Id. Cendoj: 28079310012018100224
ECLI: ES:TSJM:2018:12822
ROJ: STSJ M 12822/2018
Órgano: Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Civil y Penal
Sede: Madrid
Sección: 1
Nº de Resolución: 49/2018
Fecha de Resolución: 13/12/2018
Nº de Recurso: 45/2018
Jurisdicción: Civil
Ponente: JESUS MARIA SANTOS VIJANDE
Procedimiento: Civil
Tipo de Resolución: Sentencia

Resumen:

El Laudo impugnado desestima las excepciones de nulidad del contrato y non adimpleti contractus planteadas por la parte demandada. Condena a la parte demandada a abonar 98.969,53 euros en concepto de pago de facturas impagadas, mas otros 120.000 euros en concepto de penalidad por violación del pacto de no competencia postcontractual, y 20.000 euros más por los honorarios de abogados, gastos de desplazamiento y alojamiento, material, reserva sala para audiencia y otros. La actora impugna parcialmente el Laudo por entender que conculca el orden público, por inaplicación de las normas de Derecho Europeo en materia de competencia, que forman parte de nuestra legislación, lo que afecta al derecho de tutela judicial efectiva. La Sala aclara, en línea con otras resoluciones, que el Laudo puede ser anulado de oficio cuando el tribunal compruebe que el objeto de la controversia no es objeto de arbitraje, o que es contrario al orden público de ese Estado. Con esta previsión se acentúa el control jurisdiccional siempre que el laudo haya sido impugnado a instancia de parte. Una vez ejercitada la acción de nulidad, no es materia disponible, no cabe el allanamiento ni la transacción, existe un interés general por prescripción expresa de la Ley para salvaguardar el orden público. El Tribunal debe limitarse a determinar si se cumplieron las debidas garantías procesales, si el laudo se ajustó a los límites marcados en el convenio, o si invade cuestiones no susceptibles de arbitraje.

Idioma:

Español

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

Domicilio: C/ General Castaños, 1 - 28004

Teléfono: 914934850,914934750

31001590

NIG: 28.079.00.2-2018/0112416

Materia: Arbitraje

Procedimiento: Nulidad laudo arbitral 45/2018.

Demandante: SOCIALTECH, S.R.L.

Procurador/a: D. José Noguera Chaparro.

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

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

SENTENCIA 49 /2018

Excmo. Sr. Presidente:

D. Francisco Javier Vieira Morante

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. Francisco José Goyena Salgado

D. Jesús María Santos Vijande

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- El 22 de junio de 2018 se presentó por Lexnet la demanda formulada por el Procurador de los Tribunales D. José Noguera Chaparro, en nombre y representación de **SOCIALTECH, S.R.L.** , ejercitando, contra **IZO CORPORATE, S.L.** , acción de anulación ***parcial*** del Laudo Final de 14 de abril de 2018, dictado por D. Ismael en el Procedimiento Arbitral nº 22917/JPA, administrado por la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI).

SEGUNDO .- Previa acreditación de la fecha de notificación del Laudo -requerida por DIOR de 26.06.2018-, se admite a trámite la demanda por Decreto de la Sra. Letrado de la Administración de Justicia de fecha 19 de julio de 2018.

TERCERO .- Notificado el emplazamiento de la demandada el siguiente día 24 de julio, ésta, representada por la Procuradora de los Tribunales Dª. María del Valle Gili Ruiz, contestó a la demanda mediante escrito datado y presentado el día 19 de septiembre de 2018.

CUARTO .- Dado traslado en Diligencia de Ordenación de 21 de septiembre de 2018 a la demandante por diez días para presentar documentos adicionales o proponer prueba *ex* art. 42.1.b) LA, la representación de SOCIALTECH, S.L., deja transcurrir el plazo sin interesar nuevos medios de prueba.

QUINTO.- Oídas las partes, se fija la cuantía de la litis por DIOR de 11 de octubre de 2018, y el siguiente día 5 de noviembre de 2018 se da cuenta al Ponente al objeto de analizar los medios de prueba solicitados y proponer a la Sala la resolución correspondiente (DIOR 05.11.2018).

SEXTO .- Mediante Auto de fecha 6 de noviembre de 2018, la Sala acordó:

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

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

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

4º. Señalar para el inicio de la deliberación y fallo de la presente causa el día 11 de diciembre de 2018, a las 10:00 horas.

SÉPTIMO .- El día 10 de diciembre las representaciones de las partes presentan vía lexnet -a las 19:42:20 y a las 20:07:30-, con registro de entrada en este Tribunal Superior el día 11 y en esta Sala de lo Civil y Penal en la mañana del día 12, sendos escritos, de idéntico contenido, en el que ponen en conocimiento del Tribunal que " *SOCIALTECH, S.R.L desiste del presente procedimiento, e IZO CORPORATE, S.L., presta su conformidad* ", suplicando de la Sala " *que acuerde la terminación del procedimiento sin especial pronunciamiento sobre la imposición de costas* ".

Es Ponente el Ilmo. Sr. D. Jesús María Santos Vijande (DIOR 26.06.2018), quien expresa el parecer mayoritario del Tribunal.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- El Laudo final impugnado, que resuelve a instancia de IZO CORPORATE las controversias surgidas en torno al incumplimiento y resolución del Contrato de Franquicia suscrito por las partes el 12 de diciembre de 2013, contiene la siguiente parte dispositiva:

Desestimar las excepciones de nulidad del Contrato y non adimpleti contractus planteadas por la Parte Demandada.

Condenar a la Parte Demandada a abonar la Parte Demandante la cantidad de 98.969,53 ¤ en concepto de pago de facturas impagadas emitidas por la Parte Demandante, más el interés que corresponda según el Tipo de Interés Comercial de Demora vigente en cada momento desde los 60 días siguientes a la correspondiente fecha de emisión de cada una de las respectivas facturas, que a continuación se detalla, hasta la fecha del pago efectivo.

(....)

Condenar a la Parte Demandada a pagar a la parte Demandante la cantidad de 120.000 ¤ en concepto de pago de la penalidad por violación del pacto de no competencia postcontractual, más el interés legal desde el 30 de junio de 2017 -fecha de interposición de la Solicitud de Arbitraje-, el cual se incrementará en dos puntos desde la fecha del presente Laudo hasta su pago efectivo.

Condenar a la Parte Demandada al pago de la totalidad de los gastos administrativos del arbitraje y honorarios del Árbitro Único, fijados por la Corte en 40.000 US$. Por este concepto, la Parte Demandada tiene que pagar a la Parte Demandante la cantidad de 20.000 US$.

Condenar a la Parte Demandada al pago de las costas legales de honorarios de abogados

de la Parte Demandante por importe de 20.000 ¤ más IVA, así como los gastos y costas por los conceptos (i) gastos de desplazamiento y alojamiento 2.847,19 ¤, (ii) gastos de envío, material y desplazamiento letrados, 398,47 ¤ más IVA, y, (iii) coste de reserva de Sala para la Audiencia y de transcripción, 1.425 ¤ más IVA.

Desestimar las demás pretensiones de la Parte Demandante.

La Parte Demandada debe asumir sus propias costas legales y gastos.

La actora impugna parcialmente el Laudo por entender que conculca el orden público - art. 41.1.f) LA-, por inaplicación de normas imperativas del Derecho de la Unión Europea en materia de competencia, de aplicación inexcusable al caso tanto por su propia indisponibilidad como por formar parte de la legislación del Reino de España - arts. 96 CE y 1.5 CC -, que es la Ley aplicable pactada por las partes en el Contrato de Franquicia -cláusula 22.1. Estima la demandante que tal proceder conculca los arts. 24.1 CE -derecho a la tutela judicial efectiva - y 9.3 CE , en su referencia a los principios de legalidad y de seguridad jurídica, lo que es claramente subsumible en el motivo de anulación invocado.

En el caso, SOCIALTECH postulaba la aplicación del art. 101.3 TFUE , en conexión con el Reglamento (UE) nº 330/2010 de la Comisión, de 20 de abril, relativo a la aplicación del precitado art. 101.3. A tal fin, menciona las SSTC 120/1998 y 58/2004 expresivas de la integración en el Ordenamiento interno del Derecho de la Unión y del principio de primacía que lo informa.

Aduce SOCIALTECH que no incumplió el pacto de no competencia post contractual regulado en la cláusula 15.2 del Contrato de Franquicia, y que, en todo caso, después de la resolución unilateral por parte de IZO, no ha seguido desarrollando su actividad en el mismo local, como demandaría el art. 5.3 del Reglamento (UE) precitado, de aplicación al caso por formar parte de la Legislación interna del Reino de España.

En su virtud, suplica la anulación parcial del Laudo impugnado y el dictado de Sentencia que:

Declare la nulidad de la totalidad de las decisiones relativas al incumplimiento de la cláusula de no competencia post-contractual, contenidas en las decisiones VI y XI del laudo arbitral impugnado .

Todo ello con expresa condena en costas.

A ello opone la demandada, *IZO CORPORATE* , que " *lo que rectamente dictamina el Laudo, partiendo de la vigencia y aplicación en España de los tratados internacionales y, en general, de la normativa de la UE, es sencillamente que, conforme a sus propios términos, las normas europeas disciplinan la libre competencia en el mercado interior..., y por consiguiente no pueden resultar de aplicación a un pacto de no competencia post-contractual cuyo ámbito geográfico coincide con el territorio contractual definido en el contrato de franquicia: Argentina y Uruguay (fuera de los límites del mercado interior europeo)* ".

No se discute en el recurso irracionalidad o arbitrariedad en la valoración de la prueba en lo que concierne a la cumplida motivación del árbitro sobre la competencia post contractual de SOCIALTECH (§§ 263-278), y de que " *sus productos y servicios compiten clara e indudablemente con la gama de productos y servicios ofrecidos por IZO* " (§ 269): enfatiza el Laudo la falta de oposición efectiva por SOCIALTECH al acervo probatorio aportado por

IZO; analiza la testifical del Sr. Jose Francisco (§ 276); y justifica la intención de IZO de continuar en el mercado argentino..., destacando (§ 265) la irrelevancia de que la demandante (IZO) realizara o no actividad en Argentina, "toda vez que la Cláusula 15.1.2, aplicable según la Cláusula 15.2.2, incluye en la prohibición de competencia los servicios ' *que sean susceptibles de entrar, directa o indirectamente, en competencia con las actividades de IZO y con el Franquiciador* '".

Recuerda la demandada cómo el Laudo asumió exactamente sus planteamientos (§§ 281 y282) sobre la inaplicabilidad al caso del Derecho de la Unión al ser el territorio asignado al franquiciado Argentina y Uruguay (Anexo II del Contrato) -ajeno al mercado interior de la Unión-, llevando aparejado el incumplimiento del compromiso de no competencia post contractual el abono al Franquiciador, como cláusula penal, de la cantidad de 120.000 euros (Cláusula 15.2.3 en conexión con Cláusula 17.1, último párrafo).

Añade IZO CORPORATE una serie de consideraciones de interés, por lo que luego se dirá, sobre " *el manifiesto error conceptual e interpretativo* " que atribuye a la actora: aun en la hipótesis de que la *conducta de hecho* de SOCIALTECH no encajase en las condiciones a las que el Reglamento (UE) 330/2010 supedita la exención de la aplicación del art. 101.1 del TFUE a los acuerdos que aborda (por ejemplo, porque no ejerció su actividad desde el mismo local que ocupaba durante la vigencia del contrato de franquicia - art. 5, párrafos 1.b y 3.b del Reglamento-, tal extremo sería insuficiente para cuestionar la cláusula de no competencia: *como mínimo, la demandante debía haber probado que el acuerdo y sus efectos resultaban contrarios al art. 101 TFUE , afectando al comercio entre los Estados miembros y/o falseando la competencia* .

