

LA LEY *Mediación y Arbitraje*

Abril-Junio 2021 | **07**

Inserción de los MASC en el Anteproyecto de Ley de Eficacia Procesal

*La ciberseguridad: nuevo paradigma
en el mundo del arbitraje*

DIRECTOR:

JOSÉ CARLOS FERNÁNDEZ ROZAS

Equipo Editorial

Fernando Cameo Bel (Gerente de Publicaciones) fernando.cameo@wolterskluwer.com

Ana María Gómez Megías (Responsable de contenidos Revistas de Derecho Privado)
ana.maria.gomez@wolterskluwer.com

Ana Belén Corral Moraleda (Redacción) ana.belen.corral@external.wolterskluwer.com

ISSN Electrónico: 2660-7808

Diseño por Wolters Kluwer España, S.A.

© **Wolters Kluwer España, S.A.**

Todos los derechos reservados. A los efectos del art. 32 del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba la Ley de Propiedad Intelectual, Wolters Kluwer España, S.A., se opone expresamente a cualquier utilización del contenido de esta publicación sin su expresa autorización, lo cual incluye especialmente cualquier reproducción, modificación, registro, copia, explotación, distribución, comunicación, transmisión, envío, reutilización, publicación, tratamiento o cualquier otra utilización total o parcial en cualquier modo, medio o formato de esta publicación.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la Ley. Diríjase a **Cedro** (Centro Español de Derechos Reprográficos, www.cedro.org) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

El editor y los autores no aceptarán responsabilidades por las posibles consecuencias ocasionadas a las personas naturales o jurídicas que actúen o dejen de actuar como resultado de alguna información contenida en esta publicación.

Nota de la Editorial

El texto de las resoluciones judiciales contenido en las publicaciones y productos de **Wolters Kluwer España, S.A.**, es suministrado por el Centro de Documentación Judicial del Consejo General del Poder Judicial (Cendoj), excepto aquellas que puntualmente nos han sido proporcionadas por parte de los gabinetes de comunicación de los órganos judiciales colegiados. El Cendoj es el único organismo legalmente facultado para la recopilación de dichas resoluciones. El tratamiento de los datos de carácter personal contenidos en dichas resoluciones es realizado directamente por el citado

organismo, desde julio de 2003, con sus propios criterios en cumplimiento de la normativa vigente sobre el particular, siendo por tanto de su exclusiva responsabilidad cualquier error o incidencia en esta materia.

Wolters Kluwer

C/ Collado Mediano, 9

28231 Las Rozas (Madrid)

Tel: 902 250 500 – Fax: 902 250 502

e-mail: clienteslaley@wolterskluwer.es

<http://www.wolterskluwer.es>

LA LEY Mediación y Arbitraje

Revista de actualidad jurídica sobre métodos alternativos de solución de controversias

LA LEY Mediación y Arbitraje persigue el análisis, la promoción y la divulgación de los desarrollos normativos, jurisprudenciales y de la práctica de los métodos alternativos de solución de controversias, en especial de la mediación y del arbitraje, en sus distintas dimensiones: nacional, internacional y transnacional. Asimismo pretende ser un foro de confluencia de las numerosas instituciones españolas dedicadas a estos menesteres, con la divulgación de sus preocupaciones profesionales y corporativas. Está destinada a los operadores jurídicos, instituciones administradoras, mediadores y árbitros, así como a funcionarios, jueces, abogados y académicos, que precisan estar al día del acontecer de la justicia alternativa y contar con una visión rigurosa de la misma, a través de autores de reconocido prestigio.

Director

José Carlos Fernández Rozas

Catedrático de Universidad, árbitro internacional y miembro

del *Institut de Droit International*

Secretario

Gonzalo Stampa Casas

Socio Fundador de Stampa Abogados, Doctor en Derecho,

LL.M. Londres,

árbitro y mediador internacional

Consejo de redacción

Fernando Bejerano Guerra, Director del Centro de Resolución de Conflictos del ICAM (medialCA); **Pedro Claros Alegría**, Co-Presidente de la Sección de ADR del ICAM y árbitro internacional; **Ana Fernández Pérez**, Profesora Titular y Directora de Máster de Arbitraje de la Universidad de Alcalá; **Rafael Hinojosa Segovia**, Profesor Titular de la Universidad Complutense de Madrid; **Iñigo Iruretagoiena Agirrezabalaga**, Profesor Agregado de la Universidad del País Vasco; **Josep Maria Julià Insenser**, árbitro y abogado fundador de Delegaltessen; **Enrique Linares Rodríguez**, Doctor el

Derecho, Stampa Abogados; **María Marcos González**, Catedrática de la Universidad de Alcalá de Henares; **Frederic Munné Catarina**, Presidente del Centro ADR del ICAB, abogado, doctor en Derecho; **Ixusko Ordeñana Gezuraga**, Profesor Titular de la Universidad del País Vasco; **Francisco G. Prol**, Socio director de Prol & Asociados y árbitro internacional; **Nazareth Romero Sánchez-Miguel**, Co-Presidenta de la Sección de Medios Alternativos de Resolución de Conflictos del ICAM; **Helena Soleto Muñoz**, Catedrática de la Universidad Carlos III, Mediadora, Co-Presidenta de la Sección de Medios Alternativos de Resolución de Conflictos del ICAM.

