



Roj: **STSJ M 9028/2021 - ECLI:ES:TSJM:2021:9028**

Id Cendoj: **28079310012021100263**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **22/10/2021**

Nº de Recurso: **24/2021**

Nº de Resolución: **66/2021**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **JESUS MARIA SANTOS VIJANDE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ M 9028/2021,**
ATSJ M 81/2022

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

Domicilio: C/ General Castaños, 1 - 28004

Teléfono: 914934850, 914934750

31001590

NIG: 28.079.00.2-2021/0103457

REF: ASUNTO CIVIL Nº 24/2021. PROCEDIMIENTO ANULACION DE LAUDO ARBITRAL Nº 17/2021.

DEMANDANTE: MAXI MOBILITY SPAIN, S.L.U.

PROCURADOR: Don Ignacio López Chocarro.

DEMANDADA: AURO NEW TRANSPORT CONCEPT, S.L.

PROCURADOR: Don Ramón Rodríguez Nogueira.

SENTENCIA Nº 66/2021

Excmo. Sr. Presidente: D. Celso Rodríguez Padrón

Ilmo. Sr. Magistrado D. Francisco José Goyena Salgado

Ilmo. Sr. Magistrado D. Jesús María Santos Vijande

En Madrid, a 22 de octubre del dos mil veintiuno.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 27 de abril de 2021 tuvo entrada en esta Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid la demanda formulada por el Procurador de los Tribunales Don Ignacio López Chocarro, en nombre y representación de MAXI MOBILITY SPAIN, S.L.U. -en adelante, CABIFY-, ejercitando acción de anulación parcial del Laudo arbitral de 29 de diciembre de 2020 -cuya aclaración y complemento se deniega por Laudo de 24.02.2021-, dictado por D. Luis Felipe Castresana Sánchez (Presidente), D. Ignacio Díez-Picazo Giménez y D. Juan Cadarso Palau -quien emite voto particular discrepante- en el Arbitraje CAM 2956, administrado por la Corte de Arbitraje de la Cámara Oficial de Comercio, Industria y Servicios de Madrid.

La demandante interesa -OTROSÍ DIGO TERCERO- la adopción de la MEDIDA CAUTELAR inaudita parte consistente en prohibir a AURO NEW TRANSPORT CONCEPT, S.L., entre tanto se sustancia el procedimiento principal, la operación a través de cualquier otra plataforma tecnológica, propia o ajena, distinta de la

Plataforma Cabify, de cualesquiera Licencias VTC que a día de hoy se encuentren adscritas al Contrato de Colaboración y Desarrollo de Negocio suscrito con Cabify el 5 de diciembre de 2018 -doc. nº 4-. Ofrece prestar caución mediante aval bancario exigible a primer requerimiento por importe de 75.000 euros o la que tenga a bien fijar el Tribunal.

Con carácter subsidiario solicita la adopción de tal medida previa audiencia de la parte demandada, mediando la celebración de la preceptiva vista y con la siguiente proposición de prueba al efecto:

1. INTERROGATORIO DE LA DEMANDADA, en la persona de su representante legal.
2. DOCUMENTAL, aportada con el escrito de demanda y con la solicitud de medida cautelar.
3. INTERROGATORIO DE TESTIGOS:
 - a. D. Efrain , Director Financiero de MAXI MOBILITY SPAIN, S.L.U. b. D. Elias , Head of NewPartners de MAXI MOBILITY SPAIN, S.L.U. c. D. Esteban , socio y consejero de A.URO NEW TRANSPORT CONCEPT, S.L. d. D. Eusebio , consejero de A.URO NEW TRANSPORT CONCEPT, S.L.
4. PERICIAL: En orden a exponer el contenido del informe pericial aportado con la solicitud de medida cautelar, se interesa la comparecencia de la Profesora Doctora D^a. Elisenda , Catedrática de Comercialización e Investigación de Mercados de la Universidad Autónoma de Madrid, y del Profesor Doctor D. Fernando , Profesor Titular de Comercialización e Investigación de Mercados en la Universidad Autónoma de Madrid.
5. REPRODUCCIÓN ANTE EL TRIBUNAL DE LAS CONVERSACIONES TELEFÓNICAS SIGUIENTES:
 - a. Conversación telefónica mantenida el 9 de marzo de 2021 entre Eusebio y Elias , quien efectuó la grabación con su propio dispositivo móvil.
 - b. Conversaciones telefónicas mantenidas el 16 y 24 de marzo de 2021 entre Esteban y Efrain , quien efectuó las grabaciones con su propio dispositivo móvil.
 - c. Audio enviado por Whatsapp por D. Esteban al Sr. Efrain el 26 de marzo de 2021.

SEGUNDO. - Con fecha 07/05/2021 por lexnet ha tenido entrada en esta Sala escrito presentado por la parte Demandante, en el que formula ampliación de hechos respecto a la medida cautelar solicitada -aporta documentos núms. 29 a 62- y reitera la súplica de la adopción urgente de la precitada medida cautelar.

TERCERO.- Por Decreto de 10 de mayo de 2021 se admite a trámite la demanda ordenando su traslado a efectos de contestación, se designa la composición de la Sala y el Ponente, con dación de cuenta al mismo de la solicitud de medida cautelar 'inaudita parte' reseñada; dación que tiene lugar el siguiente día 11.

CUARTO.- Mediante Diligencia de Ordenación de 11 de mayo de 2021 se señala para la deliberación y fallo sobre la adopción de la medida cautelar inaudita parte el siguiente día 18.

QUINTO. - Por Auto de 18 de mayo de 2021 la Sala acordó:

- 1º. DESESTIMAR la solicitud de la medida cautelar interesada inaudita parte.
- 2º. Convocar a las partes para la celebración de la vista establecida en el art. 734.1 LEC.
- 3º. No imponer las costas del incidente.

SEXTO.- Mediante Diligencia de Ordenación de 1 de junio de 2021, se cita a las partes para la celebración de la vista el día 15 de junio de 2021, a las 10:00 horas, fecha en que tuvo lugar.

SÉPTIMO.- Realizado el emplazamiento de la demandada, ésta, representada por el Procurador de los Tribunales D. Ramón Rodríguez Nogueira, contesta a la demanda por escrito datado y presentado el 16 de junio de 2021.

OCTAVO.- Mediante Auto de 21 de junio de 2021 la Sala acordó "desestimar la solicitud de medida cautelar interesada por el Procurador de los Tribunales Don Ignacio López Chocarro, en representación de MAXI MOBILITY SPAIN. S.L. U., con expresa imposición de las costas de este incidente a la demandante".

NOVENO. - Dado traslado en Diligencia de Ordenación de 24 de junio de 2021 -notificada por lexnet el siguiente día 25.06, a las 15:49 horas a la demandante por diez días para presentar documentos adicionales o proponer prueba ex art. 42.1.b) LA, la representación de MAXI MOBILITY SPAIN, S.L.U., mediante escrito presentado el día 13 de julio de 2021 con entrada en esta Sala el siguiente día 14, reitera su solicitud de vista y propone como prueba adicional la siguiente documental:

1. "Laudo final, dictado por mayoría, por el Tribunal Arbitral encargado de dirimir el arbitraje CAM 2976-19/AM-SG ..., entre CABIFY y CIBELES COMFORT CARS, S.L., de fecha 28 de junio de 2021 (el 'Laudo final CAM 2976'), con el Voto Particular del Árbitro D. Ignacio Díez-Picazo, y su comunicación de 29 de junio posterior.

Se hace constar expresamente que la propia demandada alude en su contestación a que en este arbitraje estaba pendiente de ser dictado el Laudo (§ 7); con posterioridad indica que CIBELES, a diferencia de AURO, resolvió el Contrato de Colaboración y Desarrollo del Negocio suscrito el 5 de diciembre de 2018 (§ 27), pero tal resolución ha sido declarada no ajustada a Derecho por el Laudo Final CAM 2976; vuelve a hacer referencia AURO a supuestas intenciones de hacerse con la flota de Auto y Cibeles en los §§ 30, 32 y 33.iii de su contestación; y AURO dejó expresamente señalado en su contestación a efectos de prueba este procedimiento arbitral -doc nº 1..

2. Documentación acreditativa de los cobros de comisiones por parte de CABIFY a sus filiales, al igual que al resto de las flotas, por razón de la intermediación realizada a través de la Plataforma Cabify.

Se aporta esta documentación para acreditar que la adquisición de VÉCTOR RONDA TELEPORT, S.L., y PRESTIGE & LIMOUSINE, S.L., no supuso modificación de los términos contractuales que se venían aplicando -doc. nº 2.

3. Se hace notar, a la vista de las manifestaciones efectuadas en la contestación de Aura, que para facilitar su identificación por la Sala entre la totalidad de la prueba aportada con la demanda interpuesta por esta parte, extractamos del documento 8 bis y aportamos adjunto a este escrito los burofaxes intercambiados por las partes entre octubre y noviembre de 2018 relativos a la litigiosidad generada ya en dichas fechas respecto de la tasa de servicio, seguridad y sostenibilidad (la "Tasa" o "Service Fee").

Resulta necesario destacar estos documentos para acreditar que, pese a lo sostenido por AURO, la discusión sobre la Tasa fue previa a la suscripción el 5 de diciembre de 2018 del Contrato de Colaboración Novado - doc. nº 3.

4. Dejamos expresamente impugnado el doc. 11 -sic, rectius doc. nº 12- de la contestación de AURO, consistente, tal y como se indica en la nota marginal nº 17 de la contestación, en captura de pantalla de la web <https://www.vector.es>. No es un documento auténtico. Y debe resaltarse que no es cierto que se presentara en la contestación de AURO en el Arbitraje CAM 2956 la misma web que ahora se cita".

DÉCIMO.- El día 14 de julio de 2021 tiene entrada en esta Sala escrito presentado por la demandada el anterior día 13, en el que, dejando constancia del traslado directo por la contraparte de su escrito de solicitud de prueba adicional, interesa "la inadmisión y rechazo del Doc. nº 1 presentado de adverso como prueba adicional, sin dejar constancia del mismo en las actuaciones". Por Otrosí, suplica "que se proceda a la apertura de pieza separada para la posible imposición - a la actora- de la multa prevista en el art. 247.3 LEC, en su máxima cuantía, dada la gravedad de su actuación".

UNDÉCIMO.- El 16 de julio de 2021 se da cuenta al Ponente al objeto de analizar los medios de prueba solicitados y proponer a la Sala la resolución correspondiente (Diligencia de Ordenación de 15.07.2021).

DUODÉCIMO.- Por Auto de 19 de julio de 2021 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, de contestación y de solicitud de prueba adicional, así como la ya admitida en la pieza de medidas cautelares.

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 21 de septiembre de 2021, a las 10:00 horas.

DÉCIMOTERCERO.- Iniciada la deliberación en el día indicado se prolongó hasta la sesión del día 19 de octubre de 2021. El Magistrado Presidente anuncia voto particular discrepante.

Es Ponente el Ilmo. Sr. D. Jesús María Santos Vijande (Decreto 10/05/2021), quien expresa el parecer mayoritario del Tribunal.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La Parte Dispositiva del Laudo Final de 29 de diciembre de 2020 es del siguiente tenor:

1. Declarar la nulidad de pleno derecho de las cláusulas 2.2 y 10 g) e (i) del Contrato, por infringir el artículo 1.1 LDC, estimando que dicha nulidad tiene efecto desde la firma de dicho Contrato, el día 5 de diciembre de

2018, no habiendo lugar a restitución de las obligaciones de las Partes en relación con las obligaciones de ambas surgidas al amparo de estas dos cláusulas.

2. Como consecuencia del pronunciamiento anterior, estimatorio de la pretensión principal de Aura en la Contestación a la demanda, no procede pronunciamiento alguno respecto de las pretensiones formuladas por Cabify consistentes en (i) la declaración de incumplimiento por Aura de la obligación de no competencia establecida en la cláusula 2.2 del Contrato, (ii) la condena a Aura a cesar inmediatamente de operar las licencias VTC adscritas a la Plataforma Cabify a través de Aura Travel y (iii) la condena a Auro a abonar a Cabify la cuantía de 41.796. 713,22 € en concepto de penalización prevista en la cláusula 10 del Contrato; y decaen también las pretensiones subsidiarias formuladas por Auro.

3. Declarar su competencia para decidir exclusivamente acerca de los incumplimientos contractuales imputados Cabify consistentes en "La falta de pago del Service Fee" y "La incorporación de nuevos vehículos. Expansión geográfica".

4. Rechazar la declaración de incumplimientos contractuales formulados por Auro frente a Cabify en relación con "La falta de pago del Service Fee" y "La incorporación de nuevos vehículos. Expansión geográfica" y, en consecuencia, rechazar la declaración de resolución del Contrato y la indemnización de los daños y perjuicios por estos conceptos.

5. Rechazar la condena a Cabify al abono de los intereses.

6. No hacer imposición de las costas del arbitraje, debiendo satisfacer las Partes los gastos comunes del arbitraje a partes iguales y haciéndose cargo cada parte de sus propios gastos de defensa. A tales efectos, se deja constancia de que Auro adeuda a Cabify 6.086,40 € en concepto de gastos comunes del Arbitraje que deberán ser reintegrados a Cabify por Aura.

7. Rechazar cualesquiera otras pretensiones principales y/o subsidiarias de cualesquiera de las Partes que no hayan sido expresamente acogidas y estimadas en la parte dispositiva de este Laudo final.

El fallo del Laudo de 24 de febrero de 2021 rechaza la solicitud de complemento y subsidiaria aclaración del Laudo final formulada por Aura, al tiempo que reitera la fórmula estereotipada de "rechazar cualesquiera otras pretensiones principales y/o subsidiarias de cualesquiera de las Partes que no hayan sido expresamente acogidas y estimadas en la parte dispositiva de este Laudo", sin imposición de las costas.

La acción de anulación ejercitada por CABIFY se dirige, en concreto, frente a los pronunciamientos 1 y 2 de la parte dispositiva del Laudo Final, que contienen la decisión del Tribunal Arbitral sobre una de las cuestiones objeto de controversia en el arbitraje: si era válida, o no, la cláusula 2.2 del Contrato de Colaboración Novado, que prohibía a AURO operar sus autorizaciones administrativas para el arrendamiento de vehículos con conductor (comúnmente conocidas como Licencias VTC) a través de plataformas tecnológicas de intermediación distintas de Cabify. El Laudo declara la nulidad de dicha cláusula como práctica restrictiva de la competencia por razón del objeto; también extiende la declaración de nulidad a la correlativa cláusula 10, apartados g) e i), donde se prevén las consecuencias del incumplimiento de la cláusula 2.2 (penalidad convencional, indemnización de daños...).

La actora invoca dos causas de anulación:

En primer lugar, que el Laudo resuelve la controversia sobre la validez de la cláusula 2.2 del Contrato de Colaboración Novado en términos distintos de aquellos en los que las partes del arbitraje la sometieron al Tribunal Arbitral, lo que es determinante de su nulidad conforme al artículo 41.1.c) de la LA.

En segundo término, la motivación empleada por la mayoría del Tribunal Arbitral para concluir que la cláusula 2.2 del Contrato de Colaboración Novado es contraria al artículo 1.1. de la Ley de Defensa de la Competencia no solo es errónea y arbitraria, sino que vulnera principios esenciales del Derecho de la Competencia, que son de orden público, lo que es igualmente determinante de la nulidad de los pronunciamientos impugnados por mandato de lo dispuesto en el artículo 41.1.e) - sic, rectius, 41.1.f)- de la LA.

Postula ante todo que la controversia sobre la validez de la cláusula 2.2. no fue formulada por AURO al responder a la solicitud de arbitraje evacuada por CABIFY tras tomar conocimiento de que AURO había lanzado una plataforma tecnológica propia, sino al formalizar, bastante después, su escrito de contestación a la demanda y reconvenición. A lo que añade, de un modo más relevante, que el Laudo sustenta su decisión en datos de hecho no alegados por las partes -detallados en la pág. 30 del escrito de demanda-, que los co-árbitros firmantes del Laudo arbitral califican de notorios (§ 254 del Laudo) adoleciendo de tal condición, tal y como es definida por la LEC y de acuerdo con la común experiencia... Lo cual ha de ser calificado como incongruencia por extra petita causante de indefensión, con violación del art. 24.1 de la LA.

Acto seguido, en un plano sustantivo, argumenta -dicho sea en apretada síntesis-, que la cláusula anulada es conforme con el art. 1.1 LDC, mientras que la argumentación asumida por la mayoría del Tribunal Arbitral vulnera el Derecho de la Competencia de la Unión cuando considera que la cláusula anulada constituye "una restricción por razón del objeto" (art. 1 LDC y 101.1 TFDUE).

Parte la actora de que entre CABIFY y AURO existe "una relación vertical", de aquellas que en Derecho de la Competencia se califican como de "distribución dual", incurriendo el Laudo en abierta e injustificada contradicción con la definición de "mercado relevante" que ha efectuado en casos similares la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, de modo que la cláusula anulada no operaría en el mercado relevante donde las partes concurren, cual es el servicio de transporte de pasajeros en taxis y VTCs...

Añade que la cláusula controvertida es calificada por el Laudo como una "restricción por razón del objeto" en contra de criterios perfectamente establecidos por la jurisprudencia del TJUE (v.gr., SS. 11.09.2014, asunto Cartes Bancaires, y 2.04.2020, asunto Budapest Bank): para una calificación tal de la cláusula 2.2 del Contrato de Colaboración, que comporta automáticamente su carácter anticompetitivo sin resultar necesaria la constatación de sus efectos, debe existir un consenso respecto de su grave nocividad que, hasta la fecha, solo se habría producido respecto de determinados acuerdos -cárteles, principalmente-, que nada tienen que ver con el presente, donde no hay ni concierto de precios y condiciones del producto ni reparto de la clientela.

En este punto no reviste la menor duda -el propio Laudo así lo reconoce- que estamos en presencia de normas imperativas cuya eventual infracción afecta directamente al orden público de la Unión y al interno de los Estados que la conforman. Criterio reiteradamente afirmado por el TJUE en relación con el Derecho de la Competencia, que protege una de las Libertades Fundamentales de la Unión, v.gr., en su Sentencia en el asunto Eco Swiss, de 1 de junio de 1999...).

Por su parte, la defensa de AURO, tras una serie de consideraciones definiendo el contexto de la relación contractual, aduce que el Laudo no adolece de la incongruencia denunciada, pues se pronuncia sobre hechos alegados, probados, en ocasiones incluso reconocidos de adverso y nunca introducidos de oficio por el Tribunal, siendo algunos de ellos por demás notorios: la actora pretendería convertir lo que son valoraciones jurídicas del Colegio Arbitral en una supuestamente indebida introducción de hechos nuevos... En segundo término, AURO sostiene que el Laudo no contraviene el orden público, pues analiza de forma razonable la prueba practicada y llega a conclusiones lógicas, por más que, al propio tiempo reconoce que esa contravención del orden público se habría producido "de no aplicarse la normativa que regula el Derecho de la Competencia", que configura y delimita el ámbito de la libertad de empresa como derecho constitucionalmente consagrado (art. 38 CE). Y es que, en definitiva, lo que el segundo motivo de anulación invocado por Cabify pretendería, en franca extralimitación del ámbito propio de la acción de anulación, es que esta Sala analice el fondo del asunto sustituyendo el cabal criterio, fáctico y jurídico, sentado por el Tribunal arbitral.

SEGUNDO.- Sobre la incongruencia por extra petitum causante de indefensión [art. 41.1 LA, apartados c) y f)].

