

Jurisprudencia

Jurisprudencia española

Principio de colegialidad

(Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección vigésimo octava, nº 9/2010, de 10 de junio de 2011)*

Miguel GÓMEZ JENE **

Sumario: I. Introducción y hechos. II. El principio de colegialidad. III. El control judicial del principio de colegialidad. IV. El control judicial de la ausencia de firma del tercer árbitro. V. El art. 41.1º f) LA como cláusula de cierre.

I. Introducción y hechos

1. No existía hasta la fecha en la jurisprudencia española una sentencia que pusiera de manifiesto –como ésta lo pone– la relevancia capital del *principio de colegialidad* en el arbitraje internacional. Se trata de un *principio* fuertemente arraigado tanto en la doctrina como en la jurisprudencia comparada¹. Hasta tal punto es aceptado, que su calificación como “verdadero principio transnacional” es unánime (*infra* 5). Su vulneración supone, en cualquier caso, la nulidad del laudo o la denegación del executur del mismo, por aplicación de la cláusula de orden público (art. 41 LA y art. V CNY, respectivamente). Con independencia, incluso, de la concepción amplia o estricta-

* *Vid. infra*, pp. 275-280.

** Profesor Titular de Derecho internacional privado. UNED.

¹ Los estudios doctrinales sobre el particular son muy numerosos. Especialmente en la doctrina francesa. A este respecto cabe destacar: D. Hascher, “Principes et pratique de procédure dans l’arbitrage commercial internationale”, *Recueil des Cours de l’Académie de Droit international de La Haye (R. des C.)*, t. 279, 1999, pp. 140–161; J.D. Bredin, “Le secret du délibéré arbitral” y Cl. Raymond, “Le Président du tribunal arbitral”, ambos trabajos en: *Etudes offertes à Pierre Bellet*, Litec, París, 2001, pp. 71–81 y pp. 467–482, respectivamente; L. Jaeger, *Cour d’Appel de París*, 16.1.2003 (nota), *Rev. arb.*, 2004, pp. 382–389; C. Kessedjian, *Journ. dr. int.*, 2004, pp.174–182 (nota a la misma sentencia); P. Leboulanger, “Principe de collégialité et délibéré arbitral”, en *Mélanges en l’honneur de Fr. Knoepfler*, París, 2005, pp. 259–267. En la doctrina española, *vid.* J.C. Fernández Rozas, “Clearer Ethics Guidelines and Comparative Standards for Arbitrators”, *Liber Amicorum Bernardo Cremades*, Madrid, Wolters Kluwer, 2010, pp. 441–445.

ta que sobre el orden público impere en el ordenamiento jurídico del Estado afectado (*interno o internacional*).

Se produce una quiebra del *principio de colegialidad* cuando dos árbitros se reúnen para deliberar y laudar sin convocar al tercero. Esto es, en esencia, lo que la AP de Madrid estimó que ocurrió en el supuesto controvertido. En efecto, por lo que ahora importa, la Audiencia consideró probado –mediante hechos documentados en autos y el examen de los árbitros como testigos– que uno de ellos (concretamente, el nombrado por la demandante en anulación) quedó excluido del proceso de toma de decisión del laudo notificado a las partes. Semejante proceder entraña –en palabras de la Audiencia– “indefensión, proscrita por el art. 24 CE, pilar esencial del orden público, susceptible por ello de fundamentar una acción de anulación del laudo”. Indefensión –conviene destacarlo– padecida por el *árbitro* que no participa de la deliberación (*infra* 5).

2. Los hechos concretos que finalmente desembocan en una infracción del *principio de colegialidad* están minuciosamente descritos en el FJ 4 de la sentencia y podrían sintetizarse del siguiente modo. Dos días después de una sesión celebrada entre los tres árbitros, se reunieron dos de ellos sin advertirlo en modo alguno al tercero. En esta última reunión se delibera y dicta el laudo definitivo –distinto al deliberado en la reunión anterior– y, acto seguido, se notifica tanto al tercer árbitro como a las partes. El laudo así dictado incluye la siguiente leyenda en su antefirma: “Este laudo es firmado, de conformidad con lo dispuesto en el art. 37.3º de la Ley de Arbitraje, por D. A. y por D. B., formando entre ambos la mayoría de los miembros del Colegio Arbitral requerida por el citado artículo. No consta la firma de D. C. por no haber prestado aún su conformidad al presente laudo, cuya notificación a las partes se considera no obstante conveniente realizar a la mayor brevedad posible, de acuerdo con el interés en tal sentido expresado por las mismas durante el presente arbitraje”.

