Roj: ATSJ PV 2/2012 - **ECLI:**ES:TSJPV:2012:2A
Órgano: Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Civil y Penal
Sede: Bilbao
Sección: 1
Nº de Recurso: 5/2011
Nº de Resolución:
Fecha de Resolución: 19/04/2012
Procedimiento: CIVIL
Ponente: ANTONIO GARCIA MARTINEZ
Tipo de Resolución: Auto

Encabezamiento

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL PAÍS VASCO

SALA DE LO CIVIL Y PENAL

EAEko AUZITEGI NAGUSIA

ZIBILEKO ETA ZIGOR-ARLOKO SALA

BILBAO

N.I.G. / IZO: 00.01.2-11/000005

Exequátur / 5/11

AUTO

EXCMO. SR. PRESIDENTE: D. JUAN LUIS IBARRA ROBLES

ILMA. SRA. MAGÍSTRADA Dª. NEKANE BOLADO ZÁRRAGA

ILMO. SR. MAGISTRADO D. ROBERTO SAIZ FERNÁNDEZ

ILMO. SR. MAGISTRADO D. ANTONIO GARCÍA MARTÍNEZ

En BILBAO (BIZKAIA), a diecinueve de abril de dos mil doce.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la Procuradora Sra. D.ª Itziar Otalora Ariño, en nombre y representación FRANCE TELECOM S.A., ORANGE S.A., ATLAS SERVICES NEDERLAND B.V. y de FRANCE TELECOM ESPAÑA S.A. se presentó solicitud de reconocimiento y declaración de ejecutoriedad del Laudo Arbitral dictado el día 6 de julio de 2010, por la Cámara de Comercio Internacional, contra la Mercantil EUSKALTEL S.A.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la solicitud y dado traslado a la parte demandada, EUSKALTEL S.A., se personó por medio de la Procuradora Dª Beatriz Amann Quincoces que contestó oponiéndose a la solicitud de reconocimiento del Laudo Arbitral planteada de

contrario, interesando que, tras los trámites legales, se dictara resolución por la que se acordara la desestimación de la solicitud con los demás pronunciamientos y expresa condena en cosías a la demandante.

TERCERO.- Por el Ministerio Fiscal, en el trámite previsto en elartículo 956 de la LEC de 1881, presentó escrito en el que manifestaba que no se ponía a que se dictara Auto otorgando el exequátur del Laudo Arbitral de 6 de julio de 2010, por entender que el mismo cumple con los requisitos que establece el Convenio de Nueva York de 1958.

CUARTO.- Cumplidos los trámites legales y resueltos los incidentes planteados en su tramitación, se señaló para su deliberación, votación y fallo el día 19 de abril de 2012.

QUINTO.- Ha sido ponente el Ilmo. Sr. D. ANTONIO GARCÍA MARTÍNEZ, quien expresa el parecer de la mayoría del Tribunal.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

I. PRELIMINAR

Antes de entrar a analizar, de forma individualizada y concreta, las diferentes causas de oposición al exequátur, conviene que consignemos, con carácter preliminar, las ideas constitutivas del marco de pensamiento desde el que las mismas van a ser consideradas, lo que sin duda contribuirá al entendimiento más cabal de cuanto se diga al respecto

El sometimiento voluntario es la característica principal y más definitoria del Arbitraje. Éste es de naturaleza esencialmente convencional y está sometido a la libertad de las partes. Como se decía en el S. XIX con motivo de la Ley española de 1855: "En esa libertad tan grande, tan ilimitada, consiste una de las principales garantías del individuo: elegir el juez que nos ha de juzgar es lo mismo que constituimos a nosotros mismos como verdaderamente soberanos, pudiendo decir si somos condenados: esa condena es por boca nuestra, nadie sino nosotros la hemos dictado, toda vez que el que la pronuncia ha recibido de nosotros mismos la investidura".

Las partes del procedimiento arbitráis que se han dirigido al arbitraje libremente y con la clara voluntad de que el Estado intervenga lo menos posible en sus asuntos privados, lo que significa si no eliminar totalmente sí reducir al mínimo indispensable el papel de sus órganos jurisdiccionales, son conscientes, desde el primer momento, de las notables limitaciones con las que deberán actuar, de llegar el caso, los Tribunales encargados del control postarbitral. Este control limitado no es más que una de las concretas y consecuentes manifestaciones de ese principio de intervención mínima que innegablemente asumen y aceptan cuando, por decisión propia y en consideración a lo que juzgan mejor o más conveniente al conjunto de sus intereses, sustituyen Justicia pública por privada como medio de resolución de sus controversias.

Siendo igualmente conscientes de que tales limitaciones aun habrán de resultar más acusadas cuando se trate del control postarbitral de un tenido extranjero dictado en un arbitraje internacional, en cuanto que insertado en una práctica consustancial al comercio internacional y que se ha convertido en el mecanismo por excelencia de resolución de los conflictos que se ocasionan en ese ámbito, de sarro liándose con un elevado grado de autonomía y en el marco de una economía transnacional y cada vez más globalizada que le imprime una fuerte y creciente tendencia liberalizadora.

De lo que se trata en el fondo es de impedir que los jueces conozcan lo que ya ha

sido objeto de decisión por los arbitros, cayendo de esta forma en lo que desde el primer instante se ha querido evitar: la intervención jurisdiccional y consiguiente aplicación del esquema o patrón propio de la Justicia estatal. Lo contrario, podría conllevar la desnaturalización del Arbitraje y su descrédito a los ojos de sus potenciales usuarios, sobre todo grandes empresas, agentes y operadores internacionales, que podrían reducir su confianza en la institución o llegar a retirársela si dejan de atribuirle valor por no responder a sus expectativas ni reportarles la utilidad esperada. En definitiva, por no resultarles funcional ni encontrar en ella más ventajas o una mayor efectividad que la que a su juicio les proporciona la Justicia estatal.

Así las cosas, como principios base y expresión de reconocimiento no sólo de la libertad y autonomía de la voluntad de las partes, sino también de las ideas de respeto, confianza y equilibrio entre la Justicia privada y la pública, se han ido abriendo paso y asentando con firmeza, en la práctica arbitral internacional y en la propia práctica judicial, tanto el principio de prohibición de revisión del fondo del asunto, que garantiza el respeto al efecto de cosa juzgada del laudo sobre la base del respeto de lo decido por los árbitros en el procedimiento arbitral que han llevado a cabo, como el de que sólo cabe denegar el reconocimiento del laudo arbitral bajo circunstancias excepcionales.

Principios, los anteriores, que están presentes, por otro lado, en la totalidad de los ordenamientos firmantes de la Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de lasSentencias Arbítrales Extranjeras, hecha en Nueva York el 10 de junio de 1958(CNY) y, por lo tanto, también en el nuestro, que se adhirió por instrumento de 29 de abril de 1977, depositado el 12 de mayo siguiente, habiendo entrado en vigor en España el 10 de agosto de 1977. Estableciendo expresamente laLey 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje (LA) en su art. 46.2que "El exequátur de laudos extranjeros se regirá por el Convenio sobre reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras, hecho en Nueva York el 10 de junio de 1958...". Habiéndose convertido este Convenio en una pieza tan fundamental del arbitraje internacional, a cuyo incremento ha contribuido de forma sobresaliente, que ha llegado a ser calificado como base constitutiva de un Derecho internacional del Arbitraje fundado sobre los pilares de que el arbitraje debe desarrollarse conforme a lo pactado en convenio arbitral, de que las panes deben de ser tratadas de manera igual y justa y de que el laudo no debe de vulnerar los principios del orden publico.

Y así del art. III del CNY se infiere el principio del favor recognitionis, que es, también, el que intenta propiciar la regla de compatibilidad que se establece en su art. VII con el objeto de permitir el reconocimiento y ejecución de la sentencia arbitral extranjera en la mayor medida posible. Y asimismo, el de ausencia de revisión en cuanto al fondo, deducible de la imperativa exigencia a los Estados contratantes de reconocer la autoridad de la sentencia arbitral y conceder su ejecución, que tan sólo se podrá denegar, conforme al art. V, cuando la parte frente a la cual es invocada la resolución arbitral cuyo reconocimiento y ejecución se pretende alegue y pruebe alguna de las causas recogidas en su núm. 1, o cuando el Tribunal del exequátur compruebe que, según la legislación de su propio país, la resolución se refiere a materia tío considerada arbitrable o que dicho reconocimiento o ejecución serían contrarios a su orden público. Entresacándose, igualmente, de los arts. IV y V el principio de presunción de legalidad del arbitraje y de veracidad del laudo arbitral al cargar a la parte que se opone al reconocimiento con la prueba de alguna de las causas cuya acreditada concurrencia provocaría, con arreglo a su núm. 1, que dicho reconocimiento se denegara.

No siendo necesario advertir, por saltar a la vista para cualquiera, que de la variedad de causales denegatorias los mayores problemas serán los que origine la cláusula o excepción de orden público no sólo por la gran dificultad de precisar su contenido, que no es

rígido ni inmutable, sino flexible y cambiante, sino también por la imperiosa necesidad de conjugarla, lo que tampoco resulta fácil, con el principio de prohibición de revisión del fondo del asunto cuya repercusión sobre la función de control ha dado pie a dos posturas contrapuestas apodadas, una, como minimalista, y la otra, como maximalista.

Abogando por el estricto cumplimiento del principio de prohibición de revisión de fondo, la posición minimalista sostiene que lo único que se controla del laudo es su resultado sin que se pueda contrastar el Derecho aplicado para llegar al desenlace final alcanzado. Y, en este sentido, que no hay por qué proceder de forma especial o más severa cuando se trata de materias sensibles al orden público, bastando con que el juez de control verifique que los árbitros han sido conscientes de que existía un problema de orden publico, de que lo han examinado y de que finalmente lo han resuelto, sin proceder a contrastar cómo lo han hecho y sí lo han hecho correctamente.

Limitar el control al resultado del laudo en estricto respeto del principio de prohibición implica a su vez, y como lógica consecuencia, descartar el examen de su motivación. Lo que significa, como línea de principio, que no se puede entrar a examinar la exactitud de la motivación de la sentencia con el orden público. Llegándose a afirmar, en este sentido, que las partes al aceptar la cláusula de sumisión al arbitraje sometiendo sus conflictos a los árbitros aceptan también, automáticamente, someterse a la visión que éstos tengan de los hechos y del Derecho. Algo así como "quien se somete a arbitraje también se somete a los errores que pueda cometer de arbitro, es su riesgo y tiene que asumirlo".

La posición maximalista, en sentido contrario, se muestra partidaria de un levantamiento parcial de la prohibición de revisión del fondo del asunto en lo que respecta al orden público; propugnando que el juez de control ha de verificar si realmente se han respetado en el arbitraje los principios de orden público o normas internacionales imperativas de importancia trascendental para el foro a través del control de todos los elementos de hecho y Derecho que permitan contrastar si realmente se han aplicado o inaplicado y, en su caso, cómo se ha hecho. Lo que, como resulta manifiesto, supone no sólo controlar el resultado, sino también la motivación.

A nuestro juicio, la confluencia de la libertad de disposición de las partes en los litigios sometidos a arbitraje; la necesidad de preservar, desde el respeto y la confianza en la institución, su misma efectividad; el que el propósito principal del CNY haya sido el establecimiento de reglas transnacionales que faciliten la libre circulación entre Estados de los laudos arbitrales y el establecimiento de otras medidas que puedan acrecentar la eficacia del arbitraje; el que parta a tal efecto, respetando la realidad y la tradición jurídica de los Estados, de la fundamental presunción de legalidad del arbitraje y de veracidad del laudo arbitral; y el hecho cierto, por todo ello, de que cuando las partes acuerdan someter la resolución de sus controversias al arbitraje bajo el marco del CNY lo hacen con la esperanza de que a la hora de tener que ejecutar el laudo, dicha ejecución en otro Estado firmante de la Convención podrá llevarse a cabo con los menos obstáculos posibles y sin tener que depender de las idiosincrasias del lugar en que se solicita su reconocimiento y ejecución; la confluencia de todo lo anterior, decíamos, es la que justifica:

Por un lado, que el principio básico de la prohibición de revisión de fondo del asunto se haya convertido en la regla general cuando se trata del reconocimiento y la ejecución de laudos extranjeros y, así las cosas, que los Tribunales nacionales en la fase de control postarbitral tengan el deber de actuar con extremada cautela y efectiva conciencia de sus limitaciones, evitando convertir los procedimientos líe vados a cabo en el reconocimiento y ejecución o ante un eventual recurso de anulación en una segunda instancia, cayendo en el error de identificar el examen del laudo arbitral con el recurso ordinario de apelación donde

se permite la revisión de lo decidido en primera instancia, o en un recurso de casación que en la práctica nos devolvería a los esquemas ya superados del control del laudo a través de un medio extraordinario de impugnación por infracción de ley o doctrina legal.

Y por otro lado, que la única y exclusiva excepción a esa regía, a saber, la representada por la cláusula de orden publico, deba tener un papel reducido que límite su operatividad, en congruencia con su naturaleza, a los supuestos verdadera y realmente excepcionales. Lo que tan sólo es posible a partir de una concepción limitada del orden público y una determinación adecuada, una vez establecido lo que resulta controlable del laudo, de la intensidad con la que debe de ejercitarse el control.

Limitar el control es obvio que no significa, eliminarlo, pero tampoco significa reducirlo, más allá del mínimo indispensable que permita llevar a cabo un control efectivo, hasta el punto de convertir una función necesaria y trascendente en un trámite puramente superficial o en una actividad sin real y verdadero contenido. Si así se hiciera se estarla fomentando la impunidad en los casos en que el arbitraje sea utilizado fraudulentamente para escapar de un orden público que más tarde no podrá ser examinado sí la prohibición aisla al arbitraje en la inviolabilidad de su autonomía.

Confiar en que la Justicia privada al laudar tendrá en cuerna y respetará el contenido del orden público es tan razonable como aceptar que la Justicia pública pueda verificar a posteriori, sin excederse o sobrepasar los necesarios límites, cómo ha cumplido aquélla dicha tarea. Al cabo, cuando una decisión privada, como es un laudo arbitral, pretende ser integrada en un determinado sistema, jurídico nacional con el fin de beneficiarse de la legitimidad que en caso de ser aceptada le ofrece el poder público, es absolutamente lógico que éste proceda a cotejar las condiciones indispensables de su aceptabilidad.

Estamos convencidos de que debe persistir un control limitado pero efectivo, del orden público. Y que este control debe mostrarse en la mejor de sus facetas o concepciones; la garantista (junto a esta dimensión el control también presenta una faceta restrictiva de coacción o amenaza al pesar sobre los árbitros el riesgo de que la efectividad del laudo se frustre si la autoridad encargada del exequátur lo deniega), que debe delimitar el concepto de orden público de forma funcional al marco específico del arbitraje internacional y conllevar, partiendo de que la noción del orden público internacional es más restringida que la de orden público interno, que la denegación del reconocimiento tan sólo puede tener lugar en los supuestos de conculcación de principios especialmente esenciales (esencialísimos) del Estado del exequátur.

En este sentido, resulta razonable sostener que la noción de orden público sólo debe utilizarse para evitar el reconocimiento de un laudo que contradiga de forma manifiesta principios fundamentales, no aquellos otros que, por muy discutible que pueda llegar a ser, no chocan o conculcan los principios nucleares de nuestra convivencia. Debe ser un control ejercitado a partir, como con anterioridad señalábamos, de una concepción limitada del orden público y en un contexto donde el respeto y sincero reconocimiento de la autonomía del arbitraje internacional no conlleve sacrificar los principios fundamentales de cada ordenamiento jurídico en particular ni de la comunidad internacional en general.

La ampliación injustificada o descuidada de la noción de orden público además de conllevar un serio riesgo de banal ilación o, aún más grave, de devaluación del principio, podría afectar muy negativamente al arbitraje al extender más allá de lo necesario el ámbito objetivo del control, incentivar intervenciones judiciales más agresivas y fomentar las pretensiones de anulación y oposición al reconocimiento y ejecución de quienes sólo están dispuestos a respetar sus reglas y resultados cuando aquél les resulta favorable; así

como enfrentarnos al riesgo de conculcación de nuestros compromisos convencionales.

En el sistema español y en el marco de un arbitraje internacional, el orden público es mayoritariamente entendido en un sentido material y procesal de mínimos identificado con el derecho internacional mente imperativo y con los valores esenciales de nuestra Constitución (CE). Como ya señaló la paradigmáticaSTC 43/1986, de 15 de abril(cuya doctrina han reiterado Juego lasSSTC 54/1989, de 23 de febrero;132/1991, de 17 de junio, y91/2000, de 30 de marzo, son los derechos fúndame fílales y libertades públicas garantizados constitucionalmente los que definen la nueva dimensión que el concepto de orden público ha adquirido a partir de la vigencia de la Constitución de 1978, Ese es el contenido imprescindible del orden público (que lo es por igual, del orden público interno, del orden público internacional y en consonancia con los convenios internacionales de derechos fundamentales, también del orden público transnacional) que ha de ser tenido en cuenta en la función de control postarbitral de un laudo recaído en un procedimiento de arbitraje internacional.

Finalmente, en cuanto se refiere a la intensidad del control, y partiendo como partimos de que un examen exclusivamente limitado al resultado del laudo en la mayor parte de las ocasiones no garantizaría el control eficaz del orden público y, precisamente por ello, de que el análisis debe alcanzar también a las razones que fundamentan la decisión adoptada, en el procedimiento arbitral, en definitiva, a la motivación, consideramos que ésta deberá ser controlada conforme al canon de razonabilidad que, de forma acorde a lo propugnado en esencia por las teorías, estándar sobre argumentación jurídica, comúnmente utiliza la jurisprudencia constitucional en los recursos de amparo, lo que, en definitiva, conllevará comprobar:

Que la resolución arbitral está motivada, es decir, que contiene los elementos y razones de juicio que permiten conocer cuáles han sido los criterios que fundamentan la decisión.

Y que dicha motivación contiene una fundamentacion jurídica, es decir, que permite conocer que la decisión arbitral es fruto de una interpretación y aplicación del Derecho reconocible. Si bien, habrá de tenerse en cuenta, que este último aspecto no incluye un pretendido derecho al acierto arbitral en la selección, interpretación y aplicación de las disposiciones legales, salvo que con ellas se afecte al contenido de otros derechos fundamentales distintos al de tutela judicial electiva, en cuyo caso resultará exigible un canon de motivación reforzada. Aunque, sí conlleva la garantía de que la decisión no sea consecuencia de una aplicación arbitraría de la legalidad, no resulte manifiestamente irrazonada o irrazonable o incurra en un error patente ya que, en tal caso, la aplicación de la legalidad sería tan sólo una mera apariencia. Por lo que en ningún caso cabrá admitir como decisiones motivadas y razonadas aquéllas en las que, a primera vista y sin necesidad de mayor esfuerzo intelectual y argumental, se comprueba que parten de premisas inexistentes o patentemente erróneas o siguen un desarrollo argumental que incurre en quiebras lógicas de tal magnitud que las conclusiones alcanzadas no pueden considerarse basadas en ninguna de las razones aducidas.