Como ya hemos apuntado, aduce la actora en su escrito de demanda que la mayoría del Tribunal Arbitral introdujo ex novo en el Laudo Final datos de hecho que forman parte principal de la motivación empleada para decidir la nulidad de la cláusula 2.2 del Contrato de Colaboración Novado. Menciona los tres elementos fácticos siguientes (§ 24):

"- Las que el Laudo Final llama "referencias para delinear los rasgos del mercado relevante" , que incluyen consideraciones sobre las concretas características de los servicios que prestan los taxis y los vehículos con licencia VTC, tanto desde el lado de la demanda ("dos demandas interdependientes ") como del de la oferta ("sustituibilidad " , precios, características de los clientes);

- Las vicisitudes de la participación de Cabify en las sociedades VECTOR y PRESTIGE y las operaciones societarias que afectaron a esta última en el pasado reciente.

- Las consideraciones efectuadas por el Laudo Final en relación con el Umbral de Rentabilidad regulado en el Contrato de Colaboración Novado, sobre el que se afirma que "en realidad es de 9,48 euros por hora si se excluye el IVA", y que 'no es un verdadero Umbral de Rentabilidad, sino de subsistencia, una subvención ", que "no parece a juicio mayoritario del Tribunal Arbitral una compensación que, por sí misma, justifique la exclusiva".

A lo que añade la actora (§ 25):

"tales grupos de hechos ocuparon un lugar central en el argumentario empleado por la mayoría del Tribunal Arbitral para fundamentar la declaración de nulidad de la cláusula 2.2 del Contrato de Colaboración Novado, ya que:

- Las primeras sirvieron al Tribunal Arbitral para afirmar que la adquisición por parte de Cabify de una compañía titular de licencias VTC hasta entonces perteneciente a Aura, en el marco de la refinanciación de la deuda que esta mantenía con Cabify, a finales de 2018, determinó que en ese momento Cabify se convirtiese en operadora de transporte y, en tal condición, pasase a ser competidora de Aura en una supuesta relación horizontal en el mercado de transporte;
- Las segundas se adujeron por el Tribunal Arbitral para apuntalar su aseveración de que la adquisición por parte de Cabify de la condición de competidora de Aura tuvo lugar en esa fecha, y no antes, por mucho que para entonces Cabify ya tuviese una participación en otra compañía operadora de transporte (VECTOR), puesto que esa participación fue minoritaria hasta 2019; y
- A partir de lo anterior, la mayoría del Tribunal concluyó que Cabify no fue competidora de Aura hasta finales de 2018 y que eso supuso una modificación del statu quo anterior por la que la cláusula 2.2 devino nula.
- Asimismo, sostiene la mayoría del Tribunal Arbitral que la rentabilidad mínima pactada entre Cabify y Aura en ningún caso podía constituir uno de los elementos justificativos de la validez de la cláusula de no competencia prevista en el Contrato de Colaboración Novado, pues no se trataba, como afirmaba el Profesor Alfara, de una "ventaja competitiva" para la contraparte.

El primer motivo de anulación invocado carece de fundamento ante todo por una razón de índole procesal que esta Sala ha puesto de manifiesto con reiteración -SS. 52/2016, de 5 de julio, FJ 5.C, roj STSJ M 8114/2016; 42/2016, de 18 de mayo, FJ 4, roj STSJ M 6180/2016; 17/2017, de 7 de marzo, FJ 2º, roj STSJ M 2499/2017; 24/2018, de 22 de mayo, FJ 2º, roj STSJ M 6904/2018; 13/2019, de 2 de abril, FJ 4º, roj STSJ 3775/2019; 18/2019, de 7 de mayo, FJ 2º.3, roj STSJ M 11332/2019; y 4/2020, de 8 de enero, roj STSJ M 1469/2020, FJ 4º-- , a saber: la acción de anulación ejercitada al amparo del art. 41.1.c) LA no puede ser estimada por la falta de un presupuesto procesal que impide entender vulnerado el antedicho precepto y la prohibición de indefensión del art. 24.1 CE -también invocada por la actora: si CABIFY consideraba que el laudo se había extralimitado por la introducción de oficio de premisas fácticas determinantes del fallo ocasionándole indefensión, tenía a su alcance promover el correspondiente "incidente de rectificación de la extralimitación parcial del laudo" [art. 39.1.d) LA], y no lo hizo..., por lo que, según reiteradísima jurisprudencia constitucional, la eventual indefensión ocasionada por dicho exceso no tendría relevancia constitucional al ser también imputable a la negligencia de la parte que de ella se queja. El comportamiento desidioso de la demandante consintiendo ante el propio Tribunal Arbitral la extralimitación de pronunciamiento que denuncia, pudiendo y debiendo discutirla, hace que, per se, no sea apreciable vulneración alguna del art. 24.1 CE (así, v.gr., mutatis mutandis, Sentencias de esta Sala de 1 de julio de 2014, FJ 3, ROJ STSJ M 10353/2014, y 16 de febrero de 2016, ROJ STSJ M 1545/2016, FJ 5).

En este sentido, no está de más destacar el nítido significado que se ha de atribuir a la peculiaridad que presenta el art. 39 de la Ley de Arbitraje respecto de su correlato en la Ley de Enjuiciamiento Civil, esto es, el art. 215 LEC, que prevé el complemento de la Sentencia que incurre en incongruencia por omisión, pero no la posibilidad de subsanación -si no es por vía de recurso- de la incongruencia por extra petita... Esa diferencia se corresponde con la singular naturaleza del arbitraje -con los poderes de oficio que asisten al árbitro para integrar convenientemente su objeto evitando litigios futuros-, y también permite sostener -como está sosteniendo la Sala- la singular obligación que asiste a las partes de intentar subsanar tal defecto ante los propios árbitros, ex art. 6 LA -dada la naturaleza disponible de la causa de anulación invocada, no mediando efectiva indefensión-, antes de acudir con posibilidades de éxito al proceso de anulación del Laudo.

A lo que cabe añadir, a mayor abundamiento -pues lo que antecede excluye la viabilidad del motivo-, que, con independencia de que en efecto no resulte admisible calificar como notoria la participación accionarial de CABIFY en VECTOR y en PRESTIGE & LIMOUSINE a la que el Laudo se refiere de acuerdo con lo que nuestro Derecho entiende por tal (art. 281.4 LEC y, v.gr., STS 562/20219, de 22 de octubre -roj STS 3409/2019, FJ 2º), es lo cierto que en la causa obran informes que el Laudo cita sobre dicha participación accionarial... Por lo demás, las partes han debatido en el seno del procedimiento arbitral profusamente, con sus respectivas periciales, sobre la delimitación del mercado relevante o de referencia, siendo buena parte de ese análisis de naturaleza jurídica, es decir, concerniente, v.gr., al ámbito regulado del funcionamiento de taxis y vehículos VTC, y siendo muchas de las consideraciones que vierte el Laudo al respecto expresión del lura Novit Curia. Sin que quepa olvidar, además, el deber de actuación de oficio del Tribunal a la hora de delimitar el mercado relevante.

Fácilmente se comprende que la inaplicabilidad al caso -para fijar el mercado relevante- de las apreciaciones (i) del Abogado General acerca de la plataforma UBER en el caso C/0802/16 DAIMLER/HAILO, seguido ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, así como (ii) idéntica inaplicabilidad de la sentencia, de 20 de diciembre de 2017, de dicho Tribunal, que han inspirado la definición de ese mercado relevante por parte de la mayoría del Tribunal Arbitral, no puede ser entendida como una cuestión de hecho, sí en cambio como un



alegato jurídico perfectamente analizable por esta Sala. Y algo parecido cabe decir del evidente error iuris del Laudo -con trascendencia fáctica- que denuncia la demanda de anulación respecto de la determinación del quantum del Umbral de Rentabilidad, fijado en la cláusula 4.1.1. del Contrato de Colaboración Novado: a partir de aquí su calificación como subvención o no tiene un alcance estrictamente jurídico, por más que ese error iuris no adolezca de toda trascendencia, como se verá, mas no para fundar la existencia de un pronunciamiento extra petitem.

Por lo demás, es un hecho objetivo, que esta Sala podrá y deberá analizar, el relativo a que, en lo sustancial, el Laudo centra su decisión anulatoria en el incremento sobrevenido del control de licencias VTC que gestiona directamente CABIFY -y en su control potencial sobre AURO tras la aprobación del Plan de Refinanciación-, considerando así que es un competidor horizontal de AURO, pero también lo es que el Laudo, cuando repara (v.gr., § 305) en que CABIFY ejerce el control y el poder de decisión sobre qué vehículos acceden o no a su Plataforma en cada momento, asigna las solicitudes de trayecto a cada uno de los vehículos, etc., siendo además Cabify quien fija los precios de los trayectos a Auro, no hace la menor referencia a que tales actuaciones se verifiquen con alteración de ninguna clase respecto de lo pactado con anterioridad el 5 de diciembre de 2018, ni que ese proceder de CABIFY se haga en detrimento de la flota de AURO y en beneficio de las licencias VTC propiedad de CABIFY. El laudo en ningún momento argumenta que Cabify haga competir en condiciones más ventajosas los vehículos VTC de sus flotas que los de Auro, es decir, que aproveche el pacto de exclusiva para perjudicar la intervención de Auro en el mercado, sometiéndolo a desventajas competitivas respecto de los vehículos propiedad directa o indirecta de Cabify. Finalmente, resulta por demás evidente que alegar la nulidad de la cláusula en una reconvencción de la que se ha dado el correspondiente traslado no entraña la menor irregularidad procesal, y no digamos la indefensión que se pretende.

El motivo es desestimado.

TERCERO.- El siguiente motivo de anulación se basa en que el Laudo vulnera principios rectores del Derecho de la Competencia que son de orden público [art. 41.1.f) LA].

La demandante impugna la decisión que el Tribunal Arbitral ha adoptado respecto de la controversia derivada de la decisión de Auro de operar sus Licencias VTC a través de una plataforma tecnológica distinta de la de Cabify "porque se ha basado en una aplicación de las normas reguladoras de la libre competencia que no es simplemente equivocada, sino imposible de conciliar con la ordenación del sistema jurídico-económico que las mismas establecen; y esto, además, por múltiples razones a cada cual más grave: porque los árbitros que han suscrito el Laudo Final han olvidado que las normas del Derecho de la Competencia no tutelan intereses particulares; porque como consecuencia de ello, han decidido lo que era objeto de controversia a partir de un entendimiento equivocado del conflicto sometido a su decisión, que les ha llevado a obviar que los efectos anticompetitivos de una determinada estipulación contractual no pueden juzgarse simplemente a la vista de los efectos que produce entre las partes que la suscribieron, que son irrelevantes, porque lo que realmente importa es el efecto que esa determinada restricción produce sobre el mercado; que han creído que la definición del mercado relevante donde esa cláusula opera era algo que podían realizar de cualquier manera"; a lo que añade que la decisión arbitral también ignora reiterada jurisprudencia del TJUE sobre los condicionantes y requisitos para declarar que pacto es restrictivo de la competencia por razón de su objeto...

Recuerda la actora, en acertada síntesis de la ratio decidendi del Tribunal Arbitral, que el Laudo Final termina declarando nula la cláusula 2.2 del Contrato de Colaboración Novado por considerar que "es una restricción de la competencia por razón del objeto" que tiene "carácter nocivo para el mercado [...] (y ello porque) en este caso los precios y la flota utilizada le vienen fijados a Auro sin capacidad de modificarlos o de ampliar su presencia en el mercado". Para ello, argumenta, en resumen, que: (i) la cláusula 2.2 no era restrictiva ni "por objeto" ni "por sus efectos" cuando Cabify y Auro celebraron el primer contrato que incluyó la misma prohibición de competir, porque en aquel entonces (2017) constituía un quid pro qua razonable en una relación vertical; (ii) pero esto cambió "extraordinariamente" cuando un año y medio más tarde (diciembre de 2018) las partes novaron ese contrato mediante la suscripción del Contrato de Colaboración Novado, que introdujo en la relación entre Cabify y Auro dos circunstancias por las que la cláusula devino, de repente, anticompetitiva por su objeto. Estas circunstancias fueron, al decir de los árbitros firmantes del Laudo final, (i) un aumento del nivel integración comercial entre Cabify y Auro y (ii) el hecho de que Cabify había comenzado a ser propietario de su propia flota de vehículos con licencia.

Postula al respecto, como primer error de principio, que el hecho de que Cabify tenga su propia flota no convierte el Pacto de Exclusiva en un acuerdo horizontal ..., y que la integración comercial en la cadena de distribución normalmente se utiliza para justificar nuevas restricciones verticales, no para tacharlas de anticompetitivas por objeto (como hacen las Directrices a las que luego nos referiremos)...

En este sentido, alega la actora que "el que Cabify sea, a la vez, proveedor de Auro (a la que presta servicios de intermediación a través de su plataforma tecnológica) y titular (indirecto) de licencias VCT que se explotan en territorios donde también opera Auro es lo que el Derecho de la Competencia llama "distribución dual"; y en los supuestos de "distribución dual", en los que el proveedor "aguas arriba" (en nuestro caso, el mercado relevante de los servicios de intermediación para el transporte de pasajeros en taxis y VTCs: Cabify) también opera al mismo nivel que el comprador "aguas abajo" (el mercado relevante de transporte de pasajeros en taxis y VTCs: Auro), esta última circunstancia (que tanto como Cabify y Auro presten servicios de transporte) es irrelevante a los efectos de valorar el carácter competitivo del contrato que regula la relación (vertical) entre el proveedor (Cabify) y el comprador (Auro), que en nuestro caso es el Contrato de Colaboración Novado, porque el mercado relevante donde ambos concurren (el de servicios de transporte de pasajeros en taxis y VTCs) es distinto de aquel donde opera la cláusula cuya validez se cuestiona.

Y añade: "sobre esto existe tal grado de consenso que este criterio ha sido asumido como propio por la Comisión Europea (cfr. Directrices relativas a las restricciones verticales y artículo 2.4.b del Reglamento de Exención por Categorías ["La exención prevista en el apartado 1 no se aplicará a los acuerdos verticales suscritos entre empresas competidoras. No obstante, se aplicará cuando empresas competidoras suscriban un acuerdo vertical no recíproco y: [. . .] (b) el proveedor sea un prestador de servicios en distintos niveles de actividad comercial y el comprador suministre sus bienes y servicios en el nivel minorista y no es una empresa competidora en el nivel comercial en el que compra los servicios contractuales"])

Si lo anterior impide calificar la cláusula 2.2 del Contrato de Colaboración Novado como una restricción por objeto, sucedería, además, que el Laudo ignora las exigencias de motivación impuestas por el TJUE para considerar que un pacto es per se, por su propia naturaleza, restrictivo de la competencia: a partir de la importante Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 11 de septiembre de 2014 (Groupement des Cartes Bancaires), el TJUE recuerda que tal calificación es de exégesis restrictiva y que para apreciar si un acuerdo tiene el grado de nocividad sobre la competencia suficiente para ser una restricción "por objeto" debe atenderse (i) al contenido de sus disposiciones; (ii) a los objetivos que pretende alcanzar; y (iii) al contexto económico y jurídico en el que se inscribe, así como a la naturaleza de los bienes/servicios afectados y a las condiciones reales del funcionamiento y de la estructura del mercado en cuestión. Extremos no considerados por el Laudo.

Más aún: la jurisprudencia europea ha incidido reiteradamente en que para justificar que un acuerdo se califique de restricción de la competencia "por objeto" -sic-, sin necesidad de examinar sus efectos, debe existir un acervo sólido y fiable de experiencia de modo que quepa estimar que dicho acuerdo es, por su propia naturaleza, perjudicial para el buen funcionamiento del juego de la competencia y se haga así innecesario el análisis de sus efectos concretos en el mercado; únicamente puede predicarse la existencia de una restricción por el objeto a partir de "una experiencia suficientemente general y continuada como para que pueda considerarse el carácter nocivo para la competencia de un acuerdo como el controvertido en el litigio principal " (Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 2 de abril de 2020). Extremo éste que tampoco habría sido tomado en consideración al Laudo.

Añade la actora que incluso si la definición del mercado relevante que postula el Laudo fuese acertada - prestación de servicios de intermediación para contratar trayectos en taxi y VTC a través de APP-, la conclusión obtenida por los árbitros seguiría siendo inválida porque si el mercado relevante es el del transporte, es evidente que Cabify no habría devenido competidor de Auro tras la suscripción del Contrato de Colaboración Novado, sino que ya lo habría sido antes, al suscribir el inicial Contrato de Colaboración... Cabify estaba presente en el mercado en el que Auro era operador (el de explotación de vehículos con licencia VTC) en 2017. Competía con Auro y la esencia del acuerdo con Auro reflejado en la cláusula 2.2 es que Auro no pusiera sus vehículos a disposición de cualquier otra plataforma que no fuera la de Cabify. Pero Cabify disponía de otras flotas de vehículos distintas a la de Auro (la de VECTOR). Si Cabify controlaba VECTOR (rectius, los vehículos de VECTOR) en 2017, es irrelevante que en diciembre de 2018 adquiriera - ejecutando la garantía - los vehículos de PRESTIGE & LIMOUSINE y en 2019 adquiriera la totalidad del capital de VECTOR. Lo único relevante es si podía controlar esos vehículos porque lo que define a un competidor es estar presente en el mismo mercado que otro operador. No el título jurídico a través del cual controla los activos que utiliza para operar en ese mercado... Por consiguiente, la refinanciación no cambió la posición de Cabify en relación con Auro en lo que a la materia regulada en la cláusula 2.2 del contrato se refiere (Auro no podía utilizar los vehículos objeto del contrato en otra plataforma que no fuera la de Cabify). Que Cabify pasara a ser accionista minoritario a ser accionista único de VECTOR no cambia en absoluto el sentido y la finalidad de la cláusula 2.2.

Por último, y en línea con lo anteriormente argumentado, recuerda la demandante -en sintonía inequívoca con las Directrices de la Comisión sobre restricciones horizontales y verticales- que en la evaluación del carácter restrictivo de un acuerdo ex arts. 1 LDC y 10 1 TFUE se tiene en cuenta no sólo si las partes son competidores

efectivos, sino también si son competidores potenciales. Es decir, que un acuerdo restrictivo de la competencia por su objeto no deja de serlo porque las partes del acuerdo no sean entre sí competidores efectivos sino solo competidores potenciales. En cada caso habrá que analizar si es probable que el que ahora es solo competidor potencial se convierta o no en competidor efectivo y si el acuerdo le incentiva o le detrae de entrar efectivamente en el mercado de referencia.

La demandada contesta al segundo motivo de anulación esgrimido por la actora -cuyo contenido esencial acabamos de reseñar- en los §§ 101 y ss. de su escrito -págs. 29 a 33-, enmarcando sus alegatos en una serie de atinadas consideraciones generales sobre la libertad de empresa y sobre la vigente Ley de Defensa de la Competencia, cuya finalidad sería dotar a nuestro Ordenamiento de los instrumentos y estructura institucional óptimos para proteger la competencia efectiva en los mercados teniendo en cuenta el nuevo sistema normativo comunitario. Pero, ya en concreto, AURO sostiene que el Laudo no contraviene el orden público, pues analiza de forma razonable la prueba practicada y llega a conclusiones lógicas, por más que al propio tiempo convenga con la actora -y con los propios Árbitros- en que esa contravención del orden público se habría producido "de no aplicarse la normativa que regula el Derecho de la Competencia", que configura y delimita el ámbito de la libertad de empresa como derecho constitucionalmente consagrado (art. 38 CE) y la Libertad de Establecimiento como Libertad Fundamental de la Unión.