Consejo asesor

José María Alonso Puig, Decano del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid; **Silvia Barona Vilar**, Catedrática de Derecho procesal de la Universitat de València; **José Antonio Caínzos**, Presidente del Centro Internacional de Arbitraje de Madrid; **Begoña Castro Jover**, Presidenta de la Corte de Arbitraje del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid; **Bernardo M. Cremades**, Socio fundador del Despacho Cremades & Abogados; **Juli de Miquel Berenguer**, Presidente del Tribunal Arbitral de Barcelona; **Urquiola de Palacio del Valle de Lersundi**, Presidente de la Corte de Arbitraje de Madrid; **Rafael Gil Nievas**, Abogado del Estado, Jefe-Adjunto de Arbitrajes Internacionales, Columbia LL.M, Diplomado por Harvard en Negociación y Mediación; **Javier Íscar de Hoyos**, Presidente del Centro de Mediación y Solución de Conflictos, Secretario general de la Asociación Europea de Arbitraje y del Centro Iberoamericano de Arbitraje; **José Fernando Merino Merchán**, Socio Fundador del Despacho Merino & Valenzuela Asociados y árbitro internacional; **José Pascual Ortuño Muñoz**, Magistrado de la Audiencia Provincial de Barcelona; **Elena Otero-Novas Miranda**, Presidenta de la Corte Española de Arbitraje; **Sixto A. Sánchez Lorenzo**, Catedrático de la Universidad de Granada, árbitro internacional y secretario General de Instituto Hispano Luso Americano de Derecho Internacional; **Juan Serrada Hierro**, Presidente de la Corte Civil y Mercantil de Arbitraje

Consejo evaluador externo

Marie Elodie Ancel, Catedrática de la Facultad de Derecho de la Universidad de París-Est; **Roque J. Caivano**, Gerente Jurídico de la Cámara Arbitral de la Bolsa de Cereales de Buenos Aires; **Hernando Díaz-Candia**, Socio de WDA, Legal S.C. (Miami) y árbitro internacional; **Carlos Esplugues Mota**, Catedrático de la Universidad de Valencia; **Dário Moura Vicente**, Catedrático de la Universidad de Lisboa, Presidente de la Associação Portuguesa de Arbitragem; **Leonel Perezniето Castro**, Profesor de Carrera de la UNAM, Investigador Nacional Nivel III (México); **Eduardo Picand Albónico**, Profesor de la Universidad de Chile, Presidente de la Asociación Chilena de DIPr; **Mauro Rubino-Sammartano**, Presidente de la European Court of Arbitration; **Juan Sánchez-Calero Guilarte**, Catedrático de Derecho mercantil de la Universidad Complutense de Madrid, Socio Director del Estudio Jurídico Sánchez Calero.

SUMARIO

TRIBUNA

- «*Comentarios al Anteproyecto Ley de Eficacia Procesal*», **Pascual Ortuño Muñoz**. Magistrado (Jubilado) exdirector de la Escuela Judicial Española
- «*Una gran obra colectiva dedicada a la doctrina constitucional sobre el arbitraje*», **Javier Jiménez Ugarte**, Lupicinio International Law Firm Of Counsel (Mediación y Arbitraje)

ESTUDIOS

- «*Variables de la práctica de designación de los árbitros por un tercero*», **José Carlos Fernández Rozas**, Director de la Revista
- «*El arbitraje obligatorio y la reanudación de la actividad laboral en el derecho fundamental a la huelga*», **José Luis Monereo Pérez**, Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social y **Pompeyo Gabriel Ortega Lozano**, Profesor Ayudante Doctor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada.
- «*Dificultades asociadas a la ejecución de resoluciones extranjeras frente a Estados soberanos en España*», **Javier Izquierdo** y **Marta Robles**, Socio y Abogada de Litigación y Arbitraje de Pérez-Llorca
- «*Balance a 10 Años del Reconocimiento al Efecto-Dual del Principio Kompetenz-Kompetenz en Venezuela*», **Gilberto A. Guerrero-Rocca**. Socio WDA Legal, Profesor de la Florida International University