2. PRIMERA CAUSA DE OPOSICIÓN. "Concurrencia de la causa de oposición prevista en el artículo V.1.C) del CNY El laudo de la mayoría contiene decisiones que exceden de los términos del compromiso, Incongruencia por exceso. Exceso de competencia, vulneración del orden público procesal causando indefensión articulo V.2.B) del CNY".

2.1 Entre las causales por las que se puede denegar el reconocimiento y la ejecución del laudo arbitral extranjero, pero que dependen de la alegación y prueba de la parte contra

la cual es invocado, incluye el CKY en la letra c), del núm. 1, de su art. V la que a continuación recogemos literalmente: "que la sentencia se refiere a mía diferencia no prevista en el compromiso o no comprendida en las disposiciones de la cláusula compromisoria, o contiene decisiones que exceden de los términos del compromiso o de la cláusula compromisoria".

Del precepto se deduce que son dos las modalidades de la causal:

La primera, contempla el caso de que el laudo arbitral se refiera a una diferencia no prevista en el compromiso o no comprendida en las disposiciones de la cláusula compromisoria. Se trata de la denominada incongruencia por falta de identidad con el contenido del acuerdo compromisorio.

La segunda, se refiere a los casos en que el laudo arbitral contiene decisiones que exceden de los términos del compromiso o de la cláusula compromisoria. Hablándose entonces de incongruencia por exceso.

2.1.1 Euskaltel (EUS) se apoya en la segunda modalidad: opone incongruencia por exceso. Por lo tanto, EUS no puede estar cuestionando que el laudo arbitral se refiera a una diferencia prevista en el compromiso o comprendida en la cláusula compromisoria. Lo que necesariamente tiene que sostener es que el laudo contiene decisiones que exceden del compromiso o de la cláusula compromisoria. La tesis de EUS queda claramente resumida en las pags. 67 y 68 de su escrito de oposición.

Con carácter principal, alega que la incongruencia por exceso afecta a la totalidad de los pronunciamientos del laudo de la mayoría por ser las concretas pretensiones condenatorias consecuencia de la previa declaración de incumplimiento de los pactos de no competencia incorporados a Los Contratos (Contrato de compraventa, Contrato de Adhesión y Acuerdo de Accionistas, LSCTS) y ésta, consecuencia, a su vez, de la interpretación que, excediéndose de la cláusula compromisoria de LSCTS e invadiendo la recogida en el Acuerdo Marco de Colaboración (AMC), realiza de la extensión objetiva del citado AMC. por lo que existiendo dicho vicio en el pronunciamiento inicial de incumplimiento, necesariamente contagia el resto de los pronunciamientos de condena que son consecuencia, de éste.

Solicitando, con carácter subsidiario, que, en su caso, sea denegado parcialmente el exequátur respecto de la condena por lucro cesante Tipo I que se corresponde con la pérdida de clientes que France Telecom (FTE) poseía a 1 de enero de 2007 y fueron captados por EUS, pues la titularidad de los clientes, presupuesto base de dicha condena, es una cuestión a resolver en el AMC. Y el art. V.1.c) del CNY, como ha reconocido la jurisprudencia, admite la posibilidad del exequátur parcial "si las disposiciones del laudo que se han sometido al arbitraje pueden separarse de las que no han sido sometidas al arbitraje".

En definitiva, la oposición de EUS se resume en lo siguiente:

En lo concerniente a su pretensión principal: el Tribunal Arbitral interpretó el AMC y al hacerlo excedió la cláusula compromisoria de LSCTS e invadió la cláusula compromisoria del AMC.

Y en lo concerniente a su pretensión subsidiaría; la titularidad de los clientes se debe resolver en el arbitraje del AMC.

2.1.2 El laudo argumenta en la pág. 24 (apartados 99 y 100) los límites de su

competencia estableciendo que carece de jurisdicción para resolver cuestiones atinentes al AMC, pero no para referirse y recurrir a él en cuanto resulte necesario, como ocurriría con cualquier otro antecedente relevante al efecto, para determinar las actividades que EUS desarrollaba antes de la firma de los pactos de no competencia pues esto, sí cae bajo su jurisdicción según las cláusulas compromisorias de LSCTS, que lo facultan, dada su redacción, en amplios términos. No pudiendo considerarse que el análisis de otro contrato, a fin de establecer la actividad llevada a cabo por una empresa en un momento determinado, signifique resolver una disputa relativa a debo contrato, pues el juez de la acción es juez de la excepción y la ausencia de competencia para resolver litigios derivados del AMC no conlleva que no pueda interpretarlo para decidir demandas bajo su competencia basadas en otros contratos, en este caso, en LSCTS.

2.1.3 Consideramos, contrariamente a lo que sostiene EUS, que no hay "incongruencia por exceso", y que los argumentos que ofrece el laudo en este particular, de los que también hay concreto reflejo y específica manifestación en sus apartados 165, 166 y 167, son absolutamente ajustados y razonables. Y así:

2.1.3.1 En lo concerniente a la pretensión principal, admitimos que el Tribunal Arbitral., que tampoco lo niega, interpretó el AMC. La pregunta sería entonces si al hacerlo, tal y como sostiene EUS, excedió la cláusula compromisoria de LSCTS invadiendo al propio tiempo la cláusula compromisoria del AMC.

La cláusula compromisoria de LSCTS señala, literalmente, que: "Todas las desavenencias que deriven de este contrato o que guarden relación con éste serán resucitas definitivamente de acuerdo con el Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio internacional por ir es árbitros nombrados conforme a dicho Reglamento. El arbitraje tendrá lugar en Ginebra y se desarrollará en español. Las partes podrán presentar documentos en idioma inglés siempre que ésta sea la lengua original en que se redactaron. Las partes hacen constar su compromiso de cumplir el laudo arbitral que se dicte".

Los pactos de no competencia forman parte de LSCTS y, por lo tanto, la controversia suscitada sobre la realidad de su incumplimiento por EUS y, en su caso, sobre su responsabilidad por el daño causado a consecuencia del incumplimiento constituye, a nuestro juicio de forma inequívoca, una desavenencia derivada de LSCTS. que, como tal debe ser decidida a través del arbitraje previsto en su cláusula compromisoria.

Pretender enervar una conclusión tan obvia objetando que para determinar si ha habido o no incumplimiento es necesario interpretar el AMC; que éste sólo se puede interpretar en el arbitraje del propio AMC y no en él de LSCTS, y que, por lo tanto, no se podía decidir en el arbitraje de LSCTS sobre el incumplimiento ni, por lo tanto, sobre sus posibles derivaciones y consecuencias, es algo que no resiste la más mínima crítica.

Primero, porque en la aplicación práctica de este motivo de oposición se ha de proceder a la luz del principio de la máxima eficacia. Debiendo considerarse, por ello, que la competencia del Tribunal comprende no sólo lo imprescindible, sino inclusive lo relevante o simplemente conducente a la decisión de la desavenencia arbitrable. Aunque es obvio que en nuestro caso interpretar el AMC, como la misma EUS reconoce, es absolutamente necesario para saber si la misma incumplió o no los pactos de no competencia y, por ello, no sólo relevante o simplemente conducente, sino auténticamente imprescindible.

Segundo, porque la cláusula compromisoria de LSCTS considera arbitrables no sólo las desavenencias que deriven de los mismos, sino también las que guarden relación con ellos. Y, aparte resultar obvio, es el propio discurso jurídico de EUS el que concede y admite

que el AMC guarda una estrecha relación con LSCTS. Por lo que necesariamente se debe concluir que la interpretación del AMC también está, a esos efectos, abarcada por la cláusula compromisoria bajo la que actúa el Tribunal Arbitral.

Tercero, porque de la cláusula compromisoria del AMC, que reza: "Las partes acuerdan someter a arbitraje la resolución definitiva de todas las cuestiones, conflictos y discrepancias que se susciten en virtud del presente contrato, y que se deban a su interpretación, a su cumplimiento, o a cualquier otro extremo", se pueden deducir al menos dos cosas:

La primera, que la interpretación del AMC, por sí misma, no forma parte de la materia arbitrable, aunque pueda ser causa o motivo, eso sí, de las cuestiones, conflictos o discrepancias susceptibles de suscitarse en virtud de éste y, una vez suscitados, de someterse, en su caso, a arbitraje.

Y la segunda, que en nuestro caso la interpretación del AMC no hace a una cuestión, conflicto o discrepancia suscitada en virtud del propio AMC, que es lo que constituye materia arbitrable en éste según su cláusula compromisoria, sino a una desavenencia derivada de LSCTS que tiene que ver con unos pactos de no competencia que se incluyeron en ellos y con la realidad o no de su incumplí miento por parte de la sociedad EUS, que os lo que constituye materia arbitrable en éstos según la suya (la cláusula compromisoria).

Cuarto, porque EUS reconoce la competencia del Tribunal Arbitral (pág. 46) "para resolver las cuestiones atinentes a la prohibición de competencia incorporada al Contrato de Compraventa, al Contrato de Adhesión y al Acuerdo de Accionistas", y reconocerle esa competencia negándosela al propio tiempo para resolver sobre la realidad de su incumplimiento y sus posibles derivaciones y consecuencias resulta, amén de ilógico y contradictorio, contrario a los propios actos de EUS, por lo que señalamos, a continuación.

Y quinto, porque EUS al firmar el Acta de Misión (AMS) procedió con el arbitraje sin reparos y en la seguridad de lo que el Tribunal debía arbitrar y decidir.

Interesa recordar ahora, antes que nada, que la causa de oposición es la de incongruencia por exceso, es decir, la que se producirla al sobrepasar el Tribunal los límites de sus facultades de decisión conforme a los términos de la cláusula compromisoria.

De este juicio de correspondencia, que tomaría como polos de comparación los términos de la cláusula compromisoria y la decisión arbitral, nos hemos ocupado en las consideraciones anteriores. Sin embargo, se puede objetar que ése es un juicio de comparación limitado c insuficiente porque se realiza en atención a los términos abstractos de la propia cláusula y porque, así las cosas, puede no coincidir con el que habría que realizar a la vista de cómo se hubieran podido actualizar en lo concreto dichos términos en el AMS. En este caso, y dado que lo anterior es sumamente razonable, el juicio de correspondencia tomaría como polos de comparación, por un lado, los términos de la cláusula compromisoria actualizados en lo concreto en el AMS y, por el otro, la decisión de los árbitros.

Pues bien, precisado lo anterior, reiteramos ahora lo que habíamos dicho a) principio: EUS procedió con el arbitraje sin reparos y estando segura de qué era lo que el Tribunal debía arbitrar y decidir conforme a lo precisado en el AMS que fue firmada al efecto.

Aunque el Tribunal Arbitral, en uso de la facultad conferida por elart 18.1.d) del.

Reglamento de la Cámara de Comercio Internacional(RCCI), no consideró adecuado lisiar los puntos litigiosos, dejó claro (pág. 8 AMS) que los que iban a ser resueltos eran, literalmente, "los que resulten de las presentaciones y argumentaciones de las Partes quesean pertinentes y necesarias para decidir las respectivas pretensiones y defensas interpuestas en este arbitraje".

Según lo precisado en el AMS, como salta a la vista, en temimos de gran amplitud, la misión del tribunal era decidir las respectivas pretensiones y defensas interpuestas en el arbitraje a tenor de las presentaciones y argumentaciones de las partes pertinentes y necesarias para ello.

Pues bien, lo establecido a lo largo de las págs. 4 a 8 AMS, en las que se resumen las posiciones de las partes, exponiéndose sumariamente las pretensiones y peticiones de las demandantes, así como los hechos, argumentos y peticiones de la demandada, determina de forma clara e indubitada cuál era la misión del Tribunal y cuáles, por consiguiente, las cuestiones que debía arbitrar y resolver, que son de forma patente para cualquiera las que aparecen decididas en el laudo arbitra!, por lo que no cabe acusar al Tribunal en absoluto de haber actuado con exceso.

Acabamos este extremo puntualizando que nada obsta a lo anterior el que EUS sostuviera, para el caso de llegarse a entender que estaba sujeta a la prohibición de competencia (paja. 8 AMS), que "todo pronunciamiento sobre las pretensiones de las demandantes interpuestas en estas actuaciones están sujetas a la decisión de cuestiones preliminares o prejudiciales que deben ser resueltas bajo el Acuerdo Marco de conformidad con el mecanismo arbitral previsto en su Cláusula Vigésimosegunda" o que luego propusiera una excepción de competencia limitada, pues eso, incluido entre sus defensas era, como todas las demás y al igual que las pretensiones de las demandantes, parte de la materia arbitrable y, por lo tanto, susceptible de estimarse o desestimarse, pues "el juez de la acción es el juez de la excepción", siendo consciente de esto EUS por conocer dichas pretensiones y la voluntad del Tribunal, al quedar precisada su misión en términos de gran amplitud, de decidir (y volvemos a recogerlo tal y como quedó plasmado en el acta) "las respectivas pretensiones y defensas interpuestas en este arbitraje" resolviendo a tal efecto cuantos puntos litigiosos "resulten de las presentaciones y argumentaciones de las Partes que sean pertinentes y necesarias" para ello, pese a lo cual EUS, como antes decíamos, procedió con el arbitraje firmando sin reparos el AMS tal y como la misma quedó configurada.

2.1.3.2 En lo concerniente a la pretensión subsidiaria, apañe todo lo anterior, susceptible en lo esencial de trasladarse aquí mutatis mutandis, señalaremos, simplemente, lo siguiente:

Primero, que la posición de EUS resulta, en sí misma, contradictoria, pues no da cuenta, de cómo es posible, sin' vulnerar el principio lógico de no contradicción, separar lo subsidiario de lo principal si tanto en uno como en otro caso la oposición se fundamenta en realidad en una misma circunstancia: ser las concretas pretensiones condenatorias consecuencia de la previa declaración de incumplimiento de los pactos de no competencia incorporados a LSCTS y ésta, consecuencia, a su vez de la interpretación que, excediéndose de la cláusula compromisoria de LSCTS e invadiendo la recogida en el AMC, realiza el Tribunal Arbitral de la extensión objetiva del citado AMC.

Segundo, que, por lo tanto, la estimación parcial del exequátur no constituye una alternativa viable. No pudiendo considerarse de aplicación el último inciso de la letra c), del núm. 1, del art. V del CNY, dado que no cabe separar a estos efectos la decisión relativa a

la indemnización por lucro cesante Tipo I del resto de las decisiones del laudo arbitral sobre la base de que aquélla, a diferencia de las demás, no ha sido sometida al arbitraje, cuando lo cierto y verdad, como Hemos podido comprobar, es que al arbitraje se sometieron todas.

Y finalmente, que cuando el laudo ser refiere a los clientes de FTE está haciendo alusión, como no podía ser de otra forma a la vista del contenido del pacto de no competencia cuyo eventual incumplimiento está en la base de la discusión, al conjunto de personas que, un momento de firmarse aquél, utilizaban los servicios de telefonía móvil prestados por el único operador de telefonía móvil que, como tal, podía y estaba en disposición de hacerlo, y que no era EUS, sino FTE. Pero eso, que el laudo reconoce de forma indisimulada, no significa que éste niegue todo valor a la aportación de EUS respecto de los clientes integrados en la cartera que se fue generando y consolidando durante la vigencia del AMC.

Eso es lo que EUS intenta hacer creer cuando señala con reiteración que el laudo se ha pronunciado sobre la titularidad de la clientela, para sostener, acto seguido, que al hacerlo, el laudo ha prejuzgado la liquidación del AMC reservada al arbitraje previsto en su propia cláusula compromisoria. Sin embargo, es manifiesto que eso que dice EUS no es lo que dice el laudo.

Que los árbitros fueron muy conscientes desde el primel1 momento de cuáles eran los limites de sus facultades de decisión es algo que forma parte del espíritu que impregna el completo contenido del laudo arbitral y que, por si quedaran dudas, corrobora la redacción de sus apartados 165, 166 y 167 en los que, de forma expresa y radicalmente rotunda, se deja claro que los árbitros no se están pronunciando sobre el valor llave o clientela del AMC, ni sobre la determinación de la participación en ese valor de FTE o EUS, ni sobre la liquidación del AMC, pues, y recogemos literalmente sus manifestaciones n si bien el AMC llegó a su fin, no existen evidencias de que se haya procedido a liquidar la relación jurídica y económica objeto del AMC ni las bases sobre las que los activos de dicho emprendimiento -incluido el valor llave o clientela- son atribuibles o distribuibles al llegar el AMC a su término. Además subsisten diferencias entre las Partes acerca de la naturaleza y alcances del AMC y de las obligaciones recíprocas de las Paires bajo el mismo, cuestiones cuya determinación, seguramente, no estará desprovisto, de consecuencias para los derechos o reclamos de cada una de ellas baja dicho Acuerdo y su liquidación, incluidos aquellos concernientes a la clientela o valor llave. Sin embargo, por voluntad de las Partes, tales determinaciones no han sido encomendadas a este Tribunal Arbitral y habrán de ser dilucidadas por árbitros designados de conformidad con la cláusula arbitral del AMC", y también "cualquiera que haya sido la clientela adquirida a través del AMC, el objeto de este arbitraje no es pronunciarse al respecto ni determinar los derechos respectivos de FTE/Retevisión y Euskaltel como consecuencia de la terminación y eventual liquidación del AMC"; y asimismo "luego de considerar la clientela emigrada hacía Euskaltel (es decir, aquélla cuya enumeración se encontraba originariamente en cabeza de Retevisión y luego se mudó a Euskaltel), lo que por lo menos está en juego en las presentes actuaciones es cuantificar el daño que dicha migración importa, cuestión distinta ésta de la de determinar la participación de Retevisión/FTE y de Euskaltel en el valor llave del AMC" y, finalmente, , el hecho de que Euskaltel no haya agotado como instancia previa a su accionar como OMY a través de la red Vodafone la liquidación del AMC y la eventual determinación de la participación de Euskaltel y Rete visión en los activos y pasivos resultantes del AMC a las resultas de dicha liquidación no es causal válida que impida a este Tribunal Arbitral proceder a dicha cuantificación".

No pudiendo deducirse nada diferente de lo consignado en el dictamen Nera, en el que esencialmente se apoya el laudo, y del que ahora conviene resaltar:

Primero, que es el propio dictamen Mera (Nera II, pág. 9) el que reconoce que la cuestión referida a la propiedad de los clientes "es de naturaleza esencialmente legal y no económica" y el que asevera más adelante (pág. 11) que "el informe Nera no entra en análisis legales".

