

De todos modos, celebramos el sentido de la resolución analizada, que contribuye al fomento del reconocimiento de laudos arbitrales extranjeros en nuestro país. Además, la correcta interpretación de la CNY por nuestros órganos judiciales contribuye a fortalecer la imagen de nuestro país como uno de los más solventes en materia arbitral.

Asunto France Telecom c. Euskaltel: un difícil equilibrio entre el control y la eficacia de los laudos extranjeros

(Comentario al auto del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco. Sala de lo Civil y Penal, de 19 de abril de 2012) *

Juan José ÁLVAREZ RUBIO ** y

Iñigo IRURETAGOIENA AGIRREZABALAGA ***

1. La controversia entre la empresa vasca de telecomunicaciones Euskaltel S.A. y la filial Orange (antes Amena) de la empresa France Telecom ha provocado inquietud y, en cierta medida, sorpresa, tal y como revelan la cobertura mediática dedicada a la misma y las reacciones sucedidas en torno a los distintos pronunciamientos arbitrales y judiciales atinentes al caso. El auto, de 19 de abril de 2012, del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (TSJ País Vasco) ha venido a reconocer el ejecutivo del laudo dictado por un Tribunal arbitral de la Corte de Arbitraje de la CCI (Cámara de Comercio Internacional de París). Varias circunstancias jurídicas y de otra dimensión no estrictamente procesal, han contribuido a esta inquietud: entre otras, el hecho de que el laudo fuera adoptado por mayoría –con un voto particular contrario al fallo por parte de uno de los árbitros y su firma del laudo “en disconformidad total” que, además, resultaba ser del único árbitro español del Tribunal, teniendo en cuenta, por otra parte, que el Tribunal debía resolver la diferencia aplicando el Derecho español–; la adopción del auto de reconocimiento y ejecución del laudo por mayoría –con voto particular, nada más y nada menos, que del propio presidente del TSJ del País Vasco, que critica sin ambages y con una rotunda fundamentación jurídica la decisión de la mayoría–; y muy especialmente, el elevado monto de la indemnización (nada más y nada menos que 221,9 millones de

* *Vid. infra*, pp. 242-274.

** Catedrático de Derecho internacional privado (UPV/EHU).

*** Profesor ayudante Doctor de Derecho internacional público (UPV/EHU).

euros) a pagar por Euskaltel como resarcimiento de los daños y perjuicios causados a France Telecom, con el añadido de una hiriente y poco fundada condena en costas, tan heterodoxa en el contexto del arbitraje comercial como exagerada.

El origen de la controversia tiene lugar a finales de 2006, cuando Euskaltel da por terminado su vínculo con la empresa francesa y decide, a partir de enero de 2007, convertirse en operador móvil virtual. Hasta entonces Euskaltel había venido actuando como empresa comercializadora de los servicios de telefonía móvil prestados por Amena (luego, Orange), en el marco del Acuerdo Marco de Cooperación (AMC), celebrado en 1999. En 2005, France Telecom fue autorizado por la Comisión Europea para llevar a cabo una concentración económica en el marco del Reglamento (CE) n° 139/2004 del Consejo, de 20 de enero de 2004, sobre el control de las concentraciones entre empresas, para adquirir el control exclusivo sobre la sociedad Auna. La concentración derivaba de la compra por parte de France Telecom del 80% de las acciones de Auna a sus accionistas principales (Endesa, Banco Santander y Unión Fenosa) y se instrumentó en el Contrato de Compraventa de 29 de julio de 2005. Euskaltel (accionista minoritario de Auna), después de la autorización de la Comisión Europea, suscribió tanto el Contrato de adhesión (el 31 de octubre de 2005) como el Acuerdo de Accionistas (el 8 de noviembre de 2005). Han sido los pactos de no competencia vinculados a estos contratos los que han constituido el fundamento de la controversia, al entender la empresa francesa que la decisión de Euskaltel de convertirse en operador móvil virtual ha supuesto infracción de las mismas, habiéndose materializado dicha infracción en el traspaso de 250.000 clientes de Orange a Euskaltel durante el año 2007 y los primeros meses de 2008.

