

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID 66/2021, DE 22 DE OCTUBRE (ASUNTO «CABIFY-AURO»)

CÉSAR RIVERA

Socio, Cuatrecasas

BORJA ÁLVAREZ

Asociado principal, Cuatrecasas

Arbitraje. Revista de arbitraje comercial y de inversiones 1

Enero – Mayo 2022

Págs. 169-186

SUMARIO: I. ANTECEDENTES. II. CONSIDERACIONES SOBRE ORDEN PÚBLICO MATERIAL: ORDEN PÚBLICO ECONÓMICO INTEGRADO POR REGLAS IMPERATIVAS DE DERECHO DE LA COMPETENCIA DE LA UE. 1. *Control judicial en materia de orden público económico: la necesaria verificación por el tribunal de anulación de que el laudo observa las reglas imperativas y, en particular, las normas esenciales de Derecho de la competencia de la UE, «tal y como son entendidas por el TJUE».* 2. *Consideraciones sobre la «insoslayable aplicación al caso» del Derecho de la competencia de la UE.* 3. *La concreta infracción de orden público: indebida aplicación de la jurisprudencia del TJUE en materia de pactos restrictivos de la competencia por su objeto: asuntos Groupement des cartes bancaires y Budapest Bank.* 4. *Conclusión (mayoritaria) del TSJM.* 5. *Voto particular discrepante.* III. ENCAJE DE LA SENTENCIA EN LA DOCTRINA DEL TC EN MATERIA DE CONTROL JUDICIAL EN SEDE DE ANULACIÓN.

I. ANTECEDENTES

El 22 de octubre de 2021 la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid («TSJM») dictó sentencia núm. 66/2021

(la «Sentencia») anulatoria del laudo arbitral dictado en el asunto *Maxi Mobility Spain S. L. U. c. Auro New Transport Concept S. L.* («Cabify», «Auro» y «asunto Cabify-Auro»)¹. La Sentencia declaró la nulidad parcial del laudo por vulneración de orden público (art. 41.1.f) de la Ley española de arbitraje («LA»), basada en el error manifiesto en la selección del Derecho aplicable (*error iuris*) cometido por el tribunal arbitral, que, en opinión de la mayoría de la Sección 1.ª del TSJM, «vicia de raíz las premisas de enjuiciamiento asumidas [...] 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». Fue ponente de la Sentencia el magistrado D. Jesús M.ª Santos Vijande, formulando voto particular discrepante el magistrado-presidente D. Celso Rodríguez Padrón.

El laudo arbitral había resuelto la disputa suscitada entre Cabify y Auro (arbitraje CAM 2956), en el seno de la cual Cabify instó la declaración de incumplimiento por parte de Auro del pacto de exclusiva y no competencia establecido en la cláusula 2.2 del contrato de colaboración de 5 de diciembre de 2018 (el «Contrato»), así como la condena a Auro a cesar inmediatamente en la operación de licencias de arrendamiento de vehículo con conductor («licencias VTC») adscritas a la plataforma Cabify a través de Auro Travel y la condena a Auro a determinadas penalizaciones establecidas en la cláusula 10 del Contrato.

De acuerdo con el citado pacto de exclusiva y no competencia, Auro no podía utilizar otra plataforma tecnológica de intermediación en la prestación de servicios de transporte VTC distinta de la de Cabify. Al respecto, los antecedentes de la Sentencia (FJ 3) dan cuenta del argumento de la parte actora en anulación de que existían en realidad dos mercados relevantes a considerar en la relación Cabify-Auro, esto es, un supuesto de los que en materia de competencia se denominan escenarios de «distribución dual»:

- a) de un lado, en el segmento «aguas arriba» (*upstream*), el mercado de intermediación de servicios de transporte VTC, en el que existía una relación vertical entre Cabify (proveedor) y Auro (comprador), mercado en que resultaba de aplicación la cláusula de exclusiva y no competencia del Contrato; y
- b) de otro lado, en el segmento «aguas abajo» (*downstream*), el mercado de servicios de transporte de personas mediante vehículos con

1. [Roj: STSJ M 9028/2021 – ECLI:ES:TSJM:2021:9028.]

licencia VTC, en que Cabify y Auro son competidores en el plano horizontal, pero en el que no aplicaba la citada cláusula.

Por su parte, Auro reconvino en el arbitraje frente a Cabify solicitando que se declarara la nulidad de pleno derecho de la citada cláusula 2.2 y la cláusula 10 del Contrato (que establecía determinadas penalidades en caso de incumplimiento del pacto de exclusiva y no competencia), así como la resolución del Contrato con indemnización de daños y perjuicios consecuencia de determinados incumplimientos que habría cometido Cabify.