Segundo, que es verdad que el dictamen Nera se plantea si los clientes "eran de FTE o no"; también. que reconoce, como una obviedad, que "si los clientes eran de EKT no procedería la indemnización por pérdida de clientela", y también, que ha realizado su análisis trabajo la hipótesis de que eran clientes de FTE" (Nera II, pág. 9). Sin embargo, y aun siendo verdad lo anterior, deducir de todo ello que el dictamen Nera (y, por derivación, el laudo arbitral que lo asume en lo esencial) considera que los clientes son de FTE en el sentido que parecería estar propugnando EUS (que el valor que pudiera representar la clientela captada bajo la vigencia del AMC al momento de su finalización pertenece de forma exclusiva y excluyente a FTE sin que EUS tenga en aquél ningún derecho o participación) constituye un salto lógico de enormes proporciones.

Tercero, que la interpretación más lógica, ajustada y congruente al contenido del dictamen es la que efectúa y recoge el propio laudo. Pues el dictamen. Nera, rectamente entendido, simplemente se limita a constatar una realidad: la de un conjunto de personas receptoras de servicios de telefonía móvil prestados por la única entidad operadora que, como tal, podía y estaba facultada para hacerlo, FTE.

Y cuarto, que éste es el único sentido en el que el dictamen Nera (otra vez Nera II, pág. 9) habla de clientes de FTE y no de EUS. Siendo ésta la hipótesis, ciertamente, bajo la que Nera llevó a cabo su análisis, ya que, y recogemos todas estas maní (estaciones del propio dictamen y literalmente: "Nera da por supuesto que los clientes que solicitaron a FTE la potabilidad del número de teléfono para irse con EUS eran clientes de FTE" y "este supuesto no es contrario a la realidad, toda vez que el propio concepto di por habilidad conlleva el cambio de clientes de un operador a otro"; y también "se trata de cuentes de servicios de telefonía móvil y, antes de la solicitud de potabilidad, EKT no era un operador de telefonía móvil, no tenía licencia para prestar servicios de telefonía móvil, y no prestaba servicios de telefonía móvil, y los números en cuestión estaban asignados a FTE"; y además "EKT sólo comenzó a prestar estos servicios en enero de 2007, cuando se convirtió en operador móvil virtual y empezó a aplicarse el contrato de alquiler de la red de telefonía móvil de Vodafone"; pues "hasta entonces, los clientes en cuestión utilizaban la red de telefonía móvil de FTE", por lo que, "el modelo de lucro cesante tipo I se basa en el hecho de que los clientes que cambiaron de FTE a EUS eran efectivamente de FTE"; pues "sería contradictorio afirmar que eran de EKT cuando no tenía ni red propia de infraestructura de telefonía móvil ni acceso directo a la red de telefonía móvil de un tercer operador, además, es necesario tener una licencia para prestar servicios de telefonía móvil en España y EKT no tuvo una hasta que llegó a un acuerdo con Vodafone".

Ni el dictamen Nera ni el laudo sostienen por lo tanto, en el sentido que entiende EUS, que la titularidad de los clientes fuera de FTE.

El laudo, lo repetimos por última ves:, no considera ni establece en ningún momento, ni de forma definitiva ni prejudicial, que el valor que pudiera representar la clientela captada bajo la vigencia del AMC al momento de su finalización pertenezca de forma exclusiva y excluyente a FTE sin que a EUS le quepa en dicho valor derecho o participación, lo que por afectar de forma manifiesta e incuestionable a la liquidación del AMC, sí excedería claramente de la cláusula compromisoria de LSCTS y quedaría comprendido dentro de la cláusula compromisoria del AMC.

Cuando alude a los clientes de FTE y no de EUS se refiere, simplemente, a la realidad representada por el conjunto de las 236.046 personas que, utilizando hasta el momento en que EUS incumplió los pactos de no competencia, la red de telefonía móvil de FTE y cuyos números estaban asignados a ésta, cambiaron o portaron su número a EUS cuando, en incumplimiento de aquellos pactos, empezó a prestar servicios de telefonía móvil en competencia con FTE como operador móvil virtual por cuenta propia.

Es ese conguito de personas considerado como evidente fuente de lucro de la que FTE dejó, a partir del incumplimiento por parte de EUS, de extraer, como basta entonces había hecho, las correspondientes ganancias, la que se cataloga como clientela de FTE a, lo que es lo mismo, como base sobre la que calcular, y a esos únicos efectos, la indemnización por lucro cesante Tipo I.

La argumentación de EUS critica, en definitiva, una realidad que no existe.

2.2 Entre las casual es denegatorias del exequátur que debe apreciar de oficio la autoridad encargada del control, pero que nada impide se puedan alegar también por la parte incluye el CNY en la letra b). del núm. 2, de su art. V la que a continuación recogemos literalmente: "que el reconocimiento o la ejecución de la sentencia serían, contrarios al orden público de ese país".

2.2.1 EUS alega en este punto haber sufrido indefensión como consecuencia de la extralimitación competencial del tribunal arbitral que califica de "palmaria" y a la que atribuye, también, "innegables" consecuencias derivadas sobre el derecho reconocido en elartículo 24 CEal Juez natural y a obtener la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales en el ejercicio de derechos e intereses legítimos.

2.2.2 Es manifiesto, sin embargo, por lo que con anterioridad hemos razonado, que el tribunal arbitral no ha incurrido en exceso o extralimitación competencial alguna, por le que se debe descartar que el laudo resulte contrario al orden público. En definitiva, al Taltal1 el antecedente condicionante (la alegada " extralimitación") no es posible establecer o alcanzar el consecuente condicionado (las también alegadas violaciones del derecho al juez natural y a obtener la tutela efectiva en el ejercicio de los derechos e intereses legítimos, sin que pueda producirse indefensión).

La causal opositora se desestima.

3. SEGUNDA CAUSA DE OPOSICIÓN. "Concurrencia de la causa de oposición prevista en el artículo V.2.B) del CNY. El reconocimiento del Laudo de la Mayoría es contrario al orden público español Vulneración del Derecho español y comunitario en materia de competencia. Nulidad de la cláusula restrictiva de la competencia respecto de Euskaltel por falta de preceptiva autorización de las autoridades españolas y comunitarias de la competencia".

3.1 Se vuelve a aducir aquí la causal denegatoria del art. V.2.b) del CNY, al considerar ahora que el reconocimiento del laudo de la mayoría es contrario al orden público por vulnerar el Derecho español y comunitario en materia de competencia.

3.2 Las alegaciones de EUS en es fe punto se desarrollan en las págs. 70 a 101 de su escrito de oposición.

Tras referirse al concepto general de orden público (págs. 70 a 75), a la invocación

por su parte en el procedimiento arbitral de la nulidad de la cláusula de prohibición de competencia recogida en LSCTS respecto de ella por su condición de socio minoritario de Auna (págs, 75 a 81), al laudo de la mayoría (págs. 81 a 85) y al voto particular (págs. 85 a 91), EUS razona la necesaria denegación del exequátur por "vulneración del orden público interno e internacional" a través de una argumentación estructurada en tres apartados a los que pone por título "Carácter de orden público de la normativa española, y comunitaria en materia de competencia" (págs. 91 a 94), "Vulneración por el Laudo de la Mayoría de la referida normativa de la competencia. Nulidad conforme a la misma de la prohibición de competencia respecto de un socio minoritario como era Euskaltel" (págs. 94 a 98) e "Intervención en el presente proceso de la Comisión europea" (págs. 98 a 101), respectivamente. Lo que EUS argumenta es:

Por un lado, que la vulneración de las normas reguladoras del Derecho de la competencia ha sido reconocida como cuestión de orden público susceptible de alegarse tanto como causa de oposición a un exequátur solicitado, como en la solicitud de anulación de un laudo y que, por ello, habrá de rechazarse el reconocimiento de un laudo arbitral que infrinja normas esenciales del extenso ordenamiento comunitario, pudiendo el Tribunal de control, cuando la infracción de una norma de orden público no resulta evidente a la vista de la mera lectura del fallo, revisar el sustrato fáctico del caso, examinar la prueba practicada e incluso practicar nueva prueba.

Y por otro, que el laudo de la mayoría, al dar validez, eficacia, a la prohibición de competencia respecto de EUS por entenderla autorizada por la Comisión Europea (CE) en el marco de una operación de concentración económica, infringe tanto la normativa española como la comunitaria en materia de competencia y por tanto el orden público.

A juicio de EUS, el incumplimiento de la normativa española reside en que la cláusula restrictiva de la competencia no fue notificada al Tribunal de Defensa de la Competencia al objeto de recabar su preceptiva autorización como exigía la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia. Y dicha autorización era necesaria en la medida en que no era una restricción accesoria que le hubiera eximido de autorización específica, por lo que señalaba de un pacto restrictivo de la competencia y, por tanto, exigía autorización singular de dicho tribunal con la consecuencia de su nulidad si no se obtenía. No pudiendo aceptarse según ella que, como sostiene FTE, tal autorización no fuese necesaria al haberse autorizado la prohibición de competencia por la CE con ocasión de autorizar la operación de concentración económica. Pues lo cierto es, siempre a juicio de EUS, que ni tal autorización existió, ni en ningún caso al amparo de la normativa comunitaria puede considerarse una restricción accesoria (argumentos principal y subsidiario en que se sustenta el Latido de la Mayoría).

En este sentido, y teniendo en cuenta:

La notificación efectuada el 20-9-2005 por FTE a la CE, conforme al Reglamento CE 139/2004 sobre el control de las concentraciones entre empresas (RCC), de la adquisición de control exclusivo sobre la sociedad Auna.

Que las partes de dicha notificación, al referirse a la operación de concentración económica, son FTE y Auna, no EUS.

Que de la notificación resultaba que la operación de concentración derivaba de la compra por FTE del 80% de las acciones de Auna a sus accionistas principales (Endesa. Banco de Santander y Unión Fenosa) que se instrumentaba en el Contrato de Compraventa de 29-7-2005 (CV) que se incluía en la notificación.

Que la notificación mencionaba a accionistas minoritarios, entre ellos EUS, que serían invitados a vender sus acciones a FTE.

Que la operación se autorizó el 24-10-2005.

Y que EUS, que era un minoritario, se adhirió el 31-10-2005, después de la autorización, y suscribió el Acuerdo de Accionistas (AA) el 8-11-2005.

Teniendo en cuenta todo lo anterior, decíamos, EUS estructura las proposiciones, a partir de las que incontestablemente se concluye a su juicio que la decisión del laudo de la mayoría reconociendo validez a la prohibición de competencia vulnera la normativa comunitaria su materia de competencia y, por tanto, el orden público español, a través de la siguiente cadena argumentativa:

La finalidad de las prohibiciones de competencia impuestas sobre el vendedor es, según la Comunicación de la Comisión del año 2005 sobre restricciones accesorias, proteger el valor de la inversión del comprador e impedir que el vendedor se apropie de la clientela o know-bow de la empresa que transfiere, y esto no es de aplicación a un accionista minoritario, no de control, que vende su participación.

La citada Comunicación afirma expresamente, en la sección dedicada a empresas en participación, que no serán accesorias las cláusulas de no competencia sobre accionistas que carezcan de control.

No existe ningún precedente en la CE en que se haya considerado accesoria una obligación de no competencia sobre un accionista carente de control.

La CE solo puede aprobar como restricciones accesorias las situaciones nuevas (no previstas en la Comunicación ni en decisiones previas publicadas por la CE) a instancia del notificante (FTE Auna en nuestro caso), debiendo además ¡a CE declararlas expresamente como accesorias.

Al ser EUS un accionista no de control la prohibición impuesta sobre ella era una situación nueva, por lo tanto su consideración como restricción accesoria exigía solicitud expresa del notificante FTE y declaración expresa como accesoria de la CE.

Y FTE nada solicitó y, por lo tanto, la CE no la mencionó y mucho menos la declaró accesoria.

3.3 Hemos de partir, ciertamente, de que el Derecho de la competencia es uno de los ámbitos especialmente cono emitios por el derecho internacionalmente imperativo y, por ello, por el orden público que ha de ser tenido en cuenta en la función de control postarbitral, en la que debemos actuar conforme al canon de razonabilidad al que ya nos hemos referido.

3.3.1 La motivación del laudo sobre la validez legal, conforme a las normas aplicables en materia de defensa de la competencia, de las cláusulas de no competir incluidas en LSCTS se contiene en las págs. 25 a 32, concretamente en sus apartados 101 a 128. Y así:

El laudo determina, en primer lugar, las posturas de ambas partes y establece, de forma sintética, la tesis de la demandada (apartados 101 a 103).

Considera que la cuestión debe resolverse conforme al Reglamento CE núm, 139/2004, de 20 de enero de 2004, sobre el control de las concentraciones entre empresas (RCC) al que ambas partes se refieren en sus argumentaciones y asimismo, que la Comunicación de la Comisión (2005/C 56/03).sobre las restricciones directamente vinculadas a la realización de una concentración y necesarias a tal fin (COM) es igualmente atinente para determinar tales cuestiones (apartados 104 y 105).

Luego, consigna determinadas disposiciones que considera de relevancia: los parágrafos 10, 12, 13, 17, 18, 19 y 20 de la COM, así como, también, el art. 21 (2) y (3) del RCC (apartados 106 a 110).

Tras lo anterior (y partiendo de que la concentración económica es de dimensión comunitaria y ha sido aprobada por la Comisión; de que las autoridades españolas en materia de defensa de la competencia observan los criterios seguidos por la CE y las disposiciones de Derecho europeo aplicadas por ésta; y de que el considerando 17 del RCC atribuye a la CE ".. jurisdicción exclusiva para la aplicación..." de dicho RCC "... sujeta a la revisión del Tribunal de Justicia...") plantea el problema en los siguientes términos: "sí se establece que los alcances de la aprobación por la CE de la concentración se extienden a las estipulaciones relativas a los accionistas restantes (incluida EUS), no procederá considerar la aplicación posible del derecho español en materia de defensa de la competencia al respecto ni la intervención de las autoridades españolas para entender en la validez de dichas estipulaciones" (apartado 111).

Acto seguido, razona por qué todos los contratos hacen al principal objeto de la concentración económica y son parte integrante de ésta en el sentido marcado por el parágrafo 10 COM. Planteándose, entonces, la objeción de la demandada de que al momento de aprobarse la concentración por la CE los accionistas restantes, incluida EUS, no habían firmado ni el Contrato de Adhesión de 31-10-2005 (CA) ni el AA y ni siquiera existía certeza de que lo fueran a hacer en el futuro, circunstancia por la cual la aprobación por la CE no podía extenderse a dichos contratos ni a las estipulaciones en ellas contenidos, respondiéndola desde una perspectiva global, la de todos los accionistas restantes, e individual, la de la propia EUS; refiriéndose, asimismo, a la mención y descripción específicas de las desinteligencias entre Auna, Retevisión y EUS, unidas al tratamiento también específico en las estipulaciones del CA y del AA de las Cajas accionistas controlantes de EUS, como elemento elocuentemente revelador de la trascendencia que para FTE representaban los resguardos ofrecidos por tas estipulaciones de no competencia en caso de una posible conducta competidora de EUS como posible derivación de dichas desinteligencias si no fuesen superadas (apartados 112 a 116).

Concluyendo que la CE miró y necesariamente estudió el CA y el AA y las estipulaciones sin distinguir entre contratos definitivos o borradores, y que al aprobar la concentración también evaluó y aprobó tales contratos y las estipulaciones como parte integral o elemento constitutivo de la concentración más allá de cualquier modificación o alteración no sustancial de sus textos. Añadiendo, finalmente, como circunstancias que confirmarían su conclusión, otras tres consideraciones: la primera, referida al hecho de que, al contraído de la Decisión de la CE, de 19-5-1998 (Asunto núm. IV/M.1132, BT/ESB), en su decisión aprobatoria de la concentración económica, la CE no declaró que no se pronunciaba sobre los borradores adjuntos; la segunda, que no hay constancia de que dicha decisión de la CE haya sido objeto de cuestionamiento o recurso alguno; y la tercera, que EUS durante el arbitraje no argumentó la existencia de una posible discrepancia entre los borradores de los contratos y los textos firmados en definitiva, en apoyo de su postura de que la CE no habría aprobado las estipulaciones (apartado 117).

A continuación, afirma que no cabría alcanzar conclusión diferente si las estipulaciones no fueran consideradas parte integrante de la Concentración Económica, sino restricciones accesorias en el sentido del Parágrafo 10 de la COM (apartado 118).

Centrado ya en esta segunda perspectiva, lo primero que hace es glosar los considerandos 2, 3 y 6 de la COM (apartados 119, 120 y 121).

Seguidamente, establece por qué decidir sobre las cuestiones relativas a si las estipulaciones son restricciones accesorias a la concentración económica forma parte de la misión que le ha sido encomendada. Señalando, en este sentido que no considera que las cuestiones suscitadas por la validez o aplicación de las estipulaciones en materia de restricción de la competencia en los contratos, consideradas como restricciones accesorias, constituyan un caso novedoso en el sentido del considerando 6 COM, y que ninguna de las partes ha hecho alegaciones en tal sentido o indicado que se ha dirigido a la CE para que se pronuncie de conformidad con el considerando 21 del RCC; que por lo tanto, no hay elementos para entender que dichas cuestiones se encuentran comprendidas dentro de la jurisdicción residual de la CE o de su jurisdicción exclusiva, conforme a los considerandos 21 del RCC y 3 de la COM, y el considerando 17 del RCC, respectivamente; que así las cosas, la decisión corresponde, atendido el considerando 2 de la COM, a los tribunales nacionales; pero que ninguna de las partes ha acudido a ellos, si no que, por el contrarío, a través de sus escritos y argumentaciones, han sometido la decisión de dichas cuestiones al Tribuna) Arbitral (apartado 122).

Razonando en el apartado siguiente (el 123) por qué dichas estipulaciones de no competencia tienen la consideración de restricciones accesorias. Señalando en este sentido, nuevamente, que las estipulaciones jugaron un papel trascendente en asegurar una transición suave hacia la nueva situación originada (considerando 12 de la COM) y que las conductas competitivas perjudicarían el valor de la empresa adquirida (considerandos 17 y 18 COM). De lo que concluye, tras considerar que dichas consideraciones son también aplicables a EUS y referirse otra vez a las desavenencias existentes entre ésta y Auna y a su importancia para entender lo ocurrido, que en ese marco, y ante la posible y predecible interferencia de un accionar competidor de EUS, las estipulaciones jugaban el papel "de impedir una implementación de la Concentración Económica, bajo condiciones más inciertas, considerablemente más dificultosas, a un costo mayor, y dentro de un marco litigioso que acentuase el impacto económico negativo y desgastante sobre el valor del emprendimiento adquirido inherente a toda invasión competidora en los mercados" (considerando 13 de la COM).

