

La justicia arbitral frente al incidente de prejudicialidad del artículo 177 del Tratado C.E.E.

Fernando Muñoz de Toro

Abogado. Medalla de Oro, Universidad de Buenos Aires
Profesor de Contratos, Universidad de Buenos Aires
Miembro del Estudio Ernesto Galante-Abogados
Especializado en Comunidades Europeas, Universidad de Alcalá de Henares
Diplomado en Derecho comparado, Universidad Complutense
Becario en España por la Fundación Antorchas Argentina
y en los Estados Unidos por la Comisión Fulbright

SUMARIO

1. *Introducción.*—II. *El incidente de prejudicialidad.*
- III. *La justicia arbitral y el artículo 177 del Tratado C.E.E.:*
 - a) El caso Vaassen. b) El caso Broekmeulen. c) El caso Nordsee:
- IV. *La incidencia del caso Nordsee sobre la justicia arbitral*

I. INTRODUCCION

La expansión del arbitraje privado como medio de solución de los conflictos en los países de la Comunidad Europea y la proliferación de normas comunitarias que deben ser aplicadas por los árbitros planteó la cuestión de determinar si los tribunales arbitrales privados pueden interponer el incidente de prejudicialidad ante el Tribunal

de Justicia de las Comunidades Europeas y, por tanto, las consecuencias que ello acarrearía para la justicia arbitral (1).

En las páginas siguientes analizaré la jurisprudencia del T.J.C.E. sobre esta materia. Antes, sin embargo, me referiré a las características básicas del incidente de prejudicialidad (2).

II. EL INCIDENTE DE PREJUDICIALIDAD

El incidente, cuestión o recurso de prejudicialidad no es de naturaleza contenciosa ni es tampoco un recurso en sentido estricto. Se trata de un incidente que se desarrolla dentro de un proceso contencioso en un Estado miembro y, por tanto, accesorio a éste (3).

Su interposición compete a los *órganos jurisdiccionales nacionales* (4) a instancia de parte o de oficio en forma facultativa, salvo que se trate de una última instancia insusceptible de recurso ulterior en que la interposición es obligatoria (5).

Su objeto consiste en que el T.J.C.E. se pronuncie sobre alguna de las cuestiones previstas en el artículo 177: a) la interpretación de normas comunitarias (el Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea; los actos adoptados por las Instituciones de la Comunidad Económica Europea; los estatutos de los organismos creados por un acto del Consejo si dichos estatutos así lo prevén); b) la validez de normas comunitarias (en este caso sólo los actos adoptados por las instituciones comunitarias).

(1) Sobre este tema pueden consultarse: BLANCO MORALES, P., «El arbitraje privado y el recurso de prejudicialidad del artículo 177 del T.C.E.E.», *R.C.E.A.* (1986), p. 123; BROWN, W., «Commercial Arbitration and European Economic Community», *Journ. Int. Arb.*, vol. 2 (1985), p. 21; DE MELLO, X., «Arbitrage et droit communautaire», *Rev. Arb.* (1982), p. 349.

(2) Más detalles sobre este incidente pueden encontrarse en CHEVALIER y MAIDANI, *Guide Pratique art. 177 T.CEE*, Luxemburgo (1981); ISAAC, G., *Droit Général*, París (1983); MOLINA DEL POZO, C., *Manual de Derecho de la Comunidad Europea*, Madrid (1987); PASTOR, M., «El sistema jurisdiccional comunitario y su incidencia en el Ordenamiento español», *Revista Tapia* núm. 25, entre otros.

(3) Cfr. MOLINA DEL POZO, *op. cit.*, p. 160; ISAAC, *op. cit.*, p. 325.

(4) Artículo 177 (b) *in fine* del Tratado constitutivo de la C.E.E.

(5) No se establece, sin embargo, sanción alguna si aun en este caso no se interpone el incidente porque, por ejemplo, la norma comunitaria no ofrecería dudas para el Tribunal nacional y su interpretación sería análoga a otro procedente del T.J.C.E. Cfr. sentencia del T.J.C.E. del 17 de marzo de 1963 (Da Costa), Rep. 1963, citada en MOLINA DEL POZO, *op. cit.*, p. 170, nota 222; sentencia del T.J.C.E. del 6 de octubre de 1982 (CILFIT), Rep. 1982, p. 3430.

