



Roj: **STSJ CAT 7481/2018 - ECLI: ES:TSJCAT:2018:7481**

Id Cendoj: **08019310012018100132**

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

Sede: **Barcelona**

Sección: **1**

Fecha: **19/07/2018**

Nº de Recurso: **2/2018**

Nº de Resolución: **65/2018**

Procedimiento: **Arbitraje**

Ponente: **JOSE FRANCISCO VALLS GOMBAU**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

### **Sala Civil i Penal del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya**

**Arbitrajes** núm. 2/2018

**SENTENCIA N° 65**

Presidente:

Ilmo. Sr. D. José Francisco Valls Gombau

Magistrados

Ilma. Sra. D<sup>a</sup>. M<sup>a</sup> Eugènia Alegret Burgués

Ilmo. Sr. D. Jordi Seguí Puntas

Barcelona, 19 de julio de 2018

La Sala Civil del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, integrada por los Magistrados que se expresan más arriba, ha visto el Procedimiento de **Arbitraje** núm. 2/2018 para la anulación del Laudo Arbitral Parcial de fecha 9 de octubre de 2017 aclarada por resolución de 31 de enero de 2018 y notificada el 7 de febrero de 2018 por el árbitro único D. Gervasio. El demandante, D. Gregorio, ha sido representado por el Procurador D. José Antonio López-Jurado González y ha sido defendido por el Letrado D. Hector Mateos Pueyo. La parte demandada, GRUPO ELECTRO STOCKS, SL ha estado representado por el Procurador D. Ignacio López Chocarro y defendido por el Letrado D. César Rivera García.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** En fecha 9 de abril de 2018, el Procurador de los Tribunales D. José Antonio López-Jurado, en representación de D. Gregorio, y asistido del Letrado D. Hector Mateos, presentó en la Secretaría de esta Sala demanda de anulación de Laudo arbitral parcial dictado por el Árbitro D. Gervasio. Es parte demandada GRUPO ELECTROSTOCKS SL.

**SEGUNDO.-** Por Decreto de 13 de abril de 2018 se admite a trámite la demanda concediendo a la parte demandada el plazo legalmente establecido para contestarla, haciéndolo en fecha 18 de mayo de 2018.

De dicha contestación se da traslado a la parte demandante para que en un plazo de 5 días presente documentos adicionales o proponga la práctica de prueba en base al traslado que se le ha hecho del escrito de contestación y de los documentos que lo acompañan.

**TERCERO.-** En fecha 8 de junio de 2018 esta Sala dicta Auto acordando sobre la admisión de la prueba.

**CUARTO.-** Por providencia de fecha 21 de junio de 2018 se señaló fecha para el acto de votación y fallo la cual tuvo lugar el día 9 de julio de 2018 a las 10 horas de su mañana.



Ha sido ponente el Magistrado de esta Sala **Ilmo. Sr. D. José Francisco Valls Gombau**.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### **PRIMERO.- Planteamiento del litigio. Demanda y contestación. Laudo arbitral .**

1.- El presente proceso tiene por objeto la impugnación del laudo definitivo dictado en fecha 9 de octubre de 2017 por el árbitro Sr. Gervasio en procedimiento arbitral seguido entre Grupo Electro Stocks SL (GES en adelante) y el Sr. Gregorio . En dicho laudo definitivo, tras exponer los antecedentes necesarios, el árbitro resolvió:

Respecto al alcance y validez de la cláusula de no competencia. Al efecto, se señala, en síntesis, que: (i) los contratos de los socios minoritarios fueron objeto de negociación entre los representantes de las partes vendedora en el marco de la operación de adquisición de GES y sus 81 filiales, por parte de Inversiones Edison Altamira y (ii) que en dichas negociaciones, la representante de la parte vendedora no se limitó meramente a supervisar los contratos de los socios minoritarios, sino que defendió sus intereses, siendo la cláusula 7ª del contrato negociada entre las partes y es plenamente válida y eficaz.

Respecto del incumplimiento por la parte instada del pacto de no competencia. El árbitro declara, en síntesis, que la actuación del Sr. Gregorio , desde su salida de GES, e incluso antes, constituyó un incumplimiento de las obligaciones contraídas, conforme a la valoración probatoria que se examina en el laudo, y todo ello en virtud de la cláusula de no competencia.

Respecto de la no moderación de la pena convencional pactada. Si se atiende a la cl. 7ª-4 del contrato, las partes establecieron un criterio de mínimos con la pena convencional pactada, y dejaban abierta la posibilidad de reclamar por suma superior, por lo que es claro que la reducción de la pena convencional pactada en principio no se contemplaba y, por ende, debe desestimarse la demanda reconventional y declararse válida la cl. 7-4ª que es conforme a derecho.