Concluyendo, desde esta segunda perspectiva, y tras razonar también (apartados 124 y 125) por qué FTE no puede ser calificada como una "empresa en participación" en el sentido que cabe atribuir a ese término en la COM o en elart. 3(4) del RCC, que al aprobar la operación la CEnecesariamente aprobó también las estipulaciones como restricciones accesorias que guardaban relación directa con la concentración y contribuían a asegurar la adquisición por FTE del valor total del emprendimiento por ella adquirido.

Cerrándose la argumentación del laudo, tras cita previa del considerando 37 del RCC y llamada de atención: sobre lo que no consta (que la decisión de la CE aprobando la concentración haya sido objeto de cuestión amiento o recurso alguno) sobre lo que EUS, pese a poder, no hizo (dirigirse a la CE como empresa afectada o tercero interesado para que ésta aclarase el sentido y alcance de su decisión, lo que le hubiera permitido no proceder a la suscripción del CA y del AA, aun menos a la venta de sus acciones, antes de obtener tal aclaración o despejar sus dudas), y, al contrario sobre lo que sí hizo (suscribir el

CA y el AA y aceptar el precio de compra de sus acciones pactado libremente con FTE sin reserva alguna), con una explícita referencia al principio de la buena fe y a losarts. 7.1y125 8 del Código Civil(apartados 127 y 128).

3.3.2 Pues bien, atendido lo anterior considerarnos evidente:

Que el laudo está motivado.

Que dicha motivación contiene una fundamentaron jurídica que permite conocer que la decisión arbitral es fruto de una interpretación y aplicación del Derecho plenamente reconocible.

Y que la misma no puede considerarse arbitraria, ni manifiestamente irrazonada o irrazonable, ni aquejada de error patente.

Si acaso, lo más que cabría criticar del laudo sería su consideración de que todos los contratos hacen al principal objeto de la concentración económica y son parte integrante de ésta en el sentido marcado por la primera hipótesis contemplada por el considerando 10 de la COM. Mas no, en modo alguno, que las estipulaciones de no competencia deban ser conceptuadas como restricciones accesorias de las referidas en ese mismo considerando. Y así:

El considerando 10 de la COM señala que: "Una concentración consiste en una serie de disposiciones contractuales y acuerdos que confieren el control a tenor delapartado 2 del artículo 3 del Reglamento de Concentraciones" y que: "Todos los acuerdos que elevan a electo el objeto principal de la concentración, como los relacionados con la venia de acciones o activos de una empresa, forman parte integrante de la operación".

Dado que una concentración consiste en una serie de disposiciones contractuales y acuerdos que con a eren el control, deberían ser estas disposiciones y acuerdos que lo comieren y no otros que no lo hacen los que según el propio considerando, llevaran a efecto el objeto principal de la concentración.

En el caso, la adquisición del control por FTE no fue resultado del CA del AA o de las estipulaciones de no competencia. FTE obtuvo el control con la adquisición de 29.154.052 acciones de Auna, representativas del 79,29% de su capital social, sin perjuicio de posteriores adhesiones que, de producirse, incrementarían la adquisición de acciones.

Así las cosas, podría considerarse razonable sostener que la fundamentación del laudo en este punto no hace, en realidad, a la primera hipótesis del considerando 10 de la COM (acuerdos que, por llevar a efecto el objeto principal de la concentración, forman parte integrante de la operación), sino, realmente, a la segunda (aquellos otros que pueden celebrar las partes de la concentración que no forman parte integrante de la operación, pero que limitan su libertad de actuación en el mercado, y que, si contienen restricciones accesorias, hace que éstas queden automáticamente cubiertas por la decisión de compatibilidad de la concentración con el mercado común). Incluso cabría argumentar que así lo demostraría, entre otras cosas, la cita en su apartado 114 del considerando 12 de la. COM o que en el 123, cuando ya se está razonando sobre las estipulaciones de no competencia desde su caracterización como restricciones accesorias, se haga una remisión a los apartados 114 a 116 dedicados, en realidad, a la cuestión, previa, de si deben ser considerados "parte integrante de la operación".

De aceptarse esta mirada, lo lógico sería concluir que la argumentación sobre la

primera hipótesis del considerando 10 de la COM resulta más aparente que real. Y que una cosa es que el CA. el AA y las estipulaciones de no competencia formasen parte integrante de la documentación que se remitió a la CE. incluso de la que esta miró, estudió y aprobó, y otra bien distinta que por ello deban ser considerados acuerdos "de los que llevan a efecto el objeto principal de la concentración".

En cambio, la argumentación sobre el carácter de restricciones accesorias de las estimulaciones de no compelérsela si por algo se califica, a nuestro juicio, es por su completitud, consistencia, minuciosidad y ajustado acomodo a las fuentes normativas de referencia.

El considerando 2 de la COM establece que: "La modificación de las normas que regulan la evaluación de las restricciones directamente vinculadas a la realización de la concentración y necesarias a tal fin (en adelante denominadas restricciones accesorias) introduce el principio de autoevaluación de estas restricciones. Este hecho refleja la intención del legislador de no obligar a la Comisión a evaluar y tratar individualmente las restricciones accesorias. El tratamiento de las restricciones accesorias con arreglo al Reglamento de Concentraciones se explica en el considerando 21 de dicho Reglamento, que rea así: Las decisiones de la Comisión por las que se declare que las concentraciones son compatibles con el mercado común en aplicación del presente Reglamento deberían cubrir automáticamente dichas restricciones, sin que la Comisión tenga que evaluar estas restricciones individualmente. Aunque este considerando persigue que la Comisión ejerza una función residual cuando se planteen cuestiones nuevas o sin resolver que den lugar a auténtica incertidumbre en todos los demás casos corresponde a las propias empresas afectadas determinar en qué medida en una operación sus acuerdos resultan accesorios. Las diferencias en cuanto a si las restricciones están directamente vinculadas a la realización de la concentración y son necesarias a tal fin y, por consiguiente están cubiertas automáticamente por la decisión de compatibilidad de la Comisión pueden resolverlas los tribunales nacionales".

El considerando 3 de la COM dispone que: "La función residual de la Comisión se trata en el considerando 21 del Reglamento de concentraciones, en el que se declara que a instancias de las empresas afectadas, en aquellos casos que presenten "cuestiones nuevas o sin resolver que den lugar a auténtica incertidumbre, la Comisión deberá evaluar expresamente el carácter accesorio de las restricciones. Seguidamente el considerando define "una cuestión nueva y sin resolver que suscita auténtica incertidumbre" como una cuestión que no está de "cubierta por la pertinente comunicación de la Comisión en vigor o por mía decisión publicada de la Comisión".

El considerando 4 de la COM señala que: "Para mayor seguridad jurídica de las empresas afectadas, la presente Comunicación explica cómo debe interpretarse el concepto de restricción accesoria. Las explicaciones que se ofrecen en las secciones siguientes reflejan la esencia, práctica de la Comisión y sientan los principios que hay que seguir para evaluar en que medida los tipos más comunes de acuerdos constituyen una restricción accesoria".

El considerando 6 de la COM establece que: "Por lo tanto, un asunto plantea una "cuestión nueva o sin resolver que suscita auténtica incertidumbre" si las restricciones no están cubiertas por la presente comunicación y no han sido previamente tratadas por la Comisión en sus decisiones publicadas. Como prevé el considerando del Reglamento de Concentraciones, a instancias de las empresas afectadas, la Comisión evaluará expresamente estas restricciones en tai es casos. Dentro de los límites que imponen las exigencias de confidencialidad, la Comisión dará la publicidad oportuna a este tipo de

evaluaciones que desarrollan los principios establecidos en la presente Comunicación".

El considerando 10 de la COM dispone que: "Una concentración consiste en una serle de disposiciones contractuales y acuerdos que confieren el control a tener delapartado 2 del artículo 3 del Reglamento de Concentraciones. Todos los acuerdos que llevan a electo el objeto principal de la concentración, como los relacionados con la venta de acciones o activos de una empresa, forman parte integrante de la operación. Adenitis de estos acuerdos y disposiciones, las partes de la concentración pueden celebrar otros acuerdos que no formen parte integrante de la misma pero que limiten su libertad de actuación en el mercado. Si estos acuerdos contiene restricciones accesorias, éstas quedan automáticamente cubiertas por la decisión de compatibilidad de la concentración con el mercado común".

El considerando 11 de la COM señala que: "Los criterios de vinculación directa y de necesidad son de naturaleza objetiva. Las restricciones no están directamente vinculadas a la realización de una concentración y no son necesarias a tal fin por el mero hecho de que las partes así lo consideren".

El considerando 12 de la COM establece que: "para que una restricción esté directamente vinculada a la realización de la concentración, tienen que estar estrechamente relacionada con la concentración. No basta con que un acuerdo se haya concluido en el mismo contento o al misino tiempo que la concentración (en nota a píe de página la propia COM aclara que "del mismo modo, una restricción podría, si se cumplen todos los demás requisitos, éstas directamente vinculada a una operación aunque no se hubiera convenido al mismo tiempo que el acuerdo por el que se ejecuta el objeto principal de la operación"). Las restricciones directamente vinculadas a la concentración están vinculadas, desde el punto de vista económico, a la operación principal y su objeto es permitir una transición suave hacia la nueva estructura de la empresa una vez realizada la concentración".

Y el considerando 13 de la COM dispone que: "Los acuerdos han de ser necesarios para la realización de la concentración, lo que significa que, en su ausencia, no se podría llevar a efecto la concentración o sólo podría realizarse en condiciones más inciertas, con costes considerablemente superiores, en un periodo de tiempo bastante más largo o con mucha más dificultad. Por lo general, reúnen estos criterios los acuerdos destinados a proteger el valor transferido, preservar la continuidad del suministro tras la disolución de una antigua entidad económica o permitir la puesta en marcha de una nueva entidad. A la hora de determinar si una restricción es necesaria o no, no sólo conviene tener en cuenta su naturaleza, sino que también hay que asegurarse de que su duración, contenido ámbito geográfico de aplicación no exceden de lo que requiere razonablemente la realización de la concentración. Cuando existan alternativas de eficacia idéntica para lograr al objetivo legítimo apetecido, las empresas deberán escoger la que, desde un punto de vista objetivo, restrinja menos la competencia".

Pues bien, centrándonos exclusivamente en lo esencial, pues la profundidad y solidez argumentativa del laudo, nos ahorra tener que abundar (sus razonamientos en torno al fenómeno de la empresa en participación y la buena fe, y sus conclusiones en este punto sobre la base de lo establecido por el considerando 40 de la COM y el art. 3.4 del RCC, así como por el considerando 37 del RCC -a concordar con su art. 18- y los arts. 7.1 y 1258 del CCV, respectivamente, tampoco se pueden considerar arbitrarias, manifiestamente irrazonadas o irrazonables o aquejadas de error patente), simplemente destacaremos desde el plano de la razonabilidad que nos corresponde comprobar, y de forma muy resumida:

Que es razonable que el laudo descarte que el asunto plantee una cuestión nueva,

ello por las razones que ofrece y, fundamentalmente, por considerar que a partir de los principios establecidos por la COM (que en la práctica de análisis y evaluación necesariamente hay que tener en cuenta y sobre los que ulteriormente razona de forma extensa y pormenorizada), se puede determinar, con certidumbre, que los acuerdos de no competencia constituyen una restricción accesoria cubierta por la COM (considerando 6 COM).

Que también es razonable que, al no considerar planteada una cuestión nueva, descarte el ejercicio de la función evaluadora individualizada y de naturaleza residual que, cuando sí se plantea, corresponde ejercitar a la CE. Y que, así las cosas, concluya (a partir de la asunción de que corresponde a las empresas determinar en qué medida en una operación sus acuerdos resultan accesorios, y que las diferencias en cuanto a si las restricciones están directamente vinculadas a la realización de la concentración y son necesarias a tal fin y, por consiguiente, están cubiertas automáticamente por la decisión de compatibilidad de la CO pueden resolverlas los tribunales nacionales) que (y dado que ninguna de las partes ha acudido a los tribunales nacionales y por el contrario, a través de sus escritos y argumentaciones han sometido la decisión de tales cuestiones al tribunal arbitral) entra dentro de su competencia (por formar parte de la misión que por las partes le ha sido encomendada) decidirla (considerandos 21 RCC y 2 y 3 COM).

Que es lo que de forma razonablemente consecuente hace, en definitiva, estableciendo que los acuerdos constituyen restricciones accesorias por estar directamente vinculadas a la realización de la concentración y ser necesarias a tal fin. Lo primero, por permitir una transición suave hacia la nueva situación generada por la fusión de FTE/Auna al tener como objeto evitar o prevenir conductas competitivas que perjudicarían la consolidación de la presencia de FTE en los nuevos mercados a los que accede merced a la concentración económica (considerando 12 de la COM), Y lo segundo, porque juegan es papel de impedir una implementación de la concentración económica bajo condiciones más inciertas, considerablemente más dificultosas y a un cosió mayor (considerando 13 de la COM). Concluyendo, por consiguiente, y también razonablemente, que las estipulaciones de no competencia en cuanto que restricciones accesorias están automáticamente cubiertas por la decisión de laCE declarando compatible la concentración con el mercado común (arts. 6.1.b) y8.1y2RCC y considerando 2 de la COM).

La causal opositora se rechaza.

4. TERCERA CAUSA DE OPOSICIÓN, "Concurrencia de las causas de oposición previstas en los artículos V.1.D) y V.2.B) del CNY. El Procedimiento arbitral no se ha ajustado al acuerdo celebrado entre tas partes. El Laudo de la Mayoría no ha resuelto conforme a Derecho español. Vulneración del orden público material español, en concreto de los principios esenciales/estructurales del ordenamiento interno en materia de interpretación contractual y de los principios esenciales/estructurales del ordenamiento interno en materia de responsabilidad contractual".

4.1 La primera de las causales invocadas en este punto permite denegar el reconocimiento y la ejecución del laudo arbitral a instancia de la parte interesada y de probarse por ésta, en lo que ahora nos interesa, que el procedimiento arbitral no se ha ajustado al acuerdo celebrado entre las partes. La segunda, vuelve a ser la relativa al orden público, que, en esta ocasión, se considera vulnerado ante la infracción por el laudo de los principios esenciales/estructurales del ordenamiento interno en materia de interpretación y responsabilidad contractual.

4.2 Las alegaciones de EUS en relación con ambas causales se desarrollan en las

págs. 101 a 129 de su escrito de oposición.

Lo primero que afirma EUS, partiendo de que, a tenor de lo acordado por las partes, el arbitraje debía resolverse conforme al Derecho español, es que el Tribunal Arbitral no se ha ajustado a ese acuerdo, limitándose a citar una sentencia del TS; con ocasión de la condena al resarcimiento de daños, mal aplicada el incluso, haciendo expresa mención a un artículo del Código Civil suizo, Y también, que es, precisamente, la no aplicación del Derecho español lo que le lleva a infringir los principios esenciales/estructurales en materia contractual y de resarcimiento de daños y perjuicios incurriendo por tanto, y a mayor abundamiento, en una infracción del orden público interno sustantivo.

Señalando acto seguido:

4.2.1 Por lo que se refiere a la vulneración del ordenamiento público interno por infección de los principios esenciales en materia contractual, en concreto los relativos a la interpretación de los contratos, que el laudo de la mayoría interpreta la prohibición de competencia contenida en LSCTS obviando las normas imperativas en materia de interpretación contractual que recoge nuestro ordenamiento jurídico en los arts. 1281 y ss. CCv, que ni siquiera menciona, prescindiendo del sentido literal de sus palabras, de la intención de los contratantes, del elemento teleológico, del sistemático e, inclusive, de la regla subsidiaria del art. 1289 CCv de la mayor reciprocidad de intereses.

A lo que añade que en nuestro ordenamiento los pactos de no competencia no pueden ser objeto de una interpretación extensiva, debiendo ser su interpretación, al contrario, restrictiva.

En definitiva que, según EUS, el laudo no se funda en Derecho español, por lo que no se ha ajustado al acuerdo celebrado entre las partes, y no sólo eso sino que le lleva a vulnerar el orden público material español, en concreto, todos los principios que en materia de interpretación contractual configuran nuestro ordenamiento.

4.2.2 Y por lo que se refiere a la vulneración del ordenamiento público interno por infracción de los principios esenciales en materia de responsabilidad contractual (resarcimiento de daños y perjuicios)

Por un lado, que el laudo de la mayoría basándose en la racionabilidad del informe Nera, pero reconociendo que tal evaluación es ineludiblemente aproximativa, condena sin titubeos al pago del lucro cesante por pérdida de clientes y de beneficios en las cantidades que en él se establecen, porque el Derecho español sigue la línea de que el incumplimiento, al margen de la prueba de los daños, conlleva la obligación de resarcimiento, conclusión que "sustenta en una única sentencia del Tribunal Supremo, que no resulta de aplicación al supuesto (única referencia a Derecho español en el Laudo de la Mayoría)". Constituyendo un principio básico "elemental y estructural" de nuestro ordenamiento jurídico que para que haya obligación de resarcimiento el daño debe ser cierto, existente y real; y también, que el daño debe ser probado por quien solicita su resarcimiento, no pudiendo los Tribunales admitir indemnizaciones por daños hipotéticos o genéricos- Finalizando el alegato opositor de EUS en este punto con una especial mención a la que denomina "desproporcionalidad de la condena por lucro cesante" (págs. 122 a 129).

Y, por otro lado, que en lo relativo a la condena por daño emergente el laudo se apoya, nuevamente, en el informe Nera, considerando que "es razonable su cuantificación", si bien aplicando una reducción del 30%, por los costos y gastos operativos de comercialización y de captación de nuevos clientes en los que debía incurrir FTE cuando

transcurriera el plazo de duración de la prohibición de competencia, que el laudo razona, en su apartado 188, identificando el arbitraje de Derecho conforme al Derecho español, que es el del caso, con un arbitraje internacional, al tiempo que hace mención al Derecho suizo como justificación de la condena, lo que, siempre a juicio de EUS, constituye una confusión que quizás sea la causa de todos los "males" del Laudo de la Mayoría en el que el Tribunal Arbitral "olvidó... que el arbitraje sobre el que debía resolver tira un arbitraje de derecho, debiendo fundar su fallo en Derecho español; ése era el acuerdo celebrado entre las partes".

4.3 El laudo razona sobre todas estas cuestiones a lo largo de las págs. 33 a 49.

43.1 Dedica las págs 33 a 39, en concreto sus apartados 129 a 159, a analizar la cuestión atinente a la violación por EUS de las cláusulas de no competir incluidas en LSCTS.

Primero anuncia que, esencialmente, volcará su análisis sobre el pacto de no competencia tal y como quedó configurado finalmente en la estipulación 9 del AA (apartado 129).

