Id. Cendoj: 28079310012019200027
ECLI: ES:TSJM:2019:158A
ROJ: ATSJ M 158/2019
Órgano: Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Civil y Penal
Sede: Madrid
Sección: 1
Nº de Resolución:
Fecha de Resolución: 05/03/2019
Nº de Recurso: 45/2018
Jurisdicción: Civil
Ponente: JESUS MARIA SANTOS VIJANDE
Procedimiento: Nulidad laudo arbitral
Tipo de Resolución: Auto

Idioma:

Español

Resolucion [no_anula] :

28079310012018100224

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

Domicilio: C/ General Castaños, 1 - 28004

Teléfono: 914934850,914934750

31010510

NIG: 28.079.00.2-2018/0112416

Procedimiento Nulidad laudo arbitral 45/2018

Materia: Arbitraje

Procedimiento: Nulidad laudo arbitral 45/2018.

Demandante: SOCIALTECH, S.R.L.

Procurador/a: D. José Noguera Chaparro.

Demandado : **IZO CORPORATE, S.L.**

Procurador/a: Dª. María del Valle Gili Ruiz.

AUTO

Excmo. Sr. Presidente:

D. Juan Pedro Quintana Carretero

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. Francisco José Goyena Salgado

D. Jesús María Santos Vijande

En Madrid, a 5 de marzo del dos mil diecinueve.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- Esta Sala dictó la Sentencia nº 49/2018, de 13 de diciembre en los autos referenciados, cuya parte dispositiva es la siguiente:

1º. DENEGAR *la solicitud de archivo de la causa.*

2º. ESTIMAR *la demanda de anulación parcial de laudo arbitral formulada por el Procurador de los Tribunales D. José Noguera Chaparro, en nombre y representación de* ***SOCIALTECH, S.R.L.*** *, contra* ***IZO CORPORATE, S.L.*** *, anulando los puntos 3, 4 y 5 del fallo -apartado XI, rubricado LA DECISIÓN- del Laudo Final dictado con fecha 14 de abril de 2018 por D. Ismael en el Procedimiento Arbitral nº 22917/JPA, administrado por la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI); con expresa imposición a la parte demandada de las costas causadas en este procedimiento.*

SEGUNDO .- Mediante escrito de fecha 28 de enero de 2019, presentado ante esta Sala el mismo día, la representación de IZO CORPORATE interpone incidente de nulidad de actuaciones contra la referida Sentencia, que articula en cinco motivos que habremos de pormenorizar y en los que denuncia " *la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) en sus vertientes del derecho a una sentencia congruente, la prohibición de indefensión, garantía del derecho de defensa, interdicción de la arbitrariedad y derecho de igualdad ante la ley (también consagrado en el art. 14 de la CE)* ".

TERCERO .- Por Diligencia de Ordenación de 30 de enero de 2015 se admite a trámite el incidente de nulidad con traslado para alegaciones, por cinco días, a la representación procesal de SOCIALTECH, S.R.L.

CUARTO .- Mediante escrito datado y presentado el día 12 de febrero de 2019 la representación de SOCIALTECH, S.R.L., se opone a la nulidad instada de contrario e interesa que se mantenga la validez de la Sentencia dictada en la causa, con expresa imposición de las costas del incidente a su promotor. Niega la existencia de cualquier incongruencia e indefensión -la parte demandada pudo alegar cuanto a su Derecho convino, y lo hizo, sobre el ámbito territorial de aplicación de normas imperativas de nuestro Derecho de la Competencia-, no mediando vulneración del art. 14 CE , ni siendo improcedente el rechazo del desistimiento, dada la necesidad de analizar la eventual conculcación del orden público, lo que convierte en indisponible el objeto del proceso.

QUINTO .- Se señala para deliberación y fallo del presente incidente de nulidad el día 5 de marzo de 2019, fecha en que tuvieron lugar.

Es Ponente el Ilmo. Sr. D. Jesús María Santos Vijande, quien expresa el parecer unánime

del Tribunal.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- Conviene dar cuenta de los criterios que han de regir nuestro enjuiciamiento a la hora de resolver este incidente extraordinario de nulidad sin trascender el ámbito que le es propio.

El artículo 241 de la Ley Orgánica del Poder Judicial dispone en su apartado 1 que no se admitirán con carácter general incidentes de nulidad de actuaciones, pero que, excepcionalmente quienes sean parte legítima o hubieran debido serlo pueden pedir por escrito que se declare la nulidad de actuaciones fundada en cualquier vulneración de un derecho fundamental de los referidos en el artículo 53.2 de la Constitución , siempre que no haya podido denunciarse antes de recaer resolución que ponga fin al proceso y siempre que dicha resolución no sea susceptible de recurso ordinario ni extraordinario.

El ámbito del incidente de nulidad de actuaciones queda circunscrito así a la posible apreciación de la vulneración de un derecho fundamental de los contemplados en el artículo 14 y en la Sección 1 del Capítulo Segundo de la Constitución (arts. 15 a 29), a los efectos de que pueda ser corregido ante una resolución irrecurrible, evitando la interposición de recurso de amparo. En palabras del reciente ***ATS, 1ª, de 9 de mayo de 2018*** -roj ATS 4946/2018 -, FJ 2º:

"Según declaró esta Sala en el auto de 6 de noviembre de 2013 (rec. 485/2012) y se ha reiterado entre otros en el ATS de 29 de marzo de 2017 (rec. 2499/2014) en este incidente el tribunal solo puede entrar a considerar si se han producido infracciones de derechos fundamentales, ya que esa cuestión constituye el único objeto posible del mismo. No puede convertirse en un nuevo recurso, dirigido a discrepar del criterio de enjuiciamiento aplicado en la sentencia cuya nulidad se insta, en el que se revisen supuestas contrariedades a Derecho.

El principio de legalidad procesal del art. 1 LEC en relación con art. 9 CE no puede fundamentar un incidente de nulidad en el que la única medida de enjuiciamiento posible es la integrada por los preceptos de la Constitución que reconocen aquellos derechos fundamentales y, entre ellos no está el art. 9.3 de la Constitución (SSTC 64/1991, de 22 de marzo , y 132/2005, de 23 de mayo ; en similar sentido, SSTC 116/1986, de 8 de octubre , 118/2006, de 24 de abril y 44/2013, de 25 de febrero)".

El incidente de nulidad de actuaciones no puede convertirse en un recurso contra la resolución irrecurrible, mediante el nuevo planteamiento de las cuestiones litigiosas y el cuestionamiento de los argumentos dados en esa resolución. Así lo ha venido a reconocer el Tribunal Supremo, además de en la resolución supra citada, entre muchos, en el Auto de la Sala Primera de 12 de noviembre de 2014, dictado en el Recurso Núm. 391/2011 , con apoyo en otras resoluciones del mismo Tribunal (AATS de 6 de noviembre de 2013, recurso nº 485/2012 , y de 10 de junio de 2014, recurso nº 2247/2011), donde se pone de manifiesto que en el incidente de nulidad el Tribunal solo puede entrar a considerar si se han producido infracciones de derechos fundamentales, pues tal cuestión es el único objeto posible de dicho incidente que no puede convertirse en un recurso en el que se revise el criterio jurídico aplicado en la resolución cuya nulidad se insta, *para evitar que las alegaciones formales de infracción de un derecho constitucional encubran pretensiones de revisión de cuestiones estrictamente de corrección jurídica* -lo que se denomina de legalidad ordinaria- sin trascendencia constitucional.

Como tampoco cabe articular, *de facto* , un incidente de nulidad de actuaciones *que sea mera reiteración de la demanda de anulación o de la contestación* , ni se compadece con la naturaleza propia de este excepcional incidente una concepción formalista del mismo, que, por el solo hecho de invocar, v.gr., la quiebra del art. 24.1 CE , no autoriza a pretender una nueva reconsideración de lo ya analizado con detalle por la Sentencia, cuando ni a ese análisis se le atribuyen con una mínima argumentación vicios constitucionales relevantes - *y no es tal la mera discrepancia con lo resuelto* -, y cuando de la decisión misma no se predica incongruencia alguna; aspectos éstos -motivación y decisión-, que son los propios y característicos del contenido esencial del derecho fundamental - art. 24.1 CE - que se dice lesionado.