Sobre la base de la cláusula compromisoria incluida en los contratos de 2005 la controversia fue sometida a un Tribunal arbitral de la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional. El Tribunal arbitral dictó laudo el 6 de julio de 2010, imponiendo a Euskaltel el pago de una indemnización de 221,9 millones de euros por la violación de los pactos de no competencia. En la propia sede estatal del arbitraje, en Suiza, Euskaltel interpuso un recurso de anulación contra el laudo ante el Tribunal Federal Suizo, alegando falta de competencia del Tribunal arbitral para resolver las cuestiones sometidas a arbitraje. Con fecha de 7 de febrero de 2011 se inadmitió el recurso de Euskaltel. Su análisis excede del objetivo de esta nota pero debe al menos retenerse un dato clave: el pronunciamiento del Tribunal Federal Suizo, en sentencia de fecha 7 de febrero de 2011 señala (apartado 4.3 de los Fundamentos de Derecho de la sentencia) que

“Es evidente que el Tribunal arbitral no era competente para resolver, por laudo revestido de efectos de cosa juzgada, sobre las pretensiones que las partes del AMC habrían podido hacer valer ante dicho tribunal debido a la resolución del mencionado acuerdo. Éste último contenía en efecto una cláusula arbitral aplicable a la regulación de litigios posteriores a la resolución del AMC, y de hecho, esta es la razón por la cual las partes fueron reenviadas a la vía arbitral cuando sometieron el mencionado litigio ante la CMT y ante el Juzgado de lo Mercantil de Bilbao. Así bien, el mismo

Tribunal arbitral declinó su competencia material relativa a la resolución del AMC (laudo arbitral, n. 99, 165 y 166)".

2. France Telecom solicitó el reconocimiento y la ejecución del laudo en España con el objetivo de hacer efectiva la decisión del Tribunal arbitral. La decisión del reconocimiento y la ejecución de la sentencia, en virtud de la última reforma de la Ley de arbitraje –Ley 11/2011 y LO 5/2011, ambas de 20 de mayo– recae sobre la “Sala de lo Civil y de lo Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma del domicilio o lugar de residencia de la parte frente a la que se solicita el reconocimiento o del domicilio o lugar de residencia de la persona a quien se refieren los efectos de aquellos”, y no sobre los juzgados de primera instancia tal y como disponía la anterior redacción del art. 8.6º Ley 60/2003¹. El Ministerio Fiscal no se opuso al executur del laudo, al entender que la misma cumplía con los requisitos previstos en la Convención de Nueva York de 1958.

En una primera parte “preliminar” del extenso auto, el TSJ del País Vasco elabora el marco teórico, tanto jurídico como de pensamiento o filosofía en torno a la controversia suscitada, de la institución del arbitraje en el que debe pronunciarse. Adopta una posición favorable al arbitraje comercial internacional y a su eficacia. En este análisis, francamente interesante, aunque discutible en algún punto concreto, el TSJ parte de la constatación de que “la característica principal y más definitoria” del arbitraje es el “sometimiento voluntario”, es decir, la autonomía de la voluntad o libertad de las partes. Por ello, señala que las partes cuando acuden libremente a arbitraje lo hacen con “la clara voluntad de que el Estado intervenga lo menos posible en sus asuntos privados”. Esto supone, a su entender, aceptar el principio de intervención mínima y, por tanto, que el control posarbitral está sujeto a notables limitaciones; limitaciones que a modo de ver del TSJ “aún habrán

¹ Esta reasignación de los órganos encargados del executur, tal y como se indica en la Exposición de motivos de la Ley 11/2011, tiene como objetivo “dar más uniformidad al sistema mediante una “elevación” de determinadas funciones; la LO 5/2011, por su parte, en su Exposición de motivos, señala que la reasignación de funciones pretende atribuir dicha competencia a tribunales “con un ámbito territorial con mayor visibilidad a efectos de arbitraje internacional que los Juzgados unipersonales y que permitirán una mayor unificación de criterios de lo que actualmente acontece con las Audiencias Provinciales”. Según A. Fernández Pérez, “Una nueva etapa de la intervención jurisdiccional en el arbitraje”, *Arbitraje. Revista de arbitraje comercial y de inversiones*, vol. V, nº 1, 2012, pp. 149–168 (especialmente, pp. 161–164), una de las finalidades esenciales de la reasignación de la competencia de los órganos judiciales es “la reducción del número de órganos judiciales intervinientes en el arbitraje con la consiguiente: a) unificación de criterios, la adquisición de experiencia por estos Tribunales; b) atribución de competencias a un Tribunal con mayor grado en la jerarquía judicial, y c) mayor especialización de los organismos judiciales que conocen del arbitraje” (p. 154). *Vid.* P. Perales Viscasillas, “La reforma de la Ley de Arbitraje (Ley 11/2011, de 20 de mayo)”, *Arbitraje. Revista de arbitraje comercial y de inversiones*, vol. IV, nº 3, 2011, pp. 670–675; M. Gómez Jene, “Reflexiones en torno al Anteproyecto de Ley de reforma de la Ley Arbitraje”, *Arbitraje. Revista de arbitraje comercial y de inversiones*, vol. IV, nº 1, 2011, pp. 83–90. Sobre la última reforma, *vid.*, también, G. Stampa Casas, “La reforma de la Ley de arbitraje”, *Arbitraje. Revista de arbitraje comercial y de inversiones*, vol. V, nº 1, 2012, pp. 121–148.

