

Recibido: 7 marzo 2019  
Aceptado: 30 marzo 2019

*Arbitraje*, vol. XI, n<sup>o</sup>1, 2018, pp. 219–225

## ***Anulación de un laudo arbitral por infracción del orden público al no motivarse de forma suficiente la decisión***

**Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala Civil y Penal, Sección Primera, de 13 diciembre 2018 \***

Josef FRÖHLINGSDORF \*\*

Sumario: I. Introducción. II. Defensa a ultranza del orden público por parte de Sala. III. Decisión errónea de la Sala. IV. Conclusiones.

### **I. Introducción**

Con fecha 13 diciembre 2018, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid (TSJM) dictó sentencia anulando un laudo arbitral por entender la mayoría de la Sala –el Magistrado ponente D. Jesús María Santos Vijande y el Magistrado D. Francisco José Goyena Salgado– que el, no siendo óbice para tal anulación el hecho de que las partes, conjuntamente, hubieran presentado previamente al inicio de las deliberaciones de la Sala su desistimiento del procedimiento de anulación. Como ya viene siendo habitual en las decisiones de esta Sala en materia de anulación de laudos arbitrales –dicho sea todo a partir de ahora con el debido respeto–, la sentencia recibió –de forma correcta y contundente– el voto particular y disidente de quien era entonces su Presidente, el Magistrado D. Francisco Javier Vieira Morante, lo que es de agradecer.

El autor de la presente nota ha sido el árbitro único en el procedimiento arbitral (CCI) en cuestión, una disputa entre una empresa española y otra argentina en relación con un contrato de franquicia ubicado en Argentina y Uruguay, versando la discusión de las partes, entre otras cuestiones, sobre la existencia de una infracción por la parte argentina de un pacto de no competencia postcontractual y la eventual procedencia de la aplicación de la penalidad contractualmente prevista para tal supuesto.

---

\* *Vid. infra*, pp. 243-244.

\*\* Fröhlingsdorf Abogados Asociados, S.L.

La sentencia vierte una serie de descalificaciones sobre la actuación del árbitro único, poniendo en entredicho su profesionalidad, profesionalidad demostrada durante más de 35 años de impecable trayectoria profesional como abogado y árbitro, sin que hasta la fecha de la sentencia que se comenta hubiera sido objeto de anulación alguno de los laudos por él dictados. Como ejemplo de la falta de respeto de los Sres. Magistrados hacia la persona del árbitro, se pueden señalar las siguientes manifestaciones contenidas en la referida resolución, tachando, en definitiva, al árbitro de ignorante, olvidadizo, arbitrario e incompetente:

*“el árbitro ha ignorado un aspecto básico de observancia inexcusable”,*  
*“el árbitro olvida”,*  
*“el árbitro omite toda consideración”,*  
*“radical insuficiencia de la motivación del laudo”,*  
*“el árbitro ha asentado su decisión sobre una premisa de enjuiciamiento tan patentemente errada como radicalmente insuficiente. Ha constatado, con yerro claro...”,*  
*“ignorancia”, “motivación arbitraria o meramente aparente,*  
*“ignorar patentemente el ámbito del ordenamiento que se reputa aplicable”,*  
*“infracción patente de normas imperativas que eran de inexcusable observancia...”.*

Como quiera que el ordenamiento jurídico español no prevé en el procedimiento de anulación del laudo la intervención del árbitro que lo dictó, el árbitro afectado por la anulación se encuentra en una situación de indefensión absoluta, al no tener la oportunidad de poder defender su decisión o de protegerse de aquellas calificaciones o descalificaciones vertidas por la mayoría de la Sala o esta al completo acerca de su forma de actuar. Con ello se infringe el art. 11 de la Carta de los Derechos Humanos y el art. 24 de la Constitución española al no concederse al árbitro la oportunidad de ejercer su derecho a ser oído y de defender “su” caso, es decir el laudo.

Los magistrados, en el ejercicio de sus funciones, tienen la obligación de respetar a las personas cuyo trabajo pretenden revisar y deben actuar con más cautela todavía en aquellos casos, como el presente, donde la persona cuya actuación es objeto del análisis ni es parte del procedimiento ni tiene la posibilidad de justificar su actuación, y, desde luego, deben abstenerse de efectuar este tipo de descalificaciones.

