

La Sala Primera del Tribunal Constitucional, compuesta por el magistrado don Cándido Conde-Pumpido Tourón, presidente, y los magistrados y magistradas don Ricardo Enríquez Sancho, doña Concepción Espejel Jorquera, doña María Luisa Segoviano Astaburuaga don Juan Carlos Campo Moreno y don José María Macías Castaño, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de amparo núm. 921-2022, promovido por Auro New Transport Concept, S.L, contra: (i) la sentencia de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, núm. 66/2021, de 22 de octubre de 2021, recaída en el asunto civil núm. 24-2021, Procedimiento anulación de laudo arbitral núm. 17-2021; y (ii) contra el auto de la misma Sala de 11 de enero de 2022, que desestimó el incidente de nulidad de actuaciones formulado frente a aquella sentencia (auto de 11 de enero de 2022, aclarado a su vez por otro auto posterior de 25 de enero de 2022 que denegó completar o corregir al anterior). Han intervenido Maxi Mobility Spain, S.L.U. (Cabify España, S.L.) y el Ministerio Fiscal. Ha sido Ponente el magistrado don Ricardo Enríquez Sancho.

I. Antecedentes

1. Mediante escrito presentado en el registro general de este Tribunal el 11 de febrero de 2022, el procurador de los tribunales don Ramón Rodríguez Nogueira, actuando en nombre y representación de Auro New Transport Concept, S.L, bajo la defensa del abogado don Miguel Moscardó Morales-Vara del Rey y la abogada doña María Luisa García-Blanco, interpuso demanda de amparo contra las resoluciones arriba mencionadas.

2. Los hechos con relevancia para la resolución del presente recurso de amparo y a los que se refiere la demanda presentada, son los siguientes:

A) Laudo arbitral definitivo:

La entidad entonces denominada Maxi Mobility Spain, S.L.U. (en adelante, Cabify), empresa española dedicada a poner en contacto a usuarios particulares y empresas con conductores de vehículos bajo licencia VTC a través de una plataforma tecnológica (Plataforma Cabify) y la entidad Gestaxi (posteriormente Auro New Transport Concept, en adelante Auro), sociedad española proveedora de servicios de arrendamiento de vehículos con conductor bajo licencia VTC, suscribieron el 15 de febrero de 2017 un “Contrato de Prestación de Servicios para el Transporte de Terceros” (con duración inicial de dos años, prorrogables) y un “Contrato de Arrendamiento de Vehículos con conductor” (con la misma duración que aquel y prorrogable con otras condiciones). Posteriormente, el 21 de julio de 2017 las dos entidades suscribieron un primer “Contrato de Colaboración y Desarrollo de Negocio” (o contrato “Inicial”, a efectos del conflicto de arbitraje al que ahora se aludirá), así como un “Contrato de Crédito” por importe de 32.900.000 euros, ampliable hasta 45.240.000 euros, por el que Cabify financió la adquisición de licencias VTC por Gestaxi que debían operar a través de la plataforma Cabify, además de servir al pago de un préstamo concedido a Auro el 16 de junio de 2017 por importe de 4.000.000 de euros. Ambos contratos fueron novados por ambas sociedades por contratos firmados el 10 de noviembre de 2017. Un año después, el 5 de diciembre de 2018, Cabify y ya Auro suscribieron un “Acuerdo de refinanciación y de modificación (no extintiva) de un contrato de crédito”; así como una segunda novación modificativa (no extintiva) del Contrato de Colaboración inicial, suscrito entre Cabify, de un lado, y Auro y la entidad La Lanzada, por el otro. El cumplimiento de este contrato de novación del de colaboración es el que da lugar a la controversia arbitral, por algunas condiciones que impone a Auro y que esta considera restrictivas de la competencia.

De este modo, Cabify formuló una solicitud de arbitraje contra Auro, que obtuvo respuesta de esta última anunciando reconvenición, sometiendo su controversia a arbitraje conforme la cláusula 17.2 del “Contrato de Colaboración y Desarrollo de Negocio” ya mencionado; designándose para su resolución a un tribunal arbitral compuesto por tres árbitros de la Corte de Arbitraje de la Cámara Oficial de Comercio, Industria y Servicios de Madrid. La primera de dichas entidades (Cabify) presentó demanda de arbitraje contra la segunda de ellas el 3 de diciembre de 2019, mientras que la entidad demandada (Auro) presentó el 23 de enero de 2020 un escrito de contestación a la demanda y reconvenición (actualizando luego el petitum de la reconvenición por escrito de 2 de junio de 2020). Con fecha 20 de febrero de 2020, Cabify presentó escrito de contestación a la reconvenición, oponiéndose a ella.

Una vez tramitado el procedimiento arbitral, con fecha 29 de diciembre de 2020 el tribunal arbitral constituido para resolver el asunto CAM 2956-19/AM-SG, planteado entre las dos entidades ya identificadas, dictó un Laudo final por mayoría de dos de los tres árbitros designados, al que se acompañó un voto particular discrepante del tercer árbitro designado.

a) El Laudo tiene esta parte dispositiva:

“404. Por las razones expuestas, el Tribunal Arbitral resuelve, por mayoría, tomando en cuenta los respectivos *petita* de las Partes, lo siguiente:

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 [Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia], 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 Auro 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 Auro de la obligación de no competencia establecida en la cláusula 2.2 del Contrato, (ii) la condena a Auro a cesar inmediatamente de operar las licencias VTC [vehículos de turismo con conductor] adscritas a la Plataforma Cabify a través de Auro 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 [sic] 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 Auro.

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”.

b) Fundamentación:

En lo que importa al presente recurso de amparo, en el laudo final se incluyen los siguientes razonamientos:

“XI. Sobre el fondo de la disputa: decisión sobre las pretensiones de las partes.

A) La nulidad de la cláusula 2.2 y cláusulas vinculadas del Contrato solicitada por Auro

(...) (ii) Análisis del Tribunal Arbitral: (...)

“261. La razón para analizar en primer término el mercado relevante es doble: de una parte porque es la realidad sobre la que debe operar el análisis jurídico relativo a la Defensa de la Competencia en sentido amplio; [se abre una nota al pie con el siguiente texto: Comisión Europea, Comunicación de la Comisión relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia [Diario Oficial C372 de 9.12.1997]. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=LEGISSUM:l26073>] y de otra, porque es imprescindible, a efectos de la toma de decisión en este Laudo final, deslindar claramente qué operadores forman parte del mismo, entre los diversos operadores que, a través de la prestación de los diferentes modos de transporte urbano, coinciden en el mercado geográfico de referencia. No es lo mismo evidentemente referir el mercado de referencia a 80.000 vehículos que a 16.500, ni es lo mismo considerar que cualquier vehículo de transporte

colectivo, esté o no conectado a una plataforma tecnológica, constituye uno de los miles operadores de un mercado casi que absolutamente diseminado.

262. A este respecto, entiende el Tribunal Arbitral por mayoría que es pertinente traer a colación algunas de las conclusiones a la que llega la Comisión Europea en su Informe Final “Competition Policy for the digital era” publicado en 2019.1.

[Los fundamentos 263 a 270 a analizar diversos aspectos del citado informe, sobre el mercado de las plataformas tecnológicas] En el apartado 270 se afirma que lo anterior sirve “no como fundamento de la decisión de la mayoría, pero sí como encuadramiento de la cuestión planteada dentro del marco al que las Partes han llevado la discusión”.

(,,)

284. La conducta analizada por la Resolución se enmarca en las regiones en las cuales operan las demandadas, e incluyen Madrid, Barcelona, Valencia, Sevilla, Málaga y Alicante por parte de Cabify. Uber no está presente en el momento de la Resolución ni en Valencia ni en Alicante. Por su parte, Mytaxi está presente en Barcelona, Madrid, Valencia y Sevilla. Por todo ello, la Resolución indica que el mercado geográfico relevante sería autonómico, ‘*abarcando la conducta denunciada a varias CCAA*’, si bien resulta apropiado dejar la definición de mercado abierta ya que las conclusiones del análisis no varían en virtud de la definición de mercado establecida”.

(...)

286. Sobre el mercado relevante, y en especial sobre su conformación fáctica, las Partes han debatido a lo largo del procedimiento intensamente, sin perjuicio de que, en todo caso, el Tribunal Arbitral estaba obligado a determinarlo incluso de oficio para poder llegar a la solución del problema, que es lo que exige la redacción debida de este Laudo final. Ello porque para decidir sobre la nulidad de la cláusula 2.2 solicitada, es inevitable decidir sobre la realidad en la que la cláusula se aplica. Además, no conviene olvidar que en materia de nulidad, la cuestión es de derecho imperativo y en buena medida de orden público. A este respecto, el Tribunal Arbitral, por unanimidad o por mayoría, debe decidir sobre la nulidad invocada con la misma fuerza con la que lo haría la Jurisdicción Ordinaria o el Regulador. El deber de control de oficio además hace irrelevante el juicio sobre la conducta, oportunista o no, de la Parte que plantea la nulidad.

287. (...) 6º. El elemento clave para determinar la extensión del mercado relevante de producto, lo constituye la sustituibilidad, que debe existir desde el lado de la oferta y del de la

demanda [se abre la nota al pie 169 con el siguiente texto: “Comisión Europea, Comunicación de la Comisión relativa a la definición del mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia [D.O. C372 de 9.12.1997] <https://eurlex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=LEGISSUM:l26073>”]. De ese mercado relevante deben ser excluidos los operadores carentes de la aplicación informática, clave para su exclusión porque aquellos no son sustituibles por los que la tienen, lo que deja fuera cualquier modo de transporte urbano colectivo que carezca de dicha aplicación, algo que también afecta a los taxis contratables telefónicamente. Desde el punto de vista de la demanda constituida por los usuarios, sólo los que disponen de la app correspondiente en su móvil pueden considerarse usuarios de ese mercado relevante. Es cierto que pueden sustituir un VTC por un taxi o por otro vehículo de transporte público urbano, pero en tal caso lo que harán es cambiar de mercado relevante, yéndose al mercado no tecnológico. Por último, desde el punto de la sustituibilidad de la oferta se llega a la misma conclusión, los operadores sin app quedarían fuera del mercado relevante en la medida en que, entre otras consideraciones, es evidente que no disponen de la tecnología y el know-how para prestar el servicio en condiciones competitivas con los VTC con plataforma tecnológica en un plazo y a un coste razonable.

(...)

288. Por tanto, el Tribunal Arbitral por mayoría entiende que el mercado de producto relevante en este supuesto, en el que lo que se discute es si la conducta de Cabify implica una restricción de la competencia respecto de quienes pueden ser o son ya operadores, no tiene en este caso la extensión que pretende darle el Prof. Alfaro [experto], que incluye los 63.989 taxis que circulan en España, sino solo aquellos de los 16.500 VTC a que también se refiere el propio Profesor, junto a aquellos taxis conectados a una plataforma tecnológica que además operen en las ciudades en que operan Cabify y su flota, y Uber y, en su caso, Mytaxi u otra plataforma de VTC, tesis ésta más cercana a lo que sostiene el Prof. Illescas [experto], si bien incluyendo los taxis con app, y no solo a los dos claros operadores significativos de este mercado, Cabify y Uber”.

289. Teniendo en cuenta el tamaño de la flota propia o arrendada de Cabify, que rebasa los 3.800 VTC, así como las cuotas por trayectos que arroja la medición hecha por la Resolución precisamente en los meses en que se produce entre las Partes la novación que da lugar al Contrato, y que tiene su origen en las respuestas proporcionadas por los operadores implicados en el expediente, ello significa que Cabify mantiene entre un 30% y un 50% del total atribuible a dichos operadores. Es un operador significativo en el mercado de transporte en

que se mueven los vehículos intermediados por plataformas tecnológicas. Y, además, por el número de vehículos a su disposición, es un verdadero “*incumbent*”, es decir uno de los operadores establecidos que marcan el funcionamiento y la evolución del mercado.

290. Así expuesto, el Tribunal Arbitral por mayoría estima que el mercado relevante de producto así definido en cuanto a los operadores que se mueven en el mismo, carece de sentido si se reduce a una mera actividad de intermediación, de “*mera reserva de taxi*” en palabras del TJUE. Se trata de una actividad sofisticada y específica para entrar en la parte alta de los servicios de transporte, ofreciendo como producto nuevas fórmulas imaginativas de utilización del automóvil en un entorno económico y social aceleradamente cambiante. La actividad no es la de un puro “*bróker*” que se desentiende del resultado de su intermediación, sino de la de un operador a largo plazo que se mantiene en un mercado que en buena medida conforma y opera y que además ayuda a evolucionar, como demuestran los datos económicos de Cabify [se abre la nota al pie 170 con el siguiente texto: “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”].

(...)

293. Centrado el punto del mercado relevante, y pasando al análisis del Derecho de la Competencia, es claro que la legislación aplicable para analizar la posible infracción en materia de restricción de la competencia es la legislación española, no la comunitaria, sin perjuicio del carácter orientador que esta última tiene siempre y, por supuesto, teniendo en cuenta, en su caso, su función subsidiaria o supletoria cuando así se establezca o proceda.

Existe un consenso doctrinal generalizado sobre el hecho de 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 [se abre la nota al pie 174 con el siguiente texto: “ALONSO SOTO, Las relaciones entre los Derechos comunitario europeo y español de la

competencia, Tratado de Derecho de la Competencia, J.M. Beneyto Pérez (Dir.) y J. Maillo González Orús (Coord.), Bosch, Tomo 1, 2005, págs. 61-74”].

294. Por lo tanto, serán la LDC y el RDC [Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia] y la LCD [Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia desleal] las normas básicas a tener en cuenta para formar el criterio mayoritario del Tribunal Arbitral. Aunque las Partes y los expertos han debatido extensamente este extremo, no parece que la cuestión requiera mayor fundamentación. El carácter orientador y de guía interpretativa del Derecho europeo en cuestiones de Derecho interno de la Competencia no puede ser puesto en duda. Su alcance obviamente dependerá de la cuestión de que se trate, como se verá.

295. Son dos las infracciones de la competencia en las que Auro entiende que ha incurrido Cabify. La primera es la infracción del artículo 1.2 LDC, que implica una restricción indebida de la competencia, al impedir que Auro pueda operar independientemente en el mismo mercado que Cabify, lo que lleva a analizar si la cláusula 2.2 del Contrato restringe la competencia, bien por su objeto, bien por sus efectos; y, en segundo lugar, si, de acuerdo con el artículo 16.2 LCD, Auro se encuentra en una situación de dependencia económica respecto de Cabify que constituye un supuesto de competencia desleal de ésta respecto de aquélla.

296. Respecto del primero de los dos posibles motivos –la actuación contraria a la competencia por parte de Cabify- procede señalar que para que la misma sea apreciada debemos estar ante prácticas colusorias en los términos del artículo 1.1 LDC:

‘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.'*

297. En definitiva, la actuación es contraria a la competencia si, aparte de encajar en las citadas categorías del artículo 1.1 LDC, conlleva una afectación a la competencia en tanto en cuanto tenga por objeto o por efecto (*'produzcan o puedan producir el efecto'* en los términos del artículo 1.1 LDC) impedir, restringir o falsear la competencia en todo o en parte del mercado nacional, no estando por otra parte incurso en una excepción por categorías a las que alude el artículo 1.4 LDC, que se refiere a las contempladas por el apartado 3 del artículo 81 del Tratado CE, o cuando no se trate de una conducta de menor importancia a las que alude el artículo 5 LDC (regla *'de minimis'*).

(...)

309. El resultado final es que en términos prácticos, desde el punto de vista del mercado de producto relevante, nadie que no utilice la Plataforma Cabify puede contratar un vehículo con licencia VTC de Auro, y Auro no puede penetrar en el lado de la oferta del mercado relevante en que se mueve Cabify más que a través de la plataforma de su competidor Cabify, algo que, como se ha señalado más arriba, deja vacío de contenido el cuarto párrafo de la cláusula 2.2 del Contrato, que teóricamente permite un 5% de actividad propia de Auro, siempre y cuando no sea a través de plataformas de intermediación. Por otra parte, Cabify no tiene limitación respecto de Auro en la oferta de VTC ya que puede operar con sus propios vehículos, con otros que no sean los de Auro e incluso con los vehículos que prestan servicio a Uber.

(...)

315. De todo lo anterior deriva que el Tribunal Arbitral por mayoría estima que la cláusula 2.2 del Contrato, así como la 10 g) y (i), constituyen una restricción de la competencia por razón de su objeto desde el momento en que Cabify pasó a ser no solo proveedor de la plataforma sino competidor horizontal, fijando precios y cantidades de VTC. En aras de la claridad, hemos de precisar que en principio no se aprecia restricción por razón de los efectos, dado que, pese a la posición significativa de Cabify en el mercado relevante, no queda probado que su conducta implique un cierre de dicho mercado, sino de una cláusula de *"inhibición de la competencia"* tendente a evitar la entrada de nuevos competidores y a que los ya establecidos

no aumenten su cuota. La *ratio iuris* de la infracción del Derecho de la Competencia que se aprecia es una restricción por razón del objeto (...)

316. A la vista de todo ello, el Tribunal Arbitral declara por mayoría que estima que la cláusula 2.2 del Contrato, así como la 10 g) y (i), son contrarias al artículo 1.1 LDC y, en consecuencia, en aplicación del artículo 1.2 LDC, son nulas de pleno derecho, con eficacia *ex tunc*.

317. Por lo que respecta a la situación de dependencia económica argumentada por Auro en virtud de lo dispuesto por el artículo 16.2 LCD [se abre la nota al pie 317 para reproducir el art. 16.2 LCD] la misma deviene ociosa con la anulación acordada por mayoría por el Tribunal Arbitral de los apartados referidos de las cláusulas 2.2 y 10 del Contrato. Por tanto, el mismo Tribunal Arbitral no entrará en consideraciones respecto de aquella situación.

(...)

D. Los incumplimientos contractuales imputados a Cabify, la indemnización de los daños y perjuicios y la resolución del Contrato:

(...) 362. En todo caso, Auro sostiene que Cabify no tenía que ofrecer a Auro estas posibilidades de expansión porque, de una parte, Auro, que había iniciado la explotación de Auro Travel estaba en flagrante incumplimiento de sus obligaciones de no competencia por lo que, de acuerdo con la cláusula 2.3.5 del Contrato, no estaba en condiciones de exigir el cumplimiento de la obligación de Cabify; y, por otro lado, Auro no estaba en disposición de concurrir a ninguna de las dos comunidades por cuanto que no tiene presencia en las mismas, siendo de aplicación el artículo 91 de la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes, que textualmente señala:

‘[L]os servicios de arrendamiento de vehículos con conductor deberán iniciarse en el territorio de la comunidad autónoma en que se encuentre domiciliada la correspondiente autorización. A tal efecto, se entenderá que el origen o inicio del transporte se produce en el lugar en el que son recogidos los pasajeros de forma efectiva’.

B) Laudo de complemento y aclaración:

Notificado el Laudo de 29 de diciembre de 2020, la entidad Auro formuló solicitud de complemento y subsidiaria aclaración de dicha resolución, al entender que incurría en

incongruencia omisiva en cuanto a pronunciarse sobre un incumplimiento por la entidad Cabify de las “Retenciones en la facturación” realizadas por esta última. A dicha solicitud de complemento y subsidiaria aclaración se opuso la entidad Cabify, “por entender que lo que persigue es la modificación de su parte dispositiva, lo que vulneraría el principio de invariabilidad del laudo y sería asimismo causa de nulidad por incongruencia y vulneración de la cosa juzgada del Laudo parcial al ser una cuestión de orden público” (apartado 41 del Laudo de complemento y aclaración).