Luego, tras interpretar dicha estipulación a partir de sus propias palabras (apartados 130 a 132). y asumiendo que EUS a la fecha del CA y del AA no prestaba servicios de ningún tipo Mijo las nuevas tecnologías ni podía, a título propio o fuera del marco del AMC, efectuar prestación alguna relacionada con la tecnología DCS 1800. concluye que aquélla (EUS) no podía ampararse en la excepción de la obligación de no competir establecida en su texto (apartado 133).

Acto seguido, efectúa una serie de consideraciones que, además, también confirmarían esa conclusión.

En primer lugar, se refiere a los Acuerdos, ahora bien, tías dejar claro que, en la interpretación de la estipulación 9 del AA, es la propia demandada la que hace hincapié en la relación entre EUS y Rete visión bajo los mismos (apartado 134), concluyendo en base a ellos, y tras prestar especial atención al AMC, al segundo Acuerdo Económico entre Retevisión/Amena y EUS y al Acuerdo de Intenciones entre FTE y EUS, que no se entiende como EUS, cualquiera que fuese su rol o papel dentro del AMC (limitado o no a la comercialización de servicios, o en calidad o no de agente comercial para la prestación de éstos), podría sostener que efectivamente, prestaba tales servicios (de telefonía móvil bajo las nuevas tecnologías o con la tecnología DCS 1800) dentro del AMC o fuera de éste al momento de suscribirse LSCTS y, en particular, el AA (apartados 134 a 141).

En segundo lugar, teniendo en cuenta el debate habido entre las partes sobre el significado del termino actividad, aceptando que "si la actividad de radiotelefonía móvil era y desarrollada por Euskaltel al momento de suscribirse los Contratos, ésta no estaría alcanzada por el compromiso de no competir de los Contratos", y partiendo de la primera acepción del término actividad en el Diccionario de la Real Academia Española (facultad de obrar), considera que, para saber si EUS a la fecha de LSCTS estaba facultada para ejercer la actividad de prestación del servicio de telefonía móvil, y con qué alcance, es preciso determinar dentro de qué límites podía hacerlo a la luz de los compromisos contractuales que en ese momento le ligaban con Auna/FTE o, asumiendo por vía de hipótesis que tales compromisos no se lo impedían, si contaba con las habilitaciones legales y acuerdos contractuales para su prestación, concluyendo:

Por un lado, que al momento de suscribirse LSCTS el AMC sólo autorizaba a EUS a prestar el servicio de telefonía móvil con la tecnología DCS 1800 bajo la licencia aportada

por Retevisión para la prestación de ese servicio, y dentro de los alcances provistos en el AMC para la actividad de EUS, limitada a la comercialización de las prestaciones de telefonía móvil bajo dicha tecnología. Siendo así que, a esas fechas, Auna/FTE ya contaban con las licencias para operar con las nuevas tecnologías.

Y por otro lado, que EUS, en cambio, obtuvo su inscripción en el Registro de Operadores de Redes y Servicios de Comunicaciones Electrónicas como operador de telefonía móvil virtual (OMV) el 14-6-2006, concertando el 27-7-2006 distintos acuerdos con operadores móviles para la prestación integral del servicio, sin exclusión de las nuevas tecnologías, en el País Vasco y el resto de España. Siendo así que, antes de esas fechas, EUS no estaba facultada bajo la legislación vigente a ejercer la actividad de prestación de servicios de telefonía mediante la utilización de la tecnología DCS 1800 o las cuevas tecnologías, ni bajo el AMC ni bajo ningún título habilitante obtenido fuera de su marco, pues el hecho de que bajo el AMC EUS cumpliese la función de comercializar los servicios de telefonía móvil prestados con tecnología DCS 1800 no la habilitaba a prestar dichos servicios; por lo que EUS no puede ampararse tampoco, desde este punto de vista, en las excepciones a las obligaciones de no competir en LSCTS (apartados 142 a 144).

En tercer lugar, considera que esa interpretación también es consistente con la estipulación 9 del Acuerdo Accionistas EUS (AAE) sobre no competencia, del que infiere, al referirse exclusivamente a la "prestación de servicios" y no a actividades, que en las estipulaciones de no competir de LSCTS, a la luz de lo entendido por las partes en sus relaciones contractuales anteriores, la expresión "realización de actividades" no es diferenciadle de la expresión "prestación de servicios" (apartado 146).

Y en cuarto lugar, tras afirmar que el AAE no carece de cierta relevancia para comprender la situación existente al incorporarse EUS a la operación instrumentada en LSCTS, de fijar cuándo quedó sin efecto (el AAE), de precisar cuál era desde entonces la situación de las partes, y de señalar, por último, que el AMC era lo único que a ese momento quedaba en pie (apartado 147), aborda el análisis de la aclaración introducida en la estipulación 9 del AA, en concreto, del redactado efectuado, para evitar cualquier duda, en el extremo (i) del catálogo de actividades excluidas de la definición de actividades competidoras (apartados 148 y 149), argumentando:

Primero, por qué descarta la interpretación propuesta por EUS y por qué sólo la actividad de comercialización del servicio de telefonía móvil bajo la tecnología DCS 1800 en el País Vasco, dentro del marco previsto en el AMC, puede considerarse exceptuada de la obligación de no competir al ser susceptible de ser considerada como "actividad complementaria" (apartado 151).

Y después, por qué la explicación de las demandantes sobre el agregado efectuado en el texto de la estipulación 9 del AA, recogido en el apartado 149, es plausible y acorde no s 61 o a lo establecido por la cláusula segunda y la sección B del propio AMC, sino a las discusiones y negociaciones mantenidas por las propias partes después de la firma del AA para determinar, precisamente, al el AMC debía ser extendido o no a las nuevas tecnologías (apartados 152 a 158).

Concluyendo, finalmente, una vez establecido que EUS no se encuentra amparada por ninguna de las excepciones a la obligación de no competir de la estipulación 9 del AA, que la misma, al proceder a operar en radiotelefonía móvil, a partir del 1 de enero de 2007, utilizando las nuevas tecnologías y su calidad de OMV a través de la red Vodafone en España, incluido el País Vasco, mediante un convenio con esta última antes de la expiración del plazo de seis meses previsto en la estipulación 9 del AA. violó la obligación de no

competir prevista en dicha estipulación.

4.3.2 De la cuestión relativa a los daños se ocupa el laudo en sus págs. 39 a 49, concretamente en sus apartados 160 a 188.

El laudo diferencia entre el lucro cesante y el daño emergente.

Parte de que la actividad competidora comienza el 1 de enero de 2007, al ser indiscutido que a partir de esa fecha EUS, tras la resolución del AMC y expiración de sus efectos, obtener su registro como OMV, y contratar con Vodafone, comenzó a operar en telefonía móvil por cuenta propia. Y considera, sin argumentación contraria de la demandada, que el compromiso de no competir expiró el 21 de marzo de 2008 (apartados 160 y 161).

4.3.2.1 Señala que la reclamación por lucro cesante de FTE se basa en la captación por EUS de clientela perteneciente a FTE entre el 1-1-2007 y el 21-3-2008, lucro cesante Tipo I; y los beneficios esperables de los nuevos clientes que no habría podido captar o habría dejado de captar durante ese periodo por la actividad competidora de EUS, hiero cespite Tipo II (apartado 162).

4.3.2.1.1 En relación con el lucro, cesante Tipo I, después de aludir al AMC y manifestar que no entra dentro de su misión pronunciarse sobre la clientela adquirida a través del mismo, ni sobre los derechos respectivos que puedan corresponder a FTE y a EUS a consecuencia de su terminación y eventual liquidación, deja claro su criterio en relación con lo que constituye el daño causado por lucro cesante; la clientela captada por EUS en violación del compromiso de no competencia, es decir, clientes de servicios de telefonía móvil que hasta el 1-1-2007 utilizaban la red de telefonía móvil de FTE y cuyos números estaban asignados a ésta (apartados 163 a 166).

La cuantificación económica de este daño la determina sobre la base de clientes adquiridos en origen bajo el AMC y cuya numeración estaba en cabeza de FTE, pero que, luego, fueron atraídos por EUS para prestar servicios inclusivos de las nuevas tecnologías en competencia con FTE, bien mediante la baja de numeración en cabeza de FTE y obtención de nueva numeración en cabeza de EUS, o mediante la portabilidad del número inicialmente en cabeza de FTE con el efecto de quedar dicho número en cabeza de EUS (apartado 167).

El total de clientes con número portado o cambiado hacia EUSP entre enero de 2007 y marzo de 2008, lo concreta, siguiendo el dictamen Nera, que opera sobre la base de cifras esencialmente coincidentes y originadas tanto en FTE como en EUS, en 236.046.

Y luego, conforme también con el criterio Nera de cálculo matemático del lucro cesante teniendo en cuenta el mayor grado de fidelizacion de los clientes pos- pago (distinción no objetada por ATTEST). en relación con los pre-pago de cara a la determinación del tiempo en que, de no haber mediado la captación ilícita por EUS, hubieran permanecido con FTE, considera, atendiendo, asimismo, lo dictaminado por Nera, que aplica, en forma conservadora y sobre la base de información pública disponible en internet, tasas de churn, que oscilan para España entre el 24,3% y el 29,5%, que el período de rotación promedio mensual de clientes para toda la actividad de FTE, transcurrido el cual se pierde el cliente, llega hasta el 2013 en el caso de los clientes pre-pago, y hasta el 2018 en el caso de los pos-pago (apartados 168 y 169).

A continuación, señala que el Tipo I se calcula entonces aplicando las cifras de ingresos y costos medios por cliente a la base decreciente de cuentes resultante de lo dicho

anteriormente (lo que hace que decrezcan durante ese periodo tanto beneficios como costes). Que los ingresos se calculan en base al ingreso medio por cliente saliente y cliente entrante, que también explica por que son razonables. Que los costes incluyen tanto los gastos de adquisición como los de retención de clientes. Y, finalmente, que a partir de esos ingresos y de deducir de ellos tales costes se llega al beneficio perdido mes a mes durante los respectivos periodos, y es posible determinar el beneficio mensual perdido por cada, cliente, el canal, multiplicado por el número de clientes que hubieran existido mes a mes, permite establecer el lucro cesante mensual.

Concluyendo que, para el respectivo periodo íntegro de cálculo, el lucro cesante totaliza 12.847,307 ? para clientes pre-pago y 182.966.154 ? para clientes pos- pago, arrojando la suma de ambas cifras un total de 195.813.461 ? importe que, una vez actualizado sobre la base de un cálculo de flujos descontados, arroja la cantidad final de 178.471.806 ? para el lucro cesante Tipo I, que, a la luz de la prueba pericial aportada por la demandante, el Tribunal Arbitral juzga razonable (apartado 170).

4.3.2.1.2 Y, en relación con el lucro cesante Tipo II (clientes que FTE habría dejado de adquirir por la competencia de EUS durante el período de vigencia de la obligación de no competir), el laudo, siguiendo los criterios del dictamen Nera, parte de la asignación a FTE de un porcentaje de los clientes nuevos obtenidos por EUS durante el periodo en análisis conforme a su cuota de mercado en el País Vasco, obteniendo un total de 4.081 clientes perdidos por FTE para todo el período. Y, a continuación, aplicando la misma metodología de cálculo del beneficio utilizada para la cuantificación del lucro cesante Tipo I, alcanza, a valores actualizados y como cantidad que refleja la perdida de beneficios, la cifra de 1.712.302 ?, que, como en el caso anterior, a la luz de la prueba pericial aportada por las demandantes, el Tribunal Arbitral también juzga razonable (apartado 171).

El laudo también señala, además, que, para llegar a las conclusiones consignadas en relación con el lucro cesante Tipo I y Tipo II y evaluar la razonabilidad de los dictámenes Nera, ha valorado igualmente las críticas a los mismos planteada por Attest y por la propia EUS, argumentando sobre el particular en sus apartados 172 y 173, respectivamente.

Los razonamientos del laudo sobre el lucro cesante se cierran con consideraciones sobre el acomodo de sus conclusiones a la doctrina del Tribunal Supremo (apartados 174 y 176); sobre el alcance de las facultades del Tribunal Arbitral en materia de prueba y formación de su convicción sobre ella (apartado 175), y sobre el ajuste de la decisión al principio consagrado en el art. 1106 del CCv (apartado 177).

4.3.2.2 Todo lo relativo al daño emergente es objeto de análisis, finalmente, en los apartados 178 a 188 del laudo que ciñe su examen en este punto, considerando que carece de jurisdicción para pronunciarse sobre el resto de los conceptos objeto de reclamación, a la indemnización solicitada por costes de comercialización por un importe total de 59.597.082 ?. Y, aunque considera que las demandantes deben ser compensadas por tales gastos, considera, asimismo, que éstos "hubieron necesariamente de contener un componente no desdeñable de no recurrencia", por lo que decide reducir la reclamación en un 30%, dejando definitivamente fijada la indemnización en 41.717.957,40 ?.

4.4 Los argumentos de oposición de EUS no resultan asumibles:

4.4.1 Es cierto, como señala EUS, que el Derecho aplicable al fondo de la controversia era, conforme a lo acordado por las partes y plasmado a tal efecto en el AMS (apartado 11, pág. 10), el Derecho español. Pero no lo es que el Tribunal Arbitral no se haya ajustado a ese acuerdo, y tampoco que éste, como también asevera EUS, "sólo cita

una sentencia del Tribunal Supremo, con ocasión de la condena al resarcimiento de daños, mal aplicada, incluso hace expresa mención a un artículo del Código Civil Suizo".

El laudo cita, en relación con el lucro cesante, una recienteSTS, la N° 799/2009, de 16 de diciembre, abundante en cita de otras, las de 6 de septiembre de 1991, 5 de octubre de 1992, 14 de julio de 2003, 4 de febrero de 2005, 31 de mayo de 2007, 18 de septiembre de 2007, 21 de abril de 2008, 16 de marzo de 2009 y 5 de mayo de 2009, y que resulta claramente relevante y significativa, desde el punto de vista de su argumentación, al señalar, en su razonamiento noveno, que: "La denuncia de la infracción delart. 1106 CCcarece de fundamento a la vista de la sentencia recurrida. Según elart. 1106 CC, este lucro cesante debe acordarse cuando se haya dejado de obtener una ganancia por parta del acreedor y aunque es cierto que la jurisprudencia española ha sido restrictiva al señalar que no debe concederse indemnización en los casos de ganancias dudosas, sí se ha reconocido que aplicando criterios de probabilidad, debe indemnizarse aquella "pérdida futura que razonablemente se prevea que puede ocurrir"..., criterio aplicado en la reciente doctrina de esta Sala con relación a las reclamaciones por lucro cesante. Así lasentencia de 5 mayo 2009, al analizar la postura de la jurisprudencia de esta Sala, dice que En cuanto a la alusión a la doctrina jurisprudencial debe responderse señalando que, si bien es cierto que en la misma se mantiene un criterio restrictivo en la materia, y se resalta que la existencia del perjuicio por el concepto de lucro cesante debe ser probada con una razonable verosimilitud, cosa que no ocurre (S. 21 de abril de 2.008y las que cita) cuando la ganancia o beneficio futuro se presenta como meramente posible o hipotético, existen dudas sobre su producción o no se aprecia su existencia en el marco de una lógica presunción sobre como habrían sucedido los acontecimientos en el caso de no haber tenido lugar el suceso dañoso, por lo cual, obviamente, no se produce la automaticidad a que alude la parte recurrente, sin embargo elart. 1.106 CCseñala como concepto indemnizatorio el de la ganancia que haya dejado de obtener el acreedor, o lo que es lomismo, los incrementos patrimoniales que el acreedor esperaba obtener y que se han visto frustrados por la actuación de la parte contraria (S. 16 de marzo de 2.009), cuya fijación., en cuanto que se refiere a beneficios futuros, debe obtenerse mediante apreciaciones prospectivas, fundadas en criterios objetivos de experiencia, entre los que pueden servir los que operan en el mundo económico, contable, actuar tal, asistencial o financiero según las disciplinas técnicas o científicas correspondientes, de acuerdo con el examen y ponderación de las circunstancias de cada asunto (S. 21 de abril de 2.008) "... En el mismo sentido, lasentencia de 21 abril 2008señala que "En cuanto a los conceptos que se reclaman por lucro cesante, esta Sala tiene declarado que el quantum (cuantía) de la indemnización por hiero cesante, cuando éste se refiere a beneficios futuros, debe obtenerse mediante apreciaciones prospectivas (juicio de probabilidad, según laSTS de 14 de julio de 2003, rec. 3427/1997), fundadas en criterios objetivos de experiencia, entre los que pueden servir los que operan en el inundo económico, contable, actuarial, asistencial o financiero según las disciplinas técnicas o científicas correspondientes, de acuerdo con el examen y la ponderación de las circunstancias de cada asunto; pero la existencia del perjuicio por este concepto debe ser probada con una razonable verosimilitud, cosa que no ocurre cuando la ganancia o beneficio futuro se presenta como meramente posible o hipotético, existen dudas sobre su producción o no se aprecia su existencia en el marco de una lógica presunción sobre cómo habrían sucedido los acontecimientos: en el caso de no haber tenido lugar el suceso dañoso (SSTS de 6 de septiembre de 1991,5 de octubre de 1992,4 de febrero de 2005, rec. 3744/1998,31 de mayo 2007,18 de septiembre de 2007, rec. 4426/2000). Como consecuencia de ello se impone a la parte actora la carga de ofrecer los datos que, a tenor de la situación existente al presentar te demanda o en ci momento de practicar la prueba, mediante su proyección sobre el período futuro objeto de reclamación, permitan un cálculo prospectivo del lucro cesante (STS 31 de octubre de 2007, rec. 3537/2000)".

Apoyándose el laudo, asimismo, al tratar de las violaciones en materia contractual, en laSTS de 30 de septiembre de 1989,que cita las de 9 de mayoy27 de junio de 1984yla de 5 de junio de 1985como reflejo de una misma doctrina, y que es evidente que también hace a su argumentación, al señalar que: "La doctrina de que el sólo incumplimiento contractual no genera de suyo una obligación, de indemnizar, no excluye la idea de que el incumplimiento no constituya "per se" un perjuicio o daño, una frustración en la economía de la parte, en su interés material o moral, pues lo contrario equivaldría a sostener que el contrato opera en el vacío y que sus vicisitudes, en concreto, las contravenciones de las partes, no habrán de tener ninguna repercusión, contradiciendo así la realidad normativa de la fuerza vinculante del contrato y de sus consecuencias perfectamente señaladas en elart. 1.258 del Código Civilal decir que el contrato obliga "no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena te, al uso y a la ley; lo que evidencia que la falta de prestación no ha de quedar impune por constituir "in re ipsa" el propio daño o perjuicio, en cuanto frustración factiblemente valoraba, sin más prueba que la propia omisión, según casos y circunstancias".

