado sobre la suma de EUR. 1.174.172 desde el 1 de agosto de 2013 hasta el 31 de diciembre de 2016.

La actora señala que formalizó con C28 -a la sazón, CALIDRIS- un Contrato de Distribución el 1 de agosto de 2012 - ***doc. nº 4*** -, cuya nulidad VARMA instó en su día -alegando, subsidiariamente, la de su cláusula 5.8; reconviniendo CALIDRIS en dicho procedimiento reclamando una cantidad dineraria en aplicación de dicha cláusula 5.8, por incumplimiento contractual de VARMA, siendo desestimadas tanto la demanda como la reconvención mediante Laudo de 20 de diciembre de 2015 - ***doc. nº 5*** . Dice también la actora que el 11 de marzo de 2016 C28 -CALIDRIS- presentó solicitud de arbitraje instando la resolución del contrato de distribución por incumplimiento contractual y solicitando se condenase a VARMA a indemnizar a CALIDRIS en concepto de lucro cesante.

En este contexto, aduce VARMA, en primer lugar, que el Laudo final incurre en error patente y en arbitrariedad, con infracción del orden público -art. 41.1.f) LA-, " *al resolver el Tribunal Arbitral sobre la excepción de cosa juzgada* -por ella alegada- *en último lugar* ", causándole indefensión.

En segundo término, la actora, de nuevo al amparo del art. 41.1.f) LA, denuncia "error patente y arbitrariedad al considerar probado y cierto el Tribunal Arbitral el punto de partida del Informe Pericial de fecha 31 de diciembre de 2016 - ***doc. nº 6*** - emitido por KPMG, único informe en que se sustenta el Laudo: el Tribunal Arbitral habría reputado como probada, con error patente, la premisa de la consistencia de que partía el Informe de KPMG -pág. 9, tercer párrafo: " *el beneficio o ganancia dejada de percibir debe tener consistencia con los obtenidos en periodos anteriores* "-, cuando lo cierto sería que CALIDRIS no habría obtenido beneficios ni antes ni después de la resolución del contrato con VARMA, según se seguiría del Dictamen emitido por el Perito de VARMA D. Mario - ***doc. nº 7*** . El Laudo contravendría, además, lo declarado en el Laudo de 20.12.2015, "pues, de no existir aplicabilidad automática de la cláusula penal, lo cierto es que CALIDRIS *no habría obtenido en el primer año de vigencia del contrato de distribución beneficio alguno* ", lo que, según la actora, " *constituye una realidad objetiva y no una estimación* ".

En tercer lugar, invoca la demanda de anulación que el Laudo Final vulnera los principios de legalidad y jerarquía normativa, la interdicción de la arbitrariedad (art. 9.3 CE) y el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), conectado con el deber de atenerse al sistema de fuentes establecido (art. 1.7 CC). Tal alegato -subsumible una vez más, por razón de los preceptos que se dicen infringidos, en la infracción del orden público- se funda en que el Tribunal Arbitral condena a indemnizar un lucro cesante sin la debida fundamentación, "en clara contravención con lo establecido unánimemente por la doctrina del Tribunal Supremo", al haber reputado como tal lo que no serían sino meras expectativas o esperanzas de beneficios -dudosos y contingentes- y no el beneficio neto acreditado y probable o verdadera ganancia que se deja de obtener...

Finalmente, la demanda denuncia "incongruencia por exceso" en el Laudo que complementa el Laudo final al estimar la pretensión de C28 de que se integre la omisión de pronunciamiento consistente en no haberse pronunciado el Tribunal Arbitral sobre los intereses legales devengados por la cantidad a que condena en concepto de lucro cesante.

Por lo expuesto, interesa la actora la anulación del Laudo de 7 de junio de 2017 y de su Complemento, de fecha 29 de junio siguiente, con imposición de costas a C28 en caso de

oponerse.

En su contestación la demandada comienza por reconocer las fechas y documentos aportados de contrario, discrepando de la exégesis jurídica que se efectúa de los mismos.

En relación con el primer motivo de anulación -momento de análisis de la excepción de cosa juzgada- niega la concurrencia de cualquier suerte de indefensión, cuando con su conducta en el seno del procedimiento arbitral la propia VARMA admitió que se resolviese sobre la cosa juzgada en el Laudo final, y cuando los pronunciamientos previos del Laudo sobre el incumplimiento y resolución contractuales se hicieron " *pro tempore* ", esto es, a expensas de lo que resultase sobre el ulterior análisis de la excepción de cosa juzgada (§§ 129 y 195 del Laudo).

Niega la demandada, acto seguido, el error que se denuncia sobre la interpretación que efectúa el Tribunal Arbitral del informe pericial de KPMG, que tacha de mera e interesada discrepancia con la valoración cabal de la prueba que contiene el Laudo: el Tribunal Arbitral habría respetado el " *criterio de la consistencia* ", analizando los dos informes periciales -también el del Sr. Mario .

Sobre el tercer motivo, opone la demandada que el Laudo sí ha tenido en cuenta la doctrina de la Sala Primera, que rechazó expresamente el alegato de que CALIDRIS -C-28- no hubiera podido obtener beneficio alguno del fiel cumplimiento del contrato, que atendió al criterio de la previsibilidad en la determinación de los daños irrogados con especial fundamento en la declaración de Dª Reyes -firmante del informe de KPMG, quien depuso durante más de una hora-, y en las proyecciones de ventas sobre anualidades sucesivas en España y en otros países de nuestro entorno (Alemania)...

Por último, niega C-28 que el Laudo de complemento haya incurrido en incongruencia por *extra petita* de ninguna clase cuando justifica, con todo detalle, por qué complementa el Laudo final condenando a unos intereses legales inclusos en la causa de pedir esgrimida por la actora según sus escritos de alegaciones y la pericial por ella aportada.

En consecuencia, suplica la desestimación de la demanda con imposición de costas.

Por Otrosí Digo, advierte la demandada que, conforme a las directrices contenidas en el Decreto de 3.10.2017, procedió a impugnar la cuantía del procedimiento expresada por la demandante no considerando que fuera inestimable, por lo que se solicita de la Sala, previa la tramitación procesal que considere oportuna, el dictado de resolución que fije de manera definitiva la cuantía de conformidad con las alegaciones deducidas en el escrito de contestación.

SEGUNDO .- El primer motivo del recurso, aducido al amparo del art. 41.1.f) reprocha al Laudo final incurrir en error patente y en arbitrariedad, con infracción del orden público, " *al resolver el Tribunal Arbitral sobre la excepción de cosa juzgada* - por ella alegada- en último lugar", causándole indefensión.