Posteriormente, en el ap. VIII del laudo, el árbitro analiza el alcance y valoración de la prueba practicada a los efectos de estimar íntegramente la demanda, declarar incumplido lo convenido en la cl. 7ª y condenar al Sr. Gregorio a la penalidad prevista en la dicha cláusula y que asciende a la suma de 732.861, 22 euros, intereses y costas, con la aclaración y complemento del laudo definitivo por otro de 31 de enero de 2018. Asimismo, se rechaza la demanda reconventional formulada por el Sr. Gregorio contra GES

2.- La representación del Sr. Gregorio , impugna el citado laudo. Tras exponer diversos antecedentes que comprende la transcripción de la cláusula, la demanda deducida ante el Juzgado de lo Social y el laudo parcial previo de 31 de diciembre de 2016 y su confirmación por STSJC 59/2017, de 27 de noviembre, así como el alcance de la cosa juzgada en relación con dicho laudo respecto a la presente demanda, en su hecho tercero, señala como motivos de impugnación los relativos a la infracción del orden público -art. 41. 1 f) LA, en dos aspectos como son, en síntesis,:

(i) Infracción del orden público material por arbitrariedad del laudo, en tanto trae causa de una declaración de validez no correcta que mediante la selección e interpretación de la norma rebasa los límites de lo tolerable, por lo cual, entraña una lesión del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 CE. Ampara dicho error en la resolución del TSJCatalunya (Sala de lo Social).

(ii) Infracción del orden público por resoluciones contradictorias, ya que el presente laudo de 9 de octubre de 2017 es frontalmente opuesto a la sentencia dictada por la Sala de lo Social de 10 de febrero de 2018 en que se declara no ajustado a derecho el pacto de no competencia de la citada cláusula 7ª. Y en su consecuencia infringe los derechos de esta parte a la seguridad jurídica y a la tutela judicial efectiva, que si bien no se deriva de la relación fáctica lo es de la valoración jurídica de los mismos hechos, a su entender, sin que sea óbice que ni la LEC ni la LA carezcan de mecanismos expresos para la resolución de determinados conflictos de competencia.

3.- La representación de GES en la contestación a la demanda se opuso a sus peticiones y en lo relativo a dichos motivos de oposición, alego que:

(i) Se pretende la nulidad por arbitrariedad en relación con el art. 41. 1 LA por cuanto no ha aplicado las normas tal y como la Sala de lo Social del TSJC ha declarado, lo cual no invalida el laudo ni es incompatible con la interpretación realizada por el árbitro y dicho criterio resultado avalado por la STSJC 59/2017, de 27 de noviembre, dictada por esta Sala, que debe prevalecer sobre la particular interpretación postulada por la demandante con base en una sentencia dictada por la Sala de lo Social del TSJCataluña, y



(ii) Respecto a la posible existencia de sentencias contradictorias se afirma por la representación de GES que no es causa de nulidad tal como ya se resolvió en la citada STSJC 59/2017, de 27 de noviembre, que dedicaba su FJ. 5º a resolver dicha cuestión, careciendo, en todo caso, de fundamento alguno la alegación de dicho motivo. Ni lo es desde el plano constitucional ni tampoco lo conforma que la jurisdicción social y el **arbitraje** hayan abordado la cuestión bajo prismas distintos que es lo ocurrido en el presente supuesto, siempre que en ambas se haya motivado, como lo ha sido, la decisión adoptada.

## **SEGUNDO.- Antecedentes .**

Como antecedentes de los que hay que partir para resolver adecuadamente la cuestión planteada deben sentarse los siguientes:

(a) En el año 2007 el grupo inversor Apax Partners a través de la mercantil Inversiones Edison Altamira SL, estaba interesado en la compra del grupo de empresas denominado GES (integrado por Electro Stocks Grup SL y otras 81 filiales) y los accionistas mayoritarios del grupo mencionado, en su venta. Para el buen fin de la operación la sociedad matriz debía hacerse previamente con la mayor parte de las participaciones sociales de las sociedades filiales con el fin de que los accionistas mayoritarios pudiesen venderlas posteriormente al grupo inversor, el cual incluyó en el precio a pagar a los socios mayoritarios lo que Electro Stocks Grup SL abonase por sus participaciones a los minoritarios.

(b) Mediante escritura notarial de 8 de julio de 2007, fueron elevados a públicos los documento privados suscritos ese mismo día entre la mercantil Electro Stocks Grup SL y un grupo de socios minoritarios de algunas de las filiales, entre ellos el Sr. Gregorio .

(c) En virtud de dicho contrato, el Sr. Gregorio transmitió a Electro Stocks Grup SL las participaciones sociales de las que era titular de sociedades filiales del grupo y que constituían un punto de venta de la empresa. Los vendedores, entre ellos el Sr. Gregorio , eran socios minoritarios y habían sido trabajadores de estas sociedades en el régimen general y en algún período en el régimen de autónomos.

