

## ***Arbitrabilidad del Derecho antimonopolio desde la perspectiva europea y estadounidense***

Alexis MOURRE  
Castaldo Mourre & Partners  
París–Milán

*Sumario:* I. Introducción general. II. La tendencia general en Derecho comparado hacia la admisión de un principio general de arbitrabilidad de las disputas que afectan a normas imperativas. III. El deber de los árbitros de invocar cuestiones de arbitrabilidad por cuenta propia. IV. La sanción de la inobservancia de las disposiciones sobre no-arbitrabilidad: el *favor arbitrandum*. V. La ley aplicable a la arbitrabilidad. VI. Arbitrabilidad antimonopolio. 1. Admisión General de la arbitrabilidad de las disputas antimonopolio: A) El rol pionero del Derecho de los EE UU; B) La experiencia francesa; C) Otros países. VII. Arbitrabilidad antimonopolio en Derecho comunitario. 1. Antecedentes históricos. 2. La admisión general de la arbitrabilidad de las reclamaciones antimonopolio en Derecho comunitario: A) Arbitraje y la privatización de la aplicación del Derecho antimonopolio; B) Arbitraje en disputas de remedios. 3. Un debate en curso: A) ¿Es *Nordsee* un problema?; B) ¿Examen del procedimiento arbitral por la Comisión?; C) ¿La revisión intrusiva del laudo como retribución por la arbitrabilidad antimonopolio?

### **I. Introducción general**

La autonomía de las partes implica el derecho de los particulares de optar por salir del sistema de tribunales nacionales y someter sus disputas al arbitraje. La autonomía de las partes, sin embargo, tiene límites, y no todas las disputas son igualmente susceptibles de ser resueltas por un tribunal arbitral. Es generalmente admitido que los Estados pueden imponer restricciones al derecho de las partes de someter al arbitraje cierto tipo de disputas que tocan aspectos sensibles del orden público que los Estados prefieren mantener bajo la jurisdicción exclusiva de los tribunales nacionales. Tanto el Convenio de Nueva York (CNY) como la Ley Modelo Uncitral (LMU) disponen, a estos efectos, que su aplicación se limita a aquellas controversias que son “capaces de ser resueltas a través del arbitraje”<sup>1</sup>.

Pueden plantearse problemas de arbitrabilidad respecto de áreas del Derecho que se considera que afectan un interés público impor-

---

<sup>1</sup> CNY, arts. II.1º y V.2º.a); LMU, arts. 34.2º.b.i) y 36.1º.b.i).

tante, como las transacciones bursátiles, la insolvencia, los derechos de propiedad intelectual, el Derecho penal, o los asuntos relativos al estatus personal y familiar.

*Sensu stricto* la arbitrabilidad puede percibirse como una condición de validez del acuerdo de arbitraje. Puede argumentarse, sin embargo, que el concepto debería ser definido respecto al alcance del acuerdo de arbitraje, más que respecto a su validez<sup>2</sup>. El tribunal arbitral debería por lo tanto verificar primero si la disputa cae dentro del ámbito del acuerdo de arbitraje<sup>3</sup>, y luego preguntarse si la disputa es, en todo o en parte, capaz de ser resuelta a través del arbitraje<sup>4</sup>. La arbitrabilidad deberá entonces definirse como la posibilidad para un conflicto, de constituir el objeto de un arbitraje<sup>5</sup>.

Las cuestiones de arbitrabilidad pueden plantearse en diferentes etapas del procedimiento arbitral: pueden surgir como una objeción a la jurisdicción del tribunal arbitral en la etapa inicial del procedimien-

---

<sup>2</sup> Vid. en doctrina estadounidense, G. Zekos, "Courts' Intervention in Commercial and Maritime Arbitration under U.S. Law", *J. Int'l Arb'n.*, 14, 1997, p. 99; vid. también T. Carbonneau y J. Janson, "Cartesian Logic and Frontier Politics: French and American Concepts of Arbitrability", *Tul. J. Int'l & Comp. L.*, 2, 1994, p. 193.

<sup>3</sup> Vid. las diferencias entre el criterio utilizado en el caso *Mitsubishi*: "insofar as the allegations underlying the statutory claims touch matters covered by the enumerated articles [provisions of a distribution contract to which the arbitration provision specifically referred], the Court of Appeals properly resolved any doubts in favour of arbitrability" *Mitsubishi* (473 US 614, 1985), y el criterio utilizado en *Nestlé Waters N. Am. Inc. v. Bollman*, 505 F. 3d 498, 505 (6to Cir. 2007): "...if an action can be maintained without reference to the contract or relationship at the issue, the action is likely outside the scope of the arbitration agreement – along with the presumption in favor of arbitrability and the intent of the parties". Esta última fue reafirmada en el caso *NCR Co. v. Korala Associates*, (6to Cir. 16 de enero de 2008).

<sup>4</sup> *First Options of Chicago v. Manuel Kaplan et al. and MK Investment Inc.*, 115 S Ct 1920, 1943 (1995); *Smith Enron Cogeneration Limited Partnership Inc et al. v. Smith Cogeneration International Inc*, *Yearbook Comm. Arb'n*, XXV, 2000, p. 1088, par. 28 (2do Cir.).

<sup>5</sup> A. Bucher, *Le nouvel arbitrage international en Suisse*, Basilea, Helbing and Lichtenhahn, 1988, p. 37. Si un cierto tipo de disputa es arbitrable conforme a una ley dada es una determinación que concierne al orden público para aquella ley. Tales consideraciones de orden público caen bajo dos categorías: unas se relacionan con la arbitrabilidad *rationae personae*, o "arbitrabilidad subjetiva" y otras en relación a la arbitrabilidad *rationae materiae*, o "arbitrabilidad objetiva". La arbitrabilidad subjetiva se refiere al hecho de que ciertos individuos o entidades pueden ser considerados incapaces de someter sus disputas al arbitraje como resultado de su estatus o función. Las limitaciones subjetivas a la arbitrabilidad generalmente conciernen a Estados y Entidades públicas, a las que, bajo ciertas leyes nacionales se les prohíbe absolutamente negociar acuerdos de arbitraje o se les permite hacerlo únicamente luego de haber obtenido ciertas autorizaciones previas. Puede decirse que la arbitrabilidad subjetiva plantea una cuestión de consentimiento. La arbitrabilidad objetiva, al contrario, está relacionada con la materia de la disputa. La arbitrabilidad del Derecho antimonopolio cae dentro de esta última categoría.

to; una parte que juzga la controversia no arbitrable también puede presentar su reclamación ante un tribunal nacional, que tendrá que considerar entonces la defensa del arbitraje de la otra parte. La pretendida no arbitrabilidad de la disputa también puede servir de base para una acción de anulación del laudo, o como una defensa en el contexto de su ejecución.

## **II. La tendencia general en Derecho comparado hacia la admisión de un principio general de arbitrabilidad de las disputas que afectan a normas imperativas**

Hemos constatado en las tres pasadas décadas, una tendencia general a la extensión de la categoría de disputas arbitrables. Como fue destacado por J.B. Racine, el Derecho del arbitraje internacional se caracteriza cada vez más por un movimiento de extensión *in favor arbitrandum*<sup>6</sup> Al convertirse el arbitraje en el medio normal de solucionar disputas comerciales, las restricciones a la arbitrabilidad tendieron a disminuir o hasta incluso desaparecer. Podría decirse que al haber mayor confianza en el arbitraje como un medio de resolución de conflictos, más amplia se ha hecho la esfera de la arbitrabilidad. En Francia<sup>7</sup>, la extensión de la arbitrabilidad ha sido la consecuencia de la elaboración progresiva de un régimen liberal específico al arbitraje internacional, a diferencia del arbitraje doméstico.

En consecuencia, las disposiciones del Código Civil francés excluyendo la arbitrabilidad de ciertas disputas, en particular el art. 2059<sup>8</sup> acerca de los derechos sobre los que las partes no pueden disponer libremente y el art. 2060 sobre cuestiones relativas al estatus personal, asuntos relativos al matrimonio y orden público, han sido consideradas inaplicables por las jurisdicciones, en el contexto del arbitraje

---

<sup>6</sup> J.B. Racine, *L'arbitrage commercial international et l'ordre public*, París, LGDJ, 1999, p. 36.

<sup>7</sup> Sobre la expansión de la categoría de disputas arbitrables en derecho francés, *vid.* P. Ancel, "Arbitrage – Conventions d'arbitrage – Conditions de fond – Litiges arbitrables", *J.-Cl. Proc. Civ.*, 1986, fasc. 1024, par. 10 y ss.

<sup>8</sup> El art. 2059 Cc francés dispone que: "Todas las personas pueden establecer compromiso sobre los derechos que se encuentran bajo su libre disposición.", y el art. 2060: "No se pueden establecer compromisos sobre las cuestiones de estado y de capacidad de personas, sobre las relativas al divorcio y la separación de cuerpos o sobre las disputas que interesen a las colectividades públicas y los establecimientos públicos y más generalmente en todas las materias que interesen al orden público."

internacional<sup>9</sup>. La posición de las cortes francesas sobre la arbitrabilidad ha evolucionado, a lo largo de una cantidad de decisiones que se remontan hasta 1954<sup>10</sup>, desde la negación de la arbitrabilidad de controversias que toquen materias de orden público hasta una aceptación general de que los árbitros son capaces de decidir sobre la validez de contratos que contravengan el orden público, sujeta a la revisión del laudo por las cortes<sup>11</sup>. Con la excepción de un limitado número de disputas que aún son consideradas no arbitrables por principio (como los divorcios y asuntos relativos al estatus personal). La ley francesa sin embargo permite la arbitrabilidad de asuntos, como el fraude y la libre competencia, que interesan al orden público, dejando a las cortes revisar la compatibilidad del laudo con la noción francesa de orden público en el contexto de la acción para anular o ejecutar el laudo. Como decidió la Corte de apelaciones de París en el caso *Ganz* de 1991:

“... en arbitraje internacional, el árbitro... está autorizado para aplicar principios y reglas de orden público [internacional] y para ordenar reparación en el caso de que tales principios y reglas hayan sido violados, sujeto a la revisión de las cortes que sean llamadas a conocer sobre una demanda de anulación del laudo... como resultado, excepto en los casos en los que la no arbitrabilidad es una consecuencia del objeto de la disputa en cuanto este está sometido a una regla de orden público internacional que excluye absolutamente la jurisdicción de los árbitros – un árbitro internacional, cuyas funciones incluyen asegurar el respeto de este orden público, está capacitado para sancionar las conductas que sean contrarias a la buena fe necesaria en las relaciones entre los operadores del comercio internacional”<sup>12</sup>.

De manera similar, en un caso anterior, la Corte de apelaciones de París sostuvo que

“... el impacto del orden público en la arbitrabilidad de una disputa no impide a los árbitros la aplicación de reglas imperativas, sino únicamente conocer casos que, en razón del objeto del litigio, sólo pueden ser conocidos por las cortes”<sup>13</sup>.

---

<sup>9</sup> Vid. *Cass. Civ.*, 18 de mayo de 1971, *Impex v. P.A.Z. Produzione*, *Journ. dr. int.*, 1972, p. 62, donde la Corte de Casación confirmó la decisión de la Corte de Apelaciones que establecía que las disposiciones de los arts. 2059 y 2060 Cc no se aplican al arbitraje internacional (vid. también la decisión en apelación: CA París, 20 de junio de 1969, *Impex v. Malteria Adriatica*, *Rev. arb.*, 1969, p. 95; *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1969, p. 738, nota de Mezger; y *Journ. dr. int.*, 1971, p. 118, nota de B. Oppetit).

<sup>10</sup> CA París, 9 de febrero de 1954, *Société anonyme agricole v. Torris*, (1954) en *Dalloz, jur.*, p. 192.

<sup>11</sup> CA París, 29 de marzo de 1991, *Ganz v. Société Nationale des Chemins de Fer Tunisiens (SNCF)*, *Rev. arb.*, 1991, p. 478, nota de L. Idot.

<sup>12</sup> *Id.*

<sup>13</sup> CA París, 16 de febrero de 1989, *Almira Films v. Pierrel*, *Rev. arb.*, 1989, p. 711, nota de L. Idot, *Cass. Civ.*, 5 de febrero de 1991, *Rev. arb.*, 1991, p. 625, nota de L. Idot.

La jurisdicción de los árbitros entonces no se ve afectada por el hecho de que la disputa toque asuntos de Derecho público, como las reglas antimonopolio. Los árbitros pueden decidir sobre el fondo de una disputa que surja de un contrato contrario al orden público, y deben, en base al principio de la autonomía de la cláusula arbitral<sup>14</sup>, declarar nulo tal contrato, sin considerar no obstante por ello que la cláusula de arbitraje sea en sí inválida.

La Corte Suprema de los EE UU, desde 1974, también ha expandido considerablemente el campo de la arbitrabilidad<sup>15</sup>, al permitir la sumisión al arbitraje de conflictos que involucran regulación sobre acciones y títulos<sup>16</sup>, patentes<sup>17</sup>, o reclamaciones basadas en la ley RICO<sup>18</sup>. Vale la pena citar un extracto de la famosa decisión de la Corte Suprema en *Sherk*:

“Una disposición contractual especificando por adelantado el foro en el cual las disputas han de ser litigadas y la ley aplicable es [...] una precondition casi indispensable para lograr la previsibilidad y el orden de cualquier transacción internacional de negocios [...] Un rechazo obtuso por parte de las cortes de un país para ejecutar un acuerdo de arbitraje internacional puede no solamente frustrar estos propósitos, sino también promover tácticas impropias y mutuamente destructivas de las partes para asegurarse estratégicas ventajas procesales [...] dañaría la estructura del comercio e intercambio

---

<sup>14</sup> El principio de autonomía de la cláusula arbitral, el cual es reconocido generalmente en las leyes y reglamentos modernos de arbitraje, así como en la jurisprudencia judicial y arbitral, fue formulado por primera vez en la doctrina en los años sesenta. *Vid.* Klein, “Du caractère autonome de la clause compromissoire, notamment en matière d’arbitrage international – Dissociation de la nullité de cette clause de celle du contrat principal”, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1961, p. 499 y *Rev. arb.*, 1961, p. 48; H. Motulsky, *Ecrits*, vol. 2, *Etudes et Notes sur l’arbitrage*, 1974, p. 335 ss. Sobre el reconocimiento general del principio de autonomía en arbitraje internacional *vid.* A. Dimolitsa, “Separability and Kompetenz-Kompetenz”, en *ICCA Congress Series n.9, Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards: 40 Years of Application of the New York Convention*, Kluwer, 1999; Fouchard, Gaillard, Goldman, “On International Commercial Arbitration”, *Kluwer International*, 1999, p. 202.

<sup>15</sup> Para un análisis de la jurisprudencia, *vid.* J.T. McLaughlin, “Arbitrability: Current Trends in the United States”, *Alb. L. Rev.*, 1996, p. 905.

<sup>16</sup> *Sherk v. Alberto Culver Co*, 417 US 506 (1974), revirtiendo *Wilko v. Swan*, 346 US 427, 1953. *Cf.* en este sentido W. Park, “Arbitrability and American Securities Law”, en *Bull ASA*, Special Series n° 20, p. 81; J. Kerr, “Arbitrability of Securities Claims in Common Law Nations”, *Arb Int’l*, 1996, p. 171; H. Van Houtte, “Arbitration involving Securities Transactions”, *Arb. Int’l*, 1996, p. 405; Ph. Leboulanger, “L’arbitrage des litiges relatifs aux operations sur les marches financiers”, *Mélanges en l’honneur de Ph. Kahn*, París, 2000, p. 545.

<sup>17</sup> *Patent Validity and Infringement*, 35 USC 294; *Patent Interference*, 35 USC 135.

<sup>18</sup> R.I.C.O: Racketeer Influenced and Corrupted Organization Act claims. *Vid.* *Shearson/American Express Inc. v. Mc Mahon*, 482 US 220 (1987).

internacional, y pondría en peligro la buena voluntad y la capacidad de los hombres de negocios para firmar acuerdos comerciales internacionales<sup>19</sup>.

En Inglaterra, donde esta cuestión no ha sido extensamente tratada por la doctrina y raramente se plantea en jurisprudencia<sup>20</sup>, la noción de la arbitrabilidad también es definida de manera amplia. Como fue señalado por Mustill y Boyd<sup>21</sup>, la única regla que parece aplicarse a este particular es la de la no arbitrabilidad de toda disputa que afecte al público en sentido largo, lo cual se refiere a las disputas que involucran terceras partes, como aquellas sobre concesión de patentes o marcas.

Hay diferentes maneras de definir la arbitrabilidad. Sin duda, el enfoque más simple y liberal es el adoptado por la Ley suiza de Derecho Internacional Privado, cuyo art. 177.1<sup>o</sup> establece que cualquier disputa de carácter patrimonial (*v.gr.* una disputa que implique demandas que tengan valor pecuniario para las partes)<sup>22</sup> puede referirse al arbitraje. En ciertas jurisdicciones, como Bulgaria<sup>23</sup> y China<sup>24</sup>, la ley fija categorías de disputas que no son susceptibles de ser resueltas en arbitraje. La ley francesa establece – pero ello no se aplica al arbitraje internacional – que, además de las cuestiones que involucren al orden público<sup>25</sup>, las cuestiones relativas al estatus personal y al divorcio, así como las disputas que impliquen a la Administración Pública, no son arbitrables<sup>26</sup>. En ciertas jurisdicciones, el criterio es el de la posibilidad para las partes de transigir en relación a los asuntos que puedan referirse al arbitraje. Este es el caso de Bélgica<sup>27</sup>, Suecia<sup>28</sup>, así como de

---

<sup>19</sup> Traducción libre de un extracto de *Scherk v. Alberto Culver Co.*, *op. cit.*

<sup>20</sup> J.F. Poudret y S. Besson, *Droit comparé de l'arbitrage international*, París, LGDJ, 2002, p. 308.

<sup>21</sup> J. Mustill y S. Boyd, *The Law and Practice of Commercial Arbitration in England*, 2<sup>a</sup> ed., Londres, 2000, p. 149.

<sup>22</sup> T.F.S. de 23 de junio de 1992, *Fincantieri–Cantieri Navali Italiani SPA v. M and arbitration tribunal*, ATF 118 II 353; *Yearbook Comm. Arb'n*, XX, 1995, p. 766. En este sentido, *vid.* P. Baron y S. Liniger, “A Second Look at Arbitrability: Approaches to Arbitration in the United States, Switzerland and Germany”, *Arb. Int'l*, 2003, p. 27.

<sup>23</sup> El art. 2 de la ley de 5 de agosto de 1988, modificada por la ley de 2 de noviembre de 1993, prohíbe el arbitraje respecto de disputas sobre derechos inmobiliarios y laborales.

<sup>24</sup> El art. 3 de la ley de 31 de agosto de 1994 *law* dispone que el arbitraje no es permitido para resolver asuntos de derecho de familia y disputas con la Administración Pública.

<sup>25</sup> La no-arbitrabilidad respecto de asuntos que afectan el orden público es también adoptada en varios países, como Argelia, Argentina, Dinamarca, Egipto, India, Libia, Marruecos, Nueva Zelanda, Quebec, Sri-Lanka, Tunisia, y Venezuela.

<sup>26</sup> Art. 2060 Cc.

<sup>27</sup> Art. 1676 del Código Judicial. Este criterio, sin embargo, es equivalente al de los derechos de libre disposición. El art. 2045 Cc belga establece, a tales efectos, que para poder transigir las partes también deben poder disponer de sus derechos.

<sup>28</sup> Sección 1 de la Ley de arbitraje sueca.

varios otros países<sup>29</sup>. En otras jurisdicciones, la arbitrabilidad se define en relación al hecho de que las partes tengan libre disposición de los derechos<sup>30</sup>, lo que puede considerarse como equivalente a los criterios belga y sueco. Esto es así también en Italia desde la Ley de 2 de febrero de 2006<sup>31</sup>, y éste es asimismo el criterio adoptado por el art. 2059 Cc francés, aunque, como ya dijimos, dicho artículo no es aplicable en el contexto internacional. En Alemania, el legislador ha combinado el criterio de la alienabilidad de derechos con el de la naturaleza económica de la disputa<sup>32</sup>.

Exceptuando el criterio patrimonial, adoptado por la ley suiza, estas provisiones legales son generalmente obsoletas y susceptibles de crítica. El principio de que las reglas de orden público no son arbitrables, por ejemplo, lleva a la absurda conclusión de que el árbitro no tiene competencia para decidir que un contrato, concluido en violación de reglas imperativas, es nulo e inválido<sup>33</sup>. Por su parte, el criterio de la libre disposición de derechos acarrea incertidumbres sobre cuáles derechos pueden considerarse disponibles por las partes. Como lo señaló B. Hanotiau, el criterio suizo es mucho más adecuado, en cuanto permite considerar, como cuestión de principio, que los derechos patrimoniales son de libre disposición por las partes<sup>34</sup>. En muchas jurisdicciones, la jurisprudencia ha dejado de lado tales reglas en favor de criterios más modernos basados en una más amplia admisión de la arbitrabilidad de las disputas que involucran normas imperativas. Como consecuencia, existe hoy en día un consenso general de que los árbitros tienen la facultad de aplicar reglas imperativas, sea de manera principal o incidental, y de determinar las consecuencias civiles de la violación de dichas reglas, bajo el control del Juez quien será eventualmente llamado para determinar la validez y/o la ejecutabilidad del laudo.

---

<sup>29</sup> Art. 1020-3 CPC holandés; art. 1-1 de la Ley portuguesa n° 31/86; art. 1 del Decreto Legislativo argelino n° 93-09 (modificando el art. 442 del Código de Procedimiento Civil); art. 7-4 d de la Ley n° 93-42 de Túnez.

<sup>30</sup> Colombia (art. 1 del Decreto de 7 de octubre de 1989); Brasil (art. 1 del estatuto de 23 de septiembre de 1996); España (art. 2.1° Ley de 23 de diciembre de 2003); Portugal (art. 1 Ley de 29 de agosto de 1986).

<sup>31</sup> Anteriormente, el art. 806 CPC se refería al criterio de transigibilidad.

<sup>32</sup> Art. 1030 ZPO alemán.