Nótese que el supuesto así descrito se diferencia del supuesto que dio lugar a la célebre sentencia de la AP de Madrid en el asunto *Kíss*² en que, en este último caso, los jueces no apreciaron –como no podía ser de otro modo– ninguna irregularidad en el hecho de que dos árbitros se separaran del borrador de laudo inicial *antes* de dictar el que finalmente fuera laudo definitivo y sobre el que hubo efectiva deliberación.

3. En cualquier caso, en la medida en que la sentencia objeto de comentario se centra básicamente en un estudio minucioso de los hechos, casi renunciando a una calificación teórica de los mismos (“con independencia del *no-men*”, se afirma, aunque haga expresa cita del “principio de colegialidad”) procede insistir, en primer término, en el significado, contenido y alcance del principio de colegialidad (II). A continuación centraremos nuestra atención en el modo de practicar su control judicial (III), así como en el modo de

² SAP Madrid 22 marzo 2006, AC 2006\353.

practicar el control judicial en supuestos de ausencia de firma de un árbitro (IV). Finalizaremos este comentario haciendo una breve alusión a la calificación que hace la Audiencia de la cláusula de orden público como cláusula de cierre (V).

II. El principio de colegialidad

4. El principio de contradicción y el principio de colegialidad rigen el procedimiento arbitral. El principio de contradicción rige en el debate entre las partes; el principio de colegialidad rige en las deliberaciones de los árbitros. Un momento –el de las deliberaciones de los árbitros– posterior en el tiempo al del debate entre las partes.

Como es bien sabido, en el arbitraje –y sobre todo en el arbitraje internacional– la deliberación y votación no está sujeta a particulares exigencias, sino que se acomoda a las circunstancias fácticas de cada caso³. Así, por ejemplo, no es lo mismo reunir un colegio arbitral cuando cada árbitro reside en un país distinto, que reunir un colegio arbitral –como en el supuesto de autos– cuyos árbitros residen en la misma ciudad⁴. Y tampoco es lo mismo la deliberación en el seno de un colegio arbitral cuyos árbitros no comparten la misma cultura jurídica o ni tan siquiera la misma concepción del arbitraje, que la deliberación en el seno de un colegio arbitral cuyos árbitros sí tienen esos puntos en común⁵.

Del mismo modo, el principio de colegialidad adquiere un contenido distinto cuando se refiere a decisiones de mero impulso de procedimiento que cuando se refiere a decisiones relativas al fondo. Las primeras, las decisiones procedimentales, no requieren –en principio– de la participación de todos los árbitros, aun cuando sobre ellas también incida la colegialidad: el hecho de que el presidente del colegio arbitral esté habilitado para firmar en solitario las órdenes procesales o impulsar por sí solo el procedimiento no le exime de su deber de notificar –por la vía convenida– de todas y cada una de las decisiones que tome⁶. Las segundas, las decisiones relativas al fondo, requieren, en cambio, una verdadera deliberación y votación entre los árbitros. Así, por ejemplo, exigen siempre deliberación y votación decisiones en torno a la competencia o incompetencia del colegio arbitral, las decisiones en torno a la adopción o no de medidas cautelares, y, también, las decisiones en torno al nombramiento de un perito.

³ Como uno de los primeros referentes jurisprudenciales expresamente en este sentido, *vid. Cour de cassation*, 28 enero 1981, *Rev. arb.*, 1982, pp. 425–428 y nota de Ph. Fouchard.

⁴ P. Leboulanger, *loc. cit.*, pp. 141–145.