SOCIALTECH -continúa la aquí demandada- en ningún momento abordó la definición del mercado sobre el que recae el pacto -más allá de su delimitación geográfica-, el peso o la cuota de las partes en dicho mercado, si el pacto de no competencia impide, restringe o falsea la misma...

Por lo expuesto, interesa la íntegra desestimación de la demanda con expresa condena en costas a SOCIALTECH.

El Laudo analiza la problemática aquí suscitada partiendo de los siguientes términos de la *cláusula de no competencia post contractual* -cláusula 15-:

15.2.1: Durante un año a partir de la fecha de vencimiento, resolución o extinción por cualquier causa del presente contrato, las personas sujetas al compromiso de no competencia de acuerdo con la anterior estipulación 15.1 del presente contrato -15.1.1 SOCIALTECH, 15.1.3 socios y administradores- se abstendrán de competir con el Franquiciador en el territorio asignado al Franquiciado.

15.2.2: El término competir debe entenderse conforme a lo establecido en la estipulación 15.1 del presente contrato.

15.1.1: ...explotando, directa o indirectamente, una actividad en cualquier lugar donde pueda competir con el Franquiciador.

15.1.2: Esta prohibición de competencia incluye la prestación de servicios susceptibles de entrar directa o indirectamente en competencia con la actividad de la red IZO y con el Franquiciador".

Reseña el Laudo los argumentos de SOCIALTECH invocando la aplicación de los arts. 288 ,

102 - *rectius* , 101- TFUE y 5.3 del Reglamento (UE) 330/2010 de la Comisión -párrafos 152 a 163 de la contestación a la demanda arbitral-, y sosteniendo, al decir del propio Laudo (§ 279), la inaplicabilidad de la cláusula 15 -y *a fortiori* de la cláusula penal por su incumplimiento- por falta de actividad de competencia: *ésta no se habría realizado en el mismo local, no siendo posible proteger unos conocimientos técnicos transferidos que no existían, según definición del Reglamento 330, al no ser secretos, ni sustanciales, ni determinados, y al no obedecer a un motivo lícito, por lo que el pacto de no competencia conculcaría la interdicción del art. 101 TFUE* .

El Laudo resuelve esta cuestión con una motivación que se contiene en los §§ 281 a 285:

281. " *Las normas de los Tratados sobre competencia se circunscriben, conforme a sus objetivos, a la competencia en el mercado interior de la Unión y al comercio entre los Estados miembros (art. 101.1 del TFUE)* ".

282. "Aun en el caso de que la cláusula de no competencia post contractual fuese en algún punto contraria al tenor de las normas europeas, desde un punto de vista meramente material (que no lo es), dicha cláusula contractual se refiere al territorio argentino, quedando fuera por tanto del ámbito de aplicación de las normas unionistas. Por consiguiente, y en reflejo de lo dicho, el Reglamento precisamente invocado por la Demandada (Reglamento UE 330/2010, de 20 de abril) *no encuentra aplicación en el presente caso* , sencillamente porque en su propio título y en su art. 1.1 apartado b) limita su ámbito de aplicación a los acuerdos que caigan dentro del ámbito de aplicación del art. 101.1 TFUE ".

283. ..."Ámbito de aplicación limitado a los países y mercados que forman parte de la Unión Europea (mercado interior) como resulta del art. 52 del Tratado de la Unión Europea con los arts. 101.1 y 355 del TFUE ".

284. "En el presente caso, la prohibición de competencia se limita al mercado de Argentina y Uruguay... que no forman parte del mercado interior de la UE y de hecho ninguno de estos dos países figuran en la normativa anteriormente citada, con lo cual *se confirma la posición de la Parte Demandante sobre la no aplicación de la normativa comunitaria de la competencia al presente caso, desestimándose, en consecuencia, los argumentos de la Parte Demandada* ".

En este último párrafo subrayado -el resaltado es nuestro- se resume, inconcusamente, la *ratio decidendi* del Laudo *para excluir el examen de la validez del Pacto de no competencia post contractual de conformidad con las exigencias del Derecho de la Unión* y, en consecuencia, si la competencia posterior al contrato efectivamente realizada por SOCIALTECH podía entenderse amparada o no por las Libertades Fundamentales de la Unión.

Solo " *a mayor abundamiento* " añade el Laudo que " *la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha admitido de forma generalizada el pacto de no competencia post contractual en el contrato de franquicia, siempre que dicho pacto se establezca dentro de unos límites temporales y espaciales* ", que tampoco detalla (§ 285).

Con esta sola base y habiéndose acreditado el incumplimiento del Pacto de no competencia por SOCIALTECH, concluye el Árbitro (§ 286) en la procedencia de aplicar la penalidad prevista en la cláusula 15.2.3, condenando a la demandada a abonar 120.000 euros a IZO CORPORATE, más los intereses devengados.

PRIMERO BIS .- En este contexto, con un objeto procesal así delimitado, que pretende la nulidad parcial del Laudo por infracción del orden público -sustentada en la quiebra de los arts. 24.1 y 9.3 CE y en la conculcación de normas imperativas sobre una Libertad Fundamental del Derecho de la Unión-, habiéndose practicado la prueba admitida en el Auto de 6 de noviembre pasado, en este contexto, decimos, tiene lugar la solicitud de archivo de la causa, por desistimiento, a que hemos aludido en el antecedente séptimo de esta resolución. Elementales razones de orden lógico exigen analizar, en primer término, esa solicitud.

La Sala aclara, al respecto -en línea, entre otras, con nuestras precedentes Sentencias 65/2015, de 17 de septiembre (roj STSJ M 10504/2015) y 14/2017, de 28 de febrero (roj STSJ M 1752/2017), que, si bien dicho examen pudiera efectuarse en resolución autónoma -un Auto-, dado el estado de las actuaciones -dentro del plazo para dictar Sentencia e iniciada la deliberación de la causa-, ninguna razón obsta -antes al contrario- para que el resultado de la deliberación y fallo habidos al respecto con carácter previo al examen del fondo de la litis se consigne en esta Sentencia.

Como es sabido, el art. 41.2 LA dispone: " **Los motivos contenidos en los párrafos b)** *[que una parte no haya sido debidamente notificada de la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales o no haya podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos]* , **e)** *[que los árbitros hayan resuelto sobre cuestiones no susceptibles de arbitraje]* y **f)** *[que el laudo sea contrario al orden público]* **del apartado anterior podrán ser apreciados por el Tribunal que conozca de la acción de anulación de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal en relación con los intereses cuya defensa le esté legalmente atribuida** ".

Cumple recordar ahora lo que esta Sala ya ha dicho en repetidas ocasiones acerca del alcance de este precepto. En palabras, por todas, de nuestras ***Sentencias 74/2015, de 23 de octubre*** (roj STSJ M 12653/2015), FJ 3 , y ***68/2016, de 2 de noviembre*** , FJ 1 -recaída en autos de anulación 25/2016 , roj STSJ M 11924/2016:

" *La doctrina es unánime al considerar que esta importante novedad de la vigente Ley de Arbitraje está inspirada o, por mejor decir, es reiteración -salvo en lo que concierne a la referencia al apartado b), que fue introducido, por razones muy atendibles, en virtud de enmienda parlamentaria de los Grupos Socialista y Vasco- de lo establecido en el art. 34.2.b) de la Ley UNCITRAL , según el cual el laudo puede ser anulado de oficio cuando el Tribunal compruebe: i) que, según la Ley del Estado del foro, el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje; y ii) que el Laudo es contrario al orden público de ese Estado.*

Es evidente que con esta previsión normativa se acentúa claramente el control jurisdiccional sobre el arbitraje, pero tampoco existe duda -sino general conformidad- a la hora de sostener que esa previsión, trasunto, como decimos, de la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas (Resoluciones 40/72, de 11.12.1985, y 61/33, de 4 de diciembre de 2006), está justificada, habida cuenta de que el examen de oficio se permite respecto de motivos que trascienden la simple voluntad de las partes y su poder de disposición, en el bien entendido, claro está, de que el laudo haya sido impugnado a instancia de parte -no se trata de que el Tribunal incoe de oficio el proceso de anulación.

También resulta incuestionado que este precepto entraña una ruptura real del principio de congruencia, por expresa previsión de la Ley, no estando limitado el Tribunal a decidir sólo sobre la base de los motivos alegados por las partes, sino también, según establece el art. 41.2 LA, atendiendo a aquellos otros que hayan podido ser apreciados de oficio por él

mismo.

Si bien se mira, se trata, más que de una facultad del Tribunal, de un verdadero deber, dada la naturaleza pública de los intereses en juego, que es lo que explica la apelación legal al principio de oficialidad. Observancia de este deber que resulta tanto más exigible -desde el punto de vista del art. 14 CE , en su vertiente de igualdad en la aplicación judicial de la Ley- cuando, como es el caso, se da la circunstancia de que la Sala sentenciadora ha sentado una doctrina jurisprudencial en supuestos similares, de suerte que, si el laudo controvertido evidenciase los defectos señalados en esa doctrina, ello habría de conducir -salvo cambio jurisprudencial motivado- a una decisión jurisdiccional coincidente con la precedentemente adoptada ".

En este contexto, con un objeto procesal así delimitado -en el que está implicada la eventual infracción del orden público-, tiene lugar la solicitud de archivo de la causa por desistimiento.

Ante todo, se hace preciso recordar que los litigantes están facultados para disponer del objeto del juicio, y que de ese poder de disposición son manifestaciones el allanamiento, el desistimiento, la renuncia, la transacción, la sumisión a arbitraje o mediación (art. 19.1 LEC), y la atribución de relevancia a la pérdida de interés de las partes para acordar la terminación del proceso (art. 22 LEC); ahora bien, tal poder de disposición se supedita -obvio es decirlo- a que el objeto del juicio, la *res in iudicio deducta* sea disponible, de forma que la actuación de la voluntad de las partes para poner fin al proceso no contravenga una prohibición o limitación legal por razones de interés general o en beneficio de tercero (art. 19.1 LEC). *En este sentido, hemos dicho con igual reiteración que no cabe ignorar que la pretensión ejercitada es la anulación de un laudo -no, propiamente, la controversia de que éste trae causa- , la cual solo puede ser acordada por Sentencia del Tribunal competente y en virtud de una causa legalmente establecida (art. 41 LA): pretensión que, ope legis, exige su adopción por Sentencia judicial tras el correspondiente proceso...; conclusión insoslayable, por otra parte, pues resulta totalmente coherente con la naturaleza de " equivalente jurisdiccional " que ostenta el arbitraje y con la fuerza de cosa juzgada atribuida a los laudos (art. 43 LA)* .

Pues bien, olvidan las partes que la acción de anulación del Laudo no subviene solo a la satisfacción de sus intereses: la nulidad o la validez de un Laudo, *una vez suscitada ante el Tribunal competente* , no es materia disponible: la Sala ya ha establecido con reiteración que no cabe ni el allanamiento ni la transacción sobre la validez de un Laudo (v.gr., ***SS. 65/2015*** , de 17.9 y ***13/2016*** , de 9.2 -roj STSJ M 1236/2016 ; y ***Auto de 20 de julio de 2016*** -roj ATSJ M 309/2016 -. Qué duda cabe de que existe un interés general, expresado de manera inequívoca por la Ley en defensa de la institución misma del arbitraje, en que la sola voluntad de las partes -su libre poder de disposición- no pueda dar lugar a la anulación del laudo... Postulado que se representa tanto más evidente cuando se repara en la naturaleza que ostenta el Laudo, esto es, en su condición de " *equivalente jurisdiccional* " (reiterada, una vez más, por el Tribunal Constitucional en su reciente ***STC 1/2018, de 11 de enero***): cabalmente, no cabe defender la eliminación del ordenamiento jurídico -por revisión o por declaración de nulidad- de una sentencia firme porque las partes así lo quieran o lo decidan, al margen de las taxativas previsiones de la Ley al respecto... Pues lo mismo se ha de mantener sobre la imposibilidad de convención de las partes en lo que concierne a la nulidad de un laudo...