El tribunal arbitral (el «Tribunal Arbitral»), compuesto por D. Luis Felipe Castresana Sánchez (presidente), D. Ignacio Díez-Picazo Giménez y D. Juan Cadarso Palau (quien emitió voto particular discrepante), dictó laudo final el 29 de diciembre 2020 (el «Laudo») con el siguiente tenor literal:

1. Declarar la nulidad de pleno derecho de las cláusulas 2.2 y 10 g) e (i) del Contrato, por infringir el art. 1.1 LDC, estimando que dicha nulidad tiene efecto desde la firma de dicho Contrato, el día 5 de diciembre de 2018, no habiendo lugar a restitución de las obligaciones de las Partes en relación con las obligaciones de ambas surgidas al amparo de estas dos cláusulas.
2. Como consecuencia del pronunciamiento anterior, estimatorio de la pretensión principal de Aura [rectius, 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 Aura [rectius, Auro] de la obligación de no competencia establecida en la cláusula 2.2 del Contrato, (ii) la condena a Aura a cesar inmediatamente de operar las licencias VTC adscritas a la Plataforma Cabify a través de Aura Travel [rectius, 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 a Cabify consistentes en «La falta de pago del Service Fee» y «La incorporación de nuevos vehículos. Expansión geográfica».
4. Rechazar la declaración de incumplimientos contractuales formulados por Auro frente a Cabify en relación con «La falta de pago del Service Fee» y «La incorporación de nuevos vehículos. Expansión geográfica» y, en consecuencia, rechazar la declaración de resolución

del Contrato y la indemnización de los daños y perjuicios por estos conceptos.

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

[Pronunciamientos 6 y 7 sobre costas del arbitraje y rechazar de cuantas pretensiones no hubieran sido expresamente estimadas en la parte dispositiva].

Solicitado complemento y subsidiaria aclaración del Laudo por parte de Auro, el Tribunal Arbitral dictó resolución de 24 de febrero de 2021 desestimatoria del incidente de complemento y aclaración.

Cabify, como parte demandante-reconvenida en el arbitraje, interpuso acción de anulación parcial impugnatoria de los pronunciamientos 1 y 2 del Laudo. La acción de anulación se dirigió así, en esencia, contra la declaración del Laudo de que la cláusula 2.2 del Contrato –que prohibía a Auro operar sus licencias VTC en España a través de plataformas tecnológicas de intermediación distintas de la plataforma de Cabify– constituía una práctica restrictiva de la competencia «*por razón del objeto*» contraria al art. 1.1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (la «LDC»).

En particular, Cabify invocó dos causas de anulación: (i) primero, que el Laudo había resuelto la controversia sobre la validez de la citada cláusula en términos distintos de aquellos en los que las partes habían sometido la cuestión al Tribunal Arbitral, lo que determinaría la nulidad de los dos pronunciamientos impugnados *ex art. 41.1.c* de la LA (decisión sobre cuestiones no sometidas al tribunal arbitral); y (ii) segundo, infracción del orden público en su doble vertiente, formal y material, por recurrir la mayoría del Tribunal Arbitral a una motivación errónea y arbitraria, en tanto que contraria a la LDC, y vulneradora del orden público económico integrado por principios esenciales de Derecho de la Competencia de la UE (art. 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea («TFUE»)) y la jurisprudencia del TJUE recaída en supuestos de prácticas anticompetitivas por «razón del objeto»), determinante de su nulidad *ex art. 41.1.f* de la LA [*i.e.*, infracción de orden público].

La Sentencia estimó la demanda de anulación parcial planteada por Cabify y anuló los pronunciamientos 1 y 2 del Laudo final, por el segundo de los motivos de anulación invocados, esto es, por considerar que el Laudo resultaba contrario al orden público.

Por último, debemos advertir que los antecedentes de la Sentencia dan cuenta de la existencia de un laudo CAM dictado el 28 de junio de 2021 en un procedimiento arbitral paralelo (asunto CAM 2976) entre

Cabify y Cibeles Comfort Cars S. L. («Cibeles») que versaría sobre un contrato de colaboración de contenido similar y que habría resultado favorable a los intereses de Cabify (entendemos, manteniendo la validez del pacto de exclusiva y no competencia), respecto del que emitió voto particular el allí también coárbitro Prof. Ignacio Díez-Picazo Giménez. Ante la posible acción de anulación por parte de Cibeles contra dicho laudo, cabría esperar un análisis similar por parte del TSJM en lo concerniente al tratamiento del pacto de exclusiva y no competencia conforme a las reglas imperativas del Derecho de la UE y la jurisprudencia del TJUE.