Los efectos de las sentencias del T.J.C.E. varían según la cuestión interpuesta. Si es la interpretación de *normas o actos comunitarios* la sentencia será obligatoria y con efectos *erga omnes*, tanto para la jurisdicción nacional que interpuso el incidente como para otras jurisdicciones aun de rango superior en casos análogos (6). Si se trata de apreciar la validez de actos o normas comunitarias la sentencia sólo tendrá efectos *inter partes* (7) y no anulará el acto en cuestión, tarea que compete a la Institución Comunitaria de la cual emanó. En ningún caso el T.J.C.E. se pronuncia sobre el fondo del litigio.

La finalidad esencial del incidente de prejudicialidad es, de esta manera, asegurar un control indirecto de la legalidad comunitaria (8) en aquellas materias autorizadas por el artículo 177. Este control indirecto debe entenderse, no obstante, en el marco de las relaciones de cooperación entre la jurisdicción comunitaria y las jurisdicciones nacionales (9).

Ahora bien, la cuestión que nos interesa es determinar: ¿cuáles son los «órganos jurisdiccionales nacionales» a los que se refiere el artículo 177 del Tratado C.E.E. que pueden interponer el incidente de prejudicialidad asegurando la coherencia y uniformidad en la interpretación y aplicación del Derecho comunitario? O, en otras palabras, si los tribunales arbitrales privados de los Estados miembros están incluidos entre los «órganos jurisdiccionales nacionales» y, en tal caso, cuáles son los requisitos necesarios para que puedan interponer el incidente de prejudicialidad (10).

III. LA JUSTICIA ARBITRAL Y EL ARTICULO 177 DEL TRATADO C.E.E.

Esta cuestión ha ido evolucionando, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia comunitaria. En una primera época se proponía que

(6) La cuestión podría plantearse nuevamente si la sentencia del T.J.C.E. no es suficientemente clara.

(7) Cfr. sentencia del T.J.C.E. del 19 de octubre de 1977 (Ruckdeschel), Rep. 1977, p. 1772.

(8) Cfr. MOLINA DEL POZO, *op. cit.*, p. 168.

(9) Esta relación es «...de colaboración y respeto... lo que resulta de que sean las jurisdicciones nacionales las que aplican el Derecho comunitario...», MOLINA DEL POZO, *op. cit.*, p. 277.

(10) Por arbitraje privado se entiende, en líneas generales, el voluntariamente convenido por las partes en oposición al obligatorio o forzoso impuesto por el Derecho positivo. Para más detalles consultar FOUSTOCOS, ANGHÉLOS, «L'arbitrage

fuesen los distintos ordenamientos jurídicos de los Estados miembros los que determinen cuáles son esos «órganos jurisdiccionales» (11). Esta solución poco compatible con la finalidad de coherencia y uniformidad del incidente de prejudicialidad no tardó en ser abandonada (12). Se adoptó una determinación autónoma única para todos los Estados miembros.

Dentro de esta orientación surgieron dos criterios: uno interpretó que dicha noción debía definirse de acuerdo con un criterio *institucional*: «...órganos jurisdiccionales...», serían todos aquellos que pudiesen ser calificados como titulares de la potestad soberana de dictar justicia...» (13); otro sostuvo un criterio *funcional*: serían todas aquellas instituciones de carácter permanente en el sistema jurídico estatal facultadas para resolver litigios y cuyas decisiones tienen reconocimiento estatal sin importar si participan o no de la soberanía del Estado al ejercer sus funciones (14).

En este contexto, la jurisprudencia del T.J.C.E. ha seguido una definición autónoma e institucional en los casos «Vaassen Göbbels», «Broekmeulen» y «Nordsee». Sólo en este último caso se trató, sin embargo, de un incidente interpuesto por un Tribunal arbitral privado.

a) En el caso 61/65 (15) el incidente de prejudicialidad fue interpuesto por el «Scheidsgerecht van het Beambtenfonds voor het Mijnbedrijf» (Tribunal Arbitral del Fondo para trabajadores no manuales empleados en la industria minera) en un litigio entre la viuda Vaassen-Göbbels y la «Management of the Beambtenfonds voor het Mijnbedrijf» («B.F.M.»).