En su consecuencia, con fecha 24 de febrero de 2021, los dos árbitros que habían emitido por mayoría el laudo final de 29 de diciembre de 2020, dictaron a instancia de la parte demandada y aquí recurrente en amparo un “Laudo de Complemento y subsidiaria aclaración” de aquel primer laudo, con esta parte dispositiva:

“71. Por las razones expuestas, el Tribunal Arbitral resuelve, por mayoría, tomando en cuenta los respectivos *petita* de las Partes, lo siguiente:

1. Rechazar la solicitud de complemento y subsidiaria aclaración del Laudo final formulada por Auro.

2. 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 de complemento y subsidiaria aclaración del Laudo final.

3. No hacer imposición de las costas de este incidente, debiendo hacerse cargo cada parte de sus propios gastos de defensa”.

Lo resuelto por el laudo de 24 de febrero de 2021 resulta irrelevante para la cuestión planteada en este recurso de amparo.

C) Demanda de anulación de laudo arbitral definitivo.

Con fecha 27 de abril de 2021 la representación procesal de la entidad Cabify, interpuso ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, escrito por el que dicha parte ejerció acción de anulación contra los pronunciamientos 1 y 2 de la parte dispositiva

del laudo final de 29 de diciembre de 2020, al amparo de lo previsto en los apartados c) y f) del art. 41.1 de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje. El escrito basó su impugnación en dos motivos:

a) “En primer lugar, porque en ellos [los pronunciamientos 1 y 2 de la parte dispositiva del laudo definitivo] se 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”:

Se alega al respecto que el laudo definitivo incurrió en “incongruencia artículo 41.1.c LA y, como resultado de esta, vulneración de los principios de audiencia y contradicción, con resultado de indefensión (artículo 41.1.b LA)”, por cuanto “[I] los pronunciamientos 1 y 2 de la parte dispositiva del Laudo Final deben ser declarados nulos porque declaran la nulidad de la cláusula 2.2 del Contrato de Colaboración Novado a partir de una motivación que incluye premisas fácticas introducidas de oficio por la mayoría del Tribunal Arbitral que lo suscribe y resultan determinantes del sentido de su decisión sobre la controversia relativa a la validez de la cláusula. Al proceder así, decidiendo la controversia a partir de datos fácticos no alegados por las partes, el Tribunal Arbitral ha provocado que el Laudo Final esté, en ese concreto extremo, viciado de incongruencia y sea, en consecuencia, nulo *ex* artículo 41.1.c) de la LA”.

Tras identificar “los concretos datos de hecho que la mayoría del Tribunal Arbitral introdujo *ex novo* en el Laudo Final” y por qué estos habrían resultado relevantes para resolver la controversia en los términos que declara el laudo, se insiste en que dicha resolución es incongruente, causando además “vulneración de los principios de audiencia y contradicción enunciados en el artículo 24.1 de la LA, con el resultado de indefensión para mi representada”, pues “si los hechos introducidos de manera sobrevenida en el Laudo Fiscal hubieran formado parte, cuando correspondía, de la controversia, mi mandante podría haber ejercido su derecho de defensa respecto a los mismos, habiendo podido poner de manifiesto” argumentos de oposición, de los que ejemplifica algunos.

b) “En segundo lugar, porque 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) de la LA”.

En concreto, los pronunciamientos contenidos en los apartados 1 y 2 de la parte dispositiva del laudo definitivo que declaran la nulidad de la cláusula 2.2 del contrato de colaboración novado por infringir el artículo 1 LDC, evidencian su “contravención del orden público (artículo 41.1.f de la LA), por aplicación arbitraria e ilógica del artículo 1 de la ley de defensa de la competencia y, como consecuencia de esta, de los principios de libre iniciativa privada y libertad económica reconocidos en el artículo 38 de la Constitución como fundamento del orden público-económico constitucional”.

Dentro de este segundo motivo de la demanda se argumenta sobre una omisión indebida de enjuiciamiento por parte del laudo definitivo, al no aplicar el Derecho de la Unión Europea. Dice el escrito de anulación:

“61 (...) el Laudo Final incurre en la misma tacha de arbitrariedad en cuanto a la selección del Derecho aplicable, que realiza excluyendo la aplicabilidad, junto al artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia, del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, con el argumento de que *‘Existe un consenso doctrinal generalizado sobre el hecho de 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’*.

62. No hay una sola palabra de verdad en esa frase: el *‘consenso doctrinal’* al que se refiere de un modo absolutamente críptico, sin mencionar un solo exponente de esa *doctrina*, no existe. Es más: el problema jurídico que se plantea está resuelto, pero en sentido contrario, por la Comisión Europea, quien tiene declarado que si una cláusula de exclusividad vertical despliega efectos de exclusión en un mercado relevante de ámbito nacional, es perfectamente posible y parece hasta cierto punto inevitable que afecte el comercio intra-UE, es decir, que obstaculice la entrada en el mercado español por parte de nuevos competidores (*Directrices de la CE relativas al concepto de efecto sobre el comercio en el art 101 del TFUE*).

63. El razonamiento jurídico que conduce a la declaración de nulidad de la cláusula 2.2 del Contrato de Colaboración contiene errores de Derecho tan gruesos que lo hacen contrario al orden público por arbitrariedad. Los árbitros no han decidido conforme a Derecho porque su decisión es el resultado de una selección y aplicación puramente caprichosa de las normas aplicables para la resolución de este concreto objeto de la controversia, que se aparta abiertamente de cualquier interpretación razonable del artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia, así como del abundante cuerpo de doctrina que el Derecho europeo ha elaborado sobre la materia y que, como es bien sabido, resulta de plena aplicación aquí, siquiera sea porque nuestro Derecho de la Competencia es un mero trasunto del Derecho Comunitario y el artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión europea es en todo equivalente al artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia.

(...)

65. Cuanto acaba de decirse se resume, por tanto, en una manifiesta vulneración por el Laudo Final del artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia (y 101 del TFUE), que se produce por aplicarlo indebidamente para declarar nula una cláusula que no lo es.

Esta indebida aplicación del artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia no es solo la vulneración de una norma legal, sino más que eso, una vulneración del orden público, porque la norma en cuestión, como todas las reguladoras del Derecho de la Competencia participan de esta naturaleza. Así está perfectamente establecido en el Derecho europeo por el Tribunal de Justicia de la Unión y no hay razón alguna para entender que pueda ocurrir otra cosa con una norma nacional que no es sino trasunto de la comunitaria.

66. Que las normas del Derecho de la Competencia forman parte del orden público, no solo comunitario, sino también nacional de los Estados miembros quedó primeramente establecido en la Sentencia de 1 de junio de 1999 (asunto C-126/97 Eco Swiss China Time Ltd. / Benetton International NV), que, tras reconocer (implícitamente) la arbitrabilidad del Derecho de la competencia de la Unión Europea, declaró que debe considerarse que estas normas forman parte del orden público interno de los Estados miembros y pueden acarrear la anulación del laudo que no las tenga en cuenta. Y así lo ha recogido también la práctica española, cuyo mejor exponente se encuentra en la Sentencia de la Audiencia Nacional de Barcelona de 7 de junio de 2000, que anuló un laudo arbitral dictado sobre un pacto de no competencia por entender la Audiencia que la aplicación que los árbitros habían hecho del Derecho de la Competencia no

era ajustada a Derecho y ello suponía necesariamente una contravención del orden público. Y el propio Laudo Final lo reconoce (parágrafo 286)

[se reproduce dicho fundamento 286, y también los fundamentos 106 a 108 de un laudo parcial anterior al definitivo donde el Tribunal Arbitral declaraba su competencia para conocer de los temas del derecho de la competencia]

(...)

68. Y estas conclusiones no son desvirtuadas por las recientes Sentencias del Tribunal Constitucional, que claramente han puesto de relieve 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*” (STC 46/2020, de 15 de junio, FJ 4). 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. Y si la resolución arbitral puede tacharse de arbitraria, ilógica, absurda o irracional, cabe declarar su nulidad amparándose en la noción de orden público.

69. En el presente caso, los errores denunciados en el Laudo Final son tan graves y fundamentales que es necesario anularlo por cuanto puede tacharse de “*arbitrario, ilógico, absurdo o irracional*”, porque, como ya se ha señalado, se ha incurrido en arbitrariedad respecto a ley aplicable (no se aplica el artículo 101 del TFUE), respecto al propio concepto de afectación del comercio intracomunitario (ligado a la premisa anterior), y respecto al propio concepto de mercado relevante (el Laudo Final dice que hace falta sustituibilidad en ambos lados del mercado).

70. No puede olvidarse, y esto ha de ser necesariamente destacado, que no es sólo la inaplicación del Derecho de la Competencia lo que comporta la anulación del laudo, sino también -y por fuerza- la aplicación indebida, errónea o arbitraria de esa normativa”.

(...)

77. Quiere todo ello decir que la infracción del orden público que se denuncia alcanza también al orden público económico constitucional, representado por el principio de autonomía privada del que deriva el principio de libertad de contratación, cuya vulneración debe determinar igualmente la anulación de los pronunciamientos impugnados.

Cerrada la fundamentación jurídica, en el suplico del escrito de anulación se solicitó que se tuviera por formulada “demanda en ejercicio de la acción de anulación, respecto de los puntos 1 y 2 de la parte dispositiva del Laudo Final y, en su día, previo recibimiento del pleito a prueba y celebración de vista, dicte sentencia que estime la demanda y, en consecuencia, anule los pronunciamientos impugnados, con costas”.

D) Sentencia resolutoria de la acción de anulación:

La Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid admitió la demanda por decreto del letrado de la administración de justicia de 10 de mayo de 2022. Tras la tramitación del procedimiento (asunto civil núm. 24-2021, Procedimiento anulación de laudo arbitral núm. 17-2021), en el que se admitió la prueba documental propuesta y se denegó la celebración de vista pública -por auto de 19 de julio de 2021-, la Sala dictó sentencia núm. 66/2021, de 22 de octubre de 2021.

a) Parte dispositiva:

“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-...”.

b) Fundamentos de la sentencia:

-- En cuanto al primero de los motivos de la demanda, la alegada incongruencia *extra petita* causante de indefensión con base en las causas de anulación del art. 41.1, las de los apartados c) [“Que los árbitros han resuelto sobre cuestiones no sometidas a su decisión”] y f) [“Que el laudo es contrario al orden público”] de la Ley de Arbitraje (en adelante, LArb), la sentencia lo desestima en su fundamento de derecho segundo, al no haber intentado la parte

interesada la reparación de la falta ante el propio Tribunal Arbitral, en concreto mediante el incidente de rectificación de la extralimitación parcial del laudo previsto en el art. 39.1.d) LArb. Por ello, dice la Sala del Tribunal Superior de Justicia, “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”; además y “a mayor abundamiento -pues lo que antecede excluye la viabilidad del motivo-”, la sentencia da sus razones para poner en duda que tal incongruencia se hubiere producido.

-- El segundo motivo de la demanda de anulación, el cual plantea la vulneración de principios rectores del derecho de la competencia que serían de orden público [art. 41.1.f) LArb], se examina a su vez por la sentencia en un extenso fundamento cuarto que procedemos a resumir y que se inicia con la siguiente declaración de principio:

“...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”:

La sentencia empieza por reproducir el art. 1 LDC, incluyendo el apartado 4 en el que se precisa que la prohibición del apartado 1 (definición y ejemplos de conductas colusorias) no se aplica “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” (la aclaración entre guiones es de la sentencia). Continúa diciendo:

“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 [sic] 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 [sic] 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*’...”.

Luego de unas consideraciones sobre el contenido del Reglamento 330/2010, de 20 de abril, de la Comisión europea, la cita de algunas Comunicaciones dictadas por esta última sobre acuerdos restrictivos de la competencia (“Comunicación de *Minimis*”), la traslación de estas reglas al art. 5 LDC y su desarrollo por los arts. 1 a 3 RDC, sostiene la sentencia que:

“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 presuponía necesariamente su invalidez; ahora bien, ello obligaba a verificar si, en las circunstancias del caso, ese pacto falseaba o alteraba significativamente la libre competencia...”.

Se hace cita a continuación de la sentencia del Tribunal Supremo 899/2007, de 31 de julio; de las Directrices de la Comisión Europea “relativas al concepto de efecto sobre el comercio en el art. 101 TFUE”, de la que reproduce algunas de ellas; afirmando a continuación lo siguiente:

“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 exclusividad 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 definatorios 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 *incumbent, 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”.

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”.

Avanza el fundamento de derecho cuarto de la sentencia para tratar sobre el alcance del control judicial de los Tribunales Superiores de Justicia al resolver las acciones de anulación de laudos arbitrales, trayendo a colación pronunciamientos de este Tribunal Constitucional. Si bien reconoce la sentencia que la acción de anulación “no abre una segunda instancia, un ‘*novum iudicium*’ en el que 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”, ni es tampoco una “suerte de casación”, ello no implica sin embargo, continúa diciendo la sentencia, que esté excluido de su ámbito de jurisdicción todo análisis del fondo de la controversia, como por ejemplo “la naturaleza disponible; o no, de la materia controvertida, su régimen jurídico”, siendo que “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*”. Sobre esta base, asegura la sentencia, tras hacer una cita de doctrina científica, que:

“(…) a la vez que se postula que el respeto de las normas imperativas es un deber del árbitro que, si incumplido, vulnera el orden público, se afirma un incomprensible ‘exceso de jurisdicción’ cuando el Tribunal llamado a juzgar, precisamente, si el laudo ha infringido dicho orden público se decide a comprobar si, al dictarlo, se han observado, o no, esas mismas normas imperativas...

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

Párrafo que, añade, reiteran otras sentencias de la misma Sala de lo Civil y Penal en las que también se precisa que:

“...por ende, a los efectos previstos en el citado artículo, debe considerarse contrario al orden público, aquel Laudo que vulnere los derechos y libertades fundamentales reconocidos en el Capítulo II, Título I de la Constitución, garantizados a través de lo dispuesto en términos de generalidad en el artículo 24 de la misma, incluyendo la arbitrariedad patente referida en el art. 9.3 de la Constitución, y desde luego, quedando fuera de éste concepto la posible justicia del Laudo, las deficiencias del fallo o el modo más o menos acertado de resolver la cuestión...”

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...”*.

Continúa refiriéndose al orden público económico diciendo que:

“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 y 265/2015, de 22 de abril, 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). (...)

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 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:

(...) 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 concededor de dicha acción no pudiese hacer efectivo ese principio de primacía [sigue la cita de un pasaje de la STC 37/2019, FJ 4, sobre el concepto de “acto aclarado” y el control del principio de primacía por este Tribunal Constitucional] (...).

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.

Tras detenerse en transcribir extensamente las conclusiones del abogado general en el asunto resuelto por la STJUE de 7 de julio de 2016 previamente indicada, el fundamento jurídico 26 de esa STJUE; y las conclusiones de la abogada general en el asunto C-109/20 (República de Polonia contra PL Holdings Sàrl); la sentencia impugnada recuerda que en el fundamento jurídico 286 del laudo definitivo se asevera que la materia controvertida es de derecho imperativo y en buena medida de orden público, lo que conlleva el deber de control de oficio del tribunal arbitral tal y como lo haría la jurisdicción ordinaria o el regulador, “[c]riterio que no puede ser sino compartido, salvo en aquellos aspectos de defensa de la Competencia, claro está, que no sean susceptibles de arbitraje”. Colige además de las citas de SSTJUE que son premisas aplicables en este ámbito “la 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 la defensa de la competencia”, y comenta luego la sentencia algunos ejemplos de pactos restrictivos de la competencia y su tratamiento por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, citando las sentencias de 11 de septiembre de 2014 (asunto C 67/13-P, *Groupment des cartes bancaires*) y 2 de abril de 2020 (asunto C-228/18, *Budapest Bank y otros*, cerrando con ello su fundamento de derecho cuarto.

-- Resolución del caso: la Sala del Tribunal Superior de Justicia, tras todo lo anterior, pasa a resolver en el fundamento quinto el motivo de impugnación planteado:

“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”.

c) A la sentencia se acompaña de un voto particular del magistrado presidente de la Sala, donde sostiene que la resolución mayoritaria es contraria a la jurisprudencia de este Tribunal Constitucional “en torno 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”.

E) Incidente de nulidad de actuaciones contra la sentencia de 22 de octubre de 2021:

a) El representante procesal de la mercantil Auro New Transport Concept, S.L., presentó escrito de incidente de nulidad de actuaciones contra la sentencia dictada, alegando la vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), en la doble faceta o vertiente del derecho a una resolución motivada y a una resolución que sea fundada en Derecho por no incurrir en falta de razonabilidad, “al realizar la resolución impugnada un ensanchamiento del concepto de orden público para revisar el fondo del litigio, excediendo el alcance de la acción de anulación y, a su vez desconociendo el poder de enjuiciamiento de los árbitros y la autonomía de la voluntad de las partes, por lo que la vulneración del artículo 24.1 CE se lleva a cabo en conexión con el artículo 10.1 del texto constitucional”.

Se concreta más adelante en el escrito que la sentencia incurre en defecto de motivación “ya que la anulación del laudo arbitral se ha fundamentado en una interpretación irrazonable de la concurrencia de la causa de nulidad de orden público establecido en el artículo 41.1 f) LA, pues la exigencia de motivación de los laudos arbitrales no resulta equivalente al deber de motivación propio de la tutela judicial efectiva”. Luego de recordar que este Tribunal Constitucional ha dictado las SSTC 46/2020, 17/2021, 55/2021 y 65/2021 estimando recursos de amparo contra sentencias de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, estimatorias de acciones de anulación de laudos arbitrales, se sostiene que la ahora impugnada proviene de la misma Sala y adolece de una “motivación irrazonable generada, a nuestro juicio, otra vez, por la pertinaz voluntad del órgano judicial de sustituir al Tribunal arbitral en su decisión de fondo”, añadiendo la cita del ATC 149/2020, FJ 4.c) acerca de cuándo concurre la causa de especial trascendencia constitucional del recurso por negativa manifiesta implícita a acatar doctrina del Tribunal Constitucional.

A continuación el escrito hace un recordatorio de diversos aspectos de la jurisprudencia de este Tribunal Constitucional sobre la actividad arbitral y su control en esta jurisdicción, haciendo hincapié: (i) en la distinta naturaleza de los procedimientos judiciales y arbitrales (con cita de las SSTC 46/2020, FJ 4; 17/2021, FJ 2, y 65/2021, FJ4); (ii) la excepcionalidad del control judicial de las actuaciones arbitrales, siempre en los términos que señale la ley de arbitraje (con cita de las SSTC 9/2005, de 17 de enero, FJ 5; 17/2021 FJ 2; y 65/2021 FJ 4 y 5), excluyendo la posibilidad de que los tribunales conozcan del fondo del asunto (con cita de las SSTC

174/1995, 75/1996, citadas por la 46/2020 de 15 de junio, FJ 4); (iii) se recogen también diversas referencias de la doctrina constitucional al concepto de orden público del art. 41.1.f) LArb (con cita de las SSTC 46/2020, FJ4 y 65/2021, FJ 2) y a la necesidad de su interpretación restrictiva para evitar que se convierta en un pretexto del órgano judicial a fin de revisar la cuestión de fondo (con cita de las SSTC 46/2020, FJ 4 -se indica por error 46/2021-; 17/2021, FJ 2; y 65/2021, FJ 3).

b) Sobre esta base, en el escrito de nulidad se alega que la sentencia supone una “intromisión del órgano judicial en la decisión de fondo del órgano arbitral pues es -obviamente- una valoración por parte de la mayoría de la Sala de las conclusiones alcanzadas por el Tribunal arbitral, que considera nulas, erróneas o insuficientes”, pronunciamiento corrector éste que resulta “a todas luces, vulnerador del derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de derecho a una resolución motivada no incurso en irrazonabilidad”. Señala como ejemplos de esta vulneración:

(i) El criterio de la Sala del Tribunal Superior de Justicia de que debe aplicarse un doble estándar o dualidad normativa del derecho nacional y el de la Unión Europea -dualidad que el apartado 293 del laudo rechaza-, lo que cuestiona el escrito de nulidad tratándose de acuerdos o prácticas concertadas que resulten colusorias conforme con el art. 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), puesto que “lo que está permitido en el Derecho de la Unión tiene que estar permitido en el derecho nacional” y por tanto este último no puede prohibir lo que no esté prohibido por el derecho de la Unión Europea “como dispone el Reglamento (CE) No 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, Considerando núm. 8”, y señaló el voto particular del presidente de la propia Sala. Cuestión distinta es si se hablara de prácticas unilaterales, donde sí es necesario el doble estándar. Este debate en todo caso “forma parte del fondo del asunto y, en consecuencia, quedaba extramuros de las competencias que ostenta en virtud de la acción de anulación de un laudo arbitral”.