Al respecto, la demandante se limita a decir que alegó la excepción de cosa juzgada material con la finalidad de evitar un nuevo pronunciamiento de fondo contradictorio con lo resuelto en el procedimiento arbitral anterior: reconoce, sí, que la decisión sobre la cosa juzgada pudo hacerse en el Laudo Final -no necesariamente en un previo Laudo Parcial-, pero se queja -y tal es su único alegato en este punto- de que el Tribunal Arbitral haya entrado a conocer del fondo del asunto sin resolver previamente la excepción de cosa juzgada (§ 129 y pág. 27 del Laudo): refiere cómo el Laudo ha explicado sobre el particular

la necesidad de analizar previamente " *el porqué de la pretensión resolutoria y la base de cálculo de la indemnización pretendida* ", para, sin embargo, con posterioridad, al pronunciarse sobre la referida excepción, reconocer que " *el análisis de la supuesta cosa juzgada es relativamente simple, dado que los hechos que subyacen a la pretensión declarativa ocurrieron con posterioridad al primer laudo* " (§ 232 y pág. 46 del Laudo impugnado)". De ahí concluye la recurrente que el Tribunal Arbitral le ha originado indefensión, " *vulnerando lo dispuesto en las normas procesales en relación a la tramitación de los procedimientos judiciales* ". Recuerda la proscripción constitucional de indefensión (con cita, de la STC 48/1984) y cómo la STC 121/2013 recuerda que se vulnera el art. 24.1 CE -lo que lleva aparejada la correlativa lesión del orden público como causa de anulación del Laudo, " *si al apreciar la existencia de cosa juzgada se rebasó el límite impuesto por la irrazonabilidad, la arbitrariedad y el error patente* ".

Como ya hemos indicado, de contrario se niega la concurrencia de cualquier suerte de indefensión, cuando con su conducta en el seno del procedimiento arbitral la propia VARMA admitió que se resolviese sobre la cosa juzgada en el Laudo final, y cuando los pronunciamientos previos del Laudo sobre el incumplimiento y resolución contractuales se hicieron " *pro tempore* ", esto es, a expensas de lo que resultase sobre el ulterior análisis de la excepción de cosa juzgada (§§ 129 y 195 del Laudo).

No cabe la menor duda de que el análisis del motivo de anulación invocado en los términos que acabamos de reseñar debe ser efectuado partiendo de un postulado incontestable, hoy, *nemine discrepante* : no es discutible, en efecto, que la arbitraria, ilógica, inmotivada o patentemente errada apreciación de la cosa juzgada material vulnera el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, y lo conculca en su dimensión más radical o nuclear como es la que concierne al " *acceso a la Jurisdicción* " -en este caso, arbitral-: si concurriesen los defectos de motivación expuestos es evidente de toda evidencia que el Laudo debería ser anulado por contravención del orden público *ex* art. 41.1.f) LA.

En este sentido no merece mayor comentario -por ser un criterio tan reiterado como conteste- que el Tribunal de anulación ha de fiscalizar, *desde la perspectiva del control del orden público* , la fundamentación, en general, y la ponderación probatoria, en particular, contenidas en el Laudo que pudieran lesionar el art. 24.1 CE .

No está de más recordar, al respecto, cómo el Tribunal Constitucional ha reiterado que " *el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE protege y garantiza la eficacia de la cosa juzgada material, tanto en su aspecto negativo o excluyente de nuevos pronunciamientos judiciales con idéntico objeto procesal al ya resuelto en Sentencia firme, como en su aspecto positivo o prejudicial, impidiendo que los Tribunales, en un proceso seguido entre los mismos sujetos, puedan desconocer o contradecir las situaciones jurídicas declaradas o reconocidas en una Sentencia que haya adquirido firmeza. Ahora bien, la determinación del alcance que quepa atribuir a la cosa juzgada constituye una cuestión que corresponde a la estricta competencia de los órganos judiciales, por lo que sus decisiones en esta materia sólo son revisables en sede constitucional si resultan incongruentes, arbitrarias o irrazonables (entre otras, STC 226/2002, de 9 de diciembre , FJ 5)* " - ***STC 8/2014*** , de 27 de enero , FJ 5).

O, como señala la ***STC 121/2013*** , de 20 de mayo (FJ 3) -citada por la demandante-, " *no está en discusión en este proceso la adecuación constitucional de la institución de la cosa juzgada material, cuyo respeto forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva y que sirve a la seguridad jurídica* (por todas STC 62/2010, de 18 de octubre)". Sentencia, la 121/2013 , que insiste en que el control de la lesión del art. 24.1 CE -que en este caso lleva aparejada la correlativa lesión del orden público como causa de anulación del Laudo-

consiste en verificar " *si al apreciar la existencia de cosa juzgada se rebasó el límite impuesto por la irrazonabilidad, la arbitrariedad y el error patente (* SSTC 135/2002, de 3 de junio , 242/1992, de 21 de diciembre, FJ 3 ; 92/1993, de 15 de marzo, FJ 3 ; 135/1994, de 9 de mayo, FJ 2 ; 43/1998, de 24 de febrero , FJ 4)".

Con la misma doctrina, más recientemente -en referencia a la indebida apreciación de la litispendencia como institución ancilar de la cosa juzgada material y con infracción también del derecho de acceso a la Jurisdicción-, cfr. ***SSTC 4/2017*** , de 16 de enero (FJ 4), que menciona también " *la falta de proporcionalidad* " como elemento relevante para apreciar la lesión constitucional de una eventual denegación de justicia (asimismo, ***SSTC 49/2016 , 148/2016 , 206/2016 , 207/2016 , 208/2016 , 209/2016 , 210/2016 , 221/2016 , 223/2016 y 3/2017***).

La delimitación de si en el caso concurre desproporción, arbitrariedad, sinrazón o yerro patente en la estimación por el Laudo impugnado de la excepción de cosa juzgada material -función negativa-, pasa, de ordinario, por considerar algunos postulados normativos y jurisprudenciales elementales en la materia.

El artículo 222 LEC , al tratar de la cosa juzgada en sentido material, fija cuáles son los requisitos necesarios para que pueda apreciarse. Se requiere que se trate de un ulterior proceso con objeto idéntico al anterior (apartado 1), es decir, que entre ambos exista identidad de sujetos, de pretensiones y de causa de pedir; en el bien entendido de que « *se considerarán hechos nuevos y distintos, en relación con el fundamento de las referidas pretensiones, los posteriores a la completa preclusión de los actos de alegación en el proceso en que aquéllas se formularen* » (art. 222.2.2º inciso LEC)... Por eso la Ley y la jurisprudencia excluyen 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), aun cuando la relación jurídica litigiosa sea la misma, como por ejemplo cuando la nueva pretensión se funda en el incumplimiento de contrario de lo resuelto al respecto en una previa Sentencia (FJ 4 ***STS 744/2016*** , de 21 de diciembre, roj STS 5660/2016).

Partiendo del concepto asentado de *causa de pedir* , " *como hechos constitutivos con relevancia jurídica que sirvan de fundamento a la petición y que delimitan, individualizan e identifican la pretensión procesal* ", ha destacado la Sala Primera, por ejemplo, cómo la reclamación cuantitativamente diferente en un segundo proceso respecto del primero, " *para nada afecta o altera la relación de identidad de la cuestión planteada si se traduce, únicamente, en una mera actualización de las rentas* (o cantidades) *reclamadas* " (FJ 4, ***STS 539/2014*** , de 14 de enero de 2015, roj STS 125/2015).