En este punto hemos de recordar -concierne a los alegatos del incidente de nulidad suscitado-, con jurisprudencia constitucional *específicamente referida a la materia arbitral* , las siguientes palabras de la STC 9/2005 (FJ 4): " *que el derecho a la tutela judicial efectiva no comprende el de obtener una decisión judicial acorde con las pretensiones formuladas (SSTC 9/1981 y 52/1992 , entre otras) ni ampara una determinada interpretación de las normas aplicables al caso (STC 33/1988), pero sí a recibir una respuesta judicial a sus pretensiones, motivada y fundada en Derecho (SSTC 133/1989 , 18/1990 y 111/1995 entre otras muchas), como ha ocurrido en este caso, no cabe estimar en modo alguno que el recurrente fuera privado de su derecho de acceso a la jurisdicción* ".

Ello sin perjuicio de que, como repetidamente ha declarado el TC, de nuevo en referencia concreta a la Sentencia que resuelve la acción de anulación (v.gr., FJ 3 de la misma S. 9/2005), "no siendo [la] argumentación [de la Sentencia recurrida] irrazonable, arbitraria o patentemente errónea, supera el canon de control a que nos hemos referido. *Este Tribunal no puede entrar a valorar la corrección jurídica de la interpretación de la legalidad ordinaria efectuada por el órgano judicial, cuestión en la que se extiende la demanda y que trata de cobijar en la aducida vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, pues tal función corresponde a los órganos de la jurisdicción ordinaria en el ejercicio exclusivo de la potestad que les reconoce el art. 117.3 CE* (STC 32/2002, de 11 de febrero , FJ 4)".

Tampoco está de más traer a colación en las circunstancias del caso cómo la 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 e inequívocos 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***).

SEGUNDO .- El primer motivo reprocha a la Sentencia la vulneración del art. 24.1 CE por infracción del deber de congruencia, con la subsiguiente indefensión, por una razón: SOCIALTECH habría planteado la demanda de anulación contra el Laudo por infracción del orden público [art. 41.1.f) LA] denunciando que el Árbitro había vulnerado normas imperativas, mientras que la *ratio decidendi* de la Sentencia sería la falta de motivación del Laudo, " *que nunca se puso en tela de juicio* ".

Este argumento claramente tergiversa la inconcusa realidad de lo denunciado por SOCIALTECH como motivo de anulación y de lo apreciado al respecto por esta Sala. La arbitraria motivación del Laudo que la Sentencia estima, sin quiebra alguna del ámbito objetivo del proceso de anulación suscitado por las partes ni la menor indefensión, da la razón a SOCIALTECH porque el Árbitro ni siquiera analizó, como era su deber de acuerdo con el Derecho aplicable elegido por las partes y el sistema de fuentes a él correspondiente, si se habían conculcado las normas imperativas cuya infracción denunciaba SOCIALTECH

por entenderlas aplicables: lisa y llanamente, el Árbitro decidió, v.gr., que el Reglamento (UE) nº 330/2010 de la Comisión, de 20 de abril invocado por SOCIALTECH no era aplicable, y lo hizo con un razonamiento que, a todas luces, está en la base de la pretensión de anulación que se suscitó ante esta Sala; razonamiento que hemos juzgado arbitrario por el conjunto de razones expuestas en el FJ 2º.3 de la Sentencia, puestas en conexión con los parámetros de enjuiciamiento previamente reseñados en ese mismo FJ 2º.

En este contexto, con una transcripción parcial y sesgada de la *ratio decidendi* de nuestra Sentencia, es sencillamente insostenible afirmar la incongruencia que se postula cuando, desde el estricto prisma del *iura novit Curia* , la Sentencia no hace sino expresar las razones por las que el Árbitro incurrió en una arbitraria motivación al excluir de raíz -sin ni siquiera entrar a delimitar su alcance- la aplicabilidad de las normas del Derecho de la Unión que expresamente invocaba en su defensa la demandada en el procedimiento arbitral; inaplicación de normas imperativas que ha constituido motivo expreso de la demanda de anulación ... Es sencillamente absurdo pretender disociar la quiebra del orden público por esa inaplicación del análisis de la arbitrariedad o no de las razones dadas por el árbitro para sustentar la no aplicación de esas normas imperativas, que expresamente se le reprocha en la demanda de SOCIALTECH. No hay, pues, en este punto, el menor atisbo de incongruencia de la Sentencia cuya anulación se ha decretado, ni sombra de indefensión, de restricción indebida de las posibilidades de alegación de IZO CORPORATE.

El motivo adolece manifiestamente de fundamento en su pretensión de que la Sentencia incurre en vicio de incongruencia: la causa de anulación invocada fue la infracción del orden público, que es apreciada por la Sala sin extralimitación ni modificación alguna de la causa de pedir: de los hechos -en este caso la errónea inaplicación normativa- que fundamentan el título de anulación esgrimido.

TERCERO .- El siguiente motivo de nulidad, estrechamente conectado con el anterior, invoca el precedente de esta Sala en el procedimiento de anulación 63/2016 -con cita del principio de igualdad en la aplicación judicial de la Ley-, donde el Tribunal concedió audiencia a las partes para que alegaran cuanto a su Derecho conviniera sobre la eventual concurrencia de una causa de anulación -infracción del orden público- advertida de oficio *ex* art. 41.2 LA.

Dicho precedente, uno de muchos en que tal ha acontecido, no es aplicable al presente caso, donde la Sala no ha ejercitado el deber que le impone el art. 41.2 LA -al que más adelante habremos de referirnos de nuevo-, puesto que la infracción del orden público ya había sido denunciada por el solicitante de anulación, quien, como queda dicho, cuestionaba la motivación del Laudo que está en la base de la inaplicación por el Árbitro de las reglas imperativas que invocaba SOCIALTECH; no aplicación que constituía de forma explícita, insistimos, el nudo gordiano de la demanda de anulación, y al que IZO CORPORATE pudo responder -como de hecho hizo- sin la menor restricción en sus posibilidades de alegación y prueba.

CUARTO .- El motivo cuarto de nulidad -págs. 16 a 20 del escrito de interposición del incidente- no expresa sino una discrepancia con el razonamiento de la Sentencia en los apartados 2 y 3 del FJ 2º.

En efecto, la Sala examinó el marco normativo aplicable al caso que condicionaba de modo inexcusable -por su carácter imperativo- el deber de análisis del Árbitro: los arts. 1 -en especial en su apartado 4- y 5 de la Ley de Defensa de la Competencia , los arts.1 a 3 del Reglamento que la desarrolla, su remisión a los Reglamentos Comunitarios y, entre ellos, al Reglamento (UE) 330/2010... De este análisis, decíamos, se sigue, con expreso y

terminante fundamento legal, que la ley aplicable española incorpora ineluctablemente, por remisión legal expresa y más allá del ámbito de aplicación territorial de la normativa comunitaria, esa misma normativa de la UE: si un pacto restrictivo de la competencia está autorizado por el Derecho de la Unión el Legislador español, lo repetimos, de un modo explícito y terminante, lo reputa asimismo lícito, siempre, claro está, a salvo de la eventual existencia de previsiones más estrictas de nuestro Derecho interno.

Y lo que es tan importante -añadíamos: el mero hecho - *no analizado por el Árbitro* - de que el pacto de no competencia post contractual aquí litigioso pudiese no estar amparado por la exención del precitado Reglamento 330/2010 de la Comisión -a todas luces aplicable al caso-, tampoco presuponía necesariamente su invalidez; *ahora bien, ello obligaba a verificar si, en las circunstancias del caso, ese pacto falseaba o alteraba significativamente la libre competencia, o si, por el contrario, se trataba de un pacto colusorio de escasa o mínima relevancia y, por ello, admisible, lo que a su vez justificaría la aplicación de la cláusula penal prevista para el caso de su inobservancia* .