⁵ La distinta “intensidad” de control del *principio de colegialidad* en virtud de la internacionalidad del supuesto es pacíficamente aceptada. En este sentido, y con relación a la reciente modificación de la norma francesa en materia de arbitraje, *vid.* E. Gaillard y P. de Lapasse, “Le nouveau droit français de l’arbitrage interne et international”, *Recueil Dalloz*, 20.1.2011, nº 3, p. 185. En la doctrina española, J.C. Fernández Rozas, *loc. cit.*, pp. 443–444.

⁶ Expresamente en este sentido, P. Leboulanger, *loc. cit.*, p. 260; D. Hascher, *loc. cit.*, p. 144.

Ahora bien, cualquiera que sea el modo y manera de llevar a cabo las deliberaciones y votaciones en un arbitraje (en reunión presencial, por escrito, por video-conferencia, por teléfono) y cualquiera que sea su flexibilidad e informalidad, la *colegialidad* impone sus límites: tiene que darse una deliberación y votación verdadera y colectiva⁷.

5. El *principio de colegialidad* en el arbitraje –tanto interno como internacional– se justifica en torno a dos argumentos claves. En virtud del primero – en cierta medida cuestionable–, la colegialidad garantiza a las partes que sus argumentos serán debatidos en el seno del colegio arbitral⁸. Mucho más sutil y refinado es el argumento en virtud del cual la colegialidad garantiza la imparcialidad del árbitro frente a la parte que lo nombró⁹. En cualquier caso, la vulneración de la colegialidad es entendida tanto en la doctrina como en la jurisprudencia comparada como una infracción de orden público *internacional*¹⁰.

6. La jurisprudencia española, por su parte, no ha llegado a plantearse el alcance de esta cuestión con tanta intensidad, si bien existen ciertos precedentes jurisprudenciales que apuntan en el mismo sentido que ha seguido ahora la Audiencia. Así, el TS ya tuvo ocasión de señalar que: “aunque baste la mayoría de votos para dictar el laudo, se requiere la concurrencia de la totalidad de los árbitros nombrados para que el órgano colegiado cumpla legalmente la función arbitral”¹¹.

En el mismo sentido se han manifestado distintas secciones de la AP de Madrid. Así, es de destacar que esta AP ya acogió el criterio hermenéutico que ahora adopta en el fallo objeto de comentario en un supuesto muy similar –aun sin referirlo al *principio de colegialidad*– en cuya virtud, la *no* convocatoria de uno de los miembros del colegio arbitral a las deliberaciones, adoptándose una decisión final por los demás miembros, supone tanto como un vicio sustancial que provoca la nulidad de la resolución. En concreto, la AP determinó que: “a las deliberaciones de un Tribunal deben ser convocados todos sus miembros, para intercambiar opiniones y puntos de vista y llegar de esa manera a formar la opinión del Tribunal. Si uno de los componentes del Tribunal no es convocado a sus deliberaciones y la decisión se adopta por los demás, creemos que se produce un vicio sustancial en el desa-

⁷ J.D. Bredin, *loc. cit.*, p. 74.

⁸ En virtud de este argumento se asume que el árbitro de parte tiene como una de sus funciones asegurarse que los argumentos aducidos por la parte que lo nombró son discutidos en el seno del colegio. Aduce este motivo, D. Hascher, *loc. cit.*, pp. 141–142 y Cl. Reymond, *loc. cit.*, p. 473. En la jurisprudencia, adoptando este criterio. *Cour d'appel* París 16 de enero de 2003, *Rev. arb.*, 2004, pp. 369–382, con notas de L. Jaeger y C. Kessedjian, *loc. cit.*

⁹ L. Jaeger, *op. cit.*, p. 384. También en el mismo sentido, P. Leboulanger, *loc. cit.*, pp. 265–266. Desde la perspectiva del secreto de las deliberaciones, J.D. Bredin, *op. cit.*, pp. 74–77.

¹⁰ P. Fouchard, E. Gaillard y B. Goldman, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Litec, París, 1996, p. 760; P. Leboulanger, *loc. cit.*, p. 266. También en este sentido *Cour d'Appel* de París, 16 de enero de 2003, *Rev. arb.*, 2004, pp. 369–382 con notas de L. Jaeger y C. Kessedjian, *loc. cit.* y el Tribunal Federal suizo 16 de octubre de 2003, *Bull ASA*, 2004, pp. 364–367.