(d) El precio pactado se componía de un pago inicial y de un pago diferido sujeto a determinados presupuestos regulados en la cláusula 3.3.

Según la cláusula 3.3.1 el vendedor obtendría el pago diferido en su integridad, una vez transcurridos 5 años desde la fecha de formalización del contrato siempre y cuando se diesen dos condiciones. Que las tasas de crecimiento del BAII (beneficios antes de impuestos) del grupo Electro Stocks y de cada una de sus filiales desde el año 2006 hasta el año 2011, ambos inclusive, fuesen del 34% o superiores y que el vendedor continuase prestando servicios profesionales en el grupo transcurridos 5 años desde la fecha de formalización del contrato. A tal efecto en una de las manifestaciones iniciales se hacía constar que compradora y vendedor estaban interesados en la continuidad de éste en el grupo Electro Stocks y en su estrecha colaboración en la gestión del negocio con el fin de lograr la maximización de los resultados de las sociedades, fortaleciéndose dicha relación de colaboración mediante la participación del vendedor en el desarrollo futuro de las sociedades y del Grupo Electro Stocks. En los apartados siguientes se regulaban las consecuencias de que no se diesen las condiciones antes referidas (cobro parcial del pago diferido o no abono del mismo). Uno de estos presupuestos era que se extinguiesen antes de los 5 años la relación profesional entre el vendedor y la compradora. Si era por voluntad de los vendedores no se abonaría el precio diferido, mientras que si se extinguía la relación por incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez reconocida por el organismo público de salud competente al efecto o por sentencia judicial firme que diese lugar a la extinción de la relación laboral con la sociedad o por despido disciplinario declarado o reconocido improcedente mediante resolución judicial firme o por voluntad del trabajador pero por causa de incumplimiento grave del empresario o por fallecimiento, sí se podría percibir.

(e) El resto del contrato regulaba las declaraciones y garantías del vendedor (cl. 4); las declaraciones y garantías del comprador (cl. 5); las consecuencias del incumplimiento de las garantías (cl. 6); pacto de no competencia (cl.7); compromisos antes y después de la formalización del contrato (cl. 8); notificaciones (cl. 9); alcance del contrato e invalidez parcial (cl. 10); modificación y renuncia (cl. 11); cesión (cl.12.); gastos y tributos (cl. 13) y ley y **arbitraje** (cl. 14).

(d) En concreto la cláusula 7 del contrato relativa al pacto de no competencia objeto de la controversia arbitral disponía:

*7.1 Habida cuenta la estrecha colaboración requerida al vendedor por el Comprador, reforzada por su participación en el riesgo y ventura del negocio a través del mecanismo del Pago Diferido, las Partes acuerdan expresamente que, excepto que concurra el consentimiento expreso del Comprador, y hasta el plazo que sea más largo de (i) hasta transcurridos cinco (5) años desde la fecha de Formalización, o (ii), hasta transcurridos dos (2) años desde que el Vendedor deje de participar en el riesgo y ventura del negocio en los términos establecidos en*



la cláusula 3.3 del presente contrato (en adelante, el "Período de No Competencia"), el Vendedor se compromete, en el territorio español:

A no realizar las actividades equivalentes a las efectivamente desarrolladas en la actualidad por las Sociedades o el Grupo E-S, similares, concurrentes con éstas, ni aquellas actividades que puedan afectar al normal desarrollo del negocio de las Sociedades o del Grupo E-S, ni asesorar, administrar o controlar, a terceras personas que realicen tales actividades, tomar participación, salvo la exclusivamente financiera en sociedades cotizadas, o desempeñar en ellas empleo o cargo, o dirigir las o representarlas, bien sea de forma retribuida o no;

No promover, impulsar o tomar intereses en entidades, empresas o negocios que tengan por objeto realizar las actividades integrantes de la actividad de las Sociedades o del Grupo E-S o actividades similares concurrentes con éstas o que puedan afectar al normal desarrollo de las mismas;

No entablar relación laboral, mercantil o profesional con entidades, empresas o negocios que tengan por objeto realizar las actividades integrantes de la actividad de las Sociedades o del Grupo E-S, o actividades similares concurrentes con éstas o que puedan afectar al normal desarrollo de las mismas;

No emplear ni tratar de emplear, ni persuadir para que dimita de su puesto de trabajo en las Sociedades o en el Grupo E-S a ningún miembro del personal o equipo directivo o para que cese en su condición de agente o colaborador de las Sociedades o del Grupo E-S.

La realización de las actividades previstas en esta cláusula 7.1 podrá suponer un incumplimiento de la misma tanto si se efectúan directa como indirectamente.