Sobre la base de estas consideraciones -desarrolladas en los términos que constan en la Sentencia- y siguiendo la doctrina de la STS 899/2007 indicábamos -FJ 2º.3:

" *Cuanto venimos diciendo sobre el marco normativo aplicable evidencian el radical déficit de motivación del Laudo al analizar la cuestión controvertida, que le es expresamente planteada, de la invalidez del pacto colusorio: no se trata solo de que el Árbitro ha ignorado un aspecto básico, de observancia inexcusable dado el carácter imperativo de estas normas, de la Ley española sobre Defensa de la Competencia: la necesidad de verificar si un acuerdo de restricción de la competencia cumple las disposiciones de los Reglamentos Comunitarios, para en su caso poder entenderlo exonerado de la genérica prohibición del art. 101.1 TFUE : se olvida así el Árbitro, en palabras de la Exposición de Motivos de la LDC, de que "* ***la remisión a las normas comunitarias es consustancial a la práctica de defensa de la competencia en España*** *". Se trata también, y con no menor gravedad, de que el Árbitro omite toda consideración, teniendo el deber de hacerlo desde la perspectiva del Derecho patrio, como Ley aplicable al caso, acerca de si, aun no acomodándose el pretendido pacto colusorio, in casu, al art. 5 del Reglamento (UE) 330/2010 de la Comisión, de 20 de abril, se daban, o no, los requisitos establecidos para que operase la prohibición del hoy art. 101 TFUE , del que en gran parte es trasunto el art. 1 LDC . Esto es: si el pacto de no competencia, desde la perspectiva del mercado afectado, podía ser calificado o no -por decirlo en términos de la Ley interna- como una "conducta de menor importancia" (art. 5 LDC y arts. 1 a 3 RDC -Real Decreto 261/2008).*

En este sentido, no está de más efectuar una acotación que evidencia la radical insuficiencia de la motivación del laudo: de un modo axiomático, asevera el árbitro que el pacto de no competencia post contractual que aplica no contraviene el tenor de las normas europeas desde un punto de vista meramente material. Y lo dice sin siquiera entrar a analizar, v.gr., si la genérica referencia de la Cláusula 15.2 a " la abstención de competencia con el franquiciador en el territorio asignado al franquiciado " -nada menos que el correspondiente a los Estados de Uruguay y Argentina- había de entenderse -como solicitaba SOCIALTECH en el arbitraje- no amparada por el Reglamento 330/2010, cuyo art. 5.3.b) condiciona cualquier obligación directa o indirecta que prohíba al comprador, tras la expiración del acuerdo, fabricar, comprar, vender o revender bienes o servicios excepto, a que tal obligación (...) " se limite al local y terrenos desde los que el comprador haya operado durante el período contractual ". En este sentido, no cabe ignorar que la normativa comunitaria solo permite la no competencia post- contractual desde el local desde el que se realizó la actividad: el Auto del Tribunal de Justicia, Sala Octava, de fecha 7 de febrero de 2013 (La Retoucherie Manuela C-117/12 , ECLI: EU:C:2013:72), en respuesta a una

cuestión prejudicial planteada por la Audiencia Provincial de Burgos, aunque en referencia al Reglamento 2790/1999 -precedente al vigente 330/2010, pero en aplicación de un precepto del mismo tenor, asimila el vocablo "terrenos" al término "local", y no al ámbito territorial en que se ejercía la franquicia (cfr., §§ 34 a 37).

Recordando, acto seguido, el Tribunal de Justicia algo que ya hemos puesto de manifiesto al transcribir la ***STS 899/2007, de 31 de julio*** *:*

38. Sin embargo, cabe recordar que, cuando un acuerdo no cumple todos los requisitos previstos por un reglamento de exención, sólo incurre en la prohibición del artículo 81 CE, apartado 1 -hoy , 101.1 TFUE -, si tiene por objeto o por efecto restringir apreciablemente la competencia dentro del mercado interior y si puede afectar al comercio entre los Estados miembros. Sólo en este último caso, y a falta de exención individual en virtud del apartado 3 de este mismo artículo, dicho acuerdo es nulo de pleno Derecho conforme al apartado 2 de éste (sentencia Pedro IV Servicios, de 2 de abril de 2009 , apartado 68).

39 De ello resulta que un acuerdo, incluso en el caso de que contenga cláusulas como las mencionadas por el órgano jurisdiccional remitente, que no cumplan los requisitos fijados por un reglamento de exención por categorías, puede no estar incluido en el ámbito de aplicación del artículo 81 CE , apartado 1. Además, el hecho de que una cláusula no esté amparada por una exención por categorías no prejuzga la eventual aplicación de una exención individual.

40 Incumbe, por tanto, al órgano jurisdiccional remitente, que es el único que tiene un conocimiento directo del litigio que se le ha planteado, apreciar los efectos que el contrato produce en el mercado...".

Consideraciones éstas que ratifican, de un modo evidente, los deberes que asisten al Juzgador, sea Árbitro o Tribunal de Justicia, a la hora de verificar la validez o no de un pacto de no competencia post contractual.

Ni que decir tiene, a la luz de lo expuesto, que tanto la conducta acreditadamente desarrollada por SOCIALTECH como el tenor del Pacto de no competencia, debieron ser analizados sobre la base de estos criterios para así determinar si la competencia ejercida por SOCIALTECH con posterioridad a la resolución del contrato de franquicia podía estar amparada por uno de los Reglamentos de la Unión, el Reglamento 330/2010, a los que expresamente se remite nuestra Ley de Defensa de la Competencia; y, aun en caso contrario, para verificar si dicho pacto tenía entidad suficiente como para falsear la competencia en términos que abocasen a su nulidad o, de no ser así, cupiese sostener su plena eficacia y, con ella, la de las consecuencias pactadas para su incumplimiento -aplicación de la cláusula penal.

En definitiva: el Árbitro ha asentado su decisión sobre una premisa de enjuiciamiento tan patentemente errada como radicalmente insuficiente: ha constatado, con yerro claro, que el Derecho de la Unión Europea sobre competencia solo es aplicable en el seno del mercado interior de la Unión, para, acto seguido, con ignorancia de lo que expresamente disponen nuestra Ley de Defensa de la Competencia y el Reglamento que la desarrolla, limitarse a verificar el incumplimiento del pacto de no competencia, y, sin ningún otro análisis -más que la genérica referencia, a mayor abundamiento, a la admisibilidad de tales pactos-, presuponer la validez del pacto no competencia litigioso y, en su virtud, aplicar la cláusula penal prevista para el caso de su incumplimiento ".

En este contexto argumentativo -de yerro patente sobre el ámbito de aplicación del

Derecho de la Unión y de radical falta de análisis de si el pacto de no competencia post contractual aquí litigioso era inválido, aun cuando no estuviese amparado por la exención del precitado Reglamento 330/2010 de la Comisión -a todas luces aplicable al caso-, *porque falseaba o alteraba significativamente la libre competencia* , en este contexto básico -verdadera *ratio decidendi* -, es en el que hemos dicho:

" *Esta Sala no prejuzga la validez o la nulidad de la cláusula de no competencia post contractual en el Contrato de Franquicia suscrito por las partes el 12 de diciembre de 2013: lo que decimos es que la determinación de tal extremo no ha sido analizada ni motivada por el árbitro, de un modo patente, con arreglo a los parámetros de enjuiciamiento legalmente exigibles, de modo que, atendiendo a las reglas de carga de la prueba, pudiese verificar si ese pacto, prima facie, contrario a la libre competencia, había de reputarse, sin embargo, exonerado del alcance de la prohibición"* .

Párrafo éste que la parte que suscita el incidente, tan sesgada como equivocadamente, reputa *ratio decidendi* de nuestra Sentencia.