En definitiva, AURO no replica a los argumentos en que CABIFY basa su queja de infracción por el Laudo del art. 1.1 LDC y del art. 101 TFUE, sino que de un modo general postula que la infracción del orden público alegada por Cabify pretendería, en franca extralimitación del ámbito propio de la acción de anulación, que esta Sala analice el fondo del asunto sustituyendo el cabal criterio, fáctico y jurídico, sentado por el Tribunal arbitral. Invoca al respecto el FJ 7º de nuestra reciente Sentencia de 21 de mayo de 2021 y la dimensión puramente externa del control de la motivación del Laudo en la acción de anulación, tal y como éste habría sido conformado por la doctrina del Tribunal Constitucional.

CUARTO.- A la luz de lo que antecede, antes de analizar el contenido del Laudo y la infracción del orden público que se le achaca, es preciso sentar con la debida claridad los parámetros que han de delimitar nuestro enjuiciamiento tanto por lo que concierne al Derecho aplicable, como en lo que toca a si este Tribunal ha de verificar, más allá de un control puramente formal o externo, si la motivación del Laudo se acomoda a normas imperativas del Derecho de la Competencia tal y como son entendidas por los Supremos Tribunales llamados a interpretarlas y, de modo particular, por el TJUE.

1. Referencia al marco normativo aplicable como condicionante del inexcusable deber de análisis del Tribunal Arbitral: la insoslayable aplicación al caso del Derecho de la Unión Europea.

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 atañe 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".

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 tengan 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 artículos 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").

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 de que el pacto de exclusiva aquí litigioso pudiese no estar amparado por las exenciones del precitado Reglamento 330/2010 de la Comisión -a todas luces aplicable al caso-, tampoco suponía necesariamente su invalidez; ahora bien, ello obligaba a verificar si, en las circunstancias del caso, ese pacto falseaba o alteraba significativamente la libre competencia...

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...".

A la anterior exposición, en absoluto exhaustiva en la mención de la normativa comunitaria implicada en el caso que nos ocupa cabe añadir de modo esencial, no precisamente ex abundancia, algunos extremos especialmente relevantes de las "Directrices de la Comisión Europea relativas al concepto de efecto sobre el comercio en el art. 101 TFUE", pues son muy reveladoras de la necesaria aplicación al presente litigio del Derecho de la Unión y de la jurisprudencia al respecto del TJUE, que da un alcance más amplio al Derecho de la Unión que al propiamente interno sobre defensa de la competencia.

En este sentido, cabe llamar la atención sobre los siguientes párrafos de las mencionadas Directrices [Directrices que, conviene dejarlo bien claro, se cuidan de señalar -§ 4- que no abordan el problema de lo que constituye una restricción apreciable de la competencia de conformidad con el apartado 1 del artículo 81]:

§18. De la redacción de los artículos 81 y 82 y de la jurisprudencia de los tribunales comunitarios se desprende que, al aplicar el criterio del efecto sobre el comercio, deben tenerse especialmente en cuenta tres elementos:

- a) el concepto de "comercio entre los Estados miembros",
- b) la noción de "pueda afectar", y
- c) el concepto de "apreciabilidad".

2.2. El concepto de "comercio entre Estados miembros"

§ 20. Según jurisprudencia reiterada, el concepto de "comercio" también incluye supuestos en los que los acuerdos o prácticas afectan a la estructura de la competencia en el mercado. Los acuerdos y prácticas que afectan a la estructura de la competencia en la Comunidad eliminando o amenazando con eliminar a un competidor que opera en la Comunidad pueden estar sujetos a las normas comunitarias de competencia (Véanse por ejemplo los asuntos acumulados T-24/93 y otros, *Compagnie maritime belge*, Rec. [1996] II-1201, apartado 203, y el apartado 23 de la sentencia en el asunto *Commercial Solvents*). Cuando se elimina o existe el riesgo de eliminar una empresa, la estructura de la competencia en la Comunidad y también las actividades económicas a las que se dedica la empresa se ven afectadas.

§ 21. El requisito de producir un efecto en el comercio "entre los Estados miembros" implica que debe haber un impacto en la actividad económica transfronteriza que repercuta por lo menos en dos Estados miembros. No es necesario que el acuerdo o la práctica afecten al comercio entre un Estado miembro y el conjunto de otro Estado miembro. Los artículos 81 y 82 pueden ser aplicables también en casos que incidan sobre una parte de un Estado miembro a condición de que el efecto sobre el comercio sea apreciable (Véanse por ejemplo los asuntos acumulados T- 213/95 y T-18/96, *SCK y FNK*, Rec. [1997], II-1739, y las secciones 3.2.4. y 3.2.6).

§ 22. La aplicación del criterio del efecto sobre el comercio es independiente de la definición de los mercados geográficos de referencia. El comercio entre Estados miembros también puede verse afectado en caso de que el mercado pertinente sea nacional o subnacional (vid infra Sección 3.2).

2.3. La noción de "pueda afectar"

§ 24. El método de prueba desarrollado por el Tribunal de Justicia consta de los siguientes elementos principales, que se examinan en las secciones que figuran a continuación:

- a) "un grado suficiente de probabilidad con arreglo a un grupo de factores objetivos de derecho o de hecho",
- b) una influencia en las "corrientes comerciales entre Estados miembros",
- c) "una influencia directa o indirecta, real o potencial en las corrientes comerciales".

2.3.1. Un grado suficiente de probabilidad con arreglo a un grupo de factores objetivos de derecho o de hecho

§ 26. La expresión "pueda afectar" y el hecho de que el Tribunal de Justicia haga referencia a "un grado suficiente de probabilidad" implican que, para que el Derecho comunitario sea aplicable, no es necesario establecer que el acuerdo o práctica realmente vaya a producir o haya producido un efecto sobre el comercio entre Estados miembros. Basta con que el acuerdo o práctica "pueda" producir tal efecto.

§ 28. La apreciación del criterio del efecto sobre el comercio depende de varios factores que pueden no ser decisivos si se toman por separado (18). Estos factores son la naturaleza del acuerdo y de la práctica, la naturaleza de los productos cubiertos por el acuerdo o práctica y la posición e importancia de las empresas interesadas (véase por ejemplo el asunto C-306/96, *Javico*, Rec. 1988, I-1983, apartado 17; y el apartado 18 de la sentencia *Béguelin*).

2.3.2. Una influencia en las "corrientes comerciales entre Estados miembros".

§ 34. El concepto "corrientes comerciales" es neutro. No es necesario que el comercio se vea restringido o reducido. Las corrientes comerciales también pueden verse afectadas cuando un acuerdo o una práctica causan un incremento del comercio. Efectivamente, el Derecho comunitario es aplicable cuando sea probable que el comercio entre Estados miembros se desarrolle de forma diferente según que exista o no un acuerdo o una práctica

2.3.3. Una influencia "directa o indirecta, real o potencial" sobre las corrientes comerciales.

§ 41. Los efectos potenciales son los que pueden producirse en el futuro con un grado suficiente de probabilidad. Es decir, se debe tener en cuenta la evolución previsible del mercado (27). Incluso si el comercio no pudiera verse afectado cuando se concluye el acuerdo o se lleva a efecto la práctica, los artículos 81 y 82 siguen siendo aplicables si es probable que los elementos que llevaron a esa conclusión cambien en un futuro próximo. A este respecto, conviene tener en cuenta el impacto de las medidas de liberalización adoptadas por la Comunidad o por el Estado miembro en cuestión y de otras medidas previsibles destinadas a eliminar los obstáculos legales al comercio

2.4. El concepto de apreciabilidad.

§ 44. El criterio del efecto sobre el comercio incorpora un elemento cuantitativo, que limita la aplicación del Derecho comunitario a los acuerdos y a las prácticas que puedan producir efectos de cierta magnitud. Los acuerdos y prácticas no entran en el ámbito de aplicación de los artículos 81 y 82 cuando sólo afectan al mercado de manera insignificante habida cuenta de la débil posición de las empresas interesadas en el mercado de los productos en cuestión. La apreciabilidad puede valorarse considerando la posición y la importancia que las correspondientes empresas tengan en el mercado de los productos de que se trate (véase por ejemplo el apartado 17 de la sentencia Javico y el apartado 138 de la sentencia BPB Industries and British Gypsum).

§ 45. La evaluación de la apreciabilidad depende de las circunstancias de cada asunto, en particular de la naturaleza del acuerdo o práctica, de la naturaleza de los productos de que se trate y de la posición de mercado de las empresas afectadas. Cuando, por su propia naturaleza, el acuerdo o práctica puede afectar al comercio entre los Estados miembros, el umbral de apreciabilidad es inferior que cuando se trata de acuerdos y prácticas que, por su propia naturaleza, no pueden afectar al comercio entre los Estados miembros. Cuanto más fuerte es la posición de mercado de las empresas interesadas, más probable es que un acuerdo o práctica que pueda afectar al comercio entre Estados miembros pueda hacerlo de forma apreciable (v. el apartado 138 de la sentencia BPB Industries and British Gypsum).

§ 46. En varios asuntos referentes a importaciones y exportaciones, el Tribunal de Justicia consideró que se cumplía el requisito de apreciabilidad cuando las ventas de las empresas interesadas representaban aproximadamente un 5 % del mercado (por ejemplo los apartados 9 y 10 de la sentencia Miller y el apartado 58 de la sentencia AEG). Sin embargo, la cuota de mercado por sí sola no siempre se ha considerado el factor decisivo. También es necesario tener en cuenta, en particular, el volumen de negocios de las empresas correspondiente a los productos en cuestión. En este sentido, véanse los asuntos acumulados 100/80 y otros, Musique Diffusion Française, Rec. 1983, p. 1825, apartado 86. En este caso los productos en cuestión sólo representaban algo más del 3 % de las ventas en los mercados nacionales afectados. El Tribunal sostuvo que los acuerdos, que obstaculizaban el comercio paralelo, podían afectar sensiblemente al comercio entre Estados miembros debido al elevado volumen de negocios de las partes y a la posición de mercado relativa de los productos en comparación con la de los productos producidos por proveedores competidores.

§ 47. Así pues, la apreciabilidad puede medirse tanto en términos absolutos (volumen de negocios) como relativos, comparando la posición de la empresa o empresas interesadas con la de otros operadores en el mercado (cuota de mercado). Al centrarse en la posición e importancia de las empresas interesadas, se es coherente con el concepto de "poder afectar", que implica que la evaluación se basa en la capacidad del acuerdo o de la práctica para afectar al comercio entre Estados miembros, en vez de basarse en el impacto sobre los movimientos transfronterizos reales de bienes y servicios. La posición de mercado de las empresas interesadas y su volumen de negocios correspondiente a los productos de que se trate constituyen una orientación en cuanto a la capacidad de un acuerdo o de una práctica para afectar al comercio entre Estados miembros.

2.4.2. Cuantificación de la apreciabilidad.

§ 52. La Comisión considera que los acuerdos no pueden en principio afectar de forma apreciable al comercio entre Estados miembros cuando se cumplen todas y cada una de las siguientes condiciones:

a) la cuota de mercado conjunta de las partes en cualquier mercado de referencia en la Comunidad afectado por el acuerdo no es superior al 5 %, y

b) En el caso de acuerdos horizontales, el volumen de negocios total anual en la Comunidad de las empresas interesadas (39) correspondiente a los productos cubiertos por el acuerdo no es superior a 40 millones de euros.

En el caso de acuerdos verticales, el volumen de negocios total anual en la Comunidad del proveedor de los productos cubiertos por el acuerdo no es superior a 40 millones de euros. En el caso de acuerdos de licencia, el volumen de negocios pertinente será el volumen de negocios total de los licenciatarios de los productos que incorporen la tecnología licenciada y el volumen de negocios del propio licenciante en dichos productos. En caso de acuerdos entre un comprador y varios proveedores, el volumen de negocios aplicable será el del comprador.

En esta línea los §§ 52 a 54 de las Directrices establecen presunciones por el volumen de negocio y la cuota de mercado que precisamente abonarían el entendimiento de en el caso sí puede entenderse concurrente la afectación de forma apreciable que lleva a aplicar el Derecho de la Unión.

3.2. Acuerdos y abusos que sólo abarcan un Estado miembro o una parte del mismo

En plena coherencia con lo que se acaba de constatar, la Comisión, cuando analiza en el apartado 3 de estas Directrices la APLICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS MENCIONADOS A TIPOS COMUNES DE ACUERDOS Y PRÁCTICAS ABUSIVAS, examina precisamente -Sección 3 .2- Acuerdos y abusos que sólo abarcan un Estado miembro o una parte del mismo.

Dice al respecto el § 77:

§77. Cuando los acuerdos o las prácticas abusivas abarcan el territorio de un único Estado miembro, puede ser necesario proceder a una investigación más detallada de la capacidad de los acuerdos o de las prácticas abusivas para afectar al comercio entre Estados miembros. Se recuerda que para que se produzca un efecto sobre el comercio entre Estados miembros no es necesario que se reduzca el comercio. Basta con que se pueda causar un cambio apreciable en las corrientes comerciales entre los Estados miembros. Sin embargo, en muchos casos en los que sólo se ve afectado un Estado miembro, la naturaleza de la presunta infracción y, en especial, su tendencia a cerrar el mercado nacional constituye una buena indicación de la capacidad del acuerdo o de la práctica para afectar al comercio entre Estados miembros. Los ejemplos mencionados a continuación no son exhaustivos. Son simplemente ejemplos que indican cuándo cabe considerar que los acuerdos que se limitan al territorio de un Estado miembro pueden afectar al comercio entre Estados miembros.

Y de nuevo sin ánimo exhaustivo, respecto del análisis de los Acuerdos que abarcan una parte de un Estado miembro -Sección 3.2.2-, dicen las Directrices (§§ 89 y 90):

89. Desde el punto de vista cualitativo, el enfoque aplicado a la evaluación de los acuerdos que sólo abarcan una parte de un Estado miembro es similar al aplicado a los acuerdos que cubren la totalidad de un Estado miembro. Esto significa que se aplica el análisis de la sección 2. No obstante, al evaluar la apreciability cabe distinguir entre ambas categorías, pues hay que tener en cuenta que el acuerdo sólo abarca una parte de un Estado miembro. También se debe tener en cuenta la proporción del territorio nacional que puede ser objeto de actividad comercial. Si, por ejemplo, los costes de transporte o el radio de acción del material hacen que sea económicamente inviable para las empresas de otros Estados miembros prestar servicio en todo el territorio de otro Estado miembro, el comercio puede verse afectado si el acuerdo excluye el acceso a la parte del territorio de un Estado miembro que es objeto de actividad comercial, siempre que dicha parte no sea insignificante.

90. Cuando un acuerdo excluye el acceso a un mercado regional, para que el comercio se vea afectado de forma apreciable el volumen de ventas afectado debe ser significativo en proporción al volumen total de ventas de los productos de que se trate en el Estado miembro en cuestión. Esta evaluación no puede basarse simplemente en la cobertura geográfica. Debe también tenerse en cuenta en su justa medida la cuota de mercado de las partes del acuerdo. Aun cuando las partes tengan una cuota de mercado importante en un mercado regional convenientemente definido, la dimensión de dicho mercado en términos de volumen puede ser insignificante en comparación con las ventas totales de los productos de que se trate en el Estado miembro en cuestión. Así pues, se considera generalmente que el mejor indicador de la capacidad del acuerdo para afectar (sensiblemente) al comercio entre Estados miembros es la cuota del mercado nacional en términos de volumen que resulta excluida. Los acuerdos que cubren áreas caracterizadas por una alta concentración de la demanda tendrán mayor peso que los que cubran áreas en las que la demanda esté menos concentrada. Para que sea de aplicación el Derecho comunitario, la cuota de mercado nacional que resulta excluida debe ser significativa.

92. En los casos incluidos en esta categoría, cabe tener en cuenta la jurisprudencia referente al concepto de "una parte sustancial del mercado común" contenido en el artículo 82 (v. para este concepto las sentencias *Ambulanz Glöckner*, apartado 38; el asunto C-179/90, *Merzi convenzionali porto di Genova*, Rec. 1991, I-5889, y el asunto C-242/95, *GT-Link*, Rec. 1997, I-4449). Se debe considerar que, por ejemplo, los acuerdos que tienen el efecto de obstaculizar el acceso de los competidores de otros Estados miembros a una parte de un Estado miembro que constituye una parte sustancial del mercado común producen un efecto apreciable sobre el comercio entre los Estados miembros.

A este tipo de Acuerdos que abarcan una parte de un Estado miembro, con sus especificidades, les son de aplicación las Directrices relativas a los Acuerdos que abarcan a un Estado. Cabe destacar de entre ellas la reflejada en los §§ 86 y 87:

86. Los acuerdos verticales que abarcan todo un Estado miembro pueden, en especial, ser capaces de afectar a las corrientes comerciales entre Estados miembros cuando hacen más difícil que las empresas de otros Estados miembros penetren en el mercado nacional en cuestión, ya sea exportando o estableciéndose en él (efecto de exclusión). Cuando los acuerdos verticales dan lugar a tales efectos de exclusión, contribuyen a compartimentar los mercados a escala nacional, impidiendo la interpenetración económica que el Tratado pretende lograr (64).

87. La exclusión puede ocurrir, por ejemplo, cuando los proveedores imponen obligaciones de compra exclusiva a los compradores... En el asunto *Delimitis* relativo a unos acuerdos entre un fabricante de cerveza y los propietarios de los locales en los que se consumía la cerveza, por los cuales estos últimos se comprometían a comprar cerveza exclusivamente al fabricante, el Tribunal de Justicia definió la exclusión como la falta de posibilidades reales y concretas de acceder al mercado, debido a los acuerdos. Normalmente, los acuerdos sólo crean barreras significativas a la entrada cuando abarcan una proporción significativa del mercado. La cuota de mercado y el mercado abarcado pueden utilizarse como indicadores a este respecto. Al proceder a la evaluación se debe tener en cuenta no sólo el acuerdo o la red concreta de acuerdos en cuestión, sino también otras redes paralelas de acuerdos que produzcan efectos similares.

La mera lectura de lo que antecede justifica, sin necesidad de mayor comentario, que, a diferencia de lo que con suma parquedad postula el Laudo -§§ 293 y 294- en relación con el Derecho aplicable, es insoslayable no excluir la aplicación del Derecho de la Competencia de la Unión Europea respecto de un pacto restrictivo que el propio Laudo califica como de colusorio por razón del objeto, con incidencia per se en la libertad de competencia, y máxime cuando se repara en que estamos ante un mercado emergente con pocos operadores, alguno de los cuales actúa a su vez en otros Estados de la Unión -como es, este sí, notoriamente, el caso de *UBER*-, de modo que resulta evidente que el pacto de exclusiva litigioso podría ocasionar un cambio apreciable en las corrientes comerciales entre Estados miembros desde el prisma de la Libertad de Establecimiento de empresas nacionales o de otros Estados de la Unión en el mercado de referencia considerado.

El Laudo determina arbitrariamente la selección del Derecho aplicable, cuando, in casu, se limita a considerar "que el criterio que sirve para delimitar el ámbito de aplicación de las normas en materia de control de conductas es el elemento de la afectación del comercio, siendo claro en este caso que la conducta que se le imputa a Cabify afectaría en todo caso exclusivamente al mercado nacional, por lo que decaería el problema de la dualidad normativa" (§ 293). Sobre esta base -que afirma ser expresión de un consenso doctrinal generalizado- entiende que "es claro que la Legislación aplicable es la española, no la comunitaria" -la LDC y el RDC-, sin perjuicio "de su función subsidiaria o supletoria cuando así se establezca o proceda" (§ 293), y "del carácter orientador y de guía interpretativa del Derecho europeo" (§ 294). A lo que añade el Laudo: "no parece que la cuestión -pese a que las Partes han debatido extensamente sobre este extremo- requiera mayor fundamentación" (§ 294).

