

sean imperativas no impide someter dichas materias a arbitraje, pues no se trata de que el convenio arbitral en materia de impugnación de acuerdos transforme la naturaleza imperativa de unas normas, ni tampoco que autorice al árbitro para que infrinja una norma imperativa (FJ 5º SAP de Guipúzcoa, Sección 2ª, 4 de febrero de 2008 –RA 174484–). La evidente necesidad de la regulación legal existente en esta materia, no puede comportar que las consecuencias de su actividad no puedan lograrse por acuerdo entre los interesados.

Por todo lo expuesto resulta evidente la corrección mostrada por la actuación del juzgador cuando procede a estimar la declinatoria de sumisión del asunto a arbitraje, decretando el sobreseimiento del proceso, según dispone el art. 65.2º LEC, conclusión a la que llega la sentencia comentada en su FJ 3º.

¿Puede un Ayuntamiento suscribir una cláusula de sumisión a un tribunal arbitral?

(Comentario a la Sentencia de Audiencia Provincial de Madrid, Sección Vigésima primera, de 25 de abril de 2008)*

José Manuel CHOZAS ALONSO
Profesor Titular de Derecho Procesal U.C.M y
del C.E.S. Cardenal Cisneros

Las dos últimas Leyes de Arbitraje (la vigente, de 2003 y la de 1988), aunque partían de unas premisas muy similares a las establecidas en la de 1953 respecto a las materias que pueden someterse a una decisión arbitral, han ido ampliando poco a poco el ámbito de actuación de esta forma de solución de conflictos intersubjetivos. En efecto, si el art. 14 de la Ley de 1953 decía que podían someterse a arbitraje todas las materias de Derecho privado sobre las que las partes podían disponer libremente, lo cual planteaba el problema de discernir entre el Derecho público y el privado¹, el art. 1 de la Ley de 1988 ya mencionó la expresión “materias de libre disposición” y, en la actualidad, el art. 2.1º de la vigente Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje (LA, en adelante), establece que “son susceptibles de arbitraje las controversias sobre *materias de libre disposición* conforme a derecho”. El legislador de 2003, pues, como se desprende de la propia Exposición de Motivos de la LA, ha querido romper con las ataduras que suponían, por un lado, distinguir taxativamente entre el campo del Derecho público y el privado (Ley de 1953) y, de otro, el establecimiento de un elenco, siquiera ejempli-

* Vid. *infra*, pp. 282–283.

¹ Vid. J. Montero Aroca y C. Esplugues Mota, en *Comentarios a la Ley de Arbitraje –Ley 60/2003, de 23 de diciembre*; bajo la coordinación de S. Barona Vilar, Madrid, Civitas, p. 114.

ficativo, de materias que no son susceptibles de arbitraje (Ley de 1988). Ha bastado con establecer, como criterio de arbitrabilidad, la disponibilidad del objeto del litigio por parte de los sujetos que pueden entrar en controversia. De esta manera, se ha dejado un amplio margen a la casuística que, poco a poco, tendrá que ir desbrozando la jurisprudencia, con una continua delimitación de las materias que pueden ser sometidas a arbitraje y cuáles no, en función de su “disponibilidad por las partes”.

La sentencia que ahora nos ocupa resuelve un asunto en el que se plantea, como *punctum dolens*, el tradicional problema si la Administración, en principio ajena a las soluciones arbitrales (por estar normalmente sometida al Derecho administrativo), puede someterse a la decisión de un tribunal arbitral. Lógicamente, sobre este espinoso asunto no pueden ofrecerse soluciones definitivas que zanden todos los problemas imaginables, por lo que siempre habrá que examinar el caso concreto; pero en el presente, aunque la argumentación ofrecida por la propia sentencia no sea demasiado precisa, creo que la Audiencia Provincial de Madrid acierta al considerar la validez del convenio arbitral y, por lo tanto, la posibilidad de sometimiento a un arbitraje de una Administración Pública.