El motivo cuarto de anulación tacha de arbitraria esta argumentación -aquí sintetizada- y entra a discutir el fondo de la misma, de la que discrepa trascendiendo el ámbito propio del incidente de nulidad, porque, en realidad, más allá de esa disconformidad jurídica, no expresa quiebra lógica o yerro patente en la motivación de la Sentencia 49/2018 , ni puede obviar la evidencia de que el Árbitro ni llevó a cabo una motivación que tomara en consideración disposiciones expresas e imperativas del marco normativo aplicable, ni, en su virtud, verificó -como debió hacer- si el pacto de no competencia falseaba o no la libre competencia: constatado su incumplimiento aplicó, sin más, la cláusula penal.

De este modo hay que entender y calificar -como mera discrepancia- lo que señala el incidente en su motivo cuarto sobre el ámbito geográfico de aplicación de las normas que la Sentencia invoca, reprochando a esta Sala -como si a ella competiese la labor de análisis de fondo que no realizó el Árbitro- que no haya verificado el impacto de una cláusula de no competencia circunscrito a Argentina y Uruguay sobre la libertad de competencia en nuestro mercado interior...

Y lo mismo cabe decir del reproche de que este Tribunal no haya planteado una cuestión prejudicial " *para consultar si el ámbito geográfico de su normativa (a los efectos de verificar su aplicación) tiene lugar cuando la cláusula afecta exclusivamente a terceros Estados* ". Es evidente que este reproche "hace supuesto de la cuestión": parte de la premisa de que cuando la cláusula de no competencia con una empresa española lo sea en el extranjero no afecta a la libre competencia en el mercado interior. Que tal no tiene por qué ser así lo revelan hasta las propias Sentencias que cita el incidente (SSTUE 25.11.1971 y 25-03-1999), demostrativas en su propia transcripción de la inanidad anulatoria del alegato. El planteamiento del tipo de cuestión prejudicial que suscita IZO CORPORATE parte de una duda interpretativa que a este Tribunal no se le ha planteado, ni suscita per se la doctrina del TJUE, ni estamos por ello, *in casu* , ante un supuesto en que resultara exigible su planteamiento, de modo que el no hacerlo tuviera trascendencia constitucional (cfr. la STC 232/2015 y concordantes, supra citadas).

La argumentación del incidente en este punto no evidencia la menor arbitrariedad -que es lo constitucionalmente relevante- en la motivación de la Sentencia: parte de una premisa indemostrada -la no afectación del mercado interior, y más interviniendo como franquiciadora una empresa española-; premisa que no ha sido analizada por el Árbitro; defecto de análisis, éste, que es el que principalmente se le reprocha en los términos supra reseñados: la verificación de que el pacto de no competencia, aun predicado de Argentina y

Uruguay, no falseaba significativamente la competencia y era, por ello, admisible en nuestro Derecho, que es el Derecho aplicable por elección de las partes.

QUINTO .- El último motivo de nulidad esgrimido entrevera dos alegatos claramente diferenciados, pero ambos referidos al FJ 1º BIS de la Sentencia, que sustenta la decisión de la Sala de denegar el archivo de las actuaciones, solicitado tras la práctica de la prueba y una vez efectuado el señalamiento para deliberación y fallo del Tribunal con apoyo en un pretendido desistimiento bilateralmente aceptado -al que, por cierto y dicho sea a mayor abundamiento, ni siquiera se acompañó el poder especial que demanda el art. 25.2.1º LEC -.

A . En primer lugar, sostiene el incidente que " *carece de la más elemental lógica admitir que el Tribunal necesite de las partes para conocer de la acción de anulación* -que no se incoa de oficio- *y que al mismo tiempo pretenda mantener su facultad cuando las partes se la sustraen"* . Enfatiza en que el art. 20, apartados 2 y 3, de la LEC , a propósito del desistimiento, no sujeta su validez a que no conculque el interés general o derechos de terceros; y que la decisión adoptada por la Sala tiene trascendencia constitucional por incongruente.

Todas estas cuestiones han sido analizadas con detalle en la Sentencia expresando fundadamente el Tribunal su convicción: ante todo, hemos reparado en el general asentimiento de que el muy específico art. 41.2 LA -trasunto de lo dispuesto en la Ley Uncitral y en el Convenio de Nueva York de 1958 , como reconoce la propia impugnante- entraña una *ruptura real del principio de congruencia, por expresa previsión de la Ley, no estando limitado el Tribunal a decidir sólo sobre la base de los motivos alegados por las partes, sino también, según establece el art. 41.2 LA, atendiendo a aquellos otros que hayan podido ser apreciados de oficio por él mismo; y cómo ese precepto establece, más que una facultad del Tribunal, un verdadero deber, dada la naturaleza pública de los intereses en juego...*

La pretensión de que la fundamentación de la Sentencia en este punto es arbitraria entraña una mera discrepancia sin relevancia constitucional. La solicitante de nulidad no está de acuerdo con unos argumentos que, dice, atacan el principio dispositivo en el proceso civil, pero lo hace incurriendo en una clara petición de principio: "olvida" que el Tribunal ha considerado las propias normas de la LEC y, en especial, de la Ley de Arbitraje, su art. 41.2, trasunto de preceptos consagrados por la Ley Modelo UNCITRAL (*art. 34.2.b)* y por el Convenio de Nueva York [art V.2.b)], que precisamente ponen de relieve que, en casos como el presente, no rige el principio dispositivo: la Sala no ha ignorado la general vigencia de este principio en el proceso civil -ni ha dejado de analizarla-, lo que ha hecho es cumplir con el deber que la propia Ley le impone de resolver si acepta un desistimiento bilateral que se suscita una vez señalada la deliberación y fallo, cuando pende una acción de anulación ejercitada por infracción del orden público: en concreto, por vulneración de reglas imperativas que disciplinan una de las libertades fundamentales del Derecho de la Unión -que se integra en nuestro Ordenamiento-, como es la libre competencia en la prestación de servicios.

A partir de ahí, la lógica elemental ha de ser no la que la parte pretenda, sino la que se siga en términos racionales del precepto que la Sala aplica -el art. 41.2 LA: claro que el Tribunal no actúa de oficio para incoar el proceso de anulación -como no lo hace en multitud de procesos civiles sobre materias no disponibles (v.gr., incapacitación) y disponibles, en los que, sin embargo, tiene el deber de apreciar de oficio impedimentos procesales -falta de jurisdicción, de competencia objetiva...- y óbices vinculados con la decisión de fondo (como la cosa juzgada y la caducidad de la acción)- por imponérselo así la legislación procesal...

También hemos explicado la singular naturaleza del desistimiento en esta acción de anulación -equivalente a la renuncia pues no cabe la posibilidad de incoar un nuevo proceso dado el plazo de caducidad imperante-, y cómo esa naturaleza es indisociable de los intereses de orden público que el Tribunal está llamado a preservar por disposición expresa de la Ley. De ahí que sí quepa el desistimiento de acuerdo con su régimen general -sin ignorar que la Ley de Enjuiciamiento Civil también contempla regímenes especiales en casos de indisponibilidad del objeto del proceso, v.gr., art. 751-, cuando la propia Ley de Arbitraje configura el *thema decidendi* -que, no se olvide, no es la relación jurídica material subyacente, sino la validez o la nulidad del Laudo- como estrictamente disponible, esto es, cuando no se tenga que aplicar el art. 41.2 LA: si el Tribunal, de oficio o a instancia de parte, no aprecia que el Laudo se ha dictado con infracción del orden público, en controversia recaída sobre materia no arbitrable y/o que en el procedimiento arbitral una de las partes no ha podido hacer valer sus derechos, entonces será admisible el desistimiento; no en caso contrario.

Por lo expuesto, el incidente de nulidad solo evidencia una mera discrepancia con los argumentos de la Sala, un desacuerdo con argumentos que, acertados o no, son debidamente motivados sin quiebras lógicas; discrepancia en absoluto acreditativa de violación alguna del derecho a la tutela judicial efectiva, que, como hemos reseñado supra y es de general conocimiento, no consiste en el derecho al acierto en las resoluciones judiciales (art. 24.1 CE). El recurrente podrá no compartir las razones de la Sala, pero de ahí no se sigue que esa motivación y la subsiguiente decisión de denegar el archivo, amparadas por un precepto legal claro y de aplicación especial al proceso de anulación de Laudos, incurran en la arbitrariedad lesiva del derecho a la tutela judicial efectiva.