Ni la fundamentación ni la conclusión del Laudo sobre esta cuestión básica pueden ser compartidas. Lo expuesto sobre las Directrices de la Comisión, sustentadas en jurisprudencia específica del TJUE, revela, sin lugar a dudas, que el marco geográfico de aplicación de la cláusula de exclusiva en absoluto permite excluir, sin más, la aplicación del Derecho de la Unión. Derecho cuya aplicabilidad no puede ser desechada de un modo axiomático -como el Laudo hace-, sin considerar los aspectos definitorios del mercado implicado, cuando precisamente la naturaleza que se atribuye a la práctica restrictiva y los rasgos del mercado en el que ésta opera patentizan lo contrario, esto es, que más allá del ámbito geográfico del pacto de exclusiva, la entidad de los operadores concernidos -el Laudo califica a CABIFY de incumbente, esto es, "como uno de los operadores que marcan el funcionamiento y la evolución del mercado" (§ 289)-, su limitado número en España para la actividad implicada y la actuación en varios países de la Unión de *UBER* -principal competidor de CABIFY en España-, son elementos reveladores de cómo el pacto restrictivo controvertido puede en pura hipótesis contribuir a cerrar el mercado nacional con incidencia evidente en el mercado interior de la Unión. En este sentido llama la atención la inmotivada selección del Derecho aplicable que adopta el Laudo cuando, solo

por citar un ejemplo, poco antes, en su nota 170, dice lo siguiente sobre Cabify: "Cabify es la segunda start-up española por capitalización. Es lo que el sector denomina un "unicornio", es decir, una empresa de esta clase que vale más de mil millones. Su valoración se sitúa entre 1.200 y 1.500 millones de euros, sus ingresos anuales han sido 202M€, el Ebitda es de 7,8M€, la deuda neta es de 19M€ y la proyección de ingresos para 2028 es de 7.835M€, todo ello según datos recogidos en el estudio sobre startups españolas llevado a cabo por el banco de inversión Closa y publicado en la revista semanal Actualidad Económica (revista semanal de El Mundo) del 6 al 12 de diciembre de 2020".

En esta misma línea argumentativa la sola lectura de la cláusula 2.3.5 de El Contrato entre Cabify y Auro, de la que el propio Laudo da cuenta en su § 153, no hace sino ratificar la conclusión que se viene defendiendo de que resulta ineludible la aplicación, in casu, del art. 101 TFUE y de la jurisprudencia del TJUE que lo interpreta de forma auténtica. Dice la precitada cláusula:

"2.3.5 Expansión geográfica

El Grupo de Transporte será proveedor preferente de servicios de arrendamiento de vehículos con conductor en caso de expansión geográfica de Cabify y/o su Grupo a un país distinto de aquellos en los que ya operan en la Fecha del Contrato (); distintos de los países en que en cada momento comience a operar Cabify o su Grupo como consecuencia de una operación corporativa de adquisición u otras operaciones de crecimiento inorgánico) o a una Comunidad Autónoma fuera del Territorio pero distinta de las Comunidades Autónomas del País Vasco y Galicia, siempre y cuando las distintas Sociedades se hallen en cumplimiento de la totalidad de las obligaciones impuestas por los Documentos de la Operación.

Cabify se compromete a ofrecer la suscripción de un contrato de prestación de servicios, en términos de mercado, de forma preferente frente a cualquier tercero del Grupo de Transporte y al resto de las Sociedades, por ese orden, hasta que los vehículos así ofrecidos supongan un 20% de la totalidad de los vehículos operados o a ser operados bajo la Plataforma Cabify en el país de expansión (e.g. un país distinto de aquellos en los que opera Cabify o su Grupo a la Fecha del Contrato o distinto de aquellos países en los que haya comenzado a operar Cabify y su Grupo como consecuencia de una operación corporativa de adquisición u otras operaciones de crecimiento inorgánico) o de un 40% de la totalidad de los vehículos operados o a ser operados bajo la Plataforma Cabify en una Comunidad Autónoma española fuera del Territorio distinta de las Comunidades Autónomas del País Vasco y Galicia.

En caso de aceptación de las condiciones ofrecidas, o en caso de igualdad de condiciones ofrecidas por un tercero, Cabify se compromete a contratar a la Sociedad correspondiente, y a negociar con ella de buena fe un contrato de prestación de servicios que refleje las condiciones ofertadas pero solo hasta los mencionados porcentajes del 20% y 40% respectivamente".

2. La "infracción del orden público" y el llamado "control de fondo" en la acción de anulación: especial referencia a la necesaria verificación por el Tribunal competente de que el Laudo observa las reglas imperativas y, en particular, las normas esenciales del Derecho de la Competencia de la Unión Europea, tal y como son entendidas por el TJUE.

A. Planteamiento general.-

Dejamos constancia, en primer lugar, de que, como tantas veces hemos dicho -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., ya las Sentencias de esta Sala de 24 de junio de 2014 (rec. n° 70/2013) y de 5 de noviembre de 2013 (rec. n° 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 distinguos 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 resultados son nuestros.

Y añado, poco después -ibídem, págs. 82 infine 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- en ocasiones 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 2 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., por todas, 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 1 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 este concepto la posible justicia del Laudo, las deficiencias del fallo o el modo más o menos acertado de resolver la cuestión...".

Al orden público económico se refiere explícitamente el Tribunal Constitucional en la precitada S. 54/1989, e implícita, pero inequívocamente, en sus SS 46/2020, 17/2021, 55/2021 y 65/2021, cuando dice: que el orden público comprende los derechos fundamentales y las libertades garantizados por la Constitución, así como otros principios esenciales indisponibles para el legislador por exigencia constitucional o de la aplicación de principios admitidos internacionalmente." Entre esos principios se incluyen, evidentemente, las libertades fundamentales de la Unión, la interpretación y aplicación que del Derecho Primario y Derivado hacen el TJUE y, en su seguimiento y adaptación al Derecho interno, la Sala Primera del Tribunal Supremo, que en los últimos años viene desarrollando una labor encomiable de traslación y aplicación de ese Orden Público Europeo, de preeminente - aunque no exclusiva-, naturaleza económica. Supremacía exegética del TJUE en el ámbito del Derecho de la Unión asumida convencionalmente por España y reconocida en numerosas ocasiones de forma expresa y categórica por el propio Tribunal Constitucional -con ejemplos que citaremos en el epígrafe siguiente.

B. El orden público económico de la Unión Europea: especial referencia a la necesidad de observar las normas de defensa de la competencia (art. 101 TFUE y concordantes), tal y como son entendidas por el TJUE, también cuando su aplicación tenga lugar al laudar; compatibilidad con la reciente doctrina del Tribunal Constitucional sobre el ámbito de la acción de anulación.

Hoy no cabe dudar, a la vista de la jurisprudencia del TJUE y del Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo, v.gr., desde 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 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)], declara expresamente (cfr., §§ 36 y 39) que el 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; criterio confirmado, entre otras, por la Sentencia Gazprom de 13 de mayo de 2015 (C-536/13, EU:C:2015:316).

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.

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.

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 que no subviene a las exigencias que dimanar de doctrina jurisprudencial clara del TJUE, con la consiguiente infracción del orden público por imperativo constitucional -ex art. 24.1.

En este sentido no cabe 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.

Dicho sea esto en un contexto en que la doctrina constitucional es muy clara: al Tribunal Constitucional le corresponde velar, siempre subsidiariamente respecto de los tribunales ordinarios, por el respeto al principio de primacía del Derecho de la Unión y de su exégesis auténtica efectuada por el TJUE. Sería una exégesis contextualmente inadmisibles de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre el ámbito de la acción de anulación aquella que, en la práctica, impidiese que el órgano judicial conocedor de dicha acción no pudiese hacer efectivo ese principio de primacía.

Conviene recordar en este sentido -viene muy a colación al caso- que, dándose los requisitos de la doctrina del "acto aclarado", es criterio constantemente afirmado por el Tribunal Constitucional el que afirma que:

<<corresponde a este Tribunal velar por el respeto del principio de primacía del Derecho de la Unión cuando exista una interpretación auténtica efectuada por el propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea. En estos casos, el desconocimiento y preterición de esa norma de Derecho de la Unión, tal y como ha sido interpretada por el Tribunal de Justicia, puede suponer una 'selección irrazonable y arbitraria de una norma aplicable al proceso', lo cual puede dar lugar a una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva" [STC 232/2015, FJ 5 c), con cita de las anterior STC 145/2012, de 2 de julio, FFJJ 5 y 6; en igual sentido, SSTC 148/2016, de 19 de septiembre, FJ 5 b); 162/2016, de 3 de octubre, FJ 2, y 75/2017, de 19 de junio, FJ 2]>> [STC 37/2019, FJ 4].

No obsta, pues, a lo que decimos el hecho de que, en general, la Ley de Arbitraje interna establezca un ámbito limitado de enjuiciamiento en la acción de anulación, pues el orden público reviste en cada caso el alcance que le es propio. Esta objeción, que el ámbito limitado de la acción de anulación impide al Tribunal verificar el acierto del Árbitro a la hora de aplicar las normas de defensa de la competencia -el control de su motivación sería meramente formal o externo-, ha sido expresamente planteada en el asunto C-567/14, Genentech Inc. y

Hoechst GmbH, Sanofi-Aventis Deutschland GmbH, resuelto por la STJUE de 7 de julio de 2016, que rechaza ese planteamiento y entra a analizar en sentido propio el fondo del asunto.

Y ello con independencia de que, como también hemos dicho tras la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional en sus SS 46/2020, 17/2021, 55/2021 y 65/2021, "no se trata de que esta Sala deba exigir del Árbitro el acierto en su decisión; pero sí debemos demandarle, por imperativo constitucional, que su decisión sea expresión de una genuina motivación, acertada o no, pero en ningún caso arbitraria o fruto de la mera expresión de un acto de voluntad. Los Tribunales de Justicia, genuinos poderes públicos, infringiríamos la Constitución si no verificásemos que el razonamiento de los Laudos, en la interpretación normativa y en la valoración probatoria, no es arbitrario, irrazonable, absurdo, patentemente errado, meramente aparente o inexistente, concerniendo también tales exigencias a la motivación del juicio de hecho, esto es, a la ponderación de la prueba directamente conectada con la ratio decidendi. Da igual cuál sea el origen o la raíz, legal o constitucional, del deber de motivación del Laudo: lo que no es cuestionable -y no lo es tampoco por la más reciente jurisprudencia constitucional- es que un Tribunal de Justicia que no repara un déficit de motivación constitucionalmente relevante infringe él mismo el art. 24.1 CE. Y los parámetros de esa verificación jurisdiccional han de ser, a todas luces, los que conforman el contenido esencial del derecho fundamental implicado y, más ampliamente aún, el contenido constitucionalmente declarado de ese derecho fundamental, precepto o principio constitucional concernido, o principio internacionalmente admitido; en este sentido *expressis verbis*, la STC 65/2021, FJ 5º" - Auto 11/2021, de 21 de septiembre.

Pues bien, son especialmente ilustrativas de lo que decimos - que el ámbito limitado de la acción de anulación no impide al Tribunal de Justicia verificar que el Árbitro aplica las normas de defensa de la competencia de la Unión en armonía con lo dispuesto al respecto por el TJUE- las conclusiones al respecto del Abogado General, Sr. MELCHIOR WATHELET, presentadas el 17 de marzo de 2016 en el asunto Genentech; conclusiones que, por cierto, responden al mismo planteamiento de fondo - defensa del principio de primacía del Derecho de la Unión- que expresa el Tribunal Constitucional de España en la precitada jurisprudencia.

Dice el Abogado General:

<<48. Hoechst y Sanofi-Aventis sostienen que es imposible responder a la cuestión prejudicial sin violar el Derecho francés, que prohíbe la revisión en cuanto al fondo de los laudos arbitrales internacionales salvo en caso de violación flagrante del orden público internacional.

(...)

Sobre el fondo

1. Sobre el alcance del control de los laudos arbitrales internacionales respecto de las normas de orden público europeo

55. En sus observaciones escritas, el Gobierno francés recuerda que, en el apartado 32 de la sentencia Eco Swiss (C-126/97, EU:C:1999:269), el Tribunal de Justicia dictaminó que el control por parte de los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros de los laudos arbitrales internacionales que plantean cuestiones de Derecho de la Unión puede ser «de mayor o menor entidad según el caso», en función de las normas adoptadas por los Estados miembros en el marco de su autonomía procesal. Sobre esta base, el Gobierno francés alega que las normas del Derecho francés según las cuales los órganos jurisdiccionales franceses no pueden revisar los laudos arbitrales internacionales en cuanto al fondo y deben limitarse, en el marco de un recurso de anulación contra un laudo arbitral internacional como el controvertido en el presente asunto, en busca de una violación «flagrante» del orden público internacional, son conformes con el principio de efectividad consagrado por el Derecho de la Unión.

56. Hoechst y Sanofi-Aventis alegan que, si bien en la sentencia Eco Swiss (C-126/97, EU:C:1999:269), el Tribunal de Justicia declaró que un órgano jurisdiccional nacional que conociera de un recurso de anulación de un laudo arbitral internacional debía, en aplicación de sus normas procesales internas, estimar un recurso de anulación basado en la inobservancia del artículo 101 TFUE, las normas procesales del Derecho francés en cause prohíben la revisión en cuanto al fondo de los laudos arbitrales internacionales y limitan el alcance de dicho control a las violaciones «flagrantes».

57. Ahora bien, según Hoechst y Sanofi-Aventis, dado que la cuestión de si el acuerdo de licencia era contrario al artículo 101 TFUE fue planteada y debatida ante el árbitro único y que este último rechazó esa posibilidad, es imposible responder a la cuestión prejudicial sin revisar el tercer laudo arbitral parcial en cuanto al fondo, en la medida en que un acuerdo de licencia como el controvertido en el presente asunto no puede constituir una restricción por el objeto del artículo 101 TFUE y por lo tanto no puede ser constitutivo de una violación flagrante del artículo 101 TFUE.

58. En mi opinión, las limitaciones al alcance del control de los laudos arbitrales internacionales como las evocadas respecto del Derecho francés por Hoechst y Sanofi-Aventis, así como por el Gobierno francés, esto es, la naturaleza flagrante de la violación del orden público internacional y la imposibilidad de controlar un laudo arbitral internacional por una violación semejante desde el momento en que la cuestión de orden público se ha planteado y debatido ante el tribunal arbitral, son contrarias al principio de efectividad del Derecho de la Unión.

59. En referencia al sistema de control de la compatibilidad de los laudos arbitrales internacionales con el Derecho de la Unión mediante la reserva de orden público, tal como lo estableció el Tribunal de Justicia en su sentencia *Eco Swiss* (C-126/97, EU:C:1999:269), que versaba como en el presente caso sobre un recurso de anulación de un laudo arbitral internacional basado en la infracción del orden público y confirmado en su sentencia *Gazprom* (C-536/13, EU:C:2015:316), relativa a una demanda de reconocimiento y ejecución de un laudo arbitral internacional impugnada por motivos de orden público, procede recordar que según el Tribunal de Justicia, los órganos arbitrales denominados «convencionales» no son órganos jurisdiccionales de los Estados miembros en el sentido del artículo 267 TFUE. Por consiguiente, no pueden plantear cuestiones prejudiciales. Por lo tanto corresponde a los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros en el sentido del artículo 267 TFUE, en su caso recurriendo al mecanismo de la remisión prejudicial, examinar la compatibilidad de los laudos arbitrales (ya sean o no internacionales) con el Derecho de la Unión en caso de interposición de un recurso de anulación, exequátur, o en caso de cualquier otra vía de recurso o método de control prevista por la legislación nacional aplicable.

60. Dicho de otro modo, el sistema de control de la compatibilidad de los laudos arbitrales internacionales con el Derecho sustantivo de la Unión mediante la reserva de orden público, en el marco, bien de un recurso contra el reconocimiento y la ejecución, bien de un recurso de anulación, hace recaer la carga del control en la fase posterior, esto es, en los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros, antes que en la fase anterior, esto es, en los órganos arbitrales.

61. En efecto, la función de los árbitros en el arbitraje comercial internacional es la de interpretar y aplicar correctamente el contrato que vincula a las partes. En el ejercicio de esta función, los árbitros naturalmente pueden tener que aplicar el Derecho de la Unión, si éste forma parte del Derecho aplicable al contrato (*lex contractus*) o del Derecho aplicable al arbitraje (*lex arbitri*). Sin embargo, el control del respeto de las normas de orden público europeo corresponde a los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros y no a los árbitros, en el marco, bien de un recurso de anulación, bien de un procedimiento de reconocimiento y ejecución.

62. Este sistema funciona, por tanto, al contrario del sistema de confianza mutua establecido en particular en el Reglamento (UE) n.º 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil que encomienda la carga del respeto del Derecho de la Unión, aplicable al fondo del asunto, incluidas las normas de orden público europeo, al órgano jurisdiccional que conoce del fondo del asunto (es decir, a una fase anterior) y no en una fase posterior, al órgano jurisdiccional encargado del reconocimiento y la ejecución.

63. Sobre esta base analizaré las dos limitaciones que impone el Derecho francés.

a) La naturaleza flagrante o manifiesta de la violación del orden público

64. Si el control de un laudo arbitral internacional con respecto a las normas de orden público europeo (que sólo comprenden una categoría de disposiciones del ordenamiento jurídico de la Unión ya de por sí restringida) debiera limitarse a las violaciones manifiestas o flagrantes del artículo 101 TFUE, dicho control sería ilusorio, habida cuenta del hecho de que los acuerdos o prácticas que pueden restringir o falsear el juego de la competencia están «a menudo encubiertos», lo que daría lugar en muchos casos a la imposibilidad (o a la excesiva dificultad) para que los justiciables pudieran ejercer los derechos que les confiere el Derecho de la competencia de la Unión.

65. En efecto, como admiten Hoechst y Sanofi-Aventis en el punto 21 de sus observaciones escritas, así como su experto legal en el punto 5 de su consulta, este control extremadamente limitado supondría abarcar únicamente «[las] violaciones [del artículo 101 TFUE] más evidentes, como los acuerdos de fijación de precios o de reparto del mercado». De este modo las restricciones por los efectos escaparían completamente al control del juez que conoce de la anulación, dado que la comprobación de su existencia exigiría un examen más que mínimo del fondo del laudo arbitral, cosa que los órganos jurisdiccionales franceses no podrían hacer.

66. Pues bien, aunque existe una graduación de las infracciones del artículo 101 TFUE en función de su evidencia y de su nocividad entre, en particular, las restricciones por objeto y por efecto, no hay nada en el artículo 101 TFUE que permita concluir que algunas de dichas restricciones serían tolerables. En efecto, el artículo 101 TFUE prohíbe expresamente los acuerdos entre empresas «que tengan por objeto o efecto» (45)



restringir la competencia. Por lo tanto, o bien existe una infracción del artículo 101 TFUE, en cuyo caso el acuerdo entre las empresas de que se trata es nulo de pleno Derecho, o bien no la hay.

67. En este sentido, poco importa, por consiguiente, que la violación de la disposición de orden público sea flagrante o no. Ningún sistema puede aceptar violaciones de sus normas más fundamentales que forman parte de su orden público y ello independientemente del carácter flagrante o no, evidente o no, de dichas violaciones.

b) La imposibilidad de controlar un laudo arbitral internacional por violación del orden público desde el momento en que la cuestión se ha planteado y debatido ante el tribunal arbitral, porque esto supondría una revisión de dicho laudo arbitral en cuanto al fondo.