De un modo general, la Sala Primera, siguiendo la ***STS nº 853/2004*** , de 15 de julio -roj STS 5214/2004 -, con invocación de las SSTS de 10 de junio de 2002 y 31 de diciembre de 2002 , viene reiterando sus directrices jurisprudenciales en esta materia en los siguientes términos (v.gr., de sus ***Sentencias 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 6795/2012:

"A) La intrínseca entidad material de una acción permanece intacta sean cuales fueren las modalidades extrínsecas adoptadas para su formal articulación procesal (SSTS 11-3-85 y 25-5-95).

B) 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).

C) La identidad de causa de pedir concurre en aquellos supuestos en que se produce una perfecta igualdad en las circunstancias determinantes del derecho reclamado y de su exigibilidad, que sirven de fundamento y apoyo a la nueva acción (STS 27-10-00).

D) No desaparece la consecuencia negativa de la cosa juzgada cuando, mediante el segundo pleito, se han querido suplir o subsanar los errores alegatorios o de prueba acaecidos en el primero, porque no es correcto procesalmente plantear de nuevo la misma pretensión cuando antes se omitieron pedimentos, o no pudieron demostrarse o el juzgador no los atendió (SSTS 30-7-96 , 3-5-00 y 27-10-00) .

E) La cosa juzgada se extiende incluso a cuestiones no juzgadas, en cuanto no deducidas expresamente en el proceso, pero que resultan cubiertas igualmente por la cosa juzgada impidiendo su reproducción en ulterior proceso, cual sucede con peticiones complementarias de otra principal u otras cuestiones deducibles y no deducidas, como una indemnización de daños no solicitada, siempre que entre ellas y el objeto principal del pleito exista un profundo enlace, pues el mantenimiento en el tiempo de la incertidumbre litigiosa, después de una demanda donde objetiva y causalmente el actor pudo hacer valer todos los pedimentos que tenía contra el demandado, quiebra las garantías jurídicas del amenazado (SSTS 28-2-91 y 30-7-96), postulados en gran medida incorporados explícitamente ahora al art. 400 de la nueva LEC .

F) El juicio sobre la concurrencia o no de la cosa juzgada ha de inferirse de la relación jurídica controvertida, comparando lo resuelto en el primer pleito con lo pretendido en el segundo (SSTS 3-4-90 , 31-3-92 , 25-5-95 y 30-7-96)".

O, como recuerda la ***STS, 1ª, 34/2016, de 4 de febrero*** (roj STS 328/2016) -que hemos citado en nuestra Sentencia 74/2016, de 1 de diciembre, roj STSJ M 13750/2016):

"la jurisprudencia ha declarado reiteradamente que el efecto de cosa juzgada material de las sentencias firmes corresponde a la esfera del Derecho Público, por cuanto afecta a la seguridad jurídica e incluso al prestigio de los órganos jurisdiccionales (por todas, Sentencia de esta Sala de 12 de julio de 2003). De ahí, que, cuando la correspondiente excepción sea alegada, se haga preciso proceder a una rigurosa comprobación acerca de la existencia de semejanza real entre la sentencia pronunciada en anterior proceso y las pretensiones que se han ejercitado en el presente, pues -como ha afirmado el Tribunal Constitucional- la mera posibilidad de que se produzcan sentencias firmes discrepantes y opuestas entre sí supondría la quiebra del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. Desde el punto de vista legislativo, el artículo 222.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil establece que "la cosa juzgada de las sentencias firmes, sean estimatorias o desestimatorias, excluirá, conforme a la ley, un ulterior proceso cuyo objeto sea idéntico al del proceso en que aquélla se produjo". Añadiendo el párrafo segundo del apartado segundo del propio precepto que "se considerarán hechos nuevos y distintos, en relación con el fundamento de las referidas pretensiones, los posteriores a la completa preclusión de los actos de alegación en el proceso en que aquéllas se formularen". Indiscutida la identidad subjetiva, debe examinarse si concurre la identidad objetiva. Respecto de la identidad de causa de pedir y de objeto, debe tenerse presente lo dispuesto en el artículo 400.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil ("cuando lo que se pida en la demanda pueda fundarse en diferentes hechos o distintos fundamentos o títulos jurídicos, habrán de aducirse en ella cuantos resulten conocidos o puedan invocarse al tiempo de interponerla, sin que sea admisible reservar su alegación

para un proceso ulterior ; ... a efectos de litispendencia y de cosa juzgada, los hechos y los fundamentos jurídicos aducidos en un litigio se considerarán los mismos que los alegados en otro juicio anterior si hubiesen podido alegarse en éste"). Precepto que ha venido a dar carta de naturaleza legislativa a la máxima según la cual la cosa juzgada cubre lo deducido y lo que se hubiere podido deducir, porque la sentencia pasada en cosa juzgada "precluye" la posibilidad de una demanda en un nuevo proceso para plantear nuevos argumentos que habrían podido ser planteados al juez en el anterior litigio, siempre -se entiendedentro de los límites objetivos de la acción ejercitada (esto es, el mismo petitum y la misma causa petendi). Ahora bien, dicha máxima no puede tener unos efectos absolutos, puesto que, como advierte la jurisprudencia, no es aplicable cuando el primer proceso no puede abarcar todas las contingencias posibles o cuando surgen cuestiones nuevas. Así, la Sentencia de esta Sala de 20 de abril de 1988 dice textualmente: «En efecto, en puridad de doctrina, los ordenamientos jurídicos prefieren el efecto preclusivo de la res iudicata como mal menor y que cuenta a su favor con el principio de seguridad jurídica; pero un elemental principio de justicia obliga a matizar el anterior principio y a establecer como regla de excepción aquella que predica que no es aplicable la cosa juzgada cuando en el primer proceso no se hubieren agotado todas las posibilidades fácticas y jurídicas del caso o haya surgido algún elemento posterior e imprevisto y extraño en la sentencia. Es decir, el efecto preclusivo se da cuando el proceso terminado haya sido susceptible jurídicamente de un agotamiento del caso. En consecuencia, no existe cuando no se dé esa posibilidad y el proceso posterior que complementa el anterior no vulnera el principio non bis in idem»

Ahora bien, ninguno de los extremos puestos de manifiesto en la precedente doctrina jurisprudencial es analizado por el recurrente, quien, como hemos señalado, invoca su indefensión y el error patente y la arbitrariedad de la desestimación de la cosa juzgada material por el momento - *localización* - en que el Tribunal Arbitral analiza y resuelve sobre la cosa juzgada en el Laudo Final. Pocas veces es de apreciar con tal claridad una queja de indefensión tan " *puramente formal* ", en locución del Tribunal Constitucional, como la que ahora contemplamos. Aun en la hipótesis de que el Tribunal Arbitral hubiese debido confrontar los objetos procesales del primer y segundo arbitraje en un momento anterior de su Laudo Final, ni se alega ni se acierta a comprender en qué ha podido padecer " *el ejercicio efectivo del derecho de defensa* " -en expresión del FJ 2º.C **STC 85/2017, de 3 de julio** - de la demandante por tal circunstancia. ¿En qué se vio privada de alegar y/o de probar acerca de la excepción planteada?