B. En un segundo sub-apartado del quinto motivo de nulidad reprueba que esta Sala, al denegar el archivo y el poder de disposición de las partes sobre la acción de anulación ha vulnerado el principio de igualdad ante la Ley - *rectius* , en la aplicación judicial de la Ley-, y cita dos tipos de precedentes: a nivel nacional, una serie de resoluciones de distintos TSJ, siendo la más reciente la de 16 de junio de 2015; y de esta misma Sala 5 resoluciones, la última de ellas de 2 de mayo de 2015.

Al final del alegato se hace una breve reseña de la doctrina constitucional que ya de por sí evidencia la absoluta falta de consistencia de invocar como precedente las resoluciones de un Tribunal distinto del que falla; pero además, esa parcial reseña jurisprudencial obvia datos muy relevantes, que caracterizan lo argumentado en el FJ 1º BIS y que excluyen de raíz cualquier indicio de quiebra del art. 14 CE en la aplicación judicial de la Ley por la Sentencia atacada.

Cumple recordar la muy clara doctrina del TC en esta materia. En palabras de su ***STC 161/2008, de 12 de diciembre*** (FJ 2):

"En una línea jurisprudencia1 iniciada en la STC 8/1981, de 30 de marzo , FJ 6, este Tribunal ha venido señalando que la vulneración del derecho a la igualdad en la aplicación judicial de la ley (art. 14 CE) se produce cuando un mismo órgano judicial se aparta de forma inmotivada de la interpretación de la ley seguida en casos esencialmente iguales; de modo que son requisitos de la apreciación de dicha vulneración la ***existencia de igualdad de hechos*** (por todas, SSTC 210/2002, de 11 de noviembre, FJ 3 ; 91/2004, de 19 de mayo, FJ 7 ; 132/2005, de 23 de mayo , FJ 3); de ***alteridad personal*** en los supuestos contrastados (SSTC 150/1997, de 29 de septiembre, FJ 2 ; 64/2000, de 13 de marzo, FJ 5 ; 162/2001, de 5 de julio, FJ 4 ; 229/2001, de 11de noviembre, FJ 2 ; 46/2003, de 3 de marzo , FJ 3); de ***identidad del órgano judicial*** , entendiendo por tal la misma Sección o

Sala aunque tenga una composición diferente (SSTC 161/1989, de 16 de octubre, FJ 2 ; 102/2000, de 10 de abril, FJ 2 ; 66/2003, de 7 de abril , FJ 5); de una ***línea doctrinal previa y consolidada, o un precedente inmediato exactamente igual desde la perspectiva jurídica con la que se enjuició*** , que es carga del recurrente acreditar (por todas, SSTC 132/1997, de 15 de julio, FJ 7 ; 152/2002, de 15 de julio, FJ 2 ; 117/2004, de 12 de julio, FFJJ 3 y 4; 76/2005, de 4 de abril, FJ 2 ; 31/2008, de 25 de febrero , FJ 3); y, finalmente, el ***apartamiento inmotivado de dicha línea de interpretación previa o del inmediato precedente*** , pues ***lo que prohíbe el principio de igualdad en aplicación de la ley "es el cambio irreflexivo o arbitrario, lo cual equivale a mantener que el cambio es legítimo cuando es razonado, razonable y con vocación de futuro, esto es, destinado a ser mantenido con cierta continuidad con fundamento en razones jurídicas objetivas que excluyan todo significado de resolución ad personam*** " (STC 117/2004, de 12 de julio , FJ 3; en sentido similar, entre otras, SSTC 25/1999, de 8 de marzo, FJ 5 ; 122/2001, de 4 de junio, FJ 2 ; 150/2004, de 20 de septiembre, FJ 4 ; 76/2005, de 4 de abril, FJ 2 ; 58/2006, de 27 de febrero, FJ 3 ; 67/2008, de 23 de junio , FJ 4).

Sobre este último requisito - *ausencia de toda motivación que justifique en términos generalizables el cambio de criterio* -, a las consideraciones reseñadas de la ***STC 161/2008*** , se pueden añadir, por su interés, las siguientes reflexiones del ***FJ 2 STC 143/2008*** , de 31 de octubre ***(ibídem STC 13/2011, de 28 de febrero , FJ 3):***

"la razón de esta exigencia estriba en que el derecho a la igualdad en la aplicación de la ley, en conexión con el principio de interdicción de la arbitrariedad (art. 9.3 CE), obliga a que un mismo órgano jurisdiccional no pueda cambiar caprichosamente el sentido de sus decisiones adoptadas con anterioridad en casos sustancialmente iguales ***sin una argumentación razonada de dicha separación que justifique que la solución dada al caso responde a una interpretación abstracta y general de la norma aplicable y no a una respuesta ad personam, singularizada*** . Lo que negativamente significa que ***no podrá apreciarse la lesión de este derecho fundamental cuando el cambio de criterio responda a una vocación de generalidad*** , ya sea porque en la resolución se explicitan las razones que lo motivan o porque así se deduzca de otros elementos de juicio externos, como pueden ser significativamente posteriores pronunciamientos coincidentes con la línea abierta en la Sentencia impugnada, que permitan apreciar dicho cambio como solución genérica aplicable en casos futuros ***y no como fruto de un mero voluntarismo selectivo frente a casos anteriores resueltos de modo diverso*** .

Cfr., asimismo, ***SSTC 105/2009, de 4 de mayo*** , FJ 4 ; ***178/2014, de 3 de noviembre*** , FJ 4 ; y ***82/2015, de 30 de abril*** , FJ 4.

A la luz de estas consideraciones traemos a colación dos párrafos del FJ 1º BIS que evidencian el momento en que surge el cambio de doctrina y cómo lo ha hecho con vocación de generalidad:

" *En otros términos: una vez que se incoa un proceso de anulación de laudo arbitral, no se puede disponer por las partes de la acción de anulación , sustrayendo al Tribunal el ejercicio de una competencia indeclinable: verificar si concurre o no la lesión de intereses tan generales que la Ley no faculta, sino que impone al Tribunal el deber de salvaguardarlos de oficio. No entenderlo así, insistimos, sería tanto como vaciar de contenido la prescripción terminante del art. 41.2 LA, que no es dable dejar al albur de la voluntad de las partes".*

"Tal es la doctrina que viene manteniendo esta Sala desde su ***Sentencia 65/2015, de 17 de septiembre*** *, sin fisuras ni contradicción alguna -y con estricta sujeción al mandato*

legal-, en relación con las limitaciones al poder de disposición de las partes sobre la acción de anulación que se siguen tanto del objeto y naturaleza misma de esa acción como del art. 41.2 LA, por congruencia con los deberes de actuación de oficio que este precepto impone al Tribunal, ya se trate de allanamiento, transacción, satisfacción extraprocesal, renuncia o desistimiento a ésta equivalente -dado el perentorio plazo de caducidad de la acción-, sin menoscabo de que cada una de estas manifestaciones del principio dispositivo presenten sus propias singularidades sobre este particular : v.gr., inviabilidad absoluta del allanamiento o de la satisfacción extraprocesal, y posibilidad relativa de incidencia sobre la pervivencia del proceso de anulación -en función de las causas de anulación concurrentes- de la renuncia, del desistimiento o de la transacción sobre la relación material -no sobre la validez del Laudo. Cfr., v.gr., los ***Autos de 1 de diciembre de 2015*** -resolviendo el incidente de nulidad planteado contra la Sentencia 65/2015 - *y* ***20 de julio de 2016*** *(roj ATSJ M 309/2016) , así como las* ***Sentencias 13/2016, de 9 de febrero*** *(roj STSJ M 1236/2016)* ***, de 14/2017 , 28 de febrero-*** dictada en la causa 55/2016, rojSTJM 1752/2017- **y 72/2016, de 15 de noviembre, -roj STSJ M 12123/2016-,** Sentencia esta última en que la Sala, con apoyo en la misma doctrina que se acaba de reseñar -así lo evidencia, paladinamente, su fundamento segundo-, aceptó por unanimidad la renuncia a la acción de anulación al no alegarse ni apreciar concurrentes motivos de nulidad apreciables de oficio, esto es, al darse los presupuestos materiales y procesales precisos para su admisibilidad. Cfr., asimismo, más recientemente, los ***Autos de 4 de abril de 2017*** , recaídos en procesos de anulación núms. 43/2016 *y 63/2016 -roj ATSJ M 100/2017 y 99/2017, respectivamente),* ***3 de mayo de 2017*** *-roj ATSJ M162/2017-,* ***18 de julio de 2017*** *-recaído en autos de anulación de Laudo nº 37/2015-,* ***5 de septiembre de 2017*** -autos de anulación de Laudo nº 36/2017, roj ATSJ M 582/2017 *-,* ***7 de diciembre de 2017*** -autos de anulación de Laudo nº 61/2017, roj ATSJ M 581/2017 *-,* ***30 de enero de 2018*** -autos de anulación de Laudo 77/2017 - *y* ***12 de abril de 2018*** -autos de anulación 7/2018".