<sup>33</sup> En *Meulemans v. Robert*, *Journ. dr. int.*, 1965, p. 113, la CA de París sostuvo que la demanda era arbitrable en cuanto no se basaba en la legalidad de la transacción. *Vid.* sobre la crítica hacia la limitación por razón del orden público, P. Mayer, "Le contrat illicite", *Rev. arb.*, 1984, p. 213.

<sup>34</sup> B. Hanotiau, "L'arbitrabilité", *R. des C.*, 2003, p. 109.

Consecuentemente, podemos decir que en lo que se refiere a derechos patrimoniales, prácticamente no hay límites en relación a la arbitrabilidad. Como se dijo anteriormente, el derecho bursátil se considera arbitrable en la mayoría de las jurisdicciones<sup>35</sup>, aún cuando el asunto no ha sido completamente resuelto en Alemania<sup>36</sup>. Existe un amplio consenso en que las cuestiones relativas a la propiedad intelectual, marcas, y patentes hasta cierto punto, son de hecho arbitrables, con la excepción de las decisiones que afectan los derechos de terceras partes, como el registro o la cancelación del registro público de una marca o patente<sup>37</sup>. La insolvencia de una de las partes, en la mayoría de las jurisdicciones ya no es considerada como una causa de no arbitrabilidad<sup>38</sup>. Incluso, lo que resulta más significativo, la arbitrabilidad de los asuntos en los que pueden presentarse acusaciones de fraude o corrupción, es ahora cada vez más y más ampliamente admitida<sup>39</sup>. Lo mismo puede decirse respecto de las regulaciones de

---

<sup>35</sup> En los EE UU, *vid. supra*, nota 15; en Italia, Corte de Apelaciones de Florencia, 3 de diciembre de 2002, *Bancofin S.r.L. v. Eptasim S.p.a.*, en *Riv Arb*, 2004, p. 327. En Alemania, *vid. Schwark, Boersengesetz*, notas 3, 7 (2da ed. 1994); J. Kerr, "Arbitrability of Securities Claims in Common Law Nations", *Arb. Int'l*, 1996, p. 176. Para decisiones que declararon arbitrables las reclamaciones en derecho de valores ver, sentencia de 26 de febrero de 1991, XI ZR 349/89, WM 1991, 576 (Bundesgerichtshof); sentencia de 6 de junio de 1991, III ZR 68/90, NJW 1991, en 2215 (Bundesgerichtshof). En Bélgica, *vid. H. Van Houtte*, "Arbitration Involving Securities Transactions", *Arb. Int'l*, 1996, p. 405.

<sup>36</sup> Para casos donde la arbitrabilidad de las regulaciones sobre valores ha sido negada por las cortes respecto a los tribunales arbitrales establecidos en el extranjero, *vid. BGH*, 15 de junio de 1987, *IPrax*, 1989, p. 163; BGH 21 de septiembre de 1987, *IPrax*, 1989; OLG Düsseldorf, 8 de marzo de 1996, *IPrax*, 1997, p. 118.

<sup>37</sup> Corte Suprema de Canadá, 21 de marzo de 2003, *Desputeaux v. Editions Chouette*, [2003] 1 SCR 178, *Rev. arb.*, 2003, p. 472, nota de F. Bachand. *Vid.* en este sentido, F. Perret, "L'arbitrabilité des contentieux en matière de brevets d'invention", *Liber amicorum Claude Reymond*, París, 2004, p. 229; M. Blessing, "Arbitrability of Intellectual Property disputes", *Arb. Int'l*, 1996, p. 191; R. Ceccon, "Arbitration and Intellectual Property in the Italian Legal System", *JOIA*, 1996, p. 65; D.P. Simms, "Arbitrability of Intellectual Property Disputes in Germany", *Arb. Int'l*, 1999, p. 193; A. Frignani, "Nouveautés sur l'arbitrage en matière de propriété intellectuelle et de droit des sociétés en Italie", *Cahiers de l'arbitrage, Recueil*, vol. III, 2004-2005, p. 205.

<sup>38</sup> *Vid.* A. Mourre, "Arbitrage et droit de la faillite: réflexions sur l'office du juge et de l'arbitre", *Cross-border insolvency and conflict of jurisdictions, A US-EU Experience*, (Bruylant, Brussels, 2007), p. 153; J. Rosell and D. Pragner, "International Arbitration and Insolvency: United States, France, and the ICC", *JOIA*, 1999, p. 417; Ph. Fouchard, "Arbitrage et faillite", *Rev. arb.*, 1998, p. 471; V. Lazic, *Insolvency Proceedings and International Arbitration*, La Haya, Kluwer, 1998; F. Mantilla-Serrano, "International Arbitration and Insolvency Proceedings", *Arb. Int'l*, 1995, p. 51.

<sup>39</sup> Existe una opinión largamente difundida de que el laudo Lagergren (Caso CCI n° 1100, *vid. infra*, nota 53) fijó un regla de no-arbitrabilidad, cuya limitación de los poderes jurisdiccionales del árbitro ha sido ampliamente criticada. El lenguaje del laudo es sin embargo, bastante ambiguo es este sentido. De un lado, se refiere claramente a la falta de



embargo<sup>40</sup>, aún cuando todavía existen decisiones en contra, como en Italia<sup>41</sup>. Una amplia mirada sobre la situación en el derecho comparado muestra sin embargo, como lo notó Jean-Baptiste Racine, que sólo un pequeño grupo de minúsculas islas de no arbitrabilidad permanece en medio de un vasto océano de arbitrabilidad<sup>42</sup>. Entre estas pequeñas islas de no-arbitrabilidad restantes están las disputas que surgen de acuerdos laborales<sup>43</sup> o contratos de consumo<sup>44</sup>. En tales

---

jurisdicción de los árbitros, mientras que del otro, parece implicar que una demanda viciada por el fraude no es admisible en ningún tribunal, sea arbitral o no. El autor ha propuesto que el laudo debe interpretarse como declarando la demanda inadmisibile por razones de fondo antes que como no-arbitrable; *vid.* A. Mourre, "Arbitration and Criminal Law: Reflections on the Duties of Arbitrators", *Arb. Int'l*, 2006, p. 95. En cualquier caso, la jurisprudencia desde entonces ha admitido ampliamente que las alegaciones de corrupción pueden ser arbitradas. En Inglaterra, *vid.* *Westacre Investments v. Jugoimport* [1999] EWCA Civ. En Suiza *vid.* Trib. Fed. Suizo. 2 de septiembre de 1993, *National Power v. Westinghouse*, en *Bull ASA*, 1994, p. 244; *OTV v. Hilmarton*, 30 de diciembre de 1994, en *Bull ASA*, 1995, p. 217. En los EE UU, respecto de las reclamaciones de la ley RICO, *vid.* *Development Bank of the Philippines v. Chemtex Fibers*, 617 F. Supp. 55 (DCNY 1985); *Genesco Inc. v. Kakiushi & Co.*, 815 F 2d 840 (2do Cir. 1987) y *Mc Kerr-Mc Gee Refining Corp. v. M/T Triumph*, 924 F 2d. 467 (2d Cir. 1991). Sobre la abundante literatura legal relativa a la arbitrabilidad de demandas sobre corrupción, *vid.* A. Sayed, "Corruption in International Trade and Commercial Arbitration", La Haya, Kluwer, 2004; A. Kosheri y Ph. Leboulanger, "L'arbitrage face à la corruption et aux trafics d'influence", *Rev. arb.*, 1984, p. 3; J. Rosell y D. Pragner, "Illicit Commissions and International Arbitration", *Arb. Int'l*, 1999, p. 329; H. Arfazadeh, "Considérations pragmatiques sur la compétence relative de l'arbitre et du juge en matière de corruption", en *Bull ASA*, 2001, p. 683; R. H. Kreindler, "Aspects of Illegality in the Formation and Performance of International Contracts", *Int Arb L Rev*, 2003, p. 1; A. Crivellaro, "Arbitration Case Law on Bribery: issues of arbitrability, contract validity, merits and evidence", *Arbitration, Money Laundering, Corruption, and Fraud*, Dossiers of the ICC Institute of World Business Law, 2003, p. 109.

<sup>40</sup> T.F.S. *Fincantieri v. Oto Melara*, *Rev. arb.*, 1993, p. 691, nota de F. Knoepfler; Corte de Apelaciones de Montreal, 31 de marzo de 2003, *Lybian Arab Airlines v. Air France*, en *Bull ASA*, 2003, p. 630. *Vid.* también G. Sacerdoti, "Embargo iracheno, effetti sui contratti in corso ed efficacia delle clausole per arbitrato internazionale", *Riv. arb.*, 1993, p. 361; J.B. Racine, "L'arbitrage commercial international et les mesures d'embargo", en *Journ. dr. int.* 2004, p. 89; G. Bastid-Burdeau, "Les embargos multilatéraux et unilatéraux et leur incidence sur l'arbitrage commercial international", *Rev. arb.*, 2003, p. 753.

<sup>41</sup> Corte de Apelaciones de Génova, 7 de mayo de 2004, *Fincantieri v. Irak*, *Riv. arb.*, 1994, p. 505.

<sup>42</sup> J.B. Racine, *L'arbitrage commercial international et l'ordre public*, *op. cit.*, 1999, p. 26.

<sup>43</sup> En Alemania la arbitrabilidad de los contratos laborales esta excluida por el Código de la Corte de Trabajo. En Italia, el art. 806.2º Código de Procedimiento Civil establece que las disputas referidas en el art. 409 (*controversie individuali di lavoro*) deben ser decididas por árbitros solo si así se establece en la ley o en el Convenio Colectivo. En Francia y Bélgica, las partes pueden acordar el arbitraje una vez terminado el contrato laboral, pero no pueden incluir una cláusula de arbitraje relativa a futuras controversias en el contrato de trabajo. Sobre esta perspectiva, *vid.* respectivamente, Ph. Fouchard, "La laborieuse

situaciones, las restricciones a la arbitrabilidad pueden justificarse por la necesidad de proteger el derecho de la parte más débil de acceder a la justicia, de acuerdo con el art. VI.1<sup>o</sup> Convención Europea sobre Derechos Humanos<sup>45</sup>. En ciertos países, no obstante, las restricciones a la arbitrabilidad han sobrevivido en áreas en las que su justificación es más difícil de comprender. En Bélgica, por ejemplo, las cortes todavía excluyen la arbitrabilidad de disputas que surjan de acuerdos de distribución exclusiva ejecutados en el país<sup>46</sup>.

Un aspecto que aún se discute respecto de la arbitrabilidad es el del impacto de las disposiciones nacionales que establecen la jurisdicción exclusiva de las cortes estatales. Esta problemática ha sido algo confusa por cuanto, si bien la no-arbitrabilidad seguramente implica la jurisdicción exclusiva de tribunales estatales, la proposición inversa no necesariamente es verdadera. Una disposición nacional que establezca una jurisdicción exclusiva no debe necesariamente interpretarse excluyendo la arbitrabilidad de la disputa relativa al objeto propio de esta jurisdicción exclusiva<sup>47</sup>. Como ha señalado J.B. Racine, las

---

réforme de la clause compromissoire par la loi du 15 mai 2001”, *Rev. arb.*, 2001, p. 414–415; J.B. Racine, *L’arbitrage commercial international et l’ordre public*, *op. cit.*, p. 70–71.

<sup>44</sup> Al respecto *vid.* la reciente STJCE 26 de octubre de 2006, as. C–168/05, *Elisa María Mostaza Claro v. Centro Móvil Milenium SL*, *Journ. dr. int.*, 2007, p. 581, con nota de A. Mourre; L. Idot, “La Cour de Justice et le sort de la clause compromissoire dans un contrat de consommation, sous CJCE, 26 Octobre 2006”, *Rev. arb.*, 2007, pp. 109–122. *Vid.* también *Ross v. Bank of America*, 06–4755, 2008 WL 1836640 (2do Cir. 25 de abril de 2008), la decisión plantea dudas sobre el uso de cláusulas arbitrales obligatorias en la renuncia de *class actions* en la industria de las tarjetas de crédito; y la pregunta prejudicial al TJCE en *Asturcom Telecomunicaciones SL v Cristina Rodríguez Nogueira* (C–40/08), de 5 de febrero de 2008; “¿la protección a los consumidores de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores, puede implicar que el tribunal que conoce de una ejecución forzosa de un Laudo arbitral firme, dictado sin la comparecencia del consumidor, aprecie de oficio, la nulidad del convenio arbitral y en consecuencia anule el Laudo, por estimar que dicho convenio contiene una cláusula arbitral abusiva en perjuicio del consumidor?”.

<sup>45</sup> Sobre las relaciones entre el arbitraje y la Corte Europea de Derechos Humanos, *vid.* R. Briner and F. Schlabrendorff, “Article 6 of the European Convention on Human Rights and its Bearing upon International Arbitration”, *Liber Amicorum Bockstiegel*, p. 89 ss; Ch. Jarrosson, “L’arbitrage et la CEDH”, *Rev. arb.*, 1989, p. 573; A. Mourre, “Le droit français de l’arbitrage international face à la CEDH”, *Cahiers de l’arbitrage, Recueil*, vol. I, 2001–2002, p. 22.

<sup>46</sup> *C.Cass.*, 28 de junio de 1979, *Audi–NSU AutoUnion AG v. Adelin Petit*, *Yearbook Comm. Arb’n*, 1980, p. 257; *C.Cass.*, 15 de octubre de 2004, en *RDC* 2005, p. 488. sobre este aspecto, *vid.* P. Hollander, “L’arbitrabilité des litiges relatifs aux contrats de distribution commerciale en droit belge”, *L’arbitrage et la distribution commerciale*, Bruselas, Bruylant, 2005, p. 27.

<sup>47</sup> Salvo que se prevea expresamente, como en Portugal, por el art. 1 de la ley de 29 de agosto de 1986.

disposiciones sobre la jurisdicción exclusiva de las cortes de un cierto Estado generalmente están dirigidas al poder judicial, y sólo buscan definir las competencias dentro de este mismo poder judicial. Como consecuencia, estas jurisdicciones exclusivas no necesariamente tienen el objetivo de fijar una regla de no arbitrabilidad<sup>48</sup>. Consecuentemente, la Corte de apelaciones de Colmar ha decidido que la jurisdicción exclusiva de las cortes mercantiles estatales para declarar la disolución de una compañía no debe interpretarse en el sentido de invalidar un acuerdo arbitral que otorga los mismos poderes a un tribunal arbitral<sup>49</sup>. Como consecuencia, en lo que se refiere a las jurisdicciones exclusivas, una distinción debe hacerse entre aquellas disposiciones sobre jurisdicción exclusiva cuyo propósito es organizar el sistema jurisdiccional, y aquellas que obedecen una regla de orden público dirigida a excluir las jurisdicciones privadas. Únicamente estas últimas pueden interpretarse como fijando una regla de no arbitrabilidad<sup>50</sup>. No obstante, las cortes se han referido en ocasiones a la existencia de jurisdicciones exclusivas como criterios de no arbitrabilidad<sup>51</sup>. En Suiza, el art. 5 del *Concordat Intercantonal*, el cual no se aplica al arbitraje internacional, también se refiere a la ausencia de jurisdicciones exclusivas del Estado como criterio de arbitrabilidad.

### III. El deber de los árbitros de invocar cuestiones de arbitrabilidad por cuenta propia

Las cuestiones de arbitrabilidad son generalmente invocadas frente a cortes nacionales por la parte que busca evitar el arbitraje, o anular el laudo. Ellas también pueden ser invocadas por una parte durante el proceso arbitral, en cuyo caso, como dijimos, los árbitros tendrán la potestad de conocerlas y decidir si la disputa puede o no someterse al arbitraje. Puede ocurrir sin embargo, que una cuestión de arbitrabilidad no sea invocada por las partes en el arbitraje. La pregunta que surge entonces es ¿hasta qué punto el tribunal arbitral está capacitado para invocar de oficio esta cuestión? En los términos más simples, la pregunta es si los árbitros *pueden* o *deben* introducir en el proceso

---

<sup>48</sup> J.-B. Racine, *L'arbitrage commercial international et l'ordre public*, op. cit., p. 48-52.

<sup>49</sup> CA Colmar, 21 de septiembre de 1993, *Morin v. Morin*, *Rev. arb.*, 1994, p. 154, nota de Ch. Jarrosson.

<sup>50</sup> T.F.S., 23 de junio de 1992, *Fincantieri – Cantieri Navali Italiani Spa and Oto Melara Spa v. M and arbitration tribunal*, vid. *infra* nota 40.

<sup>51</sup> En Francia, vid. CA París, 20 de enero de 1989, *Sté Phocéenne de depot v. Sté depots pétroliers de Fos*, *Rev. arb.*, 1989, p. 80, nota de L. Idot; *Almira Films v. Pierrel*, op. cit.

arbitral una cuestión de arbitrabilidad que ninguna de las partes ha invocado. Este dilema ha sido el objeto de vasta literatura legal respecto a asuntos de orden público<sup>52</sup>. El problema es bastante similar respecto de la arbitrabilidad.

El Juez Lagergren, en el famoso laudo CCI n° 1100<sup>53</sup>, decididamente resolvió que el tribunal arbitral tenía el deber de invocar cuestiones de orden público internacional *ex officio*:

“... ambas partes afirmaron el efecto vinculante de sus compromisos contractuales y mi competencia para considerar y decidir el caso de acuerdo con el acta de misión. En todo caso, en presencia de una disputa sobre un contrato de la naturaleza ya antes descrita, condenado por el orden público, la decencia y la moral, no me es posible, en vista del interés en la correcta administración de justicia, evitar examinar la cuestión de oficio”<sup>54</sup>.

Sin embargo, entonces estaban en juego asuntos de orden público, y no todas las cuestiones de arbitrabilidad implican tales aspectos de moral internacional. El caso puede, por ejemplo, ser arbitrable según la ley de la sede del arbitraje, pero no según la ley aplicable al acuerdo arbitral. Puede ser arbitrable según la ley del acuerdo de arbitraje, pero no según la ley del país donde el laudo posiblemente será ejecutado. ¿Cómo entonces decidirá el árbitro que tiene el deber de invocar de oficio esta cuestión en el debate?

El punto de partida del razonamiento, es el deber fundamental del árbitro de tratar a las partes equitativamente. Este deber obliga al tribunal arbitral a abstenerse de crear un desequilibrio en el proceso arbitral al ayudar a una parte en perjuicio de la otra. Por otro lado, los árbitros también tienen el deber de pronunciar un laudo válido, i.e. un laudo que no será anulado en la sede del arbitraje. Una combinación de estos dos principios nos llevará a la conclusión de que la arbitrabilidad no debe ser invocada de oficio por los árbitros, a menos que la no-arbitrabilidad venga determinada por la ley del país sede del arbitraje.

Puede argumentarse, sin embargo, que los árbitros tienen también el deber de hacer su mejor esfuerzo para pronunciar un laudo ejecu-

---

<sup>52</sup> K.-H. Bockstiegel, “Public Policy and Arbitrability, ICCA Congress Series n° 3”, 1986, p. 183; Barber, *Objektive Schiedsfähigkeit und ordre public in der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit*, Frankfurt, 1994, p. 25; A. Okekeifere, “Public Policy and Arbitrability under the Uncitral Model Law”, *Int. A.L.R.*, 1999, pp. 70–77.

<sup>53</sup> Caso CCI n° 1100, *Argentine engineer v. British company*, *Arb. Int'l*, 3, 1987, p. 282, nota de G. Wetter; *Arb. Int'l*, 10, 1994, p. 277; *Yearbook Comm. Arb'n*, XXI, 1996, p. 47. *Vid. supra*, nota 39.

<sup>54</sup> *Id.*

table, lo cual implicaría que deberían invocar por cuenta propia las disposiciones sobre no-arbitrabilidad que establezcan las leyes del país o países en los que el laudo es susceptible de ser ejecutado (tales países pueden, evidentemente, ser otros distintos al país sede del arbitraje). A pesar de ello, generalmente es difícil anticipar dónde será ejecutado el laudo. Además, es bastante discutible que los árbitros realmente tengan el deber de considerar una multiplicidad de leyes diferentes de la de la sede y/o la ley escogida por las partes para ser aplicada al acuerdo arbitral. Algunos autores también plantean un punto de vista según el cual los árbitros tendrían un deber general hacia el público, entendido en sentido amplio, en relación a las disputas percibidas como significativamente sensibles, al punto de haberse adoptado para ellas la jurisdicción exclusiva de las cortes estatales. Con el propósito de favorecer el avance del arbitraje y fomentar su reconocimiento como un método exitoso de resolver los conflictos y no un mecanismo para evadir la política de los Estados en áreas consideradas como de interés general, los árbitros deben entonces denegar su competencia *ex officio* si la controversia no es arbitrable según la ley aplicable al acuerdo arbitral<sup>55</sup>. Finalmente, otros autores formulan la tesis, en cierta forma más restrictiva, según la cual, el tribunal arbitral debe invocar las cuestiones sobre arbitrabilidad *ex officio*, y en consecuencia denegar su competencia a pesar de la voluntad de las partes de ver resuelta su disputa a través del arbitraje, únicamente cuando la disputa se refiera a materias que van en contra de los valores más fundamentales del Estado en el que el arbitraje tiene su sede<sup>56</sup>.

Es justo decir, en lo que se refiere a la legislación sobre protección de la competencia, que la cuestión del deber de los árbitros de invocar cuestiones de arbitrabilidad *ex officio* en la práctica se ha vuelto discutible en vista de la admisión general de la arbitrabilidad de las reglas antimonopolio. La presunción es que los árbitros tienen la facultad de aplicar dichas reglas, por lo cual ellos no deben sentir ninguna necesidad de invocar la cuestión *motu proprio* cuando las mismas partes no lo hayan hecho.<sup>57</sup> La pregunta sobre el deber de los árbitros de invocar por cuenta propia temas de derecho de la competencia cuando están conociendo el fondo de la controversia es por supuesto mucho más importante, pero este planteamiento se refiere al tópico

---

<sup>55</sup> J.D. M Lew, L. Mistelis y S.M. Kroll, *Comparative International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 2003, p. 220.

<sup>56</sup> P. Lalive, J.-F. Poudret y C. Reymond, *Le droit de l'arbitrage interne et international en Suisse*, Lausana, Payot, 1989, p. 309.