Los argumentos del Laudo para desestimar la excepción de cosa juzgada no es que no sean rebatidos, es que ni siquiera son mencionados para intentar explicar la sinrazón, arbitrariedad o error patente que justificaría la eventual infracción del orden público en el pronunciamiento desestimatorio de la excepción.

Pero es que, además, examinando esos razonamiento del Laudo -carga a la que no tendría por qué subvenir este Tribunal ante tamaño déficit argumentativo por el actor-, la Sala no puede menos de constatar la cumplida y detallada motivación al respecto que ha efectuado el Colegio Arbitral.

El Laudo analiza la pretensión declarativa del segundo arbitraje -resolución contractual- y razona, sin sombra de arbitrariedad, cómo la causa de pedir del segundo arbitraje -en relación con esta pretensión declarativa- se funda en hechos posteriores al primer laudo -§§ 232/234- " *por lo que nunca podría existir identidad de objeto* ".

En cuanto a la pretensión condenatoria, explica el Laudo Final -insistimos, sin refutación de ninguna clase- cómo en el primer arbitraje la petición reconvencional de daños y perjuicios de C28 (CALIDRIS) provenía del incumplimiento de la cláusula 5.8 del Contrato de

Distribución atribuida a VARMA -que la obligaba a adquirir como mínimo el 80% del volumen de compras anual pactado en el Anexo I.1-, incumplimiento que se habría verificado durante la primera anualidad de la vigencia contractual; por el contrario, en el segundo arbitraje, C28, como actora, planteó una solicitud de indemnización cuya causa de pedir era la resolución contractual que no derivaba del incumplimiento por VARMA de la compra de las latas pactadas en un año concreto, " *sino de su voluntad manifiestamente rebelde al cumplimiento futuro y a su abandono del Contrato de Distribución"* , recordando el Laudo cómo en fundamentos anteriores ya ha explicado que CALIDRIS ESPAÑA ha calculado la indemnización requerida " *en base a una estimación del lucro que hubiera obtenido en las anualidades segunda a quinta, con expresa exclusión de la primera anualidad* " (§§ 235-248).

Por último, el Laudo analiza -§§ 250 a 254- por qué no estima el *contra-argumento* de VARMA de que una acción resolutoria estaría vedada cuando previamente se había ejercido una acción por incumplimiento, sobre la base, plenamente razonable -ajena a cualquier idea de arbitrariedad-, de la diversidad de hechos en que se fundan una y otra acción, que tienen que ver con la gravedad y/o imposibilidad del incumplimiento que cualifica la causa de pedir en la acción resolutoria frente a la de mero cumplimiento, así como con la diversidad fáctica en que se sustentan una y otra.

El motivo es desestimado.

TERCERO .- En segundo término, la actora, de nuevo al amparo del art. 41.1.f) LA, denuncia "error patente y arbitrariedad al considerar probado y cierto el Tribunal Arbitral el punto de partida del Informe Pericial de fecha 31 de diciembre de 2016 - doc. nº 6- emitido por KPMG, único informe en que se sustentaría el Laudo: el Tribunal Arbitral habría reputado como probada, con error patente, la premisa de la consistencia de que partía el Informe de KPMG -pág. 9, tercer párrafo: " *el beneficio o ganancia dejada de percibir debe tener consistencia con los obtenidos en periodos anteriores* "-, cuando lo cierto sería que CALIDRIS no habría obtenido beneficios ni antes ni después de la resolución del contrato con VARMA, según se seguiría del Dictamen emitido por el Perito de VARMA D. Mario - ***doc. nº 7*** . El Laudo contravendría, además, lo declarado en el Laudo de 20.12.2015, "pues, de no existir aplicabilidad automática de la cláusula penal, lo cierto es que CALIDRIS *no habría obtenido en el primer año de vigencia del contrato de distribución beneficio alguno* ", lo que, según la actora, " *constituye una realidad objetiva y no una estimación* ".

Niega la demandada, el error que se denuncia sobre la interpretación que efectúa el Tribunal Arbitral del informe pericial de KPMG, que tacha de mera e interesada discrepancia con la valoración cabal de la prueba que contiene el Laudo: el Tribunal Arbitral habría respetado el " *criterio de la consistencia* ", analizando los dos informes periciales -también el del Sr. Mario .

Parámetros de enjuiciamiento sobre la infracción del orden público [art. 41.1.f) LA]: "control de fondo" en la acción de anulación y deberes de motivación del árbitro: especial consideración de la arbitraria e ilógica valoración de la prueba.

Dejamos constancia, en primer lugar, de que, como tantas veces se ha dicho -entre muchas, en nuestras Sentencias 13/2015 , 27/2015 , 30/2015 , 31/2015 y 74/2015 -, la acción de anulación no configura una nueva instancia, como si este Tribunal estuviese habilitado por la ley para revisar, con plenitud de jurisdicción, el juicio de hecho y la aplicación del Derecho efectuados por los árbitros al laudar.

En tal sentido, v.gr., las Sentencias de esta Sala de 24 de junio de 2014 (rec. n º 70/2013) y de 5 de noviembre de 2013 (rec. nº 14/2013), cuando dicen (FFJJ 8 y 4, respectivamente):

"Como ha puesto de manifiesto esta Sala desde la sentencia de 3 de febrero de 2012 , la acción de anulación de laudo arbitral diseñada en la Ley de Arbitraje no permite a la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia, a la que ahora se atribuye la competencia para el conocimiento de este proceso, reexaminar las cuestiones debatidas en el procedimiento arbitral. La limitación de las causas de anulación del laudo arbitral a las estrictamente previstas en el artículo 41 de esa Ley de Arbitraje , restringe la intervención judicial en este ámbito a determinar si en el procedimiento y la resolución arbitrales se cumplieron las debidas garantías procesales, si el laudo se ajustó a los límites marcados en el convenio arbitral, si éste carece de validez o si la decisión arbitral invade cuestiones no susceptibles de arbitraje. Así lo indica con claridad la Exposición de Motivos de la Ley 60/2003 cuando precisa que "los motivos de anulación del laudo han de ser tasados y no han de permitir, ***como regla general*** , una revisión del fondo de la decisión de los árbitros...". "La esencia del arbitraje y el convenio arbitral, en cuanto expresa la voluntad de las partes de sustraerse a la actuación del poder judicial, determinan - como destaca la sentencia del Tribunal Supremo de del 22 de Junio del 2009 (ROJ: STS 5722/2009)- que la intervención judicial en el arbitraje tenga carácter de control extraordinario cuando no se trata de funciones de asistencia, pues la acción de anulación, de carácter limitado a determinados supuestos, es suficiente para la satisfacción del derecho a la tutela judicial efectiva, en su modalidad de acceso a los tribunales (SSTC 9/2005 , y 761/1996 y 13/1927) y, según la jurisprudencia esta Sala, tiene como objeto dejar sin efecto lo que pueda constituir un exceso del laudo arbitral, pero no corregir sus deficiencias u omisiones (SSTS 17 de marzo de 1988 , 28 de noviembre de 1988 , 7 de junio de 1990)".