68. En el apartado 36 de la sentencia *Eco Swiss* (C-126/97, EU:C:1999:269), el Tribunal de Justicia declaró que el artículo 101 TFUE (anteriormente artículo 81 CE) era «una disposición fundamental indispensable para el cumplimiento de las misiones confiadas [a la Unión] y, en particular, para el funcionamiento del mercado interior».

69. Asimismo, en el apartado 37 de la sentencia *Gazprom* (C-536/13, EU:C:2015:316), el Tribunal de Justicia declaró que el principio de confianza mutua no vincula a los tribunales arbitrales. Esto implica que los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros no están obligados a respetar las respuestas a las cuestiones de Derecho de la Unión dadas por los tribunales arbitrales, que no son órganos jurisdiccionales de los Estados miembros en el sentido del artículo 267 TFUE.

70. Si, por tanto, el artículo 101 TFUE es una disposición que resulta tan fundamental para el ordenamiento jurídico de la Unión, el hecho de que las partes hayan planteado y debatido ante el órgano arbitral la cuestión de la incompatibilidad del laudo arbitral internacional con dicha disposición no puede ser determinante, dado que el comportamiento de las partes durante el procedimiento arbitral podría tener por efecto comprometer la eficacia de dicho artículo, cuando en principio el órgano arbitral no puede plantear cuestiones prejudiciales al Tribunal de Justicia y no tiene necesariamente la misión de interpretar y aplicar el Derecho de la Unión.

71. Por estos motivos, el control por parte de un órgano jurisdiccional de un Estado miembro de si los laudos arbitrales internacionales infringen las disposiciones de orden público europeo no puede depender de si dicha cuestión ha sido o no planteada o debatida durante el procedimiento arbitral, ni verse limitado por la prohibición formulada en el Derecho nacional de revisar el laudo arbitral de que se trate en cuanto al fondo.

72. Dicho de otro modo, una o varias partes de acuerdos que puedan ser contrarios a la competencia no pueden sustraerlos al control de los artículos 101 TFUE y 102 TFUE recurriendo al arbitraje.

A partir de aquí el Abogado General entra a examinar el contenido del Laudo, contraponiéndolo a la jurisprudencia del TJUE que reputa aplicable al caso (§§ 73 a 103) para concluir que, en las circunstancias del caso, el art. 101 TFUE no impone la anulación de un Laudo arbitral como el que da pie a la cuestión prejudicial.

La Sentencia finalmente dictada por el TJUE el 7 de julio de 2016 - ECLI:EU:C:2016:526- asume inequívocamente estos planteamientos. La razón es bien sencilla: al responder al alegato de HOECHST -reseñado en el § 24 de la Sentencia- sobre la improcedencia de la cuestión prejudicial porque los Tribunales nacionales franceses no estarían facultados -según su ley interna- para controlar el pronunciamiento del Árbitro sobre las cuestiones relativas a la competencia entre empresas, dice el TJUE -§ 26-:

"A este respecto, debe recordarse que, dentro del marco de la cooperación entre el Tribunal de Justicia y los órganos jurisdiccionales nacionales establecida por el artículo 267 TFUE, corresponde exclusivamente al juez nacional, que conoce del litigio y debe asumir la responsabilidad de la decisión jurisdiccional que debe adoptarse, apreciar, a la luz de las particularidades del asunto, tanto la necesidad de una decisión prejudicial para poder dictar sentencia, como la pertinencia de las cuestiones que plantea al Tribunal de Justicia. Por consiguiente, cuando las cuestiones planteadas se refieran a la interpretación del Derecho de la Unión, el Tribunal de Justicia está, en principio, obligado a pronunciarse. La negativa a pronunciarse sobre una cuestión prejudicial planteada por un órgano jurisdiccional nacional sólo es posible cuando resulta evidente que la interpretación del Derecho de la Unión solicitada no tiene relación alguna con la realidad o con el objeto del litigio principal, cuando el problema es de naturaleza hipotética o también cuando el Tribunal de Justicia no dispone de los elementos de hecho o de Derecho necesarios para responder de manera útil a las cuestiones planteadas (sentencias de 13 de marzo de 2001, *PreussenElektra*, C-379/98, EU:C:2001:160, apartados 38 y 39, y de 22 de junio de 2010, *Melki y Abdeli*, C-188/10 y C-189/10, EU:C:2010:363, apartado 27)".

Dicho lo cual, el TJUE analiza el problema debatido, entra en el fondo de lo resuelto por el Laudo sobre la base de su precedente doctrina jurisprudencial y llega a una conclusión sobre el alcance del art 101 TFUE coincidente con la del Abogado General.

En esta misma línea de pensamiento son muy significativas las conclusiones de la Abogada General, Sra. JULIANE KOKOT, en el Asunto C-109/20 (República de Polonia contra PL Holdings Sàrl) -presentadas el 22 de abril de 2021-, cuando, respecto del Arbitraje de inversiones, postula -tras la Sentencia Achmea- (§ 85):

«Los convenios arbitrales individuales entre Estados miembros e inversores de otros Estados miembros sobre la aplicación soberana del Derecho de la Unión solo son compatibles con el deber de cooperación leal del artículo 4 TUE, apartado 3, y con la autonomía del Derecho de la Unión consagrada en los artículos 267 TFUE y 344 TFUE si los tribunales de los Estados miembros pueden controlar plenamente el laudo arbitral en cuanto a su compatibilidad con el Derecho de la Unión, en su caso, y cuando sea necesario, tras una petición de decisión prejudicial en virtud del artículo 267 TFUE. Adicionalmente, dichos convenios arbitrales también deben ser compatibles con el principio de igualdad de trato previsto en el artículo 20 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.»

Como ya hemos apuntado, el propio Laudo reconoce (§ 286) que el thema decidendi "es de derecho imperativo y en buena medida de orden público", lo que lleva aparejado "el deber de control de oficio". Por lo que "el Tribunal Arbitral debe decidir sobre la nulidad invocada con la misma fuerza con la que lo haría la Jurisdicción ordinaria o el Regulador" (§ 286). Criterio que no puede sino ser compartido, salvo en aquellos aspectos de defensa de la Competencia, claro está, que no sean susceptibles de arbitraje.

Sobre la base de estas premisas -aplicación del Derecho de la competencia de la Unión y plenitud de la revisión de este Tribunal respecto de la motivación in iure del Laudo cuando aparecen concernidas normas imperativas de defensa de la competencia-, procede, acto seguido, dejar constancia de la jurisprudencia del TJUE en relación con los requisitos que han de ser inexcusablemente analizados por los Tribunales a la hora de resolver -en su caso, revisando la impugnación de un Laudo- acerca de si un pacto es contrario a la competencia por su objeto. En el bien entendido de que el órgano jurisdiccional, en el ejercicio de las competencias que le son propias, podrá anular un Laudo que adolezca de las exigencias de motivación demandadas por el TJUE para poder declarar colusorio un pacto por su propia naturaleza, por su intrínseca nocividad, sin necesidad de examinar sus efectos sobre el mercado, que es precisamente lo que ha hecho el Laudo aquí impugnado. Y ello sin detrimento de que, respecto del juicio de hecho, este Tribunal, que no ha presenciado la prueba, deba limitarse -en principio- a verificar que los Árbitros han ajustado la formación de su convicción fáctica a las exigencias de motivación que impone el TJUE, esto es, que han considerado de un modo cabal aquellos aspectos de hecho que estaban obligados a ponderar.

3. Los pactos restrictivos de la competencia por su objeto en la Jurisprudencia del TJUE: especial referencia a las Sentencias de 11 de septiembre de 2014 (asunto C-67/13-P, Groupement des cartes bancaires) y 2 de abril de 2020 (asunto C- 228/18, Budapest Bank y otros).

Parece pertinente comenzar reseñando de modo exhaustivo la doctrina contenida en la Sentencia Budapest Bank sobre qué ha de entenderse por pactos colusorios de la competencia por razón del objeto y con arreglo a qué parámetros de enjuiciamiento ha de ser verificada su existencia, pues, al ser la más reciente, enfatiza y precisa en buena medida la doctrina precedentemente sentada por el TJUE en el asunto Groupement des cartes bancaires.

La STJUE condensa su doctrina en los siguientes párrafos que transcribimos:

33 De entrada, es preciso recordar que, para incurrir en la prohibición establecida en el artículo 101 TFUE, apartado 1, un acuerdo debe tener «por objeto o efecto» impedir, restringir o falsear la competencia en el mercado interior. Según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia a partir de la sentencia de 30 de junio de 1966, LTM (56/65, EU:C: 1966:38), el carácter alternativo de esa condición, como indica la conjunción «o», hace necesario considerar en primer lugar el objeto mismo del acuerdo (sentencias de 26 de noviembre de 2015, Maxima Latvija, C-345/14, EU:C:2015:784, apartado 16, y de 20 de enero de 2016, Toshiba Corporation/ Comisión, C-373/14 P, EU:C:2016:26, apartado 24).

34 No es necesario examinar los efectos de un acuerdo en la competencia cuando esté acreditado su objeto contrario a ella (sentencias de 26 de noviembre de 2015, Maxima Latvija, C-345/14, EU:C:2015:784, apartado 17, y de 20 de enero de 2016, Toshiba Corporation/Comisión, C-373/14 P, EU:C:2016:26, apartado 25).

35 En efecto, de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia resulta que algunos tipos de coordinación entre empresas revelan un grado de nocividad para la competencia suficiente para ser calificados de restricción por el objeto, de modo que es innecesario examinar sus efectos. Esa jurisprudencia atiende a la circunstancia de que determinadas formas de coordinación entre empresas pueden considerarse, por su propia naturaleza, perjudiciales para el buen funcionamiento del juego de la competencia (sentencias de 11 de septiembre de 2014, MasterCard y otros/Comisión, C-382/12 P, EU:C:2014:2201, apartados 184 y 185, y de 20 de enero de 2016, Toshiba Corporation/Comisión, C-373/14 P, EU:C:2016:26, apartado 26).

36 De este modo, se ha determinado que algunos comportamientos colusorios, como los que llevan a la fijación horizontal de los precios por los cárteles, pueden considerarse hasta tal punto aptos para generar efectos negativos, en especial en los precios, la cantidad o la calidad de los productos o los servicios, que cabe estimar innecesaria la demostración de que tienen efectos concretos en el mercado a efectos de aplicar el artículo 101 TFUE, apartado 1. En efecto, la experiencia muestra que esos comportamientos dan lugar a reducciones de la producción y alzas de precios que conducen a una deficiente asignación de los recursos en perjuicio especialmente de los consumidores (sentencias de 11 de septiembre de 2014, CB/Comisión, C-67/13 P, EU:C:2014:2204, apartado 51, y de 26 de noviembre de 2015, Maxima Latvija, C-345/14, EU:C:2015:784, apartado 19).

37 A la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia recordada en los apartados 35 y 36 de la presente sentencia, el criterio jurídico esencial para determinar si un acuerdo conlleva una restricción de la competencia «por el objeto» consiste, por lo tanto, en la comprobación de que dicho acuerdo tenga, en sí mismo, un grado de nocividad para la competencia suficiente como para considerar que no es necesario investigar sus efectos (sentencia de 26 de noviembre de 2015, Maxima Latvija, C-345/14, EU:C:2015:784, apartado 20 y jurisprudencia citada).

38 En el supuesto de que el análisis de un tipo de coordinación entre empresas no revele un grado suficiente de nocividad para la competencia, sería necesario, en cambio, examinar sus efectos y, para aplicar la prohibición, exigir que concurren factores acreditativos de que el juego de la competencia ha resultado, de hecho, bien impedido, bien restringido o bien falseado de manera sensible (sentencia de 11 de septiembre de 2014, CB/Comisión, EU:C:2014:2204, apartado 52 y jurisprudencia citada).

39 Así pues, si bien de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia mencionada en los apartados 33 a 38 de la presente sentencia se desprende que, cuando un acuerdo se califica de restricción de la competencia «por el objeto» con arreglo al artículo 101 TFUE, apartado 1, no es necesario demostrar, además, los efectos de dicho acuerdo para considerar que está prohibido en virtud de dicha disposición, el Tribunal de Justicia, por otra parte, ya ha declarado, por lo que respecta a un mismo comportamiento, que este último tenía tanto por objeto como por efecto restringir la competencia (véanse en este sentido, en particular, las sentencias de 1 de octubre de 1987, van Vlaamse Reisbureaus, 311/85, EU:C:1987:418, apartado 17; de 19 de abril de 1988, Erauw-Jacquery, 27/87, EU:C:1988:183, apartados 14 y 15; de 27 de septiembre de 1988, Ahlström Osakeyhtiö y otros/Comisión, 89/85, 104/85, 114/85, 116/85, 117/85 y 125/85 a 129/85, EU:C:1988:447, apartado 13, y de 9 de julio de 2015, InnoLux/Comisión, C-231/14 P, EU:C:2015:451, apartado 72).

43 Por último, es preciso añadir que, como señaló el Abogado General en los puntos 29 y 30 de sus conclusiones, el hecho de que la autoridad o el órgano jurisdiccional competentes puedan calificar un mismo comportamiento contrario a la competencia de restricción tanto «por el objeto» como «por el efecto» no les exime de su obligación de, por un lado, apoyar sus declaraciones al respecto en las pruebas necesarias y, por otro, precisar en qué medida dichas pruebas se refieren a uno u otro tipo de restricción constatada.

51 Además de las consideraciones expuestas en los apartados 33 a 40 de la presente sentencia, el Tribunal de Justicia ya ha declarado que, para apreciar si un acuerdo entre empresas o una decisión de asociación de empresas tiene un grado de nocividad para la competencia suficiente para ser considerado una restricción de la competencia «por el objeto», a efectos del artículo 101 TFUE, apartado 1, debe atenderse al contenido de sus disposiciones, a los objetivos que pretende alcanzar y al contexto económico y jurídico en el que se inscribe. Al apreciar dicho contexto, se debe considerar también la naturaleza de los bienes o de los servicios afectados, así como las condiciones reales del funcionamiento y de la estructura del mercado o mercados pertinentes (sentencia de 11 de septiembre de 2014, CB/Comisión, C-67/13 P, EU:C:2014:2204, apartado 53 y jurisprudencia citada).

52 Por lo que respecta a la toma en consideración de los objetivos perseguidos por una medida objeto de apreciación en virtud del artículo 101 TFUE, apartado 1, el Tribunal de Justicia ya ha declarado que el hecho de que se considere que una medida persigue un objetivo legítimo no excluye que, habida cuenta de la existencia de otro objetivo perseguido por ella y que deba estimarse ilegal, teniendo en cuenta asimismo el contenido de las disposiciones de esa medida y el contexto en el que se inscribe, pueda considerarse que dicha medida tiene un objeto restrictivo de la competencia (véase, en este sentido, la sentencia de 11 de septiembre de 2014, CB/Comisión, C-67/13 P, EU:C:2014:2204, apartado 70).

53 Por otra parte, si bien la intención de las partes no constituye un factor necesario para determinar el carácter restrictivo de un acuerdo entre empresas, nada impide que las autoridades de la competencia o los tribunales nacionales y de la Unión la tengan en cuenta (sentencia de 11 de septiembre de 2014, CB/Comisión, C-67/13 P, EU:C:2014:2204, apartado 54 y jurisprudencia citada).

54 Además, el concepto de restricción de la competencia «por el objeto» debe interpretarse de manera restrictiva. En efecto, so pena de dispensar a la Comisión de la obligación de probar los efectos concretos en el mercado de acuerdos de los que no se ha demostrado en absoluto que sean nocivos por su propia naturaleza para el buen funcionamiento del juego de la competencia, el concepto de restricción de la competencia «por el objeto» solo puede aplicarse a ciertos tipos de coordinación entre empresas que revelen un grado de nocividad para la competencia suficiente para que se pueda considerar innecesario el examen de sus efectos. La circunstancia de que los tipos de acuerdos previstos en el artículo 101 TFUE, apartado 1, no constituyan una lista exhaustiva de colusiones prohibidas carece de pertinencia en este sentido (véase, en este sentido, la sentencia de 11 de septiembre de 2014, CB/Comisión, C-67/13 P, EU:C:2014:2204, apartado 58 y jurisprudencia citada).

55 En el caso de que no pueda considerarse que el acuerdo de que se trata tiene un objeto contrario a la competencia, sería preciso determinar si ese acuerdo debe considerarse prohibido por razón de las alteraciones del juego de la competencia que tenga por efecto. A tal fin, como ha declarado reiteradamente el Tribunal de Justicia, procederá examinar el juego de la competencia en el marco efectivo en el que se desarrollaría de no haber existido dicho acuerdo para apreciar la incidencia de este último sobre los parámetros de la competencia, tales como el precio, la cantidad y la calidad de los productos o de los servicios (véase, en este sentido, la sentencia de 11 de septiembre de 2014, MasterCard y otros/Comisión, C-382/12 P, EU:C:2014:2201, apartados 161 y 164 y jurisprudencia citada).

59 Por lo que respecta a si, habida cuenta de los elementos pertinentes que caracterizan la situación del litigio principal y del contexto económico y jurídico en el que se inscribe, un acuerdo como el acuerdo TIM -acuerdo interbancario que establece un mismo importe para la tasa de intercambio que debe satisfacerse, cuando se efectúa una operación de pago con tarjeta, a los bancos emisores de dichas tarjetas bancarias- puede calificarse de restricción «por el objeto», es preciso subrayar que, como se desprende del apartado 47 de la presente sentencia, corresponde al órgano jurisdiccional remitente apreciar en definitiva si dicho acuerdo tuvo por objeto restringir la competencia. Además, el Tribunal de Justicia no dispone de todos los elementos que podrían resultar pertinentes a este respecto.

62 Del propio tenor del artículo 101 TFUE, apartado 1, letra a), se desprende que un acuerdo que fija «indirectamente los precios de compra o de venta» también puede considerarse que tiene por objeto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado interior. Por lo tanto, se plantea la cuestión de si cabe considerar que un acuerdo como el acuerdo TIM está comprendido en el supuesto de fijación indirecta de precios, a efectos de dicha disposición, en la medida en que determinaba indirectamente las tasas de descuento.

63 Además, del tenor literal del artículo 101 TFUE, apartado 1, letra a), y, en concreto, de la expresión «en particular» resulta también que, como se ha señalado en el apartado 54 de la presente sentencia, los tipos de acuerdos contemplados en el artículo 101 TFUE, apartado 1, no constituyen una lista exhaustiva de colusiones prohibidas, de modo que pueden calificarse de restricción «por el objeto» otros tipos de acuerdos cuando tal calificación se efectúa conforme a los requisitos derivados de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia recordada en los apartados 33 a 39, 47 y 51 a 55 de la presente sentencia...

64 A este respecto, de la resolución de remisión resulta que en el acuerdo TIM se habían fijado niveles uniformes de tasas de intercambio para diversas operaciones de pago efectuadas mediante las tarjetas propuestas por Visa y por MasterCard. Por otro lado, una parte de los gastos uniformes anteriores había aumentado, pero otra parte de ellos se había mantenido en el mismo nivel que antes. Durante el período en el que estuvo en vigor el acuerdo TJM, a saber, del 1 de octubre de 1996 al 30 de julio de 2008, los niveles de las tasas de intercambio disminuyeron en varias ocasiones.