<sup>57</sup> Laudo CCI n° 6503 de 1990, *Journ. dr. int.* 1995, p. 1022; laudo CCI n° 7539 de 1995, *Journ. dr. int.* 1996, p. 1030; laudo CCI n° 8626 de 1996, *Journ. dr. int.* 1999, p. 1074.

más general, de la aplicación de reglas imperativas por el tribunal arbitral<sup>58</sup>. Baste recordar que, en *Eco Swiss*, una de las preguntas sometidas a la Corte de Justicia de las Comunidades Europeas (CJCE) fue justamente si los árbitros tienen el deber de invocar los temas de derecho de la competencia comunitario *ex officio*. La Corte no respondió a tal pregunta<sup>59</sup>.

#### **IV. La sanción de la inobservancia de las disposiciones sobre no-arbitrabilidad: el *favor arbitrandum***

En la mayoría de las jurisdicciones, la no arbitrabilidad es una causa para anular el laudo dictado en ese mismo país<sup>60</sup>. En lo que se refiere a la ejecución de laudos extranjeros, el art. V.2º CNY establece que el reconocimiento y la ejecución de un laudo puede ser denegada cuando la corte competente del país donde el reconocimiento y ejecución están siendo solicitados comprueba que la materia objeto de la controversia no es susceptible de ser resuelta a través del arbitraje según la ley de dicho país.

Sin embargo, el art. V CNY se refiere a la no arbitrabilidad y al orden público como dos motivos diferentes para negar el reconocimiento y la ejecución del laudo. A veces se argumenta que la arbitrabilidad, de hecho, es un aspecto de la doctrina del orden público<sup>61</sup>. La Corte Suprema belga señaló el vínculo entre las nociones de arbitrabilidad y orden público, en una decisión de 1979<sup>62</sup>: al rechazar el argumento de una de las partes que pretendía que la decisión de la Corte de apela-

---

<sup>58</sup> En este punto, *vid.* L. Radicati di Brozolo, "Arbitrage commercial international et lois de police. Considérations sur les conflits de juridictions dans le commerce international", *R. des C.*, t. 315, 2006.

<sup>59</sup> El Abogado general Saggio, en su conclusión, expresó que correspondía al derecho nacional y no al Derecho comunitario el determinar si existe un deber de los árbitros de promover de oficio asuntos de derecho de la competencia, en aplicación del principio de la autonomía procesal. Opinión del Abogado General Saggio dictada el 25 de febrero de 1999, Caso C-126/97, ECR I-3055, *Eco Swiss China Time Ltd v. Benetton International NV*; *vid.* A. Mourre, "Les rapports de l'arbitrage et du droit communautaire après l'arrêt Eco Swiss de la Cour de Justice des Communautés Européennes", en *Cahiers de l'arbitrage, Recueil*, vol. I, 2001, p. 77-85; también en *Rev. arb.*, 1999, p. 631; en *Rev. trim. dr. comm.*, 2000, p. 340, nota de E. Loquin; en *Journ. dr. int.*, 2000, p. 505, con observaciones de J. Prieto.

<sup>60</sup> LMU, arts. 34-2(b) y 36-1(b).

<sup>61</sup> B. Hanotiau, *L'arbitrabilité*, *op. cit.*, p. 81 y pp. 91-92.

<sup>62</sup> *Audi-NSU v. S.A. Adelin Petit*, 28 de junio de 1979, Pas., I, 1260, *RCJB*, p. 332, con nota C. Elst.

ciones<sup>63</sup> no fue razonado correctamente por cuanto no especificó si el reconocimiento del laudo fue negado porque violaba el orden público belga o porque la controversia no era arbitrable, la Corte Suprema señaló que los dos conceptos eran, de hecho, equivalentes. Rechazar la ejecución de un laudo en base a que la materia, objeto del litigio no es susceptible de ser resuelta a través del arbitraje puede considerarse como equivalente a rechazarla porque el laudo viola el orden público<sup>64</sup>.

La mayoría de los autores parece concordar en que los motivos de anulación basados en la no-arbitrabilidad deben ser interpretados restrictivamente<sup>65</sup>. Como indicó el Segundo Circuito de la Corte de Apelaciones de los EE UU, en *Parsons and Whittemore v. Rakta*<sup>66</sup>, los laudos arbitrales deben verse negado el *exequatur* en base a motivos de orden público únicamente cuando el laudo “*would violate the forum State’s most basic notions of morality and justice*”<sup>67</sup>. Por lo tanto, “*any doubts concerning the scope of arbitrable issues should be resolved in favour of arbitration*”<sup>68</sup>. Esta perspectiva explica el limitado número de casos en los que la ejecución del laudo ha sido denegada sobre las bases de no arbitrabilidad<sup>69</sup>. Como decidió la Corte Suprema de los EE.UU, “*a parochial refusal by our courts to enforce an international arbitration agreement would not only frustrate purposes [de la Convención de NY], but would invite unseemly and mutually destructive jockeying by the parties to secure tactical litigation advantages*”<sup>70</sup>. Finalmente, la razón de fondo para la visión restrictiva de la revisión de las cortes es que el legítimo interés del Estado en aplicar sus reglas imperativas sobre arbitrabilidad no debe ser utilizado como una herramienta para litigar de mala fe<sup>71</sup>.

---

<sup>63</sup> Corte de Apelaciones de Liège, 12 de mayo de 1977, en *Journal des tribunaux*, 1977, p. 710, Pas., I, 1979, p. 1260, *Yearbook Comm. Arb’n*, 1979, p. 254, y *Yearbook Comm. Arb’n*, 1980, p. 257.

<sup>64</sup> B. Hanotiau, “L’arbitrabilité”, *loc. cit.*, p. 92.

<sup>65</sup> J. Van den Berg, *Yearbook Comm. Arb’n*, 1984, p. 389.

<sup>66</sup> *Parson and Whittemore, Overseas Co. Inc. v. Rakta*, USCA, 2<sup>do</sup> Cir., 23 de diciembre de 1974, *Yearbook Comm. Arb’n*, 1976, p. 205.

<sup>67</sup> Para un panorama general del enfoque restrictivo de las cortes respecto al control de laudos en base al orden público, *vid.* L. Radicati di Brozolo, “Arbitrage commercial international et lois de police. Considérations sur les conflits de juridictions dans le commerce international”, *op. cit.*, p. 269.

<sup>68</sup> Corte Suprema de los EE UU, *Moses H. Cone Mem. Hospital v. Mercury Construction Co.*, 460 U.S. 1 (1983).

<sup>69</sup> J. Van den Berg, *op. cit.*, p. 390.

<sup>70</sup> *Scherk v. Alberto Culver*, *op. cit.*

<sup>71</sup> Como estableció la Corte Suprema de los EE UU en *Mitsubishi v. Soler Chrysler-Plymouth*, 473 US 614 (1985).

## V. La ley aplicable a la arbitrabilidad

El problema de la ley aplicable a la arbitrabilidad puede enfocarse desde diversas perspectivas. Las respuestas pueden variar, de hecho, dependiendo de si la cuestión es invocada ante un tribunal arbitral, una corte nacional ante la cual el caso ha sido planteado en cuanto al fondo a pesar del acuerdo de arbitraje, o en el contexto de la anulación o el proceso de reconocimiento/ejecución del laudo.

El criterio adoptado por un tribunal arbitral puede también diferir de aquel adoptado por las cortes al determinar la ley aplicable. Asimismo, el criterio aplicado por las cortes en la fase anterior al pronunciamiento del laudo puede ser diferente de aquel que se aplicará en el contexto de acciones de anulación del laudo o en el contexto de su ejecución. Como consecuencia, dependiendo de si el problema de arbitrabilidad es elevado ante el juez o el árbitro, diferentes leyes se aplicarán para resolverlo. Disputas que son consideradas como no-arbitrables bajo cierta ley nacional pueden resultar arbitrables bajo la ley de otro país donde los intereses en juego se perciben como menos importantes. Contratos de consultoría relativos a adjudicación pública, por ejemplo, son considerados como no arbitrables en ciertos países pues se consideran instrumentos potenciales para el pago de sobornos<sup>72</sup>, mientras que otros países admitirán allí la competencia de los árbitros<sup>73</sup>. Otro ejemplo de diversas legislaciones en cuanto a aspectos de arbitrabilidad es el de las disputas que surjan de la terminación de acuerdos de distribución exclusiva, considerados no-arbitrables bajo ciertas leyes nacionales<sup>74</sup>.

Las convenciones internacionales no provén ninguna regla sustantiva que defina la arbitrabilidad. Mientras que se encomienda a los Estados contratantes reconocer los acuerdos de arbitraje si la materia objeto de la disputa es “capaz de resolución mediante el arbitraje”, el

---

<sup>72</sup> A. Redfern y M. Hunter, *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, 3ra ed., Londres, Sweet and Maxwell, 1999, p. 153.

<sup>73</sup> Vid. F. Knoepfler, *Corruption et arbitrage international*, Lausana, Publicación del CEDIDAC, 1998, p. 359 ss. El Tribunal Federal suizo, ante esta problemática, concluyó que incluso si un acuerdo de consultoría era de hecho un acuerdo para pagar un soborno (lo cual no se alegó), el acuerdo arbitral sobreviviría, y por consiguiente el tribunal arbitral conservaría su competencia. TFS, 2 de septiembre de 1993, *National Power Corporation (Philippines) v. Westinghouse (USA)*, ATF 119 II 380. Vid. también en Inglaterra, *Westacre Investments Inc v. Jugoimport et al*, (2000) QB, 288.

<sup>74</sup> Como la ley belga, vid. *supra* nota 46. Las disputas sobre distribución exclusiva no ocasionan problemas de arbitrabilidad en la mayoría de las demás jurisdicciones. En los EE UU, vid. *JJ Ryan & Sons, Inc v. Rhone Poulenc Textile, SA et al*, (4to Cir.), *Yearbook Comm. Arb'n*, XV, 1990, p. 549.



art. II.1º CNY no fija ningún criterio para determinar cuales controversias son arbitrables, ni tampoco establece ninguna regla de conflicto a tales efectos<sup>75</sup>. Por el contrario, las convenciones internacionales prevén reglas de “elección de la ley”. En el contexto de los procedimientos de reconocimiento y ejecución, el art. V.2º.a) CNY se refiere a la *lex fori* para determinar la arbitrabilidad<sup>76</sup>. Algunos autores han sugerido que, ante el silencio de la Convención sobre la ley aplicable a la arbitrabilidad en la etapa de ejecutar el acuerdo arbitral, debe aplicarse por analogía la referencia a la *lex fori* prevista en el art. V.2º.a) en el contexto del art. II<sup>77</sup>. Algunos países, como Italia, han adoptado esta solución<sup>78</sup>. Otras cortes se han referido a la ley aplicable al acuerdo arbitral<sup>79</sup>, esta solución es acorde con el art. VI.2º.a) de la Convención de Ginebra<sup>80</sup>, refiriéndose a ambas, a la *lex fori* para el reconocimiento y ejecución del laudo y a la ley que rige el convenio arbitral cuando la corte es llamada a conocer sobre el fondo de la controversia. La ley de la sede del arbitraje puede ser otra opción, que encuentra sustento en la Ley Modelo<sup>81</sup>, pero dicha ley puede tener muy poca conexión con la disputa, y su título para aplicarse resulta bastante discutible<sup>82</sup>.

Ninguna de estas soluciones, en todo caso, es realmente satisfactoria, y el método de la elección de la ley frecuentemente conduce a un

---

<sup>75</sup> El art. II.1º CNY dispone que: “Cada uno de los Estados contratantes reconocerá el acuerdo por escrito conforme al cual las partes se obliguen a someter a arbitraje todas las diferencias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto a una determinada relación jurídica, contractual o no contractual, concerniente a un asunto que pueda ser resuelto por arbitraje”.

<sup>76</sup> El art. V.2º a) CNY dispone: “También se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de una sentencia arbitral si la autoridad competente del país en que se pide el reconocimiento y la ejecución, comprueba:

a) Que, según la ley de ese país, el objeto de la diferencia no es susceptible de solución por vía de arbitraje, o si nada se hubiera indicado a este respecto, en virtud de la Ley del país en que se ha dictado la sentencia”.

<sup>77</sup> Tal interpretación ha sido sugerida por H. Arfazadeh, “Arbitrability under the New-York Convention: The *lex fori* revisited?”, *Arb. Int'l*, 2001, p. 76.

<sup>78</sup> C. Cass. It. 27 de abril de 1979, *Riv. dir. int. pr. proc.*, 1979, p. 565; Corte de Apelaciones de Génova, 3 de febrero de 1990, *Yearbook Comm. Arb'n*, 1990, p. 542.

<sup>79</sup> En Bélgica, Corte de Apelaciones de Bruselas, 4 de octubre de 1985, *JT* 1986, p. 93.

<sup>80</sup> El art. VI.2º de la Convención de Ginebra dispone *inter alia*, que: “Al examinar y pronunciar resolución sobre la cuestión de la existencia o validez del acuerdo o compromiso arbitral, los tribunales nacionales de los Estados contratantes ante los cuales se hubiere promovido dicha cuestión deberán, en lo referente a la capacidad jurídica de las partes, atenerse a la ley que les sea aplicable a estas, y en lo concerniente a las restantes materias decidirán: a) según la ley a que hayan sometido las partes el acuerdo o compromiso arbitral...”.

<sup>81</sup> Arts. 15(1) y 34(2) (b) (i).

<sup>82</sup> B. Hanotiau, “What Law Governs the Issue of Arbitrability?”, *Arb. Int'l*, 1996, p. 391.

impasse. La vía adecuada para tratar con el problema de la arbitrabilidad en un contexto internacional es la de referirse a reglas sustantivas adaptadas a las necesidades del comercio internacional. De acuerdo con tal concepto transnacional de arbitrabilidad, la cláusula de arbitraje debe considerarse válida excepto en los casos de fraude, coacción o violación del orden público, en su concepto internacionalmente reconocido. Esta es la opción adoptada por la ley francesa, que fija un principio de acuerdo al cual el convenio de arbitraje debe considerarse válido a menos que se encuentre en contradicción con principios fundamentales de orden público<sup>83</sup>. Esta es también la solución adoptada por las cortes de los EE UU<sup>84</sup>. En *Mitsubishi*, la Corte Suprema de los EE UU recordó la presunción, *in favor arbitrandum*, según la cual, los acuerdos arbitrales deben considerarse válidos a menos que se encuentren en contradicción con valores fundamentales del Estado<sup>85</sup>.

La elección de la ley se presenta en términos substancialmente diferentes cuando la objeción de arbitrabilidad es planteada ante el tribunal arbitral, porque los árbitros, a la diferencia de las cortes nacionales, no tienen foro, y por ello, no pueden basarse en un sistema de conflicto de leyes propio. Sin embargo, la pregunta sobre la extensión

---

<sup>83</sup> Cass. Civ. Fr., 20 de diciembre de 1993, *Comité populaire de la municipalité de Khoms El Mergeb c. Dalico Contractors*, *Journ. dr. int.*, 1994, p. 432, nota de E. Gaillard; *Journ. dr. int.*, 1994, p. 690, nota de E. Loquin; *Rev. arb.*, 1994, p. 116, nota de H. Gaudemet-Tallon. En esta decisión fundacional, la *Cour* formuló expresamente el método de reglas sustantivas promovido a través de una serie de decisiones durante la década de los 90s, reteniendo que: “en razón de una regla sustantiva de arbitraje internacional...la existencia y efectividad del acuerdo de arbitraje debe analizarse, sometida a las reglas imperativas del derecho francés y del orden público internacional, en base a la común intención de las partes, sin haber necesidad de referirse a ninguna ley nacional”. Vid. también Cass. Civ., 7 de junio de 2006, *Copropriété maritime Jules Verne v. ABS.*, *Journ. dr. int.*, 2006, p. 133, nota de A. Mourre; CA París, 17 de diciembre de 1991, *Gatoil v. National Iranian Oil Co.*, *Rev. arb.*, 1993, p. 281, nota de H. Synvet; CA París, 10 de septiembre de 1997, *Chambon v. Thomson CSF*, *Dalloz Aff.* 1997, p. 1253.

<sup>84</sup> *Court of the Eastern District of New-York*, 760 F. Supp. 1991, p. 1036; en *Yearbook Comm. Arb'n*, 1992, p. 686: “the determination of whether a type of claim is not capable of settlement by arbitration under Art. II (1) must be made on the international scale, with reference to the laws of the country party to the Convention”. Este razonamiento llevó a la Corte a validar la cláusula salvo que “the arbitration clause itself is subject to an internationally recognized defense such as duress, mistake, fraud, or waiver, or contravenes fundamental policies of the forum State”.

<sup>85</sup> *Mitsubishi v. Soler Chrysler-Plymouth*, *op. cit.* La Corte Suprema sostuvo que las disposiciones nacionales sobre arbitrabilidad deben subordinarse a “the international policy favoring international arbitration”, y añade que “We must assume that if Congress intended the substantive protection afforded by any given statute to include protection against waiver of the right to a judicial forum, that intention will be deductible from texts of legislative history”.

de la aplicación de tales acuerdos por el tribunal arbitral se mantiene sin respuesta<sup>86</sup>, las convenciones de Nueva York y Ginebra se dirigen a las cortes y no a los tribunales arbitrales. No obstante, gracias al principio de *competenz–competenz*, la mayor parte de las veces corresponderá a los árbitros apreciar en primer lugar la arbitrabilidad de los casos<sup>87</sup>, por ello, la manera en que los árbitros van a resolver la problemática de la ley aplicable a la arbitrabilidad adquiere particular relevancia.

El primer método que un tribunal arbitral puede aplicar es el de referirse a la ley que rige el acuerdo de arbitraje. Este método, sin embargo, va a resultar la mayoría de las veces ineficaz, pues las partes raramente determinarán la ley aplicable al acuerdo arbitral separadamente de aquella aplicable al contrato principal. Como alternativa, los árbitros pueden referirse a la ley escogida por las partes para regir el contrato principal, bajo la presunción de que las partes quisieron que la cláusula arbitral se rija por la misma ley que el contrato principal. Tal solución es sin embargo insatisfactoria, puesto que se revela contraria al ampliamente aceptado principio de la autonomía de la cláusula arbitral. La solución preferible para un tribunal arbitral es entonces la de aplicar reglas transnacionales basadas en la *lex mercatoria* o en los usos mercantiles<sup>88</sup>, independientemente de cualquier ley aplicable. Este método ha sido utilizado con frecuencia respecto a asuntos de arbitrabilidad subjetiva, para rechazar las objeciones invocadas por los Estados contra la competencia arbitral, basadas en la falta de aprobación del acuerdo arbitral por el parlamento o el gobierno<sup>89</sup>. Los tribunales arbitrales empero, frecuentemente acuden al método de la elección–de–ley respecto a la arbitrabilidad objetiva. Cuando se vean confrontados con leyes en conflicto, deberán entonces aplicar la presunción de que las partes quisieron someter el contrato a

---

<sup>86</sup> Sobre la cuestión de si los árbitros deben aplicar la Convención de Nueva York a la arbitrabilidad, *vid.* J. Van den Berg, “Should an International Arbitrator Apply the New York Arbitration Convention of 1958?”, *The Art of Arbitration*, *Liber Amicorum Pieter Sanders*, Kluwer, 1982, p. 39 ss.

<sup>87</sup> En *Pacificare Health Systems v. Book* (538 U.S. 401 (2003) 285 F.3d 971), la Corte Suprema de los EE UU acertadamente sostuvo que la arbitrabilidad de los reclamos en base a la ley RICO deben dejarse a consideración inicial de los árbitros.

<sup>88</sup> Laudo CCI n° 4131 de 1982, *Journ. dr. int.*, 1983, p. 899. *Vid.* también laudo CCI n° 1512 de 1970, S. Jarvin e Y. Derains, *Recueil des sentences arbitrales de la CCI*, t. I, p. 39.

<sup>89</sup> CA París, *Gatoil International v. National Iranian Oil Co.*, *op. cit.*; CA París, *Ministère Tunisien de l'équipement v. Bec Frères*, en *Rev. arb.*, 1995, p. 275; *Cass. Civ.* 2 de mayo de 1966, *Galakis Trésor public v. Galakis*, en *Rev. Arb.*, 1996, p. 99; *Cass. Civ.*, 9 de mayo de 1996, *Société Arabe des Engrais Phosphatés et Azotés – SAEPA v. Société Industrielle d'Acide Phosphorique et d'Engrais – SIAPE*, *Yearbook Comm. Arb'n*, 1997, p. 737.

la ley que reconoce la validez del acuerdo arbitral antes que a aquella otra que le priva de cualquier efecto<sup>90</sup>.

La ley de la sede del arbitraje puede ser relevante para el tribunal arbitral a los fines de determinar la arbitrabilidad, pues las disposiciones de no-arbitrabilidad del lugar sede del arbitraje pueden implicar la anulación del laudo. El deber de los árbitros de pronunciar un laudo que sea válido en el lugar sede del arbitraje explica por qué los tribunales arbitrales se refieren frecuentemente a esta ley<sup>91</sup>, no obstante, puede ocurrir que la misma no tenga especial conexión con la controversia. Finalmente, la ley del lugar donde el laudo probablemente sea ejecutado puede ser tomada en consideración por los árbitros. Como señalaron Ph. Fouchard, E. Gaillard y B. Goldman, sin embargo, semejante perspectiva difícilmente se justifica si va a llevar a que se importe al laudo un enfoque restrictivo sobre la arbitrabilidad adoptado por el país en donde el laudo probablemente se ejecute<sup>92</sup>.

Un aspecto particular de la problemática de la arbitrabilidad en relación con el derecho de la competencia es que el Derecho antimonopolio está esencialmente basado en la doctrina de los efectos, por lo cual la aplicación de las reglas imperativas de un cierto país implica que un acuerdo, una práctica concertada, o un abuso de posición dominante, tienen el efecto actual o potencial de restringir la libre competencia en el mercado de dicho país. La arbitrabilidad de las materias sometidas al derecho de la competencia no puede, como consecuencia, simplemente ser resuelta aplicando la elección de ley basada, por ejemplo, en el hecho de que las leyes del país donde el arbitraje tiene su sede prohíbe ciertos tipos de acuerdo. También se requiere que dicho acuerdo – suponiendo que haya sido llevado a cabo en dicho país –, haya restringido o tenga el potencial de restringir la libre competencia en ese mercado.