Ahora bien; una cosa es lo que antecede y otra, totalmente distinta, la tesis de que la Sala de anulación en ningún caso puede revisar el fondo de la controversia y/o de la argumentación del Laudo. Ni legal ni dogmáticamente se puede mantener tal postulado con el debido fundamento.

Evidentemente que " *la acción de anulación* " no abre una segunda instancia, un " *novum iudicium* " en el que se pueda revisar sin limitaciones, con " *plenitud de jurisdicción* " -en locución del TEDH-, el juicio de hecho y el razonamiento de Derecho efectuado por el tribunal arbitral. Tampoco se puede identificar la acción de anulación, como antaño el recurso de tal nombre, con una suerte de casación donde se podía analizar, como motivo de revisión del laudo, la infracción de ley y/o de doctrina jurisprudencial (Ley de Arbitraje de 1953)...

Pero de ahí a afirmar, del modo general y categórico con que a veces se hace, la exclusión de todo análisis del fondo de la controversia va un abismo... A modo de ejemplo, se postula, sin distingos ni matices, que el Tribunal que conoce de la acción de anulación no puede revisar la valoración de la prueba efectuada por el árbitro en contra de conteste doctrina del TC y de la Sala Primera del TS que identifica los supuestos, que no son pocos, en que una determinada valoración de la prueba lesiona el art. 24.1 CE .

Repárese en que la Exposición de Motivos de la LA excluye, "*como regla general* ", que la acción de anulación se convierta en una revisión del fondo de la decisión de los árbitros; es más, se suele identificar tal concepto -revisión del fondo de la decisión- con cualquier cuestión que, directa o lateralmente, concierna al fondo de la controversia, cuando conceptualmente son cuestiones del todo discernibles.

Pero a lo que importa: la Sala pone de relieve que esa "regla general" de que habla la E. de M. de la LA tiene excepciones, algunas incontrovertidas en el ámbito, por ejemplo, del análisis de la arbitrabilidad de la materia -de inmediato lo veremos- , que, sin embargo, son incomprensible y contradictoriamente negadas, cuando tal excepción a la regla general se pondera y se aprecia como posible infracción del orden público.

De nuevo a modo de ejemplo: ¿qué tiene que hacer, *ope legis* , un Tribunal de anulación cuando examina si la controversia es arbitrable por recaer sobre materias de libre disposición? No puede dejar de examinar la naturaleza disponible, o no, de la materia controvertida, su régimen jurídico... Lo hemos dicho con toda claridad en la S. 45/2015, de 13 de julio: " *decidir si una materia es disponible, o no, exige, sin lugar a dudas, analizar su régimen jurídico, la naturaleza de las normas reguladoras, los intereses públicos o privados en juego -trascendiendo incluso las circunstancias del caso concreto...* ".

Ese análisis concierne, por definición, al fondo de la controversia, a su regulación sustantiva. Y aquí, sobre la base del principio del *favor arbitrandi* existe una general anuencia en que una materia puede ser arbitrable pese a que en su ordenación aparezcan normas inequívocamente imperativas; ahora bien, en contrapartida, no se discute -hablando de arbitrabilidad- ***el correlativo deber del árbitro de aplicar las normas imperativas que regulen tales o cuales aspectos de la materia que se dice arbitrable, pues, en caso contrario, el tribunal arbitral infringiría el orden público incurriendo el laudo en causa de anulación*** .

En total congruencia con esta línea de pensamiento se ha manifestado este Tribunal repetidas veces, v.gr., en estos o parecidos términos: "no pocas materias son disponibles, perfectamente susceptibles de arbitraje, pese a que aspectos de su ordenación estén regulados por normas imperativas, *lo que no excusa el deber de los árbitros de aplicar dichas normas, so pena de infringir el orden público* -v.gr., por todas, las Sentencias de esta Sala nº 23/2015, de 24 de marzo (ROJ STSJ M 3275/2015) y 56/2015, de 13 de julio -FJ 3.B- (ROJ STSJ M 8881/2015).

De lo que venimos diciendo -y de lo transcrito- se sigue con igual claridad que el concepto de orden público no se limita a la infracción de derechos fundamentales y/o de garantías de índole procesal, ni en las normas internacionales (Ley Modelo Uncitral o Convenio de Nueva York) ni en las internas que son trasunto de aquellas; criterio que deriva de una exégesis lógica de tales normas legales y convencionales, por lo demás asumida por la Jurisprudencia patria, que siempre ha hablado - lo habremos de reiterar- de que "por orden público han de estimarse aquel conjunto de principios, normas rectoras generales y derechos fundamentales constitucionalizados en el Ordenamiento Jurídico español, siendo sus normas jurídicas básicas e inderogables por la voluntad de las partes, *tanto en lo social como en lo económico* (Sentencia del Tribunal Constitucional, 3 Sala 2ª, nº 54/1989, de 23-2)" [recientemente, S. de esta Sala 58/2015, de 21 de julio, FJ 2, ROJ STSJ M 8994/2015].

Por lo expuesto -y por lo que se dirá- la Sala no puede compartir que, en una simplificación extrema y carente de justificación, se pretenda asimilar la infracción del orden público, como motivo de anulación del laudo, a la mera comisión de una suerte de "error patente" -apreciable sin necesidad de elucubración alguna-; o que, como a veces se ha propugnado, se aduzca a favor de la inexistencia de infracción del orden público que el Tribunal enjuiciador haya de efectuar argumentaciones complejas para su apreciación.

Viene a cuento aquí reseñar -sin pretensión de exhaustividad-l *os más elementales deberes de motivación* , cuya infracción *constituiría por sí sola una vulneración del art. 24.1 CE* , tal y como aparecen identificados, con especial claridad, por todos, en el Fundamento Jurídico 3

de la emblemática *STC 147/1999 -emblemática porque consagra una línea jurisprudencial conteste hasta la fecha, v.gr.,* ***STC 178/2014*** , de 3 de noviembre *, FJ 3-* , cuando dice:

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

En idéntico sentido, las síntesis que de su doctrina hace el Tribunal Constitucional en su ***S. 101/2015*** , de 25 de mayo (FJ 4), en la que, con cita de la STC 102/2014, de 23 de junio (FJ 3), afirma lo siguiente:

"Este Tribunal viene expresando reiteradamente que la motivación se integra en el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE y consiste en la expresión de los criterios esenciales de la decisión o, lo que es lo mismo, su ratio decidendi (SSTC 119/2003, de 16 junio ; 75/2005, de 4 abril , y 60/2008, de 26 mayo), por lo que se produce infracción constitucional cuando no hay motivación -por carencia total-, o es insuficiente, pues está desprovista de razonabilidad, desconectada con la realidad de lo actuado. Del mismo modo, hemos afirmado que 'la arbitrariedad e irrazonabilidad se producen cuando la motivación es una mera apariencia. Son arbitrarias o irrazonables las resoluciones carentes de razón, dictadas por puro capricho, huérfanas de razones formales o materiales y que, por tanto, resultan mera expresión de voluntad (STC 215/2006, de 3 de julio), o, cuando, aún constatada la existencia formal de la argumentación, el resultado resulte fruto del mero voluntarismo judicial, o exponente de un proceso deductivo irracional o absurdo (STC 248/2006, de 24 de julio)'.