La señora Vaassen, viuda de un ciudadano alemán que trabajaba en el sector minero, estaba registrada y recibía una pensión del fondo de pensiones holandés «B.F.M.». Al trasladarse a Alemania se le informó que los residentes fuera de Holanda no podían estar registrados en el fondo caducando su derecho a pensión. La señora Vaassen requirió que se la reinscriba en el fondo a lo que «B.F.M.» no accedió. Esta negativa fue apelada al Tribunal Arbitral que interpuso el incidente de prejudicialidad al vincularse la controversia a la interpretación de un Reglamento comunitario sobre seguridad social de trabajadores migrantes (16).

International en droit Privé Hellénique», *Revue Hellénique de droit International*, (1973/1974), núm. 36, p. 72.

(11) Cfr. BLANCO-MORALES, *op. cit.*, p. 126, y autores citados en esa obra, nota 18.

(12) *Ibid.*

(13) *Ibid.*

(14) Ver *infra*, nota 28.

(15) Sentencia del T.J.C.E. del 30 de junio de 1966, Rep. 1966, p. 261.

(16) D.O.C.E. del 16 de diciembre de 1958, p. 561.

El T.J.C.E. rechazó el argumento de «B.F.M.» de que el Tribunal Arbitral no era uno de los órganos jurisdiccionales del artículo 177 del Tratado C.E.E. Tanto para el Tribunal de Luxemburgo como para el abogado general era un órgano jurisdiccional facultado para interponer el incidente de prejudicialidad por tratarse de un Tribunal permanente para resolver todas las controversias que surgieran entre «B.F.M.» y sus asegurados; tenía normas similares a la de los tribunales judiciales ordinarios; aplicaba normas de Derecho y su jurisdicción era obligatoria para los asegurados. Participaba, en definitiva, de la soberanía del Estado al ejercer sus funciones (17).

b) Igual jurisprudencia siguió el T.J.C.E. en el caso 248/80 (18). El incidente de prejudicialidad lo interpuso el «Commissie van Beroep Huisartsgeneeskunde» (Comité de Apelaciones en materia de Medicina General) en un litigio entre el doctor C. Broekmeulen y la «Huisarts Registratie Commissie» (Comité General de Practicantes Registrados).

El doctor Broekmeulen, ciudadano holandés, obtuvo el título en Medicina en la Universidad de Lovaina, Bélgica. Una vez en su país fue autorizado por el secretario de Estado de Salud Pública para ejercer la profesión en Holanda. Sin embargo, el Comité General se negó a registrarlo como médico general («huisarts»). Esta resolución fue apelada ante el «Comité de Apalaciones que decidió suspender el proceso a fin de interponer el incidente del artículo 177 por entender que era necesaria la aplicación de una Directiva comunitaria sobre el Derecho de establecimiento y la libre prestación de servicios (19).

Los argumentos del T.J.C.E. y del abogado general fueron similares a los del caso anterior. El Comité de Apelaciones funcionaba con consentimiento y cooperación de la Autoridad pública; ocupaba de *facto* el lugar de los tribunales ordinarios; aplicaba el derecho y era de *facto* el Tribunal de última instancia al reconocerse su sentencia como definitiva (20). El incidente era procedente porque participaba, en suma, de la soberanía del Estado al resolver conflictos (21).

(17) Se hizo lugar al reclamo de la viuda Vaassen porque no podía negarse el derecho a cobrar la pensión invocándose que la beneficiaria residía en un Estado miembro distinto de aquel donde tiene la sede la obligada al pago.

(18) Sentencia del T.J.C.E. del 6 de octubre de 1981, Rep. 1981 6-7, p. 2311.

(19) D.O.C.E. 1975 L 167, p. 1; D.O.C.E. 1975 L 167, p. 14; se discutían también los artículos 3c, 48, 52 y 59 del Tratado constitutivo de la C.E.E.

(20) Cfr. también la opinión del abogado general Reischl en este sentido, Rep. 1981, 6-7, p. 2338.

(21) Se interpretó que la negativa a registrar al doctor Broekmeulen violaba la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios si se cumplían los requisitos de la Directiva 75/362/C.E.E. (D.O.C.E. 1975 L 167, p. 1).