II. CONSIDERACIONES SOBRE ORDEN PÚBLICO MATERIAL: ORDEN PÚBLICO ECONÓMICO INTEGRADO POR REGLAS IMPERATIVAS DE DERECHO DE LA COMPETENCIA DE LA UE

El primero de los motivos de anulación invocados por Cabify (decisión sobre cuestiones no sometidas a los árbitros) fue desestimado por el TSJM de forma expeditiva (FJ 2) en aplicación de su reiterada doctrina sobre imposibilidad de instar la anulación por incongruencia *extra petita* respecto de aquellos aspectos cuya corrección podía –y debía– instar la demandante ante el propio tribunal arbitral a través del incidente de rectificación de la extralimitación parcial del laudo *ex art.* 39.1.d) de la LA (*vid.* por todas, SSTSJ Madrid 13/2019, de 2 de abril; 18/2019, de 7 de mayo; 4/2020, de 8 de enero).

Clarificado lo anterior, y tal y como hemos anticipado, el TSJM estimó la nulidad parcial del laudo por infracción de orden público. El razonamiento de la mayoría del tribunal recoge un doble plano de análisis en cuanto al control de orden público en sede de anulación.

De un lado, la Sentencia analiza la aplicación del Derecho de la competencia efectuado en el Laudo y concluye que este incurre en un manifiesto error en la selección del Derecho aplicable (*error iuris*), como consecuencia del indebido desplazamiento del Derecho de la UE y la inobservancia de la doctrina del TJUE. Dicho *error iuris* es, además, cualificado por tratarse de reglas y criterios de imperativa aplicación para la resolución de la cuestión relativa a la validez de la cláusula de exclusiva y no competencia analizada, lo que conlleva una infracción del orden público económico (orden público material).

De otro lado, y estrechamente vinculado a lo anterior, concluye la Sentencia que la exclusión del Derecho imperativo aplicable se ha realizado sin el menor fundamento, incurriendo en un déficit de motivación constitucionalmente relevante. Afirma la Sentencia que el error es tan palmario (en otros puntos califica la selección del Derecho aplicable

como arbitraria) que «estamos ante una carencia absoluta de motivación [pues] ésta es más aparente que real, al sustentarse en unas premisas de enjuiciamiento equivocadas» (FJ 5). Debemos dejar apuntado, desde este momento, que este segundo plano de análisis es tratado de forma algo confusa en la Sentencia, que entremezcla en ocasiones los planos material y formal del orden público (FJ 5); así, comienza por razonar que existe un *error iuris* por vulneración de normas imperativas integrantes del orden público económico para acabar afirmando que estamos ante un déficit de motivación constitucionalmente relevante.

1. CONTROL JUDICIAL EN MATERIA DE ORDEN PÚBLICO ECONÓMICO: LA NECESARIA VERIFICACIÓN POR EL TRIBUNAL DE ANULACIÓN DE QUE EL LAUDO OBSERVA LAS REGLAS IMPERATIVAS Y, EN PARTICULAR, LAS NORMAS ESENCIALES DE DERECHO DE LA COMPETENCIA DE LA UE, «TAL Y COMO SON ENTENDIDAS POR EL TJUE»

La Sentencia comienza por recapitular el indiscutido entendimiento de que la acción de anulación no configura una nueva instancia, esto es, que el tribunal de anulación no está habilitado por la ley para revisar, con plenitud de jurisdicción, el juicio de hecho y la aplicación del Derecho efectuados al laudar.

Recordado lo anterior, el razonamiento de la Sentencia continúa (FJ 4 Apdo. 2.A):

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

Evidentemente que «la acción de anulación» no abre una segunda instancia, un *novum iudicium* en el que se pueda revisar sin limitaciones, con «plenitud de jurisdicción» –en locución del TEDH–, el juicio de hecho y el razonamiento de Derecho efectuado por el tribunal arbitral. Tampoco se puede identificar la acción de anulación, como antaño el recurso de tal nombre, con una suerte de casación donde se podía analizar, como motivo de revisión del laudo, la infracción de ley y/o de doctrina jurisprudencial (Ley de Arbitraje de 1953).

Pero de ahí a afirmar, del modo general y categórico con que a veces se hace, la exclusión de todo análisis del fondo de la controversia va un abismo.