de ser más acusadas cuando se trate del control posarbitral de un laudo extranjero dictado en un arbitraje internacional”².

El TSJ establece correctamente el marco normativo en el cual debe decidir. Será la CNY el instrumento jurídico de referencia, tal y como dispone, por su parte, el art. 46.2º LA. El TSJ del País Vasco, pone de relieve que este Convenio constituye una pieza fundamental del arbitraje internacional y que el execuátur de los laudos sólo puede ser denegado si concurre alguna de las causas previstas en el art. V del citado Convenio, teniendo en cuenta, por otra parte, que el Convenio, en su art. III, incorpora el principio del *favor recognitionis*, propiciado por la regla de compatibilidad prevista en el art. VII.

Por último, en el “preliminar”, el TSJ desarrolla el tema de la cláusula o excepción del orden público, ya que considera la más problemática de las distintas causales denegatorias. Ante la existencia de dos posturas contrastadas respecto a la causa del orden público –la minimalista y la maximalista–, el TSJ del País Vasco parte de la asunción de que la prohibición de revisión del fondo del asunto se ha convertido en la regla general cuando se trata del reconocimiento y la ejecución de los laudos extranjeros, lo que lleva a los tribunales nacionales encargados del execuátur a “actuar con extremada cautela y efectiva conciencia de sus limitaciones, evitando convertir los procedimientos (...) en una segunda instancia”, es decir, a no actuar como si se trataran de recursos de apelación y casación. Por otra parte, el TSJ entiende que la excepción del orden público debe tener “un papel reducido que limite su operatividad, en congruencia con su naturaleza, a los supuestos verdadera y realmente excepcionales”. Ello supondrá, por una parte, partir de “una concepción limitada del orden público” (asumiendo que el concepto de orden público internacional “es más restringido” que el de orden público interno y que “la denegación del reconocimiento sólo puede darse en supuestos de “conculcación de principios especialmente esenciales (esencialísimos) del Estado del execuátur”) y, por otra, “a una determinación adecuada (...) de la intensidad con la que debe de ejercitarse el control” (es decir, la que permite analizar la motivación del laudo conforme al “canon de razonabilidad”); todo ello, debe permitir realizar un “control efectivo” sobre el laudo, evitando, así, la impunidad.

3. Ante la solicitud de reconocimiento y ejecución, Euskaltel presentó cuatro causas de oposición. Son variados y complejos los argumentos planteados ante el TSJ; no es objeto del presente comentario hacer un análisis exhaustivo de todos ellos. Es por ello, que las siguientes páginas se centrarán en aquellos aspectos que resultan más controvertidos en la argumentación defendida por el Tribunal.

² Y sigue: “en cuanto que insertado en una práctica consustancial al comercio internacional y que se ha convertido en el mecanismo por excelencia de resolución de los conflictos que se ocasionan en ese ámbito, desarrollándose con un elevado grado de autonomía y en el marco de una economía transnacional y cada vez más globalizada que le imprime una fuerte y creciente tendencia liberalizadora”.