(ii) El considerar el Tribunal Superior de Justicia que la nulidad de la cláusula del contrato en litigio no debía examinarse solo en virtud de su encaje en alguna de las prácticas colusorias descritas en el art. 1 LDC, sino que ésta es una regla de mínimos y también se sujetaba al control del Reglamento relativo a las exenciones por categorías, es un razonamiento que también “forma parte del fondo del asunto, quedaba extramuros de su competencia y resulta contrario a la reciente jurisprudencia del Tribunal Constitucional, extractada”.

(iii) Enjuiciar si la cláusula controvertida podía constituir una restricción de la competencia, como afirmó positivamente el laudo, confrontando la sentencia dicha cláusula con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, supone un “juego de intentar recalificar las posiciones del Tribunal arbitral, que sin duda constituyen un exceso de intervención del TSJM, también son traídas a colación por el Presidente de la Sala en su voto particular”.

(iv) También entraña una intromisión en el fondo el epígrafe del fundamento de Derecho 4 de la sentencia, que abarca 18 páginas, dedicado a la “infracción del orden público y el llamado control de fondo de la acción de anulación: especial referencia a la necesidad de verificar por el Tribunal competente de la acción de anulación- de que el Laudo observa las reglas imperativas” y donde la Sala de lo Civil y Penal concluye que el Tribunal arbitral ha vulnerado el principio de primacía del Derecho de la Unión Europea, al haber aplicado el derecho nacional de la competencia. Sostiene que la Sala une con “poco rigor (...) primacía, normas de carácter imperativo y orden público, en un esfuerzo por reunir las piezas que le encajen en el concepto de orden público recién confirmado por el Tribunal Constitucional”. Acota el escrito de nulidad que el principio de primacía “se activa sólo cuando existe en el ordenamiento nacional una norma que es contradictoria con el Derecho de la Unión”, no cuando hay “armonía” entre los dos ordenamientos, como sucede justamente en el ámbito de los pactos colusorios. Si no hay conflicto, “cualquier mención en el asunto al principio de primacía resulta banal y poco riguroso”.

(v) “Finalmente, existe una tensión patente y palmaria sobre el concepto de orden público entre el Tribunal Constitucional español y el TSJM (...). El Tribunal Constitucional afirma en su sentencia 17/2021 que, *precisamente porque el orden público es un concepto poco nítido se multiplica el riesgo de que se convierta en un mero pretexto para que el órgano judicial reexamine las cuestiones debatidas en el procedimiento arbitral desnaturalizando la institución arbitral y vulnerando al final la autonomía de la voluntad de las partes* y el TSJM debe acatar esta jurisprudencia y no retarla, so pena de incurrir sucesivamente en vulneraciones del artículo 24.1 CE en relación con el 10 del mismo texto legal”.

c) El escrito suplica que con estimación de lo solicitado la Sala del Tribunal Superior de Justicia declare vulnerado el derecho de la recurrente a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), en su vertiente de motivación irrazonable, “acatando la jurisprudencia de nuestro Tribunal

Constitucional”, y por ello declare nula la sentencia de 22 de octubre de 2021, con retroacción de las actuaciones para que dicte nueva resolución que conforme al derecho fundamental vulnerado desestime la acción de nulidad interpuesta.

F) Desestimación del incidente de nulidad:

Con fecha 11 de enero de 2022 la Sala de lo Civil y Penal del mismo Tribunal Superior de Justicia dictó auto desestimando el incidente de nulidad, condenando en las costas del incidente a la aquí demandante de amparo, y acordó asimismo denegar la suspensión de la eficacia de la sentencia impugnada.

a) En el fundamento de Derecho segundo la Sala, sin resolver todavía la pretensión de nulidad, adelanta su valoración sobre algunas afirmaciones contenidas en el escrito de la aquí recurrente y cómo entiende que ha sido su actuación jurisdiccional:

(i) Respecto a la invocación por el escrito de nulidad de la doctrina de este Tribunal Constitucional sobre el alcance revisor de la acción de nulidad de laudos arbitrales, doctrina que el escrito pedía a la Sala acatar, dice el auto que:

“Sabedor de que para que un eventual recurso de amparo sea admisible desde el prisma de su trascendencia constitucional por infracción consciente de la doctrina del TC es necesario apreciar un *elemento intencional* en el tribunal del Poder Judicial, el incidente rememora lo que denomina “*contenido esencial del derecho fundamental a una resolución motivada, en el marco de una causa de nulidad de laudos arbitrales*”, según las precitadas Sentencias (§§ 39 y 42)”.

(ii) “Hemos de reiterar lo que ya expresa en la Sentencia [sic] con toda claridad: en ningún momento esta Sala ha dicho cuál hubiera sido el resultado de haber aplicado el Derecho de la Unión –sin que ello signifique, como veremos, que en su función de garantizar los principios de primacía y eficacia directa este Tribunal no esté llamado a verificar el cumplimiento material de normas imperativas del Derecho de la Unión; lo que sí hemos reprochado al Laudo adoptado por mayoría, en un estadio previo, es que, con ignorancia patente de la doctrina del TJUE sobre cuándo se ha de aplicar el Derecho de la Unión en materia de libre competencia y de qué se entiende a tal fin por “*afectación del mercado interior*”, haya excluido la aplicabilidad al caso del art. 101 TFUE en relación con lo que sean las prácticas

colusorias por razón del objeto, y ello con la subsiguiente ignorancia también de la jurisprudencia específica del TJUE en la materia, que, para apreciar cuándo un pacto es colusorio por su objeto, obligaba a analizar una serie de extremos que el Laudo anulado ha obviado por completo. (...)

Hemos de decirlo con toda contundencia: esta Sala no ha confrontado al razonamiento de los árbitros una lectura “concreta” de la jurisprudencia europea, como si con el adjetivo “concreta” se quisiera enfatizar la constatación sesgada o parcial de lo que el TJUE dice. La Sala ha constatado en términos literales la doctrina de las Sentencias específicas del TJUE sobre pactos colusorios por razón del objeto no para censurar las conclusiones a que llegan los árbitros –que por supuesto pueden contravenir normas imperativas de la Unión con infracción del orden público–, sino que esa constatación, en un estadio previo, ha respondido a la finalidad de destacar lo que de por sí es evidente: que, a la hora de laudarlo, la mayoría del colegio arbitral ha obviado las labores de enjuiciamiento que demanda el TJUE, partiendo de unas premisas de análisis contrarias a la doctrina del TJUE, con la ineluctable consecuencia de que ese yerro ha viciado de raíz la posterior labor de enjuiciamiento”.

b) En el fundamento de Derecho tercero, el auto entra a resolver el incidente planteado. Acerca del deber de acatamiento a la doctrina constitucional ya referenciada, se formula la siguiente declaración de principio:

“El deber de acatamiento que consagra el art. 5.1 LOPJ no excluye la ‘*discrepancia razonada*’, inherente a la independencia judicial, que responde, además, a una necesidad reiteradamente puesta de manifiesto por el propio Tribunal Constitucional: la de evitar la petrificación del ordenamiento –v.gr., SSTC 242/1992, 141/1994, 205/1994...–; razón imperiosa de la que da cuenta por cierto el art. 3.1 CC, cuando establece la interpretación de las normas conforme a la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas.

Esta evidencia resulta del mismo art. 50.1.b) de la LOTC, tal y como es interpretado por el Tribunal Constitucional, quien atribuye especial trascendencia constitucional a un recurso de amparo para la determinación del contenido y alcance de los derechos fundamentales, cuando el TC considera que debe aclarar, precisar o incluso cambiar su precedente doctrina –entre muchas, SSTC 155/2009, FJ 2 b) y 132/2020, FJ 2. Item más: el Tribunal Constitucional, cuando examina la aplicación de su doctrina por los tribunales ordinarios, verifica siempre ‘*si en el caso concurre algún elemento distintivo que obligue a una fundamentación o resultado*

diferente a lo declarado (hasta) entonces’ (v.gr., STC 64/2021, de 20 de marzo, FJ 3). Esto ha de ser así no ya solo porque el Tribunal Constitucional puede aclarar, precisar o variar su jurisprudencia, sino también porque lo exige la naturaleza concreta del recurso de amparo: justamente porque su función es servir de cauce al enjuiciamiento de actos u omisiones que se pretenden contrarios a derechos y libertades fundamentales, el Tribunal Constitucional, como un Juez más del caso concreto, tiene que aplicar, cuando no adaptar, sus formulaciones teóricas, su, digamos, ‘doctrina general’, a las singulares características del objeto que enjuicia en cada caso.

Hilando con lo que acabamos de decir –cfr. también infra § 4, penúltimo párrafo, de este mismo fundamento: menos aún impide el deber de acatamiento una exégesis sistemática de la doctrina constitucional que precise el sentido y alcance de sus distintas decisiones poniendo de relieve su intrínseca compatibilidad. Tal es, justamente, lo que este Tribunal ha verificado de forma explícita en la Sentencia cuya nulidad se pretende. Cumple recordar que el FJ 4º.2.B, se intitula ‘*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*’.

Claro que el recurso de amparo adquiere trascendencia constitucional *ope legis*, con toda lógica por cierto, cuando el órgano judicial revele una consciente, deliberada e inmotivada oposición a la observancia de lo que el Tribunal Constitucional ha dicho sobre una cuestión específica.

Pero en absoluto es el caso: antes al contrario, esta Sala, sin la menor elusión motivadora en la respuesta debida a los alegatos de las partes, ha entendido razonadamente en su Sentencia que la doctrina del TC sobre el ámbito objetivo de la acción de anulación y su referencia a “*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*”, no puede dejar de entenderse como que entre esos *principios admitidos internacionalmente* se incluyen, con toda evidencia, los *principios de primacía y eficacia directa del Derecho de la Unión, sus libertades fundamentales y 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*” – cfr. supra FJ 1º *in fine*-; supremacía exegética del TJUE también evidenciada por el hecho mismo de que el TC ha planteado la cuestión prejudicial ante el TJUE –ATC 86/2011, en el recurso de amparo 6922/2008.

En este sentido, no está de más reiterar que el Tribunal Constitucional ha afirmado que, si bien no le corresponde controlar la adecuación de la actividad de los jueces nacionales al DUE [STC 75/2017, FJ 2), sí debe velar por el respeto del principio de primacía *en los casos en los que el TJUE haya efectuado una interpretación auténtica de la norma concurrida*:

(i) «a este Tribunal “corresponde [...] 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” [FJ 5 c)].

(ii) el desconocimiento y preterición de una 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 145/2012, de 2 de julio, FFJJ 5 y 6)” [FJ 5 c)].

i (iii) *prescindir por “propia, autónoma y exclusiva decisión” del órgano judicial, de la interpretación de un precepto de una norma europea impuesta y señalada por el órgano competente para hacerlo con carácter vinculante, es decir el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, vulnera el principio de primacía del Derecho de la Unión Europea [FJ 6 b)]»*

Son palabras de la *STC 31/2019*, FJ 4, en línea con la doctrina sentada en la *STC 232/2015*.

Añádase a lo anterior que la Sentencia cuya nulidad se pretende se cuida de explicar, con jurisprudencia categórica del TJUE, cómo los Tribunales internos deben controlar que, al laudar, los árbitros respetan normas imperativas del Derecho de la Unión, tal y como son

entendidas por el TJUE, y máxime si estas normas *conciernen a, concretan y/o desarrollan* las libertades fundamentales de la Unión”.

El auto entra luego a resumir algunas de las sentencias del Tribunal de Justicia europeo. Tras ello señala:

“Nuestra Sentencia 66/2021 entiende, sin atisbo de arbitrariedad lesiva del derecho a la tutela judicial efectiva, que el control de la motivación de los Laudos, en casos como el que nos ocupa –normas imperativas, así declaradas por el TJUE, sobre libertades fundamentales de la Unión-, exige, si se ha de respetar el principio de primacía, salvaguardar la observancia de la exégesis clara, inequívoca y auténtica que el TJUE haya efectuado de las normas aplicables al caso... Conclusión que no solo es compatible con la doctrina constitucional, sino que se acomoda a su dicción explícita –v.gr. SSTC supra citadas 232/2015, 31/2019 y concordantes-, resultando avalada también por las SSTC 46/2020, 17, 55 y 65/2021, cuando declaran que el orden público controlable por las Salas de lo Civil y Penal de los TSJ comprende la salvaguarda de la aplicación de principios admitidos internacionalmente; aserto que tiene que ser entendido en conexión con la expresa y categórica inclusión en el principio de primacía del deber de observar la doctrina sentada por el TJUE en la interpretación de una norma europea, aseverando el TC *expressis verbis* que el TJUE es el órgano competente para imponer esa exégesis con carácter vinculante...

Ante esta incontrovertible realidad sobre el alcance del orden público cuando resulta concernido el Derecho imperativo de la UE, no parece discutible que la motivación del Laudo haya de ser examinada por el Tribunal que conoce de la acción de anulación y/o de la solicitud de reconocimiento en España de un Laudo extranjero. Y es que la infracción del orden público como causa de anulación ha de comprender la verificación de que el Laudo colma aquellos deberes de motivación declarados inexcusables bien por ministerio de la ley, bien, en nuestro caso, por determinación de los Tribunales Constitucional y de Justicia de la Unión Europea, y ello haciendo cuestión aparte de que tal control exceda con toda evidencia el análisis de un error *in procedendo*”.

Critica el auto a continuación lo afirmado en el escrito de nulidad sobre la no necesidad de aplicar el principio de primacía del derecho de la Unión Europea en el asunto controvertido,

afirmación que tacha de “visión fragmentaria y parcial del principio en cuestión”, pues también integra este último:

“...el deber de observar la interpretación vinculante y auténtica que de esas normas haya efectuado el TJUE (...); con independencia de la elaboración normativa del Estado miembro, al margen de que el Estado regule *o no regule* en contra del Derecho de la Unión, éste ha de ser observado en el ámbito de aplicación que le es propio, y ha de serlo tal y como ese Derecho sea entendido de manera clara y conteste por el TJUE; y esto es así con mayor razón, si cabe, cuando aparecen concernidas normas imperativas delimitadoras del contenido esencial de las libertades fundamentales de la Unión”

Así se desprende también de “la reiterada doctrina del TJUE sobre la eficacia inmediata de las Directivas no traspuestas o insuficientemente traspuestas (...); el principio de efecto directo -como el de primacía de construcción jurisprudencial-, rige también cuando no exista norma nacional –no solo cuando ésta se opone a la Directiva- o cuando la norma nacional traspone deficiente o insuficientemente la Directiva: principio de eficacia directa que es concreción de la prevalencia del DUE, que responde a la necesidad imperiosa de que el Derecho de la Unión goce de autonomía y sea, en su seno, uniformemente entendido y aplicado (...).

Pues bien, la primera y más evidente manifestación del principio de primacía ha de ser, en términos lógicos y jurídicos, la que consagra un deber inexcusable del Juez nacional: verificar, de acuerdo con la jurisprudencia del TJUE, si el Derecho de la Unión resulta aplicable al caso. (...) dejar el principio de primacía en manos de quienes no tienen los medios para preservarlo –v.gr., los árbitros adolecen de legitimación para plantear la cuestión prejudicial- es de todo punto insostenible por contrario a una lógica jurídica elemental; lógica jurídica de la que hace gala la reiterada jurisprudencia del TJUE y del TC a que nos hemos referido cumplidamente”.

Tras defender que la sentencia actuó dentro del marco de su competencia, reprocha al laudo que no haya reparado “en el art. 101 TFUE expresamente invocado por CABIFY -ni en las demás normas con él concordantes-, ni en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que interpreta de forma auténtica esa normativa”, y señala algunos ejemplos de lo que el laudo debía haber analizado y no lo hizo, con cita de la sentencia del Tribunal de

Justicia de la Unión Europea de 2-04-2020, §§ 76, 78 y 79. Se ratifica en la conclusión alcanzada en la sentencia, en el sentido de que el laudo impugnado incurrió en “error *iuris* en la selección del Derecho aplicable, [que] ha viciado de raíz las premisas de enjuiciamiento asumidas por el Tribunal Arbitral, con el consecuente déficit radical de motivación”; y continúa razonando que:

“...el arbitraje, como equivalente jurisdiccional que es –por la fuerza de cosa juzgada de sus decisiones, tal y como precisa la reciente doctrina del TC-, no puede sustraerse a los preceptos, principios y derechos constitucionales, entre ellos los derechos fundamentales que son de inexcusable observancia y *de insoslayable control, real y efectivo*, por parte de los Tribunales llamados a conocer de la acción de anulación; o que el arbitraje ha de respetar el Derecho imperativo de la Unión y/o sus principios esenciales, entre ellos los de eficacia directa y primacía... Tribunales de Justicia que inconcusamente estarían infringiendo el art. 24.1 CE al conocer de la acción de anulación si, verbigracia, no impidiesen mediante la declaración de nulidad que la motivación de un Laudo dé carta de naturaleza a déficits de motivación constitucionalmente relevantes (...).

Ya hemos dejado clara constancia en la Sentencia y en el Auto que ahora dictamos de que 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. También queda dicho que esa doctrina constitucional ha de ser compatibilizada con la que define –en un plano de legalidad ordinaria- el ámbito de la acción de anulación: no entenderlo así, excluir de raíz la verificación de que el Laudo se acomoda a la jurisprudencia que define en cada caso en qué consista el orden público, sería tanto como intentar la cuadratura del círculo. Sería un entendimiento maximalista y errado de la jurisprudencia constitucional, amén de generador de una insoportable inseguridad jurídica en el ámbito del arbitraje nacional e internacional desarrollado en España, estimar –dicho sea a modo de ejemplo- que si un Laudo infringe abiertamente la doctrina, clara y estable, del TJUE sobre las reglas estructurales de la libre competencia, de la libertad de establecimiento..., o sobre los derechos irrenunciables de los consumidores y/o de los inversores no profesionales (Directivas MiFid), no se estaría vulnerando el orden público económico de la Unión, como causa de anulación de un Laudo.

En esta línea de pensamiento, no hay que entender fuera de su contexto algunas afirmaciones de la reciente doctrina constitucional, como cuando, en un momento dado, dice la STC 17/2021 *‘que la acción de anulación no es un mecanismo de control de la correcta aplicación de la jurisprudencia’*. Este aserto está emitido en un contexto muy claro: que la acción de anulación no es una nueva instancia revisora de los hechos y del Derecho aplicado por el Laudo. Pero ello en el bien entendido de que el control del orden público afecta a lo que afecta: a veces no quedará más remedio, para verificar el ámbito material y procesal del orden público –tal y como ha sido declarado por el propio TC-, que acudir a la Jurisprudencia en sentido estricto (y más si esta es la de los Tribunales Constitucional y de Justicia de la Unión) para verificar si se ha infringido una norma o un principio imperativos, un derecho fundamental...