A mayor abundamiento, la decisión de anular el laudo con estas calificaciones sobre la actuación profesional del árbitro expone a este al riesgo de posibles reclamaciones de las partes del procedimiento arbitral, todo ello sin haberse podido defender.

Por lo tanto, como árbitro afectado no le queda otro remedio al que suscribe estas líneas que, al menos, expresar su opinión sobre la sentencia 49/2018, la cual, al margen de lo ya expuesto, está repleta de errores y pone en evidencia

una clara transgresión de las funciones que la ley aplicable atribuye al órgano judicial en materia de anulación de laudos arbitrales.

## II. La defensa a ultranza del orden público por parte de Sala

La Sala de lo Civil y Mercantil del Tribunal Superior de Justicia de Madrid tiene ya ganada una consolidada fama de basarse en la defensa a ultranza del concepto de orden público para fundamentar indebidamente la anulación de laudos arbitrales, postura que ha sido y sigue siendo objeto de numerosos comentarios, publicaciones y debate en la comunidad arbitral no solamente en Madrid o España sino también a nivel internacional, poniendo, así, en grave peligro la consideración de España, en general, y de Madrid, en particular, como sede de arbitrajes internacionales.

Las dudas en cuanto a una fundamentación jurídica correcta de varias de las decisiones de esta Sala en materia de arbitraje quedan confirmadas, entre otros, por lo siguientes hechos: (i) son decisiones que se han tomado en muchas ocasiones únicamente por mayoría, sin el respaldo del Presidente de la Sala y (ii) suelen apoyarse, básicamente, en otras decisiones de la propia, sin respaldo en resoluciones de otros Tribunales Superiores de Justicia (TSJ).

El afán de esta Sala de analizar en profundidad la labor de los árbitros, con el pretexto de defender el orden público, está tomando un cariz preocupante y la sentencia 49/2018 así lo evidencia: Si las partes previamente al inicio de las deliberaciones ya habían puesto de manifiesto su desistimiento de la anulación, ya que este se presentó con fecha 10 diciembre 2018 y la fecha señalada para aquellas era el 11 diciembre 2018, y este desistimiento no era contrario a la ley, ni se había realizado en perjuicio de tercero o en fraude procesal, ningún interés público había para la continuación del procedimiento, como acertadamente sostiene el Sr. Presidente de la Sala en su voto particular. ¿Qué interés público puede haber en pronunciarse sobre una petición ya inexistente al haber desistido ambas partes del procedimiento?

El desistimiento de las partes del procedimiento de anulación de un laudo conlleva necesariamente que ya no hay caso y si la Sala se pronuncia sobre una solicitud de anulación que jurídicamente ya no existe está violando, así, el principio claramente reconocido en la jurisprudencia y doctrina de que en un arbitraje prevalece el principio de la voluntad o autonomía de las partes. Si las partes de un procedimiento arbitral deciden dar por terminado la disputa y *aceptar la decisión del arbitro*, ningún órgano judicial o magistrado tiene competencia para revisar el laudo arbitral que las partes han aceptado.

La única explicación para este interés de la Sala en continuar con el procedimiento a capa y espada solo puede ser, tal y como su propio Presidente expone en su voto particular, y citamos literalmente, el “propio interés de esta Sala de pronunciarse sobre cuestiones debatidas por las partes, a pesar de la nula intención de estas”, a lo que se podría añadir el interés de la Sala a entrar, una vez más, a decidir sobre las cuestiones de fondo del arbitraje que no le corresponden y en recurrir a una inexistente infracción del orden público para

declarar la anulación de laudos dictados con total observancia de las disposiciones legales y de las normas del procedimiento arbitral. Quizá, hasta podría llegar a pensarse que esta forma de actuar del TSJM se ha convertido para los Magistrados casi en una obsesión, peligrosa, por lo demás, por cuanto afecta muy negativamente a posibles designaciones en el futuro de Madrid como sede arbitral. Es de destacar, por significativo, que tal actuación del TSJM no cuenta ni con el apoyo de quien hasta hace poco era el Presidente de esta Sala ni con el respaldo de resoluciones judiciales de otros TSJ.

A mayor abundamiento, se da la particularidad en el presente caso de que la defensa del orden público lleva a un resultado absurdo: al anular el laudo, la Sala consigue que el demandado, que indudablemente se ha apropiado indebidamente del *know how* del demandante y ha copiado productos y servicios en perjuicio de su legítimo titular –conclusión de la valoración de las pruebas practicadas no puesta en entredicho por la Sala– se ve beneficiado, ya que no tiene que pagar la penalidad contractualmente establecida para tal supuesto y su actuación desleal resulta, en definitiva, premiada por la decisión de la Sala del TSJM.