Sin embargo, en los supuestos en los que el Vendedor haya dejado de participar en el riesgo y ventura del negocio por motivos que no le sean imputables o debido a circunstancias familiares o de otra índole que le impidan continuar, el órgano de administración (a propuesta del Presidente en los casos en los que dicho órgano estuviera conformado como Consejo de Administración) apreciando las circunstancias específicas y, particularmente, la buena fe en la desvinculación del Vendedor, podrá relevarle de la obligación de no competencia establecida en la presente cláusula.

7.2 Las Partes reconocen la relevancia del pacto de no competencia previsto en esta cláusula 7 y, en consecuencia, acuerdan expresamente desde este momento que en el supuesto de que la validez de éste se viera afectada en cualquier modo, sus términos se verán ajustados de manera que, sujetándose a la legalidad vigente, alcance de la forma más amplia posible la voluntad de las Partes expresada en esta cláusula. Esta cláusula 7.2 prevalecerá sobre la cláusula 10.2 de este Contrato cuando la invalidez o ineficacia afecte a esta cláusula 7.

7.3 Las partes expresamente pactan y reconocen que el precio de las Participaciones Sociales incluye el compromiso de no competencia regulado en la cláusula 7.1.

7.4 En caso de incumplimiento de la obligación de no competencia prevista en la cláusula 7.1, el Vendedor que ha incumplido, en concepto de cláusula penal (i) perderá el derecho a percibir el Pago Diferido o, en caso de haberlo percibido ya, deberá restituirlo en su integridad y (ii) deberá restituir a Electro-Stocks la totalidad del Pago inicial. La presente cláusula penal será adeudada de forma íntegra al considerar las partes, a los efectos del artículo 1.154 del Código Civil <https://www3.poderjudicial.es/search/juez/index.jsp>, que en tal supuesto, las obligaciones asumidas por el Vendedor incumplidor en virtud de la presente cláusula 7 quedarían totalmente incumplidas y ello sin perjuicio de la reclamación de daños y perjuicios en cuantía superior al indicado importe, en caso de que así se acreditara.

7.5 La penalización prevista en la cláusula 7.4 anterior sólo será de aplicación cuando el incumplimiento no fuese remediado por el Vendedor dentro de los treinta (30) días siguientes a la notificación fehaciente que le remita el Comprador indicándole la naturaleza de la infracción cometida y requiriéndole el cese de la misma. En este sentido, en el caso de que el Vendedor recibida la notificación, cesara efectivamente y de inmediato en la realización de la actuación competidora, el Comprador únicamente podrá reclamar al mismo el daño efectivamente sufrido por la actuación del Vendedor hasta la fecha del cese efectivo de la misma, sin que en este supuesto sea de aplicación la penalización prevista en la cláusula 7.4 anterior."

(e) El Sr. Gregorio, continuó prestando servicios en la sociedad filial de la que había sido socio mediante relación laboral del régimen general, hasta el año 2008 y luego para GES hasta su baja en el año 2012, planteándose la controversia sobre el incumplimiento por parte del Sr. Gregorio del pacto de no concurrencia antes transcrito, así como las consecuencias indemnizatorias pertinentes.

### **TERCERO.- Orden público. Arbitrariedad.**

El error notorio se pretende derivar como consecuencia, a entender del actor, de diversas cuestiones que fueron puestas de manifiesto por la Sala de lo Social del TSJC en su sentencia de 16 de febrero de 2018 ("censura





jurídica"- FJ.5º) y a través de ello se postula su nulidad con base en el orden público ( art. 41.1 f) LA), por arbitrariedad y vulneración de derechos fundamentales del art. 24 CE.

Al respecto, hemos de señalar que:

(a) La arbitrariedad sería fruto de un " *puro voluntarismo*" que en el caso examinado no concurre puesto que en STSJC 59/2017, de 27 de noviembre, declaramos que conforme lo resuelto ya en otra precedente de STSJC 6/2016, de 4 de febrero de 2016, además de estimar que la controversia surgida entre los vendedores de las participaciones sociales y la compradora en relación con la cláusula de no concurrencia antes transcrita, era arbitrable, por estimarla de carácter mercantil y de derecho disponible, se motivó extensamente por el árbitro tanto sobre su alcance como su validez (vid. VII.1 del laudo), como su incumplimiento ( vid. VII.2) y moderación (vid. VII. 3). Y ello se realizó además teniendo presente los laudos parciales y finales emitidos por diferentes árbitros en igual controversia que la que ahora se plantea entre GES y el Sr. Gregorio .

Por tanto, la conclusión debe ser la misma siendo que los contratos suscritos son idénticos, pues lo cierto es que además de trabajar en el punto de venta de Blanes, el Sr. Gregorio era Gerente y accionista del mismo, vendiendo sus participaciones en el año 2007 por la no despreciable suma entre el primer pago y el diferido de 1.476.090 euros, siendo evidente que si aceptó la operación era porque convenía a sus intereses y porque después de transmitidas las participaciones, aun desde su posición de trabajador y también de apoderado de GES, podía seguir colaborando estrechamente en la gestión del negocio *con el fin de lograr la maximización de los resultados de la sociedad* tal y como se dice en el punto 7 de la primera exposición del contrato suscrito.