En este punto, en verdad delicado, *una cosa es la independencia de criterio del árbitro – que, como la del Juez, ha de ser respetada- y otra que ese criterio no se acomode ostensiblemente al contenido constitucionalmente declarado de un derecho fundamental, o a la interpretación clara y conteste que del Derecho imperativo de la Unión haga el TJUE, en cuyos casos ese orden público que es causa de anulación sí puede entenderse conculcado por la contravención de la doctrina jurisprudencial*. Decimos esto sin perjuicio de que el árbitro – como el juez- justifique su criterio e incluso razone, ante una eventual acción de anulación, la procedencia de que el Tribunal llamado a conocerla suscite una cuestión prejudicial o una cuestión de inconstitucionalidad, para cuyo planteamiento el árbitro adolece de legitimación...; y sin menoscabo, también, por supuesto, de que el Tribunal de Justicia pueda rectificar su propia jurisprudencia a la vista de lo argüido por el árbitro y/o cumplir con el deber que le pueda asistir de plantear la correspondiente cuestión prejudicial y/o de inconstitucionalidad”.

Finaliza el auto su argumentación para desestimar el incidente de nulidad, diciendo:

“Qué sea o deje de ser el orden público, precisamente por su carácter imperativo, en cierto modo extraordinario y restrictivo de la libertad individual y colectiva, no puede quedar al albur de la inseguridad jurídica que derivaría de que, por el hecho de someterse arbitraje [sic], no cupiese una aplicación y definición mínimamente unitarias de ese orden público. Para eso, precisamente, está la acción de anulación”.

c) El auto resolutorio del incidente de nulidad se acompaña también de un voto particular formulado por el magistrado presidente de la Sala, en el que sostiene que debió acordarse la nulidad y que el auto, en cuanto ratifica los “planteamientos” de la sentencia, “se aparta de los criterios claramente establecidos por el Tribunal Constitucional en cuanto a la delimitación del alcance de la intervención de los Tribunales de Justicia en la acción de anulación de los laudos arbitrales”.

G) Solicitud de complemento y rectificación del auto de 11 de enero de 2022:

Por escrito del representante procesal de la aquí demandante de amparo que tuvo entrada en la Sala del Tribunal Superior de Justicia el 18 de enero de 2022, se formalizó solicitud de complemento y corrección del auto de 11 de enero de 2022. La Sala dictó auto el 25 de enero de 2022 acordando no haber lugar a lo solicitado, al entender que no se ha cometido ningún error que deba ser rectificado porque:

“Esta Sala en todo momento ha tenido en cuenta y ha analizado la doctrina del TC que la representación de AURO reputa infringida, concretada fundamentalmente en sus SS. 46/2020, 17/2021 y 65/2021, y lo ha hecho desde la misma Sentencia cuya nulidad se ha pretendido. Tan es así que, si bien por mayoría, hemos argumentado con extensión –en epígrafe específico- cómo dicha doctrina es perfectamente compatible con la también doctrina constitucional relativa a la necesidad de preservar el principio de primacía del Derecho de la Unión. En este contexto, afirmada esa compatibilidad, la Sala -con voto particular discrepante del Excmo. Sr. Presidente-, tanto en la Sentencia como en el Auto resolutorio del incidente de nulidad ha analizado y explicado y en esa medida respondido a los argumentos que sustentaban la pretensión anulatoria –entendiendo en favor del solicitante que la *causa petendi* de la pretensión anulatoria, al formar parte de ella, ha de ser objeto del debido análisis. Pues bien, la Sala ha argumentado su parecer mayoritario de que reiterada doctrina del TJUE impide reputar inaplicable al caso de autos el Derecho de la Unión y de cómo la exclusión de esa inexcusable aplicación se ha traducido en un déficit de motivación del Laudo anulado constitucionalmente relevante, dado que la no ponderación del Derecho de la Unión, tal y como es entendido por el TJUE, ha viciado de raíz la argumentación del Tribunal Arbitral, que no ha analizado extremos que la doctrina, clara y conteste, del TJUE obligaba a examinar antes de poder concluir que un pacto de exclusiva es colusorio por razón de su objeto”.

H) Notificada esta última resolución judicial se interpone el presente recurso de amparo.



3. La demanda de amparo, dirigida contra las dos resoluciones judiciales a las que se ha hecho mención en el encabezamiento del presente auto, alega que ambas han vulnerado el derecho fundamental de la entidad recurrente a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE).

A) Fundamentación:

Se hace ante todo cita de las sentencias que ha dictado este Tribunal en relación con sentencias de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, anulatorias de laudos arbitrales (SSTC 46/2020, de 11 de enero; 17/2021, de 15 de febrero; 55/2021, de 15 de marzo; y 65/2021, de 15 de marzo), órgano judicial que, dice la demanda, “persiste en una inconcebible resistencia a aplicar la jurisprudencia constitucional llegando a apelar en su Auto de 11/1/2022 a un supuesto derecho de la Sala a mantener una ‘discrepancia razonada’ con la doctrina del Alto Tribunal”, obligando además al presidente de dicho órgano a dictar votos particulares discrepantes. El escrito hace un recordatorio y reproducción parcial de algunos fundamentos de las sentencias que conforman la doctrina constitucional a la que se hace referencia, en concreto en cuanto a la naturaleza del arbitraje y su reconocimiento constitucional (con cita de la STC 65/2021, FJ 4); el deber de motivación de los laudos (STC 65/2021, FJ 5); la infracción del orden público como motivo de anulación de los laudos arbitrales y su proyección sobre el derecho a la tutela judicial efectiva (STC 65/2021, FJ 3); y sobre la censura que merecía en aquel caso la decisión del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de entrar en el fondo del debate (STC 65/2021, FJ 6).

Señala que la sentencia y auto aquí impugnados “se presentan como una verdadera enmienda a la jurisprudencia constitucional”, al argumentar en su fundamento de derecho cuarto que debía “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”; cuando precisamente la doctrina constitucional dice que debe ser un “mero control externo”. Pese a que el laudo está motivado, porque la Sala entiende su razón de decidir, entra sin embargo en el fondo y realiza un nuevo enjuiciamiento, “con la excusa de una pretendida vulneración del orden público (...) imponiendo las propias conclusiones y valoraciones sobre las alcanzadas por el colegio arbitral”.

Explica la demanda que esto se evidencia desde una cuádruple constatación:

a) La Sala del Tribunal Superior de Justicia “ha sustituido el criterio del Tribunal arbitral, con puro pretexto de velar por el cumplimiento del principio de primacía del derecho de la Unión”.

En este apartado la demanda discrepa de la aseveración de principio de la sentencia, referente a que la defensa de la competencia se articula en un sistema de espejo o doble barrera que exige comprobar que también se respeta la normativa de la Unión Europea aunque los acuerdos solo afecten al mercado interior. Entiende la recurrente que eso no es así, como explicó el laudo definitivo, y que la legislación aplicable es solo la española (LDC, RDC y LCD). Reitera luego argumentos ya vertidos en el anterior escrito de nulidad de actuaciones: el principio de primacía resulta forzado por la sentencia impugnada para poder afirmar ésta la vulneración -por el laudo- de una norma imperativa; el citado principio de primacía solo existe si el ordenamiento nacional es contradictorio con el Derecho de la Unión; y ni la sentencia ni el auto posterior -que deniega el incidente de nulidad- se percatan de que existe armonía entre ambos ordenamientos en materia de pactos colusorios, a cuyo efecto la demanda coteja el tenor del art. 101 TFUE y el del art. 1 LDC. No se vulneró por el laudo el principio de primacía, sigue diciendo la entidad recurrente, sino que opera la “interpretación conforme del derecho nacional con el ordenamiento jurídico de la Unión”, salvo que en aplicación de todas las técnicas hermenéuticas se llegara a un resultado contrario al tenor literal de la norma nacional (se cita STJUE *asunto Pupino*, C-105/03, apartados 44 y 47), lo que no ha sucedido en este caso.

b) La Sala referida “no respeta el canon de control constitucional de la acción de anulación cuando aplica la jurisprudencia del TC relativa al principio de primacía del DUE y el artículo 24 CE”:

En una primera reflexión, la demanda afirma que la Sala incluye en sus resoluciones la cita de doctrina constitucional sobre el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y su supuesta aplicación al ámbito del arbitraje (en concreto la Sala cita las SSTC 232/2015, 148/2016, 206/2016, 207/2016, 208/2016, 209/2016, 218/2016, 221/2016, 223/2016, 3/2017 y 4/2017), ignorando sin embargo al hacerlo el mandato de este Tribunal Constitucional relativo a

que el arbitraje se asienta en los artículos 1 y 10 CE y no en el artículo 24 CE (con cita en apoyo de este último aserto, de las SSTC 9/2005, de 17 de enero, FJ 5; 17/2021 FJ 2 y 65/2021 FJ 4 y 5). Se refiere después a pasajes de la sentencia recurrida que achacan al laudo arbitral la vulneración del principio de primacía del derecho de la Unión Europea, lo que además conforme al auto posterior denegando la nulidad supondría una infracción del art. 24.1 CE. De todas las sentencias de este Tribunal Constitucional que trae a colación la misma Sala, advierte la demanda, solo dos se refieren al principio de primacía (las SSTC 232/2015 y 148/2016), la mayoría restante no, lo que revela un “uso poco serio de la jurisprudencia” constitucional, ignorando a la par aquella que sí le resultaba directamente aplicable (las SSTC 46/2020, 17/2021, 55/2021 y 65/2021). En todo caso tampoco las dos sentencias antes citadas resultan relevantes, ambas referidas al planteamiento de cuestiones prejudiciales ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, pues como ya se ha dicho el arbitraje queda al margen del art. 24 CE, conforme también a doctrina de este Tribunal, y porque además en ellas se plantean supuestos de incompatibilidad entre el derecho nacional y el de la Unión Europea, lo que aquí no sucede.

c) La Sala “ha llevado a cabo una interpretación extensiva del orden público presuntamente justificada en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en el *Asunto ECO SWISS ET AL.*”:

Aclara de entrada el escrito de demanda a este respecto, que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en el asunto “Eco Swiss se limitó a declarar que la prohibición de determinadas conductas en el artículo 101 TFUE actual (antiguo 85 TCE) debía considerarse orden público”. Las consideraciones que, no obstante, vierte la Sala del Tribunal Superior de Justicia en el auto desestimatorio del incidente de nulidad, sobre esa sentencia del Alto Tribunal europeo, supone tergiversar esta último, motivo por el cual pasa la demanda a realizar su propio análisis de ella. Más adelante observa el escrito de la recurrente que el laudo definitivo, a diferencia de lo que sostiene la Sala autora de las resoluciones impugnadas, sí aplicó las causas de nulidad del art. 101 TFUE porque éstas tienen una redacción “casi idéntica” a las del art. 1 LDC, alcanzando sin embargo la Sala resultado contrario al del laudo.

d) El órgano judicial “se ha introducido en la revisión del fondo del asunto y lleva a cabo un enjuiciamiento paralelo al realizado por el Tribunal arbitral”:

Se ataca la sentencia del Tribunal Superior de Justicia rescatando más argumentos del previo escrito de nulidad de actuaciones, como el de ser dicha resolución una “verdadera enmienda” a la doctrina constitucional en cuanto al alcance del control de fondo de ese órgano judicial en materia de acción de anulación de laudos arbitrales, postulando la Sala la “plenitud de la revisión (...) respecto de la motivación *in iure* del Laudo cuando aparecen concernidas normas imperativas de defensa de la competencia”; e imputa a la sentencia haber realizado una implícita crítica a la jurisprudencia constitucional -a propósito de recoger un comentario de doctrina científica-. Para la recurrente, en línea con lo opinado en el voto particular del presidente de la Sala, la sentencia mayoritaria ha entrado en el fondo y contradicho así la doctrina de este Tribunal Constitucional, haciendo una lectura alternativa a la del laudo sobre los pactos restrictivos de la competencia por su objeto, y aplicando el art. 101 TFUE y SSTJUE.

Finaliza sus consideraciones la demanda haciendo referencia “al mayor reto que la mayoría de la Sala del TSJM lanza al Tribunal Constitucional en el Auto de 11/1/2022 desestimatorio del incidente de nulidad de actuaciones”, como es la afirmación de un derecho de la Sala en cuestión a la “discrepancia razonada, inherente a la independencia judicial”, lo que según la recurrente supone reconocer por los magistrados de la mayoría, que su sentencia conculca dicha doctrina constitucional; y que al hablar además aquella -en el auto desestimatorio de la nulidad- del carácter evolutivo y cambiante de la jurisprudencia constitucional, parece querer indicarle a este Tribunal que debe cambiarla y así permitir a la Sala de lo Civil y Penal “persistir en su flagrante vulneración del artículo 24.1 CE”.

B) Suplico:

El escrito de demanda solicitó que este Tribunal dictase sentencia otorgando el amparo pretendido, reconociendo el derecho fundamental violado, con nulidad de las dos resoluciones impugnadas y la retroacción de las actuaciones “al momento anterior al dictado de la Sentencia 66/2021 para que por el órgano judicial se resuelva de forma respetuosa con los derechos fundamentales vulnerados”.

C) Petición de la medida de suspensión de las resoluciones judiciales impugnadas:

Por medio de Otrosí dice en el propio escrito de demanda, la mercantil recurrente solicitó que acordásemos la suspensión de la sentencia y auto de nulidad atacados, mientras se tramita este proceso de amparo.

D) Con fecha 20 de febrero de 2023 el representante procesal de la entidad recurrente presentó en el registro de este Tribunal un escrito de manifestaciones reiterando que el recurso tiene especial trascendencia constitucional, e informando de los perjuicios que para dicha mercantil se le ocasionaban con la apertura de un nuevo procedimiento de arbitraje, acordada tras haber sido anulado el laudo ya dictado por la sentencia que se impugna.

4. La Secretaría de Justicia de la Sección Segunda de este Tribunal, dictó diligencia el 12 de abril de 2023 para hacer constar que: “En virtud del acuerdo adoptado por el Pleno del Tribunal Constitucional el día 17 de enero de 2023, publicado en el BOE de 19 de enero, el presente recurso de amparo ha sido turnado a la Sección Segunda de la Sala Primera del Tribunal Constitucional, lo que se pone en conocimiento de las partes y del Ministerio Fiscal a los efectos oportunos”.

5. La Sección Segunda de este Tribunal, dictó providencia el 22 de mayo de 2023, del siguiente tenor: “La Sección Segunda ha examinado el recurso de amparo y ha acordado admitirlo a trámite, apreciando que concurre en el mismo una especial trascendencia constitucional (art. 50.1 LOTC) porque el recurso puede dar ocasión al Tribunal para aclarar o cambiar su doctrina, como consecuencia de un proceso de reflexión interna [STC 155/2009, FJ 2, b)], y el órgano judicial pudiera haber incurrido en una negativa manifiesta del deber de acatamiento de la doctrina de este Tribunal [STC 155/2009, FJ 2, f)].

Por ello, en aplicación de lo dispuesto en el art. 51 LOTC, diríjase atenta comunicación a la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid a fin de que, en el plazo que no exceda de diez días, remita certificación o fotocopia averada de las actuaciones correspondientes al procedimiento asunto civil 24-2021 dimanante de procedimiento de laudo arbitral 17-2021; debiendo previamente emplazarse, para que en el plazo de diez días puedan comparecer, si lo desean, en el recurso de amparo a quienes hubieran sido parte en el procedimiento, excepto la parte recurrente en amparo.

De conformidad con la solicitud de la parte actora, fórmese la correspondiente pieza separada de suspensión”.

6. Por nueva providencia dictada por la Sección Segunda de este Tribunal en la misma fecha -22 de mayo de 2023-, se dispuso “formar con el precedente testimonio la presente pieza separada de suspensión y, de conformidad con lo prevenido en el art. 56 de la Ley Orgánica del

Tribunal Constitucional, conceder un plazo común de TRES DÍAS, al Ministerio Fiscal y a la solicitante del amparo, para que dentro de dicho término aleguen lo que estimen pertinente en relación con la petición de suspensión interesada”.

Presentado escrito de alegaciones en la pieza únicamente por el fiscal ante este Tribunal, en el que defendió que no procedía acordar la suspensión solicitada, la Sala Primera del Tribunal dictó ATC 334/2023, de 3 de julio, denegando la pretensión cautelar.

7. El procurador de los tribunales don Ignacio López Chocarro, actuando bajo la representación de la entidad Maxi Mobility Spain, S.L.U. (Cabify España, S.L.), bajo la defensa de los abogados don Jesús Remón Peñalver y don Manuel Vélez Fraga, presentó un escrito el 23 de junio de 2023 por el que manifestó comparecer y personarse en nombre de su poderdante, y que se tenga a éste “en calidad de demandada”.

8. Con fecha 26 de junio de 2023, la Secretaría de Justicia de la Sala Primera de este Tribunal dictó diligencia de ordenación por la que, de un lado, decidió tener por personado y parte al procurador don Ignacio López Chaparro en nombre y representación de Maxi Mobility Spain, S.L.U. (Cabify España, S.L.), y de otro lado acordó dar vista de las actuaciones a las partes personadas y al Ministerio Fiscal, por plazo común de veinte días, a fin de que pudieran presentar las alegaciones que estimasen pertinentes conforme con lo previsto en el art. 52 de la LOTC.

9. El representante procesal de Cabify presentó escrito de alegaciones el 25 de julio de 2023, por el que interesó que se desestimase el recurso interpuesto por Auro New Transport Concept, S.L.

Ante todo, la entidad personada recuerda qué es lo que plantea en esencia la demanda de amparo contra las resoluciones impugnadas, discrepando de esta tesis pues en opinión de aquella la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid se atuvo a la jurisprudencia constitucional en cuanto al control de un laudo arbitral por supuesta infracción del orden público a través de la acción de anulación. Afirma que este Tribunal Constitucional “no ha podido fijar una doctrina explícita: la relativa a la crucial incidencia que, en la definición de orden público, tiene el control de la recta aplicación del Derecho de la Unión Europea en materias tan relevantes como la aplicación del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (‘TFUE’) (...) si ha de considerarse que la correcta selección del artículo 101 TFUE como norma aplicable ha de

formar parte del orden público según ha declarado, por todas, la Sentencia del TJCE de 1 de junio de 1999 (asunto C-126/97, *Eco Swiss v. Benetton*). Y añade que las resoluciones impugnadas han establecido que el laudo dictado incurrió en “error patente y manifiesto en cuanto a la determinación de la aplicabilidad del Derecho de la Unión”, al asimilar de manera errónea la noción de “mercado relevante” con la de “afectación al comercio comunitario”, pues según las Directrices de la Comisión Europea relativas al concepto de efecto sobre el comercio contenido en los artículos 81 y 82 del Tratado, el comercio entre Estado también puede verse afectado en caso de que el mercado pertinente sea nacional o subnacional.

Cita después jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, y se centra luego en la doctrina dictada por este Tribunal Constitucional en cuanto a los límites del control judicial del laudo arbitral en la acción de anulación por conculcar el orden público, ex art. 41.1.f) de la Ley 60/2003, de Arbitraje, identificando varias de las sentencias pronunciadas al respecto. Entiende así la entidad personada que la Sala de lo Civil y Penal ha respetado la función de control externo que le asigna esta doctrina, como revela que el auto que desestima el incidente de nulidad de actuaciones contra la sentencia previa, afirme que la Sala en ningún momento ha prejuzgado el resultado de la controversia, de haberse aplicado el Derecho de la Unión. Las resoluciones impugnadas, por tanto -sigue diciendo el escrito de alegaciones-, no han entrado en el fondo del asunto ni ha declarado si la cláusula en litigio era válida o no, solo rebate la afirmación del laudo en su apartado 293 de que el art. 101 TFUE no sería aplicable, incurriendo así en “error patente manifiesto”, desplazando una norma de orden público y convirtiendo la motivación del laudo en “meramente aparente”. Destaca el escrito aquellos pasajes de la sentencia que aluden a la doctrina constitucional en la materia, y cree “fuera de contexto” la crítica de la demandante de amparo a la expresión “discrepancia razonada” contenida en el auto que rechaza el incidente de nulidad de actuaciones, el cual se reafirma en el acatamiento de la doctrina constitucional.