Estas dos sentencias son útiles para precisar los órganos jurisdiccionales del artículo 177 del Tratado C.E.E. en algunos supuestos pero no en aquellos casos en los cuales el incidente de prejudicialidad lo interponen tribunales arbitrales privados que carecen de los requisitos indicados *ut supra* (22).

c) Este tema fue tratado por el T.J.C.E. en el caso 102/81 (23). El doctor Walther Richter, presidente del «Hanseatischen Oberlandesgericht», actuaba como árbitro en un litigio entre empresas establecidas en Bremen: «Nordsee Deutsche Hochseefischerei» contra «Reederei Mond Hochseefischerei Nordstern AG & Co. KG» y «Reederei Friedrich Hochseefischerei Nordstern AG & Co. KG».

Estas empresas que participaban en un programa común para la construcción de trece buques factoría de un mismo tipo solicitaron ayuda financiera al FEOGA para la construcción de nueve de esos buques (24).

Por una cláusula compromisoria sometían a arbitraje toda controversia que surgiese durante su relación contractual renunciando los recursos ante los tribunales ordinarios. La Comisión concedió una subvención para seis de los buques en construcción, lo que motivó divergencias en la forma de distribuir los fondos (25).

Ante la falta de acuerdo Nordsee recurrió al árbitro designado por las partes, quien interpuso el incidente de prejudicialidad por estar en juego la interpretación de normas comunitarias sobre ayudas concedidas por el FEOGA (26). Un Tribunal arbitral privado recurría por primera vez ante el T.J.C.E.

La Comisión en sus observaciones escritas (27) propició un criterio funcional para definir los «órganos jurisdiccionales» del artículo 177 destacando, en particular, que el Tribunal arbitral se había constituido en forma regular y de acuerdo con el Derecho alemán; éste lo consideraba una institución facultada para resolver litigios de acuerdo con unas reglas procesales determinadas; el árbitro debía resolver conforme a de-

(22) Ver *supra*, nota 10.

(23) Sentencia del T.J.C.E. del 23 de marzo de 1982, Rep. 1982, I-2, p. 1095.

(24) En sus relaciones internas establecieron que las ayudas o subvenciones se repartirían en partes iguales correspondiendo la treceava parte a cada empresa.

(25) Nordsee reclamó su parte pero las otras dos empresas, junto a la Comisión, sostenían que el acuerdo para repartir las subvenciones era ineficaz porque las subvenciones del FEOGA se vinculaban a un proyecto determinado, no pudiéndose repartir en otros proyectos.

(26) Reglamentos del Consejo 17/64/C.E.E. del 5 de febrero de 1964; 729/70/C.E.E. del 21 de abril de 1970 y 2722/72/C.E.E. del 19 de diciembre de 1972; D.O.C.E. (edición especial inglesa), 1963-1964, p. 193; 1970, I, p. 218, y 1972, p. 31.

(27) Cfr. Rep. 1982, I-2, p. 1104.

recho lo que obligaba a aplicar e interpretar Derecho comunitario; había sido instituido por el propio Ordenamiento jurídico alemán, que reconocía sus sentencias; las partes no creaban la jurisdicción arbitral sino que sólo se servían de ella, siendo «of no importance» el carácter permanente u ocasional del Tribunal arbitral (28); «It is essential, however, that the power of arbitration as such is a permanent feature of the judicial system» (29). En suma, «the Commission considers, therefore, that Article 177 should be interpreted to include as a court or tribunal all national bodies which give judgment. The German arbitration tribunal does so and, what is more, is bound to apply Community law (30).

Ni el Tribunal de Justicia, ni el abogado general Reischl adhirieron, sin embargo, al criterio de la Comisión (31).

El T.J.C.E. reconoció la similitud entre la función arbitral y la función jurisdiccional: ambas deciden conforme a derecho y su decisión es «res judicata» para las partes. «However, those characteristics are not sufficient to give the arbitrator the status of a "court or tribunal of a Member State" within the meaning of Article 177 of the Treaty» (32). Esto, por varias razones:

Una primera cuestión se refirió al deber de cooperación que sustenta el incidente. La República Federal Alemana como Estado miembro de las Comunidades Europeas no ha cedido o confiado a personas o árbitros privados la garantía del respeto de las obligaciones emergentes del Derecho comunitario. Esta garantía deben cumplirla los Estados miembros mediante los órganos estatales jurisdiccionales que son los únicos que pueden interponer el incidente de prejudicialidad (33).

