

Arbitraje comercial internacional, orden público y Derecho comunitario de la competencia

Por Santiago Alvarez González

Catedrático de Derecho Internacional Privado. Universidad de Santiago de Compostela

Diario La Ley, Sección Doctrina, 1999, Ref. D-235, tomo 5, Editorial LA LEY

LA LEY 11017/2001

1. La sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 1 de junio de 1999, que resolvió el asunto C-126/97, vuelve a incidir en las peculiares relaciones que existen entre el Derecho comunitario y el arbitraje (1) . En el presente caso, resuelve una serie de cuestiones prejudiciales planteadas por la corte suprema holandesa, en torno a distintos problemas de interpretación del alcance del art. 81 del Tratado de la Comunidad Europea (antes 85 del Tratado de la Comunidad Europea) suscitados como consecuencia de dos procedimientos paralelos, uno de anulación y otro de suspensión de la ejecución de un laudo arbitral dictado en Países Bajos. El fallo implica una situación de equilibrio entre las necesidades del arbitraje comercial internacional y las exigencias del Derecho comunitario, en este caso concretado en preceptos tan significativos como los que hacen referencia a un Derecho originario sobre libre competencia, que sigue vigente después de varios decenios (2) . Tal situación resulta de los temas abordados por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y del silencio guardado frente a otros. Tras la exposición de los hechos que motivaron la sentencia analizaré cómo y con qué alcance dicho fallo ratifica la pertenencia de las normas sobre libre competencia al orden público y hace derivar de ello la ineficacia de los laudos arbitrales que las contradigan, y cómo, además, resuelve el tema de las relaciones entre Derecho comunitario y Derecho procesal nacional sobre la anulación o suspensión del laudo.

2. Los hechos que originaron el fallo fueron, sucintamente descritos, los siguientes: el 1 de julio de 1986, Benetton, sociedad con domicilio en Amsterdam, celebró un contrato de licencia por ocho años con Eco Swiss, domiciliada en Hong Kong y Bulova Watch Company Inc., con domicilio en Wood Side (Nueva York). Mediante este contrato, Benetton concedía a Eco Swiss el derecho a fabricar relojes y relojes de pulsera con la mención «Benetton by Bulova», que, a continuación, podían vender Eco Swiss y Bulova. En dicho contrato se incluyó una cláusula según la cual todo litigio o diferencia entre las partes se dirimiría mediante arbitraje de acuerdo con las normas del *Nederlandse Arbitrage Instituut* (Instituto Neerlandés de Arbitraje) y de conformidad con el Derecho neerlandés. En junio de 1991, Benetton resolvió unilateralmente el contrato con efectos de septiembre de 1991, es decir, tres años antes de que concluyera la vigencia inicialmente acordada. A continuación, Benetton, Eco Swiss y Bulova iniciaron un procedimiento arbitral respecto a esta resolución.

Por laudo de 4 de febrero de 1993, denominado «*Partial Final Award*», los árbitros resolvieron condenar a Benetton a indemnizar a Eco Swiss y a Bulova los perjuicios que éstas había sufrido a consecuencia de la resolución por Benetton del contrato de licencia. A causa de la imposibilidad de llegar a un acuerdo sobre las sumas de la indemnización, los árbitros, mediante laudo de 23 de junio de 1995, denominado «*Final Arbitral Award*», condenaron a Benetton a abonar 23.750.000 dólares a Eco Swiss y 2.800.000 dólares a Bulova en reparación del perjuicio que éstas habían sufrido. Este segundo laudo fue admitido a la ejecución por la jurisdicción neerlandesa. El 14 de julio de 1995, Benetton solicitó al Rechtbank la anulación de ambos laudos alegando que eran contrarios al orden público debido a la nulidad del contrato de licencia desde el punto de vista del art. 81 del Tratado de la Comunidad Europea. Este procedimiento de anulación está pendiente en apelación cuando el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas dictó la sentencia que nos ocupa. Al mismo tiempo (días después de interponer el recurso

de anulación) Benetton solicitó con carácter principal la suspensión de la ejecución del segundo laudo y, con carácter subsidiario, que se ordenara a Eco Swiss la constitución de una fianza. Mediante auto de 19 de septiembre de 1995, el Rechtbank estimó únicamente la pretensión subsidiaria, lo que motivó que Benetton interpusiera un recurso de apelación contra esta resolución. Por auto de 28 de marzo de 1996, el Gerechtshof estimó, en lo esencial, la pretensión principal. Eco Swiss interpuso recurso de casación ante el Hoge Raad contra la resolución del Gerechtshof y Benetton se adhirió a la casación. En esta fase, el Hoge Raad, decidió plantear distintas cuestiones al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

3. En esencia, las cuestiones prejudiciales suscitadas, son reducidas a dos bloques por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas: en el primero examina el peso específico que normas como el mencionado art. 81 (ex 85 del Tratado de la Comunidad Europea) posee en la configuración del orden público estatal como causa determinante del control jurisdiccional de un laudo arbitral; el segundo hace alusión a la articulación de dicho peso específico con las normas procesales internas.