Prosigue el escrito comentando la sentencia *Eco Swiss*, que vendría a ser confirmada por las SSTJUE de 7 de julio de 2016, asunto C-567/14 *Genentech Inc y Hoechst GmbH, Sanofi-Aventis Deutschland GmbH*, y la de 6 de marzo de 2018, asunto C-284/16, *Achmea*, de las que extrae la conclusión de que las resoluciones impugnadas no han ensanchado el concepto de orden público. Cita a continuación la STC 37/2019, de 26 de marzo, FJ 4 -con reseña de otras anteriores-, en la que se declara que el desconocimiento y preterición de una norma del Derecho de la Unión Europea, como ha sido interpretada por el Tribunal de Justicia, puede suponer una “selección irrazonable y arbitraria de una norma aplicable al proceso”, con vulneración del derecho a la tutela

judicial efectiva (art. 24.1 CE). Profundiza en la diferencia que encuentra entre los conceptos de mercado relevante y afectación al comercio entre los Estados miembros, invocando de nuevo las Directrices de la Comisión Europea sobre los arts. 81 (hoy art. 101 TFUE) y 82 (hoy art. 102 TFUE), y añade que conforme con el art. 3 del Reglamento (CE) 1/2003, del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 8ª y 82 del Tratado, la aplicación del Derecho nacional no puede determinar la prohibición de conductas no prohibidas, por el artículo 101 TFUE cuando exista una afectación al comercio intracomunitario.

Más adelante sostiene que la doctrina constitucional refiere que la motivación de las resoluciones arbitrales no han de incurrir en “irrazonabilidad, arbitrariedad o error patente” (cita la STC 17/2021), lo que adquiere “una dimensión particularmente intensa cuando deja de aplicarse una norma sustantiva perteneciente al orden público socioeconómico europeo, como es el art. 101 TFUE”, convirtiendo a la motivación del laudo aquí dictado en “solo aparente”; no ha habido control de fondo sino externo, del Tribunal Superior. Se ocupa luego el escrito de detallar pasajes de las sentencias dictadas por este Tribunal Constitucional sobre el control de orden público de los laudos arbitrales, aludiendo al orden público material y procesal, siendo del primer tipo el art. 101 TFUE, y procesal la constatación judicial de que el laudo tiene motivación solo aparente, citando entre otras la STC 17/2021, FFJJ 2 y 3, sobre el deber de motivación de dichas resoluciones, lo que no comprende, y cuándo un laudo ha de considerarse irrazonable, como a su parecer sería este caso. El resto del escrito continúa detallando las afirmaciones que ya se han recogido en este resumen, añadiendo la cita de las SSTC 148/2016, FJ 5; y 75/2017, FJ 2, sobre el control judicial del principio de primacía del Derecho de la Unión Europea, el cual habría sido correctamente ejercitado a su juicio por las resoluciones impugnadas en este amparo.

10. Con fecha 6 de septiembre de 2023 el fiscal ante este Tribunal presentó su escrito de alegaciones por el que interesó que dictásemos sentencia con los siguientes pronunciamientos: “1. Otorgar el amparo solicitado por Auro New Transport Concept. S.L., y, en consecuencia: 2. Reconocer que se ha vulnerado su derecho fundamental a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE), con reconocimiento de tal derecho.- 3) Declarar la nulidad de la sentencia núm. 66/2021, de 22 de octubre y el auto de 11 de enero de 2022, ambos dictados por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, recaídos en el procedimiento de anulación de laudo arbitral núm. 17/2021.- 4. Retrotraer las actuaciones al momento anterior al dictado de la

primera resolución citada para que se resuelva de forma respetuosa con el derecho fundamental reconocido”.

En tal sentido, y luego de hacer en los antecedentes de su escrito un resumen del procedimiento arbitral y judicial previo, reproducir pasajes de las resoluciones aquí impugnadas con referencia también a los votos particulares del presidente de la Sala de lo Civil y Penal a la sentencia y al posterior auto de rechazo al incidente de nulidad de actuaciones, realiza el fiscal una síntesis de la demanda de amparo y de la tramitación de este proceso constitucional, delimitando cuál es el objeto del recurso (si las resoluciones impugnadas lesionan el derecho a la tutela judicial de la entidad actora al apreciar que el laudo dictado infringió el orden público), y explicitando que a su parecer no concurre óbice de inadmisibilidad alguno del art. 44 LOTC sobre la demanda (en concreto, que existe un correcto agotamiento de la vía judicial previa; la lesión se denunció oportunamente en el incidente de nulidad de actuaciones contra la sentencia; la demanda se presentó en plazo; y la empresa recurrente ostenta legitimación activa para interponer el recurso, al haber sido parte en el procedimiento de arbitraje y en el posterior procedimiento judicial de anulación del laudo), pudiendo abordarse con ello el examen de la cuestión de fondo planteada.

Con este último propósito procede el fiscal a recapitular la doctrina sentada por este Tribunal en materia de control de orden público del art. 41.1.f) de la Ley de Arbitraje en el recurso de anulación contra laudos arbitrales, a la vista de varias resoluciones adoptadas por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid y que han merecido en todos los casos la estimación de las correspondientes demandas de amparo, con cita de la STC 79/2022, de 27 de junio, FJ 2 -en el que se indican otras sentencias anteriores-, acerca de la importancia de la institución del arbitraje como mecanismo heterónimo de resolución de conflictos, los límites del control judicial sobre el laudo en el marco de la acción de anulación y el alcance del deber de motivación de los laudos, reproduciendo dicho fundamento jurídico. Cita luego el escrito del fiscal la STC 17/2021, de 15 de febrero, FJ 2, sobre el concepto de orden público, material y procesal, y que su control no permite sustituir el criterio del árbitro por el de los jueces que conocen de la anulación.

Expuesta la doctrina constitucional, en su aplicación al caso sostiene el fiscal ante este Tribunal que “pocas dudas surgen sobre la estimación del presente recurso de amparo ante la claridad, contundencia y rotundidad de esta y la postura contraria a su aplicación mantenida en las distintas resoluciones dictadas por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de

Madrid que comportan la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión, art. 24.1 CE, por motivación manifiestamente errónea de las resoluciones judiciales”. Tras dejar claro que ninguna tacha al procedimiento arbitral adujeron las partes del proceso de anulación, solo la incongruencia *extra petitum* del laudo, rechazado por la sentencia del Tribunal Superior por no haber hecho uso en plazo del incidente de rectificación del laudo por extralimitación; y la infracción del orden público. Sobre esto segundo, entiende el fiscal que tanto la sentencia como el posterior cuestionados “insisten en un concepto de orden público, que extienden a lo que denominan ‘orden público económico’, que trasciende del establecido por la doctrina constitucional -el conjunto de principios jurídicos públicos, privados, políticos, morales y económicos, que son absolutamente obligatorios para la conservación de la sociedad en un pueblo y en una época determinada (SSTC 15/1987, de 11 febrero; 116/1988, de 20 junio, y 54/1989, de 23 febrero)- y en el supuesto concreto lo vincula a lo que se considera, ‘la insoslayable aplicación al caso del Derecho de la Unión Europea’. A partir de ese argumento el tribunal analiza el Derecho que considera aplicable y el que se ha aplicado en el laudo, rechazando que su función consista en un mero control formal o externo del mismo y entra a examinar la motivación del laudo”, concluyendo que “es palmario que el Tribunal Arbitral ha excluido sin el menor fundamento la aplicación del Derecho de la Unión Europea”, que ha incurrido en una “error manifiesto en la selección del Derecho” y en un “déficit de motivación constitucionalmente relevante”, por lo que a su parecer las resoluciones “desbordan” el concepto de orden público como causa de anulación de laudos arbitrales, “y no realizan una interpretación restrictiva” de aquél, vulnerando con ello “la autonomía de la voluntad de las partes (art. 10 CE) y su renuncia puntual a la tutela jurisdiccional (art. 24 CE)”.

Añade que la decisión del Tribunal Superior “es contraria al canon constitucional de razonabilidad de las resoluciones judiciales (art. 24.1 CE), que entran en el fondo del asunto sobrepasando los límites constitucionales del deber de motivación y congruencia”; y precisa que el órgano judicial “ha revisado la aplicación del Derecho sustantivo realizada por los árbitros, lo que está vedado a su función”; la sentencia y el auto “son manifiestamente irrazonables y claramente arbitrarios al pretender incluir en la noción de orden público ex art. 41 .1 f) LA lo que constituye una razonada opción de los árbitros por el derecho nacional en materia de competencia en atención a una serie de criterios y argumentos expuestos”.

Considera finalmente el fiscal que es correcta la aseveración del voto particular del presidente de la Sala, de que las resoluciones impugnadas desoyen el mandato del art. 5.1 de la



Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ), el cual “atribuye a la jurisprudencia constitucional un carácter verdaderamente vinculante sobre el que deben interpretar y aplicar las leyes y reglamentos los órganos jurisdiccionales”; y concluye que la demanda de amparo debe estimarse, reconociendo el derecho de la empresa recurrente a la tutela judicial efectiva sin indefensión, al haberse producido su lesión, pasando así a formular el suplico que se ha reproducido al principio de este antecedente.

11. Mediante diligencia de la Secretaría de Justicia de 7 de septiembre de 2023 se hizo constar la presentación dentro del trámite del art. 52 LOTC de escritos de alegaciones por el Ministerio Fiscal y el procurador don Ignacio López Chaparro, “no habiendo presentado escrito de alegaciones el Procurador Ramón Rodríguez Nogueira”.

Posteriormente, el representante procesal de la entidad recurrente en amparo presentó un mismo escrito por tres veces el día 26 de enero de 2024 (a las 17:18, a las 17:24 y a las 17:32 horas), solicitando se le facilitase copia del informe emitido por el Ministerio Fiscal, “ya que desde la web esta Parte carece de acceso al mismo”. La Secretaría de la Sección Segunda del Tribunal dictó diligencia de ordenación el 29 de enero de 2024, teniendo por presentados dichos escritos, y manifestando que “visto su contenido, se comunica al procurador antes citado, que tiene a su disposición en la secretaria de este Tribunal dentro de las horas de oficina, la documentación solicitada en formato CD”.

12. Mediante providencia de fecha 28 de noviembre de 2024, se señaló para deliberación y votación de la presente Sentencia el día 2 de diciembre de 2024.

II. Fundamentos jurídicos

1. Objeto del recurso

Se interpone la demanda de amparo, en primer lugar, contra la sentencia de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, núm. 66/2021, de 22 de octubre de 2021, que estimando la acción de anulación ejercitada por la entidad personada en este recurso de amparo, declaró la anulación, por infracción del orden público, de los puntos 1 y 2 de la parte dispositiva del laudo arbitral final dictado el 29 de diciembre de 2020 (aclarado por laudo posterior de 24 de febrero de 2021) por el Tribunal Arbitral de la Corte de Arbitraje de la

Cámara Oficial de Comercio, Industria y Servicios de Madrid, designado para resolver el asunto CAM 2956-19/AM-SG planteado entre Maxi Mobility Spain, S.L.U. (Cabify), como demandante y Auro New Transport Concept, S.L. (Auro) como demandada. En segundo lugar, se impugna también en este amparo el auto de la misma Sala de 11 de enero de 2022, que desestimó el incidente de nulidad de actuaciones interpuesto contra la antedicha sentencia.

La *ratio decidendi* de ambas resoluciones (de las que se ha hecho amplio resumen y reproducción en los antecedentes de esta sentencia, así como de las pretensiones de las partes en la vía previa y también en este proceso de amparo), descansa en la convicción de que el laudo arbitral ha incurrido en un error al resolver la controversia dejando de aplicar el art. 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) y aplicando únicamente el art. 1 de la Ley de Defensa de la Competencia (LDC), acudiendo para ello a criterios de ponderación sobre el carácter restrictivo de los pactos sobre competencia, que no son los utilizados por la normativa de la Unión Europea ni por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

La entidad Auro, que fue la promotora del incidente de nulidad y luego del presente recurso de amparo, atribuye a ambas resoluciones judiciales la vulneración de su derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), al haberse excedido la Sala de los límites de control reconocidos por la doctrina constitucional a los Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas al resolver sobre la infracción del orden público como motivo de la acción de anulación de laudos arbitrales, ex art. 41.1.f) de la Ley 60/2003, de Arbitraje. A criterio de la recurrente lo que ha hecho la Sala, yendo más allá de un control externo que era lo permitido, fue entrar en el examen de la cuestión de fondo y sustituir al colegio arbitral con la “excusa de la pretendida vulneración del orden público”, mediante una interpretación extensiva de este concepto, por un supuesto incumplimiento del principio de primacía del Derecho de la Unión Europea que no se había producido, no respetando así el canon de control fijado por la doctrina de este Tribunal Constitucional en varias sentencias, dictadas precisamente a propósito de resoluciones emanadas de la misma Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid que incurrieron en el mismo exceso.

Por su parte, han formulado alegaciones en el trámite del art. 52 LOTC la entidad Cabify España S.L., solicitando la desestimación del recurso de amparo pues a su parecer las resoluciones impugnadas son respetuosas de la doctrina constitucional en la materia, destacando por qué considera que el laudo arbitral es irrazonable, tal y como postula la Sala autora de

aquéllas; mientras que el fiscal ante este Tribunal ha interesado que se otorgue el amparo a la actora, por vulneración de su derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), vista la “inadecuada e irrazonable” motivación de dichas resoluciones judiciales, con relación a los límites del control judicial en la acción de anulación de laudos arbitrales.

Así trabado el debate constitucional, ha de decirse que este Tribunal tiene fijada doctrina en procesos de amparo sobre el alcance y los límites del control judicial de los laudos arbitrales en la acción de anulación prevista en los arts. 40 a 43 de la Ley de Arbitraje, específicamente con relación al control del orden público [art. 41.1.f)], desde la perspectiva de la vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) en su vertiente de derecho a una resolución jurídicamente fundada. Tal doctrina está integrada por las SSTC 46/2020, de 15 de junio; 17/2021, de 15 de febrero; 55/2021, de 15 de marzo; 65/2021, de 15 de marzo; 50/2022, de 4 de abril; y 79/2022, de 27 de junio, todas ellas estimatorias y que declararon la nulidad de resoluciones dictadas por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid por haber causado la vulneración de aquel derecho fundamental. Esas sentencias también hacen cita de otras anteriores en las que este Tribunal se ha pronunciado sobre la no contradicción de la institución del arbitraje con el derecho fundamental de acceso a la justicia (art. 24.1 CE). Se ha dictado también el ATC 1/2023, de 4 de enero, de aplicación de la misma doctrina, que inadmitió el recurso por falta de especial trascendencia constitucional.

Para la correcta resolución de este recurso de amparo procede por tanto hacer ante todo un recordatorio de aquella doctrina, en sus declaraciones más relevantes:

2. Doctrina sobre las relaciones entre arbitraje y jurisdicción

a) Constitucionalidad del arbitraje como mecanismo heterónomo de resolución de conflictos intersubjetivos, gracias a la posibilidad ulterior de acceder a la acción de anulación contra laudos arbitrales, bien que dentro de los estrictos términos con que ésta se diseña legalmente

- “No huelga recordar ahora que, recientemente, este Tribunal ha declarado en su STC 1/2018, de 11 de enero, FJ 3, que ‘el mecanismo arbitral, la renuncia al ejercicio del derecho fundamental proviene de la legítima autonomía de la voluntad de las partes, que, libre y voluntariamente, se someten a la decisión de un tercero ajeno a los tribunales de justicia para

resolver su conflicto, y ello, correctamente entendido, no implica una renuncia general al derecho fundamental del artículo 24 CE, sino a su ejercicio en un determinado momento, no quebrantándose principio constitucional alguno (SSTC 174/1995, 75/1996 y 176/1996)’. También se ha subrayado que ‘la impugnación del laudo arbitral es únicamente posible por motivos formales (arts. 40 y ss., de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje), con la consiguiente falta de control judicial sobre la cuestión de fondo. En este sentido, no cabe duda de que una mera revisión formal solo puede ser compatible con las exigencias del artículo 24 CE cuando la decisión arbitral es consecuencia de un verdadero y real convenio arbitral, entendido este como la manifestación expresa de la voluntad de ambas partes de someterse a él y en consecuencia al laudo que se obtenga. Así se afirmó en la STC 174/1995, FJ 3, y se reiteró en la STC 75/1996, FJ 2, ‘ese control excluye las cuestiones de fondo, ya que al estar tasadas las causas de revisión (...), y limitarse estas a las garantías formales sin poderse pronunciar el órgano judicial sobre el fondo del asunto, nos hallamos frente a un juicio externo (STC 43/1988 y sentencias del Tribunal Supremo que en ella se citan) que, como tal, resulta insuficiente para entender que el control judicial así concebido cubre el derecho a obtener la tutela judicial efectiva que consagra el art. 24.1 CE’ (STC 1/2018, FJ 4).

Efectivamente, la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje, configura la institución arbitral como un mecanismo heterónomo de resolución de conflictos, al que es consustancial la mínima intervención de los órganos jurisdiccionales 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, que desde ese momento quedan vedados a la jurisdicción por expresa voluntad de las partes.

Por consiguiente, es claro que la acción de anulación debe ser entendida como un proceso de control externo sobre la validez del laudo que no permite una revisión del fondo de la decisión de los árbitros, ‘al estar tasadas las causas de revisión (...), y limitarse estas a las garantías formales sin poderse pronunciar el órgano judicial sobre el fondo del asunto, nos hallamos frente a un juicio externo’ (SSTC 174/1995, de 23 de noviembre, FJ 3, y 75/1996, de 30 de abril, FJ 2). Por todo ello, ninguna de las causas de anulación previstas en el art. 41.1 de la Ley de arbitraje puede ser interpretada en un sentido que subvierta esta limitación, pues ‘la finalidad última del arbitraje, que no es otra que la de alcanzar la pronta solución extrajudicial de un conflicto, se vería inevitablemente desnaturalizada ante la eventualidad de que la decisión

arbitral pudiera ser objeto de revisión en cuanto al fondo’ (ATC 231/1994, de 18 de julio, FJ 3). A ello hay que añadir -a diferencia de lo afirmado por el órgano judicial- que es doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea 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 *Mostaza Claro*, C-168/05)” [STC 46/2020, FJ 4; en el mismo sentido, SSTC 17/2021, FJ 2; 50/2022, FJ 3].

b) El arbitraje no es un “equivalente jurisdiccional” salvo en los efectos de cosa juzgada y ejecutividad del laudo

- “Puede que la confusión que este tribunal viene observando en algunas sentencias, como la que ahora se ha recurrido en amparo, haya sido originada por la utilización en nuestros primeros pronunciamientos (SSTC 15/1989, de 26 de enero; 62/1991, de 22 de marzo; 288/1993, de 4 de octubre; 174/1995, de 23 de noviembre, y 176/1996, de 11 de noviembre) -y luego reiterada en posteriores- de la expresión ‘equivalente jurisdiccional’ para referirnos al arbitraje. Si esa fuera la causa, es necesario aclarar desde este momento que tal equivalencia hace referencia especialmente al efecto de cosa juzgada que se produce en ambos tipos de procesos, jurisdiccional y arbitral.