PRÁCTICA EN MEDIACIÓN Y ARBITRAJE

- «*La dirimencia por experto en el Derecho español*», **Blas Piñar Guzmán**, Abogado Of Counsel en Samaniego Law
- «*La financiación por terceros en el arbitraje internacional*», **Adam Erusalimsky**, Senior Investment Officer en la sede de Woodsford Litigation Funding (Londres) y **Oriol Valentí i Vidal**, Asociado principal en el departamento de litigación y arbitraje de Cuatrecasas en Barcelona
- «*El experto independiente en el sector salud*», **Yolanda Aguilar**, Directora de Plataforma REDES. Resoluciones Extrajudiciales en Derecho Sanitario

REGULACIÓN

- «*La ciberseguridad: nuevo paradigma en el mundo del arbitraje*», **Vicente Moret, Iñigo Rodríguez-Sastre y Elena Sevilla**, Andersen
- «*Breves apuntes sobre el reglamento de mediación de la Comunitat Valenciana*», **Josefa Teresa Roselló Monserrat y Pedro Tent Alonso**, Letrados; socios en el Departamento de Litigación y Arbitraje de J&A Garrigues, S.L.P, oficina de Valencia
- «*La enmienda del Acuerdo para la promoción y protección recíproca de inversiones de España y Kazajstán: primeras notas de una partitura interpretada bajo la batuta de la Unión Europea*», **Iñigo Iruretagoiena Agirrezabalaga**, Profesor Agregado de Derecho internacional público de la Universidad del País Vasco (UPV/EHU)

JURISPRUDENCIA

Crónicas

- «*Un respiro para el arbitraje*», **Josep Maria Julià**, Delegaltessen
- «*El principio de voluntariedad como límite de la acción de nulidad a propósito de recientes decisiones del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña*», **Frederic Munné Catarina**, Abogado, doctor en Derecho
- «*Principio de igualdad y deber de revelación de los árbitros: Nuevas contribuciones de la Chambre Commerciale Internationale à la Cour d'Appel de Paris*», **Anaëlle Idjeri**, Member of the Lyon Bar, Soulier Avocats

Sentencias seleccionadas

- «*Cláusulas ADR en códigos de conducta (STSJ de Cataluña 13 octubre 2020)*», **Belén Alandete Sánchez**, Asociada Senior del área de Derecho Procesal de Broseta
- «*Lo que Dios ha unido que no lo separe el hombre... o sobre el surgimiento y fin del pacto de sumisión a arbitraje (AAP Bizkaia 19 octubre 2020)*», **Ixusko Ordeñana Gezuraga**, Profesor Titular Derecho Procesal Euskal Herriko Unibertsitatea/Universidad del País Vasco
- «*Etrak v. Libya: The long story told short (Judgment of the Swiss Federal Tribunal, First Civil Law Chamber of 2 November 2020)*», **Ylli Dautaj**, Managing Partner at DER Legal. Visiting Lecturer, Uppsala University
- «*Anulación de un laudo arbitral por caducidad de la acción de arbitraje ejercitada (STSJ Castilla-La Mancha CP 1ª 19 noviembre 2020)*», **Rafael Hinojosa Segovia**, Profesor Titular de Derecho Procesal. Universidad Complutense de Madrid
- «*Confirmación de la doctrina del Tribunal Supremo sobre swaps (SAP Madrid 19 noviembre 2020)*», **Francisco G. Prol Pérez**, Abogado y árbitro
- «*La prejudicialidad penal en los procedimientos arbitrales (STSJ Madrid CP 1ª 15 diciembre 2020)*», **Fabio Virzi y Natalia Ros**, Abogados de Cases & La Cambra

- «*El privilegio de inmunidad estatal frente al ansia por conocer (AJM n.º 1 Madrid 1 marzo 2021)*», **Javier Ballina Díaz**, Profesor asociado de Derecho Internacional Público y Relaciones internacionales. Universidad de Oviedo
- «*Anulación parcial de laudo en equidad contrario al orden público por falta de motivación: la mal entendida equivalencia jurisdiccional (STC 65/2021, de 15 de marzo)*», **Sixto A. Sánchez Lorenzo**, Catedrático de Derecho internacional privado de la Universidad de Granada
- «*Règlement Bruxelles Ibis et compétence internationale pour connaître d'une action en responsabilité civile intentée contre un arbitre (Tribunal judiciaire de Paris, 31 mars 2021, N° RG 19/00795)*», **Gilles Cuniberti**, Professeur de droit international privé à l'Université de Luxembourg