De este modo, y enfatizando la expresión «como regla general» en la Exposición de Motivos de la LA («los motivos de anulación del laudo han de ser tasados y no han de permitir, como regla general, una revisión del fondo de la decisión de los árbitros») y con cita expresa de la opinión doctrinal del Prof. Fernández-Rozas, la Sentencia razona que «el orden público susceptible de protección *ex art.* 41.1.f) LA comprende tanto la tutela de los derechos y libertades fundamentales reconocidos en el Capítulo II del Título I de la Constitución, como, por imperativo incluso del Derecho de la Unión Europea, lo que se ha dado en llamar "orden público económico"» (FJ 4 Apdo. 2.A).

Como parte integrante de ese orden público económico, se encuentran aquellas disposiciones de Derecho de la UE relativas a garantizar la libre competencia del mercado interior (actual art. 101 TFUE, antiguo art. 81.1 TCE), lo que ha sido confirmado tanto por el TJUE (asuntos C-126/1997 *Eco Swiss*, C-536/13 *Gazprom*, y C-567/14, *Genentech c. Hoechst & Sanofi-Aventis*), como por nuestro TS (SSTS 354/2014, de 20 de enero; 265/2015, de 22 de abril) (FJ 4 Apdo. 2.B).

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

[C]omo ejemplo señero de esas normas imperativas [encontramos] 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 (*cf.*, §§ 36 y 39) que el art. 81.1 del Tratado Constitutivo CE –hoy art. 101.1 del TFUE– relativo, como es sabido, a la libre competencia, es una disposición fundamental para el funcionamiento del mercado cuya inobservancia justifica la anulación o el no reconocimiento de un laudo precisamente por infracción del orden público; criterio confirmado, entre otras, por la Sentencia *Gazprom* de 13 de mayo de 2015 (C-536/13, EU:C:2015:316).

Más allá del discutido ámbito de la disponibilidad de la materia concernida por el Derecho de la Competencia [...] de lo que no cabe dudar es del carácter imperativo de las normas que la regulan, y del deber del árbitro –como del Juez– de observarlas, so pena de conculcar el orden público.

Concluye así la Sentencia que las normas relativas a la defensa de la competencia (y, en particular, el art. 101 TFUE) constituyen normas imperativas cuya aplicación es revisable por la vía de anulación por infracción del orden público.

Llegados a este punto, la Sentencia da un paso más y concluye que la ignorancia de «doctrina jurisprudencial consolidada» también permite, en determinados supuestos, sostener la anulación de decisiones arbitrales por infracción de orden público. La conclusión del TSJM se asienta, fundamentalmente, en los siguientes motivos (FD 4.º, Apdo. 2.B):

- a) En primer lugar, el TSJM se apoya en su propia jurisprudencia anterior, por más que la misma no pareciera estar formulada en términos categóricos: «no resulta descartable –y así se afirma en la doctrina constitucional– que quepa anular una Sentencia o un Laudo por infracción del orden público al ignorar una doctrina jurisprudencial consolidada, si bien ello dependerá de las circunstancias del caso» (SSTSJ Madrid 61/2017, de 31 de octubre; 8/2018, de 13 de febrero). Esta posibilidad, razona la Sentencia, tiene como base tanto el principio de seguridad jurídica, como la constatable realidad de que, aunque la jurisprudencia no sea fuente del Derecho en sentido formal, «nuestro ordenamiento ha evolucionado hacia un entendimiento cada vez más acusado de su efecto vinculante sobre los tribunales funcionalmente inferiores».
- b) Además, la doctrina del TC anuda en determinados supuestos «la lesión del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE a la ignorancia de postulados claros bien de normativa de la Unión –principio de primacía en conexión con el de eficacia directa–, bien [de] la jurisprudencia conteste del [TJUE]» (por todas, SSTC 221/2016, 223/2016, 3/2017 y 4/2017), pudiendo citarse a mayor abundamiento y a título de ejemplo el art. 5 de la LOPJ sobre el especial valor de la doctrina constitucional.

Junto a lo anterior, la Sentencia argumenta que, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, cuando exista una interpretación auténtica de una norma del Derecho de la UE realizada por el TJUE, su desconocimiento y preterición puede dar lugar a una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva:

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 concedor de dicha acción no pudiese hacer efectivo ese principio de primacía.

