

Reafirmación de la autonomía del arbitraje

**(Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona
nº 220/2009, de 30 de junio de 2009)***

Francisco RAMOS ROMEU

Profesor de Derecho procesal
Universidad Autónoma de Barcelona

Nos encontramos ante una resolución de la AP Barcelona por lo general respetuosa con la autonomía del arbitraje y que debe ser aplaudida. En las tres cuestiones planteadas por el instante de la nulidad del laudo que resuelve la sentencia, todas ellas a través del cauce del control del orden público (art. 41.1º.f LA), la AP decide mantener y dar por buenas decisiones del árbitro que muy posiblemente no coinciden con las que la propia Audiencia habría tomado. En lo que sigue reviso someramente estas tres cuestiones, añadiendo los comentarios y las pautas que sienta para la práctica arbitral.

1. Efecto de las resoluciones de un tribunal sobre el arbitraje

El primer motivo invocado para la anulación del laudo es una infracción del orden público por no aplicación y respeto, por el árbitro al dictar el laudo, de la cosa juzgada que derivaría de una resolución judicial anterior sobre una controversia similar. La resolución había sido dictada por la misma Sala de la AP de Barcelona y, contrariamente al árbitro, había considerado que ciertas cláusulas en un contrato idéntico al que era objeto del arbitraje eran contrarias al Derecho de la competencia y por lo tanto el negocio era nulo.

La cuestión del poder del juez para controlar la cosa juzgada en vía de la acción de anulación y la forma que debería adoptarse para aproximarse al problema, serán examinada en los comentarios que hago a la otra resolución de la AP Barcelona publicados en este mismo volumen. Baste decir aquí que el caso entra dentro de aquellos supuestos excepcionales en que se puede plantear la revisión de la cosa juzgada en vía de anulación, y que esta resolución aplica una forma de revisión de la cosa juzgada que considero demasiado intrusiva para lo que debería ser la autonomía del arbitraje, pero que se ha venido reproduciendo en otras resoluciones.

En cuanto la existencia de cosa juzgada en su efecto vinculante para decisiones posteriores, el árbitro había considerado que no existía porque las partes en el litigio eran distintas a la del arbitraje y porque la resolución judicial se había cuidado de indicar que la decisión de esa cuestión se producía *incidenter tantum*, es decir a los solos efectos de ese asunto. Y la AP desestima la anulación del laudo confirmando la decisión del árbitro en términos

* *Vid. infra*, pp. 560–575.

similares. La AP recurre al art. 222.4º LEC, lo que es criticable al tratarse de un arbitraje, pero ello es indiferente dado que el artículo recoge lo que es la teoría generalmente aceptada. No son decisiones contradictorias porque se refieren a relaciones jurídicas distintas, y no se afecta ni a la seguridad jurídica (art. 9 CE), ni la tutela judicial efectiva (art. 24 CE). Todo ello sin perjuicio de que la decisión anterior sobre un contrato idéntico pueda servir de *input* en la decisión del árbitro. Sobre este punto, la AP remarca que el árbitro tuvo en cuenta la sentencia de la AP pero apreció otros informes y datos también, llegando a conclusiones distintas. La AP aprecia que el razonamiento del árbitro no es ni ilógico, ni arbitrario, pero lo hace después de haberse pronunciado directamente sobre la inexistencia de cosa juzgada por no existir identidad de partes. No creo que deba interpretarse que esto obligue al árbitro a tener necesariamente en cuenta una resolución de los tribunales en un caso en que no existe cosa juzgada, aunque sea para rebatirla. Lo importante aquí es que su decisión esté razonablemente fundada, sin que le obligue a rebatir cualquier resolución que sobre la cuestión exista, lo que constituiría una obligación excesiva.