Notas

- «*La comunidad de propietarios en el ámbito de la propiedad horizontal no tiene la consideración de consumidora (STSJ Asturias 19 febrero 2019)*», **María Pilar Morgado Freige**, Vicedecana de la Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá
- «*La declinatoria para la eficacia de la cláusula de mediación familiar en el Plan de Parentalidad del convenio regulador (AAP Barcelona 9 diciembre 2020)*», **Cristina Argelich Comelles**, Profesora acreditada a Profesor Contratado Doctor, Universidad de Cádiz
- «*Estimación de declinatoria por falta de competencia territorial del Tribunal que conoce de la acción de anulación (ATSJ Madrid CP 1ª 15 diciembre 2020)*», **Rafael Hinojosa Segovia**, Profesor Titular de Derecho Procesal. Universidad Complutense de Madrid
- «*Desestimación de anulación de un laudo arbitral por inexistencia de indefensión. El derecho de Asistencia Jurídica Gratuita no alcanza al arbitraje. La alegación de deficiencia visual no justifica la indefensión invocada (STSJ Madrid CP 1ª 22 diciembre 2020)*», **Rafael Hinojosa Segovia**, Profesor Titular de Derecho Procesal. Universidad Complutense de Madrid
- «*El Tribunal Supremo cierra a las comunidades de propietarios la vía de la mediación al adjudicarles la condición de consumidores (STS 13 abril 2021)*», **María Pilar Morgado Freige**, Vicedecana de la Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá

Cronología de decisiones

- Selección de las resoluciones destacadas dictadas recientemente por los Tribunales españoles
- Selección de las resoluciones destacadas dictadas recientemente por los Tribunales extranjeros

ACTUALIDAD PROFESIONAL

Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional

- CIADI y CNUDMI publican la Segunda Versión del Proyecto de Código de Conducta para Decisores en Controversias Internacionales Relativas a Inversiones

Corte Civil y Mercantil de Arbitraje

- La Corte Civil y Mercantil de Arbitraje pone en marcha un Servicio de Mediación

Corte de Arbitraje del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid

- El Ilustre Colegio de abogados de Madrid celebra el 30 aniversario de su Corte de Arbitraje

Corte Internacional de arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional

- La CCI es el instituto arbitral preferido en el mundo, según una encuesta mundial
- El Ministerio de Justicia ruso concede el estatus de Institución Permanente de Arbitraje de la CCI
- La CCI celebra 5 años de avances desde el compromiso para mejorar la representación de las mujeres en el arbitraje

Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo

- El Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo (SCC) presenta el Reglamento de SCC para la resolución exprés de controversias (SCC Express) (26 mayo 2021)

NOTICIAS

- *«Ha visto la luz la obra sobre el arbitraje laboral que necesitábamos titulado «Las muletas del arbitraje laboral», María Marcos González, Catedrática de Derecho Procesal. Universidad de Alcalá*
- Los profesores José Carlos Fernández Rozas y Ana Fernández Pérez han publicado en febrero de 2001 el repertorio Diez años de Jurisprudencia Arbitral. Tras la modificación de 2011 de la Ley de Arbitraje de 2003
- Fallece el profesor francés Emmanuel Gaillard: una gran figura del arbitraje transnacional (1 de abril de 2021)
- Fallece el jurista australiano James Crawford, árbitro internacional y Juez de la Corte Internacional de Justicia



Comentarios al Anteproyecto Ley de Eficacia Procesal

Comments on the Preliminary Draft Law on Procedural Efficiency

El ministerio de justicia prepara en 2021 una reforma en profundidad del sistema de justicia español, excesivamente anclado en unas estructuras propias de la sociedad rural del siglo XIX y que, a pesar del incremento del número de jueces e inversiones en edificios y medios materiales, no ha conseguido el mínimo de eficacia que debe tener para ofrecer a la ciudadanía un servicio público eficaz. Con una fuerte resistencia al cambio desde los operadores jurídicos, ha elaborado dos proyectos importantes en materia civil, con el objetivo de promover la eficacia procesal y la eficacia organizativa. Su próxima y esperada tramitación parlamentaria puede suponer un salto cualitativo para superar un modelo obsoleto. En este artículo se analiza la inserción de los MASC (medios adecuados para la resolución de controversias) como actividad negociada obligatoria que servirá de filtro para el acceso al proceso judicial. Siempre en materias de libre autonomía de las partes, y con excepción de las materias de orden público.

Sistema de Justicia Español, Reforma, MASC, Anteproyecto de ley para la eficacia procesal

The Ministry of Justice is preparing in 2021 an in-depth reform of the Spanish justice system, that is over-anchored in structures typical of rural society in the 19th century and which, despite the increase in the number of judges and the investments in buildings and material means, has not achieved the minimum efficiency required to offer citizens an effective public service. With a strong resistance to change from legal operators, it has developed two important projects in the civil sphere, aimed to promote the procedural efficiency and the organizational effectiveness. Its forthcoming and long-awaited parliamentary process may mean a qualitative leap to overcome an obsolete model. This article assesses the insertion of the MASC (appropriate means for dispute resolution) as a mandatory negotiating activity that will serve as a filter for access to judicial process. Always in matters of free autonomy of the parties, and with the exception of matters of public policy.