Como tampoco es declinable -aun cuando medie renuncia o desistimiento- por el Tribunal que está conociendo de la acción de anulación su deber de pronunciarse acerca de la validez o la nulidad del Laudo ***cuando así le viene impuesto, en defensa del interés general,***

por prescripción expresa de la Ley para salvaguardar el orden público, el respeto a los límites legal e infranqueablemente impuestos al arbitraje y el derecho de defensa de los litigantes (art. 41.2 LA).

Hemos dicho, por todas, en las precitadas resoluciones que no es aceptable la pretensión de poner fin a un proceso de anulación de laudo en el que es objeto de enjuiciamiento, tras la correspondiente alegación y prueba, un motivo de anulación que, por razones de interés general, haya de ser examinado de oficio por este Tribunal, cuyo análisis, en tales circunstancias, no puede quedar a lo que resulte del poder de disposición, de los pactos de los litigantes, so pena de vaciar de contenido, *contra legem* , lo dispuesto en el art. 41.2 LA -que, por cierto, constituye una de las principales novedades de la vigente Ley de Arbitraje , por contraste con la de 1988, y es expresión de la armonización de nuestro Derecho con la normativa UNCITRAL.

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

Tal es la doctrina que viene manteniendo esta Sala desde su ***Sentencia 65/2015, de 17 de septiembre*** , sin fisuras ni contradicción alguna -y con estricta sujeción al mandato legal-, en relación con las limitaciones al poder de disposición de las partes sobre la acción de anulación que se siguen tanto del objeto y naturaleza misma de esa acción como del art. 41.2 LA, por congruencia con los deberes de actuación de oficio que este precepto impone al Tribunal, ya se trate de allanamiento, transacción, satisfacción extraprocesal, renuncia o desistimiento a ésta equivalente -dado el perentorio plazo de caducidad de la acción-, *sin menoscabo de que cada una de estas manifestaciones del principio dispositivo presenten sus propias singularidades sobre este particular* : v.gr., inviabilidad absoluta del allanamiento o de la satisfacción extraprocesal, y posibilidad relativa de incidencia sobre la pervivencia del proceso de anulación -en función de las causas de anulación concurrentes- de la renuncia, del desistimiento o de la transacción sobre la relación material -no sobre la validez del Laudo. Cfr., v.gr., los ***Autos de 1 de diciembre de 2015*** -resolviendo el incidente de nulidad planteado contra la Sentencia 65/2015 - y ***20 de julio de 2016*** (roj ATSJ M 309/2016) , así como las ***Sentencias 13/2016, de 9 de febrero*** (roj STSJ M 1236/2016) ***, de 14/2017 , 28 de febrero-*** dictada en la causa 55/2016, rojSTJM 1752/2017- **y 72/2016, de 15 de noviembre, -roj STSJ M 12123/2016-,** Sentencia esta última en que la Sala, con apoyo en la misma doctrina que se acaba de reseñar -así lo evidencia, paladinamente, su fundamento segundo-, aceptó por unanimidad la renuncia a la acción de anulación al no alegarse ni apreciar concurrentes motivos de nulidad apreciables de oficio, esto es, al darse los presupuestos materiales y procesales precisos para su admisibilidad. Cfr., asimismo, más recientemente, los ***Autos de 4 de abril de 2017*** , recaídos en procesos de anulación núms. 43/2016 y 63/2016 -roj ATSJ M 100/2017 y 99/2017, respectivamente), ***3 de mayo de 2017*** -roj ATSJ M162/2017-, ***18 de julio de 2017*** -recaído en autos de anulación de Laudo nº 37/2015-, ***5 de septiembre de 2017*** -autos de anulación de Laudo nº 36/2017, roj ATSJ M 582/2017-, ***7 de diciembre de 2017*** -autos de anulación de Laudo nº 61/2017, roj ATSJ M 581/2017-, ***30 de enero de 2018*** -autos de anulación de Laudo 77/2017- y ***12 de abril de 2018*** -autos de anulación 7/2018.

A la luz de todo lo expuesto -y de la infracción del orden público que se alega- no vale decir que las partes ya no tienen interés en que se resuelva acerca de la validez o de la nulidad del Laudo: hay un interés público prevalente en que se analice y, en su caso, se

depure la permanencia en el ordenamiento de un Laudo potencialmente lesivo de derechos fundamentales: en tales situaciones, tratándose de Laudos, el poder de disposición de las partes no prevalece sobre el interés público asociado a la resolución de la demanda de anulación que la propia Ley de Arbitraje impone al Tribunal. Hemos de traer a colación algo ya dicho en nuestro ***Auto de 1 de diciembre de 2015*** -recaído en el proceso de anulación 106/2014 :

La Sala no duda de que los litigantes, en un momento dado, pueden " *perder interés* " en la prosecución del proceso por llegar a un acuerdo económico -que es lo que probablemente ha sucedido, y al que nada hay que objetar en el plano *inter privatos* -; lo que la Sala ha afirmado y afirma es que existe un interés general prevalente que hace que esos acuerdos no puedan ser utilizados -sin perjuicio de la eficacia que puedan tener inter partes- como cobertura fraudulenta -en fraude de ley- para evitar que un Tribunal cumpla con el deber indeclinable que le asiste, *ope legis,* de pronunciarse sobre si el objeto indisponible que ante él se ha sometido -en nuestro caso, la parcial nulidad de un Laudo por lesión de derechos fundamentales, principios constitucionales y normas de ius cogens-, debe entenderse existente, o no ...

Y no vale decir al respecto, sin subvertir la realidad de las cosas, que lo único que se debate aquí es la validez de un pacto de no competencia post contractual, lo cual sería ajeno a toda idea de interés general: amén de que esto no es cierto porque, como veremos, las reglas de defensa de la libre competencia preservan intereses generales de primera importancia -con incidencia directa en los derechos de los consumidores-, lo que se ha debatido en la causa, aquello sobre lo que se ha alegado y practicado abundante prueba, es si, con ocasión del Contrato de Franquicia litigioso, se ha llevado adelante un arbitraje que culmina con un Laudo lesivo de los arts. 24.1 y 9.3 CE , y del Derecho de la Unión sobre defensa de la competencia : decir que tales cuestiones no afectan al orden público o, más ampliamente, al interés general en que el arbitraje se desarrolle con las debidas garantías -como " *equivalente jurisdiccional* " que es-, por el hecho de que se hayan sometido a la consideración de la Sala al hilo de un contrato sobre materia disponible sería tanto, lisa y llanamente, como dar por buena una patente " *petición de principio* ": por definición, la controversia que se somete a arbitraje ha de versar sobre materias de libre disposición -art. 2.1 LA-, pero esto no significa, con toda evidencia, que lo que suceda en el procedimiento arbitral sea igualmente disponible siempre y en todo caso: un postulado semejante contraviene frontal, clara e inequívocamente la dicción terminante de los arts. 41.1.f) y 41.2 LA, y de los correlativos preceptos de la Ley Modelo Uncitral y del Convenio de Nueva York de 1958 , por citar solo dos ejemplos paradigmáticos de normas internacionales.

Por lo demás, el desistimiento que aquí se pretende ha de ser analizado -y tal es el tratamiento procesal que la Sala le viene dando- desde la perspectiva del art. 20 LEC , y no del art. 450 LEC , pues la acción de anulación - *nemine discrepante* - no es un genuino recurso. Un intento de desistimiento, conclusos los autos para Sentencia, aun cuando en puridad ni siquiera es temporalmente posible una vez se haya iniciado la deliberación, ha de ser analizado a la luz de las precedentes reflexiones: aquí, dado el plazo de caducidad de la acción, el desistimiento no afecta solo al proceso - art. 20 LEC -, de modo que el actor pueda promover nuevo juicio sobre el mismo objeto; el desistimiento -como ya dijimos en nuestra Sentencia 14/2017 - afecta directamente y con carácter definitivo al enjuiciamiento del *thema decidendi* -cual si de una renuncia a la acción se tratase, de suerte que, atendiendo a la realidad de las cosas -y no a su mera denominación- es inconcuso que ha de recaer -dicho "desistimiento"- sobre un objeto disponible - art. 19.1 LEC -, lo que, como hemos visto, no es el caso.

En suma: visto el *thema decidendi* sometido a la consideración de este Tribunal, no ha

lugar acceder al desistimiento y consiguiente solicitud de archivo interesados.

SEGUNDO . Delimitado el objeto del debate en los términos del FJ 1º -sin perjuicio de lo que hayamos de decir a la hora de determinar el alcance de nuestro fallo-, el alegato de infracción del orden público como causa de anulación que sustenta la demanda obliga a dejar clara constancia de los parámetros que delimitan el ámbito de nuestro enjuiciamiento en la acción de anulación cuando se invoca el art. 41.1.f) LA.

Parámetros de enjuiciamiento .

a) ***Sobre la "infracción del orden público" y el llamado "control de fondo" en la acción de anulación: especial referencia a la inobservancia de reglas imperativas.***

Dejamos constancia, en primer lugar, de que, como tantas veces hemos dicho -recientemente, entre muchas, en la S. 45/2017, de 4 de julio, roj STS 8072/2017-, la acción de anulación no configura una nueva instancia, como si este Tribunal estuviese habilitado por la ley para revisar, con plenitud de jurisdicción, el juicio de hecho y la aplicación del Derecho efectuados por los árbitros al laudar.

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

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

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

Evidentemente que " *la acción de anulación* " no abre una segunda instancia, un " *novum iudicium* " en el que se pueda revisar sin limitaciones, con " *plenitud de jurisdicción* " -en

locución del TEDH-, el juicio de hecho y el razonamiento de Derecho efectuado por el tribunal arbitral. Tampoco se puede identificar la acción de anulación, como antaño el recurso de tal nombre, con una suerte de casación donde se podía analizar, como motivo de revisión del laudo, la infracción de ley y/o de doctrina jurisprudencial (Ley de Arbitraje de 1953)...

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

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

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

De nuevo a modo de ejemplo: ¿qué tiene que hacer, *ope legis* , un Tribunal de anulación cuando examina si la controversia es arbitrable por recaer sobre materias de libre disposición? No puede dejar de examinar la naturaleza disponible, o no, de la materia controvertida, su régimen jurídico... Lo hemos dicho con toda claridad en la ***S. 56/2015, de 13 de julio*** : " *decidir si una materia es disponible, o no, exige, sin lugar a dudas, analizar su régimen jurídico, la naturaleza de las normas reguladoras, los intereses públicos o privados en juego -trascendiendo incluso las circunstancias del caso concreto...* " (y lo hemos repetido, con la subsiguiente argumentación, v.gr., entre otras, en las ***SS. 61/2017, de 31 de octubre ; 32/2016, de 19 de abril ; 3/2016, de 19 de enero ; 79/2015, de 3 de noviembre ; y 74/2015, de 23 de octubre*** .

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

En total congruencia con esta línea de pensamiento se ha manifestado este Tribunal repetidas veces, v.gr., en estos o parecidos términos: "no pocas materias son disponibles, perfectamente susceptibles de arbitraje, pese a que aspectos de su ordenación estén regulados por normas imperativas, *lo que no excusa el deber de los árbitros de aplicar dichas normas, so pena de infringir el orden público* -v.gr., por todas, las Sentencias de esta Sala nº 23/2015, de 24 de marzo (ROJ STSJ M 3275/2015), 56/2015, de 13 de julio -FJ 3.B- (ROJ STSJ M 8881/2015), 16/2018, de 12 de abril -FJ 2º.A- (ROJ STSJ M 3985/2018)

y 18/2018, de 17 de abril -FJ 3º.2.A- (ROJ STSJ M 3986/2018).