También considera el laudo, en relación con la prueba de los daños contractuales, la opinión, recogida en su obra "Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial (II)", de D. Luis Díez-Picazo.

Teniendo en cuenta el laudo, igualmente, el art. 1106 CCv, que cita, de forma expresa, y pone en relación con la jurisprudencia mencionada, considerando que ésta responde plenamente al principio consagrado por aquél, a saber, el de que "la parte damnificada debe ser íntegramente compensada por el daño sufrido".

Todo lo que contradice lo aseverado por EUS, puesto que la aplicación del Derecho español se identifica sin ninguna dificultad en el laudo, que desarrolla sus razonamientos atenta a las referencias jurídicas españolas no sólo desde la vertiente de la legalidad positiva o codificada, sino también desde las dimensiones o perspectivas doctrinal y jurisprudencial, respondiendo su discurso a un esquema o patrón argumentativo que, desde la práctica jurídica española y con la vista puesta exclusivamente en nuestro Derecho, se consideraría por el común, lo compartiera o no en sus contenidos de fondo, absolutamente canónico u ortodoxo y plenamente reconocible.

No siendo óbice a lo anterior:

Ni la referencia, que, ciertamente, efectúa el laudo alart. 4 del Código Civilsuizo, pues la misma no tiene más papel que demostrar, como el propio laudo señala, que las facultades del Tribunal concernientes a la evaluación y apreciación de la prueba, de naturaleza procesal, resultan compatibles, y de ahí la cita de ese precepto, con las disposiciones de la lex arbitri, o Derecho de la sede, es decir, el derecho suizo. Lo que no afecta ni tiene que ver con el Derecho aplicable al fondo, el español exclusivamente, sino cor lo relativo a las reglas de procedimiento aplicables, según el AMS (apartado 10 pág. 10), el RCCI y las decisiones y órdenes procesales. Señalando el RCCI en el núm, 1, de su art. 15, dedicado a las "Normas aplicables al procedimiento", que "El procedimiento", que "El procedimiento ante el Tribunal Arbitral se regirá por el Reglamento y, en caso de silencio de éste, por las normas que las panes o, en su defecto, el Tribunal Arbitral determinen ya sea con referencia o no a un derecho procesal nacional aplicable al arbitraje". Y la Orden Procesal N° 1, en el núm. 1, de su apartado B, "Miscelánea", que: "El Tribunal Arbitral decidirá toda cuestión relativa a la relevancia, admisibilidad, fuerza de convicción o peso de la prueba. Le corresponde exclusivamente al Tribunal Arbitral valorar la prueba, sopesarla y formar su convicción sobre la base de ella".

Ni, tampoco, la falta de cita expresa por el laudo de los artículos del CCv español dedicados a la interpretación de los contratos (arts. 1281 a 1289), pues, aun no citados expresamente, resulta claro que, en lo esencial, sus regias o, si se quiere, las normas contenidas en ellos, en cuanto referidas a los elementos literal, intencional, contextual, sistemático o teleológico, fueron tenidas en cuenta, Y así:

Es innegable que el laudo analiza la estipulación 9 del AA, interpretando sus términos y atribuyendo un determinado sentido a sus propias palabras. Como también lo hace en el caí o de los Acuerdos o del propio AMC, al determinar el sentido atribuible a algunas de sus estipulaciones o de sus cláusulas como resultado de la interpretación que efectúa de la literalidad de su redactado. O cuando atribuye significado al término actividad de conformidad con la primera de sus acepciones en el Diccionario de la Real Academia Española.

Es también indudable, que la interpretación que hace el laudo de la cláusula de no competencia se produce en directa relación con el AMC y con los Acuerdos como instrumentos reguladores de una relación entre empresas de larga data y de cuyo último capítulo, difícilmente inteligible prescindiendo de los anteriores, forman parte LSCTS y también, por lo tanto, las estipulaciones (los pactos de no competencia).

E igualmente, que, en lo concerniente a su agregado clarificador (el que recoge el laudo en su apartado 149), la interpretación la efectúa sin segmentaciones, en el contexto integral de la Estipulación, buscando la autoconsistencia, y atribuyéndole el único sentido que considera congruente con el AMC y lo acontecido en relación con el AAE, descartando, por no ser plausible, la interpretación de EUS, precisamente, porque no serviría para explicar lo que ocurrió entre las partes después de la firma del AA.

Y, en fin, no es menos claro que en la labor interpretativa el laudo tampoco deja de lado la intención de los contratantes, que plasma no sólo conforme al sentido normal y usual de sus declaraciones, sino en atención, también, a sus actos anteriores y a sus actos posteriores.

En definitivas el laudo ha aplicado el Derecho español al fondo de la controversia conforme a lo acordado por Tas partes y plasmado a tal efecto en el AMS.

4.4.2 De lo que se sigue entonces, dado que el laudo ha aplicado el Derecho español, que no puede haber vulneración del ordenamiento público interno deducible del hecho (inexistente) de no haberlo aplicado, que es lo que, según EUS, le habría llevado "a infringir los principios esenciales/estructurales en materia contractual y en materia de resarcimiento de daños y perjuicios que configuran nuestro ordenamiento, incurriendo por tanto, a mayor abundamiento, una infección del orden público interno sustantivo".

Acusación la anterior, por otro lado y en cualquier caso, que tampoco podemos enejar en la noción de orden público que, en el razonamiento preliminar, hemos dejado fijada, pues ni el orden público interno es equiparable al orden público internacional, ni cabe identificar las normas de interpretación o de responsabilidad contractual (arts. 1281 a 1289 y, en esencia. 1101 y 1106 del CCv, respectivamente) con el orden público que, en un sentido material de mínimos, debemos considerar en la función de control postarbitral del laudo recaído en un arbitraje internacional, identificado, conforme a lo también sentado en el preliminar, con el derecho internacionalmente imperativo y con los valores esenciales de nuestra Constitución.

No pudiendo apreciarse, tampoco., vulneración del orden público por falta de motivación, pues comprobada la que se plasma en el laudo, expuesta con anterioridad, conforme al canon de razonabilidad establecido asimismo en el preliminar, se comprueba no sólo que la resolución está motivada, sino que la motivación es una motivación jurídica que aplica el Derecho español de forma no arbitraria, irracional irrazonable o patentemente errónea. Y ello;

Tanto en lo referido a la interpretación de las cláusulas de no competir incluidas en LSCTS y su violación por EUS, aspecto en el que la argumentación del laudo es exhaustiva, minuciosa, internamente consistente y, desde luego, congruente con la conclusión, Pudiendo resumirse la tesis del laudo en la idea de que EUS incumplió contractualmente cuando, al inicial la actividad de prestación de servicios de telefonía móvil bajo las nuevas tecnologías, como operador móvil virtual por cuenta propia, actuando en el mercado en competencia con FTE, infringió, a consecuencia de dicha actuación, la cláusula de no competencia del AA, de cuya aplicación no estaba excluida, dado que, al momento de la firma, ni actuaba ni podía actuar en el mercado prestando servicios como operador de telefonía móvil (OMs/OMVs), ni bajo las nuevas tecnologías ni bajo la tecnología, DCS 1800.

Como en lo relativo a la determinación del daño causado por el incumplimiento y su cuantificación que se establece por el Tribunal Arbitral, haciendo uso de sus facultades (Orden Procesal N° 1, I.B.I), sobre la base de un dictamen pericial, valorado y sopesado meticulosamente, que permite describir al detalle y exponer paso a paso la operación de cálculo que se lleva a cabo, con explicitación de criterios e indicación de las fuentes de conocimiento de las que se obtienen o extraen los datos (Nera I y Nera II), y que se asume como razonable y no refutado, en método, premisas y conclusiones, una vez sometido al test dialéctico de control crítico planteado por Attest y la propia EUS, que ni siquiera en este momento ha articulado una motivación discrepante específicamente proyectaba sobre los contenidos concretos del dictamen con suficiencia explicativa y fuerza demostrativa, justificadoras, por arbitrariedad, irracionalidad o patente error, de su desestimación o rechazo.

La causal opositora perece.

5. CUARTA Y ÚLTIMA CAUSA DE OPOSICIÓN, "Concurrencia de la causa de oposición prevista en el artículo V.2.B) del CNY. El reconocimiento del Lauda de la Mayoría es contrario al orden público español por vulnerar normas esenciales del procedimiento causando indefensión. Infracción por el Laudo del orden público formal".

5.1. La infracción del orden publico, ahora en su vertiente formal, es lo que denuncia EUS en esta cuarta y última causal opositora, ello al considerar que el "Laudo de la Mayoría vulnera elartículo 24 de la Constitución españoladesde todos los ángulos posibles". La argumentación de EUS en relación con esta causa de oposición se desarrolla alo largo de las págs. 129 a 144 de su escrito opositor.

5.1.1 En primer lugar, alega vulneración del derecho a la prueba al considerar:

Por un lado, que la denegación por parte del Tribunal Arbitral por mayoría de la prueba testifical presencial que solicitó conforme a Derecho "no tiene motivación suficiente, con independencia de que tal motivación resultaría difícil, dado que, discutiéndose en el Pro cedí miento Arbitral la interpretación de un contrato, el testimonio de los protagonistas de las aclaraciones introducidas en la propia cláusula de prohibición de competencia tiene un interés claro y puede incidir en la decisión".

Y por otro, que "tampoco tiene ninguna motivación razonable, además de que no se dio a las partes (sic). el que el Tribunal Arbitral no quisiera oír a los peritos autores de los informes, máxime cuando a la hora de condenar al resarcimiento de daños y perjuicios el Tribunal Arbitral en el Laudo de la Mayoría asume íntegramente uno de los informes, el de Nera, con la única explicación de que le parece más razonable".

5.1.2 En segundo lugar, alega extemporaneidad al haberse dictado el laudo por el Tribunal Arbitral fuera de plazo, incurriendo por ello en exceso de jurisdicción, señalando en este punto que "el Laudo de la Mayoría se dictó, según se señala en el mismo, el 6 de julio de 2010, casi un año después del plazo límite notificado a las partes, al que éstas prestaron su conformidad (30 de julio de 2009). Las prórrogas acordadas, al parecer de oficio, por la Secretaría no fueron notificadas en su momento a Euskaltel (no sabemos si a France Telecom tampoco) por lo que nada pudo objetar ésta ni alegar respecto de las mismas" y que "un laudo dictado fuera de plazo supone un exceso de jurisdicción y por tanto una vulneración del orden público procesal, sin que subsane dicho vicio de nulidad la existencia de supuestas prórrogas de oficio por la Secretaría, sin cansa alguna, y no notificadas a i as partes, impidiendo a éstas alegar lo que entiendan oportuno, (indefensión)".

5.1.3.En tercer lugar, alega vulneración del principio de colegiación del Tribunal Arbitral al deducir del voto particular que el hecho de que la deliberación se celebrara en la práctica exclusivamente por escrito permite concluir que no hubo deliberación presencial del Tribunal Arbitral, "que es tanto como decir que no hubo deliberación", y que el coárbitro, Sr. Pérez-Llorca, fue completamente excluido de la deliberación previa a la emisión del Laudo de la Mayoría, habiéndose limitado éste "a recoger la opinión de los otros dos árbitros, prescindiendo en su integridad de las opiniones y criterios que al parecer el Sr. Pérez-LLorca les habría remitido por escrito, ninguna de las cuales se recogieron en el Laudo de la Mayoría exigiendo al Sr. Pérez-Llorca la emisión de un voto particular que recogiera las mismas".

5.1.4 En cuarto lugar, alega falta de motivación del Laudo de la Mayoría, pues del conjunto de sus consideraciones anteriores "se concluye con rotundidad que el laudo de la mayoría cuya homologación se solicita no satisface en modo alguno las exigencias de motivación constitucionales que forman parte del orden público interno español y que su arbitrariedad es evidente".

5.1.5 Y, finalmente, en quinto lugar, alega parcialidad del Laudo de la Mayoría, a su juicio contrastada y expresamente evidenciada por el tercer arbitro, Sr. Pérez- LLorca, en su Voto Particular, y también probada al no hacer el Laudo referencia a la proposición de prueba de testigos y peritos que realizó ni dar explicación alguna sobre la causa motivadora de su denegación, así como por insistir en su obligación de obtener autorización de la CE o del Tribunal correspondiente de la cláusula de no competencia, cuando es un hecho indubitado que se trata de una obligación del comprador o beneficiario de la misma, FTE.

5.2 Ninguna de las anteriores alegaciones merece ser acogida, dado que:

5.2.1 El laudo no ha vulnerado el derecho a la prueba.

5.2.1.1 La prueba testifical se practicó, como la propia EUS reconoce, a través de declaraciones efectuadas por escrito. Estas declaraciones fueron presentadas por la propia EUS asumiendo una decisión del Tribunal Arbitral que le fue comunicada por su Presidente el 26 de junio de 2009 (doc. núm. 35). La decisión se refería a los escritos de proposición de prueba de EUS, del 18 de junio de 2009 (doc. núm. 32), de consideraciones al anterior de EUS por el de las demandantes, del 22 de junio de 2009 (doc. núm. 33) y de

consideraciones al anterior de las demandantes por el de la propia EUS, del 25 de junio de 2009 (doc núm. 34). En éste último, EUS, concretamente en su apartado (vii), consideraba, y lo recogemos literalmente, que: "En todo cayo será este Tribunal el que a la vista de las razones alegadas se deba de pronunciar sobre si entiende que su testimonio personal directo en el acto de la audiencia resulta procedente".

Pues bien, la decisión del Tribunal Arbitral anteriormente mencionada resolvió que dicho testimonio personal directo en el acto de la Audiencia no resultaba procedente. Y ello iras establecer argumentadamente, con fundamento en el Capítulo I de la Orden Procesal Nº 1, qué debía entenderse por testigo controlado y cuáles eran las consecuencias derivables de tal calificación en lo referido a su comparecencia a la Audiencia y admisibilidad de su testimonio.

En definitiva, la prueba testifical fue practicada, por medio de declaraciones por escrito, Iras considerar el Tribunal Arbitral, a través de una decisión jurídicamente motivada, debidamente comunicada y cumplimentada en tiempo y forma por EUS, que presentó en el plazo conferido dichas declaraciones, que el testimonio "presencial" de los testigos no resultaba procedente conforme a lo establecido en el Capitulo I de la Orden Procesal Nº 1.

5.1.1.2 Y en relación con la prueba pericial nada cabe reprochar tampoco a lo decidido por el Tribunal Arbitral, que se limitó a constatar el desistimiento por EUS de la comparecencia a la Audiencia de sus peritos y de D. Lucioal no ser requerida por el Tribunal y por lo tanto, y así las cosas, lo innecesario de su presencia.

Lo que se ajusta, también, a lo previamente manifestado por EUS en el escrito antes mencionado, del 25 de junio de 2009, concretamente en sus apartados (viii) y (ix), al dejar la comparecencia de los peritos "a criterio del Tribunal", tras considerar, a la vista del escrito de las demandantes, del 22 de junio de 2009, anteriormente mencionado igualmente, que "ésta solo tendría sentido en la medida en que el referido Tribunal entienda de Metes la mencionada ratificación y tenga aclaraciones que formular a los documentos que han suscrito" y que "así las cosas, para el supuesto de que este Tribunal considerara que no es de su interés dicha ratificación y aclaraciones esta parte deja sin efecto su solicitud de comparecencia de los citados señores".

No siendo necesario extenderse para explicar lo obvio: si el Tribunal no requirió la comparecencia de los peritos fue, porque, conforme a su criterio, no la consideró de interés. En caso contrario, la habría requerido.

5.2.2 El laudo no ha sido dictado extemporáneamente.

Es cierto, que a tenor de lo establecido por el núm. 1 del art. 24 del RCCI, a cuyas reglas quedó sometido el procedimiento arbitral conforme a lo acordado por las partes en el AMS, "El Tribunal Arbitral deberá dictar su Laudo final en el plazo de seis meses, Dicho plazo comenzará a correr a partir de la fecha de la última firma, del Tribunal Arbitral o de las partes, en el Acta de Misión o, en el caso previsto en el artículo 18(3), a partir de la fecha en que la Secretaría notifique al Tribunal Arbitral la aprobación del Acta de Misión por la Corte". Pero, también lo es que, conforme al núm. 2 del mismo artículo, "La Corte puede, en virtud de solicitud motivada del Tribunal Arbitral o, si lo estima necesario, de oficio, prorrogar dicho plazo".

Y ocurre que, en el caso, dicho plazo se prorrogó hasta el 31 de julio de 2010, por lo que emitido y firmado el laudo el 6 de julio de 2010, necesariamente se deberá concluir que

éste no fue dictado fuera de plazo.

La realidad de las sucesivas prórrogas que de conformidad con el citado art. 24.2 del RCCI, la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI decidió otorgar para dictar el laudo final (la primera, hasta el 31 de agosto de 2009; la segunda, hasta el 30 de noviembre de 2009; la tercera, hasta el 31 de enero de 2010; la cuarta, hasta el 31 de marzo de 2010, y la quinta y última, hasta el 31 de julio de 2010) queda constatada por la comunicación de la Secretaría de la Corte, del 9 de marzo de 2010, que se refiere a las cuatro primeras (doc. núm. 36), y por el propio laudo arbitral cuando señala, en el apartado (xxi) de su introducción (pág. 4), que "Por distintas comunicaciones, la Secretaría de la Corte informó acerca de las sucesivas extensiones del plazo para laudar concedidas por la Corte, la última de las cuales extendió dicho plazoartículo 24. del Reglamento de Arbitraje de la CCI el Reglamento) hasta el 31 de julio de 2010".

Es más, tampoco EUS niega la existencia de las prórrogas. Su oposición lo que realmente plantea es el hecho de su justificación junto con la imposibilidad de objetar y alegar respecto de las mismas por no ser notificada de ellas en su momento, lo que le habría ocasionado indefensión.

La razón o el porque de las prórrogas acordadas de oficio por la Corte reside en su necesidad. Y la estimación de la necesidad Se corresponde a la propia Corte con independencia del parecer, conforme o disconforme, de las partes sobre el particular. Queda claro, por lo tanto, atendida la propia literalidad del artículo (lo que dice es que la Corte "puede"), que la prórroga del plazo para laudar es potestativa de la Corte y que es la puede acordarla si la estima necesaria y as margen de lo que puedan considerar las partes, a las que el precepto no confiere derecho de audiencia previa ni tampoco posibilidad de recurrir u objetar la decisión adoptada, por lo que mal podría haberse producido la indefensión denunciada.