Spanish Justice System, Reform, ADR, Preliminary draft law for procedural efficiency



Pascual Ortuño Muñoz

Magistrado (Jubilado) exdirector de la Escuela Judicial Española

I. LA JUSTICIA BUROCRÁTICA: UN MODELO NECESITADO DE REFORMA

A diferencia de otros países de nuestro entorno, como puede ser Francia, Holanda, Italia o Portugal, sin necesidad de acudir a la cita de los del área de la *common-law*, la Justicia en España adolece en su diseño histórico de un sesgo esencialmente burocrático y autoritario. Lo de impartir justicia, más que la aspiración clásica del «dar a cada uno lo que le corresponde», que tiene un significado positivo, se identifica con una superestructura inaccesible para el ciudadano, gestionada por abogados, jueces y fiscales. Desde luego, la opinión pública la sitúa más próxima al contenido semántico de la palabra «ajusticiar» de la cual emana la prevalencia del castigo sobre cualquier otra consideración. Lo peor es que en las encuestas de satisfacción no alcanza, ni de lejos, el aprobado.

En ocasiones obtener la victoria en un litigio es un objetivo secundario frente a la primordial aspiración del usuario que es la de salir indemne, cuando no de que la otra parte, a la que se denomina significativamente «la contraria», sea derrotada, humillada y, si es posible, destruida. De ahí la utilización de la justicia como arma política. El papel que se ha atribuido históricamente a la administración de justicia en nuestra sociedad es, esencialmente, el de ejercer el poder coactivo del Estado frente al ciudadano que incumple la ley o castiga al quien altera el orden natural de las cosas, y no se ha dado ninguna relevancia a la función de pacificación de las relaciones sociales.

Nuestro sistema tiene sus raíces, después del fracaso de la Constitución de Cádiz, en el proceso de codificación que se inició tardíamente después de la reinstauración del absolutismo protagonizado por Fernando VII, *el Deseado*. En el largo periodo de luces y sombras del siglo XIX se intentó superar el modo castizo de resolver los conflictos que, con toda crueldad, mostró Francisco de Goya en su célebre lienzo «*Duelo a Garrotazos*», para lo que se insertó el modelo napoleónico de justicia burocrática, homologable al de los países europeos y propio de la sociedad rural de la época.

Aquella administración de justicia de finales del siglo XIX supuso un gran avance respecto al modelo previo de las monarquías absolutistas y, en lo esencial, subsiste hasta nuestros días, lógicamente con más medios humanos y materiales. Afortunadamente cuenta con un alto prestigio de independencia y de alto nivel técnico de los jueces, aun cuando no se ha desprendido de ciertos elementos perniciosos que le son intrínsecos como el de su lentitud, la falta de eficacia o su carácter autoritario alejado de la ciudadanía y del papel que debe desempeñar como servicio público. En los últimos años, la judicialización de la política ha perjudicado mucho la imagen de los jueces ante la ciudadanía.

Tanto el modelo anglosajón como el de los países europeos de nuestro entorno cultural han actualizado las estructuras de antaño que devinieron obsoletas en la sociedad postindustrial y que en España siguen sin modernizarse, constituyendo un lastre en la consideración social. La compleja estructura de la sociedad del siglo XXI no solo necesita una justicia independiente y prestigiada, sino también ágil y útil para la ciudadanía. Además de ser un pilar fundamental del estado de derecho, su

finalidad debe ser la de garantizar la seguridad jurídica real, en tiempo presente, y no al largo plazo, como condición imprescindible para el normal desarrollo de las relaciones económicas y sociales. Debe representar el baluarte de la defensa de los derechos fundamentales, pero de forma efectiva y real, función que no cumple si su reconocimiento es tardío y llega cuando ya no se necesita. Y, finalmente, como elemento esencial que destacan los filósofos Habermas, Stephen Toulmin o Rawls, entre otros, debe servir para procurar la solución de los conflictos y no para agravarlos, como desgraciadamente ocurre en muchos casos.

Uno de los últimos libros que ha llegado a mis manos sobre la justicia de familia, de Nélide Garimez se titula: «*Juzgado de Familia: un viaje al infierno*». Si el título de esta obra representa la percepción que tiene el ciudadano de su funcionamiento en un ámbito jurisdiccional esencialmente protector de personas vulnerables, como son los hijos menores o las mujeres víctimas de malos tratos, es fácil imaginar cómo pueden los usuarios calificar la acción de la administración de justicia en otros ámbitos en los que, en ocasiones, la escasa predictibilidad de las resoluciones o las excesivas demoras por la sucesión de recursos y obstáculos procesales pueden hacer desmerecer el trabajo de los jueces y abogados.