O, como reitera la más reciente ***STC 263/2015*** , de 14 de diciembre , en su FJ 3:

Es obligado recordar que aun cuando los derechos y garantías previstos en el art. 24 CE ni garantizan la justicia de la decisión o la corrección jurídica de la actuación o interpretación llevada a cabo por los órganos judiciales comunes , pues no existe un derecho al acierto , ni tampoco aseguran la satisfacción de la pretensión de ninguna de las partes del proceso , lo que en todo caso sí aseguran es el derecho a que las pretensiones se desenvuelvan y conozcan en el proceso establecido al efecto, con observancia de las garantías constitucionales que permitan el derecho de defensa, y a que finalice con una resolución fundada en Derecho, la cual podrá ser favorable o adversa a las pretensiones ejercitadas (STC 173/2002, de 9 de octubre , FJ 8). El artículo 24 de la Constitución impone a los órganos judiciales la obligación de dictar resoluciones fundadas en Derecho, no pudiendo considerarse cumplida esta exigencia con la mera emisión de una declaración de voluntad en un sentido u otro, sino que debe ser consecuencia de una exégesis racional del ordenamiento y no fruto de la arbitrariedad. No basta, pues, con obtener una respuesta motivada, sino que, además, ésta ha de tener contenido jurídico y no resultar arbitraria. Y una resolución judicial puede tacharse de arbitraria cuando, aun constatada la existencia formal de una argumentación, la misma no es expresión de la administración de justicia sino simple apariencia de la misma por ser fruto de un mero voluntarismo judicial o

expresar un proceso deductivo irracional o absurdo (SSTC 148/1994, de 12 de mayo, FJ 4 ; 244/1994, de 15 de septiembre, FJ 2 ; 54/1997, de 17 de marzo, FJ 3 ; 160/1997, de 2 de octubre, FJ 7 , y 173/2002, de 9 de octubre , FJ 6).

Así pues, el análisis del motivo de nulidad ahora considerado 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, esta Sala sí ha declarado con reiteración que del ámbito limitado de la acción de anulación no se sigue que el Tribunal no pueda examinar la racionalidad de la valoración probatoria desde la perspectiva de la infracción del orden público.

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 la tutela judicial efectiva*** *(SSTS de 20 de junio de 2006 , 17 de julio de 2006), bien la infracción de una norma concreta de prueba que haya sido vulnerada por el juzgador (SSTS de 16 de marzo de 2001 , 10 de julio de 2000 , 21 de abril y 9 de mayo de 2005 , entre otras).*

[...]

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

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

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

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

En estos o parecidos términos, 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 "concurre error patente en aquellos supuestos en que las resoluciones judiciales parten de un presupuesto fáctico que se manifiesta erróneo a la luz de un medio de prueba incorporado válidamente a las actuaciones cuyo contenido no hubiera sido tomado en consideración".

Aplicación al caso.

A modo de conclusión anticipada: ninguna de las circunstancias expuestas en el apartado precedente concurre en el presente supuesto. VARMA no hace sino discrepar de una valoración probatoria razonable y cabal; y lo hace simplificando cuando no ignorando la argumentación del Laudo -contemplando sesgada y parcialmente la ponderación del conjunto del acervo probatorio que con el debido detalle se contiene en el mismo-, sin evidenciar que su motivación incurra en arbitrariedad, error patente, infracción de una regla de valoración o de carga de la prueba, en inferencia que contravenga las reglas de la lógica, etcétera.

No discutido el incumplimiento de VARMA que da lugar a la resolución del Contrato de Distribución, para la cuantificación del lucro cesante el Tribunal Arbitral analiza cumplidamente *tanto los alegatos de ambas partes como sus respectivas periciales* (§§ 130 a 192). Ante todo, reputa " *carente de toda lógica* " el alegato de VARMA de que de haber verificado el cumplimiento del Contrato CALIDRIS ESPAÑA no hubiera podido obtener beneficio alguno (§ 134); también analiza, para descartarlo, el argumento de que VARMA aduce haber sufrido un perjuicio muy superior al de CALIDRIS, cuando pregunta a la allí demandada, VARMA, si está efectuando una pretensión reconvencional y ésta lo niega, poniendo de relieve el Tribunal Arbitral que VARMA no ha identificado los incumplimientos de CALIDRIS ni su relación causal con los perjuicios que dice producidos (§ 135), *raciocinio no cuestionado en la demanda de anulación* .

Por lo que concierne a la ponderación del acervo probatorio, de entrada, hemos de recordar, como inconcuso, que el deber de motivar la prueba no exige dar cuenta explícita de por qué se descarta cada uno de los elementos de prueba que no es tomado en consideración para formar la convicción sobre los hechos. Sin embargo, *in casu* , el Tribunal Arbitral sí ha explicado detenidamente por qué rechaza las críticas contenidas al cálculo del lucro cesante en la pericia aportada por C28 (§ 163): y ha analizado la *premisa de la consistencia* aceptando la dificultad -puesta de manifiesto por la pericia de la demandada- que entraña estimar lo que habría podido ocurrir, en términos de probabilidad -como exige la determinación del lucro cesante-, en una alternativa paralela a la realidad, en la que VARMA alimentación hubiera cumplido el Contrato (§ 162), pero no sin destacar que rechaza una de las críticas del Informe del Sr. Mario " *porque la proyección de ventas futuras de CALIDRIS ESPAÑA que realiza KPMG está, precisamente, basada en las*

compras reales (no las pactadas) de VARMA ALIMENTACIÓN y éstas han de asemejarse a las cifras de ventas ". Postulado en absoluto incompatible con las máximas de la experiencia y las reglas de la lógica que han de informar la valoración probatoria.