Pero es que, además, tampoco ahora plantea y prueba EUS que las decisiones de la Corte, acordando prorrogar el plazo, fueran arbitrarias o absolutamente injustificadas, por manifiestamente innecesarias. Basta tener en cuenta, para descartar que así fuera, las fechas en las que se acordaron las cuatro primeras prórrogas (9-4-2009, 13-8-2009, 12-11-2009 y 28-1-2010. respectivamente), la fecha en la que se produjo el cierre de la instrucción (1-3-2010) y la fecha en que fue emitido y firmado el laudo (6-7-2010, aunque en realidad, tal y como se desprende de lo consignado en el voto particular, el laudo ya estaba redactado el 18 de junio de 2010. habiéndose demorado su emisión hasta el 6 de julio ulterior, precisamente por el tiempo que ocupó la preparación del parecer discrepante, firmado el 23 de junio de 2010), de las que se deduce que las cuatro primeras prórrogas se produjeron cuando la causa todavía se estaba instruyendo, al objeto de que las partes, como se desprende del art. 22.1 RCCI, tuvieran oportunidad suficiente de exponer su caso, y que sólo después de producirse el cierre de la instrucción, y estando ya pendiente el procedimiento de decisión, fue acordada la quinta dentro de la cual, y a los cuatro meses de producido dicho cierre (tiempo que en un asunto de esta naturaleza y tratándose de un arbitraje internacional no cabe considerar en modo alguno inusual o desmesurado) fue dictado el laudo.

También ha de ser tenido en cuenta, por otro lado, que lo alegado por EUS, en cuanto al hecho de no haber recibido comunicación de las prórrogas del plazo para laudar, no es algo que al propio tiempo haya probado, pudiendo hacerlo, pues, como es sabido, algunos hechos negativos son susceptibles de prueba a través del hecho positivo contrario, que sería en este caso el consistente en la demostración de que dichas comunicaciones se efectuaron, a lo que hubiera bastado proponer como prueba que se requiera a la Secretaría

de la Corte la constancia a través de report, acuse, recibo o confirmación de que las misma, efectivamente, fueron hechas, asumiéndose, de no aportarse dicha constatación, entonces sí, que, como afirma EUS, las prórrogas no se le complicaron.

Y en cualquier caso, es lo cierto, por último, que el escrito de EUS, del 3-3-2010, fue contestado por otro de la Secretaría de la Corte, del día 9 siguiente, que no daba a sus manifestaciones más que el carácter de "comentarios" de los que especificaba tomar nota, al tiempo que le señalaba todas las prórrogas acordadas por la Corte, de conformidad con el art 24.2 RCCI, Juego de firmada el AMS y hasta, la lecha. No constando que EUS opusiera algún reparo o formulara alguna observación a esta comunicación de la Secretaria, lo que ahora permitiría sostener, y dado que procedió con el arbitraje, que conforme al art. 33 del RCCI, EUS desistió de su derecho a objetar.

5.2.3 El laudo no ha vulnerado el principio de colegiación.

Al contrarío de lo que sostiene EUS: que no hubo deliberación, lo deducible del voto particular es: que sí la hubo. Siendo claro, igualmente, que no deja de haberla, como también parece entender EUS, por el hecho de que la misma no tuviera carácter "presencial" y se desarrollará en su mayor parte o en su totalidad, que lo mismo da, por escrito.

Lo cierto es, que el RCCI no trata expresamente de la deliberación, salvo para señalar, en su artículo 14.3, que "El Tribunal Arbitral podrá deliberar en cualquier lugar que considere apropiado", y, por lo tanto, tampoco establece la obligatoriedad de la deliberación "presencial" o la prohibición o imposibilidad de deliberar por escrito.

Es más, que la deliberación por escrito no es algo extraño o desacostumbrado en la práctica del arbitraje comercial internacional lo demuestra la nota explicativa de la secretaría de La CNUDMI acerca de la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1985 cuando en su apañado 42 y al tratar del "Pronunciamiento del laudo y otras decisiones" comenta que: "... Por la misma razón que no es menester que las actuaciones arbitrales se sustancien en el lugar escogido como "lugar del arbitraje", en el pronunciamiento de un laudo pueden mediar también deliberaciones celebradas en varios lugares, conversaciones telefónicas o por correspondencia. Además, no es necesario que los árbitros concurran en persona a un mismo Jugar para firmar el laudo".

En este punto lo esencial, lo que verdaderamente importa de cara a la validez del laudo, es que hubo deliberación y que el laudo fue dictado por mayoría. Que hubo fuertes y profundas discrepancias de parecer entre uno de ¡os coárbitros y los oíros dos miembros del Tribunal Arbitral es algo que salta a la vista y que el discrepante hizo explícito al firmar el laudo "en disconformidad total" remitiéndose a las consideraciones que: de forma llamativamente extensa, pormenor izada y rotunda, dejó plasmadas en su voto particular. Pero de ello en modo alguno cabe deducir, primero, que no existiera deliberación (algo que ni siquiera llega a denunciar el coárbitro discrepante) y, después y consecuentemente que se haya producido la violación del principio de colegiación.

5.2.4 El laudo no carece de motivación. Ni adolece de motivación irracional o arbitraria.

De las consideraciones que EUS expone a lo largo de su escrito de oposición es lógica que concluya con "rotundidad" que el laudo no satisface las exigencias de motivación constitucionales que forman parte del orden público interno español.

Ocurre, sin embargo, que dichas consideraciones no son las nuestras. Y que de las nuestras, tal y como hasta aquí han quedado expuestas, lo único lógica y congruentemente deducible es, al contrario de lo concluido por EUS, lo que y hemos rotulado por anticipado: que el laudo no carece de motivación ni adolece de motivación irracional o arbitraria.

5.2.5 El laudo no está afectado de parcialidad.

Por todo lo anteriormente razonado consideramos, también contrariamente a lo estimado por EUS, que su acusación de parcialidad constituye una mera opinión de parte. Y que no hay causa o motivo alguno, más allá del radical desacuerdo de EUS con su parecer, para sospechar o dudar racional y fundadamente de la independencia e imparcialidad de los coárbitros D. Horacio A. Grigera y D. Yves Derains.

La causal opositora decae.

6. Las costas de este procedimiento se imponen a EUS de conformidad con lo dispuesto en elart 394 LEC.

PARTE DISPOSITIVA

Otorgamos exequátur al laudo dictado en el Arbitraje CCI N° 15653/JRF, el 6 de julio de 2010, por el Tribunal Arbitral integrado por D. Horacio A. Grigera Naón, D. José Pedro Perez-Llorca Rodrigo y D. Yves Derains, por el que se condena a Euskaltel. S.A., tras declarar que violó ¡as Estipulaciones en los Contratos:

I. A pagar a France Telecom. S.A, Orange, S.A, Atlas Services Nederlands, B.V. y France Telecom. España, S.A, en razón de la violación de dichas Estipulaciones, "las sumas de: (i) ? 178.471.806 (lucro cesante Tipo I); (ii) ? 1.712.302 (lucro cesante Tipo II); y (iii) ? 41.717.957,40 en concepto de compensación por los costos y gastos operativos de comercialización y de captación de nuevos clientes por el plazo comprendido entre el inicio de octubre de 2006 y fin de marzo de 2007".

2. A soportar los gastos y costas de representación, asistencia y defensa legal en el arbitraje de las demandantes "fijados en la suma de ? 1.209.559.82".

3. A soportar "en su totalidad los costos y gastos del arbitraje, fijados por la Corte en la suma de US$ 1.000.000.00" y a pagar ,1a las Demandantes la suma de US$ 500.000.00 aportada por ellas como adelantos de fondos para el pago de dichos costos y gastos".

Las costas de este procedimiento se imponen a Euskaltel, S.A.

Contra la presente resolución, no cabe ulterior recurso (Artículo 955 de la LEC de 1881).

Lo acuerdan, mandan y firman el Excmo. Sr. Presidente y la/os Ilma/os. Sra/es. Magistrada/os que lo encabezan. Doy fe.

Voto particular

VOTO PARTICULAR que formula el magistrado D. JUAN LUIS IBARRA ROBLES, Presidente de la Sala de lo Civil y Penal de este Tribunal Superior de Justicia, de conformidad con la habilitación conferida por elartículo 260.1 de la Ley Orgánica 6/1985, del Poder Judicial.

Con pleno respeto a la autoridad de la decisión mayoritaria y a los argumentos desarrollados en el Auto dictado con fecha de 19 de abril de 2012, en coherencia con la posición mantenida en la deliberación, y en ejercicio de la facultad conferida por elartículo 260.1 de la Ley Orgánica 6/1985, del Poder Judicial(LOPJ), formulo Voto particular discrepante en relación con el otorgamiento de exequátur al pronunciamiento señalado como apartado VII. 3, (i), de la Decisión adoptada en el Laudo dictado con fecha de 6 de julio de 2010 por el Tribunal Arbitral en el Arbitraje CCI n° 15653/JRF. Todo ello, en los términos que paso a exponer.

En la villa de Bilbao (Bizkaia), a veintitrés de abril de dos mil doce.

ANTECEDENTES DE HECHO

ÚNICO.- Se aceptan en su integridad, por remisión, los consignados en la resolución acordada.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

1. PRELIMINAR

Se acepta en su integridad, por remisión, el razonamiento jurídico preliminar recogido el Auto.

2. PRIMERA CAUSA DE OPOSICIÓN. "Concurrencia de la causa de oposición prevista en el artículo V.1.C) del CNY. El laudo de la mayoría contiene decisiones que exceden de los términos del compromiso. Incongruencia por exceso. Exceso de competencia, vulneración del orden público procesal causando indefensión, artículo V.2.B), del CNY".

2.1 La representación procesal de "Eustaltel, S.A." (EUS) interesa que se aprecie que el Laudo para el que se solicita el exequátur incurre en la causa de oposición tipificada en elartículo V.1.c), "in fine", del Convenio de Nueva Yorkde10 de junio de 1958 (CNY), "que la sentencia.....contienedecisiones que exceden de los términos del compromiso o de la cláusula compromisoria"; así como en la causa de oposición tipificada en el artículo V.2.b) del CNY, por vulneración del orden público procesal con resultado de indefensión.

2.1.1. Como se precisa en el mismo numeral del Auto del que se discrepa, la parte oponente, con carácter principal, sostiene que la extralimitación competencial, incongruencia por exceso, que aprecia en el Laudo afecta a la totalidad de los pronunciamientos incluidos en el Acuerdo.

De forma subsidiaria, la parte oponente, EUS, dirige el reproche respecto del pronunciamiento señalado como apartado VII. 3, (i), de la Decisión; e interesa que sea denegado parcialmente el exequátur respecto de dicho pronunciamiento del Laudo por el que el Tribunal Arbitral ordena a Euskaltel el pago a las Demandantes, en razón de la violación de las Estipulaciones en los Contratos, de la suma de 178.471.806 euros por el concepto de "lucro cesante Tipo I".

2.1.2. En este Voto particular expreso mi discrepancia con la mayoría, exclusivamente, en punto a la desestimación de la pretensión subsidiaria deducida por EUS al amparo de la causa de oposición tipificada en el artículo V.1.c), "in fine", del CNY.

A cuyo efecto, sostuve en la deliberación, y ahora reproduzco, que concurre dicha

causa subsidiaria de oposición. Por lo que, a mi juicio, haciendo uso de la previsión dispuesta por el artículo V.1.c), la sala de justicia debió: denegar el exequátur respecto del pronunciamiento VII. 3, (i); y debió concederse el exequátur en cuanto a los demás pronunciamientos.

2.1.3. Por la razón anterior, sostengo el voto emitido en sentido desestimatorio, por los fundamentos que referidos a estos extremos se argumentan en el apartado 2.1.3.1. del Auto, respecto de la pretensión de la parte oponente de que se aplique la causa de oposición del artículo V.1.c), en relación con la tipificada en el artículo V.2.b) del CNY, a la totalidad de los pronunciamientos contenidos en la Decisión del Laudo.

2.2. Sostuve en la deliberación, y ahora reitero, que el pronunciamiento VII.3.(i) expresa una decisión, con el valor de cosa juzgada, sobre la exclusiva titularidad por la sociedad mercantil demandante FTE de la clientela captada de conformidad con el Acuerdo Marco de Colaboración (AMC) establecido entre Retevisión y EUS el 16 de diciembre de 1998 y que fue resuelto en el año 2006. Esta decisión excede de los términos de la cláusula compromisoria arbitral que habilitó la emisión del Laudo dictado con fecha de 6 de julio de 2010. Lo que hubiera debido determinar la denegación del reconocimiento y la ejecución del pronunciamiento VII.3.(i) del Laudo; así como la no imposición a ninguna de las partes de las costas de este procedimiento, debiendo abonar cada parte las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad.

El fundamento jurídico de este voto particular se sustenta en el resultado del contraste entre el alcance con el que, mediante la voluntad expresada en el compromiso arbitral, las partes en conflicto delimitaron la potestad decisoria conferida al Tribunal Arbitral; y el pronunciamiento VII.3.(i) de la parte dispositiva del Laudo, cuya razón de decidir se consigna en las consideraciones y determinaciones respectivamente recogidas en los apartados 99 y 100 y 162 a 170 del Laudo.

El resultado que alcanzo del referido contraste es que, de acuerdo con las previsiones del compromiso, el Tribunal Arbitral contaba con competencia para pronunciarse, con carácter de cuestión prejudicial, de forma no devolutiva y sin vinculación al órgano arbitral competente por razón de la materia, sobre la situación de la clientela captada de conformidad con el AMC; pero que el Tribunal Arbitral se extralimitó en su potestad decisoria al decidir con carácter definitivo y dotar de la fuerza de cosa juzgada, con vinculación al órgano arbitral competente por razón de la materia, al pronunciamiento VII.3.(i) por el que se ordena a Euskaltel el pago a las Demandantes de la suma de 178.471.806 euros por el concepto de "lucro cesante Tipo I".

De forma que la extralimitación se concreta en el exceso de competencia en la producción de efectos ejecutivos que media entre la restricción de los efectos de la decisión considerada al estricto ámbito del Arbitraje CCI n° 15653/JRF, y, por tanto, sin vinculación al órgano arbitral comprometido en el AMC, tal y como hubiera podido adoptarse en el marco de la competencia conferida; y el efecto prejudicial de la cosa juzgada material con el que el pronunciamiento VII.3.(i) vincula al pronunciamiento sobre el fondo en un eventual arbitraje de futuro, habilitado por la cláusula compromisoria del AMC; pronunciamiento por el que debiera resolverse, como cuestión principaliter, por el órgano decisor competente por razón de la materia, sobre la liquidación de todos los activos integrantes del fondo de comercio generado durante la vigencia del AMC; y, entre ellos, sobre la titularidad de la clientela captada en el cumplimiento del AMC.

2.3. La dificultad en orden a la determinación del objeto cierto de la cláusula compromisoria que delimita la potestad decisoria del Tribunal Arbitral autor del Laudo

dictado en el Arbitraje CCI n° 15653/JR, estriba en que las mismas partes se encuentran comprometidas por sendas cláusulas compromisorias respectivamente establecidas en los contratos suscritos en el año 1998 (AMC) y en el año 2005 (LSCTS).

Siendo así que, como se admite sin ambages en el Auto principal, el Tribunal Arbitral denotó que la interpretación del AMC resultaba indispensable para el enjuiciamiento sobre la cuestión de fondo referida al perjuicio por "Lucro Cesante Tipo I" sometida a arbitraje de conformidad con la cláusula compromisoria de LSCTS.

2.3.1. En virtud de la cláusula compromisoria de LSCTS, las partes en conflicto se comprometieron a resolver definitivamente, de acuerdo con el Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, "(t)odas las desavenencias que deriven de este contrato o que guarden relación con éste".

Previamente, en el AMC suscrito en 1998, las mercantiles contratantes habían establecido como cláusula compromisoria que "Las partes acuerdan someter a arbitraje la resolución definitiva de todas las cuestiones, conflictos y discrepancias que se susciten en virtud del presente contrato y que se deban a su interpretación, a su cumplimiento o a cualquier otro extremo".

Atendiendo a una interpretación conjunta de ambas cláusulas, el Laudo que decidiera definitivamente las "desavenencias" que "deriven" o que "guarden relación" con LSCTS no podía resolver de forma "definitiva" (con fuerza de cosa juzgada) sobre las discrepancias que, con el alcance que a continuación se expone, ya se habían suscitado "en virtud" del AMC y que se debían "a su interpretación" o "a su cumplimiento" en relación con la gestión del activo consistente en la clientela integrada por los usuarios del servicio de telefonía móvil captados en aplicación del AMC.

2.3.2. A lo largo del año 2006 se manifestaron notables discrepancias entre las partes que se debían a la interpretación y al cumplimiento del AMC. Dichas discrepancias incluyeron, de forma expresa, la cuestión sobre la gestión del activo de usuarios finales captados de conformidad con el AMC.

Siguiendo la secuencia cronológica, en octubre de 2006 las sociedades mercantiles demandantes comunicaron a EUS la intención de promover el procedimiento de arbitraje comprometido en el AMC.

En noviembre de 2006, las Demandantes ejercitaron acción declarativa de competencia desleal contra EUS ante elJuzgado de lo Mercantil n° 2 de los de Bilbao sustanciado con la signatura 410/2006. Mediante Auto dictado con fecha de 2 de febrero de 2007, el órgano judicial estimó la excepción declinatoria deducida por la representación procesal de EUS, con fundamento en la reserva de resolución de la controversia ante el órgano de arbitraje comprometido en el AMC.

El 21 de diciembre de 2006, la Comisión del Mercado de Telecomunicaciones dictó resolución en procedimiento iniciado de oficio sobre el cumplimiento de la resolución recaída el 9 de noviembre de 2006 en el expediente MYZ 2006/1141 sobre proceso de portabilidad entre "Euskaltel, S.A." y "France Telecom, S.A."; todo ello, en relación con la transmisión de los recurso de numeración que estuvieran siendo utilizados por usuarios contratados por "Euskaltel, S.A." de conformidad con el AMC. La resolución señalada fue objeto de recurso contencioso-administrativo, promovido por la representación procesal de "France Telecom, S.A." ante laSala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional con el número 78/2007; el recurso fue desestimado mediante sentencia firme dictada con fecha de 23 de

febrero de 2009. La pretensión anulatoria se ejercitó con fundamento, como motivo impugnatorio central, en la infracción delartículo 48 de la LGT, por entender la parte recurrente que la resolución administrativa, examinando una cuestión sobre la que la CMT manifiestamente carece de competencia, estableció como hecho determinante de la decisión que la relación contractual objeto del procedimiento de portabilidad únicamente había sido establecida entre dichos usuarios y "Euskaltel, S.A.".

2.3.3. En el procedimiento arbitral CCI n° 15653/JRF, las demandantes GFT deducen, entre otras, la pretensión de que se condene a EUS a indemnizar por los daños y perjuicios derivados de la "Pérdida de 236.046 clientes que FTE poseía al 1 de enero de 2007, lo que ocasionó al GFT una pérdida de beneficios evaluada en ? 178.471.806 (apartados 8 a 17 del resumen ejecutivo y páginas 3 a 18 del Primer Dictamen Nera)".