Efectivamente, a lo largo de nuestra jurisprudencia constitucional sobre el arbitraje hemos señalado que ‘ha de partirse de la idea de que la configuración del arbitraje como vía extrajudicial de resolución de las controversias existentes entre las partes es un ‘equivalente jurisdiccional’, dado que las partes obtienen los mismos resultados que accediendo a la jurisdicción civil, es decir, una decisión al conflicto con efectos de cosa juzgada. La exclusividad jurisdiccional a que alude el art. 117.3 CE no afecta a la validez constitucional del arbitraje, ni vulnera el art. 24 CE. En relación con el sometimiento de controversias al arbitraje, este tribunal ha reiterado que, si bien el derecho a la tutela judicial efectiva tiene carácter irrenunciable e indisponible, ello no impide que pueda reputarse constitucionalmente legítima la voluntaria y transitoria renuncia al ejercicio de las acciones en pos de unos beneficios cuyo eventual logro es para el interesado más ventajoso que el que pudiera resultar de aquel ejercicio’ (STC 1/2018, de 11 de enero, FJ 3). Porque -como también se ha explicado- ‘el arbitraje en cuanto equivalente jurisdiccional, se sustenta en la autonomía de la voluntad de las partes plasmada en el convenio arbitral. Es ‘un medio heterónomo de arreglo de controversias

que se fundamenta en la autonomía de la voluntad de los sujetos privados (art. 1.1 CE)’ (STC 176/1996, de 11 de noviembre, FJ 1). De manera que no cabe entender que, por el hecho de someter voluntariamente determinada cuestión litigiosa al arbitraje de un tercero, quede menoscabado y padezca el derecho a la tutela judicial efectiva que la Constitución reconoce a todos. Una vez elegida dicha vía, ello supone tan solo que en la misma ha de alcanzarse el arreglo de las cuestiones litigiosas mediante la decisión del árbitro y que el acceso a la jurisdicción -pero no su ‘equivalente jurisdiccional’ arbitral, SSTC 15/1989, 62/1991 y 174/1995- legalmente establecido será solo el recurso por nulidad del laudo arbitral y no cualquier otro proceso ordinario en el que sea posible volver a plantear el fondo del litigio tal y como antes fue debatido en el proceso arbitral. Pues como ha declarado reiteradamente este tribunal, el derecho a la tutela judicial efectiva no es un derecho de libertad, ejercitable sin más y directamente a partir de la Constitución, sino un derecho prestacional, solo ejercitable por los cauces procesales existentes y con sujeción a su concreta ordenación legal (SSTC 99/1985, 50/1990 y 149/1995, entre otras)’ (STC 1/2018, de 11 de enero, FJ 3).

Es decir, quienes se someten voluntariamente a un procedimiento arbitral tienen derecho, claro está, a que las actuaciones arbitrales sean controladas por los motivos de impugnación legalmente admitidos, pero dicha facultad deriva de la misma configuración legal del arbitraje como forma de heterocomposición de los conflictos entre ellos y no del art. 24 CE ‘cuyas exigencias solo rigen [...], en lo que atañe para el proceso -actuaciones jurisdiccionales- en el que se pretende la anulación del laudo y para el órgano judicial que lo resuelve’ (STC 9/2005, de 17 de enero, FJ 5)” [STC 17/2021, FJ 2. En el mismo sentido, STC 79/2022, FJ 2].

- “Como acertadamente sostiene el Ministerio Fiscal, hay que advertir que extender la idea del arbitraje como ‘equivalente jurisdiccional’ más allá de su equivalencia en cuanto a sus efectos, es decir, a la cosa juzgada y a su ejecutividad, es tanto como hablar de identidad entre resoluciones judiciales y arbitrales. Esta afirmación es inaceptable, pues ambos tipos de resolución de conflictos descansan sobre preceptos constitucionales distintos.

Por ello, y por la confusión que pudiera generar la expresión ‘equivalente jurisdiccional’, a la que se hace referencia en la citada STC 17/2021, el tribunal insiste en que la semejanza entre ambos tipos de decisión -judicial y arbitral- no alcanza más allá de aquellos efectos y en que el procedimiento arbitral no se puede ver sometido a las exigencias propias del

derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE), puesto que no es un procedimiento judicial, como tampoco los árbitros ejercen la jurisdicción, cometido de la competencia exclusiva de quienes integran el Poder Judicial (art. 117 CE). Por tanto, no están sujetos a los deberes y garantías que impone el art. 24 CE. Al contrario: cuando las partes de una controversia, en ejercicio de la autonomía de la libertad (art. 10 CE), deciden acudir al procedimiento arbitral, eligen sustraerse de las normas que rigen el procedimiento judicial (art. 24 CE) y también, claro está, al enjuiciamiento y valoración de los órganos judiciales, a quienes desde ese momento les está vedado el conocimiento del asunto.

Quienes se someten libre, expresa y voluntariamente a un arbitraje, como método heterónimo de solución de su conflicto, eligen dejar al margen de su controversia las garantías inherentes al art. 24 CE y regirse por las normas establecidas en la Ley de arbitraje. De esto se infiere que, si las partes del arbitraje tienen derecho a que las actuaciones arbitrales sean controladas judicialmente, es así porque de este modo está previsto en la norma rectora del procedimiento arbitral y solo por los motivos de impugnación legalmente admitidos para salvaguardar los principios constitucionales a que se ha hecho referencia (art. 41 LA). En consecuencia, la facultad excepcional de control del procedimiento arbitral y de anulación del laudo deriva de la misma configuración legal del arbitraje como forma de heterocomposición de conflictos y no del art. 24 CE, del derecho a la tutela judicial efectiva, “cuyas exigencias sólo rigen, en lo que atañe para el proceso -actuaciones jurisdiccionales- en el que se pretende la anulación del laudo y para el órgano judicial que lo resuelve” (STC 9/2005, de 17 de enero, FJ 5)” [STC 65/2021, FJ 4].

3. Doctrina sobre la motivación del laudo y su control judicial en la acción de anulación. La motivación carece de incidencia en el concepto de orden público

- “...respecto a la motivación de los laudos ha de aclararse que tan siquiera se requiere una argumentación exhaustiva y pormenorizada de todos los aspectos y perspectivas que las partes puedan tener de la cuestión que se decide, pues el derecho a obtener una resolución fundada, favorable o adversa, es garantía frente a la arbitrariedad e irrazonabilidad y ello, en materia de arbitraje, implica que 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. En tal sentido, conviene señalar que ‘la validez de un razonamiento desde el plano puramente lógico es independiente de la verdad o falsedad de

sus premisas y de su conclusión, pues, en lógica, la noción fundamental es la coherencia y no la verdad del hecho, al no ocuparse esta rama del pensamiento de verdades materiales, sino de las relaciones formales existentes entre ellas. Ahora bien, dado que es imposible construir el Derecho como un sistema lógico puro este tribunal ha unido a la exigencia de coherencia formal del razonamiento la exigencia de que el mismo, desde la perspectiva jurídica, no pueda ser tachado de irrazonable. A tal efecto es preciso señalar, como lo ha hecho este tribunal, que no pueden considerarse razonadas ni motivadas aquellas resoluciones que, a primera vista, y sin necesidad de mayor esfuerzo intelectual y argumental, se comprueba que parten de premisas inexistentes o patentemente erróneas o siguen un desarrollo argumental que incurre en quiebras lógicas de tal magnitud que las conclusiones alcanzadas no pueden basarse en ninguna de las razones aducidas' (STC 164/2002, de 17 septiembre).

Aunque es obvio que, desde la perspectiva constitucional, la semejanza entre las resoluciones judiciales y los laudos arbitrales no es desde luego absoluta, ello no significa que cuando hablamos del deber de motivación de unas y otras no se pueda enjuiciar su cumplimiento con parecido canon de control. Decimos que el deber de motivación no posee la misma naturaleza en ambos tipos de resolución, porque tratándose de resoluciones judiciales es una exigencia inherente al derecho a la tutela judicial efectiva *ex art. 24 CE*. Sin embargo, para las resoluciones arbitrales, dicha obligación aparece recogida en el art. 37.4 LA, siempre con la salvedad de que las partes, además, no hayan alcanzado un pacto sobre los términos en que deba pronunciarse el laudo. En las primeras, la motivación forma parte del contenido del derecho fundamental citado. En las segundas es un requisito de exclusiva configuración legal, por lo que resulta indudable que podría ser prescindible a instancias del legislador" [STC 17/2021, FJ 2. En el mismo sentido, SSTC 65/2021, FJ 5; 79/2022, FJ 2].

- "...no cabe duda de que la operación de enjuiciamiento de la motivación de ambos tipos de resoluciones [arbitral y judicial] debe valerse de parecidos criterios, de modo que se puede afirmar que sólo a aquel laudo que sea irrazonable, arbitrario o haya incurrido en error patente podrá imputársele un defecto de motivación vulnerador del art. 37.4 LA (y reiteramos, no del art. 24.1 CE)" [STC 17/2021, FJ 2].

- "...conviene dejar sentado que el art. 37.4 LA únicamente dispone que 'el laudo será siempre motivado', pero no impone expresamente que el árbitro deba decidir sobre todos los argumentos presentados por las partes o que deba indicar las pruebas en las que se ha basado

para tomar su decisión sobre los hechos, o motivar su preferencia de una prueba sobre otra. Las únicas precisiones legales sobre el contenido del laudo que se encuentran en la Ley de arbitraje son negativas, en cuanto se refieren a las limitaciones que se imponen a la decisión arbitral, derivadas de lo establecido en el art. 41.1 LA sobre los motivos de anulación del laudo, particularmente no resolver sobre cuestiones no sometidas a su decisión o no susceptibles de arbitraje, y no contrariar el orden público. Es decir, de la regulación legal tan solo se sigue que el laudo ha de contener la exposición de los fundamentos que sustentan la decisión, pero no que la motivación deba ser convincente o suficiente, o que deba extenderse necesariamente a determinados extremos. (...)

Para respaldar esta conclusión sobre la extensión del deber de motivación del laudo, basta considerar que, aunque, como hemos señalado anteriormente, ese deber de motivación de los laudos es un aspecto de pura determinación legal, y que no deriva del art. 24.1 CE, quedaría fuera de toda lógica entender que esa escueta previsión legal contiene un mandato más exigente que el que impone a los órganos judiciales, en cuanto al deber de motivación de sus resoluciones, el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva sin indefensión reconocido en dicho precepto constitucional, en la medida que para la satisfacción de ese derecho no se les exige ‘un razonamiento exhaustivo y pormenorizado de todos los aspectos y perspectivas que las partes puedan tener de la cuestión que se debate, sino que deben considerarse suficientemente motivadas aquellas resoluciones judiciales que vengan apoyadas en razones que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales fundamentadores de la decisión o, lo que es lo mismo, la *ratio decidendi*, de manera que no existe un derecho fundamental del justiciable a una determinada extensión de la motivación judicial’ (entre otras muchas, STC 3/2019, de 14 de enero, FJ 6). Y tampoco se incluye en el derecho a la tutela judicial efectiva un derecho al acierto judicial en la selección, interpretación y aplicación de las normas, ya que, ‘según es consolidada doctrina constitucional, el derecho reconocido en el art. 24.1 CE no garantiza la corrección jurídica de la interpretación y aplicación del Derecho llevada a cabo por los jueces y tribunales’ (STC 46/2020, de 15 de junio, FJ 3)” [STC 17/2021, FJ 3].

- “Asentado, por consiguiente, el arbitraje en la autonomía de la voluntad y la libertad de los particulares (arts. 1 y 10 CE), el deber de motivación del laudo no se integra en el orden público exigido en el art. 24 CE para la resolución judicial, sino que se ajusta a un parámetro propio, definido en función del art. 10 CE. Este parámetro deberán configurarlo, ante todo, las

propias partes sometidas a arbitraje a las que corresponde, al igual que pactan las normas arbitrales, el número de árbitros, la naturaleza del arbitraje o las reglas de prueba, pactar si el laudo debe estar motivado (art. 37.4 LA) y en qué términos. En consecuencia, la motivación de los laudos arbitrales carece de incidencia en el orden público” [STC 65/2021, FJ 5. En el mismo sentido, SSTC 50/2022, FJ 3].

- En particular, en el arbitraje de equidad:

“...cuando las partes se someten a un arbitraje de equidad, aunque ello no excluya necesariamente la posibilidad de que los árbitros refuercen ‘su saber y entender’ con conocimientos jurídicos, pueden prescindir de las normas jurídicas y recurrir a un razonamiento diferente al que se desprende de su aplicación, porque lo que se resuelve *ex aequo et bono* debe ser decidido por consideraciones relativas a lo justo o equitativo. Y aquí también debe quedar meridianamente claro que es el tribunal arbitral el único legitimado para optar por la solución que considere más justa y equitativa, teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso, incluso si tal solución es incompatible con la que resultaría de la aplicación de las normas del derecho material. El canon de motivación, en este caso, es más tenue, si bien es imprescindible que se plasmen en el laudo los fundamentos —no necesariamente jurídicos— que permitan conocer cuáles son las razones, incluso sucintamente expuestas, por las que el árbitro se ha inclinado por una de las posiciones opuestas de los litigantes [STC 17/2021, FJ 2].

4. Doctrina sobre el significado de la noción de orden público como causa de la acción de anulación. Distinción entre orden público material y orden público procesal

- “Es cierto que la contravención del ‘orden público’ se establece en el art. 41.1 f) de la Ley de arbitraje como motivo de anulación y en el art. V.2 B) del Convenio de Nueva York de 1958 como causa de denegación del reconocimiento de laudos extranjeros. (...).

Es jurisprudencia reiterada de este Tribunal la de que por orden público material se entiende el conjunto de principios jurídicos públicos, privados, políticos, morales y económicos, que son absolutamente obligatorios para la conservación de la sociedad en un pueblo y en una época determinada (SSTC 15/1987, de 11 febrero; 116/1988, de 20 junio, y 54/1989, de 23 febrero), y, desde el punto de vista procesal, el orden público se configura como el conjunto de formalidades y principios necesarios de nuestro ordenamiento jurídico

procesal, y solo el arbitraje que contradiga alguno o algunos de tales principios podrá ser tachado de nulo por vulneración del orden público.

Puede decirse 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” [STC 46/2020, FJ 4. En el mismo sentido, SSTC 17/2021, FJ 2; 65/2021, FJ 3; 50/2022, FJ 3; 79/2022, FJ 2].

5. Doctrina sobre el alcance y los límites de la revisión judicial del laudo por contradicción con el orden público en la acción de anulación [art. 41.1.f) de la Ley de Arbitraje],

A) Alcance de su control (lo que puede revisar el órgano judicial)

a) Dicho control está sujeto a interpretación restrictiva:

“[Se impone al órgano judicial] la necesidad de llevar a cabo una interpretación restrictiva del mismo [concepto de orden público], so pena de vulnerar la autonomía de la voluntad de las partes (art. 10 CE) y su renuncia puntual a la tutela jurisdiccional (art. 24 CE)” [STC 17/2021, FJ 2. En el mismo sentido, SSTC 50/2022, FJ 3].

b) Comprende los supuestos de procedencia del arbitraje y la regularidad y garantías del procedimiento arbitral:

- “[La valoración del órgano judicial] 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, FJ 2. En el mismo sentido, SSTC 50/2022, FJ 3; 79/2022, FJ 2].

- “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, FJ 2. En el mismo sentido, SSTC 65/2021, FJ 3; 50/2022, FJ 3; y ATC 1/2023, FJ 4.b)].

c) También la existencia de motivación en el laudo pero no su suficiencia, salvo excepción

- “De esto se sigue que el órgano judicial que tiene atribuida la facultad de control del laudo arbitral, como resultado del ejercicio de una acción extraordinaria de anulación, no puede examinar la idoneidad, suficiencia o la adecuación de la motivación, sino únicamente comprobar su existencia, porque, salvo que las partes hubieren pactado unas determinadas exigencias o un contenido específico respecto a la motivación, su insuficiencia o inadecuación, el alcance o la suficiencia de la motivación no puede desprenderse de la voluntad de las partes (art. 10 CE). Cabe, pues, exigir la motivación del laudo establecida en el art. 37.4 LA, pues las partes tienen derecho a conocer las razones de la decisión” [STC 65/2021, FJ 5. En el mismo sentido, STC 50/2022, FJ 3].

- “De ese modo, las posibilidades de control judicial sobre la motivación del laudo son en cierto modo similares a las que el tribunal reconoce cuando revisa en amparo las decisiones judiciales, insistiendo desde antiguo en que ‘este tribunal no es una tercera instancia casacional en la que se pueda entrar a valorar las pruebas, sustituyendo a los jueces y tribunales ordinarios en la función exclusiva que les atribuye el art. 117.3 CE, quedando limitada su función a comprobar que haya habido una actividad probatoria de cargo válida y que la resolución judicial no haya sido arbitraria, irracional o absurda (SSTC 96/2000, de 10 de abril, FJ 5, y 12/2004, de 9 de febrero, FJ 2), o lo que es lo mismo, debe controlar únicamente la razonabilidad del discurso que une la actividad probatoria y el relato fáctico que de ella resulta (por todas, SSTC 123/2006, de 24 de abril, FJ 5; 245/2007, de 10 de diciembre, FJ 7, y 147/2009, de 15 de junio)’. En este caso, la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid no es una tercera instancia y solo debe controlar que se han cumplido las garantías del procedimiento arbitral y el respeto a los derechos y principios de defensa, igualdad, bilateralidad, contradicción y prueba; así como que la resolución arbitral no sea arbitraria, irracional o absurda desde un mero control externo, lo que significa que no lo sea sin entrar a valorar el fondo del asunto” [STC 65/2021, FJ 5].

d) La infracción de normas imperativas

- “[Procede el control judicial] cuando el laudo (...) infrinja normas legales imperativas...” [STC 17/2021, FJ 2. En el mismo sentido, SSTC 65/2021, FJ 3; 50/2022, FJ 3; ATC 1/2023, FJ 4.b)].

e) Los presupuestos de una institución procesal

“...la acreditación de la concurrencia de los presupuestos procesales que llevan a la apreciación del instituto de la prejudicialidad penal es una cuestión que ha de valorarse por el tribunal arbitral, en cuanto que ese juicio no excede del ámbito de la legalidad ordinaria (STC 224/1988, de 25 de noviembre, FJ 5), correspondiendo al órgano judicial únicamente controlar si esa decisión es respetuosa con las exigencias del orden público (STC 46/2020, FJ 4)” [STC 50/2022, FJ 5].

B) Límites del control (lo que le está vedado hacer al órgano judicial)

a) No puede revisar el fondo del asunto sometido a arbitraje ni sustituir la decisión del árbitro por la suya propia

- “Precisamente porque el concepto de orden público es poco nítido se multiplica el riesgo de que se convierta en un mero pretexto para que el órgano judicial reexamine las cuestiones debatidas en el procedimiento arbitral desnaturalizando la institución arbitral y vulnerando al final la autonomía de la voluntad de las partes. El órgano judicial no puede, con la excusa de una pretendida vulneración del orden público, revisar el fondo de un asunto sometido a arbitraje y mostrar lo que es una mera discrepancia con el ejercicio del derecho de desistimiento de las partes” [STC 46/2020, FJ 4. En el mismo sentido, STC 65/2021, FJ 3].

- “...de acuerdo con la doctrina anteriormente reproducida, entiende este Tribunal que debe reputarse contrario al derecho a la tutela judicial efectiva de los recurrentes el razonamiento del órgano judicial que niega virtualidad a un acuerdo basado en el poder dispositivo de las partes sin que medie norma prohibitiva que así lo autorice, imponiendo una decisión que subvierte el sentido del proceso civil y niega los principios en que se basa, en concreto, el principio dispositivo o de justicia rogada” [STC 46/2020, FJ 4. En el mismo sentido, STC 55/2021, FJ 3].

- "...la valoración del órgano judicial competente sobre una posible contradicción del laudo con el orden público, no puede consistir en un nuevo análisis del asunto sometido a arbitraje, sustituyendo el papel del árbitro en la solución de la controversia..." [STC 17/2021, FJ 2. En el mismo sentido, SSTC 50/2022, FJ 3].