¹¹ STS 13 julio 1982; RJ 1982\4232; *RCEA*, 1984, pp. 128–130.

rollo del procedimiento que provocaría la nulidad de la resolución”¹². Se enmarca también dentro del mismo criterio hermenéutico el razonamiento de la AP de Madrid a cuya luz debe anularse un laudo dictado por dos árbitros por renuncia del tercero antes de producirse la deliberación¹³. Como en consecuencia puede apreciarse, la coherencia del fallo objeto de comentario con la jurisprudencia de las distintas secciones de la AP de Madrid es absoluta.

III. El control judicial del principio de colegialidad

7. En garantía del principio de colegialidad y como instrumento de control de su observancia por los tribunales de justicia, la Ley de Arbitraje (LA) exige que, en el caso de que el laudo arbitral haya sido firmado únicamente por dos árbitros, consten en el mismo las razones de la falta de firma del tercero (art. 37.3º *in fine* LA)¹⁴. Y es que, la falta de firma de uno de los árbitros sugiere, de entrada, una quiebra del *principio de colegialidad*. Por ello, la ley exige que se expliciten las razones que han conducido a tal situación; razones que, además, han de dar quienes firman el laudo, han de constar en el propio laudo, y han de consistir en una explicación creíble sobre la falta de la firma de su compañero. Repárese, por tanto, en que no se trata de una mera “formalidad”; se trata de una exigencia de *esencia*, porque su objeto es hacer posible el control judicial de la colegialidad.

El control judicial de la ausencia de firma consiste en verificar si, en el caso concreto, está fundada o resulta infundada la sospecha que levanta la ausencia de firma. Y la intensidad y alcance de ese control dependerá de las razones esgrimidas para explicar la firma ausente. En el bien entendido, además, que ese control judicial de la ausencia de firma es un juicio externo, ajeno al contenido del laudo; un juicio formal propio del juicio de anulación del laudo arbitral practicable de oficio (art. 41.2º LA).

8. Ahora bien, comoquiera que el control de la colegialidad pasa por el control de lo actuado por los árbitros, podría mal entenderse como cubierto por el llamado “secreto de deliberación”. Errónea interpretación, en efecto, que con una sola precisión resulta rebatida; a saber: el secreto de deliberación no constituye un principio del arbitraje –en general– ni de la LA –en particular–, que ni lo establece ni regula y que sólo le otorga un papel residual (art. 38.3º LA)¹⁵. Por ello, el secreto de deliberación no está regulado en

¹² SAP Madrid 21ª 28 febrero 2006, JUR 2006\255424.

¹³ SAP de Madrid 13ª 11 diciembre 2003, JUR 2004\89692.

¹⁴ El art. 37 ha sido modificado parcialmente por la Ley 11/2011, de 20 de mayo, de reforma de la LA (BOE, 21-V-2011). No obstante, el inciso que ahora interesa no ha sido modificado: “Cuando haya más de un árbitro, bastarán las firmas de la mayoría de los miembros del colegio arbitral o sólo la de su presidente, siempre que se manifiesten las razones de la falta de una o más firmas”.

¹⁵ El art. 38.3º LA establece: “Transcurrido el plazo que las partes hayan señalado a este fin o, en su defecto, el de dos meses desde la terminación de las actuaciones, cesará la obligación de los árbitros de conservar la documentación del procedimiento. Dentro de ese plazo, cualquiera de las partes podrá solicitar a los árbitros que le remitan los documentos presentados por ella. Los árbitros accederán a la

ninguna norma relevante de arbitraje (Regl. Uncitral, Ley Modelo Uncitral de arbitraje, Regl. CCI).

Que el secreto de deliberación *no* es un principio general del arbitraje lo evidencia, además, el hecho de que su infracción no determina la anulación del laudo. Así ha sido expresamente señalado en la jurisprudencia comparada¹⁶. Se trata, por tanto, de un proceder cuyo incumplimiento está desprovisto de sanción¹⁷. Y desde esta perspectiva, no debe perderse de vista que el secreto de deliberación sólo alcanza a las *opiniones individuales y su confrontación*¹⁸; opiniones y confrontación referidas y limitadas al fondo de la controversia, no a la organización o al modo de proceder de las deliberaciones.