Podría llamar la atención el hecho de que el órgano estatal solicite al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas una decisión que, en definitiva, afecta a la propia configuración de una noción, la de orden público estatal, que, por definición es propia y singular de cada ordenamiento jurídico (3) . Si el orden público neerlandés posee tal o tal otro contenido es algo que, en principio, corresponde señalar al propio sistema neerlandés. Sin embargo, la cuestión puede plantearse también en términos prácticos como lo hace el Hoge Raad: ¿si un laudo arbitral contraviene el art. 81 del Tratado, el órgano judicial nacional debe anularlo (como infracción al orden público)? La pregunta, sin matices, arroja una respuesta de ámbito comunitario; es decir: un sí o un no, significa que el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas valoraría la situación conforme a un parámetro único. Podría hablarse de un «orden público comunitario» válido para todos los Estados parte, pues no habría razón para justificar que la solución otorgada para el sistema neerlandés deba ser distinta a la otorgada para otro sistema. Y lo cierto es que, a pesar de que la pregunta fue convenientemente matizada por el órgano requirente, la respuesta del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas fue clara y sin matices.

Tales matices fueron adelantados por el Hoge Raad, que señala al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas que no toda vulneración de las normas sobre libre competencia implica la anulación de un laudo por entenderlo contrario al orden público. Creo entender que vino a decirle que el orden público neerlandés no se identificaba con la vulneración de cualquier norma imperativa relativa a la ordenación de la libre competencia en el mercado. La infracción del orden público que podría determinar la anulación del laudo, de conformidad con el sistema neerlandés, no incluye, por regla general, el mero hecho de que el contenido o la ejecución del laudo arbitral impida la aplicación de una prohibición impuesta por el Derecho nacional de la competencia.

Además, la exposición de las cuestiones prejudiciales recuerda al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas algunas particularidades del arbitraje, exponiendo un aparente círculo vicioso en el que podría verse implicada la validez del laudo: dado que la nulidad del laudo por eventual vulneración del art. 81 del Tratado de la Comunidad Europea no fue alegada en la fase arbitral, los árbitros se habrían excedido en los límites del litigio de haber entrado en tal aspecto, con la consiguiente anulación del laudo; al no hacerlo, se plantea la cuestión ahora suscitada.

En general, la exposición de las cuestiones parece estar presidida por la justificación que poseen los distintos límites (de índole procesal y de índole sustantiva) para el interés general del funcionamiento eficaz del procedimiento arbitral. El Hoge Raad relaciona esta última cuestión con la *sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 14 de diciembre de 1995 (4)* , en la que el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas señaló la compatibilidad con el Derecho comunitario de la situación que por motivos inherentes al respeto

del principio dispositivo en el ámbito procesal había impedido a los jueces introducir en la discusión la aplicación del art. 85 del Tratado de la Comunidad Europea.

El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas es, sin embargo, contundente en la respuesta al primer bloque de cuestiones al que aludí: un órgano jurisdiccional nacional al que se ha presentado un recurso de anulación de un laudo arbitral debe estimarlo cuando considere que el laudo es efectivamente contrario al art. 81 del Tratado de la Comunidad Europea, si conforme a las normas procesales internas debe estimar un recurso de anulación basado en el incumplimiento de normas nacionales de orden público (5) .

En otras palabras, el orden público nacional (los distintos «órdenes públicos» nacionales, podríamos decir) integran (todos) el contenido del art. 81 del Tratado de la Comunidad Europea, a los efectos, al menos, de la anulación de un laudo arbitral que lo contradiga.

Como dije antes, esto incide en la progresiva configuración de un orden público comunitario que, en la materia que nos ocupa, determina la homogeneización (parcial, eso sí) de los distintos países comunitarios como sede del arbitraje con todo lo que ello implica: un laudo dictado en España que sea contrario a lo dispuesto en el art. 81 del Tratado de la Comunidad Europea será anulado por contravenir el orden público (art. 45.5 de la Ley de arbitraje), en igual medida que un laudo dictado en Países Bajos (por contrariar el art. 1065.1 e *Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering* o Ley de Enjuiciamiento Civil neerlandesa) (6) o un laudo dictado en Francia (por vulnerar el art. 1484.6 NCP). Se crea así, un cierto «espacio arbitral» comunitario distinto y común al tiempo al espacio de cada Estado miembro, con la importancia que ello tiene, si tenemos en cuenta la que posee la sede o lugar donde se desarrolla el arbitraje desde el punto de vista de la llamada ley del arbitraje y de los potenciales procedimientos judiciales sobre la anulación del laudo, la suspensión de su ejecución, etc. (7) .

No responde el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas a la cuestión relativa a la vinculación de los árbitros al Derecho comunitario en el sentido descrito por la sentencia *Van Schijndel* y *Van Veen* (recuérdese que en ésta los destinatarios eran los jueces nacionales) (8) . Es decir, nada dice sobre si el principio dispositivo que gobierna el procedimiento arbitral legitima la inobservancia por los árbitros (y desde su estricta perspectiva) de dichas normas. La imperatividad de la respuesta dada al primer bloque de cuestiones convierte en inocuo dicho tema, al menos en opinión del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas: la idea sería que sea cual sea la actitud que tomen, puedan tomar o efectivamente hayan tomado los árbitros (ceñirse al mandato de las partes, respetar el principio dispositivo y no excederse de los términos del litigio o viceversa) la contrariedad de su laudo con el art. 81 del Tratado de la Comunidad Europea debe implicar su ineficacia en vía judicial si ella está subordinada a la compatibilidad con el orden público (9) .