Expresa este planteamiento generalmente admitido, con especial lucidez, el Profesor Fernández Rozas, J.C. ["Ámbito de actuación y límites del juicio de árbitros tras la Ley 60/2003, de Arbitraje", en *La Nueva Ley de Arbitraje* , *Estudios de Derecho Judicial* , 102-2006, CGPJ, 2007, págs. 80 y 81] con las siguientes palabras:

La arbitrabilidad de la controversia, es cierto, va ganando terreno conforme el arbitraje se hace usual entre los participantes del tráfico comercial internacional. De esta forma terrenos tradicionalmente 'incómodos' en el arbitraje como el Derecho de la competencia o la propiedad industrial, el derecho de sociedades multinacionales, son hoy pronunciamientos habituales de los árbitros tanto en el arbitraje interno como en el internacional. ***Sin embargo, este avance del sector de materias arbitrables tiene un precio: si el arbitraje se adentra en terrenos afectados por intereses generales o políticas legislativas de protección , debe tener muy presente el terreno en que ha entrado y lo que implica tratar con materias intervenidas por una atención especial de los Estados. La entrada del arbitraje en estos sectores del ordenamiento entraña una relación proporcional con el aumento de control en cuanto al fondo. Es aquí donde, de manera manifiesta, el resultado sustantivo de un laudo arbitral va a ser controlado, y esto puede afirmarse sin paliativos*** *. Los Estados no prohíben la solución de un conflicto mediante arbitraje;* ***pero si la controversia está regida por normas materiales imperativas o principios de orden público positivo el Tribunal estatal encargado de la anulación puede, legítimamente, esperar su respeto y aplicación*** *.* ***El discutido concepto -orden público-*** *que encierra el art. 36.b.ii) de la Ley Modelo Uncitral o, en sede de reconocimiento de laudos arbitrales extranjeros, el art. V.2.b) del Convenio de Nueva York de 1958* ***está perfectamente claro*** *.* ***Realmente, manteniendo el principio de ausencia de control a todos los efectos, era difícil establecer a qué se referían estos preceptos, teniendo en cuenta que el orden público procesal tiene su propio lugar de revisión en las causas de anulación relativas a la regularidad del procedimiento arbitral. Pero lo cierto es que el control existe y se refiere específicamente al fondo del asunto; cuando una norma imperativa quiere ser aplicada, cuál sea el órgano enjuiciador, nacional o extranjero, arbitral o judicial, pasa a un segundo plano*** *". Los resaltados son nuestros.*

Y añade, poco después -ibídem, págs. 82 *in fine* y 83- este tratadista:

" *Un laudo dictado con indiferencia a normas de aplicación necesaria puede encontrar problemas... La efectividad del laudo se vería impugnada por la contravención al orden público del Estado que lo enjuicia y no por causa de la inarbitrabilidad de la controversia. Es esa la opinión del TJUE en asunto "Eco Swiss c. Benetton", reiterada en jurisprudencia posterior, que implica el deber de respeto del orden público comunitario en todas sus variantes* ".

Sin embargo, paradójicamente, este planteamiento teórico -inobjetable- cae en el más absoluto de los "olvidos" o es negado con patente contradicción, cuando un Tribunal verifica, *sub specie* de infracción del orden público -art. 41.1.f) LA-, si un Laudo ignora, no aplica o contraviene paladinamente normas imperativas de inequívoco carácter tuitivo, como son, verbigracia, las llamadas a tutelar el principio de buena fe contractual en supuestos especialmente necesitados de protección; principio cuya observancia preserva el equilibrio y la debida igualdad entre las partes contratantes a la hora de prestar libremente el consentimiento.

En otras palabras: a la vez que se postula que el respeto de las normas imperativas es un

deber del árbitro que, si incumplido, vulnera el orden público, se afirma un incomprensible " *exceso de jurisdicción* " cuando el Tribunal llamado a juzgar, precisamente, si el laudo ha infringido dicho orden público se decide a comprobar si, al dictarlo, se han observado, o no, esas mismas normas imperativas...

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

Lo que señalamos sobre el ámbito propio de la acción de anulación se compadece con otra realidad hoy innegable -tal y como hemos dicho, v.gr., entre muchas, en el FJ 4 de la citada S. 13/2015 y en el FJ 3 de la S. 30/2015: que el orden público susceptible de protección *ex* art. 41.1.f) LA comprende tanto la tutela de los derechos y libertades fundamentales reconocidos en el Capítulo II del Título I de la Constitución , como, por imperativo incluso del Derecho de la Unión Europea, lo que se ha dado en llamar " *orden público económico* ", en el que se incluyen ciertas reglas básicas y principios irrenunciables de la contratación ***en supuestos de especial gravedad o singularmente necesitados de protección*** .

Como viene indicando esta Sala (v.gr., Sentencias de 24 de junio de 2014, recurso de anulación nº 70/2013 ; 6 de noviembre de 2013, recurso nº 5/2013 ; 13 de Febrero de 2.013, recurso nº 31/2012 ; y 23 de Mayo de 2.012, recurso nº 12/2011),

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

Hoy no cabe dudar, a la vista de la jurisprudencia del TJUE y del Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo, v.gr., en sus SS. de 20 de enero de 2014 (ROJ STS 354/2014) y 265/2015, de 22 de abril (ROJ STS 1723/2015), de que, dentro de ese concepto jurídico indeterminado denominado " *orden público* ", ha de incluirse el " *orden público económico* ", que se prevé en normas imperativas y en principios básicos de inexcusable observancia en supuestos necesitados de especial protección por las más variopintas razones: protección del consumidor, salvaguarda del pequeño o mediano inversor o, más ampliamente, tutela de las libertades fundamentales que conforman la Unión Europea...

Viene, al caso, como ejemplo señero de esas normas imperativas -ya lo hemos señalado supra-, las que regulan con carácter estructural las libertades fundamentales del Derecho de

la Unión (v.gr., la libre competencia). Así, la STJCE de 1 de junio de 1999 [asunto C-126/1997 (Eco Swiss v. Benetton)], admite (§§ 36 y 39) que la no aplicación del art. 81.1 del Tratado Constitutivo CE -hoy art. 101.1 del TFUE - relativo, como es sabido, a la libre competencia, es una disposición fundamental para el funcionamiento del mercado cuya inobservancia justifica la anulación o el no reconocimiento de un laudo precisamente por infracción del orden público.

Más allá del discutido ámbito de la disponibilidad de la materia concernida por el Derecho de la Competencia [cuyos aspectos básicos o condiciones mínimas de efectividad no son susceptibles de arbitraje - v.gr., nuestras SS. 56/2015, de 13 de julio, FJ 3º.B , y 77/2016, de 20 de diciembre, FJ 4º (roj STSJ M 13752/2016], de lo que no cabe dudar es del carácter imperativo de las normas que la regulan, y del deber del árbitro -como del Juez- de observarlas, so pena de conculcar el orden público.

En palabras de la Profesora Gonzalo Quiroga (*Las normas imperativas y el orden público en el arbitraje privado internacional, Memoria Doctoral, Madrid, 2001, § 276)* : " *el denominador común entre las normas de defensa de la competencia y su relación con el arbitraje es el orden público. Sin lugar a dudas, el Derecho de la competencia se encuentra identificado con nociones relativas a la "extraterritorialidad" de sus normas, calificadas de "leyes de policía", que se aplican en todo caso a las relaciones económicas internacionales. Lo que explica la adjetivación económica del término, "leyes de policía económicas". De ahí, su caracterización de "orden público económico" en sus distintas acepciones. Sea éste, interno, comunitario, internacional, supranacional, transnacional, propia o verdaderamente internacional, etc. En definitiva, de lo que no cabe duda es de su imperatividad y de ser una "materia sensible" al orden público económico en atención al fuerte carácter de protección que ejercen sobre el interés general en un ámbito comercial universal"* .

Del carácter de *ius cogens* de las normas dirigidas a preservar la libre competencia y de la razón de ser del mismo dan cuenta, sin necesidad de mayor comentario, los dos primeros párrafos de la Exposición de Motivos de nuestra vigente Ley 15/2007:

"El artículo 38 de la Constitución reconoce la libertad de empresa en el marco de una economía de mercado y la garantía y protección de la misma por los poderes públicos, de acuerdo con las exigencias de la economía en general y, en su caso, de la planificación. La existencia de una competencia efectiva entre las empresas constituye uno de los elementos definitorios de la economía de mercado, disciplina la actuación de las empresas y reasigna los recursos productivos en favor de los operadores o las técnicas más eficientes. ***Esta eficiencia productiva se traslada al consumidor en la forma de menores precios o de un aumento de la cantidad ofrecida de los productos, de su variedad y calidad, con el consiguiente incremento del bienestar del conjunto de la sociedad*** .

En este contexto, existe un acuerdo generalizado con respecto a la creciente importancia de la defensa de la competencia, que se ha consolidado como uno de los elementos principales de la política económica en la actualidad. Dentro de las políticas de oferta, la defensa de la competencia complementa a otras actuaciones de regulación de la actividad económica y es un instrumento de primer orden para promover la productividad de los factores y la competitividad general de la economía.

La defensa del consumidor y el bienestar del conjunto de la sociedad están en la base de la observancia de las normas que disciplinan el libre funcionamiento del mercado, de tal suerte que la indebida inaplicación de las mismas entraña una patente lesión del orden público económico, y *a fortiori* , como veremos más adelante, cuando esa no aplicación se sustenta en una motivación arbitraria, por no decir que puramente ficticia, que en sí misma infringe

también el orden público por imperativo constitucional -ex art. 24.1.

A lo que cabe añadir por su relevancia para el caso, que es comúnmente admitido, también en el ámbito del arbitraje internacional, que la normativa de defensa de la competencia forma parte del orden público transnacional, siendo singular exponente de ello el art. 81 TCE , hoy art. 101 TFUE -y la normativa de la Unión que lo desarrolla.

b) La motivación del laudo, ex art. 24.1 CE , puede infringir el orden público, como causa de anulación: especial referencia a la arbitrariedad en la selección y exégesis de los presupuestos normativos de la decisión.

Por lo expuesto -y por lo que en adelante se dirá - la Sala no puede compartir que, en una simplificación extrema y carente de justificación, se pretenda asimilar la infracción del orden público, como motivo de anulación del laudo, a la mera comisión de una suerte de "error patente" -apreciable sin necesidad de elucubración alguna-; o que, como a veces se ha propugnado de forma simplista, se aduzca a favor de la inexistencia de infracción del orden público que el Tribunal enjuiciador haya de efectuar argumentaciones complejas para su apreciación. Sí vamos a incidir, al menos, en dos extremos: el primero, reiterar que la "infracción del orden público" no consiste sólo en ***uno*** de los posibles vicios de motivación constitucionalmente relevantes *ex* art. 24.1 CE ; la segunda cuestión que conviene mencionar repara en el hecho, por demás evidente, de que no se debe confundir justificación con explicación: una ignorancia o yerro argumentativo puede ser lógicamente inexcusable, constitutivo incluso de ignorancia elemental, y sin embargo recaer sobre una materia en sí misma compleja, que requiera de explicaciones que pongan en claro lo injustificado de un determinado postulado, argumento o decisión.

Llegados a este punto, hemos de ponderar aquel planteamiento que excluye la posibilidad de que la Sala, al conocer de la acción de anulación, pueda incidir en la valoración de la prueba efectuada por los árbitros revisando el acervo probatorio, al tiempo que también niega, más en general, que el Tribunal de anulación pueda realizar toda suerte de control positivo de la motivación contenida en el laudo.

Este planteamiento se ha sustentado, en ocasiones, en la premisa de que el Tribunal Constitucional habría proclamado que el derecho a la tutela judicial efectiva no se proyecta sobre el procedimiento arbitral, de lo que se seguiría la conclusión de que sus exigencias de motivación no son trasladables al ámbito del arbitraje.