Aunque el litigante planteó esta cuestión como una infracción de la cosa juzgada, es interesante estudiar otra vía alternativa que podría quizá haberse utilizado para la anulación como es la del efecto vinculante que puede generar la jurisprudencia. Como es de todos conocido, como regla general, en nuestro ordenamiento jurídico la jurisprudencia de los tribunales ordinarios carece de efectos vinculantes, salvo, a dicho el Tribunal Constitucional, en la medida en que ello pueda llevar a una aplicación discriminatoria injustificada de la ley, es decir, cuando se viole el principio de igualdad procesal (art. 24 y 14 CE). Las condiciones en que se puede dar esta discriminación son sumamente restrictivas ya que se exige que (1) “las resoluciones contradictorias provengan del mismo órgano judicial, (2) que los supuestos en ellas resueltos guarden entre sí, una identidad sustancial, y, (3) por último, que la resolución en que se produce el cambio de criterio que se recurre en amparo no ofrezca fundamentación adecuada que justifique dicho cambio, a fin de excluir tanto la arbitrariedad como la inadvertencia del mismo por los justiciables” (STC 90/1993, de 15 de marzo (RTC 1993\90) que cita otras muchas). Pero en caso de concurrir, se produciría una vulneración del orden público. Pues bien, en este caso, habiendo resuelto la AP sobre la nulidad de ciertos contratos de abanderamiento por infracción del derecho de la competencia, contratos con la misma empresa patrocinadora y de contenido prácticamente idéntico, ¿sería obligatoria esta jurisprudencia en alguna medida? En el arbitraje, parece que no, dado que el árbitro es un tribunal distinto e independiente que debe decidir con libertad de criterio, y especialmente cuando ello se motiva. No se da uno de los requisitos para la existencia de discriminación como es que nos encontremos ante resoluciones del mismo decisor contradictorias. Cuestión distinta sería que fuera el mismo árbitro, que no la misma institución arbitral. ¿Y ante la AP cuando resuelve sobre la vulneración del orden público por no haberse seguido su jurisprudencia? Una vez más creo que no, dado que la AP no resuelve la controversia de fon-

do, lo que corresponde al árbitro, sino sobre la concurrencia de un motivo de anulación del laudo. Y por tanto, no estamos ante el mismo caso, la misma decisión, aunque los efectos que se deriven sean idénticos. En consecuencia, no le es exigible tampoco a la AP que motive especialmente el porqué decide mantener la decisión del árbitro. En definitiva, el árbitro no está tampoco vinculado por la jurisprudencia de los tribunales ordinarios.

2. Revisión de la aplicación de normas imperativas en el arbitraje

El segundo motivo de anulación del laudo que se plantea en el caso es una vulneración del orden público comunitario por el árbitro por infracción de las normas de defensa de la competencia. No entraré en el aspecto sustantivo de la cuestión, es decir, si el negocio jurídico del caso vulneraba las normas de defensa de la competencia, sino que me limitaré a comentar los aspectos procesales.

El árbitro, al haber sido planteada por una parte la nulidad del negocio jurídico, había examinado la aplicación del TCE, los Reglamentos Comunitarios 1984/83 y 2790/99, la jurisprudencia del TJCE, y un Dictamen de la Comisión Europea sobre el caso, y había concluido, motivadamente, que las cláusulas concretas del contrato no contravenían la normativa comunitaria de la competencia. Cabe destacar la detallada labor del árbitro, a pesar de tratarse de un arbitraje de equidad. La AP al revisar la infracción del orden público, esencialmente confirma la decisión del árbitro, aduciendo que la decisión del árbitro está motivada, no es ni ilógica, ni irracional, ni arbitraria. Y ello, a pesar de que en una sentencia anterior relativa a un contrato idéntico o muy parecido pero entre otras partes, la propia AP había considerado que el negocio era nulo por contravenir la normativa de defensa de la competencia. La sentencia sobre este punto suscita los siguientes tres comentarios.

En primer lugar, incluye dentro del concepto del “orden público” del art. 41.1º.f) LA las normas de defensa de la competencia comunitarias, lo que es una extensión o interpretación del concepto habitual. En efecto, conforme a la jurisprudencia de los más altos tribunales, se viene identificando el concepto de “orden público” con los “derechos y libertades fundamentales” reconocidos en nuestra Constitución. La defensa de la libre competencia de mercado que aquí se invoca como orden público no estaría entre esos derechos fundamentales, y en la Constitución si acaso indirectamente sólo a través del art. 38 CE sobre la libertad de empresa, que no se encuentra incluido en el capítulo de los derechos fundamentales. Pero en este caso se invocaba el orden público “comunitario”, que conforme a la jurisprudencia del TJCE, viene incluyendo los arts. 81 y 82 TCE, aunque no necesariamente otra normativa de defensa de la competencia. Y los tribunales españoles, en tanto que tribunales también comunitarios, tienen la obligación de hacerlo valer. Por tanto, la decisión de la AP me parece adecuada en cuanto admite la invocación de esta normativa, y nos recuerda que vivimos dentro de Europa. Ello, sin perjuicio, de que la función de la AP no sea su aplicación directa al caso, como se verá.