Dijimos, pues, en la STSJC 6/2016, de 4 de febrero, en lo que nos corresponde analizar en esta demanda que:

" ... *El pacto, en consecuencia, no derivaba de la relación laboral pretérita o futura del vendedor -desde luego no consta que lo tuviesen anteriormente ellos u otros trabajadores no vendedores de GES- existiendo por el contrario también (aunque no es los mismos términos) en el contrato de compraventa de participaciones que suscribieron los socios mayoritarios cuando vendieron las suyas al grupo inversor.*

.....- *Este tipo de cláusulas son muy frecuentes en los contratos de compra de empresas (equivalente a la compra de todas o la mayor parte de las participaciones sociales de una sociedad mercantil) en las que el fondo de comercio es su principal activo.*

*Habida cuenta de que la transmisión de una empresa no se reduce a la entrega de sus elementos materiales o patrimoniales, porque la empresa es algo más que la simple suma de sus componentes al configurarse como una universalidad o conjunto unitario de elementos organizados en forma productiva, uno de los elementos fundamentales de la empresa en funcionamiento es, precisamente, la clientela del empresario, que se integra en su fondo de comercio.*

*Cuando se adquiere la empresa el comprador pretende conservar dicha clientela y por ende el valor pagado por las participaciones. Sin embargo, la cesión o aportación de la clientela como tal no puede realizarse pues no es susceptible de entrega al comprador al no tener el vendedor su titularidad ni poder garantizar que los clientes seguirán siéndolo del nuevo propietario. Es por ello que la transferencia de la empresa exige la colaboración del transmitente al que puede exigirse, no sólo una conducta activa en la transmisión de la información necesaria para su buen funcionamiento, sino también una conducta pasiva o negativa que consiste en la obligación de no hacer la competencia al adquirente para facilitar así el traspaso de la clientela.*

*La doctrina mercantilista entiende que el transmitente de la empresa, aun sin pacto expreso, debe abstenerse de hacer la competencia al adquirente, de tal modo que la obligación de no concurrencia es un efecto natural de la transmisión del negocio, invocando como fundamento legal de esta obligación el principio de buena fe establecido en los arts. 7<https://www3.poderjudicial.es/search/juez/index.jsp> y 1.258 del Código Civil <https://www3.poderjudicial.es/search/juez/index.jsp> y 57 Código de Comercio <https://www3.poderjudicial.es/search/juez/index.jsp> . Así se prevé también en el Anteproyecto de nuevo Código mercantil (art. 132-11 ) y en legislaciones de países de nuestro entorno, como la italiana.*

*De ello se ha hecho eco la STS Sala 1ª de 18-5-2012 <https://www3.poderjudicial.es/search/juez/index.jsp> en cuyos párrafos 61 a 63 leemos:*

" 61 *En lo que aquí interesa, cuando los contratos regulan relaciones que comportan la transmisión de una empresa, clientela, know how, en los que la imposibilidad de entrega material impone al transmitente desplegar una conducta dirigida a no desviar la clientela ni interferir en las relaciones del adquirente durante el tiempo preciso y en el espacio o territorio en el que el transmitente desarrollaba su actividad, incluso si ello comporta una imposibilidad temporal de competir en determinados nichos del mercado.*

62. *Incluso, de no estar expresamente pactadas, pueden llegar a entenderse exigibles al amparo de lo que disponen los artículos 1258 del Código Civil <https://www3.poderjudicial.es/search/juez/index.jsp> y 57 del*



Código de Comercio <https://www3.poderjudicial.es/search/juez/index.jsp> -así se establece, por ejemplo, en el artículo 2557 del Código Civil <https://www3.poderjudicial.es/search/juez/index.jsp> italiano según el que "[c]hi aliena l'azienda deve astenersi, per il periodo di cinque anni dal trasferimento, dall'iniziare una nuova impresa che per l'oggetto, l'ubicazione o altre circostanze sia idonea a sviare la clientela dell'azienda ceduta" (quién enajena la empresa tiene que abstenerse, por el período de cinco años de la transmisión, de iniciar una nueva empresa que por el objeto, la ubicación u otras circunstancias sea idónea para desviar a la clientela de la empresa cedida).

63. Más aun, como apunta la moderna doctrina, en estos supuestos, la transmisión de la empresa supone mantener en el mercado la situación competitiva desplegada antes por el transmitente y a raíz de la transmisión por el adquirente, que en otro caso no habría adquirido y, por otro, permite que el transmitente, una vez transcurrido el tiempo pactado, pueda desembarcar en el mercado y competir con el adquirente, lo que permite calificarlas de GESs nada más aparentemente restrictivas que se revelan procompetitivas a medio y largo plazo."