Alegan como causa de pedir que EUS, violando las estipulaciones de prohibición de competencia, "se apropió de más de 300.000 dientes del GFT en el País Vasco" (L 15, 49). Aporta como fundamento probatorio de esta causa de pedir el denominado "Informe Nera".

2.3.4. La causa de pedir (pérdida de beneficios producida por la pérdida de 236.046 clientes que FTE poseía y fueron apropiados por EUS) y el fundamento de pedir (Informe Nera) de la pretensión condenatoria ejercitada por el GFT guardan relación directa con las discrepancias, debidas a la interpretación del AMC, que se suscitaron entre las partes en el último trimestre de 2006 en relación con la titularidad de la clientela captada de conformidad con el AMC.

Singularmente, el fundamento de pedir se identifica por referencia a la fuente de lucro cesante que se define con el nombre de "Lucro cesante Tipo I" y cuyo método de determinación y valoración se describe en las páginas 1 a 18 del Informe NERA. Este método de determinación y valoración ofrece, de manera expresa, como pre-supuestos o cuestiones dadas dos premisas que califica como cuestiones jurídicas (Nera 2, 6, pag i): La primera premisa establece que los clientes que pidieron la portabilidad de FTE a EUS eran clientes FTE. La segunda proposición que opera como premisa jurídica es que EUS infringió una serie de cláusulas contractuales de no competencia, que impedían su rivalidad con FTE hasta marzo de 2008.

2.3.5. La anterior relación, lógica y jurídico sustantiva, entre el conflicto sometido a la decisión del Tribunal Arbitral y las discrepancias suscitadas en virtud del AMC fue puesta de manifiesto por la representación de EUS en el procedimiento arbitral CCI n° 15653/JRF. Con fundamento en la misma EUS dedujo una excepción de incompetencia parcial ratione materiae e interesó del Tribunal Arbitral que "1. Declare que no es competente para pronunciarse sobre cualquier cuestión atinente a la interpretación, cumplimiento, ejecución y liquidación del Acuerdo Marco de Colaboración suscrito entre RETEVISIÓN MÓVIL, S.A. y EUSKALTEL, S.A. con fecha 16 de diciembre de 1998 por no estar dichas cuestiones previstas e incluidas en la cláusula compromisoria en virtud de la que actúa dicho Tribunal".

Dicha pretensión guarda plena correspondencia con la posición anunciada por EUS en el Acta de Misión, en cuyo párrafo 2.2.A (viii), se señaló literalmente: "En definitiva, EUSKALTEL sostiene que no está sujeta a prohibición de no competencia alguna en virtud del Contrato de Venta y demás documentos que acompaña; y que, si se entendiera lo contrario, lo que niega, todo pronunciamiento sobre las pretensiones de las demandantes interpuestas en estas actuaciones están sujetas a la decisión de cuestiones preliminares o prejudiciales que deben ser resueltas bajo el Acuerdo Marco de conformidad con el mecanismo arbitral previsto en su cláusula vigesimosegunda".

2.4. El Laudo dictado por el Tribunal Arbitral decide, por mayoría, que:

"1. con excepción de lo establecido en el sub-parágrafo 4 más abajo, el Tribunal Arbitral goza de jurisdicción para decidir el presente caso;

"2. Euskaltel violó las estipulaciones en los Contratos;

"3. en razón de la violación de las Estipulaciones, ordenar a Euskaltel el pago a las Demandantes de las sumas de: (i) ? 178,471,806 (lucro cesante Tipo I);(ii) ? 1,712,302 (lucro cesante Tipo II); y (iii) ? 41,717,957.40 en concepto de compensación por los costos y gastos operativos de' comercialización y de captación de nuevos clientes por el plazo comprendido entre el inicio de octubre de 2006 y fin de marzo del 2007;

"4. el Tribunal arbitral carece de jurisdicción para pronunciarse acerca de las siguientes pretensiones de los Demandantes:

a) por costes de migración de equipos, en la suma de ? 7,984,429;

b) por costos de fidelización de propietarios de emplazamientos, en la suma de ? 860,104; y

c) por pérdidas de tráfico, en la suma de ? 1,497,470;

"5. Rechazar el reclamo de las Demandantes por ciertos saldos pendientes, en la suma de ? 5,658,240, y el reclamo de las Demandantes por compensación de daño moral, en la suma de ? 30,000,000;

"6. La Demandada soportará sus gastos y costas de representación, asistencia y defensa legal en este arbitraje y los de los Demandantes, éstos últimos fijados en la suma de ? 1,209,559.82. Igualmente, la Demandada soportará en su totalidad los costos y gastos del arbitraje, fijados por la Corte en la suma de US$ 1,000,000.00 y pagará a las Demandantes la suma de US$ 500,000.00 aportada por ellas como adelantos de fondos para el pago de dichos costos y gastos (Artículo 21 del Reglamento); y

"7. Toda otra reclamación o pretensión o defensa no aceptada expresamente en este parágrafo 194 ha sido y ha quedado íntegramente rechazada."

2.4.1. Como ya se indicó en el Fundamento de Derecho Preliminar del Auto, un control limitado, pero efectivo, del Laudo comporta un estándar de intensidad en el análisis de homologación que alcance también a las razones que fundamentan la decisión adoptada en el procedimiento arbitral.

A este efecto, el pronunciamiento VI.3.(i) encuentra la razón de decidir en las consideraciones expresadas en los apartados 99 y 100, así como en las determinaciones contenidas en los apartados 162 a 170, inclusive, del Laudo.

En cuanto a las consideraciones, el Tribunal Arbitral deja denotado en el apartado 99 que "carece de jurisdicción para resolver cuestiones atinentes al AMC, por contener éste una cláusula arbitral distinta". Si bien, matiza que "Sin embargo, habrá de referirse y recurrir al mismo cuando sea necesario, como ocurriría con cualquier otro antecedente relevante para determinar las actividades que Euskaltel desarrollaba antes de la firma de los pactos de no competencia".

De forma que, en línea de principio, el Tribunal Arbitral parece limitar la referencia al AMC en los acotados límites de su eventual consideración como antecedente relevante de necesario conocimiento para llegar a conocer las "actividades" desarrolladas por EUS a una determinada fecha.

Como segunda consideración, el Tribunal Arbitral, en el párrafo 100 del Laudo, afirma que la recurrencia y referencia al AMC para el fin señalado, cae bajo su jurisdicción ya que los contratos "lo facultan para decidir sobre las demandas de daños y perjuicios y, por consiguiente, para calcular los daños sobre la base de la prueba aportada por las Partes que debe valorar".

Considera, finalmente, que el "análisis de otro contrato, a fin de establecer la actividad llevada a cabo por una empresa en un momento determinado, no significa que el Tribunal Arbitral resuelve una disputa relativa a dicho contrato".

Y concluye, tras invocar el principio de "el juez de acción es el juez de la excepción", que "la ausencia de competencia para resolver litigios derivados de otro contrato (en este caso el AMC) no impide al Tribunal Arbitral interpretarlo para decidir demandas bajo su competencia basadas en otros contratos (en este caso, el Contrato de Venta, el Contrato de Adhesión y el Acuerdo de Accionistas)".

2.4.2. En los apartados 162 a 170, inclusive, del Laudo se aplican los anteriores consideraciones al enjuiciamiento de las cuestiones controvertidas.

En el apartado 166, el Tribunal Arbitral determina que el daño causado por lucro cesante lo constituye el desplazamiento de la clientela captada por EUS en violación de las Estipulaciones para brindarle servicios de telefonía móvil (incluidos los servicios bajo las Nuevas Tecnologías) como OMV a través de la red Vodafone en competencia con FTE. Aprecia, a este efecto, que "La medida del daño por la violación de la obligación de no competir está dada por la apropiación unilateral de clientela por Euskaltel durante el periodo en que dicha obligación se encontraba vigente y que había sido originariamente captada bajo el AMC con numeración en cabeza de FTE".

En el apartado 167, se reitera que "Esta última cuestión sí se encuentra indudablemente alcanzada por la jurisdicción del Tribunal Arbitral, quien también la tiene para determinar la cuantificación económica del daño eventualmente sufrido por las Demandantes a raíz de tal violación. Dicha cuantificación deberá necesariamente determinarse sobre la base de clientes que en su origen fueron adquiridos mediante la operación cubierta por el AMC (y cuya numeración telefónica, de conformidad con el AMC, estaba en cabeza de Retevisión/FTE), pero que luego fueron unilateralmente atraídos por Euskaltel para prestarles servicios inclusivos de las Nuevas Tecnologías en competencia con FTE...". Y se concluye que "... el hecho de que Euskaltel no haya agotado como instancia previa a su accionar como OMV a través de la red Vodafone la liquidación del AMC y la eventual participación de Euskaltel y Retevisión en los activos y pasivos resultantes del AMC a las resultas de dicha liquidación no es causal válida que impida a este Tribunal Arbitral proceder a dicha cuantificación".

En los apartados 168, 169 y 170, el Tribunal Arbitral cuantifica el daño por lucro cesante que identifica como Tipo I en el mismo montante económico que lo hace el Informe NERA y de conformidad con el método de valoración de activos por "flujos descontados" seguido en el mismo.

Este método, a tenor del informe NERA, es "perfectamente aplicable para determinar

el valor monetario de una base de clientes bien definida, con patrones de consumo conocidos y predecibles" (Nera 2, 5, pag i,).

2.5. El Tribunal Arbitral al estimar la pretensión indemnizatoria por "lucro cesante Tipo I" en los términos que definieron y fundamentaron la causa de pedir deducida por las Demandantes y de conformidad con las determinaciones que se consignan como razón de decidir en los apartados 166 a 170 del Laudo, resolvió la cuestión sobre la asignación exclusiva a FTE de la titularidad de la clientela captada de conformidad con el AMC.

Esta cuestión viene directamente referida a la interpretación del AMC y se había ya suscitado reiteradamente en el año 2006 como una discrepancia entre las partes en los conflictos reseñados en el apartado 2.3.2 de este Fundamento de Derecho.

La propia existencia de los señalados conflictos ponen de manifiesto que la determinación de la titularidad y la valoración del activo constituido por la clientela integrante del fondo de comercio generado por el AMC, constituye una cuestión que, al 1 de enero de 2007, era susceptible de convertirse en el objeto de un procedimiento de arbitraje autónomo comprometido en el propio AMC.

2.5.1. Se sigue de lo anterior que en el apartado VII.3.(i) el Laudo decide sobre un doble objeto. Así, decide sobre la cuestión relativa a la indemnización por lucro cesante consecuente a la violación por EUS de las Estipulaciones de LCTS. Y resuelve, así mismo, sobre la cuestión previa referida a la determinación de la titularidad y la valoración del activo constituido por la clientela generada en cumplimiento del AMC.

Este segundo objeto del pronunciamiento, como ya se ha razonado, guarda un vínculo lógico y jurídico con el pronunciamiento indemnizatorio 3.(i) al ofrecerse como un antecedente necesario e indispensable para la decisión encomendada sobre el fondo del procedimiento de arbitraje. Sin embargo, la potencial autonomía de la cuestión controvertida sobre la titularidad de la clientela captada en aplicación del AMC es la que define y delimita el alcance de la competencia del Tribunal Arbitral en los términos propios de una cuestión prejudicial no devolutiva cuya decisión solo podría producir efectos circunscritos al propio procedimiento arbitral en el que se ha suscitado, sin que puedan vincular con el efecto de cosa juzgada material a un eventual procedimiento arbitral dimanante del AMC.

2.5.2. El alcance de los efectos del pronunciamiento VII.3.(i) fue objeto de la pretensión de anulación del Laudo ejercitada por EUS ante el Tribunal Federal Suizo.

La sentencia dictada con fecha de 7 de febrero de 2011 por la 1ª Corte de Derecho Civil del Tribunal Federal inadmitió el recurso interpuesto por EUS fundado en el motivo único referido a la falta de competencia (extra potestatem) del Tribunal Arbitral para resolver sobre las pretensiones deducidas por las Demandantes.

En el apartado 4.3 de los Fundamentos de derecho de la sentencia se consigna la razón de decidir del tribunal federal:

"Es evidente que el Tribunal arbitral no era competente para resolver, por laudo revestido de efectos de cosa juzgada, sobre las pretensiones que las partes del AMC habrían podido hacer valer ante dicho tribunal debido a la resolución del mencionado acuerdo. Éste último contenía en efecto una cláusula arbitral aplicable a la regulación de litigios posteriores a la resolución del AMC, y de hecho, esta es la razón por la cual las partes fueron reenviadas a la vía arbitral cuando sometieron el mencionado litigio ante la CMT y

ante el Juzgado de lo Mercantil de Bilbao. Así bien, el mismo Tribunal arbitral declinó su competencia material relativa a la resolución del AMC (laudo arbitral, n. 99, 165 Y 166).

"Por el contrario, el Tribunal arbitral se juzgó competente para pronunciarse sobre las cuestiones prejudiciales de las que dependía el resultado del litigio que le había sido sometido (laudo arbitral, n. 100). El Tribunal consideró que debía tener en cuenta la situación de la clientela existente en el momento en el que el AMC había finalizado, interpretando según este acuerdo, para decir si la apelante se había apropiado de una parte de la clientela de FTE durante el periodo de no competencia estipulado en los acuerdos de venta y, en caso afirmativo, poder enumerar los clientes transferidos de una a la otra. Obrando así, no se ha excedido en sus facultades. Viene al caso, recordar que un tribunal arbitral está habilitado para resolver sobre cuestiones prejudiciales que no entran dentro del ámbito de la cláusula compromisoria (sentencia 4A 428/2010 de 9 de noviembre 2010 consid. 2; WENGER/SCHOTT, in Commentaire balóis, Internationales Privatrecht, 28 ed. 2007, n° 22 ad art. 186 LDIP Y los autores citados) y puede dilucidar, asimismo, a título prejudicial las cuestiones que no sean como tales susceptibles de arbitraje (ATF 133111139 consid. 5 p. 142 Y referencias). En el mismo orden de cosas y en lo que concierne la compensación, la tendencia a la generalización del principio, dado por el adagio" el juez de la acción es el juez de la excepción", según el cual, para retomar la redacción del artículo 21 a. 5 del Reglamento suizo de arbitraje internacional, el Tribunal arbitral es competente para conocer sobre la excepción de compensación aunque la relación que funda el crédito invocado para la compensación no esté dentro del ámbito de la cláusula compromisoria o sea objeto de otra convención de arbitraje o de otra cláusula de elección de fuero, (cfr., entre otros, BERGER/KELLERHALS. International and Domestic Arbitration in Switzerland. 2ª ed. 2010. n. 483 y 484, así como los autores citados en la nota a pie de página 316 p. 135). En Suiza, el mencionado principio ha sido en lo restante consagrado por la ley, tratándose de arbitraje interno (art. 377.1 CPC; RS 272)."

2.5.3. El magistrado suscribiente comparte las premisas de la razón de decidir denotadas en la sentencia dictada por la Sala Civil del Tribunal Federal Suizo: el Tribunal Arbitral gozaba de jurisdicción y de habilitación competencial para pronunciarse sobre la cuestión prejudicial referida a la situación de la clientela existente a la fecha en que surtió efectos la cláusula de prohibición temporal de competencia, una vez resuelto el AMC; y, a su vez, el Tribunal Arbitral no era competente para resolver, por laudo revestido de efectos de cosa juzgada, sobre las pretensiones que las partes del AMC, con ocasión de su resolución, habrían podido hacer valer, de forma autónoma, ante el órgano arbitral comprometido en el mencionado acuerdo.

Sin embargo, para la aplicación de las señaladas premisas en la función de control conferida al órgano judicial de quien se interesa el exequátur no resulta jurídicamente hábil el parámetro que se emplea en la sentencia dictada por el Tribunal Federal Suizo. Toda vez que el Tribunal Federal sustenta la decisión de inadmisión sobre una cuestión estrictamente fáctica referida a la falta de acreditación por la parte apelante de la "intención" del Tribunal Arbitral de "resolver de forma definitiva, en la misma ocasión, la cuestión de las consecuencias de la resolución del AMC emitiendo una decisión vinculante sobre este punto" (FJ 4.3.2). Siendo así que este extremo fáctico resulta irrelevante para alcanzar el cometido de homologación jurídica encomendado al órgano judicial del exequátur.

2.5.6. De manera distinta, la decisión sobre la homologación del Laudo en este extremo requería de una denotación jurídica dirigida a establecer si en el propio pronunciamiento de la decisión arbitral o en los fundamentos expresivos de la razón de decidir del órgano arbitral se consigna o no que la cuestión sobre la determinación de la titularidad y la valoración del activo constituido por la clientela captada en cumplimiento del

AMC, se dilucidaba con carácter prejudicial, quedando restringidos los efectos jurídicos de la decisión al ámbito del procedimiento arbitral CCI n° 15653/JRF.

Toda vez que, al no ser posible efectuar dicha denotación en el Laudo dictado por el Tribunal Arbitral, el reconocimiento de la autoridad del Laudo y la concesión de su ejecución de conformidad con las normas procesales del ordenamiento jurídico español estarían otorgando indiscriminadamente el efecto de la cosa juzgada material al doble objeto, prejudicial y principal, del pronunciamiento VII.3(i).

2.6. Se estima la causa de oposición deducida al amparo del artículo V.1.c), "infine", del CNY respecto del pronunciamiento VII. 3, (i), por el que se ordena a Euskaltel el pago a las demandantes de la suma de 178.471.806 euros por el concepto de "lucro cesante Tipo I".

3, 4 y 5. Se aceptan en su integridad, por remisión, los razonamientos jurídicos recogidos en el Auto bajo los mismos numerales.

6. COSTAS

En aplicación de lo dispuesto en elartículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no procede efectuar imposición a ninguna de las partes de las costas de este procedimiento, debiendo abonar cada parte las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad.

PARTE DISPOSITIVA

Primero: Denegamos exequátur al laudo dictado en el Arbitraje CCI N° 15653/JRF, el 6 de julio de 2010, por el Tribunal Arbitral integrado por D. Horacio A. Grigera Naón, D. José Pedro Pérez Llorca Rodrigo y D. Yves Derains, en cuanto al pronunciamiento VII.3(i), por él que el Tribunal Arbitral ordena a "Euskaltel, SA." el pago a las Demandantes, en razón de la violación de las Estipulaciones en los Contratos, de la suma de 178.471.806 euros por el concepto de "lucro cesante Tipo I".

Segundo: Otorgamos exequátur al laudo dictado en el Arbitraje CCI N° 15653/JRF, el 6 de julio de 2010, en cuanto a los demás pronunciamientos contenidos en los apartados VIL 3 (ii), VIL 3(iii) y VII. 6 de la Decisión.

Tercero: Cada parte deberá abonar las costas causadas en este procedimiento a su instancia y las comunes, por mitad.