¿Es este el orden público que la Constitución española manda a defender? ¿Pueden servir la defensa del orden público y los principios de la libre competencia para consagrar actividades de competencia desleal? La respuesta solo puede ser un rotundo no.

### III. Decisión errónea de la Sala

Tras extenderse durante más de 30 páginas –de un total de 46– sobre la procedencia de rechazar el desistimiento, la Sala, por fin, entra a concretar: entiende que el árbitro debería haber analizado el pacto de no concurrencia post contractual tomando en cuenta el Reglamento 330/2010 de la Comisión europea.

Efectivamente, el laudo no entra en esta cuestión, no toma en cuenta el citado Reglamento, pero no lo hace por ignorancia, sino por un motivo muy simple y claramente motivado: antes de entrar en el análisis de una norma hay que determinar si esta norma es aplicable o no al caso. En el presente caso, el Reglamento 330/2010 de la Comisión es una normativa de la Unión Europea y, por tanto, no puede ser de aplicación si no se aplica el derecho comunitario. En consecuencia, si dicho Reglamento no era de aplicación, ningún sentido ni justificación tenía tomar en cuenta sus disposiciones a la hora de examinar el pacto de competencia en cuestión.

En el procedimiento arbitral, las partes efectivamente discutieron sobre la aplicación del Reglamento 330/2010 al presente caso, pero en ningún momento se planteó la aplicación del Derecho español de competencia, otro de los puntos analizados con tanta dedicación por la Sala en la sentencia, a pesar de no haber sido objeto de la discusión en el procedimiento arbitral.

El laudo llega a la conclusión de que en virtud de lo dispuesto en el propio Tratado de la Unión (art. 52) y arts. 101.1º y 355 TFUE, y tomando en cuenta

las circunstancias del caso, la legislación comunitaria tiene una limitación territorial a los países de la Unión y, por tanto, no procede la aplicación del derecho comunitario en el presente caso al ubicarse la actividad del contrato de franquicia en países no comunitarios. En consecuencia, al no ser de aplicación el derecho comunitario, es evidente que no procede tampoco la aplicación del Reglamento 330/2010, al formar este parte de dicho ordenamiento europeo específico. Y esto es justamente lo que dice el laudo ¿qué arbitrariedad hay en esta conclusión? ¿Qué mayor motivación se precisa?

Si, citando textualmente la sentencia (páginas 25/26), “*motivación significa que la resolución ha de estar motivada, es decir, contener los elementos y razones de juicio que permiten conocer cuáles han sido los criterios que fundamentan la decisión o que debe contener una fundamentación en Derecho, esto es, que el fundamento de la decisión sea la aplicación no arbitraria de las normas que se consideren adecuados al caso*” ¿De la falta de cuáles de estos elementos adolece el laudo?

El laudo (i) indica claramente la normativa a tener en cuenta para considerar la aplicabilidad o no al caso del Reglamento 330/2010 – art 52 Tratado de la Unión y art. 101.1º y 355 TFUE– explicando, por tanto, el fundamento en Derecho, (ii) explica que por las propias normas de la Unión su legislación no puede ser aplicable al caso concreto por la ubicación territorial de la actividad objeto del contrato y concluye (iii) que, en consecuencia, si el derecho comunitario no es de aplicación tampoco lo puede ser el Reglamento 330/2010.

Parece que a los Sres. Magistrados tal motivación les resulta insuficiente, pero ¿qué más hay que motivar cuando (i) se cita la ley, (ii) aplicando sus artículos y (iii) sacando la conclusión correspondiente? ¿Exige el orden público, adicionalmente, una explicación de 50 páginas solamente para decir, como correspondía en el presente caso, que el territorio relevante es extra-comunitario y, por consiguiente, no son de aplicación ni el Tratado de la Unión ni ninguna de las normas dictadas por uno de sus órganos?