65 Si bien de los autos remitidos al Tribunal de Justicia se desprende que en el acuerdo TIM se incluyeron porcentajes e importes específicos a efectos de la fijación de las tasas de intercambio, el contenido de ese acuerdo no revela necesariamente una restricción «por el objeto», por no presentar sus disposiciones carácter nocivo acreditado para la competencia.

La fijación de precios, directa o indirecta, no revela de por sí una nocividad intrínseca y más en un mercado emergente y bifronte, en que la fijación de precios no es asimilable a la de un cartel -relación horizontal- ni a una relación vertical en que se impone sin contraprestación el precio de venta al consumidor final -v.gr., el fabricante al concesionario de vehículos: aquí la actividad de los operadores se entrecruza y Cabify fija un % del precio de facturación por una intermediación que forma parte natural del tipo de relación mercantil bifronte que se desarrolla con una única prestación cara al consumidor final: pone precio al servicio que presta, no impone un precio a Auro por una actividad de prestación del servicio de transporte disociable del servicio que presta la propia Cabify; y nada consta en autos, ni el Laudo lo dice ni examina, sobre que el precio que fija Cabify

por su servicio sea perjudicial para el consumidor final ni que discrimine a Auro respecto de las condiciones adoptadas con la flota de vehículos VTC propiedad directa o indirecta de Cabify.

67 En efecto, para apreciar si una coordinación entre empresas es, por naturaleza, per judicial para el buen funcionamiento del juego de la competencia, es preciso tener en cuenta todos los factores pertinentes, atendiendo en especial a la naturaleza de los servicios afectados, así como a las condiciones reales de funcionamiento v a la estructura de los mercados, en relación con el contexto económico o jurídico en el que dicha coordinación se inserta, sin que importe que uno de esos factores corresponda o no al mercado pertinente (sentencia de 11 de septiembre de 2014, CB/Comisión, C-67/13 P, EU:C:2014:2204, apartado 78).

68 Así se debe proceder, en particular, cuando ese factor consiste precisamente en la consideración de la existencia de interacciones entre el mercado pertinente v un mercado conexo diferente y, con mayor razón, cuando existen interacciones entre las dos facetas de un sistema bifronte (sentencia de 11 de septiembre de 2014, CB/Comisión, C-67/13 P, EU:C:2014:2204, apartado 79).

Acto seguido, la Sentencia concede relevancia a que uno de entre varios de los objetivos perseguidos por el acuerdo empresarial analizado - acuerdo TIM- fuera garantizar un cierto equilibrio entre las actividades de emisión y las de adquisición dentro del sistema de pago con tarjeta controvertido en el litigio principal (§§ 70 y 73), y también repara el TJUE en que el órgano judicial interno apreció la posibilidad de un efecto inicial incentivador de la competencia aunque pudiera haber variado con el paso del tiempo (§ 74). Es entonces, en este contexto, cuando el TJUE añade (§ 75):

"Si así fue efectivamente, extremo que corresponde comprobar al órgano jurisdiccional remitente, solo podría constatar una restricción de la competencia en el mercado de los sistemas de pago en Hungría, contraria al artículo 101 TFUE, apartado 1, tras una apreciación del juego de la competencia que habría existido en ese mercado si no hubiera existido el acuerdo TIM , apreciación que, como resulta del apartado 55 de la presente sentencia, forma parte de un examen de los efectos de ese acuerdo".

En traslación al caso que nos ocupa: ante un pacto inicialmente pro competitivo sobre el que incide un pacto de refinanciación que legalmente responde a una finalidad de mantenimiento de la empresa afectada, la apreciación de que las condiciones de ese pacto perjudican la libre competencia se ha de mover necesariamente en el terreno de la restricción de la competencia por razón de los efectos; análisis éste que el Laudo desecha de manera expresa por no reputado necesario, limitándose a aseverar que no consta acreditado que ese pacto haya abocado al cierre del mercado.

En plena coherencia con este planteamiento y en este contexto de referencia a las restricciones de la competencia por sus efectos -cuando el objetivo de un pacto pretendidamente colusorio tiene, en principio al menos, un efecto pro competitivo- es en el que el TJUE, en sintonía con el Abogado General- hace las siguientes afirmaciones, de enorme trascendencia práctica (§§ 76, 78 y 79):

76. En efecto, como señaló el Abogado General en los puntos 54 y 63 a 73 de sus conclusiones, para justificar que un acuerdo se califique de restricción de la competencia «por el objeto», sin necesidad de examinar sus efectos, debe existir un acervo sólido y fiable de experiencia para que pueda considerarse que dicho acuerdo es, por su propia naturaleza, perjudicial para el buen funcionamiento del juego de la competencia.

78 Por otro lado, en cuanto al mercado de adquisición en Hungría, aun suponiendo que el acuerdo TIM haya tenido como objetivo, en particular, establecer un umbral mínimo aplicable a las tasas de descuento, no se han sometido al Tribunal de Justicia elementos suficientes que permitan acreditar que ese acuerdo presentaba un grado de nocividad suficiente para la competencia en ese mercado como para poder constatar una restricción de la competencia «por el objeto». No obstante, incumbe al órgano jurisdiccional remitente efectuar las comprobaciones necesarias a este respecto.

79 En particular, en el caso de autos, sin perjuicio de esas mismas comprobaciones, los elementos aportados a tal fin no permiten concluir que exista una experiencia suficientemente general y continuada como para que pueda considerarse que el carácter nocivo para la competencia de un acuerdo como el controvertido en el litigio principal justifica la exención de todo examen de los efectos concretos de dicho acuerdo sobre el juego de la competencia. Los elementos en los que se apoyan la autoridad de la competencia, el Gobierno húngaro y la Comisión a este respecto, a saber, esencialmente, la práctica decisoria de dicha autoridad y la jurisprudencia de los órganos jurisdiccionales de la Unión, demuestran, en el estado actual, precisamente la necesidad de proceder a un examen pormenorizado de los efectos de tal acuerdo para comprobar si tuvo realmente como efecto establecer un umbral mínimo aplicable a las tasas de descuento y si, habida cuenta de la situación que habría prevalecido de no haber existido dicho acuerdo, este fue restrictivo de la competencia por sus efectos.

La importancia de estos §§ 76, 78 y 79 y del contexto en que el TJUE los emite es sencillamente capital para la decisión del presente caso, pues evidencia, sin discusión posible, uno de los principales déficits



argumentativos del Laudo impugnado, que contraviene abiertamente el mandato de motivación que impone el TJUE cuando de apreciar restricciones de la competencia por razón del objeto se trate.

Esta STJUE de 2 de abril de 2020 reitera y precisa la doctrina ya contenida en la precedente STJUE de 11 de septiembre de 2014 -asunto Groupement des cartes bancaires-, donde era objeto de recurso de casación una precedente Sentencia del Tribunal General de la Unión Europea de 29 de noviembre de 2012, CB/Comisión (T-491/07), cuya anulación se pretendía y de hecho se obtiene en cuanto constata indebidamente, con insuficiente argumentación, que las medidas consideradas tenían "por objeto" restringir la competencia en el sentido del artículo 81 CE, apartado 1.

Ahora bien, en línea con lo que va a ser un raciocinio recurrente del TJUE a lo largo de su Sentencia de 11.09.2014, el fallo del TJUE, tras establecer que las medidas enjuiciadas no eran restrictivas por su naturaleza, ordena devolver los autos al Tribunal General, para que, según la jurisprudencia recordada en el apartado 52 de la Sentencia, determine si, como la Comisión estimó en la Decisión controvertida, los acuerdos en cuestión tenían «por efecto» restringir la competencia en el sentido del artículo 81 CE, apartado 1. Sin embargo, como ese aspecto del litigio requería el examen de cuestiones de hecho complejas, basado en factores que no fueron apreciados por el Tribunal General en la sentencia recurrida, pues éste consideró en los apartados 270 y 271 de esa sentencia que ese examen era superfluo, toda vez que apreció que la Comisión no había cometido un error al concluir en la Decisión controvertida que las medidas consideradas tenían un objeto anticompetitivo, y por otra parte esos aspectos no se han debatido ante el Tribunal de Justicia, concluye el TJUE que el estado del litigio no le permite su resolución.

Este criterio sentado en el fallo de la STJUE 11.09.2014 viene especialmente al caso porque, como se verá, el Laudo impugnado incurre en idéntico déficit argumentativo: como considera que el pacto de exclusiva es por su objeto anticompetitivo, no analiza mínimamente sus efectos sobre la competencia -se limita a decir que no se ha acreditado que la medida suponga un cierre del mercado; dicho sea esto sin perjuicio, como también habremos de ver, de que el Laudo atacado tampoco se acomoda a un análisis mínimo de los elementos que el TJUE obliga a considerar para poder declarar que un pacto es colusorio por razón de su objeto en el sentido del art. 101 TFUE.

La Sentencia del TJUE ahora reseñada reprocha expresamente al Tribunal General que se aparte de la jurisprudencia del TJUE en dos aspectos fundamentales cometiendo así lo que califica de "errores de derecho":

– El primero, consiste en haber estimado que no hay que interpretar el concepto de infracción por el objeto de manera restrictiva, dado que el art. 101 no contiene un elenco exhaustivo de tales pactos colusorios. El TJUE se opone categóricamente a este criterio en los siguientes términos (§ 58): "el Tribunal General estimó erróneamente, en el apartado 124 de la sentencia recurrida, y después en el apartado 146 de la misma sentencia, que el concepto de restricción de la competencia «por el objeto» no debe interpretarse «de manera restrictiva». En efecto, so pena de dispensar a la Comisión de la obligación de probar los efectos concretos en el mercado de acuerdos de los que no se ha demostrado en absoluto que sean nocivos por su propia naturaleza para el buen funcionamiento del juego normal de la competencia, el concepto de restricción de la competencia «por el objeto» sólo puede aplicarse a ciertos tipos de coordinación entre empresas que revelen un grado de nocividad para la competencia suficiente para que se pueda considerar innecesario el examen de sus efectos. La circunstancia de que los tipos de acuerdos previstos en el artículo 81 CE, apartado 1, no constituyan una lista exhaustiva de colusiones prohibidas carece de pertinencia en este sentido".

– El segundo yerro, de no menor empaque, porque condiciona la labor de enjuiciamiento viciándolo, tiene que ver con la afirmación del § 125 de la Sentencia del Tribunal General cuando postula que "es suficiente que el acuerdo o la decisión de asociación de empresas pueda producir efectos negativos en la competencia. En otros términos, sólo tiene que ser concretamente apto, teniendo en cuenta el contexto jurídico y económico en el que se inscribe, para impedir, restringir o falsear el juego de la competencia en el mercado común. No es necesario que se impida, restrinja o falsee realmente el juego de la competencia ni que exista una relación directa entre esa decisión y los precios al consumo". La réplica del TJUE es igualmente contundente: no basta con constatar la virtualidad lesiva para el recto funcionamiento del mercado del pacto o decisión que se dice colusorio por su objeto: "el Tribunal General, al definir el concepto de restricción de la competencia «por el objeto» en el sentido de esa disposición, omitió referirse a la constante jurisprudencia del Tribunal de Justicia mencionada en los apartados 49 a 52 de la presente sentencia, sin considerar así que el criterio jurídico esencial para determinar si una coordinación entre empresas conlleva tal restricción de la competencia «por el objeto» consiste en la constatación de que esa coordinación tiene por sí misma un grado suficiente de nocividad para la competencia" (§ 57).

Y concreta este segundo reproche el TJUE en los párrafos 65 y 69 de su Sentencia, cuando dice:

65 Aunque resulta así de la sentencia recurrida que el Tribunal General estimó que el objeto restrictivo de las medidas consideradas derivaba de sus propios términos, es preciso observar que en ningún momento justificó en cambio, en el ejercicio de su control de legalidad de la Decisión controvertida, por qué esos términos podían considerarse reveladores de la existencia de una restricción de la competencia «por el objeto» en el sentido del artículo 81 CE, apartado 1.

69 No obstante, aunque el Tribunal General expuso así los motivos por los que las medidas consideradas, atendiendo a sus fórmulas, podían restringir la competencia y por tanto entrar en el ámbito de la prohibición enunciada en el artículo 81 CE, apartado 1, en cambio no justificó en absoluto, en contra de las exigencias derivadas de la jurisprudencia recordada en los apartados 49 y 50 de esta sentencia, de qué modo esa restricción de la competencia tenía un grado de nocividad suficiente para poder ser calificada como restricción «por el objeto» en el sentido de esa disposición, toda vez que la sentencia recurrida no contiene ningún análisis de esa cuestión.

Ese déficit de análisis lo precisa la Sentencia del TJUE recordándole al Tribunal General que, si bien el que las medidas consideradas persigan un objetivo legítimo de lucha contra el parasitismo no excluye la posibilidad de considerar que tienen un objeto restrictivo de la competencia, éste debe acreditarse (§ 70). Y que esa acreditación no se ha producido, antes al contrario, puesto que el propio Tribunal General "observó, en su apreciación soberana de los hechos que no se impugna en el presente recurso de casación, que en un sistema de pago por tarjeta de naturaleza bifronte, como el del Groupement, las actividades de emisión y de adquisición son «indispensables» la una para la otra así como para el funcionamiento de ese sistema, puesto que los comerciantes no aceptarían adherirse a ese sistema si el número de portadores de tarjetas fuera insuficiente, y los consumidores no desearían disponer de una tarjeta si ésta no fuera utilizable en un número suficiente de comercios" (§ 73).

Reflexiones, en línea con algunas de las expresadas por la STJUE en el caso Budapest Bank (cfr. supra en sus §§ 70, 73, 74 y 75), que enfatizan hasta qué punto el hecho de que las medidas consideradas persigan un objetivo legítimo y presenten indicios favorables a la competencia -, en el caso, "efectos indirectos de red", máxime en un mercado complejo bifronte, dificulta poder apreciar, con la evidencia jurisprudencialmente exigida, que los acuerdos considerados por su propia naturaleza tienen un grado de nocividad suficiente como para ser colusorios por su objeto. En palabras del § 75 de la Sentencia: "habiendo reconocido que las fórmulas elegidas para esas medidas trataban de conseguir una cierta proporción entre las actividades de emisión y las de adquisición de los miembros del Groupement, el Tribunal General podía deducir de ello a lo sumo que esas medidas tenían por objeto imponer una contribución económica a los miembros del Groupement que se beneficiaban de los esfuerzos realizados por otros miembros para el desarrollo de las actividades de adquisición del sistema. Pues bien, ese objeto no puede considerarse perjudicial por su propia naturaleza para el buen funcionamiento del juego normal de la competencia, y además el mismo Tribunal General consideró en los apartados 76 y 77, en particular, de la sentencia recurrida que la lucha contra el parasitismo del sistema CB era un objetivo legítimo".

Dicho sea esto, claro está, sin perjuicio del correspondiente análisis de si las medidas enjuiciadas son colusorias por razón de sus efectos.

En este punto la STJUE de 11.09.2014 recuerda que no se debe confundir la cuestión de la definición del mercado relevante y la del contexto: el análisis del primero no excusa la verificación de los rasgos del segundo (§ 77); "para apreciar una restricción por el objeto es preciso tener en cuenta todos los factores pertinentes atendiendo especialmente a la naturaleza de los servicios afectados, así como a las condiciones reales de funcionamiento y a la estructura de los mercados, en relación con el contexto económico o jurídico en el que esa coordinación se inserta, sin que importe que uno de esos factores corresponda o no al mercado pertinente" (§ 78). Modo de proceder exigible de modo especial "cuando ese factor consiste precisamente en la consideración de la existencia de interacciones entre el mercado pertinente y un mercado conexo diferente (véanse, por analogía, las sentencias Delimitis, C-234/89, EU:C: 1991:91, apartados 17 a 23, y Allianz Hungária Biztosító y otros, EU:C:2013:160, apartado 42), y con mayor razón cuando existen interacciones entre las dos facetas de un sistema bifronte como en este caso.

En estas circunstancias enfatiza el TJUE que "aunque no pueda excluirse que las medidas consideradas obstaculicen la competencia procedente de los nuevos operadores ...o incluso lleven a la exclusión de éstos del sistema ... No obstante tal apreciación se integraría en el examen de los efectos de esas medidas en la competencia y no de su objeto" (§§ 80 y 81)

Tendremos ocasión de comprobar cómo en el supuesto que nos ocupa sucede algo muy parecido a lo que acabamos de reseñar, dadas las características del mercado relevante y del contexto en que éste se desarrolla, apenas si examinados por el Laudo para resolver. Además de que imponer un pacto de no competencia a

quien es a su vez financiado por su proveedor de acceso a la App para la adquisición de vehículos con licencia VTC, esto es, para poder intervenir en un mercado regulado merced a esa financiación -de otra manera AURO no podría haber accedido a dicho mercado, según el propio Laudo-, no puede considerarse perjudicial por su propia naturaleza para el buen funcionamiento de la competencia -responde a un objetivo legítimo, tal y como recogen expresamente la Directrices de la Comisión relativas a las restricciones verticales § 107, apartados e) y h). Y máxime cuando el Laudo no repara mínimamente en una pluralidad de factores que debió analizar, de entre los que anticipamos ahora el que pondera que el incremento del control de CABIFY sobre el número de vehículos VTC a partir del 5 de diciembre de 2018 tiene lugar en un mercado bifronte y a raíz de un plan de viabilidad que cumple -es un hecho probado- con los requisitos del art. 71 bis.1 LC, es decir, que responde a una acreditada finalidad de garantizar en el corto y medio plazo la pervivencia de la mercantil en situación de pre-concurso y su consiguiente actuación en el mercado... Cuestión distinta es que, como recordaba la Sentencia ahora reseñada, "no pueda excluirse que las medidas consideradas obstaculicen la competencia procedente de los nuevos operadores ...o incluso lleven a la exclusión de éstos del sistema ... No obstante tal apreciación se integraría en el examen de los efectos de esas medidas en la competencia y no de su objeto" (§§ 80 y 81).

Volviendo al análisis de la Sentencia, el TJUE reprocha al Tribunal General que haya analizado los "efectos potenciales" de las medidas consideradas, pero no constatado su realidad misma y su suficiente nocividad (§ 82), lo que es inexcusable para la apreciación de una restricción por razón del objeto.

También reprueba, acto seguido, que el Tribunal General "haya entendido indebidamente que las medidas en cuestión podían considerarse análogas a las examinadas por el Tribunal de Justicia en la sentencia BIDS, en la que éste juzgó que los acuerdos considerados (en lo sucesivo, «acuerdos BIDS»), concluidos entre los diez principales transformadores de carne de vacuno en Irlanda, miembros del BIDS, tenían por objeto restringir la competencia en el sentido del artículo 81 CE, apartado 1" -§ 83-: se trata de un acuerdo horizontal calificable como cártel. Recuerda al respecto el TJUE que "los acuerdos BIDS, al prever una reducción de la capacidad de producción del orden del 25 %, se proponían en esencia, según sus propios términos, permitir que varias empresas pusieran en práctica una política común cuyo objeto era fomentar la salida del mercado de algunas de ellas y reducir en consecuencia el exceso de capacidad que afectaba a su rentabilidad, al impedirles realizar economías de escala -§ 84-. Y concluye -§ 85-: "que en la sentencia recurrida, el Tribunal General no constató en modo alguno... que las medidas consideradas, al igual que los acuerdos BIDS, pretendieran modificar de manera sensible la estructura del mercado afectado mediante un mecanismo destinado a fomentar la salida del mercado de empresas competidoras y que, por tanto, esas medidas tuvieran el mismo grado de nocividad que los acuerdos BIDS".