Mas con anterioridad hablé de límites. Este carácter taxativo tan sólo se ve oscurecido por la duda que podría albergar el supuesto en que no se dé la condición impuesta por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (más que impuesta, fruto del supuesto de hecho que se le plantea): la existencia del orden público como motivo de anulación. Así, cabría preguntarse por la situación planteada si el lugar del arbitraje hubiera sido Portugal, a la luz de la Ley de Arbitraje de 29 de agosto de 1986, que suprimió la contrariedad con el orden público como causa de anulación del laudo arbitral (causa que sí figuraba en el art. 31.1 a del Decreto-Ley de 17 de julio de 1974) (10) .

Por último, para concluir con este aspecto, creo que una interpretación taxativa de la también taxativa respuesta del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas no se ajusta a las necesidades del comercio internacional ni, singularmente, a las del arbitraje; algo que el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas siempre ha tratado de respetar. En este sentido la respuesta dada por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas a la relación entre vulneración del art. 81 Tratado de la Comunidad Europea y anulación del laudo por contrariar el

orden público podría situarse en unos términos más flexibles, partiendo de la propia controversia y de la realidad de estar resolviendo una cuestión entre particulares. Por ejemplo, y por continuar con el supuesto que motivó la presente decisión, que un laudo arbitral condene a una parte al pago de un dinero a otra por incumplimiento de contrato presumido válido, cuando, por el contrario, el contrato resulta ser nulo no necesariamente vulnera, a mi juicio, el orden público. Las consecuencias pecuniarias *inter partes* de un incumplimiento contractual y las derivadas de la nulidad del contrato pueden aproximarse más de lo que la clásica concepción de la nulidad pudiera hacer creer. A título de ejemplo, en los arts. 1303 y ss. de nuestro Código Civil existen argumentos jurídicos para derivar de la nulidad consecuencias distintas de la mera «restitución recíproca» de las prestaciones. Pero, además, subsisten los mecanismos derivados de la responsabilidad contractual (arts. 1101 y cc.), no contractual (arts. 1902 y cc.) y, en última instancia, la acción de enriquecimiento sin causa. Aspectos tales como la buena o mala fe de los contratantes, su diligencia o negligencia, la eventual existencia de dolo, etc., son datos que pueden justificar unas soluciones muy similares, ya se fundamenten a partir de la existencia del contrato, ya a partir de su nulidad. Y lo mismo cabe decir en relación con el ordenamiento jurídico holandés, elegido para resolver las discrepancias entre Benetton, Eco Swiss y Bulova. De la nulidad puede derivar (ciertamente en situaciones ajenas a la aquí contemplada) una obligación de «indemnización» a cargo de una de las partes (art. 43 del Libro III del Código Civil holandés); la acción de enriquecimiento injusto está expresamente regulada en el art. 212 del Libro VI del mismo Código...

En definitiva, si la noción de orden público ha de interpretarse de forma estricta (más aún si nos encontramos, como en el caso actual ante un arbitraje internacional) (11) y si la incorrecta aplicación o inaplicación de las normas pertinentes por los árbitros no es *per se* generatriz de una contrariedad con el orden público, podría pensarse que en situaciones, como la presente, en la que se resuelven relaciones contractuales *inter partes* la mera inaplicación del art. 81 del Tratado de la Comunidad Europea no fuese necesariamente una causa de anulación del laudo a través del orden público (12) .

Diré, para concluir este apartado, que no es esta visión flexible la que deriva de una normal lectura de la sentencia comentada, que más bien tiende a reforzar la imperatividad del art. 81 del Tratado de la Comunidad Europea, sin hacer la distinción que nosotros hacemos. ¿Las normas comunitarias «de orden público» requerirán una protección adicional al resto de las normas «de orden público»? Esa parece ser la opinión del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas que, sin reproducirlo, ratifica la idea expresada por el Abogado General, según la cual «... la exigencia del control de la conformidad de los laudos arbitrales con el Derecho comunitario se presenta en manera aún más acentuada en un sector, como de la libre competencia, en el que existe un interés general al respeto de las reglas con el fin de garantizar un correcto funcionamiento del mercado interno».

Queda siempre la posibilidad de ahondar en el significado de qué puede entenderse por un «... laudo efectivamente contrario al artículo 81 del Tratado de la Comunidad Europea...», y tratar de introducir el razonamiento que antepongo (13) .