---

<sup>90</sup> B. Hanotiau, "L'arbitrabilité", *loc. cit.*, p. 66.

<sup>91</sup> Laudo CCI n° 6162, *Consultant v. Egyptian Local Authority*, *Yearbook Comm. Arb'n*, XVII, 1992, p. 153; laudo CCI n° 4604, *ibid.*, X, 1985, p. 975, original en francés en S. Jarvin, Y. Derains, J.J. Arnaldez, ICC Awards 1986–1990, p. 545; Laudo parcial CCI n° 8420, *ibid.*, XXV, 2000, p. 330 y ss.; en favor del mismo enfoque, *vid.* también el laudo CCI n° 6149, *ibid.*, XX, 1995, p. 144.

<sup>92</sup> Fouchard, Gaillard, Goldman, *On International Commercial Arbitration*, *op. cit.*, p. 235; *vid.* igualmente laudo CCI n° 2476 de 1976, *Journ. dr. int.*, 1977, p. 936: "the question of the enforceability of the award is not within the Arbitral Tribunal's jurisdiction". *Vid.* asimismo laudo CCI n° 4695, *Yearbook Comm. Arb'n*, 1986, p. 149.

## VI. Arbitrabilidad antimonopolio

### 1. Admisión General de la arbitrabilidad de las disputas antimonopolio

La arbitrabilidad del Derecho de la competencia ya dejó de ser un problema. Los tiempos han cambiado desde que el Segundo Circuito de la Corte Suprema de los EE UU sostuvo en 1968, que

*“... a claim under the antitrust laws is not merely a private matter. Antitrust violation can affect hundreds of thousands, perhaps millions, of people and inflict staggering economic damage. We do not believe Congress intended such claims to be resolved elsewhere than in Courts. [...] The pervasive public interest in enforcement of the antitrust laws, and the nature of the claims that arise in such cases, combine to make [...] antitrust claims [...] inappropriate for arbitration”<sup>93</sup>.*

Desde entonces, el arbitraje se ha convertido en la vía normal de resolver las controversias del comercio internacional, y los tribunales arbitrales gozan actualmente de la confianza necesaria para poder aplicar reglas imperativas. Como la Corte Suprema de los EE UU acertadamente estableció en el caso *Mitsubishi*:

*“... as international trade has expanded in recent decades, so too has the use of international arbitration to resolve disputes arising in the course of that trade. The controversies that international arbitral institutions are called upon to resolve have increased in diversity as well as in complexity; yet the potential of these tribunals for efficient disposition of legal disagreements arising from commercial relations has not yet been tested. If they are to take a central place in the international legal order, national courts will need to shake off the old judicial hostility to arbitration, and also their customary and understandable unwillingness to cede jurisdiction of a claim arising under domestic law to a foreign or transnational tribunal”<sup>94</sup>.*

Otra razón que justifica la admisión general de la arbitrabilidad de las reglas antimonopolio es que el Derecho de la competencia se ha convertido en la fuerza directora de las modernas economías de mercado, y conviene al mejor interés del público que los árbitros lo apliquen y no que huyan del mismo en razón de preocupaciones sobre su arbitrabilidad. La política de las agencias nacionales antimonopolio ahora se dirige hacia favorecer acciones privadas basadas en el Dere-

---

<sup>93</sup> *American Safety v. McGuire*, 391 F. 2d. 821 (2do Cir. 1968).

<sup>94</sup> *Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler-Plymouth Inc.*, 473 U.S. 614, 105 S Ct 3346 (1985).

cho de la competencia<sup>95</sup>, y esta política nunca hubiera sido posible si los árbitros no hubieran sido alentados a aplicar el derecho de la competencia. Además, la evolución del Derecho de la competencia hacia el análisis económico es tal, que los árbitros se ven frecuentemente confrontados y lo serán aún más y más, con aspectos de regulación antimonopolio, sea invocados de manera principal en el contexto de una acción cuyo propósito es el de declarar la nulidad de un contrato, o incidentalmente como defensa ante las demandas principales. Como *Lord Justice Mummery* de la Corte de apelaciones inglesa dijo en un reciente caso sobre fijación de precios, se trata de asuntos complejos en los cuales los árbitros están particularmente bien calificados para decidir:

*“... the nature of [...] difficult [...] questions [...] suggests that the problems of gaining access to essential facilities and of legal curbs on excessive and discriminatory pricing might be solved more satisfactorily by arbitration or by a specialist body equipped with appropriate expertise and flexible powers. The adversarial procedures of an ordinary private law action, the limited scope of expertise in the ordinary courts and the restricted scope of legal remedies available are not best suited to helping the parties out of a deadlocked negotiating position or to achieving a business-like result reflecting both their respective interests and the public interest”*<sup>96</sup>.

Las leyes de arbitraje raramente contienen disposiciones expresas sobre la arbitrabilidad Del derecho de la competencia. El único ejemplo de una regla semejante es la sección 1 de la Ley de Arbitraje sueca de 1999, que establece que “los árbitros pueden decidir sobre los efectos civiles, entre las partes, de las reglas de derecho de la competencia”<sup>97</sup>. En todo caso en la actualidad, este mismo principio es universalmente admitido. Pruebas fehacientes de tal consenso general vienen ilustradas en la jurisprudencia arbitral, así, existe un gran número de laudos arbitrales admitiendo la arbitrabilidad de reclamaciones

---

<sup>95</sup> En la Comunidad Europea, *vid.* el Libro Blanco de la Comisión para la reclamación de daños y perjuicios por ilícitos antimonopolio, adoptado el 2 de abril de 2008.

<sup>96</sup> *Attheraces Ltd. v. British Horseracing Board* [2007] EWCA Civ 38.

<sup>97</sup> *Vid.* Corte Suprema de Suecia, *Bornholms Trafikken AS v. Ystad Hamm Logistik AB*, 19 de febrero de 2008, caso No T 2808-05. Sin embargo *vid.* también *Dirland Télécom SA v. Viking Telecom AB*, decisión T 4366-02 de la Corte de Apelaciones de Suecia Occidental de 29 de diciembre de 2003; G. Blanke, Comentario sobre el caso *Dirland Télécom*, *E.C.L.R.* n° 8, 2005, p. 434. Según Gordon Blanke: “*It is arguable that the Court of Appeal for Western Sweden has effectively recognized the arbitrability of EC law (including by analogy that of EC competition law more specifically) and will continue to do so in future Swedish arbitral proceedings.*”

antimonopolio en las cuatro pasadas décadas<sup>98</sup>. Como podemos ver, la jurisprudencia arbitral se ha desarrollado a lo largo de líneas que comportan una visión incluso más liberal que la de los tribunales estatales sobre estas problemáticas.

A) El rol pionero del Derecho de los EE UU

i) La arbitrabilidad afirmada

Es justo decir que el camino hacia la arbitrabilidad del derecho de la competencia ha sido abierto en la escena internacional por la decisión líder aportada por la Corte Suprema de los EE UU en *Mitsubishi*<sup>99</sup>. Hasta *Mitsubishi*, el caso de referencia en los EE UU era *American Safety*<sup>100</sup>, donde la *Federal Court*, en un caso relacionado a un acuerdo sobre licencia de marcas, negó la arbitrabilidad de la controversia invocando varias consideraciones, como el interés general en juego, el hecho de que la disputa podía involucrar los derechos de terceras partes, y el hecho de que los árbitros pudieran carecer de los mismos medios de los que disponen las cortes para recolectar evidencia de las violaciones de las reglas antimonopolio. La consecuencia de esta postura fue que cualquier controversia donde la validez del contrato fuere objetada en base a la *Sherman Act* debía ser llevada ante las cortes, mientras que el tribunal arbitral presumiblemente debía suspender el procedimiento arbitral<sup>101</sup>, con el resultado no solamente

---

<sup>98</sup> Laudo CCI n° 1397 de 1966, *Journ. dr. int.*, 1974, p. 878, observaciones de Y. Derains; laudo CCI n° 2811 de 1979, *ibid.*, 1979, p. 984, observaciones de Y. Derains; laudo CCI n° 4604 de 1984, *ibid.*, 1985, p. 973, observaciones de Y. Derains; laudo CCI n° 7097 de 1993, en *ICC Bulletin, Special Supplement, International Commercial Arbitration in Europe*, 1994, p. 38; laudo CCI n° 7673 de 1993, *id.*, p. 35; sobre jurisprudencia arbitral confirmando de manera consistente la arbitrabilidad del Derecho comunitario antimonopolio, *vid.* laudo CCI n° 6106 de 1988 y 1991, laudo CCI n° 6709 de 1992, laudo CCI n° 7081 de 1992, laudo CCI n° 7319 de 1992, laudo CCI n° 7539 de 1995, *Journ. dr. int.*, 1996, p. 1030, observaciones de Y. Derains.

<sup>99</sup> *Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler-Plymouth Inc.*, *op. cit.*

<sup>100</sup> *American Safety v. McGuire*, *op. cit.* Para otras decisiones declarando los reclamos antimonopolio no arbitrables: *Helpfenbein v. International Ind.*, 438 F. 2d. 91 (8<sup>vo</sup> Cir. 1971); *Cobb. v. Lewis*, 488 F. 2d 91 (5<sup>to</sup> Cir. 1974); *Applied Digital Tech., Inc. v. Continental Cas. Co.*, 576 F.2d 116 (7<sup>mo</sup> Circ. 1978); *University Life v. Unimarc Ltd.*, 699 F. 2d 846 (7<sup>mo</sup> Cir. 1983); *Lake Communications Inc. v. ICC Corp.*, 738 F. 2do 1973 (2do. Cir. 1984).

<sup>101</sup> *Vid.* laudo CCI n° 1397, (1974) en *Journ. dr. int.*, p. 878, donde el tribunal, mientras consideraba las reclamaciones de Derecho comunitario de la competencia para decidir sobre la impugnación de la validez de un contrato, sostuvo: “*a dispute relating essentially to the validity or nullity of a contract under Article 85 of the Treaty of Rome would be beyond the jurisdiction of an arbitrator and no arbitration agreement could substitute a*

de favorecer la mala fe de los litigantes sino también de debilitar la aplicación de las mismas reglas antimonopolio, al permitir que los procesos arbitrales se paralicen y que la decisión sobre la violación de las leyes antimonopolio sea retardada hasta una hipotética acción judicial.

En *Mitsubishi*, la disputa se refería a un contrato de distribución de automóviles entre *Mitsubishi*, *Chrysler* y una compañía portorriqueña, *Soler*, que preveía una cláusula de arbitraje según las reglas de la Asociación de Arbitraje Comercial de Japón. Debido a ciertas dificultades comerciales, *Soler* pidió a *Mitsubishi* retardar o cancelar determinados embarques, a lo que *Mitsubishi* se negó. *Mitsubishi* entonces solicitó una orden para imponer el arbitraje ante el Tribunal estadounidense del Distrito de Puerto Rico, y poco después introdujo una petición de arbitraje ante la Asociación de Arbitraje Comercial de Japón. *Soler* contra-demandó a ambas, *Mitsubishi* y *Chrysler*, y afirmó ante la *District Court* varias causas de acción conforme a la *Sherman Act*, a saber que *Mitsubishi* y *Chrysler* habían conspirado para dividir mercados restringiendo el libre comercio, y rechazaron permitir a *Soler* revender a compradores en ciertos territorios. *Mitsubishi* alegó que el caso debía resolverse en arbitraje, y *Soler* objetó que el mismo involucraba temas de derecho de la competencia y por lo tanto, no podía ser decidido por una jurisdicción privada. La Corte de Distrito ordenó a las partes a ir al arbitraje, en razón del carácter internacional del contrato. La Corte de apelaciones sin embargo revirtió el fallo, y acogió la doctrina *American Safety*, que excluye el arbitraje de las demandas antimonopolio. Finalmente, la Corte Suprema decidió en favor de la arbitrabilidad, aunque con ello quebrantase la doctrina *American Safety* sostenida por la Corte de apelaciones. Al motivar su decisión, la Corte Suprema se refirió a la decisión *Scherk* de 1974<sup>102</sup>, y sostuvo que:

*“By agreeing to arbitrate a statutory claim, a party does not forge the substantive rights afforded by the statute; it only submits to their resolution in an arbitral, rather than a judicial, forum. It trades the procedures and opportunity for review of the courtroom for the simplicity, informality, and expedition of arbitration. We must assume that if Congress intended the substantive protection afforded by a given statute to include protection against waiver of the right to a judicial forum, that intention will be deductible from text or legislative history [...]. Concerns of international comity, respect for the capacities of foreign and transnational tribunals, and sensitivity to the needs of the international commer-*

---

*private judge for a public judge to resolve a dispute concerning public policy in se and per se”.*

<sup>102</sup> *Scherk v. Alberto Culver Co*, *op. cit.*



*cial system for predictability in the resolution of disputes require that we enforce the parties' agreement, even assuming that the contrary result would be forthcoming in the domestic context [...]. Bremen and Scherk establish a strong presumption in favor of freely negotiated contractual choice-of-forum provisions. [...] That federal policy applies with special force in the field of international commerce [...]. The mere appearance of an antitrust dispute does not alone warrant invalidation of the selected forum on the undemonstrated assumption that the arbitration clause is tainted [...]. Potential complexity should not suffice to ward off arbitration [...]. We also reject the proposition that an arbitration panel will pose too great a danger of innate hostility to the constraints on business conduct that antitrust law imposes [...]. The importance of the private damages remedy [...] does not compel the conclusion that such remedy may not be sought outside an American court*<sup>103</sup>.

Únicamente si en el acuerdo de arbitraje las partes renunciaran a su derecho de exigir reparación por las violaciones de leyes antimonopolio, este sería ineficaz, como razonó la Corte del caso *Mitsubishi* en una nota al pie: “*in the event the choice-of-forum and choice-of-law clauses operated in tandem as a prospective waiver of a party's right to pursue statutory remedies for antitrust violations, we would have little hesitation in condemning the agreement as against public policy*”<sup>104</sup>. De hecho, no cabe duda de que un acuerdo de arbitraje que impidiese al tribunal arbitral considerar reclamaciones antimonopolio sería ilegal y no debería ser ejecutado. Sin embargo, esto no significa que las disposiciones de elección-de-ley deban prohibirse. Basadas en la doctrina de los efectos, las leyes antimonopolio, cuentan con legitimación para ser aplicadas, independientemente de cualquier elección hecha por las partes de una ley sustantiva diferente. Esto no quiere decir empero, que los tribunales arbitrales deben siempre aplicar las reglas antimonopolio de una ley diferente de aquella elegida por las partes. Significa sencillamente que el solo hecho de que las partes elijan una ley diferente de aquella del foro no puede considerarse como una indicación de que el tribunal arbitral inaplica las leyes antimonopolio del foro<sup>105</sup>. La evolución de la jurisprudencia de los EE UU después de *Mitsubishi* muestra, que la evidencia del hecho de que los árbitros efectivamente aplicarán las reglas antimonopolio, no es requerida como una condición de la validez del acuerdo de arbitraje

---

<sup>103</sup> *Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler-Plymouth Inc.*, *op. cit.*

<sup>104</sup> *Ibid. vid.* nota al pie de página n° 19 en la sentencia.

<sup>105</sup> En *PPG Industries v. Pilkington*, el 6<sup>to</sup> Circuito decidió que su decisión de referir a las partes al arbitraje en un caso donde las partes han elegido el Derecho inglés, como derecho aplicable al fondo, puede ser revocada en caso de que el tribunal arbitral no aplique el Derecho antimonopolio estadounidense. (825 F. Supp. 1465, D. Harris. 1993).

entre las partes<sup>106</sup>. En *Simula v. Autoliv*<sup>107</sup>, el 9<sup>no</sup> Circuito refirió a las partes al arbitraje aun cuando el tribunal arbitral era favorable a aplicar la ley suiza a las reclamaciones antimonopolio en juego, sobre la base de que no se demostró que la aplicación de la ley suiza no ofrecería a las partes una protección equivalente a aquella prevista por la ley de los EE UU

Al razonar su decisión en *Mitsubishi*, la Corte Suprema objetó acertadamente la doctrina *American Safety* en términos bastante interesantes. Sobre los alegatos de que las demandas antimonopolio serían demasiado complejas para ser arbitradas, la Corte Suprema recordó que las cortes de los EE UU

*“... have agreed that an undertaking to arbitrate antitrust claims entered into after the dispute arises is acceptable”*<sup>108</sup>; la *Supreme Court*, además, insistió en el hecho de que *“adaptability and access to expertise are hallmarks of arbitration. The anticipated subject matter of the dispute may be taken into account when the arbitrators are appointed, and arbitral rules typically provide for the participation of experts either employed by the parties or appointed by the tribunal”*<sup>109</sup>.

La habilidad técnica de los árbitros para ocuparse de los complejos problemas legales del Derecho antimonopolio fue también considerada:

*“... international arbitrators frequently are drawn from the legal as well as the business community; where the dispute has an important legal component, the parties and the arbitral body with whose assistance they have agreed to settle their dispute can be expected to select arbitrators accordingly. We decline to indulge the presumption that the parties and arbitral body conducting a proceeding will be unable or unwilling to retain competent, conscientious and impartial arbitrators”*<sup>110</sup>.

Esta línea de pensamiento es aún válida hoy en día. Los árbitros no sólo se encuentran igualmente bien capacitados que los jueces para enfrentar las complejidades del derecho de la competencia, sino que se encuentra incluso mejor situados que las cortes nacionales, en razón del considerable tiempo y atención que son capaces de dedicar al

<sup>106</sup> *George Fisher Foundry Systems v. Adolph Hottinger Maschinenbau* (55 F. 3d 1206, 6<sup>to</sup> Cir. 1995). Vid. también *Nghiem v. NEC*, (25 F. 3d 1437, 9<sup>no</sup> Cir. 1994).

<sup>107</sup> 175 F. 3d 716 (9<sup>no</sup> Cir. 1999). Asimismo, *JLM Industries, Inc v. Stolt-Nielsen SA*, 387 F. 3d 163 (2do Cir. 2004).

<sup>108</sup> See *Coenen v. Presspritch & Co.*, 453 F. 2d 1209, 406 US 949 (1972); *Cobb v. Lewis*, 488 F. 2d 41, 48 (CA5 1974).

<sup>109</sup> *Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler-Plymouth Inc.*, *op. cit.*

<sup>110</sup> *Id.*

caso, y también gracias a su capacidad para diseñar los procedimientos de acuerdo a las particulares características de cada controversia, en particular al combinar las características procesales del derecho civil continental con las del derecho del *common law*, como la asistencia de expertos designados por el tribunal, el *discovery* o el contra–interrogatorio de testigos.

Vale la pena señalar que la Corte Suprema parece compensar su sólido apoyo a favor de la arbitrabilidad con la obligación para los árbitros de aplicar las reglas antimonopolio relevantes:

*“... there is no reason to assume at the outset of the dispute that international arbitration will not provide an adequate mechanism. To be sure, the international arbitral tribunal owes no prior allegiance to the legal norms of particular states; hence, it has no direct obligation to vindicate their statutory dictates. The tribunal, however, is bound to effectuate the intentions of the parties. Where the parties have agreed that the arbitral body is to decide a defined set of claims which includes, as in these cases, those arising from the application of American anti-trust law, the tribunal therefore should be bound to decide that dispute in accord with the national law giving rise to the claim. And as long as the prospective litigant effectively may vindicate its statutory cause of action in the arbitral forum, the statute will continue to serve both its remedial and deterrent function”<sup>111</sup>.*

Dicho esto, la Corte Suprema no ha condicionado en ningún modo su política en favor de la arbitrabilidad a una verificación invasiva por parte de las cortes para corroborar que la ley antimonopolio fue correctamente aplicada por el tribunal arbitral.

La posibilidad para las cortes de revisar el laudo es apoyada ciertamente por la Corte Suprema:

*“... having permitted the arbitration to go forward, the national courts of the United States will have the opportunity at the award–enforcement stage to ensure that the legitimate interest in the enforcement of the antitrust law has been addressed. The [NY] Convention reserves to each signatory country the right to refuse enforcement of an award where the ‘recognition or enforcement of the award would be contrary to the public policy of that country’”<sup>112</sup>.*

Sin embargo, la admisión de la arbitrabilidad en *Mitsubishi* está basada en la confianza de que el orden legal queda en manos de los árbitros, y no en que existe la posibilidad de que las cortes verifiquen que la legislación antimonopolio ha sido aplicada correctamente por las árbitros:

---

<sup>111</sup> *Id.*

<sup>112</sup> *Id.*

*“While the efficacy of the arbitral process requires that substantive review at the award–enforcement stage remain minimal, it would not require intrusive inquiry to ascertain that the tribunal took cognisance of the antitrust claims and actually decided them”*<sup>113</sup>.

Lo que se requiere entonces de las cortes es solamente verificar que, *“the legitimate interest in the enforcement of the antitrust law has been addressed”*, y eso significa que los árbitros *“took cognisance of the antitrust claims and actually decided them”*, y no de verificar si la solución otorgada por los árbitros a las reclamaciones antimonopolio aparecen adecuadas o no *vis à vis* del derecho de los EE UU<sup>114</sup>.

Este razonamiento es de importancia fundamental, pues no solamente fija el principio de que los reclamos antimonopolio son arbitrables, sino que además establece el principio de que la arbitrabilidad no debe compensarse con una revisión intrusiva del laudo en la etapa de ejecución, y que el legítimo interés de los Estados está resguardado en tanto el tribunal arbitral tome en consideración las reglas antimonopolio y las aplique. En otras palabras, la doctrina de la arbitrabilidad va más allá del simple reconocimiento de que los árbitros pueden ocuparse de demandas antimonopolio, y se extiende a afirmar que lo que ha sido regularmente decidido por los árbitros respecto de tales demandas es definitivo y no debe ser revisado. Confiar en los árbitros para que apliquen el derecho de la competencia debe implicar que sus decisiones no serán revisadas en cuanto al fondo en la etapa de la ejecución. La única preocupación por lo tanto será la de saber si los árbitros, siempre que hayan sido llamados a ello, efectivamente aplicaron las reglas antimonopolio. La negativa por parte del tribunal de considerar estas reclamaciones puede llevar a que el laudo no sea ejecutable. Al contrario, una mera divergencia en los puntos de vista entre el las cortes estatales y los árbitros sobre la correcta aplicación de la *Sherman Act* no debe conducir a rechazar la ejecución del laudo. La problemática del Derecho antimonopolio en arbitraje, a partir de *Mitsubishi*, ha dejado de referirse a la arbitrabilidad para

---

<sup>113</sup> *Id.*

<sup>114</sup> In *Baxter Int'l v. Abbott Laboratories*, 315 F. 3d 829 (7º Cir. 16 de enero de 2003), la Corte de Apelaciones del 7mo circuito de los EE UU rechazó una impugnación contra un laudo sobre la base del carácter definitivo de la decisión de los árbitros con respecto a la aplicación de la *Sherman Act*. En *American Central Eastern Texas Gas. v. Union Pacific Resources Group*, (5to Cir. 27 de enero de 2004), el 5to Circuito pareció emprender una revisión de la decisión arbitral, pero rechazó la impugnación por ausencia de violación manifiesta del Derecho antimonopolio. En este sentido, *vid.* E. Kling, “Court Reviews of Antitrust International Arbitral Awards”, en *NY Law Journal*, vol. 238 – No 26, de 7 de agosto de 2007.

pasar entonces a enfocarse en el orden público, y más precisamente, sobre cuáles han de ser los estándares de revisión de los laudos.