Simplemente reiterar que el TJUE es categórico en la interpretación restrictiva de qué sea una medida colusoria por su objeto: no basta con atribuir a la medida así calificada una potencialidad lesiva de la competencia; hay que constatar su realidad -análisis demostrativo-, verificando los propios términos de la medida y su sensible incidencia nociva no solo ni fundamentalmente sobre la libre competencia de las empresas contratantes, sino sobre la estructura del mercado relevante y/o de otros con él conexos: "se han tener en cuenta todos los factores pertinentes atendiendo especialmente a la naturaleza de los servicios afectados, así como a las condiciones reales de funcionamiento y a la estructura de los mercados, en relación con el contexto económico o jurídico en el que esa coordinación se inserta, sin que importe que uno de esos (actores corresponda o no al mercado pertinente" (pudiendo corresponder a uno conexo). Y si se califican las medidas enjuiciadas como propias de un cártel, ha de comprobarse -no afirmar a secas ni conjeturar a título hipotético- que están destinadas a cerrar el acceso al mercado y/o a fomentar la salida del mismo de empresas competidoras.

En este punto, conviene dejar claramente establecida una premisa básica del Derecho de la Competencia sobre la que habremos de volver y que recordaba el Abogado General, Sr. MELCHIOR WATHELET, en el párrafo 85 de sus conclusiones en el asunto Genentech: "la cuestión no es si Genentech resultó perjudicado desde el punto de vista comercial por la interpretación del acuerdo de licencia realizada por el Árbitro único... El objetivo del art. 101 TFUE no es el de regular de manera general las relaciones comerciales entre las empresas, sino que se limita a prohibir determinados tipos de acuerdos entre empresas que puedan afectar al comercio.

A la vista de lo que antecede, no es de extrañar que el TJUE estime el recurso de casación y anule la Sentencia del Tribunal General por los déficits de motivación en que aquel incurrió. En los propios términos, muy ilustrativos, del TJUE (§§ 89 y 90):

"Considerados en conjunto, los errores cometidos por el Tribunal General acerca de los criterios jurídicos pertinentes para apreciar la existencia de una restricción de la competencia «por el objeto», la motivación de la sentencia recurrida y la calificación de las medidas consideradas a la luz del artículo 81 CE, apartado 1, revelan además una carencia general de análisis por parte del Tribunal General y muestran una falta de examen completo y profundo de los argumentos de los demandantes y de las partes que solicitaban la anulación de la Decisión controvertida.

El Tribunal General se abstuvo de controlar, aun estando obligado a hacerlo, si los factores apreciados por la Comisión en esa Decisión le permitían concluir válidamente que las medidas consideradas, por sus términos, sus objetivos y su contexto, tenían un grado de nocividad para la competencia suficiente para considerar que su objeto era restringir la competencia en el sentido del artículo 81 CE, apartado 1, y, por tanto, si esos factores constituían la totalidad de los datos pertinentes que debían considerarse a ese efecto".

QUINTO.- En total congruencia con lo que antecede, visto de modo particular cuanto hemos dicho en el fundamento precedente sobre el marco normativo aplicable y sobre el principio de primacía del Derecho de la Unión como integrados en el orden público tutelado por esta Sala en el seno de la acción de anulación, es palmario que el Tribunal Arbitral ha excluido sin el menor fundamento la aplicación del Derecho de la Unión Europea. Al proceder así ha incurrido realmente en un déficit de motivación constitucionalmente relevante; podría decirse que estamos ante una carencia absoluta de motivación, que ésta es más aparente que real al sustentarse en unas premisas de enjuiciamiento equivocadas.

El Laudo incurre en un error manifiesto en la selección del Derecho de aplicable, sin que a ello se oponga -es evidente de toda evidencia- que las partes hayan pactado la aplicación del Derecho español, en el que no puede dejar de incluirse el Derecho convencional y el Derecho de la Unión Europea. Lo anterior tiene como consecuencia que los principios de primacía y efecto directo del Derecho de la Unión se han visto preteridos desde el punto y hora en que el Laudo no repara, debiendo haberlo hecho, en el art. 101 TFUE expresamente invocado -y demás normas con él concordantes-, ni en la jurisprudencia del TJUE que interpreta de forma auténtica esa normativa y precisa qué es lo que el Tribunal, sea jurisdiccional o arbitral, ha de verificar y razonar antes de concluir que un pacto es colusorio por razón de su objeto. Jurisprudencia del TJUE que, una vez emitida con la suficiente claridad en su contenido y aplicabilidad al caso -como aquí sucede-, goza de una especial fuerza vinculante, pues se constituye en garante principal de los precitados principios de primacía y efecto directo. Dicho sea esto sin perjuicio, claro está, del deber que asiste a los Tribunales nacionales de plantear en su caso la correspondiente cuestión prejudicial.

En definitiva, el Laudo Final ha de ser anulado parcialmente en los términos que interesa la actora -ceñidos a los dos primeros apartados del fallo, pues el punto segundo de la parte dispositiva es indisociable de su apartado primero-; anulación por infracción del orden público [art. 41.1.f) LA] que trae causa de que el error iuris en la selección del Derecho aplicable vicia de raíz las premisas de enjuiciamiento asumidas por el Tribunal Arbitral y lleva aparejado como consecuencia un déficit absoluto de motivación, derivado de la exclusión del Derecho preferente de la Unión Europea y de la doctrina del TJUE aplicable al caso, y de no haber justificado dicha exclusión normativa y jurisprudencial.

SEXTO.- Estimada íntegramente la demanda, se han de imponer las costas de este procedimiento a la demandada, ex art. 394.1 LEC, pues el litigio no suscita dudas significativas de hecho o de Derecho.

Vistos los artículos de aplicación,

FALLAMOS

ESTIMAMOS la demanda de anulación parcial del Laudo arbitral formulada por el Procurador de los Tribunales Don Ignacio López Chocarro, en nombre y representación de MAXI MOBILITY SPAIN, S.L.U., contra AURO NEW TRANSPORT CONCEPT, S.L., y en su virtud anulamos los puntos 1 y 2 de la Parte Dispositiva del Laudo Final de 29 de diciembre de 2020 -cuya aclaración y complemento se deniega por Laudo de 24.02.2021-, dictado por D. Luis Felipe Castresana Sánchez (Presidente), D. Ignacio Díez-Picazo Giménez y D. Juan Cadarso Palau en el Arbitraje CAM 2956, administrado por la Corte de Arbitraje de la Cámara Oficial de Comercio, Industria y Servicios de Madrid; con expresa imposición de las costas causadas en este procedimiento a la Parte Demandada.

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

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

VOTO PARTICULAR

QUE EMITE EL PRESIDENTE DE LA SALA DE LO CIVIL Y PENAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA, D. CELSO RODRÍGUEZ PADRÓN, A LA SENTENCIA DICTADA POR LA MAYORÍA DE LA SALA EN EL ASUNTO CIVIL Nº 24/2021 (NULIDAD DE LAUDO ARBITRAL 17/2021)

Desde el máximo respeto que merece la opinión de los Magistrados de esta Sala de lo Civil y Penal, he de expresar mi posición discrepante sobre la Sentencia recaída en el asunto de referencia, de acuerdo con cuanto

ya fue expuesto en la correspondiente deliberación, basándome, en síntesis, en la contrariedad de la Sentencia con la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional en tomo al alcance de la función de control de los laudos arbitrales por parte de los Tribunales de Justicia, así como en la apreciación indebida de lo que puede ser considerado un déficit de motivación de los laudos arbitrales y cuestión de orden público.

Aceptando los Antecedentes de Hecho de la Sentencia mayoritaria, fundamento el presente voto discrepante en la siguiente argumentación.

1.- Punto de partida de nuestra discrepancia.

En breve síntesis: la Sentencia dictada en el presente asunto, estima la demanda interpuesta en nombre y representación de MAXI MOBILITY SPAIN, S.L.U. -en adelante, CABIFY-, ejercitando acción de anulación parcial del Laudo arbitral de 29 de diciembre de 2020 -cuya aclaración y complemento se deniega por Laudo de 24.02.2021- dictado (con voto particular) en el Expediente NUM000, en el seno de la Corte de Arbitraje de la Cámara Oficial de Comercio, Industria y Servicios de Madrid, y frente a la también entidad mercantil AURO NEW TRANSPORT CONCEPT S.L.

1.1.- De acuerdo con el propio texto de la Sentencia -a cuya ilustrada recapitulación de hechos nos remitimos- la demanda se basaba en dos causas de anulación:

En primer lugar, que el Laudo resuelve la controversia sobre la validez de la cláusula 2.2 del Contrato de Colaboración Novado en términos distintos de aquellos en los que las partes del arbitraje la sometieron al Tribunal Arbitral, lo que es determinante de su nulidad conforme al artículo 41. 1.c) de la LA.

En segundo término, la motivación empleada por la mayoría del Tribunal Arbitral para concluir que la cláusula 2.2 del Contrato de Colaboración Novado es contraria al artículo 1.1. de la Ley de Defensa de la Competencia no solo es errónea y arbitraria, sino que vulnera principios esenciales del Derecho de la Competencia, que son de orden público, lo que es igualmente determinante de la nulidad de los pronunciamientos impugnados por mandato de lo dispuesto en el artículo 41.1.e) - sic, rectius, 41.1.f)- de la LA. Es decir: incongruencia extra petita, y contravención del orden público. Se centra este segundo aspecto en la invocación de argumentos contra la motivación del laudo, que considera la actora indebidamente apartada de los criterios establecidos por la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

1.2.- La Sentencia mayoritaria entiende que el primer motivo carece de fundamento, ante todo por una razón de índole procesal: el no haber ejercitado la parte el correspondiente incidente de rectificación de la extralimitación parcial del laudo, que viene previsto en el artículo 39.1.d) de la Ley de Arbitraje. Nada tenemos que oponer a esta respuesta.

Es el segundo bloque argumental el que suscita nuestra falta de acuerdo. En el FJ Cuarto se resalta una premisa: la "insoslayable aplicación al caso del Derecho de la Unión Europea". Se reproduce el artículo 1 de la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia, cuyo apartado 4 se dice que obedece al llamado "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.

A partir de ahí, entendemos que la Sentencia discurre sobre una doble y solapada posición:

a) lleva a cabo un verdadero enjuiciamiento paralelo sobre el fondo del asunto, y realiza -en profundo e ilustrado esfuerzo argumental- un examen de la controversia sometida a arbitraje, a la luz del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, y la interpretación que sobre algunos aspectos de su contenido ha llevado a cabo el Tribunal de Justicia de la Unión en determinados casos.

b) al mismo tiempo, reflexiona extensamente sobre conceptos concretos también en paralelo a lo que han razonado los árbitros en su motivación del Laudo, y con ello se sitúa en el plano de un verdadero Tribunal de apelación revisando la "correcta" aplicación del Derecho realizada en sede arbitral.

Así llega a una primera conclusión: la imposibilidad de excluir para el dictado del laudo el Derecho de la Unión.

En el FJ Quinto se sintetizan las razones de la nulidad:

- se califica el laudo como carente de motivación.
- se le tacha de error manifiesto en la selección del Derecho aplicable.
- se dice que ha preterido los principios de primacía y efecto directo del Derecho de la UE.
- se afirma que el laudo no repara en la jurisprudencia del TJUE que interpreta de forma auténtica que es lo que ha de verificarse antes de concluir que un pacto es colusorio por razón de su objeto.

1.3.- A nuestro juicio, la posición mayoritaria de la Sala encierra un problema: se examina el fondo del asunto y se argumenta sobre conceptos concretos y determinantes desde una posición distinta a la de los árbitros, para llegar a fallar que tendrían que haber motivado su Laudo sobre criterios de enjuiciamiento distintos; no solo normas distintas, sino verdaderos criterios que con toda nitidez se apuntan en la Sentencia.

No resulta objetable la afirmación contenida en la Sentencia mayoritaria acerca de la necesidad de analizar la motivación un laudo cuando resulta impugnado con el fin de valorar si adolece de los defectos que se le atribuyen en la demanda de nulidad. Es una evidencia. No cabe argumentar debidamente la respuesta a una demanda de anulación que se ejercita al amparo de lo establecido en el motivo contemplado en el artículo 41.1.f) de la Ley de Arbitraje sin un análisis y comentario de la argumentación de los árbitros cuando su postura sobre el fondo del asunto es la que se ve cuestionada. Ahora bien: el resultado de este examen, dada la naturaleza del propio arbitraje, es indiscutiblemente limitado. Ha de resaltarse esta formulación del papel que le corresponde al Tribunal a la hora de extraer del análisis efectuado conclusiones correctoras, pues éstas -como luego veremos- han de ser en todo caso especialmente respetuosas con los límites establecidos a la función judicial en el contexto del arbitraje, máxime cuando las bases de la impugnación giran en torno al concepto jurídico indeterminado de orden público (en este caso, en su vertiente material).

Muchas veces hemos dicho que este análisis en torno a la motivación, no nos permite seleccionar -diría que ni sugerir siquiera- como elemento decisorio el hecho de que como Tribunal de Justicia, conociendo del asunto en el seno de un proceso jurisdiccional, hubiésemos llegado inequívocamente a una conclusión distinta a la alcanzada por el colegio arbitral. Así lo ha resaltado también el Tribunal Constitucional en múltiples resoluciones (por todas, STC 65/2021, de 15 de marzo. FJ 5). Ello supondría tanto como la conversión del Tribunal Superior de Justicia en un auténtico órgano de apelación, con capacidad revisora para censurar la aplicación del Derecho que se ha llevado a cabo en la decisión de los árbitros, desnaturalizando de tal modo un método de resolución de controversias que las partes, en uso de su autonomía de la voluntad, han elegido con renuncia puntual al derecho a la tutela efectiva proclamado en el artículo 24 del texto constitucional.

La sumisión al arbitraje no puede convertirse a posteriori en la búsqueda ante los Tribunales de Justicia de una respuesta acorde con los planteamientos y peticiones que una parte haya visto defraudadas en el laudo.

No puede perderse de vista esta premisa, a riesgo de subvertir el alcance de la acción de anulación, y el papel de "mínima intervención" de los órganos judiciales debido al respeto que merece la autonomía de la voluntad de las partes (art. 10 CE) que han decidido en virtud de un convenio arbitral sustraer de la jurisdicción ordinaria la resolución de sus posibles controversias, y deferir a los árbitros su conocimiento y solución, que desde ese momento quedan vedados a la jurisdicción (STC 17/2021, de 15 de febrero. FJ 2).

2.- Contravención de la doctrina del Tribunal Constitucional.

Para justificar nuestra discrepante posición a este modo de proceder, resulta imprescindible resaltar los límites del ejercicio del control judicial de los laudos arbitrales a la luz de la doctrina del Tribunal Constitucional, resumida especialmente en la recientes Sentencias que acabamos de citar, a la que también -en lo que afecta al orden público- debería sumarse la STC 46/2020, de 15 de junio, y la STC 65/2021, de 15 de marzo. Aun siendo notoria ya su doctrina delimitadora del arbitraje, es forzoso extraer de todas ellas a continuación un breve resumen.

La insistencia con la que el máximo intérprete de la Constitución ha establecido en estas resoluciones el marco de actuación de los Tribunales de Justicia solo puede verse adicionado con el mandato que contiene el artículo 5.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que atribuye a la jurisprudencia constitucional un carácter verdaderamente vinculante sobre el que deben interpretar y aplicar las leyes y reglamentos los órganos jurisdiccionales.

2.1.- Como punto de arranque recordemos el carácter excepcional que se atribuye a la acción de nulidad prevista en el artículo 41 de la Ley de Arbitraje, al configurarse "la institución arbitral como un mecanismo heterónomo de resolución de conflictos, al que es consustancial la mínima intervención de los órganos judiciales por virtud y a favor de la autonomía de la voluntad de las partes, que han decidido en virtud de un convenio arbitral sustraer de la jurisdicción la resolución de sus posibles controversias y deferir a los árbitros el conocimiento y solución de sus conflictos ..." (STC 46/2020, sin perjuicio de su reiteración en las otras citadas).

En la misma STC 46/2020 (FJ 4), nuestro Tribunal Constitucional se hace eco de lo señalado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, al sentar en su doctrina que "las exigencias relativas a la eficacia del procedimiento arbitral justifican que el control de los laudos arbitrales tenga carácter limitado y que solo pueda obtenerse la anulación de un laudo en casos excepcionales" (STJCE de 26 de octubre de 2008, Asunto C. 168/05, Mostaza Claro).

La acción de anulación, por consiguiente, solo puede tener como objeto el análisis de los posibles errores procesales en que haya podido incurrir el proceso arbitral, referidos al cumplimiento de las garantías fundamentales, como lo son, por ejemplo, el derecho de defensa, igualdad, bilateralidad, contradicción y prueba, o cuando el laudo carezca de motivación, sea incongruente, infrinja normas legales imperativas o vulnere la intangibilidad de una resolución firme anterior". (STC 17/2021, de 15 de febrero).

2.2.- La segunda de las grandes directrices trazadas en las SSTC que hemos citado como referencia pasa por la matización del alcance de la expresión "equivalente jurisdiccional", particularmente abordada en la STC 17/2021, de 15 de febrero (caso Kalachnikoff).

El TC atribuye a una posible confusión la interpretación de este concepto, y por ello dedica algunas líneas de su FJ 2ª a aclararlo. Lo hace desde varias consideraciones. Comienza diciendo que "especialmente" la equivalencia se refiere a los efectos del laudo: al resultado de cosa juzgada. Pero no se detiene ahí. Añade cuatro precisiones que nos parece necesario resaltar:

- Claras referencias a cuanto supone el arbitraje como renuncia transitoria al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.
- A la imposibilidad de someter de nuevo a conocimiento de otro Tribunal el fondo de la cuestión a través de un sistema de recursos.
- A la configuración legal del arbitraje frente a la configuración constitucional de la jurisdicción.
- Al canon de motivación, que resulta "más tenue" en el laudo arbitral que en la sentencia judicial.

2.3.- La motivación de los laudos es objeto de un extenso análisis en las Sentencias que tratamos de resumir. De acuerdo con lo señalado en la 17/2021, de 15 de febrero, dice el TC respecto de la motivación que "ha de aclararse que tan siquiera se requiere de una argumentación exhaustiva y pormenorizada de todos los aspectos y perspectivas que las partes puedan tener de la cuestión que se decide .../... la resolución ha de contener los elementos y razones de juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos o de equidad que fundamentan la decisión, que no deben resultar arbitrarios".

Por descontado que dentro del derecho a la motivación de los laudos (que no tiene anclaje en el artículo 24 CE) no se incluye el derecho al acierto. En la Sentencia que extractamos, se recoge una breve cita de la dictada por esta misma Sala en fecha 23 de mayo de 2012, en la que se dijo que debe quedar fuera del control de nulidad "la posible justicia del laudo, las deficiencias del fallo o el modo más o menos acertado de resolver la cuestión". Ya se había recordado en la STC 46/2020 que ni siquiera este pretendido derecho al acierto existe sobre las resoluciones judiciales. Entre otras muchas, venía sentado este aserto en otras SSTC muy anteriores en el tiempo, de las que tan sólo baste citar la STC 222/2015, o la STC 173/2002.

El examen de la motivación de los laudos por parte de los Tribunales no puede ser ejercido como mecanismo de verificación de su extensión ni "de la correcta aplicación de la jurisprudencia" (STC 17/2021. FJ 2).

La motivación de los laudos es un requisito de naturaleza y configuración legal (art. 37 LA), que no se integra en el orden público. Es más: concluye el TC en uno de los párrafos del FJ 5 de la STC 65/2021 que "la motivación de los laudos arbitrales carece de incidencia en el orden público".