4. Esta imperatividad reforzada de las normas comunitarias que disciplinan la libre competencia no implica, sin embargo, la automática ineficacia del laudo que las contradiga; en el supuesto de hecho, su anulación por las autoridades judiciales. Mediante sus cuestiones prejudiciales cuarta y quinta, el Hoge Raad neerlandés preguntaba, en esencia, si el Derecho comunitario obliga a modificar o, incluso, inaplicar el Derecho procesal nacional relativo al control jurisdiccional de la eficacia de los laudos arbitrales (14) . En el caso concreto las normas procesales neerlandesas determinaban la inatacabilidad del primer laudo, puesto que el plazo para interponer recurso de anulación, de tres meses, había caducado (art. 1064 del *Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering*).

El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas responde a estas cuestiones desde un doble punto de vista: el

de las exigencias del Derecho comunitario y el del respeto a los principios básicos del sistema jurisdiccional nacional.

De forma escueta señala que el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento comunitario es perfectamente posible a través de la normativa procesal neerlandesa que concede un plazo de tres meses para solicitar la anulación del laudo. Este plazo no es demasiado breve, en comparación con los establecidos en los ordenamientos jurídicos de los demás Estados miembros; lo que permite, en opinión del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas el ejercicio de tales derechos. Llevado el razonamiento al supuesto de hecho, el Derecho comunitario (y el art. 81 del Tratado de la Comunidad Europea, en concreto) no obliga a modificar las exigencias de una normativa nacional que prevé mecanismos suficientes para, en su momento, hacer valer sus exigencias.

El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas valora *en concreto* las posibilidades del sistema nacional neerlandés para salvaguardar las exigencias del Derecho comunitario emitiendo una opinión positiva. No creo que se trate de una toma de postura global e incondicionada a favor del Derecho procesal nacional (de los Derechos procesales nacionales), algo que parecería desprenderse de la otra perspectiva a que he hecho alusión: el respeto de los principios básicos del sistema jurisdiccional nacional, como los de seguridad jurídica y respeto de la cosa juzgada. Me pregunto si la solución hubiese sido la misma de ser el art. 28.2 de la Ley portuguesa (que establece un plazo de un mes a contar desde la notificación del laudo) o el art. 46.2 de la Ley de arbitraje española los que hubiesen estado en el centro del debate. Recordemos que este último exige la presentación del recurso de anulación dentro de los diez días siguientes al de la notificación del laudo o de la aclaración del mismo. Me pregunto, asimismo, si la compatibilidad del Derecho procesal interno con el Derecho comunitario de la competencia sería reconocida en los casos en los que se procediese a la directa ejecución del laudo presuntamente contrario al art. 81 del Tratado de la Comunidad Europea, ante la imposibilidad de impugnación del mismo a causa de la renuncia anticipada a tal posibilidad (15) .

Las interrogantes no creo que puedan despejarse a través de esta sentencia. Como dije, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas considera que, en el caso concreto, existe equilibrio entre las exigencias del arbitraje, los mecanismos procesales de control del laudo y la exigencia de la aplicación efectiva, correcta y uniforme del Derecho comunitario. La legislación procesal neerlandesa contribuye a dicho equilibrio en opinión del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, pues, diríamos, no menoscaba sistemáticamente el efecto útil de la normativa comunitaria (16) .

Sea como fuere, la conclusión *para este supuesto* es que ni siquiera la imperatividad de las normas comunitarias sobre libre competencia parece que llegue a exigir la modificación de las normas procesales internas que disciplinan el procedimiento de anulación del laudo. Si esto es una genérica manifestación de lo ya señalado en la citada *sentencia Van Schijndel y Van Veen*, o si es una específica manifestación de las peculiaridades exigencias del arbitraje no queda claro en el fallo. Como dije antes, la sentencia comentada puede ser entendida en diversas claves. Dentro de ellas, yo optaría por la que se concreta en el núm. 35 de la misma: «... A continuación procede señalar que las exigencias relativas a la eficacia del procedimiento arbitral justifican que el control de los laudos arbitrales tenga carácter limitado y que sólo pueda obtenerse la anulación de un laudo o la denegación del reconocimiento en casos excepcionales». Como también señalé, en la exposición de sus cuestiones prejudiciales, el Hoge Raad manifiesta una cierta tendencia *pro efectividad del laudo*; tendencia que, en definitiva, no es desmentida por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas: es contrario al orden público si vulnera el art. 81 del Tratado de la Comunidad Europea, pero puede ser inatacable en función del Derecho procesal interno adaptado a las exigencias del arbitraje.

5. Al comienzo de este trabajo señalé que tanto lo expresamente resuelto como el silencio guardado sobre algún

tema determinaban la situación de equilibrio entre las exigencias del Derecho comunitario de competencia y el arbitraje. Para concluir, me gustaría llamar la atención, precisamente, sobre un aspecto no suscitado directamente en la sentencia: la especialidad del arbitraje respecto del Derecho de libre competencia en lo que atañe a la arbitrabilidad de la controversia.