Desde *Mitsubishi*, las cortes de los EE UU han considerado de manera consistente que las reclamaciones antimonopolio son arbitrables, tanto en arbitraje interno como internacional<sup>115</sup>.

## ii) Triplicación y daños punitivos

La decisión *Mitsubishi* no implica que los tribunales arbitrales puedan tomar cualquier tipo de decisión basada en la *Sherman Act*. Un tribunal arbitral obviamente no tendrá la potestad de imponer medidas de naturaleza pública, como multas o sanciones penales. Estas sanciones corresponden a la potestad exclusiva de las agencias o entidades nacionales de la competencia, la administración pública y las cortes. Lo que el tribunal arbitral sí puede hacer es derivar las consecuencias civiles de las violaciones de las leyes anti-competencia, ordenando a una parte a detener la violación de los derechos de la otra, otorgando daños, o invalidando el contrato. Entonces, surge la pregunta de si los tribunales arbitrales pueden también otorgar daños no compensatorios. Los daños no compensatorios, como los daños triplicados o los daños punitivos revisten a las partes privadas de un rol público para infligir sanciones de naturaleza cuasi-penal. Como razonó el Segundo Circuito en *American Safety*,

“... la Sherman Act está diseñada para promover el interés nacional en una economía competitiva; por ello, el demandante que afirma sus derechos conforme a la Sherman Act se asimila a un procurador general privado que protege el interés público”<sup>116</sup>.

En *Mitsubishi*, la Corte Suprema pareció admitir que lo daños triplicados eran arbitrables. La Corte sostuvo que

“... the importance of the private damages remedy, however, does not compel the conclusion that it may not be sought outside an American court. Notwithstanding its

---

<sup>115</sup> *Kotam Electronics, Inc. v. JBL Consumer Products, Inc.*, 93 F.3d 724 (11vo Cir. 1996); *George Fischer Foundry Systems, Inc. v. Adolph H. Hottinger Maschinenbau GmbH*, 1995-1 Trade Cases (CCH) ¶70,019 (6to Cir. 1995); *Acquire v. Canada Dry Bottling*, 906 F.Supp. 819, 837 (E.D.N.Y. 1995); *Syscomm Int'l Corp. v. Synoptics Communications*, 856 F.Supp. 135, 139 (E.D.N.Y. 1994); *Hough v. Merrill Lynch, Pierce, Fenner & Smith, Inc.*, 757 F.Supp. 283, 286 (S.D.N.Y.); 946 F. 2d 883 (2do Cir. 1991); *In re Hops Antitrust Litigation*, 1988-2 Trade Cases (CCH) 68,121 (E.D. Mo. 1987); *Genna v. Lady Foot Int'l Inc.*, 1986-2 Trade Cases (CCH) ¶67,317 (E.D. Pa. 1986); *Cindy's Candle Co. v. WNS Inc.*, 714 F.Supp. 973 (N.D. Ill. 1989); *Baxter International Inc. v. Abbott Laboratories*, *vid.* nota 114, en *Yearbook Comm. Arb'n* 2003, p. 1154.

<sup>116</sup> *American Safety v. McGuire*, *op. cit.*

*important incidental policy function, the treble-damages cause of action conferred on parties by the Clayton Act, 15 USC 15, and pursued by Soler here by way of third counterclaim, seeks primarily to enable an injured competitor to gain compensation for that injury*<sup>117</sup>.

Este razonamiento es acorde con una consistente jurisprudencia de las cortes de los EE UU según la cual los daños triplicados son arbitrables. En este sentido se puede hacer referencia a la decisión de la Corte Suprema de los EE UU de 1987 en *Willis v. Shearson/American Express Inc.*<sup>118</sup>, y a la decisión del Segundo Circuito en *Kerr McGee v. Triumph Tankers*<sup>119</sup>. La Corte Suprema de los EE UU también sostuvo, en *Pacificare Health Systems v. Book*<sup>120</sup>, que los árbitros estaban capacitados para determinar, ellos mismos, si disponen de competencia para otorgar daños triplicados. Más evidencia sobre la arbitrabilidad de los daños triplicados es la jurisprudencia de los EE UU que sostiene que, a la diferencia del acuerdo de arbitraje que excluya la facultad de los árbitros para conceder daños punitivos, que es válida, el acuerdo que excluya los daños triplicados será ineficaz<sup>121</sup>.

El problema consiste en determinar bajo qué condiciones, el árbitro podrá aplicar semejante sanción. La respuesta más fácil a esta pregunta será la de referirse a la ley aplicable. Si las partes han sometido su contrato a la ley de los EE UU o si los árbitros consideran, que en la ausencia de una elección de ley, la ley de los EE UU se aplica, entonces los daños triplicados pueden ser aplicados. La naturaleza particular de estos daños, sin embargo, hace que la respuesta sea hasta cierto punto más compleja. Por ejemplo, en un caso CCI en el que resultaba aplicable la ley brasileña<sup>122</sup>, los árbitros decidieron no excluir en principio la aplicación de los daños triplicados establecidos en la legislación estadounidense, porque: “*the main purpose of the RICO*

<sup>117</sup> *Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler-Plymouth Inc.*, *op. cit.*

<sup>118</sup> *Willis v. Shearson/American Express Inc.*, 569 F. Supp. 821 (M.D.N.C. 1983).

<sup>119</sup> *Kerr McGee v. Triumph Tankers*, *Yearbook Comm. Arb'n*, 1993, p.150.

<sup>120</sup> *Pacificare Health Systems v. Book*, *op. cit.*

<sup>121</sup> *Investment Partners v. Glamour Shot Licensing, Inc.*, F.3d 314 (5<sup>to</sup> Cir. 2002); *vid.* también *Gilmer v. Interstate/Johnson Lane Corp.*, 500 US 20, 28, 111, S.Ct. 1647, 114 L.Ed.2d. 26 (1991): “*Although the arbitrator cannot award punitive damages, he may award antitrust treble damages, and the arbitral forum is an adequate substitute for the judicial forum in this case*”. *Vid.* también *Kristian v. Comcast Corp* (1<sup>er</sup> Cir, 2<sup>a</sup> de abril de 2006): “*we determine that Plaintiff’s challenges to the Policies & Practice’s limitation of treble damages as applied to Plaintiff’s federal antitrust claims, its limitation on the recovery of attorney’s fees and costs, and the class arbitration bar did pose questions of arbitrability. On the merits, we concluded that these provisions, if applied in the arbitral forum, would prevent the vindication of statutory rights.....with these provisions removed, arbitration of the antitrust claims can proceed*”.

<sup>122</sup> Laudo CCI n° 6320, (1995), *Journ. dr. int.*, p. 986.

*law is to protect the economy and the society of the United States against the adverse effects of organised racket*<sup>123</sup>. Sin embargo, el tribunal arbitral, se negó a aplicar la ley RICO porque “*the alleged fraud mainly took place outside the United States*”<sup>124</sup>. El tribunal también señaló que el presunto fraude produjo sus efectos fuera de los EE UU. Pareciera derivarse entonces de esta decisión que la aplicación de los daños triplicados no sólo depende de la ley aplicable al contrato (según fuera determinada por la elección de las partes o por el tribunal arbitral), sino también de los efectos de la conducta de las partes sobre el territorio que tales reglas pretenden proteger. El método para determinar cuando los daños triplicados pueden ser aplicados es entonces similar a la doctrina de los efectos que impone tomar en consideración las reglas antimonopolio. Otro ejemplo de esta perspectiva nos viene dado por el laudo CCI n° 8385 de 1995<sup>125</sup>, en el que, a pesar de que la ley escogida por las partes fuera la del estado de Nueva York (que incluye la ley RICO), el tribunal arbitral decidió que tal escogencia no puede interpretarse como incluyendo la ley RICO, en razón de su carácter excepcional, específico a la tradición estadounidense. La ley RICO fue entonces considerada como una ley imperativa no relacionada con la ley escogida por las partes, y su aplicación fue rechazada en base a que el contrato no presentaba suficientes vínculos con el territorio de los EE UU.

La aplicación de éste método puede resultar problemática. De hecho, una demanda por daños ejemplares no puede ser tratada de la misma manera que una regla imperativa destinada a proteger el interés público. La primera tiene naturaleza privada, incluso si tiene una función de castigo o de disuasión, mientras que la última afecta directamente el interés público. En Derecho comunitario de la competencia, el art. 81 del Tratado estableciendo la Comunidad Europea (TCE) ordena la nulidad de los contratos que afecten el comercio entre los Estados miembros de la Comunidad. Esta regla se aplica, independientemente de cualquier elección de ley. Sin embargo, las consecuencias civiles de tal nulidad vienen determinadas por la *lex contractus*<sup>126</sup>. De la misma manera, la doctrina de los efectos no cubre el reconocimiento de daños a favor de una parte, puesto que tal reconocimiento no forma parte del poderoso y legítimo interés del Estado que

---

<sup>123</sup> *Id.*

<sup>124</sup> *Id.*

<sup>125</sup> Laudo CCI n° 8385 (1997), *Journ. dr. int.*, p. 1061.

<sup>126</sup> ECJ, *VAG France v. Magne*, 10/86. Con limitaciones, sin embargo. *V.gr.*, el Derecho comunitario no permite a un Estado excluir la indemnización de daños en base al principio *nemo auditur...* TJCE, 20 de septiembre de 2001, C-453/99, *Courage v. Crehan*.

justifica la aplicación extraterritorial de sus leyes. Más aún, la imposición de daños triplicados puede sencillamente resultar contraria a la legítima expectativa de las partes que sometieron su contrato a la ley de un país que ignora tal posibilidad. Como el árbitro único acertadamente lo percibió en el caso CCI n° 8385<sup>127</sup>, los daños triplicados son una sanción particular, peculiar a la tradición de los EE UU, cuya aplicación en un contexto internacional es discutible.

Conformemente, los daños ejemplares deben ser aplicados en arbitraje únicamente si son permitidos por la ley escogida por las partes. En todo caso, debe también verificarse si son aplicables materialmente a la controversia. Puede ser que éste no sea el caso cuando se encuentran establecidos por una ley, como la RICO, que se aplica a cuasi-delitos. Sin embargo, es generalmente admitido que, cuando se trata de disputas en relación con el contrato, el acuerdo de arbitraje incluye reclamaciones basadas en cuasi-delitos y que estén estrechamente vinculadas con su ejecución. En el caso CCI n° 6320<sup>128</sup>, el tribunal arbitral señaló que la limitación de responsabilidad en el contrato se refería a ambas responsabilidades, contractual y extracontractual, y por lo tanto decidió que la responsabilidad extracontractual estaba contemplada en el acuerdo arbitral<sup>129</sup>.

Los daños punitivos son una sanción civil de naturaleza cuasi-penal<sup>130</sup>, que solían considerarse reservados a las cortes nacionales. Según la decisión de la corte de Nueva York en el caso *Garrity v. Lyle Stuart*<sup>131</sup>:

“... punitive damages is a sanction reserved to the State, a public policy of such magnitude as to call for judicial intrusion to prevent its contravention. Since enforcement of an award of punitive damages as a purely private remedy would violate strong public policy, an arbitrator’s award which imposes punitive damages should be vacated... The freedom of contract does not embrace the freedom to punish, even by contract”.

<sup>127</sup> *Op. cit.*

<sup>128</sup> *Op. cit.*

<sup>129</sup> J. Ortscheidt, *La réparation du dommage dans l’arbitrage commercial international*, Dalloz 2001, 290–291.

<sup>130</sup> Sobre la arbitrabilidad de los daños punitivos, *vid.* E.A. Farnsworth, “Punitive damages in Arbitration”, (1991) 1 *Arb. Int’l*; K. J. Tolson, “Conflicts Presented by Arbitral Awards of Punitive Damages”, (1988) 3 *Arb. Int.*; G. W. Jones, “Punitive Damages as an Arbitration Remedy” (1987), 2 *JOLA*; M. S. Donahay, “Punitive Damages in International Commercial Arbitration”, *JOLA* 3, 1993; Y. Derains, “Intérêts moratoires, dommages et intérêts compensatoires et dommages punitifs devant l’arbitre international”, *Mélanges Bellet*, Paris, Litec, 1991, p. 101; J. Ortscheidt, *La réparation du dommage dans l’arbitrage commercial international*, *op. cit.*, p. 281–327.

<sup>131</sup> *Garrity v. Lyle Stuart, Inc.*, 40 N.Y.2d 354, 356, 353 N.E.2d 793, 794 (1976).



Las cortes federales de los EE UU, sin embargo, han adoptado una visión diferente. De hecho, en su sentencia *Willoughby Roofing*, de 1985<sup>132</sup>, el 11º Circuito aprobó un laudo de daños punitivos en base a las siguientes consideraciones. La Corte sostuvo que

“... there is no reason to believe that the purpose of punitive awards – punishment of the present wrongdoer and deterrence of the others who might otherwise engage in similar conduct – will not be furthered by arbitral awards every bit as much as by formal judicial awards”, y añadió que: “arbitrators are better equipped than judges to determine what behaviour is unacceptable in a specific context, and to determine the amount needed to punish and deter the unacceptable behaviour... Denying arbitrators the power to award punitive damages would undermine the value and sufficiency of the arbitral process as a method of dispute resolution... Prohibiting arbitrators from awarding punitive damages would totally frustrate the public policies and purposes served by punitive damages”.

El 1º Circuito también decidió en favor de la arbitrabilidad de los daños punitivos en su decisión de 1989, en *Raytheon v. Automated Business Systems*<sup>133</sup>, de esta manera fue juzgado que la potestad de imponer daños ejemplares no se encontraba sujeta a la expresa inclusión de los mismos en el acuerdo de arbitraje, sino a que las partes no los hayan excluido explícitamente. Finalmente, la Corte Suprema de los EE UU adoptó la misma posición en su decisión *Mastrobuono*<sup>134</sup> de 1995.

La facultad reconocida por las cortes de EE UU a los árbitros para aplicar daños punitivos ilustra hasta que punto está avanzada la doctrina de la arbitrabilidad en este país. No sólo se desecha la idea de que los árbitros no puedan salvaguardar el interés público con el mismo cuidado que los jueces estatales, sino que se reconoce que los árbitros, de hecho, se encuentran mejor situados que dichos jueces estatales, para determinar si un comportamiento es inaceptable para el foro en un determinado contexto. Sin embargo, claro está, tal poder debe haber sido delegado a los árbitros, en cierta forma, por las partes. La intención de las partes a estos efectos empero, no requiere haberse manifestado haciendo referencia expresa a los daños punitivos. En *Mastrobuono*, la Corte Suprema de los EE UU consideró que el poder del árbitro de imponer daños punitivos dependía de la redacción de la cláusula arbitral:

---

<sup>132</sup> *Willoughby Roofing v. Kajima International*, 776 F.2d 269 (11vo. Cir. 1985), afirmando 598 F. Supp. 353 (M.D. Ala. 1984).

<sup>133</sup> *Raytheon v. Automated Business Systems*, 882 F.2d 6, 10 (1º Cir. 1989).

<sup>134</sup> *Mastrobuono v. Shearson Lehman Hutton, Inc.* (94-18), 514 U.S. 52 (1995).

*“The Court saw the arbitration clause, which provided that any controversy shall be settled by arbitration according to rules that gave the arbitrators authority to ‘award damages and other relief, as broad enough to allow for an award of punitive damages’”*<sup>135</sup>.

Posiblemente, se puede decir que tal decisión establece el principio de que los árbitros pueden conceder daños punitivos a condición de que el acuerdo de arbitraje no excluya, explícitamente o implícitamente, dicho poder.

Aún así, *Mastrobuono* no responde la pregunta sobre si el poder de dictar un laudo de daños punitivos debe depender de la ley sustantiva aplicable al contrato en un contexto internacional<sup>136</sup>. Por las razones ya mencionadas, creemos que la respuesta debería, en principio, ser afirmativa. De hecho, dado que los árbitros no tienen foro, no hay razón para referirse a las reglas de elección-de-ley de la sede del arbitraje para resolver este problema. Por lo demás, las reglas aplicables a la compensación de daños corresponden, en muchas jurisdicciones, a la ley sustantiva y no a la de procedimiento (aunque las reglas de procedimiento, como aquellas sobre *class actions* en los EE UU, tienen un profundo impacto en la posibilidad para las víctimas de recuperar sus pérdidas). Finalmente, los árbitros deberían en estos casos actuar observando la mayor precaución posible, de manera de no frustrar la legítima expectativa de las partes, y este será ciertamente el caso si el tribunal arbitral las sorprendiera aplicando daños punitivos cuando las partes habían elegido una ley que ignora este tipo de sanción. Si las partes eligieron una ley sustantiva que ignora los daños punitivos, se debe interpretar que ellas no han querido otorgar tales poderes a los árbitros. En este sentido, el laudo CIADI dictado en 1984 en el caso *Letco v. Liberia*<sup>137</sup> resulta interesante. El tribunal arbitral luego de examinar la ley aplicable de Liberia, concluyó que esta ley no permitía al juez civil acordar daños más allá del monto necesario para compensar la pérdida sufrida por la parte afectada, salvo en los casos en donde *“the actions of the liable party are of a criminal character”*<sup>138</sup>. De la misma manera, un laudo AAA de 1988, mientras

---

<sup>135</sup> *Id.*

<sup>136</sup> In *Mastrobuono*, el contrato estaba sometido a las leyes del Estado de Nueva York, las cuales no permiten a los árbitros imponer daños punitivos. No obstante, la referencia hecha por las partes a dicha ley fue interpretada en referencia a asuntos sustantivos, mientras que el poder de decidir daños punitivos era visto como un aspecto de procedimiento sometido a la *Federal Arbitration Act*.

<sup>137</sup> *Liberian Eastern Timber Corporation (LETCO) v. Liberia*, ICSID ARB/83/2.

<sup>138</sup> En este caso en particular, el Tribunal rechazó la demanda por daños punitivos porque tal carácter criminal no fue establecido.

que sostenía que de acuerdo con la ley aplicable del estado de Columbia, “los daños punitivos pueden ser impuestos cuando el asegurador actúa de mala fe al rechazar una reclamación”, finalmente rechazó la demanda porque dicha mala fe no fue establecida en el caso concreto<sup>139</sup>. En estos dos casos, los árbitros consideraron la ley aplicable al contrato para poder determinar si se encontraban revestidos del poder para imponer daños punitivos.

Por otra parte, la ley del lugar sede del arbitraje puede jugar como un factor predeterminante. De hecho un laudo de daños punitivos puede ser considerado contrario al orden público en el país sede del arbitraje. Como consecuencia, incluso si la *lex contractus* permite los daños punitivos, un tribunal arbitral debe negarse a otorgarlos si con esta decisión pone en riesgo la validez del laudo en el lugar sede del arbitraje. Por ejemplo, un tribunal arbitral establecido en Suiza se negó a imponer daños punitivos a pesar de la sumisión del contrato a una ley que permite esta sanción<sup>140</sup>. No estamos al tanto de ningún caso que se refiera a la impugnación de un laudo basado en tal motivo, sin embargo parece ser que el Tribunal de Basilea aceptó la ejecución en Suiza de una sentencia de un Tribunal de California que concedió daños punitivos en aplicación de la ley inglesa<sup>141</sup>. Por otro lado, existe jurisprudencia en Alemania<sup>142</sup>, Inglaterra<sup>143</sup>, e Italia<sup>144</sup>, según la cual, el reconocimiento de una sentencia de los EE UU, otorgando daños punitivos, es contraria al orden público y debe ser rechazada.

Sin embargo, la solución no debe ser necesariamente la misma para una sentencia extranjera que para un laudo. En la mayoría de las jurisdicciones, los poderes de las cortes para dejar sin efecto un laudo se

---

<sup>139</sup> *Yearbook Comm. Arb'n*, 1989, p. 73.

<sup>140</sup> Laudo CCI n° 5946, en *Yearbook Comm. Arb'n*, 1991, p. 97, y en *Collection of ICC Awards*, vol. 3, p. 46.

<sup>141</sup> Corte Civil de Basilea, 1 de febrero de 1989, citada por A. Court de Fontmichel, “L'arbitre, le juge et les pratiques illicites du commerce international”, *Panthéon Assas*, 2004, p. 392, citando a R.A. Brand, “Punitive Damages and the Recognition of Judgments”, *NILR*, 1996, p.169. Los daños punitivos son permitidos en Inglaterra según causales muy limitadas, en caso de acciones opresivas, arbitrarias o inconstitucionales por personal del Gobierno, y cuando la conducta del demandado ha sido calculada para beneficiarle excediendo la compensación que deberá al demandante como resultado del daño, *vid.* M.S. Donahey, *op. cit.*

<sup>142</sup> *Bundesgerichtshof*, 4 de junio de 1992; *Bundesverfassungsgericht*, 7 de diciembre de 1994.

<sup>143</sup> *Queen Bench Division*, de 28 de febrero de 2003, *Lewis v. Eliades*.

<sup>144</sup> Corte de Venecia, 15 de octubre de 2001.

limitan a la violación de los principios más fundamentales<sup>145</sup>, y las cortes no están facultadas para revisar el fondo de las decisiones de los árbitros<sup>146</sup>. Basándonos en el principio de resolución definitiva de los laudos, es posible sostener que la decisión de un tribunal arbitral de acordar daños punitivos no debe reabrirse para su revisión, en tanto que la ley escogida por las partes, o el mismo acuerdo de las partes, no prohíba este tipo de sanción privada.