Según se desprende de la sentencia comentada, los hechos previos al “recurso” (acción) de nulidad del laudo ante la Audiencia son, en síntesis, los siguientes: una Administración Local (el Excmo. Ayuntamiento de Villamanta) firma un contrato promocional con una empresa distribuidora de telefonía móvil (Europa Devices S.L.), y a cambio de la entrega de varios terminales por parte de la empresa vendedora de teléfonos, el Ayuntamiento se compromete a mantener las líneas telefónicas durante un tiempo determinado (pacto de permanencia, con penalización). Además, entre las cláusulas del contrato firmado por las partes figura claramente una sumisión a arbitraje de las diferencias que entre ellas pudieran surgir. Pues bien, la empresa de telefonía, al considerar que el Ayuntamiento había incumplido las obligaciones asumidas en el contrato, presenta, conforme a lo pactado, demanda ante el tribunal arbitral (Asociación Europea de Arbitraje de Derecho y Equidad). El procedimiento arbitral, que se desarrolla bajo el imperio de la LA/1988, en esos momentos vigente, finaliza en el año 2001 con un laudo condenatorio contra el Ayuntamiento. Frente al laudo el Ayuntamiento presenta un recurso de nulidad ante la Audiencia Provincial argumentando que, al tratarse de una Administración Pública, no se le puede aplicar la Ley de Arbitraje (ni la de 1988 ni la de 2003) y, además, que el convenio arbitral era nulo de pleno derecho puesto que no existió, en su momento, ningún acuerdo de la Corporación Municipal autorizando el sometimiento a arbitraje. Así planteada la acción de nulidad, la AP de Madrid la desestima y confirma en su integridad el laudo arbitral que había condenado en su día al Ayuntamiento.

Como ya he apuntado anteriormente, la sentencia objeto de nuestro estudio es acertada, pero, a mi juicio, podría haber sido más expresiva y contundente contra la pobre fundamentación esgrimida por el Ayuntamiento. Intentaré argumentarlo.

Resulta increíble que una Administración Local, a través de sus asesores y representantes técnicos, manifieste que al ser una Administración Pública, no le es aplicable, nunca, la LA. Como muy bien dice la sentencia comentada, en su FJ 2º: “[...] no existiendo precepto alguno que impida la sumisión a arbitraje, consideramos que las alegaciones en este punto efectuadas por la representación del Ayuntamiento de Villamanta, pidiendo la nulidad del laudo arbitral dictado por la entidad AEADE ... no puede prosperar”. En efecto, no sólo no existe ninguna norma que le impida a la Administración Pública someterse a un arbitraje, sino que sobre la base del art. 88.1º Ley 30/1992, de 26 de noviembre, RJAP-PAC, que dice: “las Administraciones Públicas podrán celebrar acuerdos, pactos, convenios o contratos con personas tanto de Derecho público como privado, siempre que no sean contrarios al Ordenamiento Jurídico ni versen sobre materias no susceptibles de transacción y tengan por objeto satisfacer el interés público que tienen encomendado, con el alcance, efectos y régimen jurídico específico que en cada caso prevea la disposición que lo regule [...]”, claramente una Administración puede contratar con un particular, al margen del Derecho público y, como en este caso, incluir una cláusula de sometimiento a arbitraje.

Además, y esto me parece lo más grave, llevado a sus últimas consecuencias, el argumento del Ayuntamiento de Villamanta excluiría también la posibilidad de que una Administración pudiera ser parte activa o pasiva en un proceso judicial ante la Jurisdicción civil, obviando la distribución de funciones jurisdiccionales que realiza el art. 9 LOPJ. Es cierto que, por regla general, las Administraciones públicas actúan bajo el imperio del Derecho administrativo, indisponible (y totalmente al margen de la jurisdicción civil y, por ello, también del arbitraje), pero en otras ocasiones actúa como si fuera “un particular” (una persona jurídica), sometido al Derecho privado, generalmente “disponible” (art. 2.1º L.A.), y en esos casos no cabe duda de que la jurisdicción por razón del objeto le corresponde a la jurisdicción civil o, si ha existido un convenio arbitral, a un tribunal de arbitraje.