El hecho de que el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas no haya hecho alusión al tan discutido tema de la arbitrabilidad de las cuestiones que afectan al Derecho regulador de la libre competencia puede deberse, al menos, a dos razones: la primera, la ausencia de solicitud por parte del órgano judicial nacional y la fase postarbitral en la que ya se sitúa el problema; la segunda, una tácita aceptación de que los árbitros pudieron válidamente tener en cuenta el orden público comunitario y dictar un laudo no contrario al art. 81 del Tratado de la Comunidad Europea (17). Situados en esta segunda perspectiva (la primera no conduce a ninguna consecuencia fructífera) es preciso recordar la polémica en torno a la arbitrabilidad de los litigios que afecten a la competencia y el abanico de posibilidades graduales que se han barajado a favor y en contra (18). Como muy bien pone de manifiesto =R=obert =Kovar=, para los más estrictos, un litigio dejaría de ser arbitrable desde el momento en que su objeto participe en alguna medida del orden público (en nuestro caso, de las normas sobre la libre competencia en el mercado); para los más liberales, la incompetencia de los árbitros sólo vendría dada por la propia violación del orden público. La arbitrabilidad dependería, paradójicamente, del fondo del litigio (19). Entre las muchas situaciones intermedias que existen, creo que la sentencia comentada, transparenta una cierta anuencia por la potencial competencia de los árbitros. Como dije antes, lo único que señala el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas es que el art. 81 del Tratado de la Comunidad Europea motiva la anulación del laudo cuando ésta pueda pronunciarse por contrariar el orden público, mas no dice que dicho precepto determine la (en su caso, ausencia de) arbitrabilidad de la controversia en la que ha de ser aplicado. Que los árbitros deban verificar la compatibilidad de un contrato con el art. 81 del Tratado de la Comunidad Europea a los efectos de determinar toda la economía contractual derivada de su validez o de su nulidad, creo que no entraña una invasión manifiesta de ámbitos no sujetos al arbitraje (20).

6. La sentencia que nos ocupa ratifica, en fin, la importancia de las normas comunitarias que garantizan la libre competencia como integrantes de un *orden público comunitario* operativo en materia de control jurisdiccional de los laudos arbitrales. Ratifica también la suficiencia de las normas nacionales sobre arbitraje para garantizar el respeto por las exigencias del Derecho comunitario, operando un cierto equilibrio entre las exigencias del aquél y las de éste. Esta suficiencia no es general, sino que, dada la importancia que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas concede al control jurisdiccional del laudo (su compatibilidad con el Derecho comunitario), deberá analizarse *en concreto*. Las normas procesales neerlandesas satisfacen el equilibrio aludido; otras (más restrictivas) podrían menoscabar las exigencias de dicho Derecho (aunque esta idea no está expresa en la sentencia). Por último, la línea seguida por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, y ratificada en esta decisión, muestra una anuencia (siquiera tácita) por la capacidad del arbitraje para resolver controversias en las que se vea involucrado el Derecho comunitario sobre libre competencia (*Almelo, Eco Swiss...*); y muestra cómo las instancias arbitrales, las jurisdicciones nacionales y el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas pueden colaborar sin traumas en la articulación de respuestas respetuosas con todos los intereses en presencia: los propios del arbitraje comercial internacional y los singulares del Derecho comunitario.

(1) Vid. el artículo de =B=ernardo =M. Cremades=, «Convenio de Bruselas y Arbitraje», *LA LEY*, 1999, 67, comentando la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 17 de noviembre de 1998, *Van Uden Maritime BV contra Kommanditgesellschaft in Firma Deco-Line y otros*; esta sentencia también fue objeto de comentario por =E=lena =Artuch Iriberrí=, «La solicitud de medidas cautelares ante el juez nacional de acuerdo al convenio de Bruselas de 27

de septiembre de 1968: precisión de su significado y de las relaciones con un procedimiento arbitral en curso», *LA LEY*, 1998, 341; =F. Gascón Inchausti= y =M. Gómez Jene=, «Arbitraje, medidas cautelares y Convenio de Bruselas (a propósito de la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 17 de noviembre de 1998 en el asunto *Van Uden c. Deco Line*», *Tribunales de Justicia*, 1999/4, págs. 303 a 318, y =M=arta =Requejo Isidro=, «Sobre tutela cautelar y provisional y el arbitraje en el Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968 (comentario a la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas *Van Uden c. Deco Line*, as. C-391/95, de 17 de noviembre de 1998)», *Revista de la Corte española de Arbitraje* (en adelante *RCEA*), 1998. Además de la citada, recuérdense la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 23 de marzo de 1982, *Nordsee*, As. 102/81, Rec., pp. 1095-1112, la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 25 de julio de 1991, As. 190/89, *March Rich*, Rec., pp. 3856-3904 y la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 27 de abril de 1994, As. C-393/92, *Almelo*, Rec., p. 1508.