Entre los motivos de oposición, Euskaltel entiende que no cabe ejecución de una parte del laudo –la relativa a la condena de Euskaltel por el lucro cesante Tipo I– al tratarse de una decisión que excede de los términos del compromiso arbitral (incongruencia por exceso). Esta incongruencia por exceso iría en contra de lo dispuesto en el art. V.1º.c) CNY. La cuestión litigiosa podría resumirse en los siguientes términos: las infracciones sometidas a arbitraje se refieren a los pactos de competencia vinculados a los contratos de 2005 (los contratos). Estos contratos cuentan con una cláusula compromisoria según la cual “todas las desavenencias que deriven de este contrato o que guarden relación con éste serán resueltas definitivamente de acuerdo con el Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional por tres árbitros nombrados conforme a dicho Reglamento. (...)”. Por su parte, el Acuerdo Marco de Cooperación (AMC) también incorpora una cláusula compromisoria conforme a la cual “(l)as partes acuerdan someter a arbitraje la resolución definitiva de todas las cuestiones, conflictos y discrepancias que se susciten en virtud del presente contrato, y que se deban a su interpretación, a su cumplimiento, o a cualquier otro extremo”. La condena por el lucro cesante Tipo I, cuantifica los daños derivados por la pérdida de la clientela de Orange, que pasó a Euskaltel –dentro de un proceso de portabilidad autorizado por la Comisión de Mercado de Telecomunicaciones (CMT)– cuando éste, en 2007, empezó a operar como operador móvil virtual. La titularidad y valoración de los clientes captados durante la vigencia del AMC es una cuestión que debe resolverse en el marco del AMC. Por tanto, si surgiera cualquier diferencia en torno a estas cuestiones atinentes a la clientela (por ejemplo, con motivo de la liquidación en 2006 del AMC) debería ser el arbitraje previsto en el AMC la vía para resolverla. En opinión de Euskaltel, el Tribunal arbitral, al decidir el lucro cesante derivado del traspaso de la clientela, había actuado excediéndose de los términos del compromiso arbitral previstos en los contratos.

El TSJ del País Vasco, de la lectura de la cláusula compromisoria insertada en el AMC, concluye, por una parte, que “la interpretación del AMC, por sí misma, no forma parte de la materia arbitrable” y, por otra, que en su caso, “la interpretación del AMC no hace a una cuestión, conflicto o discrepancia suscitada en virtud del propio AMC (...), sino a una desavenencia derivada de LSCTS [los contratos] que tiene que ver con unos pactos de no competencia que se incluyeron en ellos y con la realidad o no de su incumplimiento por parte de la sociedad EUS”. Además, el TSJ señala que Euskaltel reconoce la competencia del Tribunal arbitral “para resolver las cuestiones atinentes a la prohibición de competencia incorporada” a Los Contratos y precisa que “reconocerle esa competencia negándosela al propio tiempo para resolver sobre la realidad de su incumplimiento y sus posibles derivaciones y consecuencias resulta, amén de ilógico y contradictorio, contrario a los propios actos de EUS”.

Ciertamente, tanto el TSJ del País Vasco como el Tribunal arbitral de la CCI –tal y como se desprende de las referencias del propio TSJ– reconocen la existencia de la cláusula arbitral del AMC y las limitaciones de competen-

cia que impone ésta al arbitraje bajo los contratos. En este sentido, el TSJ afirma que en el laudo,

“Se deja claro que los árbitros no se están pronunciando sobre el valor llave o clientela del AMC, ni sobre la determinación de la participación en ese valor de FTE o EUS, ni sobre la liquidación del AMC, pues, y recogemos literalmente sus manifestaciones “si bien el AMC llegó a su fin, no existen evidencias de que se haya procedido a liquidar la relación jurídica y económica objeto del AMC ni las bases sobre las que los activos de dicho emprendimiento –incluido el valor llave o clientela– son atribuibles o distribuibles al llegar el AMC a su término. Además subsisten diferencias entre las Partes acerca de la naturaleza y alcances del AMC y de las obligaciones recíprocas de las Partes bajo el mismo, cuestiones cuya determinación, seguramente, no estará desprovisto, de consecuencias para los derechos o reclamos de cada una de ellas bajo dicho Acuerdo y su liquidación, incluidos aquellos concernientes a la clientela o valor llave. Sin embargo, por voluntad de las Partes, tales determinaciones no han sido encomendadas a este Tribunal Arbitral y habrán de ser dilucidadas por árbitros designados de conformidad con la cláusula arbitral del AMC”, y también “cualquiera que haya sido la clientela adquirida a través del AMC, el objeto de este arbitraje no es pronunciarse al respecto ni determinar los derechos respectivos de FTE/Retevisión y Euskaltel como consecuencia de la terminación y eventual liquidación del AMC”; y asimismo “luego de considerar la clientela emigrada hacia Euskaltel (es decir, aquélla cuya enumeración se encontraba originariamente en cabeza de Retevisión y luego se mudó a Euskaltel), lo que por lo menos está en juego en las presentes actuaciones es cuantificar el daño que dicha migración importa, cuestión distinta ésta de la de determinar la participación de Retevisión/FTE y de Euskaltel en el valor llave del AMC” y, finalmente, “el hecho de que Euskaltel no haya agotado como instancia previa a su accionar como OMV a través de la red Vodafone la liquidación del AMC y la eventual determinación de la participación de Euskaltel y Retevisión en los activos y pasivos resultantes del AMC a las results de dicha liquidación no es causal válida que impida a este Tribunal Arbitral proceder a dicha cuantificación”.