En segundo lugar, la resolución comentada es plenamente compatible con la aplicación por el árbitro de normas imperativas. Podría haberse planteado si la nulidad del negocio en aplicación de la normativa de defensa de la competencia era una cuestión arbitrable o no, y por tanto quedaba fuera de la jurisdicción del árbitro. En este sentido, ello podría haber constituido el motivo de anulación del laudo previsto en el art. 41.1º.e) LA. La parte instante de la nulidad del laudo no lo había invocado, y la Audiencia Provincial correctamente no entra en ello. Y tenemos que aplaudir que no se suscite la cuestión porque confirma la capacidad del arbitraje de sobrevivir aún cuando se plantean cuestiones que pueden resultar relevantes desde el punto de vista del orden público. La nulidad del contrato es una pretensión de derecho privado sobre la que las partes tienen poder de disposición y que al firmar la cláusula arbitral las partes habían indiscutiblemente sometido al árbitro. Es más, reconocer al árbitro capacidad para resolver estas cuestiones se corresponde con las atribuciones que se le viene encomendando a la jurisdicción ordinaria, de forma creciente, en esta materia. Cuestión distinta serían las sanciones administrativas que pudieran corresponder a las partes si, eventualmente, se tratara de un negocio jurídico contrario al derecho de la competencia. La aplicación de sanciones al amparo de dicha normativa sí quedaría excluida del arbitraje, y correspondería a los órganos administrativos y a la jurisdicción contencioso-administrativa, pero los efectos civiles contractuales no.

En tercer lugar, la sentencia aplica un estándar de revisión del orden público que me parece adecuado y respetuoso con la autonomía del arbitraje. En efecto, la AP podría haber procedido de dos formas, ninguna de ellas prescrita o prohibida por la LA. Podría haber optado por directamente revisar el fondo de los contratos para determinar si son o no contrarios al derecho de la competencia. El tribunal se habría convertido, en buena medida, en juez del fondo del asunto, aunque fuera sobre la cuestión parcial de la existencia de un ilícito concurrencial, socavando la autonomía del árbitro. Pero esta no es la forma elegida por la Audiencia, que ha preferido en realidad una forma mucho más respetuosa con la independencia del árbitro: revisar si, en la aplicación de las normas imperativas, la decisión adoptada por el árbitro es irracional, ilógica o arbitraria. Ello no sólo deja en manos del árbitro la decisión sobre el caso concreto, sino que le deja mucho mayor margen de apreciación. El control que va a realizar la Audiencia es más superficial, buscando únicamente decisiones que sean al final “manifiestamente” contrarias al orden público comunitario. Esta forma de actuar es también plenamente compatible con sus obligaciones como órgano comunitario ya que en vía de anulación de laudo su función es meramente revisora de la actuación de la jurisdicción arbitral y no puede ni debe sustituirse a la misma. La AP, en la sentencia, observa que el árbitro ha tenido en cuenta tanto las normas de derecho de la competencia, como los informes emitidos por la Comisión para el caso concreto, y que ha decidido motivadamente, sin perjuicio de que se

pueda discrepar del criterio elegido¹.

Para concluir, ¿qué debe hacer el árbitro para, cuando existan normas imperativas aplicables al fondo de la controversia, salvaguardar la validez del laudo? De esta sentencia se derivan algunas ideas generales: para empezar, no debe huir de ellas, sino dejar constancia de cuáles son esas normas imperativas en concreto y que se toman en cuenta. En caso de que las partes no pongan de relieve la existencia de ninguna norma imperativa, será recomendable que el árbitro lo manifieste así; seguidamente, debe analizar su impacto concreto sobre el caso, en definitiva aplicarlas, sin perjuicio de que se consideren infringidas o no, dado que ambas decisiones son aplicación de la norma; y finalmente, debe dar una motivación en derecho de su decisión que no sea ilógica, irracional o arbitraria. Procediendo así, existen mayores garantías de que los tribunales mantendrán el laudo en caso de impugnación del mismo.

3. Obligación del árbitro de suspender el arbitraje por prejudicialidad

El último motivo relevante de la acción de anulación del laudo aducido por la instante es la infracción del derecho a la tutela judicial efectiva, y por tanto del orden público, en que incurrió el árbitro al no suspender el arbitraje, siendo así que existía una cuestión prejudicial comunitaria planteada por un tribunal pendiente de resolución que era relevante. Se aduce la inseguridad jurídica que provocaba tal denegación de la suspensión, además de no contribuir a la aplicación uniforme del Derecho comunitario.