Conviene recordar en este sentido [...] que, dándose los requisitos de la doctrina del «acto aclarado», es criterio constantemente afirmado por el Tribunal Constitucional el que afirma que: corresponde a este Tribunal velar por el respeto del principio de primacía del Derecho de la Unión cuando exista una interpretación auténtica efectuada por el propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea. En estos casos, el desconocimiento y preterición de esa norma de Derecho de la Unión, tal y como ha sido interpretada por el Tribunal de Justicia, puede suponer una «selección irrazonable y arbitraria de una norma aplicable al proceso», lo cual puede dar lugar a una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (STC 232/2015, FJ 5 c) [con cita de SSTC anteriores].

Por último, la Sentencia toma en especial consideración el razonamiento del TJUE (coincidente con las Conclusiones del Abogado General Sr. Wathelet) en el asunto C-567/14, *Genentech c. Hoechst & Sanofi-Aventis*. Señala el TSJM que el TJUE ha afirmado que la existencia de limitaciones al control por parte de los tribunales de anulación de los Estados Miembros en punto a la verificación de la aplicación de las normas imperativas de Derecho de la competencia (por ej., la limitación existente en Derecho francés sobre el control de vulneraciones de orden público que resulten *flagrantes* o la imposibilidad de controlar un laudo desde el momento en que la cuestión se haya planteado y debatido previamente ante el tribunal arbitral) resulta contraria al principio de primacía y eficacia del Derecho de la Unión. Destacamos, por su elocuencia, los argumentos expuestos por el Abogado General (cuyas conclusiones asumió el TJUE en su ulterior decisión, tal y como destaca la Sentencia) (párrafos 66-67 de las Conclusiones del Abogado General; FD 4.º, Apdo. 2.B).

El art. 101 TFUE prohíbe expresamente los acuerdos entre empresas que tengan por objeto o efecto restringir la competencia. Por lo tanto, o bien existe una infracción del art. 101 TFUE, en cuyo caso el acuerdo entre las empresas de que se trata es nulo de pleno Derecho, o bien no la hay.

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

De este modo, una vez emitida con la suficiente claridad en su contenido y aplicabilidad, la jurisprudencia del TJUE goza de una «especial fuerza vinculante», en la medida en que el TJUE se constituye en intérprete auténtico y último del Derecho de la UE y garante principal de los principios de primacía y efecto directo del mismo. Sobre esta base, concluye la Sentencia que el control en materia de orden público material comprende la necesaria verificación de que la decisión arbitral observa las reglas imperativas en materia de Derecho de la Competencia de la UE, «tal y como éstas son entendidas por el TJUE». Este punto tiene especial importancia en el asunto resuelto por el TSJM toda vez que la concreta infracción de orden público que declara la Sentencia trae causa, como veremos *infra* en el Apdo. II.3, de la inobservancia de la jurisprudencia del TJUE en materia de restricciones a la competencia por razón del objeto.

2. CONSIDERACIONES SOBRE LA «INSOSLAYABLE APLICACIÓN AL CASO» DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA DE LA UE

La Sentencia afirma de forma categórica que el Derecho de la competencia de la UE resultaba de aplicación ineludible al supuesto resuelto por el Laudo. En particular, la Sentencia razona que, frente a la parquedad del Laudo (que se limita a aplicar la legislación española, sin perjuicio de la función supletoria o subsidiaria y el carácter orientador del Derecho de la UE), el Derecho de la Competencia de la UE era insoslayable, de acuerdo con los criterios sentados por el TJUE a la hora de determinar qué conductas pueden suponer una afectación apreciable del comercio entre los Estados Miembros «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 [...] el caso de UBER–, de modo que resulta evidente que el pacto de exclusiva litigioso podría ocasionar un cambio apreciable en las corrientes comerciales entre Estados miembros desde el prisma de la Libertad de Establecimiento de empresas nacionales o de otros Estados de la Unión en el mercado de referencia considerado» (FD 4.º, Apdo. 1).

El hecho de que el ámbito de aplicación territorial de la cláusula de exclusiva y no competencia estuviese limitado a España, argumenta la Sentencia, no constituye motivo suficiente para excluir, sin más, el De-

recho de la UE. Para ello, el TSJM razona que es preciso considerar los aspectos definitorios del mercado implicado en su conjunto, la entidad de los operadores en cuestión (siendo especialmente relevante la consideración que el propio Laudo concede a Cabify de «*incumbent*», esto es, uno de los operadores que marcan el funcionamiento y la evolución del mercado), el limitado número de operadores en España y la actuación en varios países de la UE de UBER (principal competidor en España de Cabify). En opinión de la Sentencia, tales elementos revelan «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» (FD 4.º, Apdo. 1).