- "Debe quedar, por tanto, firme la idea de que el motivo previsto en el apartado 1, letra f) del art. 41 LA no permite sustituir el criterio alcanzado por el árbitro por parte de los jueces que conocen de la anulación del laudo, así como que la noción de orden público no puede ser tomada como un cajón de sastre o una puerta falsa -en palabras del propio Tribunal Superior de Justicia de Madrid (sentencia de 21 mayo de 2013)- que permita el control de la decisión arbitral" [STC 17/2021, FJ 2. En el mismo sentido, SSTC 65/2021, FJ 3; 79/2022, FJ 2].

- "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, ni un mecanismo de control de la correcta aplicación de la jurisprudencia. Por consiguiente, debe subrayarse una vez más que si la resolución arbitral no puede tacharse de arbitraria, ilógica, absurda o irracional, no cabe declarar su nulidad amparándose en la noción de orden público" [STC 17/2021, FJ 2].

- "No cabe deducir de la previsión legal la necesidad de que el árbitro analice en el laudo todas las pruebas y argumentos de las partes, sino tan solo que consten las razones de la decisión" [STC 17/2021, FJ 3].

- "...sin que tampoco se obligue a que tales razones [que fundan la decisión del laudo] deban ser correctas, según el criterio del juez que deba resolver su impugnación" [STC 17/2021, FJ 3].

- "...no es lícito anular un laudo arbitral, como máxima expresión de la autonomía de las partes (art. 10 CE) y del ejercicio de su libertad (art. 1 CE) por el solo hecho de que las conclusiones alcanzadas por el árbitro o por el colegio arbitral sean consideradas, a ojos del órgano judicial, erróneas o insuficientes, o, simplemente, porque de haber sido sometida la controversia a su valoración, hubiera llegado a otras bien diferentes" [STC 65/2021, FJ 3. En el mismo sentido, STC 50/2022, FJ 3].

- “El Tribunal reitera, pues, que el control que pueden desplegar los jueces y tribunales que conocen de una pretensión anulatoria del laudo es muy limitado, y que no están legitimados para entrar en la cuestión de fondo ni para valorar la prueba practicada, los razonamientos jurídicos y las conclusiones alcanzadas por el árbitro” [STC 65/2021, FJ 4. En el mismo sentido, STC 50/2022, FJ 3].

- “En consecuencia, en aquellos supuestos en los que el árbitro razona y argumenta su decisión, habrá visto cumplida la exigencia de motivación, sin que el órgano judicial pueda revisar su adecuación al derecho aplicable o entrar a juzgar sobre la correcta valoración de las pruebas, por más que de haber sido él quien tuviera encomendado el enjuiciamiento del asunto, las hubiera razonado y valorado de diversa manera” [STC 65/2021, FJ 5. En el mismo sentido, STC 50/2022, FJ 3].

- “El tribunal no comparte el criterio de la sentencia, no solo porque aplica las exigencias de motivación propias de las resoluciones judiciales (art. 24.1 CE) a los laudos arbitrales, ensanchando así la noción de orden público del art. 41.1 f) LA -pues como se declara *supra*, unos y otros se asientan en derechos constitucionales diferentes (arts. 10 y 24 CE)-; sino, especialmente, porque entra en el fondo del debate de la cuestión controvertida, en vez de limitar su actuación de fiscalización a comprobar los posibles errores *in procedendo* o a la ausencia de motivación” [STC 65/2021, FJ 6].

- “El interés, por tanto, que subyace en el rechazo [judicial] del desistimiento [formalizado por la parte demandante de la acción de anulación] se contrae al propio interés de esta Sala de pronunciarse sobre las cuestiones debatidas por las partes, a pesar de la nula intención de estas, lo que no puede considerarse un interés público legítimo, y más aún cuando contaría las reglas de disposición del proceso civil y puede incluso crear un conflicto entre los litigantes, más que solucionarlo, como es el fin del proceso, al alterar los acuerdos a los que han llegado e imponer a una de las partes las costas del contrario’ [STC 55/2021, FJ 3].

- “...no permite una revisión del fondo de la cuestión decidida por el árbitro, ni debe ser considerada como una segunda instancia, pudiendo fundarse exclusivamente en las causas tasadas establecidas en la ley, sin que ninguna de ellas -tampoco la relativa al orden público-

pueda ser interpretada de modo que subvierta esta limitación” [STC 17/2021, FJ 2. En el mismo sentido, SSTC 50/2022, FJ 3 y 79/2022, FJ 2].

- “En estos casos, el órgano judicial no es una nueva instancia dado que la acción de anulación contra el laudo habilita un control judicial meramente externo y no de fondo sobre la cuestión sometida a arbitraje. Por tanto, solo debe controlar que se han cumplido las garantías del procedimiento arbitral y el respeto a los derechos y principios de defensa, igualdad, bilateralidad, contradicción y prueba” [STC 50/2022, FJ 3].

b) En particular, el debate sobre las pruebas

- “El debate sobre el contenido de las pruebas practicadas en el proceso arbitral, sobre la eficacia probatoria de las mismas, sobre su fuerza acreditativa, está, en principio, vedado al órgano judicial” [STC 79/2022, FJ 3].

c) En particular, la selección e interpretación de la norma sustantiva aplicable y en su caso la subsunción de los hechos en aquella.

- “Como puede observarse, el órgano judicial, a pesar de reconocer expresamente la labor desplegada por el colegio arbitral en el enjuiciamiento y redacción del laudo, sin embargo, califica como arbitraria y errónea su decisión y, por ello, vulneradora del orden público. Para este tribunal, el ensanchamiento del concepto de orden público que realiza la resolución impugnada para revisar el fondo del litigio, excede del alcance de la acción de anulación, al margen de desconocer el poder de enjuiciamiento de los árbitros y la autonomía de la voluntad de las partes vulnerando el art. 24.1 CE. Aunque pudiera existir duda sobre la necesidad de que cualquier incumplimiento contractual conlleve la causación de daños y por ende la obligación de indemnizar, hay que subrayar que el derecho a la motivación del laudo, cuando sea preceptiva, no comporta la garantía de acierto del colegio arbitral ni de estimación de las pretensiones deducidas, ni un concreto entendimiento del sentido y alcance de la legislación aplicable al caso concreto (como acaece, *mutatis mutandis*, con las resoluciones judiciales y se declara en las SSTC 50/1997, FJ 3, y 45/2005, FJ 3, entre otras muchas).

Por consiguiente, el tribunal aprecia que en el presente caso el órgano judicial ha incurrido en la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, como consecuencia un entendimiento extensivo del concepto de ‘orden público’ del art. 41.1 f) LA, que lo ha llevado a imponer a los árbitros una valoración distinta acerca de la obligación indemnizatoria en materia de incumplimiento contractual. El laudo impugnado no incurrió en irrazonabilidad o arbitrariedad, ni partió de premisas inexistentes o siguió un desarrollo argumental que incurriera en quiebras lógicas de tal magnitud que las conclusiones alcanzadas no puedan considerarse basadas en ninguna de las razones aducidas” [STC 65/2021, FJ 6. En el mismo sentido, STC 50/2022, FJ 5].

-“...Pero lo que el órgano judicial tiene vedado es, bajo pretexto de la realización del anterior examen externo, sustituir la valoración y motivación del tribunal arbitral por la suya propia, pues con ello excede sus atribuciones realizando una interpretación extensiva e injustificada de sus facultades de control del concepto de orden público del art. 41.1 f) de la Ley 60/2003 que supera el alcance de la acción de anulación.

Eso es lo que ha sucedido en el presente caso (...) El resultado es que, a través del juicio de anulación, se ha sustituido la decisión de los árbitros por la de los jueces, cambiando, como pone de manifiesto el fiscal, la valoración que hace el laudo por la de la sentencia. (...) La sentencia entra así en el fondo del debate de la cuestión controvertida, en vez de limitar su actuación de fiscalización a comprobar los posibles errores *in procedendo* o a la ausencia de motivación. Aprecia que el laudo está motivado pero la motivación del tribunal arbitral no le resulta convincente o, simplemente, no la comparte y, en virtud de ello, la sustituye por la suya, es decir, por un entendimiento distinto del alcanzado por el tribunal arbitral sobre la concurrencia o no de la prejudicialidad penal. (...) Que no se obtengan las mismas conclusiones no significa otra cosa que la existencia de una mera discrepancia de pareceres entre el árbitro y el órgano judicial, pero en absoluto puede hablarse de una vulneración del deber de motivar el laudo o de una decisión irracional por parte de quien fue encargado de dirimir la controversia” [STC 50/2022, FJ 5].

- “Lo mismo cabe decir de la selección de la norma jurídica aplicable, su interpretación y subsunción en ella de los hechos probados, porque es una facultad que le corresponde exclusivamente al colegio arbitral designado por las partes y al que han encomendado, en virtud

de su autonomía de la voluntad, la decisión de su controversia, con exclusión de los tribunales de justicia ordinarios” [STC 79/2022, FJ 3].

6. Doctrina sobre el canon de control constitucional de las resoluciones judiciales que resuelven la acción de anulación de laudos arbitrales

En las sentencias que conforman la doctrina de referencia, la faceta del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) concernida es la del derecho a una resolución motivada y que esté fundada en Derecho, aplicando un canon externo de control para verificar si la resolución impugnada es arbitraria, irrazonable o incurre en un error fáctico patente, partiendo en concreto de los límites impuestos al órgano judicial que resuelve la acción de anulación por contradicción del laudo con el orden público. Este es también el canon que hemos de aplicar para resolver el presente recurso de amparo.

- “...debemos dilucidar ahora si la motivación dada por el órgano judicial para anular el laudo arbitral es conforme con nuestro canon de motivación *ex* art. 24.1 CE. Dicho de otra manera, al igual que en otros supuestos semejantes, debe insistirse también ahora en que únicamente nos corresponde comprobar si la interpretación efectuada por las resoluciones impugnadas es o no respetuosa con el derecho a la tutela judicial efectiva de las demandantes de amparo y, en particular, como antes se ha subrayado, si esa interpretación revela un rigor o formalismo exagerado en relación con los fines que trata de preservar y el sacrificio que comporta y en, consecuencia, acaba por convertir en impracticable el arbitraje como modo heterónomo de resolución de conflictos, al que -recordemos de nuevo- es consustancial la mínima intervención de los órganos jurisdiccionales por virtud y a favor de la autonomía de la voluntad de las partes, que han decidido sustraer de la jurisdicción la resolución de sus posibles controversias y deferir a los árbitros el conocimiento y solución de sus conflictos, que desde ese momento quedan vedados a la jurisdicción por expresa voluntad de las partes” [STC 17/2021, FJ 3. En el mismo sentido, STC 79/2022, FJ 2].

- “En conclusión, este tribunal entiende que la decisión del órgano judicial (...) fue contraria al canon de razonabilidad de las resoluciones judiciales y, por ello, vulneró el derecho fundamental de la demandante de amparo (...) a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE)” [STC 55/2021, FJ 3].

- “Tampoco es soslayable -a nuestro juicio- la relevante y general repercusión social o económica de la cuestión que en estos recursos ha suscitado, pues el mantenimiento de la tesis del órgano judicial puede afectar a un gran número de asuntos en los que las partes han acordado someter a arbitraje la resolución de sus diferencias, cuando no puede llegar a desincentivar el recurso a este sistema de solución de conflictos ante la eventualidad de que lo decidido por los árbitros a los que hayan acudido las partes en ejercicio de su autonomía de la voluntad, pueda ser objeto de una íntegra revisión en cuanto al fondo por los órganos judiciales, abocando a la inutilidad el referido sistema” [STC 79/2022, FJ 3].

7. Aplicación de la doctrina al caso planteado

La sentencia de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid anula parcialmente el laudo impugnado en la acción de anulación promovida por la parte actora del procedimiento arbitral, al entender que comete un error en la selección de la normativa aplicable, puesto que la mayoría del colegio arbitral sustenta su decisión, según se desprende de los apartados 293 y 294 del laudo, en el examen exclusivo de las conductas colusorias previstas en el art. 1.1 de la LDC, obviando que el apartado 4 de dicho precepto señala que: “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 TFUE] a determinadas categorías de acuerdos, decisiones de asociaciones de empresa y prácticas concertadas, incluso cuando las correspondientes conductas no pueden afectar al comercio entre los Estados miembros”. De la necesaria aplicación de este apartado se deriva, según la sentencia, que la defensa de la competencia se basa en un sistema de doble espejo o doble barrera de control, y por lo tanto para esclarecer si los pactos celebrados entre las dos empresas enfrentadas en el proceso arbitral son incompatibles con la normativa de la defensa de la competencia, tenía que haber analizado el laudo el art. 101 TFUE y otros instrumentos de interpretación de éste; así como también de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, donde éste ha ido fijando los aspectos definitorios del mercado interior; sin que el marco geográfico de aplicación de la cláusula de exclusiva permita excluir el Derecho de la Unión, “cuya aplicabilidad no puede ser desechada de un modo axiomático -como el laudo hace-”, teniendo además en cuenta el valor económico de una de esas empresas -Cabify.

A partir de esta premisa, la sentencia entiende que esté incluida en la función de control del Tribunal Superior de Justicia en este ámbito de la acción de anulación por contravención del orden público, “la naturaleza disponible; o no, de la materia controvertida, su régimen jurídico”; la aplicación de normas imperativas -aunque sean relaciones materiales disponibles- y conforme a la doctrina de este Tribunal Constitucional, los “principios admitidos internacionalmente”, como serían los de primacía y efecto directo del Derecho de la Unión Europea, aquí indebidamente inaplicados por el laudo impugnado. Señala que el Tribunal de Justicia de la CE dictó la sentencia de 1 de junio de 1999 en el asunto C-126/97 *Eco Swiss contra Benetton*, donde declara que el art. 81.1 del Tratado Constitutivo CE (hoy art. 101 TFUE), es una disposición fundamental del mercado y forma parte del orden público económico del Derecho comunitario. Y así, en ejercicio de esta competencia jurisdiccional, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid pasan a exponer en detalle cuáles son las pautas del Tribunal de Justicia para determinar si un acuerdo es contrario a la competencia dentro del mercado interior, y la doctrina de este Tribunal Constitucional acerca de la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) por el desconocimiento de los principios de primacía y efecto directo del Derecho de la Unión, por lo que tienen que ser anulados los dos primeros puntos del fallo del laudo dictado, por infracción del orden público ex art. 41.1.f) de la Ley de Arbitraje, lo 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 Tribunal de Justicia de la Unión Europea aplicable al caso, y de no haber justificado dicha exclusión normativa y jurisprudencial”. El posterior auto de 11 de enero de 2022 defiende la corrección del enjuiciamiento efectuado en la sentencia, afirmando que con ello no ha dejado de acatar la doctrina de este Tribunal Constitucional en la materia, si bien habla de la posibilidad de manifestar una “discrepancia razonada”. Estas reflexiones de la Sala del Tribunal Superior de Justicia serán objeto de consideración en el fundamento jurídico 8 de la presente sentencia.

Para resolver la queja que aduce la supuesta vulneración del derecho a una resolución judicial motivada y fundada en Derecho (art. 24.1 CE) planteada por la entidad promotora de este recurso de amparo, ha de darse respuesta a un primer interrogante, a saber: si el Tribunal Superior podía controlar la alegada inaplicación del art. 101 TFUE por parte de los árbitros, a fin de determinar si se había contradicho el orden público por el laudo impugnado. En caso afirmativo, hemos de enjuiciar a continuación si el examen emprendido a este respecto por la

Sala *a quo* resultó o no respetuoso con los límites marcados por nuestra doctrina constitucional, de la que ya se hizo detallado recordatorio en los fundamentos jurídicos anteriores.

A) Con relación a la primera cuestión, procede realizar las siguientes consideraciones:

a) Hemos reconocido dentro del ámbito de control judicial ya indicado, la posible infracción por el laudo de normas legales imperativas [SSTC 17/2021, FJ 2; 65/2021, FJ 3; 50/2022, FJ 3 y ATC 1/2023, FJ 4.b)]; naturaleza de la que participa el art. 1 de la LDC en todos sus apartados, al contemplar el elenco de acuerdos y prácticas prohibidas por afectar a la competencia, así como sus excepciones; siendo que el apartado 4 remite a su vez a lo dispuesto en el art. 81.3 del Tratado CE (hoy, art. 101.3 TFUE). El propio laudo arbitral señala en el apartado 286 que “en materia de nulidad, la cuestión es de derecho imperativo y en buena medida de orden público”.

b) La doctrina de este Tribunal Constitucional ha venido identificando la existencia de un orden público económico constitucionalizado, concretamente en aquellas normas de nuestra Carta Magna que “en materia de contratos, al ser el contrato un instrumento jurídico al servicio de la economía ha de orientarse al cumplimiento de los principios de unidad de mercado y libre circulación de personas y bienes (art. 139 CE), solidaridad y equilibrio económico (arts. 2 y 138 CE) y planificación general de la actividad económica (art. 131 CE). Todas estas normas constitucionales persiguen la ordenación general del orden público económico y son reglas esenciales en el orden jurídico global al ser las normas que determinan la estructura y el sistema económico de la sociedad” (SSTC 132/2019, de 13 de noviembre, FJ 6; 157/2021, de 16 de septiembre, FJ 9; y 120/2024, de 8 de octubre, FJ 5).

Ese mismo papel cabe atribuirlo al art. 101 TFUE. En la sentencia de 1 de junio de 1999 del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (hoy Tribunal de Justicia de la Unión Europea), asunto *C-126/97 Eco Swiss China Time Ltd y Benetton International NV*, a propósito del entonces vigente art. 85 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (en el texto anterior a la versión consolidada tras la firma del Tratado de Amsterdam el 2 de octubre de 1997, donde pasó a ser el art. 81; y posteriormente el art. 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea en 2009, como resultado de la firma del Tratado de Lisboa), el Tribunal afirmó claramente que el mencionado precepto es una disposición fundamental para el funcionamiento del mercado interior dentro de la comunidad económica europea, y que su

aplicación debe ser objeto de control judicial en un recurso de anulación contra un laudo arbitral previsto en alguno de los Estados miembros, basado en concreto en la inobservancia del orden público, porque la norma señalada participa de esta naturaleza:

- Apartado 36: “No obstante, con arreglo al artículo 3, letra g), del Tratado CE [actualmente, artículo 3 CE, apartado 1, letra g)], el artículo 85 del Tratado constituye una disposición fundamental indispensable para el cumplimiento de las misiones confiadas a la Comunidad, especialmente para el funcionamiento del mercado interior. La importancia de dicha disposición hizo que los autores del Tratado establecieran expresamente en el apartado segundo del artículo 85 del Tratado, que los acuerdos y decisiones prohibidos por este artículo son nulos de pleno Derecho”.

- Apartado 37: “De ello se deduce que, en la medida en que un órgano jurisdiccional nacional deba, en aplicación de sus normas procesales internas, estimar un recurso de anulación de un laudo arbitral basado en la inobservancia de normas nacionales de orden público, también debe estimar tal recurso basado en la inobservancia de la prohibición impuesta en el apartado 1 del artículo 85 del Tratado”. (...)

- Apartado 39: “En efecto, por los motivos mencionados en el apartado 36 de la presente sentencia, el artículo 85 del Tratado puede considerarse una disposición de orden público en el sentido de dicho Convenio”. (...)

- Apartado 41: “Por consiguiente, procede responder a la segunda cuestión que un órgano jurisdiccional nacional al que se ha presentado un recurso de anulación de un laudo arbitral debe estimarlo cuando considere que el laudo es efectivamente contrario al artículo 85 del Tratado, si conforme a las normas procesales internas debe estimar un recurso de anulación basado en el incumplimiento de normas nacionales de orden público”.