El árbitro denegó la suspensión y la AP también desestima este motivo de anulación, fundándose esencialmente en la existencia de un plazo máximo para dictar el laudo, fijado en el art. 37 LA. El árbitro no podría suspender y dejar transcurrir dicho plazo so pena de dejar inefectivo el arbitraje e incurrir en responsabilidad. Añade también que la parte no fue del todo diligente ya a la hora de establecer el calendario del arbitraje, la parte sabía de la cuestión prejudicial planteada y a pesar de todo marcó un calendario que no la tenía en cuenta. Hay que destacar que era la propia Sala de la Audiencia la que había planteado la cuestión prejudicial comunitaria por considerar que existía una duda en la interpretación y aplicación del derecho comunitario. Por tanto, se trata de una decisión con resultados respetuosos para con el árbitro, pero que merece algunos comentarios.

En primer lugar, a pesar de coincidir con el resultado, la argumentación utilizada se acoge a un motivo un tanto formal, mientras que podría haber sido más favorable a la autonomía del árbitro. Ello resulta plenamente evidente si planteamos el caso hipotético en el que la resolución de la cuestión prejudicial se hubiera producido previsiblemente antes de que finalizara el plazo para que el árbitro dictara el laudo. En ese caso, la decisión del árbitro de no suspender, ¿hubiera violado el derecho a la tutela judicial efectiva de la

¹ Aunque exista un voto particular en la sentencia, no es discrepante en cuanto al grado de revisión que aplica la mayoría, sino que únicamente discrepa en cuanto a que la mayoría le da demasiado peso al dictamen de la Comisión Europea. Se trata de salvaguardar la libertad de decisión de los órganos jurisdiccionales, aspecto que podemos apoyar también.

parte? La respuesta creo que seguiría siendo que no, pero obviamente no en virtud del art. 37 LA, sino en virtud de la propia autonomía del árbitro y del arbitraje. En defecto de acuerdo entre las partes, corresponde al árbitro decidir qué es lo que debe hacerse para que pueda decidir el fondo de la controversia que se le ha planteado. Y eventualmente, en sede de anulación del laudo, debe revisarse si esas decisiones han sido ilógicas, arbitrarias o irrazonables y consecuentemente han provocado la vulneración del orden público. Siempre que el árbitro haya dado una respuesta a la petición de suspensión que cumpla esos parámetros, no procederá la anulación.

En segundo lugar, se podría plantear la cuestión más general de si el árbitro podría haber eventualmente decidido suspender el arbitraje por prejudicialidad civil, comunitaria o de otro tipo. Con la doctrina sentada por la sentencia expuesta, parece que el árbitro no podría suspender el arbitraje, so pena de incurrir en responsabilidad. La LA no prevé ningún supuesto, y dado que se trata de una regulación autónoma e independiente del arbitraje no se debe acudir a la normativa de las leyes de enjuiciamiento (*v.gr.*, arts. 114 LECrim, 40 y 43 LEC, etc.). La LA ya prevé supuestos en que debe acudirse a las leyes de enjuiciamiento, por lo que a *sensu contrario* es improcedente en otros casos. Sólo el acuerdo entre las partes para suspender el arbitraje, según prevé el art. 37 LA, le permitiría hacerlo. También se lo podría permitir el reglamento de la institución arbitral al que se hubieran sometido las partes, al que la LA le reconoce fuerza entre ellas (art. 4.b) LA). ¿Pero sería deseable que tuviera dicho poder en general? Considero que no por varios motivos: en primer lugar, porque socava una de las principales ventajas del arbitraje y motivo por el cual las partes acuden a él como es el de la celeridad; en segundo lugar, dicho poder, que luego podría llegar a convertirse en una obligación, también socavaría la independencia del árbitro de decidir la controversia en conciencia. Eventualmente está la responsabilidad del árbitro que nos garantiza que los errores arbitrales tendrán su posible solución; en fin, no es procedente porque los casos en que por no haberse suspendido el arbitraje se puedan haber producido injusticias ya están expresamente contemplados por la LA, y son aquellos de la revisión del laudo (art. 43 LA). Lo que no pueda canalizarse a través de esta acción, es un resultado que el ordenamiento jurídico da por bueno.

En definitiva, el árbitro no tiene obligación de suspender el arbitraje a pesar de que exista una cuestión prejudicial interpretativa de carácter comunitario pendiente de resolución que podría tener influencia en el caso. De hecho, dicha resolución del TJCE, cuando llegara a dictarse, tampoco sería vinculante para él, sino que únicamente tendría fuerza vinculante para el tribunal que ha remitido la cuestión prejudicial.