Parafraseando al Tribunal Constitucional (S. 82/2015): es claro que la Sentencia cuya nulidad se pretende, lejos de ser una decisión particularizada y adoptada *ad hoc* por el órgano judicial para resolver ese solo caso o para aplicarlo exclusivamente a la persona del recurrente, constituye la plasmación de un criterio jurisprudencial previamente adoptado con carácter general y con vocación de permanencia para resolver todos los supuestos de las mismas características.

A lo que hemos de añadir la inconsistencia del argumento que repara en el tiempo de vigencia del art. 41.2 LA como razón para excluir la posibilidad de que un mismo Tribunal -o la generalidad de ellos- puedan evolucionar en la exégesis de la norma o reparar en su genuino alcance y sentido: un postulado semejante ha sido reiteradamente reprobado por el Tribunal Constitucional por reducción al absurdo: impediría la rectificación de errores y/o, en todo caso, abocaría a la petrificación del Ordenamiento.

SEXTO.- El tercer motivo de nulidad -que analizamos en último lugar por razones de orden lógico- denuncia la incongruencia por *extra petitum* de la Sentencia en dos aspectos: de un lado, por haber condenado (FJ 4) en las costas del proceso de anulación a IZO CORPORATE, en aplicación del art. 394.1 LEC , dada la íntegra estimación de la demanda, y pese al pacto de las partes en su escrito de desistimiento interesando la no imposición de las costas de este litigio; de otro lado, entiende la mercantil impugnante que la anulación de los puntos 4 y 5 de la parte dispositiva del Laudo -apartado XI- no formaba parte del *thema decidendi* planteado en la demanda de anulación, constituyendo una decisión "caprichosa y arbitraria".

A . La primera pretensión de incongruencia por *extra petitum* es a todas luces infundada, pues parte de una premisa expresa y terminantemente negada por la doctrina

jurisprudencial, a saber: " *que la condena es costas es materia disponible* ".

Hoy es comúnmente aceptada la nulidad de los pactos sobre costas o, si se quiere, la negación del carácter disponible de esta materia: el pronunciamiento sobre costas es inexcusable y de orden público para el tribunal sentenciador, que ha de actuar con arreglo a lo dispuesto con carácter imperativo en la LEC, *ex* art. 1168 del Código Civil [v.gr., SSTS 1ª 503/1998, de 20 de mayo (fj 2), 495/2000, de 9 de mayo (fj 1), y 146/2012, de 26 de marzo (fj 2); y Sentencias de esta sala de 24 de noviembre de 2015 (autos nº 110/2014) y 55/2017, de 19 de octubre , FJ 4º -roj STSJ M 11063/2017 .

Cumple recordar en este sentido, con la STSJ Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, de 8 de noviembre de 2012 -FJ 3, ROJ STSJ CAT 13097/2012 , "que, por lo que se refiere a los pactos sobre costas procesales, ciertamente, la doctrina del TS recogida en las SSTS 1ª 503/1998, de 20 de mayo (FD 2) y 495/2000 de 9 de mayo (FD 1), con cita de otras -SSTS, 1ª, 182/1994 de 1 mar . FD 3 y 46/1997 de 22 ene. FD1-, así como en las SSTS 1ª 1015/1997 (5 nov . FD 1), 476/1998 (12 may. FD 2) y 723/2006 (5 jul. FD 4), ha venido considerándolos nulos e ineficaces por vulnerar lo dispuesto en el art. 1168 CC , que reserva su decisión a los Tribunales con arreglo a lo dispuesto con carácter imperativo en la LEC (arts. 394 y ss. LEC)". Asimismo, *a contrario sensu* , FJ 5 STS 792/2009, de 16 de diciembre (ROJ STS 8466/2009).

O, en palabras de la STS, 1ª, 146/2012, de 26 de marzo (ROJ STS 1693/2012), " *lo que hace la sentencia recurrida es cumplir el art. 1 LEC , según el cual '[e]n los procesos civiles, los tribunales y quienes ante ellos acudan e intervengan deberán actuar con arreglo a lo dispuesto en esta Ley' y, en consecuencia, decidir sobre las costas procesales aplicando el art. 394 LEC con prevalencia sobre las previsiones estatutarias de la comunidad demandante. Al decidir así, el tribunal sentenciador no vulneró ninguna de las normas citadas en los motivos examinados sino que, lejos de ello, se ajustó al principio de legalidad procesal...* " (FJ 2).

Y es que conviene no olvidar que el pronunciamiento en costas es ajeno al principio rogatorio: la Sala ha de pronunciarse sobre la costas por imperativo legal y no puede acceder a la petición de que su pronunciamiento sobre costas difiera del legalmente impuesto, prevaleciendo el fallo que las partes solicitan de común acuerdo, como si éste hubiera de dictarse informado por el principio dispositivo.

Es consecuente con esta realidad -consecuencia inmediata de la misma- que la cuantificación de las costas no pueda quedar al arbitrio de lo que el actor disponga, incluso con la anuencia del demandado. Y es que este postulado, el de la indisponibilidad de la condena en costas, resulta tanto más justificado si se repara en la naturaleza de dicha condena -a la que aludiremos acto seguido con reiteración de la doctrina del Tribunal Constitucional ya reseñada en la Sentencia cuya nulidad se pretende-, que ha de preservar la posibilidad de acceder a la Justicia -o al arbitraje como equivalente jurisdiccional que es- sin erigir obstáculos indebidos o arbitrarios, ya que, estos sí, serían lesivos del derecho a la tutela judicial efectiva.

B . En síntesis, también postula IZO CORPORATE que no existen razones para sostener que SOCIALTECH ha impugnado los pronunciamientos sobre costas del Laudo -puntos IV y V del apartado XI, " *La Decisión* "-; añade que la propia Sala fijó esos puntos IV y V fuera del objeto del proceso de anulación en la Diligencia de Ordenación de 11.10.2018 que fija la cuantía de la litis; en todo caso, SOCIALTECH no habría sido clara y precisa en su demanda, habiendo entrado esta Sala en el fondo del asunto -al anular los pronunciamientos sobre costas- sin conocer la disputa sometida a arbitraje; también entiende la impugnante que el

Tribunal está aplicando el art. 41.2 LA, e insiste, al respecto, en la necesidad de audiencia previa, como la Sala acordó en los autos de anulación 63/2016...

Hemos de abundar en algo que constituye un constante olvido en el presente incidente de nulidad: la arbitrariedad de la resolución adoptada, la propia de este incidente extraordinario que denuncia la lesión de derechos fundamentales, no puede consistir en una mera discrepancia con las razones contenidas en la Sentencia atacada.