A partir de aquí, el Tribunal Arbitral analiza el Informe de KPMG sobre la revisión de ventas proyectadas determinando los crecimientos a futuro -anualidad a anualidad- en consideración al porcentaje de crecimiento del Contrato de Distribución, al porcentaje de crecimiento de otros Contratos de Distribución de Calidris en otros países -acudiendo a los más similares a España, como el de Serbia/Montenegro (§ 180) y al porcentaje de crecimiento de las bebidas energéticas en España (§§ 167, 181-186); asimismo atiende el Tribunal Arbitral a la propia proyección que hizo Varma Alimentación en marzo de 2013 del volumen de compras de marzo a diciembre de 2013, así como a las ventas reales del primer año del Contrato, si bien en este último caso no a efectos de determinar el lucro cesante de la primera anualidad, no reclamado, sino al efecto de precisar las ventas futuras y el lucro cesante de siguientes anualidades (§§ 167, 168 y 173). El Colegio Arbitral enfatiza incluso la sustancial coincidencia entre las previsiones de KPMG y la cifra de compras que VARMA estimaba como factible en una determinada anualidad (§ 177)... Respecto de la cuarta y quinta anualidades, el Tribunal arbitral asume un "planteamiento conservador", dado que el mercado español para 2014 ya indicaba una cierta convergencia hacia el crecimiento nulo y, de acuerdo con el informe de KPMG, opta por mantener las ventas estables en esos dos años (§§ 187 y 188).

En suma: ante una argumentación como la aquí sucintamente reseñada en absoluto es de apreciar, y mucho menos del modo palmario o manifiesto con que la doctrina constitucional lo exige, la presencia de error patente, ni de quiebra de las reglas de la lógica en la valoración de la prueba que efectúa el Laudo, que, en consecuencia, no puede ser anulado por tal motivo -infracción del orden público con contravención del art. 24.1 CE .

El motivo es desestimado.

CUARTO .- Acto seguido, invoca la demanda de anulación que el Laudo Final vulnera los principios de legalidad y jerarquía normativa, la interdicción de la arbitrariedad (art. 9.3 CE) y el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), conectado con el deber de atenerse al sistema de fuentes establecido (art. 1.7 CC). Tal alegato -subsumible una vez más, por razón de los preceptos que se dicen infringidos, en la infracción del orden público- se funda en que el Tribunal Arbitral condena a indemnizar un lucro cesante sin la debida fundamentación, "en clara contravención con lo establecido unánimemente por la doctrina del Tribunal Supremo", al haber reputado como tal lo que no serían sino meras expectativas o esperanzas de beneficios -dudosos y contingentes- y no el beneficio neto acreditado y probable o verdadera ganancia que se deja de obtener...

A ello opone la demandada que el Laudo sí ha tenido en cuenta la doctrina de la Sala Primera, que rechazó expresamente el alegato de que CALIDRIS -C-28- no hubiera podido obtener beneficio alguno del fiel cumplimiento del contrato, que atendió al criterio de la previsibilidad en la determinación de los daños irrogados con especial fundamento en la declaración de Dª Reyes -firmante del informe de KPMG, quien depuso durante más de una hora-, y en las proyecciones de ventas sobre anualidades sucesivas en España y en otros países de nuestro entorno...

Ciertamente, esta Sala ha afirmado en alguna ocasión que " *no resulta descartable -y así se afirma en la doctrina constitucional expuesta- que quepa anular una Sentencia o un Laudo por infracción del orden público al ignorar una doctrina jurisprudencial consolidada, si bien ello dependerá de las circunstancias del caso* " - ***FJ 3º.3 S. 61/2017, de 31 de***

octubre, en autos de anulación 37/2017, roj STSJ M 11931/2017-: afirmación hecha en referencia explícita al principio de seguridad jurídica - art. 9.3 CE - y ante la realidad de que, " *aunque la doctrina jurisprudencial no es fuente del Derecho en sentido formal - art. 1.6 CC -, sí es completamente cierto que nuestro Ordenamiento ha evolucionado hacia un entendimiento cada vez más acusado de su efecto vinculante sobre los tribunales funcionalmente inferiores -v.gr., STC 37/2012, de 19 de marzo , FJ 7º-, con declaración incluso de vulneración del art. 24.1 CE en determinados casos: v.gr., no está de más traer a colación -además del supuesto analizado por la* ***STC 37/2012*** *-, cómo la propia doctrina del Tribunal Constitucional -con los requisitos que en ella se contienen- anuda la lesión del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE a la ignorancia de postulados claros bien de la normativa de la Unión -principio de primacía en conexión con el de eficacia directa-, bien de la jurisprudencia conteste del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (* ***SSTC 232/2015 , 148/2016 , 206/2016 , 207/2016 , 208/2016 , 209/2016 , 218/2016 , 221/2016 , 223/2016 , 3/2017 y 4/2017*** *). Y ello por no hablar, de nuevo a título de ejemplo, de lo expresamente dispuesto en el art. 5.1 LOPJ respecto de la doctrina del Tribunal Constitucional, y del hecho de que la manifiesta negativa al deber de acatamiento de dicha doctrina por los tribunales confiera especial trascendencia constitucional al recurso de amparo (STC 155/2009)" -FJ 3º in limine de la precitada* ***Sentencia 61/2017*** en autos de anulación de Laudo arbitral nº 37/2017 *.*

Ahora bien; en las circunstancias del presente caso, por lo ya dicho en el fundamento precedente y por la propia motivación de la demanda de anulación resulta evidente de toda evidencia que el motivo no puede prosperar. En lo que no es sino tónica general de la demanda, aun cuando cita, sí, alguna doctrina jurisprudencial sobre el concepto, requisitos y prueba del lucro cesante, no se argumenta con una mínima consistencia -y mucho menos se evidencia, como exigiría la estimación del motivo- que el Laudo impugnado haya infringido clara e incontestablemente una doctrina jurisprudencial consolidada, cuya inobservancia pueda incidir, de algún modo, en la quiebra de los arts. 9.3 y 24.1 CE o de cualquier otro derecho o principio subsumible en la noción de orden público.

Como queda dicho, la demanda en este punto se limita a reiterar su discrepancia con la valoración de la prueba ya analizada y desechada en su virtualidad anulatoria en el motivo precedente: indica la actora que el Tribunal Arbitral solo analizó el Informe de KPMG sin justificar que el lucro cesante trascendiese de la mera expectativa-; sin embargo, acto seguido dice que no es tal falta de rigor -insistimos, ya descartada por esta Sala- la que la lleva a interponer el recurso; reseña la doctrina jurisprudencial y añade tan solo, a renglón seguido de mencionar que los ingresos no percibidos han de ser ciertos y probados, su estimación de que el lucro cesante no ha sido apreciado por el Colegio Aribtral " *en consistencia con los beneficios obtenidos en periodos anteriores* ", tal y como demandan las pericias de D. Mario y de la propia KPMG.

El motivo es desestimado.

QUINTO .- Finalmente, la demanda denuncia "incongruencia por exceso" en el Laudo que complementa el Laudo final al estimar la pretensión de C28 de que se integre la omisión de pronunciamiento consistente en no haberse pronunciado el Tribunal Arbitral sobre los intereses legales devengados por la cantidad a que condena en concepto de lucro cesante: en concreto se refiere a los intereses vencidos antes de la presentación de la demanda arbitral -estos sí expresamente reclamados: los generados entre el 1 de agosto de 2013 y el 31 de diciembre de 2016

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 -además de lo ya dicho supra sobre el ámbito admisible de la acción de anulación-.

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).