En nuestro caso concreto, el objeto del contrato que firmaron el Ayuntamiento y la empresa de telefonía pertenece claramente de Derecho privado (cumplimiento de obligaciones sinalagmáticas entre dos partes que actúan en un plano de igualdad), no de Derecho público (que introduce siempre un elemento de poder *-imperium-*, de suerte que quien contrata con la Administración se coloca en una posición de subordinación al régimen de Derecho público), y la pretensión deducida ante el tribunal arbitral es enteramente “civil”, por lo tanto disponible, al tratarse de una cuestión litigiosa entre una distribuidora de telefonía y un comprador de teléfonos móviles que, a su vez, se obliga a estar abonado con un operador telefónico durante un tiempo determinado. En definitiva, este tipo de contratos, al no ser administrativos, deben entenderse, en principio, de carácter civil y los litigios que surjan como consecuencia de su incumplimiento o extinción deben ser resueltos por los jueces civiles o, como aquí, por un tribunal arbitral.

En íntima conexión con lo que acabo de decir, tampoco se sostiene el argumento de la pretendida nulidad de la cláusula de sumisión a arbitraje que

esgrime también el Ayuntamiento, intentando revestir de ropaje administrativo a una actuación contractual que sólo puede recibir la calificación jurídica de civil. Como certeramente apunta la magistrada ponente, “[...] es evidente que si se convino el contrato en el que figura la cláusula de sumisión a arbitraje, fundamento del laudo en la litis recurrido, sobre cuya validez no discute la parte recurrente, hemos de suponer que cuando se firmó este contrato se hizo concurriendo en ese momento la totalidad de los requisitos administrativos necesarios para la firma del mismo, de forma que lo que no cabe ahora es discutir en este orden jurisdiccional, ni por la vía procesal elegida, la validez de una de las cláusulas contenidas en aquel”. Con su actuación procesal, el Ayuntamiento va en contra de sus “propios actos” y, en definitiva, actúa con absoluta falta de buena fe, por cuanto intenta asumir en sus relaciones con la contraparte y con el tribunal una conducta que contradice otra suya anterior.

En conclusión, no cabe duda de que el Ayuntamiento tenía, sobre esta concreta materia contractual, pleno poder de disposición; no actuaba en un campo de Derecho necesario y no estaba presente, en primer plano, un servicio público. Por lo tanto, acertaron tanto el Tribunal de Arbitraje como la Audiencia al dictar y ratificar, respectivamente, el laudo condenatorio contra la Administración pública. El escueto tenor literal del art. 2.1º LA permite extender la actuación arbitral hasta llegar al límite infranqueable de las “materias indisponibles” para las partes, y ésta no era una de ellas.

Para finalizar, y aunque se extralimite el núcleo de este comentario, me parece pertinente introducir una pequeña reflexión crítica sobre el criterio que adopta la AP de Madrid en materia de costas procesales; a saber: puesto que no se aprecia temeridad ni mala fe en ninguna de las partes litigantes, y ante la ausencia de regulación sobre esta materia en la LA, debe aplicarse, como normativa supletoria, el art. 1902 (*sic*) Cc, por lo que no procede efectuar especial pronunciamiento sobre las mismas (FJ 5º). Pues bien, esta decisión me parece muy discutible ya que, al no existir norma específica que determine la imposición de las costas en la *acción de nulidad* del laudo ante la Audiencia, ni en la vigente LA, ni tampoco en la Ley de 1988, la norma aplicable, como Derecho supletorio, debiera ser la LEC, es decir, el criterio objetivo del vencimiento (art. 394 LEC, en relación con los arts. 397 y 398). Si la LEC, en virtud de lo que establece su art. 4, es el Derecho supletorio para todos los órdenes jurisdiccionales, en lo no previsto en sus respectivas leyes procesales, con mayor motivo debiera ser la norma que venga a suplir las lagunas procesales de la LA. De esta forma, en el caso que hemos comentado, la AP debió imponer todas las costas a la parte que vio rechazadas todas sus pretensiones, esto es, al Ayuntamiento de Villamanta, salvo que el tribunal hubiese apreciado, y así lo hubiera razonado, que el caso presentaba serias dudas de hecho o de Derecho.