Con base en lo anterior, el TSJM concluye que el Laudo efectúa una selección arbitraria del Derecho aplicable al limitarse a considerar la legislación española sin atender a los criterios interpretativos sentados por la Jurisprudencia del TJUE en materia de pactos colusorios por razón de su objeto.

3. LA CONCRETA INFRACCIÓN DE ORDEN PÚBLICO: INDEBIDA APLICACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA DEL TJUE EN MATERIA DE PACTOS RESTRICTIVOS DE LA COMPETENCIA POR SU OBJETO: ASUNTOS *GROUPEMENT DES CARTES BANCAIRES* Y *BUDAPEST BANK*

Para incurrir en la prohibición de pactos colusorios del art. 101 TFUE, el acuerdo en cuestión debe tener «por objeto o efecto» impedir, restringir o falsear la competencia en el mercado interior. Como hemos expuesto, el Laudo declaró la nulidad del pacto de exclusiva y no competencia de la cláusula 2.2 del Contrato por razón de su objeto y no entró a examinar sus efectos. La Sentencia se centró, por tanto, en verificar si el Laudo justificó de manera conforme a los criterios establecidos por el TJUE que dicho pacto de exclusiva y no competencia constituía efectivamente un pacto colusorio por razón de su objeto.

Tales criterios son especificados en el Apdo. 3 del FD 5.º de la Sentencia, en que se examinan las SSTJUE de 11 de septiembre de 2014 (asunto C-67/13-p, *Groupement des cartes bancaires*) y de 2 de abril de 2020 (asunto c-228/18, *Budapest Bank* y otros), las cuales, según razona el TSJM, condensan la doctrina del TJUE sobre qué debe entenderse por pactos colusorios de la competencia «por razón del objeto» y con arreglo a qué parámetros debe ser verificada su existencia.

A la luz de la Sentencia, cabe sintetizar la citada doctrina del siguiente modo:

- a) Determinados tipos de coordinación entre empresas, incluidos los que llevan a la fijación horizontal de los precios por los cárteles (aunque no solo estos), revelan un «grado de nocividad» para la competencia de tal entidad que los pactos correspondientes pueden ser calificados, por su propia naturaleza y aptitud para generar efectos negativos en los precios, la cantidad o la calidad de los productos o servicios, como restricciones a la competencia por su propio objeto.
- b) En estos casos, no resulta necesario analizar los efectos de los pactos en cuestión sobre la competencia. En concreto, se reputa innecesaria la demostración de que tienen efectos sobre el mercado toda vez que la experiencia demuestra que esos comportamientos dan lugar a reducciones de la producción y alzas de precios que conducen a una deficiente asignación de los recursos en perjuicio especialmente de los consumidores.
- c) Para determinar si un acuerdo supone una restricción por el objeto, el criterio jurídico esencial pasa por comprobar si dicho acuerdo tiene, en sí mismo, un «grado de nocividad» suficiente como para considerar que no es necesario investigar sus efectos. Si no se revela dicho grado suficiente de nocividad, la autoridad de competencia o el órgano jurisdiccional competente debe examinar sus efectos.
- d) A fin de apreciar la concurrencia de ese grado de nocividad, el TJUE ha declarado que debe atenderse al (i) contenido de sus disposiciones, (ii) a los objetivos que pretende alcanzar, (iii) al contexto económico y jurídico en el que se inscribe, (iv) a la naturaleza de los bienes o de los servicios afectados, así como (v) a las condiciones reales de funcionamiento y (vi) la estructura del mercado o mercados pertinentes.
- e) La consideración de que estamos ante una restricción por objeto no exime a las autoridades de competencia o al órgano jurisdiccional competente de su obligación «de, por un lado, apoyar sus declaraciones al respecto en las pruebas necesarias y, por otro, precisar en qué medida dichas pruebas se refieren [al tipo] de restricción constatada».
- f) Por último, el concepto de restricción de la competencia por razón del objeto debe interpretarse de manera restrictiva.

Sobre la base de lo anterior, la Sentencia viene a concluir (por más que de forma algo confusa en los últimos párrafos del FD 4.º) que el Laudo «no repara mínimamente» en la citada pluralidad de factores, los cuales debió examinar y analizar. Respecto a los mismos, razona que el establecimiento del pacto de exclusiva y no competencia en cuestión en

la relación vertical «aguas arriba» (*upstream*) alcanzado en un contexto de pre-concurso de Auro, sociedad cuya viabilidad se aseguró a través de la financiación recibida de Cabify, no puede considerarse anticompetitivo por razón de su objeto, esto es, por su propia naturaleza y sin atender a los efectos, sino que, por el contrario, respondió a un objetivo legítimo.