Para avalar esta afirmación el T.J.C.E. agregó una serie de circunstancias referidas al funcionamiento de la justicia arbitral: las partes no tenían obligación de hecho ni de derecho de someterse a un arbitraje de esa naturaleza (34); las autoridades públicas alemanas no estaban invo-

(28) *Ibid.*, p. 1105.

(29) *Ibid.*

(30) *Ibid.* Concluyó la Comisión: «...A German arbitration tribunal which decides not on grounds of equity but on grounds of law and whose award has the same effects as regards the parties as a judicial decision with force of res judicata (Article 1040 of the Zivilprozeßordnung) has jurisdiction to refer questions to the Court of Justice of the European Communities for a preliminary ruling under the second paragraph of Article 177 of the E.C.C. Treaty...», *ibid.*

(31) La opinión del abogado general Reischl puede consultarse en Rep. 1982, I-2, pp. 1112 a 1128.

(32) Rep. 1982, I-2, p. 1110.

(33) *Ibid.*, considerando 12.

(34) *Ibid.*, considerando 11.

lucradas, además, en la decisión de someter las controversias a arbitraje ni intervenían automáticamente en el procedimiento que se desarrolla ante dicho Tribunal (35).

Los problemas de interpretación y aplicación de normas comunitarias que surjan durante un arbitraje privado deberán ser examinados, de este modo, en las jurisdicciones ordinarias durante la etapa de control del laudo arbitral o durante la asistencia que los tribunales ordinarios prestan a los arbitrales antes de dictarse el laudo (36) y, si corresponde, serán los tribunales ordinarios los que interpondrán el incidente de prejudicialidad (37).

Las *observaciones* de los *Gobiernos de Gran Bretaña, Italia y Dinamarca* avalaron estos argumentos (38): por un lado, las partes eran libres de someterse a arbitraje o a los tribunales ordinarios pudiendo incluso excluir algunas cuestiones del litigio (39); por otro lado, el Tribunal arbitral, a diferencia de los casos anteriores (40), no era de carácter permanente (41).

El Reino Unido puso énfasis, además, en las consecuencias negativas para la justicia arbitral de declarar procedente el incidente de prejudicialidad: «If private arbitrators were allowed to refer questions to the Court under Article 177 the objectives which the parties seek to achieve in submitting their dispute to arbitration —speed, finality, and privacy— would be frustrated» (42).

Se trata, en definitiva, de diferenciar, por una parte, el Tribunal que decide el litigio y, por otra parte, el Tribunal que puede interponer el incidente para preservar la uniformidad en la interpretación y aplicación del Derecho comunitario (43).

(35) *Ibid.*, considerando 12.

(36) *Ibid.*, p. 1111, considerando 14.

(37) *Ibid.*, considerando 15.

(38) *Ibid.*, pp. 1101 y ss.

(39) *Ibid.*, p. 1102, la opinión del Gobierno del Reino Unido.

(40) El Gobierno italiano señaló, refiriéndose al caso Vaassen, que «... the arbitration tribunal in this instance is in a different position because its function are not of a permanent nature and are based on the authority of private agreement...», *ibid.*, p. 1103.

(41) *Ibid.*, p. 1103, la opinión del Gobierno de Dinamarca.

(42) *Ibid.*, p. 1102.

(43) *Ibid.*, pp. 1110 y 1111 las conclusiones del T.J.C.E.