[Ver Texto](#)

- (2) Ello, no obstante, parece que la situación está llamada a experimentar un importante giro. En 1962, el Consejo adoptó el Reglamento 17, primer Reglamento de aplicación de los arts. 85 y 86, que instauró un sistema de control y unos procedimientos de aplicación que la Comisión lleva utilizando durante 35 años sin introducir modificación alguna. Como es bien sabido, este Reglamento estableció un sistema de autorización centralizado en la Comisión para todos los acuerdos que requiriesen una exención con arreglo al ap. 3 del art. 85, lo que permitió una exclusividad de aplicación y una uniformidad nítida en el conjunto de la Comunidad. En la actualidad existe ya un «Libro Blanco sobre la modernización de las normas de aplicación de los arts. 85 y 86 del Tratado de la Comunidad Europea» (hoy 81 y 82 de la Constitución Española), dentro del Programa de la Comisión núm. 99/027 (*DOCE*, C, núm. 132, de 12 de mayo de 1999). Este *Libro Blanco* parte, precisamente, de la inadecuación de este sistema para la Comunidad de hoy, con 15 Estados miembros y 350 millones de habitantes. Por un lado, se ha demostrado que el sistema de autorización centralizado ha supuesto no sólo la utilización ortodoxa del mismo, sino también el abuso por parte de las empresas solicitantes con el fin de bloquear los recursos ante los tribunales nacionales y las autoridades nacionales de competencia. Este fenómeno, en opinión de la Comisión, ha minado los esfuerzos tendentes a fomentar la aplicación descentralizada de las normas de competencia comunitarias. Como resultado de ello, la aplicación rigurosa de la legislación comunitaria y los esfuerzos de descentralización se han visto frustrados. Por todo ello se piensa que en la actualidad, momento en que se ha definido con precisión la normativa y la política de competencia, la responsabilidad de velar por el cumplimiento de las normas puede repartirse de forma más equilibrada entre las instituciones comunitarias y las autoridades y tribunales nacionales, que tienen la ventaja de la proximidad con el problema. La Comisión se reservaría la operación en los ámbitos más importantes, en los que puede operar con más eficacia que las instancias nacionales. El *Libro Blanco* analiza varias opciones para la reforma. Propone un sistema que satisface los objetivos de aplicación rigurosa de la normativa de competencia, descentralización efectiva, simplificación de los procedimientos y aplicación uniforme de la legislación y la política de competencia; implica la abolición del sistema de notificación y exención y su sustitución por un Reglamento del Consejo que convertiría la norma de exención del ap. 3 del art. 81 en directamente aplicable sin decisión previa de la Comisión. El art. 81 en su conjunto sería aplicado por la Comisión y las autoridades de competencia y tribunales nacionales, tal y como ya ocurre en el caso del ap. 1 del art. 81 y del art. 82.

[Ver Texto](#)

- (3) Creo importante, en este sentido, saber si la cuestión prejudicial pendiente de resolución por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en el asunto C-38/98, *SA Régie nationale des Usines Renault contre Maxicar SpA et Orazio Formento*, ratificará o desmentirá esta afirmación. Las Conclusiones del Abogado General =M. Siegbert Alber=, presentadas el 22 de junio, cuando menos, llaman la atención.

[Ver Texto](#)

- (4) *Van Schijndel y Van Veen*, Asuntos acumulados C-430/93 y C-431/93, Rec., 1995, pp. I-4705-4740. El fallo fue el siguiente: «1) En un proceso que versa sobre derechos y obligaciones civiles de los que las partes disponen libremente, corresponde al Juez nacional aplicar las disposiciones de la letra f) del artículo 3 y de los artículos 85, 86 y 90 del Tratado de la Comunidad Europea, incluso cuando la parte litigante interesada en su aplicación no los ha invocado, en el supuesto de que su Derecho nacional le permita dicha aplicación. ./... 2) El Derecho comunitario no impone a los órganos jurisdiccionales nacionales aducir de oficio un motivo basado en la infracción de disposiciones comunitarias, cuando el examen de este motivo les obligaría a renunciar a la pasividad que les incumbe, saliéndose de los límites del litigio tal como ha sido circunscrito por las partes y basándose en hechos y circunstancias distintos de aquellos en los que fundó su demanda la parte litigante interesada en la aplicación de dichas disposiciones».

[Ver Texto](#)

- (5) Lo cierto es que no alcanzo a ver el porqué de la desviación del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de la terminología de la cuestión planteada, donde se habla, sencillamente, de contrariedad con el orden público y no de normas de orden público, que es la terminología que retiene la sentencia, siendo, en puridad aspectos distinguibles. En la lengua de procedimiento el fallo señala que «*Een nationale rechter moet een vordering tot vernietiging van een arbitraal vonnis toewijzen wanneer dat vonnis naar zijn oordeel inderdaad in strijd is met artikel 81 EG (ex artikel 85), indien hij volgens de regels van zijn nationale procesrecht een vordering tot vernietiging op grond van strijd met nationale regels van openbare orde moet toewijzen*». En otras lenguas también se habla de normas de orden público: «... *demande en annulation fondée sur la méconnaissance de règles nationales d'ordre public*»; «*annulment founded on failure to observe national rules of public policy*»; «*nullità fondata sulla violazione di norme nazionali di ordine pubblico*»; o de normas nacionales pertenecientes al orden público: «... *im Fall der Verletzung nationaler Rechtsvorschriften, die der öffentlichen Ordnung zuzurechnen sind*». Todas las versiones las ha obtenido del servidor el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, y son versiones no oficiales. La cuestión no tiene por qué tener trascendencia si no se pretenden extraer consecuencias más allá del caso concreto; recuérdese, no obstante, las distinciones que a este respecto se pueden realizar entre orden público y normas de orden público, «leyes de policía», simple imperatividad, etc.; sobre el tema, ampliamente, =P. Mayer=, «*La sentence contraire à l'ordre public au fond*», *Revue de l'arbitrage*, 1994, págs. 615 a 652.