Imponer un pacto de no competencia a quien es a su vez financiado por su proveedor de acceso a la App para la adquisición de vehículos con licencia VTC, esto es, para poder intervenir en un mercado regulado a merced de esa financiación –de otra manera AURO no podría haber accedido a dicho mercado, según el propio Laudo–, no puede considerarse perjudicial por su propia naturaleza para el buen funcionamiento de la competencia y responde a un objetivo legítimo, tal y como recogen expresamente las Directrices de la Comisión relativas a las restricciones verticales § 107, apartados e) y h). Y máxime cuando el Laudo no repara mínimamente en una pluralidad de factores que debió analizar, de entre los que anticipamos ahora el que pondera que el incremento del control de CABIFY sobre el número de vehículos VTC a partir del 5 de diciembre de 2018 tiene lugar en un mercado bifronte y a raíz de un plan de viabilidad que cumple –es un hecho probado– con los requisitos del art. 71 bis.1 LC, es decir, que responde a una acreditada finalidad de garantizar en el corto y medio plazo la pervivencia de la mercantil en situación de precurso y su consiguiente actuación en el mercado.

4. CONCLUSIÓN (MAYORITARIA) DEL TSJM

La mayoría que suscribe la Sentencia concluyó que el Laudo incurrió en un error manifiesto en la selección del Derecho aplicable, consistente en la absoluta preterición de los criterios asentados por el TJUE al interpretar de forma auténtica el art. 101 del TFUE en materia de pactos restrictivos de la competencia por razón de su objeto, lo cual lleva aparejado un déficit absoluto de motivación.

Es en este punto donde el TSJM efectúa un confuso solapamiento de las vertientes formal y material del orden público, pues, tras el análisis sobre la infracción del orden público material por vulneración de reglas imperativas de Derecho de la Competencia de la UE, el TSJM basa la anulación en la conclusión de la Sentencia (FD 5.º) en que se ha incurrido en un déficit de motivación constitucionalmente relevante (ahora bien, derivado de la exclusión del Derecho preferente de la UE y de la doctrina del TJUE aplicable al caso, sin explicación del motivo de exclusión de la misma):

El Laudo incurre en un error manifiesto en la selección del De-

recho de aplicable [...]. 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.

En definitiva, el Laudo Final ha de ser anulado parcialmente en los términos que interesa la actora [...]; 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.

5. VOTO PARTICULAR DISCREPANTE

Como hemos anticipado, el magistrado-presidente D. Celso Rodríguez Padrón formuló voto particular discrepante a la Sentencia «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».

En lo que concierne al alcance del deber de motivación de las resoluciones arbitrales, el voto particular da cuenta de la reciente doctrina del TC sobre el mismo (deber que, recordemos, es de configuración legal *ex art. 37.4 LA*, no directamente constitucional *ex art. 24.1 CE*), y que confirma que no se requiere una argumentación exhaustiva y pormenorizada de todos los aspectos y perspectivas de las partes, sino que la resolución debe contener los elementos y razones de juicio que permitan conocer los criterios jurídicos (o de equidad) que fundamentan la decisión, los cuales no deben resultar arbitrarios (STC 17/2021, de 15 de febrero), y que la motivación de los laudos carece de incidencia en el orden público (STC 65/2021, de 15 de marzo). Al respecto, el voto particular concluye que no cabe tachar el laudo como carente de motivación de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, por todas, de las citadas SSTC 17/2021 y 65/2021.

Adicionalmente, el voto particular se pronuncia fundamentalmente sobre dos cuestiones adicionales y concluye lo siguiente:

- a) en la medida en que el Derecho español de la competencia no entre en contradicción con el Derecho de la UE, aquél constituye un marco de enjuiciamiento útil y correcto a la hora de dictar la decisión arbitral. De este modo, optar por otra fundamentación del laudo (o reprochar al Tribunal Arbitral que no la plasme en él), como hace la Sentencia, «implica adentrarse en el fondo del asunto» (Apdo. 5) y efectuar un «enjuiciamiento paralelo» del mismo (Apdo. 1.2.A); y
- b) en cuanto al orden público material, «enfrentar al razonamiento de los árbitros una lectura concreta de la jurisprudencia europea para censurar las conclusiones y los argumentos –e incluso las premisas– que se articulan en [el laudo], es un ejercicio que consideramos que llega más lejos de las posibilidades razonables con que cuenta el Tribunal en el enjuiciamiento del respeto al orden público material» (Apdo. 5). Sobre este punto, señala el magistrado discrepante que la Sala retoma una jurisprudencia propia de 2017 y 2018 (para afirmar que la inobservancia de doctrina jurisprudencial consolidada puede resultar en una infracción de orden público), si bien dicha línea jurisprudencial se habría visto superada –y corregida– por la reciente doctrina constitucional (Apdo. 2.6.C).