Este último apartado es llevado como punto 1) del fallo del Tribunal en dicha sentencia.

c) Procede por tanto aclarar nuestra doctrina sobre el control judicial en la acción de anulación contra laudos arbitrales, respecto de la infracción del orden público material, diciendo que tienen esta condición no solamente las normas de nuestra Constitución que ha reconocido este Tribunal Constitucional como integrantes del orden público económico, sino también las

normas materiales de orden público así declaradas por el Tribunal de Justicia en el ámbito del Derecho de la Unión Europea, de conformidad con nuestras tradiciones constitucionales comunes (art. 6.3 del Tratado de la Unión Europea).

En este caso, tiene dicha naturaleza el art. 101 del TFUE, que no ha sufrido cambios de redacción con sus distintas anteriores.

La anterior conclusión deriva de la aplicación en este caso de los principios de equivalencia y efectividad del Derecho de la Unión Europea para casos como el presente, en el que regulaciones normativas semejantes inciden sobre la cuestión planteada en la controversia sometida a arbitraje, imponen que las normas declaradas de orden público por la jurisprudencia interpretativa del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sean tomadas en consideración para valorar la supuesta contrariedad al orden público nacional del laudo arbitral, al delimitar su ámbito de control judicial. De esta forma, si bien los requisitos establecidos por las legislaciones nacionales en materia de limitación de prácticas restrictivas de la competencia y sus excepciones no pueden ser menos favorables que los que se aplican al resolver controversias semejantes de naturaleza interna (principio de equivalencia) tampoco pueden interpretarse ni articularse de manera que hagan en la práctica imposible o excesivamente difícil la aplicación de la normativa de Derecho de la UE declarada principio de orden público (principio de efectividad) [sobre el significado de ambos principios, entre otras sentencia de 26 de enero de 2010, asunto C- 118/08, *Transportes Urbanos y Servicios Generales, S.A.L. y Administración del Estado*, apartado 31 y jurisprudencia citada, y sentencia de 28 de junio de 2022 (Gran Sala), asunto C- 278/20, *Comisión Europea contra Reino de España*, apartado 33.

En consecuencia, la respuesta al primer interrogante ha de ser afirmativa, pues habiendo sido declarado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea que las previsiones del art. 101 del TFUE constituyen principios de orden público, formaba parte de la potestad de jurisdicción de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia el control de su supuesta inaplicación. Para ello, lógicamente, era necesario que la Sala hubiera podido apreciar, en un examen externo del contenido del laudo arbitral impugnado, que tal alegada inaplicación se había producido. Pasamos con ello a la segunda cuestión planteada

B) Al respecto, este Tribunal estima que la Sala del Tribunal Superior de Justicia incurrió en exceso de jurisdicción, con inobservancia de la doctrina constitucional dictada en

esta materia, al resolver la estimación parcial de la acción de anulación intentada contra el laudo dictado por el tribunal arbitral de la Corte de Arbitraje de la Cámara Oficial de Comercio, Industria y Servicios de Madrid en el asunto CAM 2956-19/AM-SG; estimación parcial fundada, como ya se ha venido diciendo, en que dicho laudo había prescindido del art. 1.4 LCD, el cual remitía al art. 101 TFUE, también inaplicado, y las normas comunitarias de interpretación de este último precepto.

Por tal motivo adelantamos que debe estimarse la demanda de amparo. Las razones son las siguientes:

a) Ante todo, llama la atención que si el problema suscitado no era que el laudo hubiera aplicado el Derecho Nacional -lo que está fuera de duda-, sino que además debía aplicar normas del Derecho de la Unión Europea, la parte demandante del procedimiento arbitral no hubiera acudido al trámite de complemento del laudo previsto en el art. 39.1.c) de la Ley de Arbitraje [“El complemento del laudo respecto de peticiones formuladas y no resueltas en él”], trámite que solo fue utilizado por la parte demandada a otros efectos -sin éxito-. En vez de eso, una vez firme el laudo, Cabify interpuso la acción de anulación denunciando la incongruencia *extra petita* del laudo -desestimado por la Sala- y la contradicción del orden público.

Por otro lado, y también con carácter previo, resulta evidente que no se puede reprochar al laudo que éste carezca de motivación, ni en general (404 apartados incluyendo la parte dispositiva, 99 páginas), ni en lo referente a la aplicación o no del Derecho de la Unión, como ahora se verá.

b) Centrándonos en la supuesta vulneración del orden público, la sentencia señala que el laudo impugnado ha desechado la aplicación del art. 1.4 LCD y el art. 101 TFUE, de manera “axiomática”, lo cual deduce de la lectura de los apartados 293 y 294 del laudo. Pues bien, desde nuestra esfera de control externo (derecho a una resolución jurídicamente fundada, art. 24.1 CE) sobre la sentencia traída en amparo. confirmada por el ulterior auto que rechazó el incidente de nulidad de actuaciones) esa afirmación se revela contraria a la realidad:

(i) Si bien el apartado 293 del laudo sienta la idea de principio de que “la posible infracción en materia de restricción de la competencia es la legislación española, no la comunitaria”, porque la conducta que se imputa a Cabify afecta “en todo caso exclusivamente

al mercado nacional”, tal afirmación la refuerza con una cita de doctrina científica sobre la dualidad normativa en este ámbito, pero advierte en el apartado 294 que “[e]l carácter orientador y de guía interpretativa del Derecho europeo en cuestiones de Derecho interno de la Competencia no puede ser puesto en duda”, aunque su alcance “dependerá de la cuestión de que se trate, como se verá”. Previamente, en los apartados 262 a 270, el laudo se ocupó extensamente de comentar un informe de la Comisión Europea de 2019, titulado “Competition Policy for the digital era”, sobre el que afirma que aporta datos para encuadrar el caso (apartado 270). Más adelante, en el apartado 287.6º (nota 169), se menciona como instrumento de análisis una Comunicación de la Comisión Europea relativa al mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria sobre competencia, en la que se determina que el elemento clave para el mercado relevante es la sustituibilidad del producto o servicio; criterio que emplea el laudo para dilucidar la controversia.

(ii) Si lo dicho resulta ilustrativo de que el laudo no desprecia de manera “axiomática” el Derecho de la Unión, lo que ya sí deviene determinante de la aplicación de este es el razonamiento del apartado 297 del propio laudo, donde se expresa -ya lo hemos reproducido en los antecedentes, pero procede traerlo a colación de nuevo- lo siguiente (las cursivas son nuestras):

“En definitiva, la actuación es contraria a la competencia si, aparte de encajar en las citadas categorías del artículo 1.1 LDC, conlleva una afectación a la competencia en tanto en cuanto tenga por objeto o por efecto (“produzcan o puedan producir el efecto” en los términos del artículo 1.1 LDC) impedir, restringir o falsear la competencia en todo o en parte del mercado nacional, *no estando por otra parte incurso en una excepción por categorías a las que alude el artículo 1.4 LDC, que se refiere a las contempladas por el apartado 3 del artículo 81 del Tratado CE*, o cuando no se trate de una conducta de menor importancia a las que alude el artículo 5 LDC (regla ‘de minimis’”).

Es claro por tanto y no ofrece dificultad dialéctica, que el laudo votado mayoritariamente sí tuvo en cuenta lo dispuesto en el art. 1.4 LDC, que revisó las excepciones contempladas en el apartado 3 del artículo 8ª del Tratado CE (art. 101 TFUE), y que no encontró ninguna que permitiera afirmar que pese a haber incurrido la empresa demandante del procedimiento arbitral en prácticas colusorias del art. 1 LDC referidas al mercado nacional, la

misma estarían amparadas por no tener la misma consideración por el ordenamiento de la Unión Europea. La afirmación de la Sala del Tribunal Superior de Justicia de que el laudo había inaplicado los mencionados arts. 1.4 LDC y 1 TFUE es incorrecta, y en ella, precisamente, fundamenta todo su discurso parcialmente anulatorio del laudo.

(iii) También desde una perspectiva de control externo, cabe constatar tras un simple cotejo entre el art. 1.1 LDC y el art. 101.1 TFUE, que ambas disposiciones -no por casualidad, desde luego en cuanto a la LDC- recogen un listado similar de acuerdos que pueden afectar al comercio, en el primer caso nacional y en el segundo entre los Estados miembros, cuando tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia; acuerdos que de tal guisa están prohibidos (de allí su carácter de normas imperativas) y son nulos de pleno Derecho (art. 1.2 LDC; art. 101.2 TFUE).

El art. 101.3 TFUE, al que se remite el art. 1.4 LDC, señala que el apartado 1 podrá ser declarado inaplicable a (las cursivas son nuestras):

“- cualquier acuerdo o categoría de acuerdos entre empresas; - cualquier decisión o categoría de decisiones de asociaciones de empresas; - cualquier práctica concertada o categoría de prácticas concertadas que contribuyan a mejorar la producción o la distribución de los productos o a fomentar el progreso técnico o económico, y reserven al mismo tiempo a los usuarios una participación equitativa en el beneficio resultante, y *sin que*:

a) impongan a las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables para alcanzar tales objetivos;

b) ofrezcan a dichas empresas la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos de que se trate”.

Por lo tanto, la exención de ilicitud está sujeta a que dichas prácticas no produzcan restricciones no indispensables para lograr sus objetivos de mejorar la producción o distribución de productos o servicios, y no suponga la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de lo que ofrece. A su vez, el art. 3.2 del Reglamento (CE) 1/2003, del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, “relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado CE”, permite aquellos acuerdos entre empresas

siempre que “no restrinjan la competencia en el sentido del apartado 1 del artículo 81 del Tratado, o que reúnan las condiciones del apartado 3 del artículo 81 del Tratado o que estén cubiertos por un reglamento de aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado”.

Nada de esto se deriva ni de la lectura del laudo ni de la sentencia; todo lo contrario, el laudo sostiene que a raíz del acuerdo de refinanciación entre ambas empresas en 2018, Cabify aprovechándose de su nueva situación en varias provincias españolas, al adquirir centenares de licencias VTC, restringió la competencia de Auro que se dedicaba al mismo negocio (tenían un acuerdo de comercialización), imponiendo a aquélla los precios y controlando la adjudicación de vehículos de Auro a los clientes. Las alusiones que hace la sentencia al valor económico de Cabify como empresa española, tomadas del propio laudo, de ningún modo proyectan la controversia al nivel comunitario que colige la Sala del Tribunal Superior de Justicia.

c) La sentencia recurrida en amparo debió, por tanto, tras la atenta lectura del laudo arbitral y no solo de algunos de sus apartados, y del cotejo de las normas concernidas, art. 1.4 LDC y art. 101 TFUE, haber desestimado la acción de anulación por supuesta contradicción con el orden público, porque ni se inaplicaron ambos preceptos (se respetó el control de doble barrera), ni se conculcó la doctrina constitucional o la del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre los principios de primacía y efecto directo.

Con inobservancia sin embargo sobre los límites de su jurisdicción en este ámbito, trazados por nuestra doctrina reproducida en los fundamentos jurídicos anteriores, la sentencia recurrida en amparo reprocha al laudo el haber incurrido en una “inmotivada selección del Derecho aplicable” o en un “error manifiesto” en dicha labor de selección, lanzándose sin motivo a disertar sobre la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en materia de competencia dentro del mercado comunitario, sustituyendo indebidamente al colegio arbitral en su tarea de sentar las premisas de derecho material sobre las cuales se debía resolver la controversia. Menos defendible todavía, si cabe, es que la sentencia tache la motivación del laudo como de “déficit absoluto de motivación”.

Advierte esta Sala, en fin, que no ha infringido la doctrina constitucional solo porque no se ha pronunciado sobre “cual hubiera sido el resultado de haber aplicado el Derecho de la Unión”, esto es, si las cláusulas declaradas nulas por el laudo debían serlo o no. Lo cierto es que esto último es irrelevante, porque lo que determina la transgresión de los límites de control

judicial en la acción de anulación no es dejar resuelta la controversia de arbitraje -que lógicamente también, si tal cosa se hace-, sino haberse inmiscuido en el debate sobre el fondo, para lo que basta proponer su propia selección de las normas aplicables y dar su interpretación propia sobre ellas, de manera discrepante a como lo ha hecho el laudo, que es lo que aquí ha sucedido [ver doctrina citada en fundamento jurídico 5, c)].

Por tanto, con arreglo a nuestro canon de control externo (fundamento jurídico 6), ha de otorgarse el amparo por resultar tanto la sentencia impugnada en amparo, como el auto posterior que reafirma sus criterios al rechazar el incidente de nulidad contra aquélla, vulneradores del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) de la entidad demandante, en su vertiente de derecho a una resolución jurídicamente fundada.

8. Sobre el derecho del órgano judicial a manifestar su “discrepancia razonada” con la doctrina constitucional

No podemos finalizar nuestro enjuiciamiento de las resoluciones impugnadas en este amparo, sin hacer una referencia a determinadas alusiones contenidas en el auto de 11 de enero de 2022, donde la Sala del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, al tiempo que afirma haber sido respetuosa con la doctrina constitucional de referencia, reivindica que el deber de acatamiento de los tribunales ordinarios -y por ende, de dicha Sala- a la doctrina de este Tribunal Constitucional:

“...no excluye la ‘discrepancia razonada’ inherente a la independencia judicial, que responde, además, a una necesidad reiteradamente puesta de manifiesto por el propio Tribunal Constitucional, la de evitar la petrificación del ordenamiento -v.gr. SSTC 242/1992, 141/1994, 205/1994...-, razón imperiosa de la que da cuenta por cierto el art. 3.1 CC [Código Civil], cuando establece la interpretación de las normas conforme a la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas. Esta evidencia resulta del mismo art. 50.1.b) LOTC, tal y como es interpretado por el Tribunal Constitucional, quien atribuye especial trascendencia constitucional (...) [cuando] considera que debe aclarar, precisar o incluso cambiar su precedente doctrina -entre muchas, SSTC 155/2009, FJ 2.b) y 132/2020, FJ 2. *Item más*, el Tribunal Constitucional, cuando examina la aplicación de su doctrina por los tribunales ordinarios, verifica siempre ‘si en el caso concurre algún elemento distintivo que obligue a una fundamentación o resultado diferente a lo declarado (hasta) entonces (v.gr., STC 64/2021, de 20 de marzo, FJ 3)’”.

Se impone entonces aclarar, visto el tenor del párrafo anterior, que la circunstancia de que un órgano judicial pueda cambiar sus criterios como resultado de la aplicación del art. 3.1 CC o sencillamente por percatarse de que el anteriormente empleado por él era erróneo (discrepar razonadamente consigo mismo), no solo es posible sino que siempre que sea un cambio motivado, resulta respetuoso con el derecho fundamental a la igualdad en la aplicación de la ley (art. 14 CE), como enseñan entre otras las sentencias que invoca dicha Sala. Que, por nuestra parte a su vez, este Tribunal Constitucional asimismo pueda considerar necesario aclarar o cambiar en algún punto una doctrina anterior, producto de una reflexión interna o como recepción de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea o del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia de derechos, es también una evidencia.

Ahora bien, lo que no está reconocido en el art. 123 de la Constitución o en los demás preceptos del Título VI relativo al Poder Judicial, ni en el Título IX de aquélla dedicado a las competencias de este Tribunal, ni en el art. 5.1 de la LOPJ [“La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico, y vincula a todos los Jueces y Tribunales, quienes interpretarán y aplicarán las leyes y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos”] ni, en fin, en el art. 40.2 de nuestra Ley Orgánica reguladora [“En todo caso, la jurisprudencia de los tribunales de justicia recaída sobre leyes, disposiciones o actos enjuiciados por el Tribunal Constitucional habrá de entenderse corregida por la doctrina derivada de las sentencias y autos que resuelvan los procesos constitucionales”], es que puede plantearse una “discrepancia razonada” de un órgano de la jurisdicción ordinaria con una doctrina de este Tribunal Constitucional, dejando de aplicar tal doctrina pertinente, porque no le parezca adecuada. De hecho, al hacerlo así de manera deliberada, nos obliga no a que cambiemos nuestra doctrina, sino a que admitamos el amparo por negativa manifiesta al deber de acatar la que está establecida [STC 155/2009, FJ 2.f)].

Dicho con otras palabras: no corresponde a un órgano judicial el sugerir o proponer a este Tribunal Constitucional un cambio o abandono de una determinada doctrina suya, mediante el expediente de resolver a espaldas de ella.

La independencia judicial (art. 117.1 CE) está salvaguardada en el ámbito que le es propio, que es el de la potestad jurisdiccional (art. 117.3), limitada por mandato del legislador

en el art. 41 de la Ley de Arbitraje y por la doctrina fijada por este Tribunal para permitir el ejercicio de la autonomía de la voluntad (arts. 1 y 10 CE) en aquellas materias disponibles en un procedimiento de arbitraje. Doctrina, repetimos una vez más, precisamente dictada a propósito de resoluciones emanadas de la misma Sala de lo Civil y Penal, donde cambiando la materia a debate (finalización anticipada del arbitraje por acuerdo de una o ambas partes, incumplimiento contractual en litigio, prejudicialidad penal, y ahora supuesta inaplicación del Derecho de la Unión Europea), sigue cometándose el mismo error de base de enjuiciamiento, la intromisión de la Sala en la autonomía de la voluntad de las partes o en la cuestión de fondo resuelta por el laudo arbitral, sustituyendo a los árbitros. De allí que debemos apreciar que las resoluciones impugnadas en este amparo incurren en negativa manifiesta del deber de acatar la doctrina de las SSTC 46/2020 y concordantes de este Tribunal.

Ya en la STC 79/2022 advertimos de los perniciosos efectos de mantener esta actitud, en cuanto puede afectar a la efectividad del sistema arbitral como sistema de solución de conflictos, ante la eventualidad de una indebida íntegra revisión judicial so pretexto de la contravención con el orden público, lo que puede abocar a su inutilidad (ver fundamento jurídico 6). No nos queda sino reiterarnos en esa admonición.

9. Efectos de la estimación del recurso

Como consecuencia de la estimación de la demanda, y tal y como hemos acordado en otras sentencias sobre esta misma materia y respecto por cierto de la misma Sala (SSTC 46/2020, FJ 4 y fallo; 17/2021, FJ 3 y fallo; 55/2021, FJ 3 y fallo; 65/2021, FJ 6; 50/2022, FJ 6; y 79/2022, FJ 3 y fallo), procede junto con la declaración del derecho vulnerado (tutela judicial efectiva), declarar la nulidad de las dos resoluciones impugnadas, con retroacción de las actuaciones al momento inmediatamente anterior al de haberse dictado la sentencia núm. 66/2021, de 22 de octubre de 2021, de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, para que en su lugar se dicte otra que resulte respetuosa con el derecho fundamental declarado.

FALLO



En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, por la autoridad que le confiere la Constitución de la Nación española, ha decidido estimar el recurso de amparo interpuesto por Auro New Transport Concept, S.L, y, en consecuencia:

1º Declarar que ha sido vulnerado el derecho fundamental de la demandante de amparo a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE).

2º Restablecerle en su derecho y, a tal fin, declarar la nulidad de la sentencia de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid núm. 66/2021, de 22 de octubre de 2021, recaída en el asunto civil núm. 24-2021, Procedimiento anulación de laudo arbitral núm. 17-2021; así como la nulidad del auto de la misma Sala, de 11 de enero de 2022, dictada en el mismo procedimiento.

3º Retrotraer el procedimiento al momento inmediatamente anterior al de dictarse la sentencia núm. 66/2021 indicada, para que la Sala de lo Civil y Penal dicte en su lugar otra sentencia que resulte respetuosa con el derecho fundamental declarado.

Publíquese esta sentencia en el “Boletín Oficial del Estado”.

Dada en Madrid, a dos de diciembre de dos mil veinticuatro.