.....Las cláusulas de no competencia para después de extinguido el contrato de trabajo, por su parte, pretenden asegurar la no utilización de los conocimientos adquiridos por el trabajador en favor de otras empresas suponiendo, como indica la Sala IV del TS en Sentencias de 6-2-2009 y 14-5-2009 "una restricción de la libertad en el trabajo consagrado en el art. 35 C.E <https://www3.poderjudicial.es/search/juez/index.jsp> . y del que es reflejo el art. 4-1 E.T <https://www3.poderjudicial.es/search/juez/index.jsp> ". Requieren para su validez y licitud "aparte de su limitación en el tiempo, la concurrencia de dos requisitos, por un lado, que se justifique un interés comercial o industrial por el empresario, por otro que se establezca una compensación económica; existe por tanto un doble interés: para el empleador la no utilización de los conocimientos adquiridos en otras empresas; para el trabajador asegurarse una estabilidad económica extinguido el contrato, evitando la necesidad urgente de encontrar un nuevo puesto de trabajo.."

Avalan el carácter mercantil de los pactos de no concurrencia contenidos en los contratos de compraventa de participaciones sociales, las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala 1ª de 27-2-2004 <https://www3.poderjudicial.es/search/juez/index.jsp> ; 19-5-2008 ; 25-2-2009 , así como la de 18-5-2012 , antes referida , 4-9-2014 o la del TSJ de Madrid, Sala civil y penal de 21-4-2015 <https://www3.poderjudicial.es/search/juez/index.jsp> .

No resulta, pues, incompatible que paralelamente al contrato de compraventa de participaciones sociales (por las que los vendedores cobraron elevadas sumas) exista una relación laboral entre el vendedor y la compradora o sus empresas filiales pues ambas derivan de consentimientos distintos, operan en ámbitos diferentes y cuentan con sus propia disciplina jurídica.

No es obligatorio ex art. 8 del ET <https://www3.poderjudicial.es/search/juez/index.jsp> que la relación laboral conste en un contrato escrito -de hecho los demandantes no dicen que con anterioridad lo hubiesen tenido en esa forma- pues puede pactarse en forma verbal y sus condiciones venir reflejadas en las nóminas, regulándose el contrato laboral por las normas de derecho necesario y por los convenios colectivos en todo aquello que no se hubiese pactado expresamente ( art. 3 ET <https://www3.poderjudicial.es/search/juez/index.jsp> ).

No encontramos en el contrato elementos propios de un contrato de trabajo. Así datos de la empresa y del trabajador, centro de actividad, tipo de trabajo y categoría, jornada, vacaciones, salario y duración de la relación laboral.

No estimamos, en consecuencia, que el pacto de no concurrencia derive del contrato de trabajo que existió entre el vendedor y la compradora por más que existan referencias al mismo en el contrato mercantil.

No resulta de aplicación el art. 2 a) de la ley 36/2011 de 10 de octubre reguladora de la jurisdicción social <https://www3.poderjudicial.es/search/juez/index.jsp> a cuyo tenor los órganos jurisdiccionales del orden social conocerán de las cuestiones litigiosas que se promuevan entre empresarios y trabajadores como consecuencia del contrato de trabajo y del contrato de puesta a disposición, con la salvedad de lo dispuesto en la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal; y en el ejercicio de los demás derechos y obligaciones en el ámbito de la relación de trabajo.

Se dan -como dice la STS, Sala 1ª de de 18-5-2012 <https://www3.poderjudicial.es/search/juez/index.jsp> - dos consentimientos distintos, cada uno con sus propias consecuencias jurídicas y económicas, uno de carácter laboral y otro de carácter mercantil, y es en el conjunto de derechos y obligaciones que surgen de este último donde se inserta el pacto de no concurrencia cuya nulidad se pretendió posteriormente ante la jurisdicción social por los vendedores. "

En su consecuencia, no existe ni error patente ni vulneración de derechos fundamentales del art. 24 CE a los efectos de la impugnación del presente laudo, cuando el árbitro ha motivado extensa y razonadamente tanto sobre su arbitrabilidad como en relación con las peticiones de la demanda como de la reconversión relativas a la validez de la cláusula controvertida, incumplimiento y penalidad y cuya interpretación no puede



ser calificada de carente de motivación ni de error notorio, como hemos puestos de relieve precedentemente en este fundamento y en otras impugnaciones de laudos análogos al presente, siendo de señalar, además, que como hemos declarado reiteradamente -SSTSJC 50/2014, de 4 de julio y 13/2015, de 9 de marzo- no se comprenden como tales infracciones cuando:

(a) Se trata de impugnar las calificaciones fácticas o jurídicas, pretendiendo una revisión del pronunciamiento arbitral, pues, como sostiene la mejor doctrina, es aplicable, por un lado, el principio de intervención mínima del art. 7 LA, y, por otro, la cuestión de fondo no puede revisarse, como regla general, por el cauce de la demanda de anulación, y

(b) La valoración de la prueba o pretender que la acción de anulación del laudo se transforme en una segunda instancia, alegando la infracción de normas constitucionales con la finalidad de obtener la anulación del laudo mediante la aplicación artificiosa de conceptos generales indeterminados como el orden público o el derecho a la tutela judicial efectiva, pues, excluyéndose, del ámbito de enjuiciamiento el acierto o desacierto de la decisión arbitral, el art. 41. 1 f) LA, no es la vía adecuada para eliminar supuestas injusticias de fondo. Téngase presente que la acción de anulación no permite analizar la corrección en la aplicación de la Ley realizada por el árbitro, en el análisis de la cuestión de fondo, como regla general, o en la interpretación de los pactos contractuales, o como expresaba reiterada jurisprudencia del TS -S. 1ª- "... las estimaciones de las partes relativas a la justicia del laudo, a las deficiencias del fallo o al modo más o menos acertado de resolver la cuestión, no pueden servir de base al recurso de nulidad ( SSTS -S. 1ª-. de 11 junio 1907, 17 diciembre 1909 y 16 febrero 1982, entre otras).

Ha de rechazarse el primero de los motivos de la demanda de nulidad.

#### **CUARTO.- Orden público (II). Resoluciones contradictorias .**

1.- En el segundo de los motivos de la demanda de anulación se denuncia el principio de seguridad jurídica - art. 9 CE- y el de tutela judicial efectiva - art. 24. 1 CE- con citas de resoluciones del TC sobre el alcance constitucional y la infracción de derechos fundamentales cuando se producen pronunciamientos contradictorios de distintos Tribunales - SSTC 192/2009, de 28 de septiembre y 172/2016, de 17 de octubre- lo que concurre en el laudo impugnado sin que, a su entender, sea óbice el dato de que su discordancia no derive de la narración fáctica sino de las valoraciones jurídicas. Ni tampoco que la sentencia de la Sala de lo Social sea posterior al laudo, pues la demanda ante la jurisdicción social fue interpuesta con anterioridad al laudo. Ni por último, el que la LEC y la LA no prevean mecanismos expresos para la resolución de conflictos.

GES en su contestación alega que ello ya fue debatido y fallado en la citada STSJC 59/2017 al que debe aplicarse la cosa juzgada. En cualquier caso, este motivo de nulidad carece de fundamento pues la doctrina del TC declara que se produce la vulneración por pronunciamientos contradictorios cuando "... unos mismos hechos ocurrieron y no ocurrieron..." ( STC 192/2009, de 28 de septiembre). Por el contrario, sigue afirmando, según narra en la contestación que la necesidad de respetar la seguridad jurídica "... no implica que en todo caso los órganos judiciales deban aceptar siempre de forma mecánica los hechos declarados en otra jurisdicción..". Y añade que tampoco hay vulneración del art. 24 CE cuando "... las dos jurisdicciones implicadas hayan abordado bajo ópticas distintas la cuestión debatida". ( STC 172/2016, de 17 de octubre) que es lo acaecido en el caso de autos. Por último, señala, citando la STSJC 59/2017 (FJ. 5º) que: "... el hoy actor (como otros vendedores) inició, una vez tuvo conocimiento de la intención de GES de reclamar por vía arbitral las consecuencias indemnizatorias del pacto 7 del contrato mediante comunicación de 7 de marzo de 2013, una demanda laboral (fecha el 13 de junio de 2013) solicitando la nulidad de la cláusula 7 del contrato..." y por lo tanto lo que ha de computarse a dichos efectos no es la solicitud de nombramiento de árbitro al Decano del Colegio de Barcelona sino la remisión de la instancia del **arbitraje**, en marzo de 2013, que fue anterior a la presentación de la demanda ante la jurisdicción social.

2.- La vulneración del orden público por sentencias contradictorias respecto a las diversas valoraciones jurídicas que se hayan podido producir no tiene cabida dentro del motivo denunciado puesto que ni siquiera el dato de que la sentencia de la Social del TSJC hubiera alcanzado firmeza altera la solución que anteriormente dimos en procedimientos precedentes, como señalamos al desestimar la nulidad de la sentencia firme que fue solicitada y rechazada por ATSC 29 de marzo de 2018, declarando que : " Con todo, la Sala IV TS , en su sentencia de 21 de diciembre de 2017 ya indica que los árbitros estaban facultados para examinar determinadas cuestiones referentes al fondo de comercio, a cuya salvaguarda se dirigían las cláusulas de no competencia cuestionadas, y cuya, validez, finalmente, declararon tanto los árbitros como el orden social".