En la estadística judicial del 2019 (última publicada por el CGPJ) destaca en lo civil que, de un total de 2.384.147 procesos incoados, el mayor porcentaje es el de demandas entre particulares y entidades financieras, seguido de los desahucios, las reclamaciones por responsabilidad civil o incumplimiento de obligaciones de pago, la litigiosidad de familia, los concursos de acreedores y los procesos derivados de los conflictos de consumidores y usuarios. Una buena parte de ellos pertenecen a lo que se ha venido en llamar «litigiosidad impropia», es decir, aquella en la que podría haberse evitado la actuación de los tribunales si se hubiesen utilizado otros medios más adecuados para buscar soluciones más rápidas y efectivas. Se trata de litigios que no necesitaban una gran dosis de ciencia jurídica para ser resueltos, que es el valor añadido que garantizan los jueces, sino que precisan de otros mecanismos cuyo estudio, lamentablemente, todavía no se ha incorporado en las facultades de Derecho, pero que requieren de la intervención de especialistas en negociación y gestión de conflictos, de conciliadores o de mediadores.

Un estudio econométrico realizado por la Universidad de Barcelona sitúa entre el 6 % y el 9 % anual la media de gasto que supone para las empresas los gastos derivados de los procesos judiciales. La repercusión en la partida presupuestaria del ministerio de justicia debido a esta sobrecarga de actividad judicial se sitúa en un porcentaje superior al 28 %, mientras que la suma de los depósitos dinerarios inactivos en entidades bancarias por fianzas procesales representa más de seis mil millones de euros (6.082.061.536'87 €), como refleja la estadística «*la justicia dato a dato*» de 2020 publicada en la página web del CGPJ (1).

No obstante, aun siendo importante, el ahorro de costes para los ciudadanos y para la administración no es la razón fundamental para promover la inserción de los MASC. Tal como indica su propio enunciado, la ventaja indiscutible es que son métodos más adecuados para dar solución a determinados conflictos que la contienda judicial, esencialmente cuando las relaciones entre las partes deben mantenerse en el futuro, lo que es importante no solo en el ámbito familiar, sino

también en las relaciones de colaboración empresarial, financiera, patrimonial o vecinal.

II. DEL CONCEPTO DE «ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA» AL DE «SISTEMA DE JUSTICIA»

La globalización ha supuesto, entre otras muchas cosas, la aproximación de los diferentes modos de entender y de impartir la justicia en los cinco continentes. En los tribunales internacionales comparten sus experiencias y sus formas de trabajar jueces que provienen del sistema anglosajón, menos formalista que el de la Europa continental, con jueces de tradición oriental que aportan sus técnicas de comprensión de la realidad, junto con la perspectiva de la denominada justicia comunitaria que valora la dimensión humanista y social del sentido de la justicia. Paradójicamente se ha producido un redescubrimiento de los métodos socráticos de reflexión.

Por otra parte, nos encontramos ante conflictos complejos por la confluencia de intereses de muy distinta naturaleza que exceden de lo estrictamente jurídico o que son de ámbito transfronterizo para los que la administración de justicia clásica no resulta apropiada. Especialmente esto ocurre cuando se necesita una solución urgente y efectiva a diferencias o controversias que naturalmente surgen en el desenvolvimiento de relaciones empresariales, financieras, económicas o personales y que no requieren una respuesta académica en derecho, sino una solución práctica.

Para este tipo de litigios se han ido desarrollando por la abogacía nuevas formas de negociación para procurar la superación de los problemas de forma menos traumática que la que representa acudir a la administración de justicia para recabar de la misma una sentencia que, de antemano, se sabe que no solucionará el conflicto.

El ámbito de la conflictología es muy amplio y es evidente que existe una litigiosidad que únicamente puede ser resuelta por un proceso judicial con todas las garantías, que exprese la respuesta en derecho, imponga las condenas que correspondan a quien se haya hecho acreedor de ellas, reconozca derechos y garantice el ejercicio de los mismos a los ciudadanos. Pero junto a este método que se ha consolidado y perfeccionado en la tradición histórica, y es una conquista de la humanidad en su configuración garantista actual, también han de ubicarse otros mecanismos o métodos que pueden resultar más adecuados para la salvaguarda de los intereses en juego. No se trata de nada nuevo, pero sí de poner en valor las vías de solución de conflictos negociada que se precisa en determinados casos.

De esta forma se ha ido consolidando la red de «*les maisons de justice et de droit*» en Francia, que han recuperado una justicia de proximidad al ciudadano, accesible y de rostro humano, o los centros de justicia comunitaria en los países del norte de Europa o en UK, así como a creación, sobre la idea del profesor Sander, de Harvard, del tribunal multipuertas, los denominados «*multidoor justice house*» que recogen la idea de un sistema de justicia que integra junto a los clásicos tribunales contenciosos, el resto de mecanismos más adecuados para la diversidad de los casos que se presentan. Entre estos medios se encuentran el arbitraje, de suma utilidad para determinados casos, la mediación en sus diversas formas, la conciliación de autoridad y la conciliación privada, el «mini trial» o proceso prospectivo previo, la opinión de expertos independientes, o el mecanismo de las ofertas vinculantes.