9. Sentado lo anterior, no puede sorprender que la AP transcriba en su sentencia el contenido literal de ciertos correos electrónicos intercambiados entre los árbitros. Tal proceder, además de ser una práctica constante en la jurisprudencia comparada¹⁹, está evidentemente comprendido en el ámbito de aplicación del juicio “externo” de anulación. De hecho, tanto para la doctrina como jurisprudencia comparada, el examen de los motivos de anulación –en tanto que extrínsecos al fondo de la cuestión– deben ser objeto de un exhaustivo grado de control²⁰. *Sin límite alguno* para entrar a investigar y profundizar en todos y cada uno de los elementos de hecho o de derecho que afecten al vicio denunciado²¹. Lo anterior, aun cuando implique alcanzar conclusiones distintas a las alcanzadas por un tribunal extranjero sobre la misma cuestión²².

solicitud siempre que no atente contra el secreto de la deliberación arbitral y que el solicitante asuma los gastos correspondientes al envío, en su caso”.

¹⁶ *Cour d'Appel* de París, 19 marzo 1981, *Rev. arb.*, 1982, p. 84. Más recientemente, *Cour d'Appel* de París, 9 octubre 2008, *Rev. arb.*, 2009, p. 352.

¹⁷ Ya en este sentido, J.D. Bredin, *loc. cit.*, pp. 80–81.

¹⁸ E. Loquin, “L'examen du projet de sentence par l'institution et la sentence au deuxième degré”, *Rev. arb.*, 1990, p. 459.

¹⁹ *V.gr.*, *cour d'appel* de París, 10 enero 2008, n° 05/23814 (www.dalloz.fr/jurisprudence).

²⁰ P. Fouchard, E. Gaillard y B. Goldman, *op. cit.*, p. 939.

²¹ Expresamente en este sentido: *Cour de cassation* 6 de enero de 1987, *Rev. arb.*, 1987, pp. 469–473 (con nota de P. Leboulanger). Para una interesante comparación de la jurisprudencia francesa relativa a la intensidad del control en anulación (distinguiendo entre *qué* es objeto de control y *cómo* se ejerce ese control) *vid.* J. Adam, “Panorama de jurisprudencia francesa”, *Spain Arbitration Review*, n° 6/2009, pp. 117–127.

²² En el reciente asunto *Dallah*, la *Supreme Court* británica llegó a la conclusión –tras un exhaustivo examen de las circunstancias del caso– que entre las partes implicadas no existía un convenio arbitral. En consecuencia rechazó el ejecutur del correspondiente laudo (dictado en Francia). Ese mismo laudo había sido previamente sometido a anulación en Francia. La *cour d'appel* de París –que realizó un examen igualmente exhaustivo– entendió, por el contrario, que entre las partes sí existía un convenio arbitral. Sobre esta sentencia *vid.* G. Cuniberti, “Quelle coordination entre systèmes juridiques adoptant des représentations différentes de l'arbitrage International?”, *Les Cahiers de l'Arbitrage / The Paris Journal of International Arbitration*, 2010–1; pp. 159–171; J. Grierson y M. Taok, “Dallah: Conflicting Judgements from the U. K. Supreme Court and the Paris Cour d'Appel”, *J. Int. Arb.*, 2011, pp. 407–422.

IV. El control judicial de la ausencia de firma del tercer árbitro

10. Como quedara apuntado anteriormente (*supra* 2), la antefirma del laudo recogía la siguiente leyenda: “No consta la firma de D. C. por no haber prestado aún su conformidad al presente laudo...”. A los efectos de la anulación del laudo es crucial determinar los motivos que llevaron al tercer árbitro a no prestar su conformidad (*infra* 7). Y es que, una cosa es que la falta de conformidad se haya producido por la mera negativa del mismo a firmar el laudo, y otra radicalmente distinta es que le hubiere sido imposible hacerlo (entre otras cosas porque –como fue el caso– ni siquiera fue citado para participar en la última deliberación).