#### B) La experiencia francesa

Durante años, la jurisprudencia francesa había adoptado la posición según la cual los tribunales arbitrales podían, a pesar de la disposición de no-arbitrabilidad del art. 2060 del Código Civil francés respecto a asuntos que involucren el orden público, entrar a conocer disputas que involucraran reglas antimonopolio, pero no tenían el poder de aplicar tales reglas a los fines de anular los contratos<sup>147</sup>. En *Société Phocéenne de Dépôts*, la Corte de apelaciones sostuvo que los árbitros eran capaces de conocer

“... demandas contractuales o extra-contractuales que impliquen la aplicación de reglas imperativas [antimonopolio], en tanto los árbitros se limiten a examinar las implicaciones del orden público en su misión, sin ordenar ninguna medida de reparación respecto de cualquier violación que hayan podido constatar”<sup>148</sup>.

---

<sup>145</sup> Para un panorama general, *vid.* A. Mourre, “Le libre arbitre, ou l’aveuglement de Zaleucus (variations sur l’arbitrage, l’ordre public et le droit de la concurrence)”, *Mélanges en l’honneur de François Knoepfler*, Neuchâtel, Helbing&Lichtenhahn, 2005, p. 283.

<sup>146</sup> *Vid.* la decisión de la *House of Lords* de 30 de junio de 2005, que revirtió la decisión de la Court of appeal que había anulado un laudo motivada en el exceso de poder porque los árbitros habían otorgado sumas en una moneda diferente de la prevista en el contrato: *Lesotho Highlands development Authority v. Impregilo SpA*, en *Cahiers de l’arbitrage* 2005/2, *Gaz. Pal.* 294/295, “panorama de jurisprudence anglaise”, p. 49; *vid.* también, respecto a esta decisión, A. Crivellaro, “All’s well that ends well: London remains a suitable venue for international arbitration – but only thanks to the House of Lords”, *ICL Rev.*, vol. 22, n° 4, p. 480.

<sup>147</sup> Esta perspectiva fue adelantada por Jacques Robert en un reporte al Congreso de Arbitraje de 1966, (1966) *Rev. Arb.* 1966, p. 32. Ella aparece en ciertos laudos arbitrales. En el laudo CCI n° 1422, por ejemplo, el tribunal arbitral sostuvo que, “a dispute having as its main subject-matter the validity or the nullity of a contract under Art. 85 of the Treaty of Rome would be beyond the arbitrator’s jurisdiction, [...] as no arbitration agreement could have the effect of substituting a private judge to a public court in matters which in se and per se interest public policy”.

<sup>148</sup> CA París, 20 de enero de 1989, *Société Phocéenne de Dépôts c. Dépôts Pétroliers de Fos*, en *Rev. arb.*, 1989, p. 280, nota de L. Idot. Ver, para un análisis crítico de esta jurisprudencia, P. Mayer, “Le contrat illicite”, *Rev. arb.*, 1984, p. 206.

Esta línea de jurisprudencia, que lleva al absurdo resultado de impedir la aplicación de las reglas antimonopolio, ha sido revertida por la Corte de apelaciones de París en el caso *Almira*<sup>149</sup> y *Ganz*<sup>150</sup>, en el que la Corte sostuvo que los árbitros estaban

“... capacitados para aplicar reglas de orden público y a ordenar la reparación en el caso de que tales principios y reglas hayan sido inobservadas, sujeto a la revisión de las cortes que conozcan recursos para anular el laudo”<sup>151</sup>.

La arbitrabilidad de la ley antimonopolio ha sido subsecuentemente confirmada en *Labinal*<sup>152</sup>. El caso se refería a una oferta de compra en la cual una empresa, *Mors*, había conformado un acuerdo de *joint-venture* con *Westland* para poder competir más eficazmente contra otro oferente, *Labinal*. El acuerdo de *joint venture* estaba sometido al derecho suizo e incluía una cláusula de arbitraje CCI. La relación entre los dos miembros de la *joint venture* se deterioró, y *Mors* acusó a *Westland* de tratar de realizar acuerdos independientes con *Labinal*. *Mors* entonces demandó a ambas compañías ante el Tribunal Mercantil de París. Este Tribunal afirmó su competencia al considerar que el contrato era nulo según el art. 85 TCE, y que la disputa era por lo tanto no-arbitrable. La Corte de apelaciones revirtió este fallo, y decidió que

“... si el carácter de leyes de orden público económico del Derecho europeo de la competencia prohíbe a los árbitros pronunciar órdenes o imponer multas, ellos pueden sin embargo, determinar las consecuencias civiles de comportamientos juzgados como ilícitos con respecto a reglas de orden público”<sup>153</sup>.

De manera interesante, según una opinión autorizada, la evolución manifestada en *Almira* y *Labinal* puede haber encontrado su inspiración en *Mitsubishi*, cuyo rol fundador en establecer la regla de la arbitrabilidad – no solo en los EE UU, sino también a nivel internacional –, es entonces confirmado. En palabras de D. Hascher, después de *Almira*, a menos que exista una regla particular de no-arbitrabilidad,

“... todo es arbitrable. El árbitro puede evaluar la controversia y aplicar reglas de orden público internacional bajo el control de su juez natural, disponiendo el juez de compe-

---

<sup>149</sup> *Almira Films v. Pierrel*, CA París, *op. cit.*

<sup>150</sup> CA París, 29 de marzo de 1991, *Ganz v. Société Nationale des Chemin de Fers Tunisiens*, *Rev. arb.*, 1991, p. 478, nota de L. Idot.

<sup>151</sup> *Id.*

<sup>152</sup> CA París, 19 de mayo de 1993, *Labinal v. Mors*, en *Rev. arb.*, 1993, p. 645, nota Ch. Jarrosson; *Journ. dr. int.*, 1993, p. 957, nota de L. Idot.

<sup>153</sup> *Id.*

tencia para anular el laudo. Es bastante probable que la Corte de París se haya inspirado en la jurisprudencia de la Corte Suprema de los EE UU en *Mitsubishi* decidiendo elevar a principio la regla de arbitrabilidad, y limitando la no-arbitrabilidad a aquellas reglas en las que existe un interés colectivo sumamente importante en juego”<sup>154</sup>.

Desde entonces, el principio de la arbitrabilidad del Derecho anti-monopolio nunca más fue cuestionado ante las cortes francesas<sup>155</sup>.

La doctrina *Almira* y *Labinal* ha sido confirmada por la Corte de apelaciones de París en *Aplix*<sup>156</sup>, otro caso en el cual la legislación antimonopolio europea estaba en juego. La disputa surgió de un acuerdo de licencia de patente entre una compañía francesa *Aplix* y la suiza *Velcro* en 1958. *Velcro*, quien era propietaria de las patentes, consideró que el contrato había vencido como resultado de la caducidad de las patentes y, luego de ciertas diferencias con su contraparte, comenzó un proceso arbitral. Tal procedimiento fue subsecuentemente suspendido hasta la decisión de la Comisión Europea de 1985, en relación tanto a la notificación del contrato de acuerdo con la Regulación n° 17/62 como en cuanto a una queja de *Velcro* de que el contrato violó el art. 85 TCE. Los procedimientos continuaron en 1991 por iniciativa de *Velcro*, y, en 1992, el tribunal arbitral dictó un laudo ordenando a ambas partes a realizar pagos a favor de la otra, resultando la diferencia favorable a *Velcro*. *Aplix* intentó anular el laudo, en base a que el acuerdo arbitral era inválido pues involucraba asuntos de Derecho comunitario de la competencia, y por lo tanto la controversia no era arbitrable. Refiriéndose a los mismos principios establecidos en *Labinal*, la Corte estableció que los árbitros estaban capacitados para aplicar el Derecho comunitario de la competencia en la medida en que el mismo tuviera un efecto directo absoluto, lo que significa que una corte nacional pudiera aplicarlas:

“... la arbitrabilidad de una disputa no se excluye por el solo hecho de que se apliquen reglas de orden público a la relación controvertida. En el contexto internacional, el ár-

---

<sup>154</sup> D. Hascher, “Introductory report”, *Competition and Arbitration Law*, Dossier CCI del Institute of International Business Law and Practice, 1993, pp. 176–177.

<sup>155</sup> En recientes casos, las cortes han debido responder a la pregunta de si las soluciones adoptadas en los laudos que han aplicado el Derecho comunitario antimonopolio eran compatibles con el orden público, pero no a la de si los árbitros tienen la facultad de conocer reclamaciones antimonopolio: CA París, 18 de noviembre de 2004, *Thalès Air Defence c. GIE Euromissile et al*, *Journ. dr. int.*, 2005, pp. 357–378, con nota de A. Mourre; CA París, de 23 de marzo de 2006, *SNF c. Cytec*, *Cahiers de l'arbitrage*, 2007/1, p. 40; en *Rev. arb.*, 2007, p. 100, con observaciones de S. Bollée; *C.Cass*, 4 de junio de 2008, *SNF v. Cytec*.

<sup>156</sup> CA París, 14 de octubre de 1993, *Aplix c. Velcro*, en *Rev. arb.*, 1994, p. 164, nota de Ch. Jarrosson.

bitro determina su propia competencia, en lo que concierne a la arbitrabilidad, con referencia al orden público y tiene el poder de aplicar principios y reglas que forman parte del orden público internacional así como sancionar su eventual violación bajo el control del juez que tenga jurisdicción para eventualmente anular el laudo. El árbitro únicamente puede aplicar las reglas de Derecho comunitario que tengan un efecto directo absoluto. Aunque la jurisdicción exclusiva que en ocasiones se reconoce a las instituciones comunitarias, como la Comisión es un límite a la arbitrabilidad de las reglas de Derecho comunitario. En particular el carácter de orden público del derecho de la competencia no permite a los árbitros prohibir comportamientos contrarios al art. 85.1º del Tratado, para forzar estas órdenes a través de sanciones pecuniarias, ni para decidir mandatos individuales según el art. 85, §3 del Tratado. Por el contrario, los árbitros, como los jueces ordinarios, pueden establecer las consecuencias civiles de comportamientos ilícitos según las reglas de orden público que puedan ser directamente aplicables a las relaciones legales en cuestión<sup>157</sup>.

Esta decisión amerita dos comentarios. El primero es que la idea de que los árbitros no tengan el poder de compeler a las partes a cesar sus comportamientos anticompetitivos parece ser definitivamente superada. Tal facultad pertenece a las cortes, y no hay razón para negársela a los árbitros. Desde un punto de vista procesal, el poder de los tribunales arbitrales para ordenar penas judiciales es admitido en Derecho francés<sup>158</sup>. El segundo es que, como veremos más adelante, desde la entrada en vigor del Reglamento 1/2003 los árbitros tienen el poder de otorgar exenciones individuales.

### C) Otros países

Las cortes suizas fueron las primeras en abrir las puertas a la arbitrabilidad de las disputas antimonopolio. En una decisión de 1975, el *Tribunal cantonal vaudois*<sup>159</sup> sostuvo que la controversia sobre la validez de un contrato en relación al art. 85 del TCE era arbitrable. El Tribunal motivó su decisión distinguiendo “entre la materia, que es una disputa sobre derechos libremente disponibles por las partes, y

---

<sup>157</sup> Las normas comunitarias no solo crean derechos y obligaciones con respecto a los Estados miembros (efecto directo vertical), sino también entre los individuos (efecto directo horizontal) *vid.* Isaac, *Rép. Dalloz de droit communautaire*, Vº *Effet direct du droit communautaire*, esp. n.º 5 ss, 27 y 32). El efecto directo es considerado “absoluto” cuando también es horizontal.

<sup>158</sup> Corte de Apelaciones de París, 7 de octubre de 2004, *Otor v. Carlyle*, en *Journ. dr. int.* 2005, p. 341, nota de A. Mourre y P. Pedone.

<sup>159</sup> *JdT*, 1981 III 71, citado por J.-F. Poudret y S. Besson, *Comparative Law of International Arbitration*, (Sweet & Maxwell, London, 2007), p. 296.

*las reglas legales que se aplican a la solución de la disputa*<sup>160</sup>. Esta decisión fue impugnada, y el Tribunal Federal Suizo<sup>161</sup> decidió que:

“Ni el art. 85 del Tratado ni el Reglamento de implementación n° 17 prohíben al juez nacional o al árbitro ante el cual es presentada una disputa acerca de las cuentas de las partes respecto a la ejecución de un contrato, examinar la validez [de dicho contrato]. Desde esa perspectiva, el riesgo de decisiones conflictivas no es determinante, ni tampoco lo es, el riesgo de que el laudo no reciba el exequatur. La determinación por los árbitros de la validez de los contratos bajo la luz del Derecho comunitario es necesaria para evitar decisiones contrarias a dicho Derecho”.

En Italia, como lo ha señalado L. Radicati di Brozolo, “cualquier duda sobre la arbitrabilidad de temas antimonopolio ha sido abandonada”<sup>162</sup>. En una reciente decisión, la Corte de Apelaciones de Milán<sup>163</sup> sostuvo que

“... cualquier duda [sobre la arbitrabilidad de las demandas antimonopolio] ha sido ahora superada por la evolución del pensamiento legal, así como por la jurisprudencia, tanto a nivel nacional como comunitario. La posibilidad de arbitrar demandas antimonopolio, que equivale a decir demandas que requieren, para ser resueltas, que una regla sustantiva antimonopolio sea aplicada, es reconocida. Esto es particularmente cierto para las controversias entre individuos privados a quienes se cuestiona la validez de sus acuerdos en base a los arts 81 TCE o 2 de la Ley 287/1990 [Derecho de la competencia italiano]”<sup>164</sup>.

La Corte se refirió al criterio de arbitrabilidad basado en el derecho de las partes de disponer de los derechos controvertidos, como lo establece el art. 806 CPC italiano, y estableció que:

“... los conceptos de derechos de ‘libre disposición’ y de reglas imperativas no deben ser confundidos o mezclados, pues no toda regla imperativa o regla de orden público se refiere a derechos que no son de libre disposición por las partes [...]. Las reglas antimonopolio son reglas imperativas, que forman parte del concepto del ‘orden público económico’, pero ellas no se refieren a derechos de los que las partes no puedan disponer libremente. [...] Como consecuencia, en principio, los temas de derecho de la compe-

<sup>160</sup> *Id.*

<sup>161</sup> 28 de abril de 1992, ATF 118 II 193. *Vid.* también, Corte Federal Suiza, 13 de noviembre de 1998, ATF 119/1998, en *ASA Bull* n° 4, 1999, pp. 529: “...*If none of the parties asserts the nullity of the disputed contract according to EU competition law, the arbitral tribunal is not bound to take into account EU law...*”.

<sup>162</sup> L. Radicati di Brozolo, “Arbitrato e diritto della concorrenza, il problema risolto e le questioni aperte”, (2004) *Riv Arb*, 10. *Vid.* también C.Cass. It., de 21 de agosto de 1996, (1996), *Giust Civ*, p. 1207.

<sup>163</sup> CA Milán, 13 de septiembre de 2002, *Riv.arb.*, 2004, p. 105; CA Milán, *Terra Armata v. Tensacciai SpA.*, 5 de julio de 2006; en *ASA Bull.*, 007, p. 618.

<sup>164</sup> *Id.*



tencia, sean de derecho italiano o comunitario, pueden ser encomendados a los árbitros, y no hay diferencia en este sentido entre arbitraje doméstico o internacional”<sup>165</sup>.

Así como la Corte Suprema de los EE UU anotó al pie de página en *Mitsubishi*, la Corte de Milán también hizo referencia al fraude, al especificar que:

“... el acuerdo arbitral puede ser nulo y sin validez, como cualquier otra disposición contractual, si es el vehículo para evitar o evadir la aplicación de reglas imperativas, incluyendo las reglas antimonopolio. Pero, en este sentido, el demandante se limita a una implícita alusión, y no ofrece ninguna evidencia de una desviación voluntaria y fraudulenta de lo que es el objetivo normal de un acuerdo arbitral”<sup>166</sup>.

En Alemania, la ley de arbitraje de 1998 ha abrogado previas disposiciones de la antigua ley sobre competencia de 1990 que restringían el uso del arbitraje y la arbitrabilidad de las reglas antimonopolio, con lo que ahora es admitida unánimemente por los autores<sup>167</sup>. En Inglaterra, la arbitrabilidad de las reclamaciones antimonopolio ni siquiera es considerada como un problema<sup>168</sup>. En los Países Bajos no parece existir ninguna duda sobre la arbitrabilidad de las reclamaciones antimonopolio<sup>169</sup>. En Suecia, la ley sobre arbitraje expresamente reconoce la arbitrabilidad de las demandas antimonopolio<sup>170</sup>. La única jurisdicción en donde la situación no parece haber sido del todo aclarada es Bélgica, donde la Corte de Bruselas decidió en 1975<sup>171</sup> que, si bien un tribunal arbitral puede efectivamente determinar cuando un contrato es válido según el art. 85 TCE, la violación de tal disposición lo “despojaría de su jurisdicción”, lo cual equivale a decir que las disputas antimonopolio no serían arbitrables. Sin embargo, esta línea de razonamiento probablemente se encuentre superada, ya que todos los autores destacados belgas reconocen actualmente que las reclamaciones

---

<sup>165</sup> *Id.*

<sup>166</sup> *Id.*

<sup>167</sup> Ph. Landolt, “Modernized EC Competition Law in International Arbitration”, *Kluwer*, 2006, p. 95; J.-F. Poudret y S. Besson, *op. cit.*, p. 299.

<sup>168</sup> En *Bulk Oil v. Sun International* [1986] 2 All ER 744, en el que ciertos temas de Derecho comunitario de la competencia que surgieron durante el arbitraje fueron referidos al TJCE, el tribunal no dudó acerca de su arbitrabilidad, la cual ni siquiera fue mencionada. *Vid.* también *ET Plus S.A and Ors v Welter and Ors*, 7 noviembre de 2005; [2005] EWHC 2115 (Comm).

<sup>169</sup> *Vid.* J.-F. Poudret y S. Besson, *op. cit.*, p. 297.

<sup>170</sup> *Vid. supra*, nota 27 y 97.

<sup>171</sup> JT 1976, p. 493, citado por J.F. Poudret y S. Besson, *op. cit.*, p. 297.

antimonopolio pueden ser sometidas al arbitraje, tanto principalmente como incidentalmente<sup>172</sup>. Como lo notaron G. Keutgen y G.-A. Dal:

“Si, se ve confrontado con un acuerdo contrario al art. 2 de la ley [belga] de protección de la competencia en el Mercado, el árbitro tiene que declarar su nulidad y, como puede ser el caso, establecer las consecuencias económicas y financieras [de la nulidad]. Si se ve confrontado a un abuso de posición dominante contrario al art. 3 de la ley, deberá también determinar si el comportamiento está prohibido y establecer las consecuencias civiles y financieras. Por lo tanto, el árbitro puede conocer demandas de daños e indemnizar a la parte víctima de un abuso de posición dominante o de un acuerdo prohibido por el derecho de la competencia”<sup>173</sup>.

La influencia internacional de *Mitsubishi* ha llevado a afirmar la arbitrabilidad de la ley antimonopolio en muchos otros países alrededor del mundo. En Nueva Zelanda, en un caso donde la validez de un acuerdo de arbitraje CIADI fue impugnada en base a su supuesta contradicción con el Derecho antimonopolio local, la *High Court*<sup>174</sup> sostuvo que, si el razonamiento en *Mitsubishi* era

“... por supuesto, una expresión de la política judicial de los EE UU ante las inversiones y contratos internacionales”, el mismo es “apropiado incluso en este pequeños país, dado que el intercambio internacional y las relaciones comerciales son de crítica importancia”<sup>175</sup>.

En Australia, las cortes han admitido la arbitrabilidad de las reglas de protección del consumidor, y uno de los jueces involucrados expresó subsecuentemente la visión de que el mismo principio debería aplicarse respecto a las reglas antimonopolio<sup>176</sup>.

En conclusión, ahora ya está establecido que los árbitros pueden aplicar reglas antimonopolio para otorgar daños o para determinar si un contrato es nulo e inválido por violar el derecho de la competencia. Sin embargo, tampoco existen dudas en cuanto a que un tribunal arbitral no puede tomar ninguna decisión que corresponda a la jurisdicción exclusiva de una corte nacional o a una autoridad sobre compe-

---

<sup>172</sup> B. Hanotiau, *L'arbitrabilité*, op. cit., p. 130; D. Matray, “Droit européen de la concurrence et arbitrage international”, *Documento CDVA*, Liège, p. 53; M. Storme y B. De Meulenaere, “International Arbitration in Belgium”, *Kluwer*, 1989, p. 22; L. Simont, “Arbitrage et droit de la concurrence”, en *RDAI* 1998, p. 547.

<sup>173</sup> G. Keutgen y G.-A. Dal, “L'arbitrage en droit belge et international”, *Bruylant*, Bruselas, 2006, p. 115.

<sup>174</sup> *Attorney General of New Zealand v. Mobil Oil*, [1989] 2 NZLR 64d.

<sup>175</sup> *Id.*

<sup>176</sup> J. Beechey, “Arbitrability of Antitrust/Competition Law Issues – Common Law”, en *Arb. Int'l*, 1996, p. 179, citado por B. Hanotiau, en *L'arbitrabilité*, op. cit., p. 125.

tencia<sup>177</sup>. Las cortes y las autoridades sobre competencia, de hecho, cuentan con poderes exclusivos para tomar decisiones de índole administrativa o penal en el nombre del interés público. El ejemplo típico de estas decisiones es el de las multas. Puede pensarse también en las sanciones penales, que prevén ciertas jurisdicciones para determinados casos de violación del Derecho de la competencia<sup>178</sup>. Igualmente es claro que los árbitros no tendrán el poder de sobrepasar los poderes de las autoridades de la competencia en el campo del control de concentraciones, aunque los árbitros podrán tener la facultad de establecer las consecuencias civiles de una concentración. De la misma manera, un tribunal arbitral probablemente no tendrá la facultad de declarar que una ayuda estatal es contraria al derecho de la competencia, sin embargo, bien puede imaginarse que las disputas civiles que se deriven de una violación de las reglas que prohíben las ayudas de Estado puedan ser arbitradas<sup>179</sup>.