Hay que subrayar en este contexto que la Sala clasifica como *verro claro* la decisión del árbitro al concluir que el Derecho de la Unión Europea sobre competencia solo es aplicable en el seno del mercado interior de la Unión. Sin embargo, es la propia Sala la que yerra claramente al extender la aplicación del Derecho comunitario a países no comunitarios y justificar así la aplicación del Reglamento 330/2010, sin ningún argumento, contrario a lo que dice la propia normativa comunitaria, debidamente analizada y motivada por el laudo. Yerra también la Sala, por lo tanto, al decir que el laudo es lesivo de las normas de Derecho de la Unión sobre la defensa de la competencia, por cuanto difícilmente se puede lesionar una norma no aplicable al caso.

No se puede analizar la validez o nulidad de la cláusula de no competencia postcontractual a la luz del Reglamento 330/2010, como pretende la Sala, si esta normativa resulta no ser aplicable, cuestión que se ha de analizar antes de entrar en un estudio de sus concretas disposiciones, y esto ha sido lo que ha hecho el laudo. Curiosamente, la Sentencia no se pronuncia sobre esta

cuestión de elemental trascendencia para el presente caso y no motiva en modo alguno su decisión de exigir la aplicación del Reglamento 30/2010.

Finalmente, dejando al margen si la motivación puede ser cuestión de orden público –cuestión también discutible y discutida– y, por tanto, servir de base para la anulación de un laudo arbitral, en el presente caso se da la particularidad de que, en contra de lo que sostiene la Sala del TSJM, sí había una motivación expresa en el laudo sobre la cuestión de la no aplicación del derecho comunitario y concretamente del Reglamento 330/2010 de la Comisión. La motivación puede ser breve y concisa, su redacción puede, incluso, no ser del gusto de los Sres. Magistrados pero no por ello deja de ser una motivación. Tal y como el propio Tribunal Supremo sostiene en su sentencia de fecha 7 diciembre 2012, en relación con el deber de motivación de la sentencias “...ni se debe confundir motivación con desacuerdo con ella *ni es precisa una amplia extensión, sino simplemente es la fundamentación coherente del fallo, es decir, la justificación de lo que lleva a la estimación o desestimación de las pretensiones de la parte*”.

En el presente caso resulta que: (i) la Sala se equivoca al constatar que no había motivación e ignorar las explicaciones del lado, (ii) la Sala entra en una valoración de la decisión del laudo, valoración que no le corresponde, lo que efectúa en clara extralimitación de las funciones que la ley le tiene asignadas, y (iii) olvida motivar su decisión en cuanto a declarar aplicable el derecho comunitario. Resulta así que es la propia Sala, y no el árbitro, la que con clara vulneración del art. 24.1º y 9.3º CE contraviene el orden público cuya salvaguardia postula, infringiendo los deberes de motivación constitucionalmente exigibles a los órganos jurisdiccionales y dictando una resolución arbitraria. La arbitrariedad, por tanto, no es predicable del laudo, y sí, en cambio, de la sentencia del TSJM, que parece dictada, esta sí, por puro capricho, por puro voluntarismo de este tribunal.

#### IV. Conclusiones

A la vista de la situación actual y, tomando en cuenta de la actuación reiterada de esta Sala del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, se recomienda al legislador la adopción de las siguientes medidas:

– Una modificación del proceso de anulación del laudo arbitral, reconociendo el derecho del árbitro a ser oído y a exponer su criterio y fundamentos de la decisión.

– El establecimiento de una segunda instancia encargada de la revisión de las decisiones de los TSJ en materia anulación de laudos arbitrales, con la posibilidad de hacer valer las resoluciones de distintos TSJ, o el sometimiento del procedimiento de anulación de laudos arbitrales a la decisión de un órgano jurisdiccional superior único para garantizar que las sentencias que se dicten en estos procedimientos representan realmente la doctrina imperante en España y no la opinión de un solo órgano.

— Facilitar a los árbitros un procedimiento eficaz para defenderse de comentarios y descalificaciones vertidas por el órgano jurisdiccional en un procedimiento de anulación de laudos arbitrales.

Por lo demás, sería deseable un pronunciamiento firme, contundente y conjunto de las instituciones arbitrales españolas, de las asociaciones de arbitraje y de las instituciones de profesionales del derecho sobre la exigencia inexcusable de salvaguardar en el arbitraje los principios de autonomía de la voluntad y de seguridad jurídica, así como de promover el respeto al árbitro y denunciar cualquier actuación judicial arbitraria que menoscabe tanto la reputación de los árbitros como el papel de España como sede de arbitrajes internacionales.