La inserción de estos mecanismos se ha extendido por su utilidad y eficacia de la mano, generalmente, de la abogacía. La ABA (*American Bar Association*) que es la entidad de mayor prestigio de la abogacía en EEUU, ofrece este abanico de mecanismos de solución de conflictos extrajudiciales como servicios que se ofrecen desde el propio colegio de abogados tal como los relaciona en su página web (2).

Tal viene siendo la utilidad que también los tribunales, desde Australia, Canadá y, por supuesto EEUU, también ofrecen estos mecanismos, como puede comprobarse en la web de los tribunales de California (3).

En Europa, tanto el Consejo de Europa, desde el CEPEJ (Comité para la Eficacia de la justicia) como desde el Parlamento Europeo, se ha venido marcando como objetivo la inserción de los ADR como fórmula idónea para desarrollar el espacio común de justicia, constreñido por la fragmentación de los diferentes modelos establecidos en cada EEMM. Se señala de forma insistente en la conveniencia de impulsar los ADR como instrumento para la disminución del índice de litigiosidad que pesa sobre los tribunales que ha llegado a niveles difíciles de gestionar. En un artículo anterior con el que colaboré en esta revista realicé una exposición del camino recorrido por las instituciones europeas con motivo de una iniciativa legislativa anterior, del ministro Catalá, conocida como la «Ley de Impulso de la Mediación» que decayó al finalizar la última legislatura del presidente Rajoy.

III. LOS MASC EN EL ANTEPROYECTO DE LEY PARA LA EFICACIA PROCESAL

En el pasado mes de diciembre de 2020 se presentó por el ministro Campos el APLEP, que pasó al trámite de información pública y que se encuentra en su último recorrido antes de su remisión a las Cortes antes de las vacaciones parlamentarias de 2021. Este proyecto, entre otras cosas, incluye una decidida apuesta por la inserción de los MASC (medios adecuados de solución de controversias) con medidas relevantes que, en caso de superar los trámites parlamentarios, puede significar un paso de gran envergadura para la inserción de los medios alternativos en el ámbito de los conflictos civiles y mercantiles. Junto a este texto también se está trabajando en un segundo proyecto para la modernización de la estructura organizativa de los tribunales consecuente, en el ámbito penal, con la reforma de la LECRIM y la atribución de la instrucción de los delitos a la Fiscalía y, en lo civil, con la creación por los tribunales de instancia que tiende a poner fin a la atomización de los juzgados del primer grado, secuela del modelo decimonónico, que favorecerá la racionalidad administrativa la mayor eficacia de la «*court management*» y la mayor especialización de los jueces.

El primero de los proyectos citado establece como requisito de procedibilidad la acreditación de una actividad comercial, realizada de forma efectiva y de buena fe, como filtro previo para la admisión de las demandas en los asuntos civiles y mercantiles. Se excluyen determinadas acciones tutelares de derechos fundamentales, las que se refieren a materias de orden público, así como las de defensa de la posesión o las que tienen la función de dar protección tutelar urgente a personas y situaciones determinadas.

A diferencia del fenecido anteproyecto de la ley de impulso, no solo se habla de mediación, sino que

el abanico de mecanismos de negociación se abre a otros métodos que denomina «*adecuados*», y se establece de forma inexcusable para quien se proponga demandar, la obligación de ejercer, a su elección, una de las actividades negociales que se mencionan para intentar evitar la interposición de la demanda.

El filtro, no obstante, no va más allá de que se acredite la formalización del intento por una de las partes, o por ambas, puesto que no se condiciona la admisión de la demanda a que se obtenga un acuerdo total o parcial. En la lógica de la norma, la acreditación del cumplimiento de este requisito corresponde a la parte actora, puesto que si no acompaña a la demanda la documentación de la que resulte el intento de la previa actividad negociadora no se admitirá a trámite.

La parte a la que se le requiere (futura demandada) no tiene ni siquiera la obligación de aceptar la invitación que le sea formulada por la parte actora, le basta con no asistir. Ahora bien, su conducta podrá tener consecuencias, en materia de costas. Por ejemplo, si la demanda se desestima íntegramente no se le impondrán las costas al demandante porque —según el espíritu de la ley— en caso de haber participado en una negociación previa se podría haber evitado la tramitación del proceso.

A semejanza del «*dubio*» en el proceso romano clásico, en el que se fijaba el objeto del proceso en un acto previo, esta actividad negociadora entre las partes, anterior a la demanda, puede servir para evitar el litigio, o para fijar los términos de lo que se haya de debatirse posteriormente ante el tribunal. Se prevé la posibilidad de acuerdos parciales, para que siga el proceso respecto a las cuestiones en las que no se alcance el consenso. Pero, fundamentalmente, con la exigencia del intento previo se van a extinguir las demandas «sorpresivas» que en la mayoría de los sistemas judiciales ya no se admiten, puesto que se da la oportunidad a la otra parte (eventualmente futura demandada) a cumplir las obligaciones que se le exigen.