Sin embargo, el TSJ parece defender la necesidad de interpretar el AMC y la cuestión de la titularidad o valor de la clientela en aras a determinar el daño ocasionado por la violación de los pactos de no competencia incluidas en los contratos. Así, se afirma que,

“Cuando el laudo se refiere a los clientes de FTE está haciendo alusión, como no podía ser de otra forma a la vista del contenido del pacto de no competencia cuyo eventual incumplimiento está en la base de la discusión, al conjunto de personas que, al momento de firmarse aquél, utilizaban los servicios de telefonía móvil prestados por el único operador de telefonía móvil que, como tal, podía y estaba en disposición de hacerlo, y que no era EUS, sino FTE. Pero eso, que el laudo reconoce de forma indisimulada, no significa que éste niegue todo valor a la aportación de EUS respecto de los clientes integrados en la cartera que se fue generando y consolidando durante la vigencia del AMC”.

Y sigue diciendo:

“Eso es lo que EUS intenta hacer creer cuando señala con reiteración que el laudo se ha pronunciado sobre la titularidad de la clientela, para sostener, acto seguido, que al hacerlo, el laudo ha prejuzgado la liquidación del AMC reservada al arbitraje previsto en su propia cláusula compromisoria. Sin embargo, es manifiesto que eso que dice EUS no es lo que dice el laudo”.

No obstante, lo que para el TSJ es manifiesto, merece un análisis más fundamentado. De hecho, existen varios elementos y pronunciamientos en el

auto que resultan, aparentemente, contradictorios entre sí. En lo que respecta a la valoración del lucro cesante Tipo I, el laudo se apoya en el “dictamen Nera”. Tal y como señala el TSJ, el dictamen Nera reconoce que la cuestión de la propiedad de los clientes “es de naturaleza esencialmente legal y no económica” y que “el informe Nera no entra en análisis legales”. Ahora bien, la valoración del lucro cesante Tipo I del informe Nera fue realizada “bajo la hipótesis de que eran clientes de FTE”; es decir, Nera dio por supuesto que los clientes que solicitaron a FTE la portabilidad del número de teléfono para irse con EUS eran clientes de FTE. Dicho lo cual el TSJ afirma que “ni el dictamen ni el laudo sostienen por lo tanto, en el sentido que entiende EUS, que la titularidad de los clientes fuera de FTE”. Ahora bien, ¿qué diferencia existe entre aceptar que los clientes eran de France Telecom y afirmar que la titularidad de los clientes pertenece a France Telecom? Cuando el Tribunal arbitral acepta la hipótesis de que los clientes eran de France Telecom para valorar el lucro cesante derivado de la infracción de las cláusulas de no competencia ¿puede sostenerse, como lo ha hecho el TSJ, que el laudo “no considera ni establece en ningún momento, ni de forma definitiva ni prejudicial, que el valor que pudiera representar la clientela captada bajo la vigencia del AMC al momento de su finalización pertenezca de forma exclusiva y excluyente a FTE”? La cuestión de la titularidad o de los derechos sobre la clientela captada bajo el AMC, en sí misma, escaparía de la competencia del Tribunal arbitral de la CCI. No obstante, pudiéndose aceptar la competencia de este Tribunal arbitral para interpretar el AMC con el fin de establecer la infracción o no de los pactos de competencia de Los Contratos (como cuestión previa), esta competencia hubiera exigido un análisis más profundo del AMC y de la cuestión de la titularidad de la clientela. Decir que el tribunal no se pronuncia sobre la titularidad de los clientes, a la vez que se acepta la hipótesis del informe Nera de que eran clientes de France Telecom resulta difícil de comprender, más aún, si se entiende que la mera aceptación de la hipótesis supone, en sí misma, una decisión a todos los efectos, incluido a los efectos de determinar las posibles infracciones de los pactos de no competencia y sus consecuencias económicas.