El error en la conclusión trae causa de un entendimiento equivocado de la jurisprudencia constitucional que se considera. Es cierto que el Tribunal Constitucional ha señalado que " *no puede hacerse derivar la extensión de las garantías del art. 24 CE al proceso arbitral* ", pero esa afirmación no se puede sacar de contexto. El TC realiza esa aseveración justificando la exclusión del ámbito objetivo del recurso de amparo del laudo mismo, no para excluir, como motivos de anulación apreciables por el Tribunal competente del Poder Judicial, las infracciones de los deberes de motivación constitucionalmente exigibles tanto al dictar sentencia como al laudar, que son a la vez garantía de la interdicción de la arbitrariedad.

En este sentido, con toda claridad, el ATC 179/1991, de 17 de junio (FJ 2), cuando dice:

"... el derecho a la tutela judicial efectiva sin que en ningún caso pueda producirse indefensión que reconoce y consagra el art. 24 de la Constitución se refiere a una actividad jurisdiccional de Jueces y Tribunales, es decir, por los órganos jurisdiccionales del Estado, integrados en el Poder Judicial, habiendo de destacarse, asimismo, que el recurso de

amparo constitucional se da contra los actos de los poderes públicos que lesionan derechos fundamentales. Ello significa que si bien los pronunciamientos de los Tribunales de Justicia de las decisiones de los árbitros en los supuestos legalmente previstos pueden ser vulneradores de tal derecho, esto no puede extenderse más allá de los límites que establece el precepto constitucional, pues, aunque pudiera admitirse con algún sector doctrinal que la actividad de los árbitros es una actividad de naturaleza jurisdiccional, en la medida en que produce efectos de cosa juzgada, de ello no puede hacerse derivar la extensión de las garantías del art. 24 de la Constitución al proceso arbitral ni la ampliación del proceso constitucional de amparo (Cfr. ATC 701/1988). Quiere significarse con ello que quien haya obtenido un laudo arbitral a lo que tiene derecho en el marco del art. 24.1 C.E . es a que aquél sea revisado, y en su caso anulado, por los Tribunales de Justicia por los cauces y con los requisitos legalmente previstos. Y es esta resolución judicial sobre la que recae el control constitucional que ejerce este Tribunal a través del recurso de amparo".

O, con mayor explicitud, si cabe, la STC 9/2005, de 17 de enero , cuando señala (FJ 2):

Es necesario comenzar destacando que, conforme a nuestra reiterada jurisprudencia, el Laudo arbitral no puede ser objeto directo de impugnación por medio del recurso de amparo y que "este Tribunal carece de jurisdicción para enjuiciar el Laudo arbitral en sí mismo considerado, por cuanto, como acto no referible a ningún tipo de poder público (art. 41.2 LOTC), resulta extraño al ámbito y función del proceso constitucional de amparo" (SSTC 176/1996, de 11 de noviembre, FJ 1 ; 13/1997, de 27 de enero , FJ 2). "Sólo en la medida ... en que las supuestas vulneraciones alegadas sean referibles a la actuación del órgano jurisdiccional que conoció del recurso frente al Laudo, estará justificado que este Tribunal enjuicie una eventual lesión del derecho a la tutela judicial efectiva" (STC 176/1996, de 11 de noviembre , FJ 1). El cumplimiento de las exigencias del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión y de las demás garantías contenidas en el art. 24 CE puede ser objeto de examen por este Tribunal a través del recurso de amparo cuando la infracción alegada sea "imputable de modo inmediato y directo a un acto u omisión producido en el proceso judicial en el que han de observarse y son exigibles" dichas garantías, pero trasladar éstas "con el mismo rango de derecho fundamental al procedimiento arbitral para basar en determinadas irregularidades o vicisitudes ocurridas durante su tramitación la nulidad del Laudo ... es algo que, en principio, resulta extraño a esta jurisdicción" (STC 13/1997, de 27 de enero , FJ 2).

El arbitraje es un "medio heterónomo de arreglo de controversias que se fundamenta en la autonomía de la voluntad de los sujetos privados, lo que constitucionalmente lo vincula con la libertad como valor superior del ordenamiento (art. 1.1 CE)" (STC 176/1996, de 11 de noviembre , FJ 4); y "aquello que, por voluntad expresa de las partes, se defiere al ámbito del proceso arbitral, por esa misma voluntad expresa de las partes queda sustraído al conocimiento del Tribunal Constitucional" (STC 176/1996, de 11 de noviembre , FJ 1) a través de un recurso de amparo en el que se invoquen las garantías del art. 24 CE , ***cuyas exigencias se dirigen, en principio, a la actividad jurisdiccional estatal*** *(véanse, también, los AATC 701/1988, de 6 de junio, FJ 1 ; y 179/1991, de 17 de junio , FJ 2) y que, con respecto al arbitraje, sólo proyecta sus garantías con el carácter de derechos fundamentales a aquellas fases del procedimiento arbitral y a aquellas actuaciones para las cuales la ley prevé la intervención jurisdiccional de los órganos judiciales del Estado, entre las más relevantes, la formalización judicial del arbitraje (en esta fase se situó el conflicto que dio lugar, por ejemplo, a la STC 233/1988, de 2 de diciembre), el recurso o acción de anulación y la ejecución forzosa del laudo.*

Debe concluirse, en consecuencia, que sólo pueden examinarse aquí las vulneraciones alegadas en la demanda de amparo de diversas garantías del art. 24 CE con respecto a la

Sentencia de la Audiencia Provincial impugnada, pero no con respecto al Laudo arbitral, que ha de quedar excluido del objeto de este proceso constitucional.

Siendo por lo demás evidente que el Tribunal Constitucional (v.gr., en el propio ATC 231/1994, de 18 de julio , FJ 3) ha puesto especial énfasis en la necesidad de asegurar la fiscalización judicial de los laudos arbitrales, llamados a producir efectos de cosa juzgada, haciendo mención expresa a la necesidad de preservar "*las garantías esenciales del procedimiento que a todos asegura el art. 24 CE* ", así como la corrección del laudo desde la perspectiva del derecho constitucional sustantivo, so pena de infringir el orden público. Asimismo, sin perder de vista que la acción de anulación no es, en efecto, una nueva instancia, señala el TC que *"las incorrecciones -del laudo- referidas a materias de legalidad carentes de relevancia constitucional se cohonestan perfectamente con la propia naturaleza contractual del convenio de arbitraje, referido siempre a objetos de libre disposición para las partes* ". Con esto está diciendo el Tribunal Constitucional, sin lugar a equívocos, lo que hemos reflejado en el apartado precedente y resulta por demás evidente: el ámbito de la acción de anulación trasciende el de la mera constitucionalidad, procesal y sustantiva, del laudo, para concernir también al necesario respecto de lo que es arbitrable y disponible para las partes y para el propio árbitro.

Del mismo modo que el arbitraje es un "equivalente jurisdiccional" -idea en la que el Tribunal Constitucional se ratifica reiterada y categóricamente en la ***Sentencia 1/2018, de 11 de enero*** -, el Laudo, correlato de la Sentencia judicial y de eficacia análoga a la misma, tiene unas exigencias de motivación que lo son en garantía de la exclusión de la arbitrariedad tanto para las partes, como, en sede de fiscalización judicial -donde ya no rige la confidencialidad contractual-, para la confianza legítima de la propia sociedad en el recto proceder de quien juzga o lauda.

Sí puede el Tribunal de anulación fiscalizar, desde la perspectiva del control del orden público, la motivación, en general, y la valoración probatoria, en particular, contenidas en el Laudo que pudieran lesionar el art. 24.1 CE . Como también puede el Tribunal de anulación fiscalizar que la motivación del Laudo no vulnera los preceptos sustantivos de la Constitución, ni excede de lo que es arbitrable y disponible para las partes y para el propio árbitro.

Viene a cuento aquí reseñar -sin pretensión de exhaustividad-l *os más elementales deberes de motivación* , cuya infracción *constituiría por sí sola una vulneración del art. 24.1 CE* , tal y como aparecen identificados, con especial claridad, por todos, en el Fundamento Jurídico 3 de la emblemática *STC 147/1999 -emblemática porque consagra una línea jurisprudencial conteste hasta la fecha, v.gr.,* ***SSTC 178/2014*** , de 3 de noviembre -FJ 3 - *y* ***30/2017, de 27 de febrero*** *-FJ 4-* , cuando dicen:

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

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

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

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

Es obligado recordar que aun cuando los derechos y garantías previstos en el art. 24 CE ni garantizan la justicia de la decisión o la corrección jurídica de la actuación o interpretación llevada a cabo por los órganos judiciales comunes , pues no existe un derecho al acierto, ni tampoco aseguran la satisfacción de la pretensión de ninguna de las partes del proceso , lo que en todo caso sí aseguran es el derecho a que las pretensiones se desenvuelvan y conozcan en el proceso establecido al efecto, con observancia de las garantías constitucionales que permitan el derecho de defensa, y a que finalice con una resolución fundada en Derecho, la cual podrá ser favorable o adversa a las pretensiones ejercitadas (STC 173/2002, de 9 de octubre , FJ 8). El artículo 24 de la Constitución impone a los órganos judiciales la obligación de dictar resoluciones fundadas en Derecho, no pudiendo considerarse cumplida esta exigencia con la mera emisión de una declaración de voluntad en un sentido u otro, sino que ***debe ser consecuencia de una exégesis racional del ordenamiento y no fruto de la arbitrariedad*** *. No basta, pues, con obtener una respuesta motivada, sino que, además, ésta ha de tener contenido jurídico y no resultar arbitraria. Y una resolución judicial puede tacharse de arbitraria cuando,* ***aun constatada la existencia formal de una argumentación, la misma no es expresión de la administración de justicia sino simple apariencia de la misma por ser fruto de un mero voluntarismo judicial o expresar un proceso deductivo irracional o absurdo*** *(SSTC 148/1994, de 12 de mayo, FJ 4 ; 244/1994, de 15 de septiembre, FJ 2 ; 54/1997, de 17 de marzo, FJ 3 ; 160/1997, de 2 de octubre, FJ 7 , y 173/2002, de 9 de octubre , FJ 6).*

También señala, muy ilustrativamente, la ***STC 206/1999*** , ***de 23 de noviembre*** , que lo determinante es que " *la resolución judicial sea el producto de un razonamiento equivocado que no se corresponde con la realidad, por haber incurrido el órgano judicial en un 'error patente' en la determinación y selección del material de hecho* ***o del presupuesto (jurídico) sobre el que se asienta su decisión*** ..." (FJ 2º). En este sentido, desde el punto de vista de la infracción del art. 24.1 CE , confiere especial trascendencia a "***la negativa judicial a examinar una cuestión que debería constituir premisa lógica en el proceso racional de formación de la decisión*** ", entre otras, la STC 39/2015, de 2 de marzo (FJ 6).

Postulado perfectamente congruente con lo que recuerda el FJ 4º de la ***STC 38/2018, de***

23 de abril , cuando dice: " *es importante añadir -a la doctrina ya expuesta y que esta misma Sentencia reitera- que el artículo 24 CE no sólo comporta para el justiciable las garantía de obtener una resolución fundada en Derecho, sino que, correlativamente, impone a los jueces, en el ejercicio de su potestad jurisdiccional, el sometimiento al imperio de la Ley (SSTC 173/2002, de 9 de octubre, FJ 8 , y 66/2011, de 16 de mayo , FJ 5), al ser esta última la expresión de la voluntad popular y un principio básico de todo sistema democrático (por todas, SSTC 120/2000, de 10 de mayo, FJ 3 ; 173/2002, FJ 9 , y 1/2017, de 16 de enero , FJ 3). En efecto, siendo la primacía de la ley (art. 117.1 CE) un factor determinante del legítimo ejercicio de la función jurisdiccional (STC 22/1994, de 27 de enero , FJ 2), una de las garantías consustanciales a todo proceso judicial es, precisamente, que la ley aplicable al caso no pueda ser, en ningún supuesto, inaplicada o preterida, sin el previo planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad mediante una resolución motivada ante este Tribunal (art. 163 CE) y con la audiencia previa que prescribe el artículo 35 LOTC (SSTC 73/2000, de 14 de marzo, FJ 16 , y 66/2011 , FJ 6, entre tantas otras*)".