## VII. Arbitrabilidad antimonopolio en Derecho comunitario

### 1. Antecedentes históricos

El Derecho comunitario ha mostrado a lo largo de su historia cierta renuencia a admitir que las reglas imperativas europeas – y, aquí, las reglas europeas sobre competencia – puedan someterse a los árbitros. Aunque la cuestión de la arbitrabilidad nunca ha sido tratada en la C.J.C.E., la Comisión ha expresado en repetidas ocasiones su preocupación acerca de la utilización del arbitraje como un medio para evadir la aplicación del Derecho comunitario. En comparación con el antecedente de los EE UU en donde la ejecución privada y el litigio judicial siempre han jugado un rol dominante en la imposición del Derecho antimonopolio, el pensamiento de los reguladores europeos, siempre ha estado marcado, hasta la reciente modernización del dere-

---

<sup>177</sup> Vid. la Resolución adoptada en el Congreso de Arbitraje Internacional de Rotterdam de 6–9 de Julio de 1964: “*arbitration is called to cooperate actively to a harmonious development of the economy within the European communities. The Congress is of the view that, except for the powers which belong exclusively to the authorities of the communities, it is within the powers of arbitrators, before which disputes involving community law are brought, to decide upon their own jurisdiction and to decide the merits in compliance with the community’s public policy, under the control of the competent jurisdictions*”.

<sup>178</sup> V.gr., en Francia: el art. L.420–6 Ccom. Las sanciones que pueden imponerse a las empresas que incurran en conductas anti-competitivas según la ley francesa han aumentado en 2001, y el quebrantamiento de las reglas antimonopolio francesas puede desencadenar sanciones penales de hasta cuatro años de prisión y multas por hasta 75.000 €.

<sup>179</sup> B. Hanotiau, *L’arbitrabilité*, op. cit., p. 133.

cho de la competencia en 2003, por una visión mucho más centralizada, en donde la Comisión era percibida como el único guardián de los mercados europeos. El énfasis en la necesidad de una aplicación uniforme de las reglas antimonopolio en el espacio europeo, donde las realidades nacionales todavía prevalecen también explica la cautela en permitir que la imposición de las reglas antimonopolio sea dejada en las manos de tribunales privados sobre quienes poco o ningún control puede ser ejercido.

La Comisión ha condicionado, por consiguiente, la disponibilidad de exenciones de bloque a la obligación de las partes de notificarle sobre cualquier laudo arbitral conexo<sup>180</sup>. Semejante requisito ha sido incluido en el Reglamento 556/89 sobre acuerdos de licencia de *know-how*<sup>181</sup>, y en el Reglamento 2349/84 sobre acuerdos de licencia de patentes<sup>182</sup>. El mismo requisito ha sido aplicado respecto de las exenciones individuales<sup>183</sup>. En el pasado, la Comisión también ha requerido a las partes que notificaron su contrato, de acuerdo al entonces aplicable Reglamento n° 17, suprimir la cláusula arbitral incluida en dicho contrato<sup>184</sup>. Esto no llegó hasta el punto de hacer no-arbitrables las disputas en relación a las exenciones de bloque, pero fue sin duda una señal de cierta desconfianza hacia los árbitros. Desde entonces la Comisión siempre ha mostrado un cierto grado de reticencia respecto de la posibilidad para las partes de recurrir al arbitraje para resolver reclamaciones antimonopolio, como se evidenció en sus intentos –subsecuentemente abandonados– de introducir en el bloque de exenciones sobre licencias de patentes, disposiciones dirigidas a abrir un derecho a apelar en cuanto

---

<sup>180</sup> Ph. Landolt, *Modernised EC Competition Law in International Arbitration*, *op. cit.*, p. 99.

<sup>181</sup> Art. 7.

<sup>182</sup> Art. 9.

<sup>183</sup> En su decisión *Campari* de 13 de marzo de 1978, la Comisión decidió, respecto a una exención individual otorgada a un contrato de licencia de marca que incluía una cláusula de arbitraje disponiendo la sede del arbitraje en Suiza, que el laudo no debía adecuarse a la interpretación de la Comisión de su decisión, y que, dado que el arbitraje tendría lugar fuera de la Unión Europea, no había ninguna certeza de que la conformidad con el Derecho comunitario sería examinada por un tribunal. *Vid.* también la decisión de 27 de junio de 1967 *Trans Ocean Marine Paint Association*, la decisión de 26 de julio de 1972 *Papiers Minces*, y la decisión de 23 de noviembre de 1977 *Gerck-Weir-Sodium Circulators*. Respecto de estas decisiones, *vid.* R. Kovar, “Droit communautaire de la concurrence et arbitrage”, *Mélanges Goldman*, París, Litec, 1982, p. 120–121. *Vid.* también sobre decisiones más recientes imponiendo la presentación a la Comisión de los laudos arbitrales, *UIP*, de 12 de julio de 1989; *Sippa*, de 15 de febrero de 1991; *Eurovision*, de 10 de mayo de 2000.

<sup>184</sup> Decisión *Centraal Bureau Voor de Rijwielhandel*, de 2 de diciembre de 1977, citada por R. Kovar, *op. cit.*, p. 118.

al fondo ante las cortes del Estado miembro, contra cualquier laudo relativo al acuerdo exento<sup>185</sup>. Este fue el signo definitivo de que, a los ojos de la Comisión, la arbitrabilidad de las reclamaciones antimonopolio era sospechosa, o cuando menos, que el arbitraje, de ser permitido, debía ser estrictamente supervisado.

## 2. La admisión general de la arbitrabilidad de las reclamaciones antimonopolio en Derecho comunitario

### A) Arbitraje y la privatización de la aplicación del Derecho antimonopolio

Seguramente estos signos de precaución frente al arbitraje pueden ser confinados a tiempos pasados, y ciertamente el pensamiento legal de la Comisión ha evolucionado desde entonces en muchos aspectos, y de hecho no puede dudarse que el Derecho comunitario no se interpone en el camino de los tribunales arbitrales que conocen de reclamaciones antimonopolio. El silencio guardado por la Corte Europea de Justicia en *Eco Swiss*<sup>186</sup> acerca de la arbitrabilidad del Derecho europeo de la competencia es suficiente evidencia de que los árbitros pueden aplicar dicho derecho. Sería completamente absurdo, de hecho, el imponer a las cortes nacionales la revisión sobre la conformidad de los laudos al Derecho comunitario de la competencia si este Derecho comunitario de la competencia no fuere arbitrable en ningún caso. La existencia de una revisión judicial de la compatibilidad de los laudos con el orden público sustantivo supone que los asuntos que toquen dichas reglas de orden público son arbitrables. Es cierto que, en el arbitraje *Benetton/Eco Swiss/Bulova*, la pregunta de si el contrato de licencia era válido bajo el Derecho comunitario de la competencia no fue presentada por las partes y en consecuencia, no fue resuelta por el tribunal arbitral. De hecho, una de las preguntas elevadas ante el TJCE fue si los árbitros tenían el deber de plantear las cuestiones de Derecho comunitario antimonopolio de oficio, y como ya lo habíamos señalado anteriormente, el Tribunal no respondió a esta pregunta. No obstante, toda la filosofía de la sentencia del tribunal europeo se refiere a asegurar un efectivo escrutinio judicial de los laudos que resuelvan asuntos de Derecho comunitario, y no a definir este derecho como no arbitrable. Como comentó acertadamente Phillip Landolt:

---

<sup>185</sup> R. Kovar, *op. cit.*, p. 121.

<sup>186</sup> *Eco Swiss China Time Ltd v. Benetton Int'l NV*, *op. cit.*

“... si las cortes comunitarias hubieran querido realmente que el Derecho comunitario de la competencia fuese tratado como no-arbitrable, ellas hubieran encontrado sin duda la ocasión de decirlo así. Desde 1982 por lo menos, con Nordsee como primera referencia, el TJCE se ha conformado con dejar pasar inadvertida cualquiera objeción que pudiera tener en relación a la arbitrabilidad de los aspectos del derecho de la competencia”<sup>187</sup>.

La admisión general de la arbitrabilidad de las reclamaciones anti-monopolio no ha sido contradicha a través de la modernización del Derecho comunitario de la competencia en 2003. Por el contrario, el Reglamento 1/2003<sup>188</sup> debe ser visto como fijando las bases para un rol más activo de los árbitros en la aplicación de las reglas antimonopolio. Si bien el Reglamento 1/2003 no hace ninguna referencia al arbitraje, el mismo extiende la jurisdicción de las cortes nacionales al otorgarles la facultad de conceder las exenciones individuales previstas por el art. 81.3<sup>o</sup><sup>189</sup>, mientras que la decisión de tales exenciones individuales era anteriormente una prerrogativa exclusiva de la Comisión. Antes del Reglamento 1/2003, una corte sólo podía aplicar los apartados 1 y 2 del art. 81, y suspender el procedimiento, si una exención individual basada en la eficiencia del contrato era requerida por la Comisión. Este ya no es el caso, y las cortes pueden ahora aplicar el art. 81 de manera integral, habiendo desaparecido el poder exclusivo de la Comisión para otorgar exenciones individuales, y teniendo ahora el art. 81 – incluyendo su ap. 3<sup>o</sup> – efecto directo. Ello lleva lógicamente a concluir que los tribunales arbitrales, cuyo rol es jurisdiccional como los de cualquier corte, tendrán el poder de aplicar el art. 81.3<sup>o</sup>, para conceder las exenciones individuales<sup>190</sup>. Esta evolución es completamente acorde con la tendencia de privatizar y descentralizar el sistema de aplicación del Derecho antimonopolio europeo. El Reglamento 1/2003 aumenta los poderes de las cortes y de las autoridades nacionales de la competencia, y requiere una tarea de auto-examen de los agentes económicos sobre la validez de sus contratos. Asimismo, abandona la anterior presunción de ilegalidad de los contratos de dimensión comunitaria, presunción que justificaba la obligación de notificar tales contratos a la Comisión para que el órgano europeo pudiese ejercer su control *ex ante*. Por lo tanto, el Reglamento también expresa la política comunitaria

---

<sup>187</sup> Ph. Landolt, *Modernised EC Competition Law...*, *op. cit.*, p. 100.

<sup>188</sup> Reglamento del Consejo de la Comunidad Europea n° 1/2003 de 16 de diciembre de 2002 sobre la implementación de reglas sobre competencia basadas en los arts. 81 y 82 del TCE.

<sup>189</sup> Reglamento 1/2003, art. 6.

<sup>190</sup> W. Abdelgawad, “L’arbitrage international et le nouveau Règlement d’application des articles 81 et 82 CE”, *Rev. arb.*, 2004, p. 253.

de implementar un mecanismo menos centralizado y más flexible para aplicar los arts. 81 y 82 TCE. Otra señal de esta tendencia hacia una cierta privatización del sistema de Derecho antimonopolio es la clara política de la Comisión de favorecer la aplicación privada de los arts. 81 y 82 por la vía de las acciones de indemnización ante las cortes nacionales<sup>191</sup>. En tal contexto, es natural que se confíe más aún en los tribunales arbitrales, los cuales son jurisdicciones *à part entière*, para participar en el sistema de aplicación del Derecho antimonopolio.

#### B) Arbitraje en disputas de remedios

Una ilustración impactante sobre la manera en que el arbitraje está siendo utilizado, cada vez más, para resolver disputas antimonopolio es la forma en que el regulador europeo ha favorecido la inclusión de acuerdos de arbitraje en los compromisos asumidos por las empresas<sup>192</sup>. Los compromisos pueden ser adquiridos en el contexto del art. 81.3º sobre decisiones de exenciones, o en el contexto de control de concentraciones. Los remedios pueden en estos casos incluir un acuerdo para someter al arbitraje las disputas que surjan entre el aceptante y terceras partes en los compromisos. El acuerdo, se configura entonces como una oferta *erga omnes* de arbitraje, que será subsecuentemente aceptada por los terceros, una vez que surja la controversia. Se trata de un sistema bastante parecido al arbitraje que ofrecen los Estados para las disputas relativas a inversiones, incluido en los Tratados Bilaterales de Inversión. Los acuerdos arbitrales generalmente se prevén cuando los remedios consisten en compromisos de comportamiento, por oposición a los compromisos estructurales, que son monitoreados por un fideicomisario nombrado por la Comisión<sup>193</sup>. Estos arbitrajes principalmente conciernen a disputas relativas al acceso y bloqueo de mercados, donde las terceras partes están en desacuerdo con la entidad fu-

---

<sup>191</sup> Libro Blanco de la Comisión Europea, *vid.* nota nº 95.

<sup>192</sup> Sobre el uso del arbitraje en casos de control de concentraciones, *vid.* M. Blessing, "Arbitrating Antitrust and Merger Control Issues", *Helbing & Lichtenhahn*, 2003; G. Blanke, "The Use and Utility of International Arbitration in EC Commission Merger Remedies", *Europa Law Publishing, Groningen*, 2006; L. Idot, "Une innovation surprenante: l'introduction de l'arbitrage dans le contrôle communautaire des concentrations", *Rev. arb.*, 2000, p. 591; Ch. Liebscher, "L'arbitrage dans les procédures de contrôle des concentrations: des perspectives", *Cahiers de l'Arbitrage, Recueil*, vol. II (2002-2003), p. 149; G. Decocq, "Arbitrage et droit communautaire du contrôle des concentrations", *Revue des Affaires Européennes*, 2005 2, p. 169.

<sup>193</sup> Aviso de la Comisión sobre los remedios aceptables bajo el Reglamento del Consejo sobre Concentraciones (CE) nº 139/2004 y bajo el Reglamento de la Comisión (CE) nº 802/2004, de 24 de abril de 2007.

sionada o con el beneficiario de una exención sobre las condiciones no-discriminatorias fijadas por la Comisión para acceder a una red o a un servicio esencial, el otorgamiento de licencias de propiedad intelectual, las condiciones de suministro por el adquirente ante los operadores del mercado, o la disposición de información de interoperabilidad. Los tribunales arbitrales obviamente no tienen el poder para tomar ninguna decisión sobre las exenciones o las decisiones de autorización de fusiones, y la Comisión no estará vinculada por ningún laudo arbitral y se mantendrá libre de revocar o modificar su decisión, como efectivamente pudiera ser el caso. Los árbitros se encargarán entonces de las consecuencias civiles de la ruptura de los compromisos, tales como otorgar indemnizaciones, u ordenar al adquirente a cumplir el compromiso, suspendiendo ciertas prácticas o revisando sus precios.

Existe un debate en curso, sobre la naturaleza de estos arbitrajes de remedios, algunos autores postulan que el tribunal arbitral debe, en cierta forma, actuar como brazo armado de la Comisión<sup>194</sup>, siendo su rol el de vigilar la correcta implementación de los remedios en nombre del regulador europeo<sup>195</sup>, mientras que otros creen que el rol del tribunal arbitral en las disputas de remedios o de compensación substituye al de las cortes del Estado<sup>196</sup>, y que estos arbitrajes son entonces ordinarios arbitrajes privados<sup>197</sup>. En cualquier caso, la admisión por parte de la Comisión de los acuerdos de arbitraje como medio de resolver controversias que surjan de la ejecución de compromisos adquiridos en decisiones de exención o en el contexto del control de concentraciones muestra que actualmente el concepto de la arbitrabilidad antimonopolio es admitido sin ninguna discusión.

### 3. *Un debate en curso*

Ciertos signos persistentes de desconfianza hacia el arbitraje como medio jurisdiccional efectivo para hacer ejecutar reglas imperativas, sin embargo parecen subsistir. Una muestra interesante de esta aprehen-

---

<sup>194</sup> M. Blessing, *Arbitrating Antitrust...*, *op. cit.*, p 183–184.

<sup>195</sup> G. Blanke, *op. cit.*, p. 49.

<sup>196</sup> Las decisiones de exención de la Comisión tienen efecto directo según el art. 189.4 del TCE y las cortes nacionales tienen jurisdicción para conocer las disputas que surjan de las infracciones de las mismas.

<sup>197</sup> L Radicati di Brozolo, “Antitrust: A Paradigm of the Relations between Mandatory Rules and Arbitration. A Fresh Look at the Second Look”, *Int A L R*, 35; 2004; A. Mourre, “Opinion dissidente sur un projet inutile et dangereux (à propos de l’intervention de la Commission comme *Amicus Curiae* dans les procédures arbitrales)”, *Revue Lamy de la Concurrence*, julio/septiembre de 2007.



sión ha sido la resolución sobre arbitraje adoptada en 1994 por el Parlamento Europeo<sup>198</sup>, en la cual éste último expresó su preocupación de que el sometimiento de disputas al arbitraje pueda poner en riesgo la uniformidad de la interpretación y aplicación del Derecho comunitario. Un signo más preocupante aún, sobre la voluntad del TJCE de restringir la autonomía procesal de los Estados miembros en el campo del arbitraje es ciertamente la reciente sentencia *Claro*<sup>199</sup>. Aún cuando el caso *Claro* no se refiere a asuntos relativos al Derecho comunitario de la competencia, el mismo muestra que el tribunal europeo bien pudiera en el futuro, requerir a los tribunales nacionales para que ejerzan un control más riguroso sobre la manera en que los árbitros aplican el Derecho comunitario, incluyendo el Derecho antimonopolio. Puede alegarse que si bien el Derecho comunitario ha admitido al arbitraje en muchos aspectos, la extensión del control al que deben ser sometidos los árbitros cuando aplican este Derecho comunitario permanece todavía abierta al debate. Según algunos, existe una necesidad de reforzar los mecanismos de cooperación entre los tribunales arbitrales y la Comisión. También se ha dicho que los árbitros deberían poder referir cuestiones preliminares al TJCE, para asegurar la aplicación uniforme de la política pública europea. Finalmente, algunos autores abogan vehementemente por un escrutinio más invasivo de los laudos por las cortes, a los fines de asegurar la correcta aplicación del Derecho comunitario por los árbitros. En suma, estas proposiciones surgen de la idea de que no se puede confiar plenamente en los árbitros para aplicar el Derecho comunitario, y de que la facultad de los árbitros para aplicar las reglas imperativas europeas requiere un control más estricto de su actividad. En otras palabras, la arbitrabilidad exige garantías que protejan la aplicación eficiente de las reglas imperativas europeas.

#### A) ¿Es *Nordsee* un problema?

La sentencia *Nordsee* del TJCE<sup>200</sup> ha inspirado cuantiosa literatura<sup>201</sup>, y no corresponde a los objetivos de esta contribución el analizar los detalles del caso. Baste con recordar que el TJCE decidió que los tribunales arbitrales no deben ser considerados como jurisdicciones en el sentido del art. 177 TCE (ahora art. 234), y en consecuencia, no

---

<sup>198</sup> A3-0318/94, C-205/519, *Bull ASA*, 1995, p. 42.

<sup>199</sup> TJCE, *Mostaza Claro v. Centro Móvil*, *op. cit.*

<sup>200</sup> TJCE, de 23 de marzo de 1982, *Nordsee Deutsche Hochseefischerei GmbH v. Reederei Mond Hochseefischerei Nordstern AG*, C-102/81, en *Rev. arb.*, 1982, p. 473, nota X. De Mello; (1983) en *Dalloz, Jur.*, 633, nota J. Robert.

<sup>201</sup> *Vid. infra*, nota 200 y *supra* nota 204.

pueden plantear preguntas prejudiciales a la corte europea. Al hacer esto, el tribunal no siguió la opinión de la Comisión, y consideró que los tribunales arbitrales no forman parte del sistema jurisdiccional de los Estados miembros. Esta jurisprudencia fue confirmada posteriormente por el TJCE en *Almelo*<sup>202</sup> y *Denuit*<sup>203</sup>. Ello motivó una fuerte crítica, ya que se percibía como una injustificada restricción a las potestades jurisdiccionales de los árbitros<sup>204</sup>. La idea subyacente en esta crítica es que, si los árbitros deben ejercer poderes jurisdiccionales aplicando reglas imperativas europeas del mismo modo en que los tribunales lo hacen, ellos deberían tener el mismo acceso a las aclaraciones del TJCE, con miras a realizar una interpretación uniforme de la ley comunitaria. Sin embargo, ningún autor ha vinculado claramente las resoluciones del TJCE con la arbitrabilidad, el razonamiento inverso es fácil de perfilar: en la medida en que a los tribunales arbitrales no se les de acceso a las cuestiones preliminares, ellos no serán capaces de aplicar las reglas imperativas del Derecho comunitario en la misma forma en que lo hacen las cortes, y esto a su vez justifica que los laudos sean cuidadosamente inspeccionados. Semejante idea implicaría un retroceso *de facto* a la doctrina de la no-arbitrabilidad, ya que los asuntos antimonopolio, una vez decididos en sede arbitral, deberán ser litigados de nuevo en sede judicial.

La doctrina según la cual los árbitros deben tener acceso a las decisiones preliminares del TJCE tiene otra implicación, y esta es la de que los árbitros deben en cierta manera estar integrados en los sistemas jurisdiccionales de los Estados miembros, y en definitiva, estar

---

<sup>202</sup> STJCE 27 de abril de 1994, *Gemeente Almelo v. Energiebedrijf Ijsselmij NV*, C-393/92, *Yearbook Comm. Arb'n*, 1995, p. 187; *Rev. arb.*, 1995, p. 503, nota de Ph. Fouchard.

<sup>203</sup> STJCE 27 de enero de 2005, *Denuit v. Transorient & Mosaïque*, C-125/04.