11. Sea como fuere, el supuesto controvertido sirve para demostrar la importancia que tiene el hecho de que la falta de notificación como motivo de anulación del laudo pueda ser apreciada de oficio (tal y como prevé el artículo 41 LA). La no notificación –en autos, la no notificación de la última convocatoria– es un hecho negativo cuya prueba debe recaer sobre quien alegue haberla realizado. No en vano es esa parte –o árbitro– quien mejor y a menor coste puede hacerlo²³. En nuestro caso concreto, esa prueba recae sobre los dos miembros del colegio arbitral que celebraron la última sesión. De tal modo que la mera ausencia de prueba sobre este particular constituye, a mi juicio, motivo suficiente para justificar la anulación del laudo.

V. El artículo 41.1º f) LA como “cláusula de cierre”

12. No deja de ser tan recurrente como infructuosa la alegación de parte en virtud de la cual una incorrecta calificación del vicio denunciado debe acarrear la desestimación de la acción de anulación. Así, por ejemplo, en el caso que nos ocupa la demandada propuso la denegación de la anulación por tres motivos formales: (i) la imposibilidad de subsumir la infracción del “principio de colegialidad” en ninguno de los motivos de anulación previstos en el art. 41.1º LA; (ii) la defectuosa formulación y calificación de la demanda (habla de un vicio “in procedendo” incardinable en el apartado d) y no en el apartado f) del art. 41.1º LA); y, (iii) la falta de concreción de las razones por las que se entiende vulnerado el orden público.

La respuesta de la Audiencia a tales argumentos por sencilla, clarificadora y ejemplarizante merece ser destacada, pues se hace eco del papel que, en perspectiva formal, tiene la cláusula de orden público como motivo de anulación (o de denegación del ejecutur): “El hecho de que la acción de anulación solo pueda fundarse en una serie de motivos legalmente tasados, los identificados en el art. 41.1º LA, no impide que, dada la generalidad de su formulación, puedan considerarse como causas de anulación supuestos no previstos expresamente en el precepto, pero que resulten subsumibles o de-

²³ Sobre esta cuestión, *in extenso*, M. Gómez Jene, *El arbitraje internacional en la Ley de Arbitraje de 2003*, Madrid, Colex, 2007, pp. 149–150.

ducibles de los relacionados en él... En el marco del régimen establecido por la Ley de Arbitraje, el motivo tipificado en el art. 41.1º.f) opera a modo de cláusula de cierre, encontrando en él acomodo todos aquellos supuestos que, entrañando una vulneración de los principios o derechos fundamentales reconocidos en la Constitución, no son reconducibles a ninguno de los restantes motivos incluidos en la relación del art. 41”.

Doble executur del laudo arbitral extranjero

(Auto de la Audiencia Provincial de Sevilla, Sección Quinta, de 21 de julio de 2011) *

Miguel GÓMEZ JENE **

Sumario: I. Hechos. II. Cuestiones de procedimiento. III. El doble executur del laudo arbitral extranjero. IV. Doble executur del laudo arbitral extranjero y Reglamento 44/2001. V. De *lege ferenda*.

I. Hechos

1. Los hechos que están en el origen de este auto son los siguientes. El 20 de junio de 2010 el Juzgado núm. 2 de lo Mercantil de Sevilla otorgó –en aplicación del Reglamento (CE) nº 44/2001 (o Reglamento Bruselas I –RB I–)¹– el executur de una sentencia judicial dictada por la *High Court of Justice, Queen’s Bench Division* el 8 de febrero de 2010. Esta última resolución se caracterizaba por “fundir” en su texto un laudo arbitral dictado en Londres el 1 de julio de 2008. Se da la circunstancia de que el mismo auto dictado por el Juzgado de lo Mercantil también despachaba ejecución contra la parte demandada en el executur. Frente a esta resolución del Juzgado se interpuso recurso de apelación ante la Audiencia Provincial de Sevilla, que resolvió mediante el auto objeto de comentario.

II. Cuestiones de procedimiento

2. El auto de la AP así dictado entra de lleno en una polémica cuestión, cual es la que gira en torno al posible *doble executur* de un lau-

* *Vid. infra*, pp. 280-283.

** Profesor Titular de Derecho internacional privado. UNED.

¹ Reglamento (CE) nº 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.