4. La segunda causa de oposición de Euskaltel se refiere a la supuesta infracción del orden público, recogida en el art. V.2º.b) CNY. Euskaltel, entre otros argumentos, sostiene que el laudo vulnera el Derecho comunitario en materia de competencia. El Auto del TSJ refleja el intenso e interesante debate que tuvo lugar en sede arbitral respecto al Derecho material comunitario en materia de competencia, especialmente, respecto a la aplicación del Reglamento (CE) nº 139/2004 del Consejo, de 20 de enero de 2004, sobre el control de las concentraciones entre empresas y la interpretación de la Comunicación de la Comisión Europea, del año 2005, sobre restricciones accesorias.

El TSJ está de acuerdo con Euskaltel al considerar que el Derecho de la competencia es uno de los ámbitos materiales que conciernen al orden público internacional y que, por tanto, ha de tomarse en consideración en el con-

trol posarbitral. Sin embargo, el razonamiento del TSJ del País Vasco, plantea mayores dudas cuando se refiere al alcance y limitaciones de su facultad de llevar a cabo dicho control, ya que da la impresión de que el Tribunal adopta una visión demasiado restrictiva de la misma. El TSJ afirma que debe actuar “conforme al canon de razonabilidad” descrita en la parte preliminar del laudo. Teniendo en cuenta la “profundidad y solidez” del laudo arbitral, finalmente concluye que las conclusiones alcanzadas por el tribunal arbitral, respecto al sentido y aplicación del Derecho de la Unión sobre competencia, son “razonables”.

Ahora bien, ¿cuál es el canon de razonabilidad seguido por el TSJ del País Vasco? Tal y como se desprende del “preliminar” del auto, el Tribunal considera, en primer lugar, que el concepto de orden público, como causal de denegación del *execuátur*, debe hacer referencia a una noción limitada, que cubra solamente aquellas normas y principios especialmente esenciales del ordenamiento jurídico del Estado donde se pretende el reconocimiento y la ejecución. No solo eso, en opinión del Tribunal, la causa de denegación del orden público debe emplearse para evitar el *execuátur* de los laudos que contradigan “de forma manifiesta” estos principios fundamentales. ¿Por qué “de forma manifiesta”? ¿Es éste un requisito que imponga la normativa vigente? Lo cierto es que no. La CNY no dice nada al respecto. De hecho, parece que en la última reforma de la Ley de arbitraje no se consideró adecuado incorporar la referencia a contradicciones “manifiestas” como motivo de anulación del laudo, porque esta exigencia no se acomodada a lo previsto en la CNY³. La intervención mínima de los tribunales internos en la fase posarbitral y, consecuentemente, el respeto de la autonomía de la vía arbitral libremente pactada por las partes, exige adoptar una noción limitada de orden público. Sin embargo, ¿Por qué habría de limitar su control únicamente a las infracciones manifiestas? Tratándose de normas y principios esenciales del ordenamiento, la función garantista de los tribunales internos no debería dejar pasar ningún tipo de infracción de estas normas, sean éstas manifiestas o no.

En segundo lugar, el TSJ entiende que su facultad de control posarbitral también se encuentra limitada en cuanto a la intensidad de ese control. Sostiene que “un examen exclusivamente limitado al resultado del laudo en la mayor parte de las ocasiones no garantizaría el control eficaz del orden público”. Es por ello que “el análisis debe alcanzar también a las razones que fundamentan la decisión adoptada en el procedimiento arbitral, en definitiva, a la motivación”. Este control, sin embargo, deberá realizarse “conforme al canon de razonabilidad” que exige comprobar, por una parte, que el laudo está motivado y, por otra, que dicha motivación contiene una fundamentación jurídica. En opinión del TSJ, la fundamentación jurídica debe permitir,

³ Vid. P. Perales Viscasillas, “La reforma...”, *loc. cit.*, p. 670. En su nota a pie de página nº 7 se señala que “la Enmienda nº 18 del GPP en el Senado, *BOCG*, IX Legislatura, 29 de marzo de 2011, nº 39, p. 79, consideró su supresión al entender que era contrario a lo dispuesto en el Convenio de Nueva York de 1958”.