Ni que decir tiene que el que los Árbitros no estén, a día de hoy, legitimados para plantear cuestiones de inconstitucionalidad ni cuestiones prejudiciales, no les exonera de ese deber de sujeción a la Ley [incluso en el arbitraje de equidad, cuando de la observancia de leyes imperativas se trata -cfr. entre otras, la ***STS, 1ª, de 22 de junio de 2009*** (ROJ STS 5722/2009) y la ***Sentencia de esta Sala 30/2015, de 14 de abril*** (ROJ STSJ M 4052/2015], base del Estado democrático de Derecho y condición estructural del reconocimiento del Laudo como título ejecutivo de naturaleza judicial.

Guarda estrecha relación con esta última jurisprudencia constitucional y con el deber de sujeción a la Ley, al tiempo que resulta especialmente atinente a las circunstancias concurrentes en el presente caso, aquella otra doctrina del Tribunal Constitucional que analiza, desde el prisma del derecho a la tutela judicial efectiva, la incidencia que pueden tener en la lesión de tal derecho fundamental el yerro en la selección de la norma aplicable o la abierta ignorancia de las previsiones legales, y no solo su arbitraria o irrazonable interpretación.

En palabras de la ***STC 8/2004, de 9 de febrero*** (FJ 9º):

En relación con el contenido del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) desde la perspectiva de la motivación de las resoluciones judiciales, la STC 214/1999, de 29 de noviembre , ha efectuado un importante esfuerzo de sistematización de la doctrina formulada por este Tribunal en resoluciones anteriores, extrayendo también algunas consecuencias de la misma. Y así señala que el derecho a la tutela judicial efectiva "no incluye un pretendido derecho al acierto judicial en la selección, interpretación y aplicación de las disposiciones legales, salvo que con ellas se afecte el contenido de otros derechos fundamentales; pero en este caso serían esos derechos los vulnerados, y no el art. 24.1 CE . El recurso de amparo no es, pues, un cauce idóneo para corregir posibles errores en la selección, interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico al caso: si lo fuera el Tribunal Constitucional se convertiría en un órgano de casación o de apelación universal y quedaría desvirtuada la naturaleza propia del proceso constitucional de amparo (por todas, SSTC 148/1994, FJ 4 ; 309/1994 , FJ 2).

Es cierto que en numerosas Sentencias este Tribunal ha declarado que para que quepa admitir, desde la perspectiva constitucional, que una resolución judicial está razonada es necesario que el razonamiento en ella contenido no sea arbitrario, ni irrazonable, ni incurra en un error patente; también es cierto, y esto es lo que aquí interesa, que en algunas Sentencias este parámetro de control se ha aplicado (normalmente como obiter dicta sin

trascendencia en el fallo - SSTC 23/1987 ; 90/1990 ; 24/1990 ; 180/1993 ; 148/1994 ; 241/1994 ;309/1994 y 5/1998 , entre otras-, aunque en alguna ocasión como ratio decidendi de la estimación del amparo solicitado - SSTC22/1994 , 126/1994 , 112/1996 ó 147/1999) a procesos constitucionales de amparo en los que la controversia se refería únicamente a la selección, interpretación y aplicación de la legalidad infraconstitucional. Con todo, para que en estos supuestos la aplicación del canon de la arbitrariedad, la irrazonabilidad y el error patente no entre en abierta contradicción con la premisa de que el recurso de amparo no es cauce para dirimir discrepancias relativas a la selección, interpretación y aplicación de la legalidad a los casos concretos, conviene precisar que en estos supuestos el referido test debe aplicarse de forma cualitativamente distinta y, por supuesto, mucho más restrictiva que en los casos en los que la controversia constitucional afecta a contenidos propios y específicos del derecho a la tutela judicial efectiva, como pueden ser el acceso a la jurisdicción o, con otra intensidad, el acceso a los recursos.

En rigor, cuando lo que se debate es, como sucede en este caso, la selección, interpretación y aplicación de un precepto legal que no afecta a los contenidos procesales típicos del art. 24.1 CE o a otros derechos fundamentales, tan sólo podrá considerarse que la resolución judicial impugnada vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva cuando el razonamiento que la funda incurra en tal grado de arbitrariedad, irrazonabilidad o error que, por su evidencia y contenido sean tan manifiestos y graves que para cualquier observador resulte patente que la resolución de hecho carece de una motivación o razonamiento que merezca tal nombre. En estos casos, ciertamente excepcionales, la aparente contradicción con la mentada premisa no existe, puesto que, como queda dicho, la falta de motivación y de razonamiento constituye uno de los contenidos típicos del art. 24.1 CE . Es cierto que, en puridad lógica, no es lo mismo ausencia de motivación y razonamiento que motivación y razonamiento que por su grado de arbitrariedad o irrazonabilidad debe tenerse por inexistente; pero también es cierto que este Tribunal incurriría en exceso de formalismo si admitiese como decisiones motivadas y razonadas aquéllas 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" (FJ 4).

La doctrina transcrita se reitera en ***SSTC 155/2001, de 2 de julio*** (FJ 5 *),* ***228/2001, de 26 de noviembre*** *(FJ 5)* - con cita de la STC 214/1999 (FJ 4) *, y* ***32/2002, de 11 de febrero*** *(FJ 4), entre otras.*

Y sin que tampoco quepa olvidar que esta Sala ha afirmado en alguna ocasión que " *no resulta descartable -y así se afirma en la doctrina constitucional - que quepa anular una Sentencia o un Laudo por infracción del orden público al ignorar una doctrina jurisprudencial consolidada, si bien ello dependerá de las circunstancias del caso* " - ***FJ 3º.3 S. 61/2017, de 31 de octubre,*** en autos de anulación 37/2017 (roj STSJ M 11931/2017) y ***FJ 4º S. 8/2018, de 13 de febrero*** (roj STSJ M 1953/2018)-: afirmación hecha en referencia explícita al principio de seguridad jurídica - art. 9.3 CE - y ante la realidad de que, " *aunque la doctrina jurisprudencial no es fuente del Derecho en sentido formal - art. 1.6 CC -, sí es completamente cierto que nuestro Ordenamiento ha evolucionado hacia un entendimiento cada vez más acusado de su efecto vinculante sobre los tribunales funcionalmente inferiores -v.gr., STC 37/2012, de 19 de marzo , FJ 7º-, con declaración incluso de vulneración del art. 24.1 CE en determinados casos: v.gr., no está de más traer a colación - además del supuesto analizado por la* ***STC 37/2012*** *-, cómo la propia doctrina del Tribunal Constitucional -con los requisitos que en ella se contienen- anuda la lesión del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE a la ignorancia de postulados claros bien de la normativa de la Unión -principio de primacía en conexión con el de eficacia directa-, bien de*

la jurisprudencia conteste del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (***SSTC 232/2015 , 148/2016 , 206/2016 , 207/2016 , 208/2016 , 209/2016 , 218/2016 , 221/2016 , 223/2016 , 3/2017 y 4/2017*** *). Y ello por no hablar, de nuevo a título de ejemplo, de lo expresamente dispuesto en el art. 5.1 LOPJ respecto de la doctrina del Tribunal Constitucional, y del hecho de que la manifiesta negativa al deber de acatamiento de dicha doctrina por los tribunales confiera especial trascendencia constitucional al recurso de amparo (STC 155/2009)" -FJ 3º in limine de la precitada* ***Sentencia 61/2017*** en autos de anulación de Laudo arbitral nº 37/2017 *.*

2. Referencia al marco normativo aplicable al caso como condicionante del inexcusable deber de análisis del Árbitro .

De entrada, no puede ser obviado el tenor del art. 1 de la vigente Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia , que, bajo la rúbrica *Conductas colusorias* , literalmente dice:

1. Se prohíbe todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o parte del mercado nacional y, en particular, los que consistan en:

a) La fijación, de forma directa o indirecta, de precios o de otras condiciones comerciales o de servicio.

b) La limitación o el control de la producción, la distribución, el desarrollo técnico o las inversiones.

c) El reparto del mercado o de las fuentes de aprovisionamiento.

d) La aplicación, en las relaciones comerciales o de servicio, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros.

e) La subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a los usos de comercio, no guarden relación con el objeto de tales contratos.

2. Son nulos de pleno derecho los acuerdos, decisiones y recomendaciones que, estando prohibidos en virtud de lo dispuesto en el apartado 1, no estén amparados por las exenciones previstas en la presente Ley.

3. La prohibición del apartado 1 no se aplicará a los acuerdos, decisiones, recomendaciones y prácticas que contribuyan a mejorar la producción o la comercialización y distribución de bienes y servicios o a promover el progreso técnico o económico, sin que sea necesaria decisión previa alguna a tal efecto, siempre que:

a) Permitan a los consumidores o usuarios participar de forma equitativa de sus ventajas.

b) No impongan a las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables para la consecución de aquellos objetivos, y

c) No consientan a las empresas partícipes la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos o servicios contemplados.

4. La prohibición del apartado 1 ***no se aplicará a los acuerdos, decisiones, o recomendaciones colectivas, o prácticas concertadas o conscientemente paralelas que cumplan las disposiciones establecidas en los Reglamentos Comunitarios relativos a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado CE -HOY ART. 101.3 TFUE - a determinadas categorías de acuerdos*** , decisiones de asociaciones de empresa y prácticas concertadas, ***incluso cuando las correspondientes conductas no puedan afectar al comercio entre los Estados miembros de la UE*** .

Este último apartado - art. 1.4 LDC - es expresión genuina del calificativo que la común doctrina ha dado a nuestro ordenamiento de defensa de la competencia como " *sistema de espejo* " o " *de doble barrera* ", consistente en verificar que los acuerdos a los que se haya de aplicar el Derecho español respeten la normativa de la Unión, aunque solo afecten a nuestro mercado interior. El sistema español de defensa de la competencia se caracteriza, pues, por que aquellos acuerdos que respeten la normativa comunitaria, aunque sólo se proyecten sobre el mercado interior español, se reputan válidos (art 1.4 LDC).

Por consiguiente, para determinar si un acuerdo, practica concertada o conscientemente paralela es contraria a la normativa de defensa de la competencia (aun cuando ataña únicamente al mercado español y no real ni potencialmente al comercio entre los Estados miembros de la UE) se ha de acudir a la normativa comunitaria: la posibilidad de establecer restricciones a la libre competencia viene autorizada por el Reglamento (UE) 330/2010, de la Comisión de 20 de abril, de aplicación del artículo 101, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea , aplicable a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas -Reglamento también denominado " *de Restricciones Verticales* "; para la correcta interpretación de este Reglamento la Comisión publicó las llamadas " *Directrices relativas a las restricciones verticales 2010/ C 130/01 "* , cuyos párrafos 44 y 45 y 189 a 201, tratan específicamente de las relaciones de franquicia.

El Reglamento 330/2010, de 20 de abril, de la Comisión, como sucesor del reglamento 2790/1999, de 22 de diciembre, establece un régimen jurídico sustancialmente distinto del que existía hasta entonces (recogido en el Reglamento CEE 4087/1988 de la Comisión). La normativa vigente hasta 1999 partía de la clasificación de determinados tipos de acuerdos (franquicia, suministro exclusivo, compra en exclusiva...) para, en cada categoría de acuerdo, definir las cláusulas que se consideraban colusorias y las cláusulas que se consideraban autorizadas en función del tipo de contrato. A partir de 1999 y en la regulación actualmente en vigor ya no se toma en consideración el tipo de contrato, sino el impacto que determinadas restricciones a la libre circulación de servicios y mercancías pueden tener en el mercado. El Reglamento 330/2010 concierne a todos los acuerdos o prácticas concertadas suscritas entre dos o más empresas que operen en planos distintos de la cadena de producción o distribución y se refiera a las condiciones en que las partes puedan adquirir, vender o revender determinados bienes o servicios sea cual sea el tipo de contrato. Esta reglamentación afecta a todos aquellos acuerdos que, con independencia de su ámbito de aplicación, contengan restricciones verticales: prácticas concertadas suscritas entre dos o más empresas que operen en planos distintos de la cadena de producción o distribución y se refieran a las condiciones en que las partes puedan adquirir, vender o revender determinados bienes o servicios: v.gr., distribución exclusiva, suministro exclusivo, distribución selectiva, franquicia, etcétera. El indicado Reglamento 330/2010 se aplica, en lo esencial, a los supuestos en que las empresas no tenga una cuota de mercado superior al 30%. Si la cuota de mercado es superior al 30% no quiere decir que el acuerdo sea ilegal sino que hay que hacer una autoevaluación más estricta.