2.4.- El canon de control sobre los laudos arbitrales por parte de los órganos judiciales es otra de las materias principales que se abordan por el TC. Con especial referencia al concepto jurídico indeterminado de orden público -tan socorrido en la aspiración de revertir lo dictaminado en un laudo arbitral- señala el Tribunal Constitucional que la valoración del órgano judicial "no puede consistir en un nuevo análisis del asunto sometido a arbitraje, sustituyendo el papel del árbitro en la resolución de la controversia, sino que debe ceñirse al enjuiciamiento respecto de la legalidad del convenio arbitral, la arbitrabilidad de la materia, y la regularidad procedimental del desarrollo del arbitraje". (STC 17/2021, de 15 de febrero).

En la misma Sentencia y FJ (2º) prosigue el Tribunal Constitucional resaltando que: "Dicho de otro modo, el posible control judicial del laudo y su conformidad con el orden público no puede traer como consecuencia que el órgano judicial supla al tribunal arbitral en su función de aplicación del derecho. Tampoco es una segunda instancia revisora de los hechos y los derechos aplicados en el laudo...".

2.5.- No se ofrece por el Tribunal Constitucional en esta Jurisprudencia un concepto novedoso de orden público, sino alguna acotación adicional a lo que de forma constante ha venido afirmándose por los Tribunales y por el propio intérprete de la Constitución.

Ahora bien: Son reiteradas las llamadas contenidas en las Sentencias que resumimos esquemáticamente en contra de una concepción expansiva del orden público a riesgo de desbordar el alcance de la acción de anulación. A la lectura del FJ 3 de la STC 65/2021 nos remitimos expresamente, con el fin de no incidir

innecesariamente en esta capital cuestión, que fue la base de la estimación de los recursos de amparo que generaron esta contundente doctrina que tiene que servirnos ineludiblemente como marco de enjuiciamiento.

2.6.- Aplicando todos estos postulados, no podemos más que repetir que el fundamento de nuestra discrepancia se basa en el convencimiento de que la Sentencia pronunciada mayoritariamente por nuestra Sala, en cuanto se centra en aspectos sustantivos (ninguna quiebra formal determina su desenlace), no es acorde con las limitaciones que tan recientemente ha reiterado el Tribunal Constitucional en su interpretación de lo que puede llegar a ser la intervención judicial para no rebasar el límite de la razonabilidad que sí le resulta exigible dentro de la tutela judicial que se presta a través del ejercicio del Poder Judicial.

Así:

A.- Se proclama en la resolución como inexcusable el deber del Tribunal de verificar "más allá de un control puramente formal o externo" si la motivación del laudo se acomoda a normas imperativas del Derecho de la Competencia tal y como son entendidas por la jurisprudencia; de modo particular por el TJUE (FJ Cuarto).

B.- En el mismo FJ, se reflexiona sobre lo que pudiera ocasionar (en hipótesis) un cambio apreciable en las corrientes comerciales entre Estados miembros desde el prisma de la Libertad de Establecimiento de empresas nacionales o de otros estados de la Unión en el mercado de referencia considerado. Consideramos que con ello se introducen por el Tribunal premisas que no manejaron los árbitros en su análisis del caso.

C.- Se retoma una doctrina seguida por la Sala en Sentencias de 2017 y 2018, que justificaba la posibilidad de anular un laudo por infracción del orden público al ignorar una doctrina jurisprudencial consolidada, en aras de la seguridad jurídica. Entendemos que esta línea se ha visto ya superada -y corregida- a la luz de los más recientes pronunciamientos del Tribunal Constitucional a los que con tanta insistencia estamos acudiendo.

D.- Se tacha de carente de motivación a un laudo que, a lo largo de sus 404 párrafos: precisa con absoluto detalle las pretensiones de las partes; describe asimismo con precisión la prueba practicada; la valora desde la perspectiva crítica/analítica que resulta inherente a esta función en Derecho; se apoya en la variada argumentación que aplica a los problemas -de diversa índole- que advierte para dirimir la controversia tanto en preceptos sustantivos de la legislación española (no solo en la exégesis del artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia), como en Sentencias del Tribunal Supremo, Resoluciones de la CNMC y Comunicaciones de la Comisión Europea; no se prescinde tampoco de referencias al Derecho de la Unión, sin perjuicio del papel informador que se le otorga en este caso.

Entendemos que esta extensa argumentación -se comparta o no en su orientación- no puede tacharse de inexistente, ni tampoco de aparente. Motivación aparente es aquella que se escuda en argumentos abstractos, genéricos, con falta de precisión o relación directa con la cuestión debatida en el pleito. Formalmente el Tribunal razona por cuanto invoca figuras o construcciones jurídicas, pero no desciende al análisis concreto de cuanto se somete a su decisión. Nada de esto sucede en el supuesto que nos ocupa, sobre el que no dejaremos de insistir en que cuanto no puede hacerse es un análisis comparativo de la reflexión y decisión que nosotros hubiésemos adoptado en el caso de conocer de la causa como Tribunal de Justicia.

E.- Después de analizar en profundidad e interpretar conceptos materiales como la naturaleza colusoria de los pactos o la extensión por razón del objeto, llega a una conclusión muy clara que sitúa al laudo -aunque no se dita expresamente en el Fundamento final- en el terreno de la arbitrariedad.

En definitiva, entendemos que esta construcción de la Sentencia excede los límites que han de regir en la intervención judicial en la acción de nulidad. No puede tacharse el laudo de carente de motivación (entendemos que la reúne y abundante; sea o no compartida por el Tribunal). Tampoco puede ser calificado de arbitrario. La arbitrariedad pasa por la caprichosa y palmaria subversión de los principios o imperativos que constituyen ese concepto de orden público que no puede ser expandido; ni siquiera considerando que en determinadas materias (como son los derechos fundamentales o la libre competencia de mercado, por ejemplo) no pueden consentirse en el ejercicio arbitral libérrimas interpretaciones que escapasen al control limitado pero efectivo del respeto al orden público. Evidentemente ello supondría el fomento (en términos del ATSJPV de 19 de abril de 2012 - Rec. 5/2011) "la impunidad en los casos en los que el arbitraje sea utilizado fraudulentamente para escapar del orden público". No es el caso del laudo que nos ocupa.

3.- La lectura del principio de primacía del Derecho Comunitario.

No se trata de negar en absoluto el principio de primacía del Derecho Comunitario. Sería toda una temeridad. Pero su correcto entendimiento, desde nuestro punto de vista, no conduce a las consecuencias que la sentencia mayoritaria proyecta sobre el laudo impugnado.

De acuerdo con este principio, el Derecho de la Unión tiene un valor superior al derecho nacional de los Estados miembros, de tal forma que estos no pueden aplicar una norma nacional que resulte contraria al

Derecho Europeo. A través del principio de primacía se garantiza esa superioridad del Derecho Europeo y en consecuencia, si una norma nacional es contraria a una disposición europea, las autoridades de los Estados miembros deben aplicar esta última. El Derecho nacional no se anula ni deroga, pero su carácter obligatorio queda suspendido. Así lo reconoció el TJUE ya desde la importante Sentencia dictada en el caso Costa contra Enel, de 15 de julio de 1964.

Nuestro Tribunal Constitucional ha puesto de relieve asimismo este principio en multitud de resoluciones. En la Sentencia mayoritaria se cita concretamente la STC 37/2019, FJ 4.

Otras muchas abundan en la cuestión, exponiendo lo que puede llegar a ser una selección arbitraria de la normativa aplicable a un caso concreto, y con cita de una línea jurisprudencial hace tiempo acuñada ya por el máximo intérprete de la Constitución. Por acudir a las más recientes, podemos citar - sin ánimo exhaustivo- la STC 152/2021, de 13 de septiembre.

Ahora bien: nunca podemos perder de vista que el juego del principio de primacía despliega sus efectos ante supuestos de clara colisión entre el derecho interno y el supranacional. En numerosas Sentencias el Tribunal Constitucional ha resumido el abanico de situaciones ante las cuales puede encontrarse el Juez nacional a la hora de calibrar esta hipotética colisión y la reacción debida.

Por ejemplo, leemos en la STC 71/2019, de 20 de mayo (FJ 4):

a) Resulta contrario al derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) dejar de aplicar una norma interna (tenga ésta o no rango de ley) sin plantear cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, cuando exista una "duda objetiva, clara y terminante" sobre esa supuesta contradicción [SSTC 58/2004, FFJJ 9 a 14; 232/2015, FJ 5.a)]. Tal duda objetiva puede derivar: (i) del hecho de existir un criterio generalizado de los tribunales españoles acerca de la compatibilidad entre ambas normas, que el órgano judicial no desvirtúa mediante una motivación específica en la resolución impugnada en amparo; (ii) o de que, pese a haberse dictado una o más resoluciones por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea referentes a dicha norma nacional, ninguna se ha pronunciado directamente sobre las cuestiones que ahora se suscitan; (iii) o bien de la conjunción de ambas circunstancias (STC 58/2004, FFJJ 13 y 14).

b) Resulta igualmente contrario al derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), por alteración del sistema de fuentes, la inaplicación de una norma interna sin plantear cuestión prejudicial cuando se fundamente esa decisión en la doctrina del "acto aclarado", en los casos en que tal doctrina no pueda ser invocada. Es decir, cuando no sea posible afirmar que "la cuestión planteada es materialmente idéntica a una que ya fue objeto anteriormente de una decisión con carácter prejudicial en un asunto análogo" (sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 6 de octubre de 1982, asunto 283/81, Cilfit, apartado 13) como, por ejemplo, se examinó en la ya citada STC 194/2006, de 19 de junio.

c) Por el contrario, "dejar de plantear la cuestión prejudicial y aplicar una ley nacional supuestamente contraria al Derecho de la Unión no vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva si esa decisión es fruto de una exégesis racional de la legalidad ordinaria, pues solo estos parámetros tan elevados forman parte de los derechos consagrados en el art. 24 CE" [STC 232/2015, FJ 5.b), con cita de las anteriores SSTC 27/2013, de 11 de febrero, FJ 7; 212/2014, de 18 de diciembre, FJ 3, y 99/2015, de 25 de mayo, FJ 3].

d) Asimismo, cumpliéndose con los requisitos de la doctrina del "acto aclarado", también hemos dicho que "corresponde a este Tribunal velar por el respeto del principio de primacía del Derecho de la Unión Europea cuando exista una interpretación auténtica efectuada por el propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea. En estos casos, el desconocimiento y preterición de esa norma de Derecho de la Unión, tal y como ha sido interpretada por el Tribunal de Justicia, puede suponer una 'selección irrazonable y arbitraria de una norma aplicable al proceso', lo cual puede dar lugar a una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva" [STC 232/2015, FJ 5 c), con cita de la anterior STC 145/2012, de 2 de julio, FFJJ 5 y 6. En igual sentido, SSTC 148/2016, de 19 de septiembre, FJ 5.b); 162/2016, de 3 de octubre, FJ 2; y 75/2017, de 19 de junio, FJ 2].

Por descontado afirmamos que esta supremacía del Derecho Europeo no es un efecto que se ciña solamente sobre los órganos judiciales, sobre el Poder Judicial. Más allá, en la resolución de aquellos conflictos que, en uso de la autonomía de la voluntad, las partes sometan a arbitraje de Derecho en la Unión Europea, la aplicación uniforme del Derecho de la Unión obliga a los árbitros a tener en cuenta los postulados que venimos resumiendo, salvo que el derecho al que se sometan las partes para la resolución de su controversia sea extracomunitario.

4.- Ahora bien: aun tomando como referencia estos parámetros, nuestra discrepancia con el sentir mayoritario de la Sala se basa -desde el punto de vista que abordamos en el apartado anterior- en las siguientes consideraciones:

4.1.- Las partes en el convenio arbitral optan expresamente, dentro del ámbito de la autonomía de su voluntad, por la resolución de la controversia que pueda surgir en torno a su relación contractual de acuerdo con el Derecho Español.

4.2.- El colegio arbitral examina la cuestión y llega a la conclusión de que es el Derecho nacional el aplicable. Razones de impacto geográfico del contrato (limitado a determinadas áreas geográficas de España) justifican según los árbitros esta posición.

Pero es más: tampoco puede entenderse con la contundencia que lo aprecia la Sentencia, que el laudo desprecie el derecho de la Unión, ni tampoco la jurisprudencia del TJUE. Basta con remitirnos al reflejo y análisis que se hace de las cuestiones objeto de la controversia y de la prueba en los párrafos 223, 229, 262, 282, 293 y 294 del laudo impugnado.

4.3.- La sentencia de cuya motivación y conclusión discrepamos, retoma una posición que no podemos compartir: la de la posibilidad de abordar el fondo del asunto en la acción de nulidad de los laudos arbitrales. Y lo hace en términos categóricos, diríamos que superados por ser claramente contrarios a la Jurisprudencia constitucional resumida al comienzo del presente voto. Así señala: "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" (a propósito de la infracción del orden público. Planteamiento general).

Para justificar esta postura, se adentra a continuación en el concepto de orden público, y más concretamente en lo que entiende como la modalidad del orden público económico de la Unión Europea, citando una serie de Sentencias del Tribunal de Justicia, relacionadas con el Derecho de la Competencia, de las que extrae una determinada lectura sobre los conceptos debatidos en el seno de este procedimiento arbitral y que han tenido una respuesta motivada por parte de los árbitros.

A título de ejemplo de este análisis paralelo sobre el fondo del asunto, baste la remisión al apartado 3 del FJ Cuarto, que la Sentencia dedica a "Los pactos restrictivos de la competencia por su objeto en la Jurisprudencia del TJUE". Se desarrolla a lo largo de este apartado en particular un análisis concreto, negativo y paralelo sobre la cuestión esencial debatida en el procedimiento arbitral. Se resaltan determinadas expresiones que así lo evidencian, como por ejemplo la cita explícita de los "errores cometidos por el Tribunal General acerca de los criterios jurídicos pertinentes para apreciar la existencia de una restricción de la competencia «por el objeto»".

4.4.- Por otra parte, no podemos olvidar que el principio de primacía entra en juego cuando el Juez se enfrenta a una norma de Derecho interno incompatible o contraria a la norma del Derecho de la Unión.

En este caso, la Sentencia mayoritaria no pone de manifiesto (formalmente) en qué sentido la resolución del conflicto con la aplicación del Derecho español (los artículos concretos de la Ley de Defensa de la Competencia que utilizan los árbitros) no resulta aceptable debido a un contenido de nuestro Derecho opuesto o incompatible con el Derecho Comunitario. Aquí reside el núcleo del problema: dentro de las limitadas funciones que corresponden a este Tribunal en el ámbito del control de la motivación de los laudos arbitrales lo que consideramos que no puede llegar a realizarse es una lectura particular del Derecho de la Unión entrando en el fondo del asunto a través de determinadas Sentencias del TJUE (e incluso de opiniones preliminares del Abogado General), para concluir afirmando que los árbitros han resuelto apartándose de esa lectura, y al mismo tiempo invocando el principio de primacía para "desautorizar" la aplicación de la Ley de Defensa de la Competencia tachando al colegio arbitral de actuación arbitraria por errónea selección de la norma. No está nada clara la fundamentación de este juicio de censura.

Por mucho que se quiera argumentar, dicha conclusión significa una suplantación del papel de los árbitros, y una resolución (aunque indirecta) del fondo de la controversia sobre la invocación de vulneración del orden público económico europeo. Significa una extrapolación al caso concreto de la lectura que de esas resoluciones lleva a cabo la Sala, negando la suficiencia del Derecho español regulador de la competencia para justificar una supuesta arbitrariedad por errónea selección del Derecho aplicable. Se dice que el laudo tendría que haberse basado en un determinado desarrollo exegético y jurisprudencial del artículo 101 del TFUE (con la lectura de la Sentencia parece concreto) y no sobre la Ley de Defensa de la Competencia española (esencialmente).

4.5.- La vigente Ley de Defensa de la Competencia -que en la Sentencia mayoritaria se considera indebidamente aplicada frente al "preterido" Derecho comunitario- debe en gran parte su contenido a la adaptación al Derecho de la Unión que estableció en los últimos años un nuevo marco regulatorio de la competencia a nivel europeo. Basta la simple lectura de su Preámbulo para advertir la influencia absoluta que desplegó sobre nuestro derecho de la competencia la normativa comunitaria.

Su aplicación por tanto por los árbitros -acertada o no pues en ello no podemos entrar- no puede considerarse arbitraria ni contraria al principio de primacía, dado que ninguna oposición existe entre la ley española y la norma comunitaria que impida la aplicación de la primera a un conflicto que, además, concentra sus efectos al ámbito geográfico interno. Examinar como hace la Sentencia mayoritaria, el grado de acierto del laudo en sus (extensos y variados) razonamientos, y asimismo deslizar (a veces expresar con suma claridad) cual hubiera sido la decisión que la ponencia hubiese preferido, significa invadir un ámbito de análisis que, de acuerdo con las tan repetidas Sentencias del Tribunal Constitucional, excede de las posibilidades de control de los Tribunales de Justicia sobre los laudos arbitrales.

4.6.- Finalmente, en el último párrafo del FJ Quinto se opta por incardinar el control de la motivación del laudo dentro del concepto de orden público, en clara contradicción con la terminante conclusión expresada por el Tribunal Constitucional que antes ya hemos reseñado: "la motivación de los laudos carece de incidencia en el orden público" (FJ 5 de la STC 65/2021, de 15 de marzo).

Adolecía ya de este desenfocado planteamiento la demanda de anulación. El Fundamento de Derecho Segundo de la demanda denunciaba la contravención del orden público (al amparo del artículo 41.1.f de la Ley de Arbitraje) al cuestionar el razonamiento de los árbitros (párrafo 38), a quienes achacan un entendimiento equivocado del conflicto sometido a su decisión (39), atribuyen "ignorancia no exenta de soberbia" (en el mismo párrafo), y dedican posteriormente muchas otras críticas que sirven para someter a este Tribunal Superior toda una extensa batería de argumentos sobre cuestiones de fondo, como si fuese el llamado a conocer del asunto en ejercicio de la potestad jurisdiccional.

5.- Conclusión.

Si el Derecho español de la competencia, por ser armónico con el Derecho Comunitario es un marco útil, correcto y respetuoso con las exigencias jurídicas ya expuestas, optar por otra fundamentación del laudo (o reprochar al colegio arbitral que no la plasme en él) implica adentrarse en el fondo del asunto.

Enfrentar al razonamiento de los árbitros una lectura concreta de la jurisprudencia europea para censurar las conclusiones, los argumentos -e incluso las premisas- que se articulan en la decisión del colegio arbitral, es un ejercicio que consideramos que llega más lejos de las posibilidades razonables con que cuenta el Tribunal en el enjuiciamiento del respeto al orden público material.

Tachar al laudo de carente de motivación (absoluta) respetuosamente entendemos que representa un juicio de valor excesivo, que -unido a todo lo expuesto- no nos permite compartir el análisis y conclusión que adentrándose en el fondo del asunto en nuestra opinión- lleva a cabo la Sentencia de la mayoría de la Sala.

Por todo ello sostengo que el sentido del Fallo de la Sentencia de la Sala debió ser desestimatorio de la demanda de anulación.

Madrid, a 29 de octubre de 2021.

Fdo. Celso Rodríguez Padrón

PUBLICACIÓN.- En Madrid, a dos de noviembre de dos mil veintiuno. Firmada la anterior resolución es entregada en esta secretaría para su notificación, dándose publicidad en legal forma y se expide certificación de la misma para su unión al rollo. Doy fe.