<sup>204</sup> El Congreso de Arbitraje Internacional de 1966 adoptó una resolución en favor de la facultad de los árbitros de referir preguntas al TJCE. Storm también abogó por esta solución en "Arbitrage et question préjudicielle, observations under ECJ 30 June 1966 Vassen-Göbbels", *Cahiers dr. eur.*, 1967, p. 309. La solución de *Nordsee* ha sido criticada a través de esta perspectiva: X. De Mello, *op. cit.*, p. 395; G. Bebr, "Arbitration tribunals and Article 177 of the EC Treaty", (1985) 22 en *CML Rev*, p. 496; M. Friend, "EEC Law, Preliminary Rulings and Arbitrators", (1983) 99 en *L Q Rev*, p. 360; L. Goffin, "Arbitrage et droit communautaire", en *Mélanges Fettweiss*, (Bruxelles, Story-Scientia, 1989), p. 186; C. M. Schmitthoff, "Arbitration and EEC law", (1987) 24 en *CML Rev*, 153; P. Bonassies, "Arbitrage et droit communautaire", en *Mélanges Boulois*, (Daloz, 1991), p. 21; W. Van Gerven, "L'arbitrage dans le droit européen", (1995) en *Rev Dr Int Dr Comp*, 71; C. Baudenbacher, "Enforcement of EC and EEA competition rules by arbitration tribunals inside and outside the EU", en *European Competition Law Annual 2001*, "Effective Private Enforcement of EC Antitrust Law", (Ehlermann and Atanasiu (eds.), *Hart*, 2003), p. 358; J-B Racine, "L'arbitrage commercial international et l'ordre public", *op. cit.*, p. 264. Para un punto de vista más matizado, *vid.* W. Abdelgawad, *Arbitrage et droit de la concurrence*, París, LGDJ, 2001, p. 321.

ligados por la obligación provista por el art. 10 del Tratado, de aplicar la ley comunitaria. Los arts. 234 y 10 están, de hecho, estrechamente vinculados: puesto que las cortes tienen el deber de aplicar el Derecho comunitario de manera eficiente y uniforme y para ello pueden o deben presentar preguntas preliminares al TJCE. Abrir el sistema de las preguntas preliminares a los árbitros tendría como consecuencia, no solamente la apertura de una nueva posibilidad para los tribunales arbitrales, sino también la imposición sobre ellos del deber de plantear estas preguntas sobre Derecho comunitario al TJCE. Como lo señaló el Abogado General Reischl en su opinión para el Tribunal en el caso *Nordsee*, este deber sería irresistible para los tribunales arbitrales en tanto que sus decisiones son finales, que es por lo general el caso en el contexto internacional. Las consecuencias de abrir las cuestiones preliminares a los árbitros son por lo tanto de gran importancia. La sugerencia de que los tribunales arbitrales deberían cooperar con la Comunidad Europea de la misma manera que las cortes, significaría incurrir en la negación de la naturaleza autónoma e internacional de la jurisdicción arbitral, con la consecuencia de judicializar este mecanismo de resolución de disputas del comercio internacional y asimilar los tribunales arbitrales a las cortes estatales. Tal perspectiva, además, descuida el hecho de que el Derecho comunitario no impone que los tribunales arbitrales estén obligados a aplicar de manera uniforme sus reglas imperativas. Citando de nuevo al Abogado General Reischl en sus bien razonadas conclusiones:

“... si la imposibilidad de aplicar la ley sustantiva nacional es entonces tolerada en los laudos arbitrales – en otras palabras, si la ausencia de precauciones para asegurar la correcta y uniforme aplicación de la ley no es considerada como un riesgo a la correcta evolución de la ley, entonces, en mi opinión, prácticamente no hay justificación para considerar que sean necesarias exigencias más rigurosas en relación al Derecho comunitario”.

Este razonamiento es perfectamente congruente con el principio de la autonomía procesal del Derecho comunitario, como fue aplicado – aunque con cierto grado de ambigüedad – en *Eco Swiss*: El Derecho comunitario únicamente exige que sus reglas imperativas no sean tratadas de manera menos favorable que las reglas imperativas nacionales. Como lo anotó con precisión Natalya Shelkopyas: “la conclusión a la que llega el Abogado General fue que, por definición, el mecanismo del art. 234 TCE no tiene utilidad en casos en los que la correcta y uniforme aplicación del Derecho comunitario no es ni requere-

rida, ni controlada o asegurada, en ninguna forma”<sup>205</sup>. En conclusión, la arbitrabilidad de las reglas imperativas está basada en la naturaleza jurisdiccional de la misión del árbitro, pero su consecuencia no es la de que los árbitros deban ejercer esta misión jurisdiccional en las mismas condiciones que las cortes estatales. El reconocimiento de la doctrina de la arbitrabilidad por el Derecho comunitario no implica sin embargo que los tribunales arbitrales deban estar obligados por el art. 234 TCE, o que el art. 10 deba aplicárseles.

#### B) ¿Examen del procedimiento arbitral por la Comisión?

Ha sido intensamente promovido también el punto de vista según el cual a la Comisión debería permitírsele participar e incluso supervisar los procedimientos arbitrales en donde estén en juego asuntos de Derecho antimonopolio. En particular Carl Nisser y Gordon Blanke, invocan que:

“... en ambos arbitrajes, el de remedios y el ordinario en casos de Derecho comunitario antimonopolio, la Comisión puede tener un interés adquirido en asegurar que el árbitro o el tribunal arbitral den la consideración apropiada a la aplicación correcta de la legislación comunitaria antimonopolio y sobre control de concentraciones [...]. El recurso de los árbitros a la Comisión para la correcta interpretación del derecho de la competencia comunitario... debe también considerarse, en interés de la aplicación uniforme del Derecho comunitario y por ende, en apoyo a la creación de un campo de juego legal y económico a través del mercado interno”<sup>206</sup>.

Como consecuencia, según tales autores, y en vista del hecho de que “el tribunal arbitral no califica como una corte o tribunal de un Estado miembro según el sentido del art. 234 TCE”<sup>207</sup>, los tribunales arbitrales deberían mantener a la Comisión informada de cualquier procedimiento que involucre al Derecho comunitario antimonopolio<sup>208</sup>, para permitir a la Comisión “vigilar”<sup>209</sup> el procedimiento participando en las audiencias

“... sea como observador del procedimiento arbitral o como *amicus curiae* por derecho propio”<sup>210</sup>, [especificándose] que “en lo relativo a los arbitrajes ordinarios antimonopo-

---

<sup>205</sup> N. Shelkopyas, *The application of EC law in Arbitration Proceedings*, (Europa Law Publishing, Groningen, 2003), p. 414.

<sup>206</sup> “Model Best Practice Note on the European Commission Acting as *Amicus Curiae* in International Arbitration Proceedings”, en G. Blanke, *The Use and Utility of International Arbitration in EC Commission Merger Remedies*, *op. cit.*, p. 294.

<sup>207</sup> *Ibid.*, p. 295.

<sup>208</sup> *Ibid.*, p. 297.

<sup>209</sup> *Ibid.*, p. 298.

<sup>210</sup> *Ibid.*, p. 298.

lio comunitario, la Comisión debe poder presentar escritos en tanto que *amicus curiae* en cualquier momento durante el procedimiento arbitral<sup>211</sup>. [Más aún], “el árbitro o el tribunal arbitral, en caso de duda o de desacuerdo entre las partes en el arbitraje, debe solicitar a la Comisión que sugiera la correcta interpretación [...] de las disposiciones discrecionales de Derecho comunitario”, y este deber se aplicará “sin tomar en cuenta el previo acuerdo de las partes en el arbitraje”<sup>212</sup>.

Respecto de los arbitrajes de remedios, los autores añaden que “el árbitro bien puede estar obligado a consultar a la Comisión y a cumplir sus recomendaciones”<sup>213</sup>, lo cual sería una vía incluso más clara para debilitar o inclusive excluir *de facto* la arbitrabilidad de las disputas sobre remedios en el contexto del control de concentraciones. Imponer a una jurisdicción la opinión vinculante de un cuerpo administrativo como la Comisión no puede, de hecho, tener ningún otro sentido que el de que la cuestión en juego se encuentra dentro del poder de decisión exclusivo del cuerpo administrativo, no obstante, esta idea es errónea, por cuanto las disputas de compensación en el contexto del control de concentraciones son disputas privadas que no caen bajo la potestad exclusiva de la Comisión<sup>214</sup>.

No es parte del objetivo de la presente aportación discutir en detalle los fundamentos de la propuesta Nisser/Blanke<sup>215</sup>. Lo que si es oportuno para el propósito de nuestro estudio sobre la arbitrabilidad antimonopolio es señalar que la misma se construye alrededor de la idea central de que los tribunales arbitrales, porque no tienen acceso a decisiones preliminares, y porque no forman parte del mecanismo de cooperación previsto para las cortes por el Reglamento 1/2003, deben ser guiados y monitoreados cuando apliquen el Derecho comunitario antimonopolio. Aún cuando esta propuesta se mantiene aislada, ella ilustra la opinión persistente de que no se debería confiar totalmente en los tribunales arbitrales para aplicar la ley anti-monopolio, y que serían necesarias protecciones a fin de prevenir que el principio de arbitrabilidad deforme la interpretación y la aplicación uniforme del Derecho comunitario. Creemos que esta visión ignora las especificidades de la jurisdicción arbitral, y en particular su autonomía y su internacionalidad, y que exagera el énfasis en las necesidades en términos de uniformidad en la aplicación del Derecho comunitario de la

---

<sup>211</sup> *Ibid.*, p. 302.

<sup>212</sup> *Ibid.*, p. 300.

<sup>213</sup> *Ibid.*, p. 295.

<sup>214</sup> A. Mourre, “Opinion dissidente sur un projet inutile et dangereux (à propos de l’intervention de la Commission comme *Amicus Curiae* dans les procédures arbitrales)”, *op. cit.*

<sup>215</sup> *Vid.* A. Mourre, *op. cit.* note 214.

CE, ignorando la importancia fundamental del principio de autonomía procesal. La propuesta ignora asimismo que la interpretación de la Comisión sobre el Derecho comunitario no es necesariamente la correcta, en particular en el contexto del Derecho antimonopolio, especialmente cuando la aplicación de los arts. 81 y 82 depende de un análisis económico, y que los árbitros están, por decir lo menos, igualmente bien equipados que cualquier corte nacional para interpretar y aplicar el Derecho antimonopolio. En cualquier caso, vale la pena mencionar que la Comisión no parece tener ninguna intención de dirigirse hacia la vía del monitoreo de los procesos arbitrales, como lo muestra el hecho de que ni el Libro Blanco sobre acciones de indemnización<sup>216</sup> ni el proyecto de la Comisión sobre compensaciones en concentraciones<sup>217</sup> incluye ninguna disposición en este sentido.

C) ¿La revisión intrusiva del laudo como retribución por la arbitrabilidad antimonopolio?

Existe una opinión bastante difundida de que *Eco Swiss* debe interpretarse exigiendo a las cortes revisar los laudos que hayan aplicado incorrectamente el Derecho comunitario y anularlos<sup>218</sup>. El escrutinio de los laudos por las cortes podría ser, en otras palabras, una suerte de pre-condición para la admisión de la doctrina de la arbitrabilidad en lo que al Derecho comunitario se refiere<sup>219</sup>. También creemos que esta idea es errónea. Aunque el TJCE haya enfatizado la fundamental importancia del Derecho comunitario de la competencia para la obtención de los objetivos de la Comunidad Europea y del funcionamiento del mercado interno, el Tribunal no impuso a las cortes nacionales controlar de manera invasiva si los laudos aplicaron correctamente el Derecho comunitario antimonopolio y anular los laudos que desaplicaren tal derecho. Leído literalmente, el TJCE solo fija un regla de equivalencia, acorde con el principio de autonomía procesal de los Estados, que establece que las reglas comunitarias antimo-

---

<sup>216</sup> Libro Blanco de la Comisión Europea, *op. cit.*

<sup>217</sup> *Vid.* nota 193.

<sup>218</sup> A. Komninos, nota al caso C-126/97, *Eco Swiss China Time Ltd. v. Benetton International NV*, sentencia de 1 de junio de 1999, (2000) en *Common Market Law Review*, p. 459-478; J.B. Racine, *L'arbitrage commercial international et l'ordre public*, *op. cit.*

<sup>219</sup> "The most important general lesson from *Eco Swiss* (confirming *Nordsee* on this point) is that the EU legal order is content to let arbitrators deal with EU law as the please, but the counterpart of this is that EU Member States courts are under a duty to ensure the compatibility of what arbitrators do with Community law requirements" (Ph. Landolt, "Limits on Court Review of International Arbitration Awards Assessed in light of States' Interests and in particular in light of EU Law Requirements", *Arb. Int'l*, 2007, p. 77).

nopolio no deben ser tratadas menos favorablemente que las reglas imperativas nacionales<sup>220</sup>. Las cortes son por consiguiente libres de determinar el grado de intrusión en su examen de los laudos dictados en su jurisdicción, siempre que la limitada revisión de los laudos no haga excesivamente difícil o prácticamente imposible el ejercicio de los derechos concedidos a los ciudadanos por el Derecho comunitario.

Sin embargo, en la literatura legal puede percibirse una cierta incomodidad ante las implicaciones de la arbitrabilidad de las reglas antimonopolio conjuntamente con la regla de limitada revisión de los laudos. Un interesante ejemplo de esta cautela hacia el arbitraje puede extraerse de un reciente artículo de Ph. Landolt<sup>221</sup>. El autor, considerando que habrá una

“... creciente preocupación de que los Estados no tengan garantías suficientes de que los laudos arbitrales tomarán en consideración sus políticas más importantes”, expresa la opinión de que “puede dudarse seriamente de si el interés fundamental de los Estados en controlar los laudos arbitrales esté suficientemente atendido”

en un sistema donde los laudos pueden ser revisados solamente en la sede del arbitraje y bajo limitadas causales. Como consecuencia, el autor recomienda

“... permitir a las cortes estatales cuyas normas imperativas se encuentren comprometidas en la materia objeto de un laudo arbitral internacional, disponer de competencia para declarar si el tratamiento que se ha dado a tales normas imperativas es o no satisfactorio”<sup>222</sup>,

sin importar la sede del arbitraje o el lugar en donde se pretende la ejecución del laudo. Phillip Landolt añade que

“... la revisión de orden público de los laudos arbitrales se postula como un valor de orden público que compensa, en prácticamente todos los casos y seguramente en todos los casos de ejecución en base a la Convención de Nueva York, el carácter definitivo de los laudos arbitrales”,

esta política de favor de la ejecutoriedad causaría que

---

<sup>220</sup> En cualquier caso, la decisión *Eco Swiss* no está desprovista de ambigüedad. Algunos autores la interpretan en el sentido de que el Derecho comunitario de la competencia debe ser considerado por los Estados miembros como una norma de orden público fundamental, esta interpretación “[open] the door to a very intrusive and broad interpretation [having] the potential of producing far-reaching negative implications for arbitration”, N. Shelkopyas, *The Application of EC Law in Arbitration Proceedings*, *op. cit.*, p. 130.

<sup>221</sup> Ph. Landolt, “Limits on Court Review of International Arbitration Awards Assessed in light of States’ Interests and in particular in light of EU Law Requirements”, *op. cit.*, p. 63.

<sup>222</sup> *Op. cit.*, p. 65.

“muchas no aplicaciones o aplicaciones deficientes de normas imperativas por los tribunales arbitrales no sean condenadas como infracción del orden público”<sup>223</sup>.

Por lo tanto,

“... el deber impuesto a las cortes de los Estados miembros de la CE, de garantizar la compatibilidad de los laudos arbitrales con el Derecho comunitario de la competencia puede perfectamente llevar a la derogación de las disposiciones legales de los Estados miembros que limiten la intensidad de esta revisión”<sup>224</sup>.

La consecuencia de semejante perspectiva sería que las cortes deberían juzgar de nuevo todo arbitraje en el que las disposiciones del Derecho comunitario antimonopolio fuesen de aplicación, re-examinando los hechos, la evidencia, re-analizando los argumentos legales, etc.... Ello sería equivalente a retrotraer el arbitraje a la situación de no arbitrabilidad que prevalecía antes de la sentencia *Mitsubishi*.

De lo que se trata la arbitrabilidad, en definitiva, es de la posibilidad de los tribunales arbitrales de resolver disputas en las que reglas imperativas tales como las del Derecho antimonopolio deben aplicarse. Pero la arbitrabilidad sería desprovista de todo significado práctico si los aspectos antimonopolio decididos por el tribunal arbitral deben ser completamente revisados por las cortes. Afortunadamente, existen pocos ejemplos de estas situaciones<sup>225</sup>, pero tales ejemplos ilustran como la revisión invasiva frustra la razón de ser de la elección del arbitraje por las partes, la cual es la de excluir el sistema judicial estatal y obtener una decisión definitiva. Al mismo tiempo, estas decisiones nos muestran que la corte revisora puede equivocarse en sus análisis sobre el Derecho antimonopolio. La razón de ello es bastante simple: el sistema de escrutinio del laudo no está concebido para tratar con complejos aspectos que el tribunal arbitral pudo haber analizado extensamente, durante semanas o meses de audiencias y deposiciones de testigos y expertos. La revisión de los laudos debe ser tan simple y rápida como sea posible para no privar al arbitraje de sus ventajas.

---

<sup>223</sup> *Op. cit.*, p. 72.

<sup>224</sup> *Op. cit.*, p. 83.

<sup>225</sup> Corte de Apelaciones de la Haya, 24 de marzo de 2005, *Marketing Displays International, Inc. v. VR, Cahiers de l'arbitrage, Recueil*, vol. III (2004–2005), p. 470; sobre esta decisión *vid.* A. Mourre y L. Radicati di Brozolo, “Towards Finality of Arbitral Awards: Two Steps Forward and One Step Back”, *JOLA*, 2006, p. 180; *vid.* también *SNF v. Cytec* de la Corte de Primera Instancia de Bruselas, de 8 de marzo de 2007, *Rev. arb.*, 2007, p. 303, con observaciones de A. Mourre y L. Radicati di Brozolo.



La arbitrabilidad del Derecho antimonopolio debe ser aceptada con todas sus implicaciones. Aceptarla y al mismo tiempo imponer una revisión en sentido propio, sobre el fondo de lo que ha sido decidido en el laudo es equivalente a negar la arbitrabilidad. Como el 7<sup>mo</sup> Circuito acertadamente declaró en *Baxter*<sup>226</sup>,

“Mitsubishi no previó que, una vez finalizado el arbitraje, la corte federal tiraría el resultado en el cesto de la basura y abriría el litigio sobre los aspectos antimonopolio de nuevo. Ello sería simplemente otra manera de decir que los asuntos antimonopolio no son arbitrables”.

Es cierto desde luego, que los tribunales arbitrales pueden aplicar incorrectamente el Derecho antimonopolio, sin embargo, en su enorme mayoría, los árbitros son muy cuidadosos de hacerlo correctamente. Y en definitiva, la posibilidad de error es igualmente cierta respecto de cualquier corte: las decisiones de las cortes se hacen definitivas y no son objeto de revisión una vez que el plazo para apelar ha expirado, y sin embargo ellas han podido ignorar la aplicación del Derecho antimonopolio o lo han podido aplicar incorrectamente. Poderosas razones de orden público imponen que el principio de *res judicata* de las decisiones judiciales prevalezca sobre el interés de los Estados en la correcta aplicación de sus reglas imperativas. El mismo principio se aplica a los laudos arbitrales, como el mismo TJCE lo reconoció en la decisión *Eco Swiss*. El orden legal puede entonces admitir que ciertos laudos arbitrales se hagan definitivos aunque no hayan considerado adecuadamente las reglas antimonopolio relevantes. Esto es aún más evidente en tanto que dichos laudos obviamente no serán vinculantes respecto de la Comisión o de las autoridades nacionales sobre competencia, quienes quedarán libres para imponer sanciones, o para llevar a cabo cualquier otra medida apropiada en relación a las relaciones legales o comportamientos de que se trate. No existen, por lo tanto, razones imperiosas de orden público que justifiquen imponer limitaciones a los tribunales arbitrales en su jurisdicción, o poner en duda el bien establecido principio de revisión limitada de los laudos, que serían dos diferentes vías de negar el principio de arbitrabilidad de las reclamaciones antimonopolio, afirmada por la Corte Suprema de los EE UU hace ya más de veinte años.

**RESUMEN:** La razón que justifica la admisión general de la arbitrabilidad de las reglas antimonopolio es que el Derecho de la competencia se ha convertido en la fuerza directora

<sup>226</sup> *Baxter International, Inc. v. Abbott Laboratories*, (7<sup>mo</sup> Cir., 16 de enero de 2003), *op. cit.*

de los modernas economías de mercado, y conviene al mejor interés del público que los árbitros lo apliquen y no que huyan del mismo en razón de preocupaciones sobre su arbitrabilidad. La evolución del Derecho de la competencia hacia el análisis económico es tal, que los árbitros se ven frecuentemente confrontados y lo serán aún más y más, con aspectos de regulación antimonopolio, sea invocados de manera principal en el contexto de una acción cuyo propósito es el de declarar la nulidad de un contrato, o incidentalmente como defensa ante las demandas principales. Las leyes de arbitraje raramente contienen disposiciones expresas sobre la arbitrabilidad del Derecho de la competencia, sin embargo en la actualidad este postulado es universalmente admitido. Pruebas fehacientes de tal consenso general vienen ilustradas en la jurisprudencia arbitral, así, existe un gran número de laudos arbitrales admitiendo la arbitrabilidad de reclamaciones antimonopolio en las cuatro pasadas décadas. En el presente estudio puede observarse como la jurisprudencia arbitral se ha desarrollado a lo largo de líneas que comportan una visión incluso más liberal que la de los tribunales estatales sobre estas problemáticas.

**PALABRAS CLAVE:** ARBITRAJE – ARBITRABILIDAD – DERECHO DE LA COMPETENCIA – NORMAS IMPERATIVAS – FAVOR ARBITRANDUM.

*ABSTRACT: The reason justifying the general admission of antimonopoly arbitrability lies on the role of Antitrust Law. This body of Law has become the leading force of modern market economies and, therefore, it is on the best interest of the public that, instead of arguing on concerns over its arbitrability, arbiters apply it. The evolution of Antitrust Law towards economic analysis is such that arbiters are often confronted – and they will be more and more – with antimonopoly regulation, be it in the context of primary arguments in actions to obtain declarations of contracts nullity, or in incidental pleadings on primary arguments defence. Arbitration Laws rarely contain express rules on the arbitrability of Antitrust Law. Nevertheless, nowadays this is a universally accepted rule. Arbitral jurisprudence provide with plenty testimonies of this through arbitral decisions admitting the arbitrability of antimonopoly claims in the past four decades. This study addresses how the arbitral jurisprudence has been developed along schemes that imply even a more liberal vision than the one held by national courts on this topic.*

**KEY WORDS:** ARBITRATION – ARBITRABILITY – ANTITRUST LAW – IMPERATIVES RULES – FAVOR ARBITRANDUM.