En definitiva: la fijación del objeto del arbitraje no exige, ni muchísimo menos, la precisión del suplico de una demanda, ni tiene los límites temporales para su determinación previstos en la LEC (v.gr., art. 401), de ahí 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. A este cometido alude una reiterada jurisprudencia -particularmente flexible 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 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 fundamentadores, 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 reiteradamente 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 racionalmente 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 recordado supra -" *hechos constitutivos con relevancia jurídica que sirvan de fundamento a la petición y que delimitan, individualizan e identifican la pretensión procesal* "-; cierto es, sobre este particular, que la Sala Primera 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 la propia causa de pedir -cfr., v.gr., FJ 9º ***STS 474/2010, de 22 de julio*** , roj STS 4533/2010 -, y con mayor en el seno del arbitraje, dadas sus singulares características. Conclusión tanto más coherente si se tiene en cuenta que, *de lege lata* , no reviste ya la menor duda 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).

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., , entre muchas, 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).

A la luz de estas consideraciones el Tribunal juzga evidente que la parte dispositiva del Laudo de Complemento no incurre en incongruencia alguna por *exceso -ni extra ni ultra petitum-* , ni ha generado indefensión para la parte afectada por sus pronunciamientos.

El Tribunal arbitral examina, sobre la base de lo actuado, " *si el pago de intereses devengados entre el 1 de agosto de 2013 y el 31 de diciembre de 2016* -pronunciamiento que C28 solicita integre el Laudo Final- *formaron parte de la causa petendi de la demandante* " (§ 55), y si la demandada ha tenido oportunidad de pronunciarse al respecto (§ 60). Y ello tras constatar que el suplico de la demanda y el propio escrito de conclusiones solo contienen la petición explícita del devengo de intereses desde la presentación de la demanda arbitral (§ 42). Examinando cuidadosamente el Expediente, el Tribunal Arbitral, sin sombra de irracionalidad, concluye que los intereses en cuestión formaron parte del debate procesal y que la demandada pudo alegar ampliamente al respecto.

En primer lugar, los Árbitros sustentan esa conclusión "en la pág. 4 de la Solicitud de Arbitraje presentada por la Demandante en el mes de marzo de 2016", donde procede a fijar provisionalmente la cuantía de la indemnización en 1.403.930 euros, aclarando que el Informe Pericial en que basa su indemnización ' *está elaborado con efectos 31 de marzo de los corrientes, resultando previsible que en el momento de su aportación sea ligeramente superior por las actualizaciones correspondientes* '". Para precisar, acto seguido, que la

fijación de la cuantía a fecha de la Demanda se eleva a 1.433.317,14 euros, lo que " *parece responder a la actualización de intereses* " (§§ 56 y 57); conclusión que se ve ratificada, sin la menor arbitrariedad o sinrazón, cuando el Tribunal Arbitral repara en que en la pág. 22 de la demanda se explica el detalle del lucro cesante estimado por el Informe Pericial de KPMG, con referencia explícita a variaciones justificadas conforme a actualizaciones acordes con el interés legal, y con mención también expresa de que tales variaciones lo son sin perjuicio de los intereses que corresponda computar desde la presentación de la demanda arbitral (§ 58).

En estas circunstancias y con este razonamiento -sintéticamente reseñado- es inconcuso que el Tribunal Arbitral no ha incurrido en incongruencia por exceso, ni ha alterado la causa de pedir, ni ha consentido indefensión alguna de la demandada, que ha tenido "amplia oportunidad" de defenderse (§ 60).

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

SEXTO .- Rechazadas totalmente las pretensiones de la mercantil actora, es obligado, conforme al artículo 394.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , imponer a la demandante, ALIMENTACIÓN VARMA, S.L., las costas causadas en este procedimiento, pues tampoco pueden apreciarse serias dudas de hecho o de Derecho en el asunto planteado.

No sin dejar constancia de cuán anómalo resulta, *ex* art. 255 LEC , emitir pronunciamiento en Sentencia sobre la cuantía de la litis, lo que se efectúa por razones de economía procesal, sin esperar al momento de la tasación de costas y sin perjuicio de su eventual impugnación, hemos de responder a la solicitud de la determinación de la cuantía del procedimiento formulada en su segundo otrosí por la demandada, de acuerdo con los criterios reiteradamente sentados por este Tribunal, v.gr., en su Auto de 18 de enero de 2016 .

Pues bien, en los Autos, entre otros, de fecha 18 de enero de 2016 (impugnación de laudo arbitral 13/2013), 14 de enero de 2015 (Impugnación de laudo arbitral nº 38/2013), 14 de febrero de 2014 (Impugnación de laudo arbitral nº 38/2012), 25 de julio de 2013 (procedimiento nº 19/2012) y 12 de junio de 2013 (procedimiento de nº 37/2011), todos ellos recaídos al resolver la Sala impugnaciones de tasaciones de costas en los procedimientos referenciados, hemos entendido que cuando la anulación del laudo pretendida en la demanda hubiera supuesto dejar sin efecto una obligación de cuantía determinada, este interés debatido es el que debe tenerse en cuenta para la fijación de la cuantía del procedimiento de anulación. En estas resoluciones se distinguieron así los supuestos en los que se solicita la anulación de laudos arbitrales resolutorios definitivamente de cuestiones con contenido económico, susceptibles de ser determinado mediante las reglas establecidas en los artículos 251 y 252 de la LEC , de aquellas demandas en las que lo resuelto en el laudo arbitral carece de interés económico determinado. Así, en uno de los casos se consideró que la cuantía de este procedimiento de anulación de laudo arbitral debe ser coincidente con las cantidades a cuyo pago se había condenado a las demandantes en el laudo arbitral impugnado (procedimiento 19/2012), mientras que en otro se consideró como indeterminada la cuantía por haberse limitado la resolución arbitral a decidir sobre la competencia del árbitro para el conocimiento de las cuestiones debatidas (caso contemplado en el auto de esta Sala de fecha 6 de mayo de 2013 , dictado en el procedimiento de Impugnación de laudo arbitral nº 2/2011).

En suma: de acuerdo con el fallo de los Laudos impugnados -en lo tocante a las condenas de cuantía determinada- y según lo expuesto en el Fundamento correspondiente de la contestación, la cuantía de este procedimiento asciende a la cantidad de **1.488.400,55**

euros .

Vistos los artículos de aplicación,

FALLAMOS

DESESTIMAMOS *la demanda de anulación del* Laudo arbitral de 7 de junio de 2017 y de su Complemento de fecha 29 de junio siguiente, que dictan Dª. Margarita (Presidente), D. Bruno (Co-árbitro) y Dª Africa (Co-árbitro) en procedimiento administrado por la CORTE ESPAÑOLA DE ARBITRAJE *, formulada por el Procurador de los Tribunales D. Julián Sanz Aragón, en nombre y representación de* ALIMENTACIÓN VARMA, S.L. *, contra C28,* DRINKS AND FOOD, *S.L.; con expresa imposición a la demandante de las costas causadas en este procedimiento.*

La cuantía de este procedimiento *de anulación asciende a* ***1.488.400,55.***

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

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