Tampoco está de más traer a colación -pues han tenido su plasmación en nuestra Ley de Defensa de la Competencia y en el Real Decreto que la desarrolla- que, a fin de reducir los

efectos negativos de una interpretación extensiva del art. 101.1 TFUE -antes apdo. 1 del art. 81 TCE -, la Comisión Europea, siguiendo las pautas de la jurisprudencia del TJCE, fue dictando diversas comunicaciones sobre esta materia: Comunicación de 26 de diciembre de 1977, de 3 de septiembre de 1986, de 9 de diciembre de 1997, y finalmente la Comunicación de 22 de diciembre de 2001, relativa a los *acuerdos de menor importancia que no restringen la competencia de forma sensible del apartado 1 del artículo 81 del Tratado CE* , comúnmente denominada *Comunicación de Minimis* . A través de esta Comunicación, que no tiene valor normativo, se establecen los supuestos que no constituyen una restricción sensible de la competencia y los excluye de la prohibición del actual art. 101 del TFUE siempre que las empresas que los adopten no superen determinados porcentajes de cuota de mercado (5, 10 y 15%). Igualmente *la Comunicación* establece un conjunto de acuerdos a los que no se aplican umbrales de mercado. Se trata de aquellos acuerdos que por sus efectos especialmente restrictivos de la competencia no pueden estar amparados por la regla *de minimis* , a pesar de ser celebrados entre empresas que no excedan de las cuotas de mercado, como son, v.gr., los acuerdos horizontales de reparto de mercados o clientes, los acuerdos que limitan la producción o las ventas y los acuerdos de fijación de precios de venta a terceros (punto 11.1 de la *Comunicación de Minimis*); y los acuerdos verticales que incluyan alguna de las restricciones especialmente graves (punto 11.2). Finalmente los acuerdos celebrados entre competidores que operan en distintos niveles de la cadena de producción o distribución en el caso de que se adopten alguno de los acuerdos anteriormente citados.

La traslación de las reglas *de minimis* en el Derecho español y su armonización con el Derecho de la Unión resulta hoy inconcusa a la vista del art. 5 LDC :

" *Las prohibiciones recogidas en los artículo 1 a 3 de la presente Ley no se aplicarán a aquellas conductas que, por su escasa importancia, no sean capaces de afectar de manera significativa a la competencia. Reglamentariamente se determinarán los criterios para la delimitación de las conductas de menor importancia, atendiendo, entre otros, a la cuota de mercado* ".

Del tenor literal de la norma se desprende que la escasa entidad de una conducta la excluye del ámbito de las prohibiciones y, en consecuencia, la exonera de enjuiciamiento y sanción.

El art. 5 LDC fue posteriormente desarrollado por el Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia, cuyos artículos 1 a 3 regulan los acuerdos de menor importancia: en primer lugar, los criterios de orden cuantitativo y cualitativo (arts. 1 y 2 , respectivamente) que permiten establecer la menor importancia de un acuerdo siguiendo la regulación comunitaria. Así, la aplicación de estas *reglas de minimis* impone verificar el cumplimiento de los baremos de cuota de mercado (art. 1), determinar si no se trata de un acuerdo especialmente restrictivo y, en su caso, si los acuerdos colusorios extienden su ámbito de aplicación a las conductas constitutivas de abuso de posición dominante y de falseamiento de la libre competencia por actos desleales (art. 2). Por último, el art. 3 del Real Decreto permite también acudir a otros factores para demostrar que el acuerdo no se halla dentro de la prohibición, como es la comprobación de que el acuerdo no afecta la competencia de forma sensible (" ***atendiendo a su contexto jurídico y económico*** ").

La aplicación de esta normativa en el contrato de franquicia resulta relevante porque puede determinar la validez de determinadas cláusulas contractuales o acuerdos entre franquiciador y franquiciados, siempre que se den esos requisitos cuantitativos y cualitativos que establecen los artículo 2 y 3 del Real Decreto, esto es, que no superen determinados

umbrales de cuota de mercado relevante y que, en cualquier caso, no se trate de un acuerdo especialmente restrictivo.

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

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

En esta línea de pensamiento se sitúa, claramente, la ***STS 899/2007, de 31 de julio*** (roj STS 5808/2007), cuyo FJ 4º vierte estas importantes consideraciones:

" El simple hecho de que un acuerdo no pueda ampararse en una exención establecida en un reglamento comunitario o en las normas internas, por no cumplir sus exigencias, no puede significar que ese acuerdo esté necesariamente prohibido. Para que la prohibición opere ***habrá que comprobar que en el supuesto de hecho concurren los requisitos establecidos en el art. 81.1 del Tratado de la Comunidad Europea o en el art. 1 LDC para que la prohibición de las colusiones sea aplicable*** (aunque de alguna sentencia aislada de *esta Sala, como la STS de 2 de junio de 2000 , pudiera inferirse lo contrario).*

El pacto previsto en el contrato no puede considerarse como contrario a la libre competencia, dado que aparece como justificado para evitar, dentro de la relación vertical entre concedente y distribuidor, que éste pudiera explotar la posición y conocimientos obtenidos durante la vigencia del contrato para aprovecharse ventajosamente del know-how y tecnología de la concedente (la cláusula 9 .B del contrato de licencia prevé que la licenciataria fabricará los productos en España de conformidad con los modelos, diseños y especificaciones de Nike y que los diseños facilitados constituyen información confidencial) y dificultar con ello abusivamente su normal implantación en el sector geográfico en que el contrato de distribución con pacto de exclusiva se había desarrollado.

En este sentido, aun cuando no consta que los acuerdos en discusión sean susceptibles de afectar de manera sensible a los intercambios y a la competencia en el mercado común europeo -como refleja la sentencia recurrida-, es admisible la invocación que realiza el Juzgado de las exenciones por categorías en la norma europea sobre franquicias a la sazón aplicable (art. 3.1.c del Reglamento [CEE] 4087/1988), así como la previsión por la LCA de la licitud de pactos de no competencia posteriores a la resolución del contrato (arts. 20 y 21 LCA). ***Dada la similitud entre el Ordenamiento comunitario y el interno, no se trata propiamente de una aplicación analógica de los expresados preceptos, sino de advertir que los pactos contractuales establecidos en las relaciones comerciales de orden vertical entre dos empresas deben regirse, a efectos de la normativa de defensa de la competencia, por los principios que inspiran el régimen sobre restricciones verticales*** *...".*

Decisión de la Sala .

Este mismo planteamiento de la STS 889/2007 -que la propia demandada en este proceso apunta con toda razón- y cuanto venimos diciendo sobre el marco normativo aplicable evidencian el radical déficit de motivación del Laudo al analizar la cuestión controvertida, que le es expresamente planteada, de la invalidez del pacto colusorio: no se trata solo de que el Árbitro ha ignorado un aspecto básico, de observancia inexcusable dado el carácter imperativo de estas normas, de la Ley española sobre Defensa de la Competencia: la necesidad de verificar si un acuerdo de restricción de la competencia cumple las disposiciones de los Reglamentos Comunitarios, para en su caso poder entenderlo exonerado de la genérica prohibición del art. 101.1 TFUE : se olvida así el Árbitro, en palabras de la Exposición de Motivos de la LDC, de que *" **la remisión a las normas comunitarias es consustancial a la práctica de defensa de la competencia en España** ".* Se trata también, y con no menor gravedad, de que el Árbitro omite toda consideración, teniendo el deber de hacerlo desde la perspectiva del Derecho patrio, como Ley aplicable al caso, acerca de si, aun no acomodándose el pretendido pacto colusorio, *in casu* , al art. 5 del Reglamento (UE) 330/2010 de la Comisión, de 20 de abril, se daban, o no, los requisitos establecidos para que operase la prohibición del hoy art. 101 TFUE , del que en gran parte es trasunto el art. 1 LDC . Esto es: si el pacto de no competencia, desde la perspectiva del mercado afectado, podía ser calificado o no -por decirlo en términos de la Ley interna- como una " *conducta de menor importancia* " (art. 5 LDC y arts. 1 a 3 RDC -Real Decreto 261/2008).

En este sentido, no está de más efectuar una acotación que evidencia la radical insuficiencia de la motivación del laudo: de un modo axiomático, asevera el árbitro que el pacto de no competencia post contractual que aplica no contraviene el tenor de las normas europeas desde un punto de vista meramente material. Y lo dice sin siquiera entrar a analizar, v.gr., si la genérica referencia de la Cláusula 15.2 a " *la abstención de competencia con el franquiciador en el territorio asignado al franquiciado " -nada menos que el correspondiente a los Estados de Uruguay y Argentina- había de entenderse -como solicitaba SOCIALTECH en el arbitraje- no amparada por el Reglamento 330/2010, cuyo art. 5.3.b)* condiciona cualquier obligación directa o indirecta que prohíba al comprador, tras la expiración del acuerdo, fabricar, comprar, vender o revender bienes o servicios excepto, a que tal obligación (...) " *se limite al local y terrenos desde los que el comprador haya operado durante el período contractual* ". En este sentido, no cabe ignorar que la normativa comunitaria solo permite la no competencia post-contractual desde el local desde el que se realizó la actividad: *el Auto del Tribunal de Justicia, Sala Octava, de fecha 7 de febrero de 2013* (La Retoucherie Manuela C-117/12 , ECLI: EU:C:2013:72), en respuesta a una cuestión prejudicial planteada por la Audiencia Provincial de Burgos, aunque en referencia al Reglamento 2790/1999 -precedente al vigente 330/2010, pero en aplicación de un precepto del mismo tenor, asimila el vocablo " *terrenos* " al término "local", y *no al ámbito territorial en que se ejercía la franquicia* (cfr., §§ 34 a 37).

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

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

de éste (sentencia Pedro IV Servicios, de 2 de abril de 2009 , apartado 68).

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

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

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

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

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

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

Estamos, pues, ante un caso de motivación arbitraria o, incluso, meramente aparente, que se constituye en *ratio decidendi* de la decisión impugnada y, que por ello, lesiona el derecho a la tutela judicial efectiva de SOCIALTECH, S.L.U., con la consiguiente infracción del orden público, que lleva a anular -sin perjuicio de lo que acto seguido se dirá-, el apartado 3º de la parte dispositiva del Laudo (apartado XI.3).

Y es que del mismo modo que exceder sin justificación alguna el ámbito de aplicación de

una norma -con arbitrariedad en la selección e interpretación del precepto aplicable- infringe el art. 24.1 CE (v.gr., STC 126/1994, de 25 de abril , FJ 5º); ignorar patentemente el ámbito del Ordenamiento que se reputa aplicable, y omitir toda argumentación al respecto, entraña también una radical infracción del deber de motivación; extremo que debe ser apreciado por esta Sala, so pena de que nuestra Sentencia entrañase una genuina lesión del derecho a la tutela judicial efectiva de SOCIALTECH (art. 24.1 CE). Y máxime cuando las normas conculcadas -al no ser consideradas ni analizados los extremos que demandan- son indudablemente imperativas, lo que de por sí entraña, por la naturaleza de esas normas y los intereses generales a que afectan, una infracción del orden público que lleva aparejada la anulación del Laudo.