“Conocer que la decisión arbitral es fruto de una interpretación y aplicación del Derecho reconocible. Si bien, habrá de tenerse en cuenta, que este último aspecto no incluye un pretendido derecho al acierto arbitral en la selección, interpretación y aplicación de las disposiciones legales, salvo que con ellas se afecte al contenido de otros derechos fundamentales distintos al de tutela judicial electiva, en cuyo caso resultará exigible un canon de motivación reforzada. Aunque, sí conlleva la garantía de que la decisión no sea consecuencia de una aplicación arbitraria de la legalidad, no resulte manifiestamente irrazonada o irrazonable o incurra en un error patente ya que, en tal caso, la aplicación de la legalidad sería tan sólo una mera apariencia. Por lo que en ningún caso cabrá admitir como decisiones motivadas y razonadas aquéllas en las que, a primera vista y sin necesidad de mayor esfuerzo intelectual y argumental, se comprueba que parten de premisas inexistentes o patentemente erróneas o siguen un desarrollo argumental que incurre en quiebras lógicas de tal magnitud que las conclusiones alcanzadas no pueden considerarse basadas en ninguna de las razones aducidas”.

Cuando el TSJ decide sobre la alegada vulneración del Derecho de la UE en materia de competencia, lo hace, supuestamente, aplicando el canon de razonabilidad descrito (a no ser que se refiera al “canon de motivación reforzada” cuyo alcance no se determina). Que la decisión arbitral sea fruto de una interpretación y aplicación del Derecho reconocible (sin que quepa el derecho al acierto arbitral en la selección, interpretación y aplicación de las disposiciones legales), limitando el control a asegurar que la decisión no sea consecuencia de una aplicación arbitraria de la legalidad, manifiestamente irrazonada o irrazonable y que no incurra en un error patente, no parece que deba ser el estándar que deba guiar la tarea del Tribunal cuando se trate de valorar la infracción de normas que forman parte del orden público (restringido). El canon descrito puede ser adecuado para juzgar si un tribunal arbitral ha aplicado o no el Derecho aplicable a la controversia (donde también se incluyen todas aquellas normas que no tienen carácter imperativo). Porque una cosa es valorar si el laudo está motivado (si se ha aplicado el Derecho que corresponde) y otra, distinta, si el laudo ha incurrido en la violación de una norma esencialísima del Estado donde se pretende reconocer y ejecutar.

Esta diferenciación, además, parece encontrar sentido en relación con la tercera causa de oposición planteada por Euskaltel. En opinión de Euskaltel en la determinación de las indemnizaciones el tribunal arbitral no se ajustó al acuerdo celebrado por las partes, ya que no resolvió conforme al Derecho español. Si bien Euskaltel, alegó la vulneración del orden público material español, el TSJ consideró que las normas de interpretación o de responsabilidad contractual no pueden ser identificadas con el orden público (en su acepción restrictiva). A lo que añade que tampoco puede apreciarse vulneración del “orden público por falta de motivación, pues comprobada la que se plasma en el laudo, expuesta con anterioridad, conforme al canon de razonabilidad establecido asimismo en el preliminar, se comprueba no sólo que la resolución está motivada, sino que la motivación es una motivación jurídica que aplica el Derecho español de forma no arbitraria, irracional irrazonable o patentemente errónea”. En definitiva, en los distintos apartados del auto del TSJ, se observa una cierta confusión entre el control de las supuestas infracciones de normas esenciales (de orden público) y el control por falta de motivación (que supone la vulneración del orden público), que no ayuda a la consistencia de la decisión final.

5. Del análisis efectuado en la presente nota caben deducir ciertas reflexiones finales, a modo de valoración final: en primer lugar, el auto del TSJ del País Vasco pone de manifiesto las dificultades que acompañan a la precisión de la competencia de un tribunal arbitral, especialmente, cuando existe entre las mismas partes más de una cláusula arbitral y la complejidad de las diferencias suponga entremezclar cuestiones relacionadas (sea directa o indirectamente) a la competencia de los distintos foros arbitrales. Sin embargo, esta delimitación de los ámbitos de competencia de cada tribunal – y el ejercicio por parte de éstos del principio *kompetenz-kompetenz*– debe partir, sin perder nunca la perspectiva, de la idea central de que el arbitraje (y su competencia) sólo tiene sentido cuando sea expresión de la libre voluntad de las partes, es decir, cuando exista una voluntad clara e inequívoca de someter una diferencia concreta a arbitraje. Ello no quiere decir, como sucede en el asunto que ocupa la presente nota, que un tribunal arbitral no se vea obligado a conocer de aspectos que, en un principio, quedarían fuera de su competencia, cuando estos otros aspectos estén necesariamente relacionados con el objeto de la diferencia sometida. Sin embargo, el TSJ del País Vasco, en este punto, parece pretender caminar en equilibrios imposibles, cuando sin querer entrar a decidir sobre la titularidad de los clientes captados durante la vigencia del AMC, decide dando por hecho que los clientes son de France Telecom.