IV. LA INCIDENCIA DEL CASO NORDSEE SOBRE LA JUSTICIA ARBITRAL

a) Esta jurisprudencia del T.J.C.E. definió los rasgos esenciales de los tribunales arbitrales privados distinguiéndolos de aquellos que forman parte de la estructura judicial del Estado, que participan de la potestad soberana de dictar justicia (44). Estos rasgos son: la libertad de las partes para someter sus controversias a arbitraje y para fijar las cuestiones litigiosas; la no intervención de la autoridad pública en la decisión de recurrir a arbitraje ni en el procedimiento arbitral; y también el carácter no permanente del Tribunal arbitral.

b) Los tribunales arbitrales que reúnen estas características no pueden interponer el incidente de prejudicialidad, si bien se reconoce que deben aplicar el Derecho comunitario con sus rasgos de primacía, aplicabilidad y efecto directo en todos los Estados miembros (45).

c) Esa interposición corresponde a los tribunales ordinarios en la etapa de control del laudo arbitral y, además, se establece por primera vez la posibilidad de recurrir al T.J.C.E. antes que se dicte el laudo arbitral en el marco de la asistencia que prestan los tribunales ordinarios a los arbitrales.

Esta es, junto a la exclusión de los tribunales arbitrales de los «órganos jurisdiccionales» del artículo 177, la novedad más importante del fallo Nordsee.

Esta solución tendente a mantener la uniformidad del Derecho comunitario no está, sin embargo, exenta de reproches.

d) No todos los Estados miembros regulan la asistencia judicial a los tribunales arbitrales para la determinación e interpretación del derecho aplicable. Se trata, en definitiva, de una solución relativa.

La ley de arbitraje inglesa del 4 de abril de 1979 (Section 2, «Determination of preliminary point of law by court») regula esa asistencia judicial cumplidos determinados requisitos (46).

(44) El Gobierno italiano señaló que, «... an arbitrator's award cannot be described as an act of public authority so long as that character has not been attributed to it by the subsequent intervention of a judge invested with judicial powers...», *ibid.*, p. 1103.

(45) Sobre estos rasgos consultar MOLINA DEL POZO, *op. cit.*, p. 325.

(46) Por ejemplo, deben estar de acuerdo el árbitro y todas las partes y el Tribunal debe decidir que la interposición del incidente constituye un «ahorro sustancial» de costos (section 2-2-a). Cfr. PARK, W., «El arbitraje comercial internacional y la *lex loci arbitri*: perspectiva de la ley de arbitraje inglesa», *R.C.E.A.* (1985), p. 57.

No ocurre lo mismo con la Ley española de arbitraje del 22 de diciembre de 1953 ni con la recientemente sancionada ley de arbitraje que si bien regula la asistencia judicial en materia de prueba (art. 28) nada dice acerca de la asistencia en la interpretación del derecho aplicable por los árbitros. Tampoco está prevista esta posibilidad en la Ordenanza procesal alemana (parágrafo 1036). En el ámbito multilateral, la ley modelo aprobada por la *Uncitral* tampoco prevé ese tipo de asistencia judicial (47).

De este modo, la uniformidad en la interpretación y aplicación del Derecho comunitario se realizará, en muchas ocasiones, en la etapa de ejecución y control del laudo arbitral. Aunque esta solución no está tampoco exenta de problemas, como indicó el doctor Walter Richter: «Furthermore, a mistaken application of the law, in so far as it does not involve an offence against public morality or public policy (Paragraph 1041, 1-2 of the Zivilprozeßordnung), cannot be rectified in proceedings for enforcement or to have the award set aside. Consequently, if arbitration tribunals are denied jurisdiction to refer matters to the Court of Justice for a preliminary ruling the uniform application of Community law will be jeopardized in a field of vital importance for the European Communities, namely commercial law, not to mention the fact that it is for the national courts to decide whether an infringement of Community law is so serious that the public morality or public policy is affected and that it would not be easy for them to rectify a mistaken application of Community law on those exceptional grounds» (48).

e) Ahora bien, independientemente de que los árbitros puedan recurrir al T.J.C.E. a través de los tribunales ordinarios antes o después de dictado el laudo arbitral o, aún más, directamente como propiciaron el doctor Richter y la Comisión, no parece resolverse el problema.

La sola posibilidad de interponer el incidente de prejudicialidad por los tribunales arbitrales directa o indirectamente menoscaba los beneficios atribuidos a este tipo de justicia (49). Es cierto que ante la necesidad de preservar la uniformidad en la interpretación y aplicación del

(47) Cfr. ESPLUGES, C., y MC. NERNY, «Aproximación a la nueva ley modelo de UNCITRAL sobre arbitraje comercial internacional», *R.C.E.A.* (1986), p. 23.