En relación a la falta de previsión de mecanismos legales para prever la dualidad de resoluciones que en este supuesto no afecta a la narración fáctica sino a las valoraciones jurídicas y además gira sobre aspectos mercantiles con cuestiones referentes al fondo de comercio sobre los que el árbitro tenía plena competencia para resolver, además de señalar que fue el actor quien acudió a la jurisdicción de lo social cuando tuvo

conocimiento de la intención de GES de reclamar por la vía arbitral, provocando la dualidad, hemos declarado (STSJC 26/2017, de 22 de mayo- FJ. 5-4) que:

"... **a)** En el **arbitraje** rige un principio de intervención judicial mínima -art 7 LA-, salvo en los casos en que así se disponga.

**b)** En el **arbitraje**, los árbitros al decidir la controversia también deben resolver aquellas cuestiones prejudiciales no devolutivas que son antecedente lógico de su decisión, y

**c)** Respecto a la prejudicialidad -la devolutiva- alcanza solamente a los diversos órdenes jurisdiccionales hasta el punto que deben ser resueltos **por el mismo o por otro órgano jurisdiccional**, pues su estimación impide la resolución del asunto principal como se desprende de los artos. 42 (cuestiones prejudiciales no penales) y 43 (prejudicialidad civil) LEC..."

Y declaramos en la STSJC 59/2017, de 27 de noviembre, que:

"... (a) no puede haber litispendencia ni cosa juzgada porque el artículo 222 de la Lec , como ha declarado reiterada jurisprudencia de la Sala 1ª, se refiere a sentencias del orden civil y no de otras jurisdicciones (por todas STS, Sala 1ª de 17 de abril de 2015 );

(b) Tampoco existe prejudicialidad suspensiva del art. 42,3 de la Lec porque: a) en puridad, al menos en parte de las pretensiones, se darían en el caso las tres identidades a las que se refiere el art. 222 (sujetos, objeto y causa de pedir); b) porque aún de no ser así, los diferentes órdenes jurisdiccionales pueden resolver prejudicialmente materias propias de otro orden jurisdiccional con efectos únicamente en el pleito ex art 42,2 Lec 1/2000 ; y c) porque no hay disposición legal ni acuerdo de las partes para suspender hasta que se pronuncie definitivamente la Sala IV del TS.

Aun cuando, en realidad, la situación podría guardar cierta similitud con el conflicto de competencia regulado en el art. 42 y ss de la LOPJ , ello no obstante, el planteamiento de la cuestión devino imposible en el procedimiento arbitral pues de conformidad con lo dispuesto en el art. 22 de la LA, los árbitros se hallan habilitados legalmente para decidir sobre su propia competencia sin perjuicio de la posterior revisión judicial mediante la demanda de impugnación del laudo, careciendo de jurisdicción para plantear un conflicto de este tipo ante la Sala especial del TS. De otro lado, no existe duda sobre la competencia exclusiva de esta Sala para el conocimiento de la demanda de impugnación del laudo ex art. 8.5 LA.."

Por otra parte, hemos de tener presente que fue el actor quien al acudir a la vía de lo social tras tener conocimiento de que la contraparte iba a iniciar el **arbitraje** provocó la situación de duplicidad arbitral y jurisdiccional (ante la Sala de lo Social), y la seguridad jurídica y tutela judicial efectiva no queda comprometida cuando no se trata de declarar la existencia de hechos, por un lado, y su inexistencia, por otro, sino afecta a valoraciones jurídicas sobre cuestiones complejas y que el árbitro se encontraba facultado por su naturaleza mercantil y arbitrabilidad, siendo que quedaba afectado el fondo de comercio, a cuya salvaguarda se dirigían las cláusulas de competencia cuestionadas.

Ha de desestimarse íntegramente la demanda.

#### **QUINTO.- Costas.**

Procede imponer al demandante las costas del presente procedimiento de conformidad con el art. 394 LEC.

### **PARTE DISPOSITIVA**

#### **LA SALA DE LO CIVIL Y PENAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUNYA DECIDE:**

**DESESTIMAR** la demanda de impugnación presentada por el Sr. Gregorio contra Electro Stocks SL del laudo arbitral dictado en fecha de 9 de octubre de 2017 y aclarado por resolución de 31 de enero de 2018, por el Árbitro D. Gervasio , con expresa imposición de costas a la parte demandante.

Contra esta resolución no cabe recurso alguno.

Así lo acuerdan, mandan y firman los Magistrados indicados al margen, doy fe.

**PUBLICACIÓN.** La sentencia se ha firmado por todos los Magistrados que la han dictado y publicada de conformidad con la Constitución y las Leyes. Doy fe.