[Ver Texto](#)

- (6) La ley se halla traducida en la RCEA, 1988-1989, págs. 391 a 420, con anotaciones de =P. Sanders= y =A. J. Van Den Berg=; asimismo, se acompaña un comentario de =J. E. Bitter=, págs. 421 a 427.

[Ver Texto](#)

- (7) Todo ello, por supuesto, sin olvidar las consencuencias que la mundialización y la técnica pueden tener sobre la (menor) relevancia de dicho lugar: a este propósito *vid.*, =G. Kaufmann-Kohler=, «*Le lieu de l'arbitrage a l'aune de la mondialisation. Réflexions à propos de deux formes récentes d'arbitrage*», *Revue de l'arbitrage*, 1998, págs. 517 a 536.

[Ver Texto](#)

- (8) Recuérdese también que en la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 23 de marzo de 1982, *Nordsee*, cit., el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (si bien en relación a la posibilidad de plantear cuestiones prejudiciales del entonces art. 177 Tratado de la Comunidad Europea) señaló que un tribunal arbitral instituido por un convenio de Derecho privado sin intervención de las autoridades no puede considerarse un órgano jurisdiccional nacional en el sentido del art. 177 Tratado de la Comunidad Europea.

[Ver Texto](#)

- (9) El Abogado General =Antonio =Saggio=, en sus Conclusiones emitidas el 25 de febrero de 1999, sí daba una respuesta específica al tema, proponiendo que los árbitros no estaban vinculados por el Derecho comunitario en el sentido expuesto. En concreto, respondía a esta cuestión de la siguiente manera: «*Il diritto comunitario non richiede agli arbitri di sollevare di propria iniziativa questioni relative alla conformità con il diritto comunitario della concorrenza di un contratto la cui esecuzione è sottoposta al loro giudizio qualora l'esame di dette questioni obblighi gli arbitri a rinunciare al principio dispositivo, alla cui osservanza sono tenuti, esorbitando dai limiti della lite quale è stata circoscritta dalle parti e basandosi su fatti e circostanze diversi da quelli che la parte processuale che ha interesse all'applicazione di dette disposizioni ha posto a fondamento della propria domanda*». Sobre el grado de vinculación y las posibilidades técnicas de articular la toma en consideración de las normas sobre competencia en los procedimientos arbitrales vid. para el orden jurídico suizo y en concreta relación a las normas concurrenciales comunitarias, =D. Hahn=, «L'arbitrage commercial international en Suisse face aux règles de concurrence de la CEE», *Etudes suisses de droit international*, vol. 36, Ginebra, 1983; con carácter general, =J. H. Moitry=, «Arbitrage international et droit de la concurrence: vers un ordre public de la lex mercatoria?», *Revue de l'arbitrage*, 1989, págs. 3 a 36.

[Ver Texto](#)

- (10) Vid. texto en la RCEA, 1986, págs. 250 a 255. Vid. también =A. Cabanillas Sánchez=, «Comentario al artículo 45 L.A.», en *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, =R. Bercóvitz Rodríguez Cano=, coordinador, Madrid, 1991, pág. 726, donde incide en la analogía aplicación del art. 1096 f) del Código de Procedimiento Civil portugués, para suplir las consecuencias nocivas que la supresión del orden público como causa de anulación del laudo pudiera deparar.

[Ver Texto](#)

- (11) Y un objetivo de mínimo control en relación con el recurso de anulación: =M.ª V. Cuartero Rubio=, *El recurso de anulación contra el laudo arbitral en el arbitraje comercial internacional*, Madrid, 1997, págs. 47 a 54.

[Ver Texto](#)

- (12) La idea, aunque en el contexto de la noción de orden público en materia de exequatur, la recoge =P. Schlosser= en relación directa con el llamado Derecho económico. Parte de que la inaplicación o incorrecta aplicación de una norma alemana de Derecho económico vulnera el orden público, pero sólo cuando el laudo hubiese tenido un contenido distinto de haber procedido a la correcta aplicación de la misma (=P. Schlosser=, *Das Recht der internationalen privaten Schiedsgerichtsbarkeit*, 2.ª de., Tunbinga, 1989, pág. 634). En la práctica arbitral, también existen precedentes en este sentido (aunque ciertamente criticados); tal es el caso de la *sentencia de la Cour d'appel de París* de 28 de abril de 1988 (*Société Matra c/ Société Alkan*), *Revue de l'arbitrage*, 1989, págs. 280 a 290, y comentario de =L. Idot=, págs. 296 a 308. Ante un supuesto similar al que motiva la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, en que el razonamiento del árbitro habría desconocido una norma sobre libre competencia que motivaría la nulidad del contrato que, por el contrario, estimó válido, la Cour, requerida en anulación del laudo, señaló lo siguiente: «... Que ella [la recurrente] afirma que el árbitro formula así una afirmación contraria a los artículos... así como al artículo 85 del Tratado de Roma, textos de orden público; ./... Pero considerando que aun suponiendo que la interpretación del contrato dada por el árbitro sea contraria al orden público, la nulidad del laudo sólo podría ser pronunciada en la medida en que la solución adoptada sobre el fondo por el árbitro vulnerase en sí misma el orden público; ./... que no puede ser el caso de la solución dada al litigio en el laudo por el árbitro, que consagra solamente el derecho a la indemnización de Alkan por el no respeto de los compromisos asumidos por Matra » (crítico el comenarista =L. Idot=, págs. 307 y 308, que parece señalar que la inaplicación por parte del árbitro de una norma imperativa relativa a libre competencia determinaría la contrariedad con el orden público).