Señala IZO CORPORATE que no existen motivos para sostener que SOCIALTECH impugnó los pronunciamientos sobre costas, cuando éstos son lógica y jurídicamente inescindibles, por accesorios, de los pronunciamientos principales. La Sala dio una serie de razones para reputar impugnados esos pronunciamientos, que reproducimos en sus propios términos porque evidencian que el incidente, cuando denuncia la falta de claridad y precisión en este punto de la demanda de anulación, no cuestiona la racionalidad que del entendimiento de la misma ha hecho esta Sala en términos que permitan hablar, con mínimo fundamento, de la arbitrariedad constitucionalmente proscrita. Hemos dicho en el FJ 3º de la Sentencia 49/2018 :

" SOCIALTECH suplica, en el petitum de su demanda, que se declare "la nulidad de la totalidad de las decisiones relativas al incumplimiento de la cláusula de no competencia post-contractual , contenidas en las decisiones VI y XI del Laudo arbitral impugnado".

Cierto es que SOCIALTECH centra su argumentación en la nulidad por infracción del orden público -que hemos estimado- de la condena a satisfacer los 120.000 euros de cláusula penal por incumplimiento del pacto de no competencia post contractual. Pero eso no significa, ni mucho menos, que la única decisión del Laudo relativa al incumplimiento de esa cláusula -que " guarda relación con " él, en la acepción de la RAE- sea, como interpreta en su contestación IZO CORPORATE, el punto 3 de la parte dispositiva del Laudo. De hecho, es incontestable que algunos de los pronunciamiento sobre costas y gastos del arbitraje están directamente vinculados con la decisión sobre el incumplimiento de la cláusula de no competencia, hasta el punto de que esa "relación" es de verdadero condicionamiento o supeditación .

No obsta a esta realidad el que, en un momento dado, en un epígrafe de la demanda arbitral, ésta mencione específicamente el punto XI.3 del Laudo: esta Sala, sin quiebra alguna del deber de congruencia y precisamente para no permitir el mantenimiento de una decisión arbitraria, irrazonable y lesiva del derecho a la tutela judicial efectiva en el Laudo, ha de constatar cómo parte de los pronunciamientos sobre costas y gastos del Laudo queda privada de su ratio decidendi, de su más radical motivación -constitucionalmente exigible-, por ineluctable relación de conexión o consecuencia , al anular uno de los principales, si no el principal, pronunciamiento condenatorio del Laudo.

Así se explica que la demanda de anulación hable de que se declare la nulidad del Laudo "en lo que respecta a las decisiones -repárese, en el uso plural- tomadas por el supuesto incumplimiento por parte de mi mandante de la cláusula de competencia post-contractual" -hecho tercero in fine-. Cuestión distinta es que la demandada -en una apreciación que esta Sala no comparte, pero reveladora de que fue consciente de la problemática ahora analizada- haya entendido -y lo destaque como hecho previo- que SOCIALTECH solo impugnaba el punto XI.3 del Laudo, "aceptando el resto de sus pronunciamientos".

En relación con la obligación del pago de las costas y gastos del arbitraje, y conforme al art. 38.5 RCCI que invoca el Laudo -"en la toma de decisiones en cuanto a los costos, el Tribunal Arbitral puede tomar en cuenta las circunstancias que considere relevantes,

incluyendo el grado en que cada parte ha llevado a cabo el arbitraje de una manera rápida y rentable"-, éste argumenta en los términos siguientes (§ 302):

'Considerando las particularidades del caso, y, especialmente, la conducta de la Parte Demandada comentada en varias ocasiones a lo largo del presente Laudo - totalmente contradictoria e incoherente con su conducta durante toda la vigencia del Contrato- y tomando en cuenta que las pretensiones de la Parte Demandante han sido estimadas prácticamente en su totalidad , el Árbitro único entiende que, a su juicio, la Parte Demandada debe abonar las costas y gastos de la Parte Demandante, los gastos administrativos del arbitraje y los honorarios del Árbitro único en su totalidad a pesar de que dos de las pretensiones de la Parte Demandante -además de menor valor- han sido desestimadas '.

A partir de aquí el Laudo, ante la estimación parcial de la demanda arbitral, da por sentado -a lo que nada cabe objetar, por lo que se dirá- que 'la Parte demandada debe asumir sus propias costas legales y gastos', y se centra en la cuantificación de los de la actora -IZO CORPORATE-, a cuyo pago condena a SOCIALTECH con fundamento únicamente en la argumentación transcrita.

Es evidente que, tras la estimación del motivo de anulación la argumentación transcrita queda sustancialmente privada de sentido, si no se quiere incurrir en un puro voluntarismo: más allá de cuál haya sido la conducta de SOCIALTECH durante el arbitraje -que, si tachada de contradictoria o incoherente con su actuar durante la vigencia del contrato, no es calificada de maliciosa ni temeraria al litigar, como lo revela también nuestra propia Sentencia al darle la razón a SOCIALTECH sobre normas imperativas que el Árbitro debió ponderar y no analizó-, más allá, decimos, de este aspecto de la motivación de la imposición total de las costas y gastos, es incuestionable que el Laudo justifica tal condena en la práctica estimación total de las pretensiones de IZO CORPORATE , y lo hace atendiendo al valor económico de tales reclamaciones, para privar así de importancia a que dos de los pedimentos de IZO CORPORATE hayan sido rechazados .

La estimación parcial de la demanda de SOCIALTECH lleva aparejada, es innegable, la anulación del apartado XI.3 del Laudo, que precisamente explicita la mayor condena económica que el Laudo impone -intereses aparte: no se discute la condena impuesta a SOCIALTECH a abonar a IZO 98.969,53 euros en concepto de facturas impagadas, más los intereses moratorios; pero sí anulamos la condena a abonar 120.000 euros "en concepto de pago de la penalidad por violación del pacto de no competencia post contractual", en este caso más los intereses legales y procesales.

Pues bien, si hemos de ser congruentes con la petición de la actora y acordes con doctrina del Tribunal Constitucional de obligada observancia en las materias concernientes a la congruencia misma y la imposición de las costas procesales, resulta debido anular los pronunciamientos cuarto y quinto de la parte dispositiva del Laudo (puntos 4 y 5 del apartado XI, rubricado, LA DECISIÓN).

En efecto, no está de más recordar cómo el Tribunal Constitucional ha señalado que la decisión sobre costas puede suponer la lesión del derecho a la tutela judicial efectiva cuando incurra en error patente, arbitrariedad, manifiesta irrazonabilidad o, en su caso, si resulta inmotivada -o solo aparente motivada" (entre muchas, SSTC 172/2009, FJ 3 ; 25/2006, de 30 de enero, FJ 2 , y 107/2006, de 3 de abril , FJ 3; y ATC 181/2007, de 12 de marzo , FJ 6). Y ello por una razón que el propio Tribunal Constitucional explicita, con especial claridad, en el FJ 2 de la STC 51/2009 : que la imposición de costas incide en el derecho de acceso a la Jurisdicción -en este caso, en el derecho de acceso a un " equivalente jurisdiccional " que

excluye el acceso a la Jurisdicción, cual es el arbitraje, SSTC 15/1989 , 62/1991 , 174/1995 y 176/1996)-; derecho de acceso a la Jurisdicción -o al arbitraje- que ha de ser respetado "sin imponer requisitos o consecuencias impeditivos, obstaculizadores, limitativos o disuasorios del ejercicio de las acciones si no existe previsión legal de los mismos ni, caso de tener fundamento legal, olvidando las exigencias de motivación".