(48) Rep. 1982, 1-2, p. 1100, pto. 6, *in fine*.

(49) Tales como la celeridad, la privacidad, la economía, la especialización, etcétera. En este sentido, consultar, entre otros, SANDERS, P., «Trends in the field of commercial arbitration», *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haya*, vol. II, 1975, p. 215; HOLTZMANN, H., «L'arbitrage et les tribunaux des associés dans un système de justice internationale», *Revue de l'Arbitrage* (1978), número 3, p. 260.

Derecho comunitario es conveniente que los árbitros puedan recurrir al T.J.C.E. antes de dictado el laudo evitando su posterior modificación (50). No es menos cierto, sin embargo, que aun así esa uniformidad conspira contra la finalidad generalmente aceptada de quienes acuerdan someter sus diferencias a árbitros y no a jueces (51): obtener una solución para la controversia que los enfrenta sustancialmente distinta a la que normalmente obtendrían si ésta fuera deferida a la decisión de los tribunales estatales. Tanto el criterio funcional como el institucional obligan a que el T.J.C.E. se pronuncie sobre la validez o interpretación de las normas que aplicará el árbitro.

El Gobierno del Reino Unido destacó el punto. El conflicto, no obstante, parece difícil de resolver. Limitar el incidente de prejudicialidad cuando se trata de arbitrajes, incluso a través de los tribunales ordinarios, atentaría contra la necesidad de uniformidad del Derecho comunitario. La solución inversa constituye un arma de dilación que afectaría la justicia arbitral y, lo que es más importante, desconocería que las partes que pactan un arbitraje pretenden acceder a una justicia distinta a la de los tribunales ordinarios, una justicia que consideran que se adapta mejor a sus necesidades e intereses o lo que es lo mismo «que su disputa será resuelta mediante la aplicación de otras reglas que constituyen a sus ojos un derecho mejor que el derecho aplicado por los tribunales» (52).

Es que, en definitiva, «L'arbitrage n'est pas, dans son essence, un phénomène distinct au droit, antagonists... Lorsqu'on parle d'arbitrage, on est toujours avant le droit ou à côté du droit» (53).

(50) En este sentido, BLANCO-MORALES, *op. cit.*, p. 129, propiciaba reformar la Ley española de arbitraje de 1953 regulando la asistencia judicial en la interpretación del derecho aplicable previa al laudo y, agrega, «...de *lege ferenda* podría, incluso, imponerse a los tribunales arbitrales la obligación de acudir en demanda de auxilio a los órganos de la jurisdicción ordinaria, para que éstos abriesen la vía del recurso prejudicial, siempre que ante ellos se plantease una cuestión de interpretación o validez de las normas del Derecho comunitario...»; en igual sentido, HEPTING, R., «Art. 177 EWGV und die private schiedsgerichtsbarkeit», *Eur.* (1982), p. 332. Esta solución, sin embargo, significaría dilatar *ab initio* todo proceso arbitral considerablemente. Parece conveniente limitar en la medida de lo posible la intervención judicial, especialmente en la interpretación del derecho aplicable por el árbitro.

(51) Así se manifiestan, entre otros, DAVID, RENÉ, *Cours de droit privé Comparé* (1968), p. 25; RUBELLIN-DEVICHI, JACQUELINE, *L'arbitrage, Nature Jurique; Droit interne et Droit International Privé* (1965), p. 364.

(52) DAVID, RENÉ, *op. cit.*, p. 25.

(53) DAVID, RENÉ, «Arbitrage et Droit Comparé», *Revue Internationale de Droit Comparé* (1959), núm. 1, p. 14.

La expansión del arbitraje en los Estados miembros sumado al cada vez mayor incremento de normas comunitarias mercantiles que deben ser aplicadas por los árbitros privados permiten presumir que casos como Nordsee no tardarán en plantearse. Un equilibrio entre las necesidades del tráfico mercantil plasmadas en la justicia arbitral, por una parte, y la uniformidad en la aplicación e interpretación del Derecho comunitario perseguida por el Tratado de Roma, por otra parte, requerirá seguramente nuevos criterios jurisprudenciales.