En segundo lugar, del discurso teórico del TSJ del País Vasco respecto al causal denegatorio del orden público y de la aplicación en el caso concreto de esa construcción teórica, aflora la sensación de que el Tribunal ha optado por una interpretación demasiado restrictiva del control que le corresponde ejercer. Esta percepción no se refiere tanto a la adopción de una noción restrictiva del orden público, sino a la opinión según la cual, por una parte, únicamente son controlables las violaciones “manifiestas” del orden público y, por otra, la intensidad del control debe responder a un “canon de razonabilidad” que en el caso de violaciones de normas esencialísimas (expresión utilizada por el propio Tribunal) del ordenamiento parece ser insuficiente y demasiado “poco intensa”. Detrás del enfoque adoptado por el Tribunal se adivina una postura, en ningún caso criticable, de favorecer la institución del arbitraje comercial internacional, manifestada en el principio de intervención mínima del Estado en asuntos privados. Sin embargo, esta intervención mínima constituye un pilar esencial del arbitraje, su legitimidad y credibilidad, ya que sin un control mínimo y efectivo se abriría una puerta a la impunidad y, por tanto, a escenarios donde los abusos por parte de los tribunales arbitrales no tendrían respuesta por parte del Estado. En definitiva, una intervención insuficiente de los tribunales internos actuaría en contra de la propia institución arbitral, ya que, con el tiempo, podrían ser los propios usuarios del arbitraje quienes fueran perdiendo la confianza en el sistema.

Por último, no ha de esconderse que una de las principales razones por las cuales ha tenido tanto eco el asunto entre Euskaltel y France Telecom se

debe al elevado monto de la indemnización impuesto por el Tribunal arbitral. Tratándose de una cuestión donde se entremezclan cuestiones jurídicas y de índole económico e incluso político, es reseñable que el lucro cesante Tipo I haya sido calculado por medio del sistema de actualización de los flujos de fondos o *discounted cash flow* (DCF). Sin tener más datos de los expuestos en el auto del TSJ, merece la pena señalar que este sistema, que sirve para calcular el valor actual de las ganancias futuras, se caracteriza por ser, en muchos casos, un método bastante especulativo. Teniendo en cuenta este hecho, no está de más recordar que según la jurisprudencia, en virtud del Derecho español, sólo son indemnizables aquellas ganancias futuras ciertas, que no resulten meramente posibles o hipotéticas, es decir, dudosas. Otros muchos más puntos de vista o dimensiones de análisis podrían haberse realizado en torno a la resolución comentada, pero hemos debido acotarla a aquellas que puedan suscitar en el operador jurídico razones para reflexionar sobre la trascendencia de la decisión adoptada, su cuestionable fundamentación, y la sombra de desconfianza e incertidumbre jurídica que proyecta sobre la propia institución del arbitraje a la que paradójicamente dice defender. Si la lectura de esta nota suscita tal debate intelectual y jurídico podremos darnos humildemente por satisfechos.

De la necesaria distinción entre el execuátur de laudos y sentencias extranjeras

(Auto 97/2012 del TSJ de Cataluña, de 30 de mayo de 2012) *

Enrique LINARES **

Sumario: I. Planteamiento y breve historia del caso. II. Del Auto. 1. Asimilación del execuátur de sentencias extranjeras al de laudos arbitrales foráneos. 2. De la incongruencia. III. Conclusiones.

I. Planteamiento y breve historia del caso.

El Auto de 30 de mayo de 2012 de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, otorga el execuátur a un laudo arbitral dictado por el *Tribunal Arbitral du Sport* ("TAS") el 12 de julio de 2011. Mediante el Laudo, el TAS había condenado al R.C.D Espanyol de Barcelona,

* *Vid. infra*, pp. 274-279.

** Becario de Investigación. Departamento de Derecho internacional privado de la Universidad Complutense de Madrid.