En relación con el contenido de la motivación que debe acompañar a la adopción de pronunciamientos accesorios como es el referido a las costas procesales, "debemos distinguir -añade la STC 51/2009 en su FJ 2- aquellos casos en los que el sentido del pronunciamiento accesorio viene impuesto ope legis, de aquellos otros que son fruto de una decisión adoptada dentro del ámbito de arbitrio previsto por la norma. Así, recordábamos en la STC 25/2006, de 30 de enero , que 'en aquellos supuestos en los que la imposición, o no, de las costas procesales sea el resultado de una valoración sobre las circunstancias particulares del caso o sobre la conducta procesal de las partes -temeridad o mala fe litigiosa-, el deber de motivar su decisión es una exigencia derivada de los arts. 24.1 y 120.3 CE . Ello no obsta para que aun en estos casos la motivación implícita pueda ser admitida cuando la razón del pronunciamiento sobre las costas del proceso pueda inferirse del conjunto y sentido de las argumentaciones utilizadas por el Tribunal para resolver las pretensiones de las partes, ya que la Sentencia es un acto procesal orgánico y unitario que no puede contemplarse con visión fragmentaria (SSTC 131/1986, de 29 de octubre, FJ 4 ; y 230/1988, de 1 de diciembre , FJ 1). En aquellos otros supuestos en los que, por el contrario, el legislador acoge la regla victus victori o del vencimiento objetivo, sin prever excepciones, no existe un margen de apreciación para que el órgano judicial decida por sí sobre la imposición de costas, sino que, por imperativo legal, la única decisión que puede adoptar es la que la norma contempla. En estos casos no existe un deber de motivación sobre la imposición de las costas procesales que vaya más allá de la motivación necesaria para estimar o desestimar las pretensiones que constituya el objeto del concreto proceso, de cuyo resultado es consecuencia inescindible la decisión sobre las costas causadas (accesorium sequitur principale)'" (FJ 3).

En el mismo sentido la STC 172/2009 , FJ 3.

No reviste duda que ha existido una estimación parcial de la demanda arbitral. Estando, pues, en presencia de un supuesto en que la condena en las costas de la parte contraria exige de motivación -el pronunciamiento sobre las mismas no viene predeterminado ope legis-, en lo primero que hemos de reparar es en las razones dadas por el Árbitro en el ejercicio de su margen de discrecionalidad, nunca identificable con el puro voluntarismo. Y esas razones, ya lo hemos visto, atienden a la llamada "doctrina de la estimación sustancial", cuya aplicación resultaría sencillamente arbitraria tras la anulación de la condena que el Laudo impone a abonar 120.000 euros más intereses

No está de más dejar constancia, en este sentido, de lo que dice la Sala Primera sobre la "doctrina de la estimación sustancial" en los términos del FJ 8 de su ***Sentencia 177/2008*** , de 5 de marzo (ROJ STS 3824/2008 *):*

'Es cierto que la LEC establece que las costas se impondrán a la parte cuyas pretensiones hubieran sido totalmente rechazadas, pero esta Sala ha admitido que procede también la imposición de las costas en casos de estimación sustancial de la demanda (STS 6/6/2006 y las allí citadas). Como afirma la Sentencia de 8 de marzo de 2007 , con cita de las de 9 de junio y 21 de diciembre de 2006 , 'esta especie de cuasi vencimiento, que resulta de la estimación sustancial de la demanda, opera únicamente cuando hay una leve diferencia entre lo obtenido y lo pedido , siendo de especial utilidad en los supuestos que se ejercitan resarcitorias de daños y perjuicios en los que la fijación del quantum es de difícil concreción

y gran relatividad, no cuando existe una diferencia tan notable como para no poderla equiparar al vencimiento total a que se refiere la norma'.

'La deuda ha sido sustancialmente estimada, porque se estimó la reclamación por la completa cantidad invertida por la demandante en la limpieza de la contaminación provocada por la mala actuación profesional de la empresa demandada, exclusión hecha de una cantidad correspondiente al IVA...'.

Lo expuesto -que es el criterio conteste de la Sala Primera- revela que en absoluto cabe aplicar esa doctrina al caso presente, quedando huero de contenido el § 302 del Laudo, una vez acordada la nulidad de la condena impuesta en el apartado XI.3 del Laudo.

Descartada, pues, la aplicabilidad de la doctrina del vencimiento sustancial -verdadera ratio decidendi del Laudo al imponer a SOCIALTECH las costas y gastos de IZO CORPORATE-, y no cuestionada la parcial estimación de la Demanda arbitral -que justifica, sin necesidad de mayor motivación, que SOCIALTECH se haga cargo de sus propias costas legales y gastos, por lo que se mantiene el pronunciamiento 7 del apartado XI del Laudo-, nuestro fallo ha de acordar la anulación parcial del Laudo y, en concreto, de los puntos 3, 4 y 5 de su apartado XI, rubricado LA DECISIÓN).

Ámbito el de nuestro pronunciamiento anulatorio que, tampoco está de más reiterarlo, no entraña incongruencia por extra petitum o ultra petitum, visto el tenor del suplico de la demanda, y atendida, también, la conteste doctrina del Tribunal Constitucional y de la Sala Primera -tantas veces recordada por esta Sala-, a saber : aquella en cuya virtud 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 - lo que aquí ni siquiera es el caso -, 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 (***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 -.*

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 o que resulten implícitamente suscitadas: en nuestro caso, la racionalidad de la motivación del pronunciamiento del Laudo sobre costas y gastos del arbitraje, una vez que se pretende y se obtiene la anulación de uno de sus principales pronunciamientos condenatorios, cuando el Laudo precisamente anudaba dicha condena en costas de un modo determinante o decisivo a la sustancial estimación de las pretensiones económicas de IZO CORPORATE en el arbitraje.

A partir de estas consideraciones, no se aprecia como causa de nulidad la comprensión más restrictiva de los términos de la demanda de anulación que hace la defensa de IZO CORPORATE, que no convierte en arbitrario, voluntarista y/o en ilógico el alcance que le confiere a la demanda la Sentencia impugnada: esta Sala ni formalmente -atendiendo a los términos del suplico de la demanda- ni materialmente ha incurrido en incongruencia por extra petita, ni ha generado indefensión de ninguna clase: de hecho la demandada, ya lo hemos señalado, es la que de forma expresa enfatiza una restricción del ámbito de lo pedido de contrario acorde, sin duda, con sus intereses, pero sin que tal sea ni el único

entendimiento posible, ni desde luego el entendimiento debido de los términos de la demanda; de ahí el énfasis restrictivo de IZO CORPORATE en su contestación.

De nuevo hemos de señalar -ya lo hemos hecho al comienzo del FJ 3º-, que tampoco la Sala ha aplicado el art. 41.2 LA apreciando una causa de anulación no invocada, lo que sí habría propiciado la apertura de un trámite de audiencia.

Y qué decir del argumento de que " *es la propia Sala la que sitúa los epígrafes 4 y 5 del apartado XI del Laudo (relativos a la condena y cuantificación de los costes del arbitraje) fuera del objeto procesal"* con apoyo en el tenor de una Diligencia de Ordenación de 11 de octubre de 2018 que ni ha sido dictada por este Tribunal, ni ha sido recurrida en reposición ante la propia Letrada de la Administración de Justicia que la emite. Es más, a los efectos que ahora importan, cumple recordar que esa Diligencia rechaza la pretensión de la actora de considerar de cuantía indeterminada la demanda -a cuyo fin es exégesis forense habitual del art. 251 LEC no incluir en la cuantía los gastos y costas del proceso-; así la Diligencia determina esa cuantía sumando las condenas dinerarias de los puntos 2 y 3 de La Decisión del Laudo; extremo que no repara, ciertamente, en que la condena del punto 2 fue expresamente consentida, y no impugnada. Ahora bien; dicho esto, no se acierta a comprender cómo se puede inferir con el menor fundamento que esta Sala ha delimitado el objeto del proceso en una Diligencia de Ordenación que ni dicta ni responde a otra finalidad que fijar la cuantía de la litis, y aun así no de forma definitiva e irrevocable, pues, como es sabido, puede ser reconsiderada en el momento de la tasación de costas.

SÉPTIMO .- Desestimada la solicitud de nulidad, de acuerdo con lo que preceptúa el art. 228.2, segundo inciso LEC , se imponen a la parte solicitante la totalidad de las costas del presente incidente.

En virtud de lo expuesto,

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

ACUERDA

1º.- Desestimar el incidente de nulidad de actuaciones formulado por la representación de IZO CORPORATE, S.L., contra la Sentencia nº 49/2018, de 13 de diciembre .

2º.- Condenar en las costas de este incidente a la parte solicitante de nulidad.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que, contra ella, no cabe recurso alguno (art. 228.2 LEC).

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