III. ENCAJE DE LA SENTENCIA EN LA DOCTRINA DEL TC EN MATERIA DE CONTROL JUDICIAL EN SEDE DE ANULACIÓN

A la luz de cuanto se ha expuesto, consideramos que la conclusión final de la Sentencia, esto es, la existencia de un déficit absoluto de motivación infractora del orden público formal, no parece conforme con la doctrina sentada por el TC, por todas, en sus SSTC 17/2021, de 15 de febrero, y 65/2021, de 15 de marzo. Sin perjuicio de ello, la Sentencia alcanza en realidad su pronunciamiento anulatorio como resultado del control de la recta aplicación de una norma imperativa de orden público material, lo que entendemos no rebasa el ámbito de revisión propio de la acción de anulación.

Siendo la motivación de los laudos expresión de un deber de configuración legal (no constitucional) y una vez perfilado por el TC el significado de la noción de «equivalente jurisdiccional», no podemos obviar que la citada doctrina del TC ha afirmado que las cuestiones relativas a la motivación de los laudos no tienen incidencia sobre el orden público. Por tanto, no cabría la anulación del laudo *ex art. 41.1.f)* de la LA sobre la base de un déficit de motivación. Adicionalmente, coincidimos con el

criterio del voto particular discrepante en cuanto a descartar que concurra una ausencia absoluta de motivación en el Laudo, atendiendo a la citada doctrina del TC.

Ahora bien, lo anterior se refiere únicamente al plano formal de control del Laudo, no al orden público material ni a la verificación del respeto de las reglas imperativas de aplicación a la controversia en cuestión. Una decisión puede estar suficientemente motivada desde el punto de vista formal y seguir una lógica que permita conocer el fundamento de la decisión (es decir, superar el canon de motivación de decisiones arbitrales establecido por el TC) y, pese a ello, contravenir normas imperativas de orden público material al incurrir en *error iuris* en la selección del Derecho imperativo aplicable. De ahí precisamente que resulte confuso el razonamiento de la Sentencia cuya conclusión entremezcla los planos de análisis relativos al orden público material y al canon de motivación exigible.

Sentado lo anterior, la verdadera *ratio decidendi* que subyace a la Sentencia (infracción de orden público económico), entendemos, no supone una extralimitación del control judicial del laudo respecto de la recta aplicación de las reglas imperativas del Derecho de la UE, conforme a su exégesis auténtica efectuada por el TJUE. En este caso, el TSJM se basa en los postulados de las SSTJUE *Groupement des cartes bancaires* y *Budapest Bank*, que establecen qué debe entenderse por pactos colusorios de la competencia «por razón del objeto» y precisan con arreglo a qué parámetros debe ser verificada su existencia. En la medida en que el Laudo, conforme se desprende de la Sentencia, se limitara a declarar la existencia de colusión anticompetitiva «por razón del objeto», sin justificar, detallar o explicar el especial «grado de nocividad» de la conducta en cuestión en atención a los parámetros descritos por el TJUE, el mismo habría vulnerado las reglas imperativas del Derecho de la UE.

Consideramos, en atención a la anterior, que la Sentencia no supone un intento del TSJM de abrir una brecha que permita reexaminar el fondo de los laudos arbitrales. La aplicación del Derecho de Competencia de la UE al asunto controvertido (validez de pacto de exclusiva y no competencia) conlleva la necesidad de verificar que la interpretación auténtica de la norma de Derecho de la UE aplicable al caso haya sido debidamente tomada en consideración y aplicada en el Laudo. En la línea de lo apuntado por el Abogado General Sr. Wathelet en el asunto *Genentech c. Hoechst & Sanofi-Aventis* (y el propio sentido de la resolución del TJUE en dicho asunto), los órganos de anulación deben velar porque el control de un laudo arbitral con respecto a las normas de orden público europeo («que solo comprenden una categoría de disposiciones del ordenamiento jurí-

dico de la UE ya de por sí restringida») no sea meramente «ilusorio», lo que en determinados casos puede exigir verificar que la decisión arbitral se ajusta a la interpretación auténtica del TJUE que deba ser aplicada al supuesto enjuiciado (en línea con el criterio del TC, STC 232/2015). Lo anterior no supone, a nuestro juicio, una expansión de la noción de orden público material.