[Ver Texto](#)

- (13) Razonamiento que =P. Mayer=, comentando el caso citado en la nota anterior (Matra) no critica abiertamente, aunque tampoco tengo claro si lo comparte. En concreto señala que «... la fórmula citada constituye una precisión útil: no es el razonamiento del árbitro lo que cuenta, sino la solución que adopta, puesto que la causa de anulación reside en la vulneración concreta causada al orden público» (pág. 624); sin embargo, añade que «... la consecuencia... es sorprendente, puesto que si el contrato era ilícito, la condena a la parte que rehusa ejecutarlo... tendería a promover el respeto a los acuerdos ilícitos» (págs. 624 y 625).

[Ver Texto](#)

- (14) En concreto las cuestiones fueron las siguientes: «... 4) ¿Obliga el Derecho comunitario a no aplicar la norma procesal neerlandesa descrita en el apartado 5.3 de esta resolución [conforme a la cual un laudo arbitral parcial que revista carácter de laudo final adquiere fuerza de cosa juzgada y, en principio, sólo puede ser recurrido en anulación en el plazo de tres meses a partir de su presentación en la secretaría del Rechtbank], cuando sea necesario para poder examinar en el procedimiento de anulación dirigido contra el laudo arbitral posterior si un acuerdo cuya validez jurídica ha sido declarada en un laudo arbitral parcial con valor de cosa juzgada es, no obstante, nulo por infringir el artículo 85 del Tratado de la Comunidad Europea? ./... 5) ¿O, por el contrario, en un supuesto como el descrito en la cuarta cuestión, debe dejarse sin aplicación la norma de que no puede solicitarse, junto con la del laudo arbitral posterior, la anulación de un laudo arbitral parcial en la medida en que éste tenga carácter de laudo final?».

[Ver Texto](#)

- (15) V. gr., art. 69 de la Ley de arbitraje inglesa de 1996; el texto se puede encontrar en la RCEA, 1997, págs. 396 a 452, con un comentario de =M.^a V. Cuartero Rubio=, págs. 452 a 459; o el art. 34 de la Ley portuguesa. El tema es desarrollado por =M.^a V. Cuartero Rubio=, *op. cit.*, págs. 121 a 128.

[Ver Texto](#)

- (16) Las conclusiones del Abogado General =Antonio =Saggio= ponen el acento en este aspecto, trayendo a colación decisiones anteriores como la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 27 de abril de 1994, *Almelo*, cit., en la que el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas afirmó la necesidad de que incluso los laudos dictados en equidad fuesen objeto de contraste con las normas comunitarias y particularmente las normas sobre libre competencia (punto 23); o como la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 14 de diciembre de 1995, As. C-312/93, que sí consideró contraria a la tutela efectiva de los derechos derivados del ordenamiento comunitario la normativa procesal belga que impedía al juez conocer de oficio la conformidad del Derecho belga con el Derecho comunitario, dentro de un recurso de revisión de la decisión de un órgano administrativo.

[Ver Texto](#)

- (17) No creo que pueda deberse a que el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas entienda que tal aspecto sea una cuestión de los respectivos Derechos nacionales (así se manifiesta =P. Schlosser=, pág. 234, que, no obstante, ya daba razones a favor de una cierta arbitrabilidad y pedía una solución uniforme para toda la Comunidad).

[Ver Texto](#)

- (18) Por todos, =P. Rodríguez Mateos=, *Sistema de mercado y tráfico internacional de mercancías*, Madrid, 1992, págs. 61 a 65; =R. Kovar=, «Droit communautaire de la concurrence et arbitrage», *Le droit des relations économiques internationales, Etudes offertes à Berthold Goldman*, París, 1987, págs. 109-124; =P. Schlosser=, págs. 232 a 235.

[Ver Texto](#)

(19) =R. Kovar=, págs. 111 y 112.

[Ver Texto](#)

(20) La situación es sintética y claramente expuesta por =L. Idot=, en su comentario al asunto *Matra* (pp. 297-303). Todo ello, sin perjuicio de los problemas de compatibilidad (en todo caso solubles) con la actividad de la Comisión europea en la materia. Por otro lado, la práctica de la propia Comisión muestra su anuencia ante las cláusulas arbitrales incluidas en acuerdos sometidos a su control, así como su interés por controlar (no «impedir») las sentencias arbitrales relativas al Derecho de libre competencia (=R. Kovar=, págs. 118 a 121).

[Ver Texto](#)