Además, téngase en cuenta, en referencia *mutatis mutandis* a la doctrina constitucional sobre vicios de motivación que afectan a otros derechos fundamentales distintos del recogido en el art. 24.1 CE -v.gr., FJ 9º STC 8/2004 supra transcrito-, que aquí está en juego una " *Libertad Fundamental* " de la Unión Europea, cuya ordenación normativa, a todas luces - *nemine discrepante* -, integra el orden público de la Unión y de los Estados que la conforman porque preserva intereses generales de primera importancia; orden público al que ni la autonomía de la voluntad de las partes, ni el Árbitro, ni esta misma Sala -que tiene el deber de salvaguardarlo de oficio *ex* art. 41.2 LA- pueden sustraerse, pese a la libertad que puedan tener los contratantes en la selección del Derecho aplicable. En este sentido es ya un lugar común postular que la esencia de la propia contratación internacional imposibilita que las partes, no obstante la libertad de que gozan en la elección de la Ley que haya de regir sus relaciones, puedan rechazar expresamente que se aplique a sus transacciones particulares la normativa imperativa o el orden público estatal del Derecho elegido.

El Laudo ha asentado su decisión sobre la base de la *infracción patente de normas imperativas que, tuitivas de intereses generales de primordial importancia, eran de inexcusable observancia* y, en todo caso, *constituían inexcusables premisas del proceso racional de formación de la decisión por parte del Árbitro* .

Por las razones expuestas el Laudo ha de ser parcialmente anulado, pues infringe el orden público. Ahora bien; el alcance de esa anulación parcial requiere de unas consideraciones añadidas, que pasamos a efectuar.

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

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

No obsta a esta realidad el que, en un momento dado, en un epígrafe de la demanda arbitral, ésta mencione específicamente el punto XI.3 del Laudo: esta Sala, sin quiebra

alguna del deber de congruencia y precisamente para no permitir el mantenimiento de una decisión arbitraria, irrazonable y lesiva del derecho a la tutela judicial efectiva en el Laudo, ha de constatar cómo parte de los pronunciamientos sobre costas y gastos del Laudo queda privada de su *ratio decidendi* , de su más radical motivación -constitucionalmente exigible-, por ineluctable relación de conexión o consecuencia, al anular uno de los principales, si no el principal, pronunciamiento condenatorio del Laudo.

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

En relación con la obligación del pago de las costas y gastos del arbitraje, y conforme al art. 38.5 RCCI que invoca el Laudo -" *en la toma de decisiones en cuanto a los costos, el Tribunal Arbitral puede tomar en cuenta las circunstancias que considere relevantes, incluyendo el grado en que cada parte ha llevado a cabo el arbitraje de una manera rápida y rentable* "-, éste argumenta en los términos siguientes (§ 302):

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

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

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

La estimación parcial de la demanda de SOCIALTECH lleva aparejada, es innegable, la anulación del apartado XI.3 del Laudo. que precisamente explicita la mayor condena económica que el Laudo impone -intereses aparte: no se discute la condena impuesta a SOCIALTECH a abonar a IZO 98.969,53 euros en concepto de facturas impagadas, más los

intereses moratorios; pero sí anulamos la condena a abonar 120.000 euros " *en concepto de pago de la penalidad por violación del pacto de no competencia post contractual* ", en este caso más los intereses legales y procesales.

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

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

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

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

No reviste duda que ha existido una estimación parcial de la demanda arbitral. Estando, pues, en presencia de un supuesto en que la condena en las costas de la parte contraria exige de motivación -el pronunciamiento sobre las mismas no viene predeterminado *ope*

legis -, en lo primero que hemos de reparar es en las razones dadas por el Árbitro en el ejercicio de su margen de discrecionalidad, nunca identificable con el puro voluntarismo. Y esas razones, ya lo hemos visto, atienden a la llamada " *doctrina de la estimación sustancial* ", cuya aplicación resultaría sencillamente arbitraria tras la anulación de la condena que el Laudo impone a abonar 120.000 euros más intereses

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

"Es cierto que la LEC establece que las costas se impondrán a la parte cuyas pretensiones hubieran sido totalmente rechazadas, pero esta Sala ha admitido que procede también la imposición de las costas en casos de *estimación sustancial de la demanda* (STS 6/6/2006 y las allí citadas). Como afirma la Sentencia de 8 de marzo de 2007 , con cita de las de 9 de junio y 21 de diciembre de 2006 , ' *esta especie de cuasi vencimiento, que resulta de la estimación sustancial de la demanda, opera únicamente cuando hay una leve diferencia entre lo obtenido y lo pedido , siendo de especial utilidad en los supuestos que se ejercitan resarcitorias de daños y perjuicios en los que la fijación del quantum es de difícil concreción y gran relatividad, no cuando existe una diferencia tan notable como para no poderla equiparar al vencimiento total a que se refiere la norma* ".

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

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

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

Ámbito el de nuestro pronunciamiento anulatorio que, tampoco está de más reiterarlo, no entraña incongruencia por *extra petitum* o *ultra petitum* , visto el tenor del suplico de la demanda, y atendida, también, la conteste doctrina del Tribunal Constitucional y de la Sala Primera -tantas veces recordada por esta Sala-, a saber: aquella en cuya virtud la congruencia de las sentencias no exige una correspondencia absolutamente rígida entre lo pedido y lo acordado sino que también se cumple cuando el fallo, pese a no concordar literalmente con lo pedido -lo que aquí ni siquiera es el caso-, se adecue racionalmente a las pretensiones de las partes y a los hechos que las fundamenten, hasta el punto de ser admisibles pronunciamientos complementarios del juzgador no pedidos por las partes, pero sí encaminados a facilitar la ejecución del fallo o a evitar nuevos pleitos (SSTS 21-11-89 , 13-10-90 , 28-1-91 , 4-7-94 , 25-5-95 , 18-10 - 96 , 21-1-05 , 21-2-07 , 5-3-07 y 19-9-07 entre otras muchas). Y ello sin que quepa desconocer, pues es especialmente trascendente, la necesidad de que el Tribunal sentenciador no altere la causa de pedir (**STS, 1ª, 502/2014, de 2 de octubre** -ROJ STS 3690/2014 -, en sintonía con una no menos reiterada doctrina del Tribunal Constitucional -transcribe lo expresado por la STC 194/2005

-.

En suma: tanto el Juez como, *a fortiori, el árbitro* pueden resolver cuestiones que sean consecuencia lógica y obligada de las que se han planteado o que resulten implícitamente suscitadas: en nuestro caso, la racionalidad de la motivación del pronunciamiento del Laudo sobre costas y gastos del arbitraje, una vez que se pretende y se obtiene la anulación de uno de sus principales pronunciamientos condenatorios, cuando el Laudo precisamente anudaba dicha condena en costas de un modo determinante o decisivo a la sustancial estimación de las pretensiones económicas de IZO CORPORATE en el arbitraje.

CUARTO .- La *íntegra estimación de la demanda de anulación parcial* del Laudo, aboca, *ex* art. 394.1 LEC , a la imposición a la mercantil demandada de las costas de este proceso, pues tampoco es de apreciar la concurrencia en el caso de serias dudas de hecho o de Derecho.

Vistos los artículos de aplicación,

FALLAMOS

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

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

DILIGENCIA.- Firmada la anterior resolución entregada en esta secretaría, dándose publicidad legalmente forma y se expide certificación de la misma para su unión al rollo. Doy fe.

VOTO PARTICULAR

QUE FORMULA EL PRESIDENTE, Francisco Javier Vieira Morante

En coherencia con el voto particular que formulé en varios procedimientos de esta Sala (por ejemplo el procedimiento de nulidad de laudo arbitral nº 43/2016, en el nº 55/2016 o en el 37/2015, me veo obligado a discrepar de la decisión mayoritaria que se expresa en este auto, cuyos fundamentos deberían ser los siguientes:

ÚNICO.- El desistimiento del ejercicio de la acción de anulación de laudo arbitral, que implica de facto la renuncia a la acción dado los plazos de caducidad establecidos en la Ley de Arbitraje para el ejercicio de esa acción, es perfectamente admisible.

Es plenamente aplicable el art., 20 de la LEC que dispone:

1. Cuando el actor manifieste su renuncia a la acción ejercitada o al derecho en que funde su pretensión, el tribunal dictará sentencia absolviendo al demandado, salvo que la renuncia fuese legalmente inadmisible. En este caso, se dictará auto mandando seguir el proceso adelante.

2. El demandante podrá desistir unilateralmente del juicio antes de que el demandado sea emplazado para contestar a la demanda o citado para juicio. También podrá desistir unilateralmente, en cualquier momento, cuando el demandado se encontrare en rebeldía.

3. Emplazado el demandado, del escrito de desistimiento se le dará traslado por plazo de diez días.

Si el demandado prestare su conformidad al desistimiento o no se opusiere a él dentro del plazo expresado en el párrafo anterior, por el Secretario judicial se dictará decreto acordando el sobreseimiento y el actor podrá promover nuevo juicio sobre el mismo objeto.

Si el demandado se opusiera al desistimiento, el Juez resolverá lo que estime oportuno.

Formulado el desistimiento de común acuerdo por ambas partes, el tribunal debería haber aceptado el desistimiento, haciendo el pronunciamiento en costas procedente, en este caso la no imposición a ningún a de las partes.

No hay interés público ni privado afectado por el desistimiento en este caso.

La decisión sobre el desistimiento es anterior al análisis de las causas de anulación del laudo que se aleguen en la demanda, por lo que resulta irrelevante que se plantee o no la infracción del orden público por parte del laudo. Es más, en una aplicación extrema de la tesis que propugna mayoritariamente el Tribunal, habría que rechazar siempre el desistimiento de la acción de anulación del laudo arbitral ante la eventualidad de que la Sala aprecie de oficio alguna de las causas de anulación que permite el art. 41 de la Ley de Arbitraje .

Lo relevante, entiendo, es que el desistimiento, equiparable a la renuncia a la acción en estos casos, fuera contrario a la ley -lo que evidentemente aquí no concurre- o se realizara el fraude procesal o en perjuicio de tercero -lo que tampoco se dice en la decisión mayoritaria.

No debe olvidarse que el pronunciamiento sobre el desistimiento precede necesariamente al análisis de los argumentos expuestos en la demanda y la contestación, por lo que el rechazo de la terminación anticipada del procedimiento no puede estar condicionado al resultado final de la acción de anulación del laudo arbitral ejercitada. Esto es, habrá que valorarse si se acepta o no el desistimiento tanto si el laudo incurre en una causa de anulación como si no. Lo determinante debe ser si el cierre anticipado del procedimiento, recobrándose la situación anterior a la formulación de la demanda, crea una situación que es contraria a la ley o puede producir perjuicios para intereses públicos o privados.

Y creo que resulta evidente que eso no ocurre en este caso. El laudo resuelve un conflicto entre particulares y los criterios aplicados en el laudo, aunque fueran erróneos, como parece que finalmente declara la sentencia mayoritaria, no crean un precedente de obligado cumplimiento ni tienen mayor repercusión que entre las partes de este procedimiento. El interés, por tanto, que subyace en el rechazo del desistimiento se contrae al propio interés de esta Sala de pronunciarse sobre las cuestiones debatidas por las partes, a pesar de la nula intención de estas, lo que no puede considerarse un interés público legítimo, y más aún cuando contraría las reglas de disposición del proceso civil y puede incluso crear un conflicto entre los litigantes, más que solucionarlo, como es el fin del proceso, al alterar los acuerdos a los que han llegado e imponer a una de las partes las costas del contrario.

.

Por todo lo anterior, estimo que la parte dispositiva debería ser la siguiente:

DECLARAR, que no procede la continuación del proceso, acordando su sobreseimiento, sin imposición a ninguna de las partes de las costas causadas.

Madrid, a 20 de diciembre de 2018.

El Presidente de la Sala Civil y Penal.