El anteproyecto recoge las modalidades de negociación más habituales, en lista abierta, por cuanto se admite cualquier fórmula que permita dejar constancia fehaciente de que la negociación se ha intentado

A pesar de que esta actividad se encuadra fuera de la jurisdicción y fundamentalmente se ubica antes de la incoación del proceso, también se prevé la conciliación «*ex post*» a cargo de los Letrados de la Administración de Justicia y por iniciativa de los mismos, o la derivación a alguno de los medios adecuados por los tribunales en cualquier momento procesal cuando el juez responsable del proceso (incluso el ponente en la fase de apelación), considere que podría ser más apropiada una instancia negociadora que el dictado de una sentencia por la vía contenciosa. En tales casos las partes serán compelidas, pero no obligadas, y la actividad negociadora que se desarrolle estará garantizada por el principio de confidencialidad de tal forma que, si no se alcanza el acuerdo, proseguirán los

trámites procesales correspondientes sin ningún reflejo en las actuaciones de lo tratado en ese intento infructuoso. Si se alcanza el acuerdo será recogido en la sentencia o, en su caso, homologado como transacción.

Específicamente se regulan los requisitos de validez y eficacia de los acuerdos que, elevados a escritura pública, tendrán la condición de cosa juzgada y la misma fuerza ejecutiva de las sentencias.

El anteproyecto recoge las modalidades de negociación más habituales, en lista abierta, por cuanto se admite cualquier fórmula que permita dejar constancia fehaciente de que la negociación se ha intentado.

IV. ¿QUÉ PRETENDE EL LEGISLADOR?

Al igual que la mayoría de los países europeos y siguiendo las directrices del Consejo de Europa y de la Unión Europea, el legislador español pretende reintroducir un hábito que se ha perdido en los últimos años, y que era normal en el ejercicio de la abogacía no hace tanto tiempo, que es el de la negociación previa entre las partes. Para ello ha optado por involucrar a diversos agentes sociales y, sobre todo, a las profesiones jurídicas, para poner remedio al crecimiento geométrico de lo que se ha venido en denominar «la industria del conflicto» que mueve cientos de millones y provoca en determinados casos grandes destrozos en las relaciones jurídicas, económicas y sociales. La sentencia dictada en un proceso contradictorio se ha comparado con el acta de una autopsia en el sentido de que muchas veces lo que se construyó con mucho esfuerzo queda roto definitivamente.

Probablemente en nuestro país la configuración de la administración de justicia como servicio público, sostenido en su mayor parte por los presupuestos del Estado, ha facilitado la utilización de los tribunales para la realización de funciones que no le son propias. Por ejemplo, los antiguos departamentos de impagados de entidades financieras se han reducido a la mínima expresión porque es más fácil y menos costoso utilizar el sistema judicial como gestoría de recobro de morosos que, además, genera el beneficio adicional del devengo de costas procesales con las que financian sus servicios jurídicos. El espectáculo de la publicidad en la prensa y la radio para la defensa de usuarios de bancos y consumidores no redundan en beneficio para la abogacía, sino únicamente para algunas empresas de servicios legales muy determinadas. Y, por otra parte, la extensión del beneficio de justicia gratuita a más de la mitad de la población, a pesar de la magra remuneración a los abogados y procuradores de oficio, ha fomentado una litigiosidad de muy escaso contenido jurídico que sería fácil de derivar a los diversos medios alternativos si se retribuyera adecuadamente a los abogados por su intervención en estos mecanismos que se pretenden introducir.

No comparto la tesis de que «un mal arreglo es preferible a un buen pleito», ni puede fomentarse la cultura de la mediación desde esa premisa. La vía judicial contenciosa es necesaria en muchos casos y no puede ser sustituida por un acuerdo que no haga realmente justicia, pero se debe pensar que para muchos ciudadanos la involucración en un proceso judicial supone una verdadera catástrofe económica y psicológica y, sin embargo, un acuerdo razonable alcanzado en un proceso de negociación en el que las partes y los abogados colaboren de buena fe puede ahorrar muchos recursos económicos y mucho sufrimiento.

Una de las consecuencias importantes de la reforma es el de desmitificar el papel de la «administración de justicia» en el imaginario popular. Es frecuente escuchar a personas que están involucradas en un proceso decir que tienen mucha fe en la justicia, como si se tratara de un bien extraterrenal, sobrenatural, como si lo que, en realidad, es una función técnica realizada por personas normales y corrientes, fuese un don concedido a una casta especial que usa toga y puñetas. Es algo similar a la concepción ancestral de la medicina administrada por los curanderos que aplicaban fórmulas ininteligibles para los mortales. El sentido de lo justo y lo injusto está en el «*ethos social*» en el sentido de lo ético que no es patrimonio privativo de nadie, y que, en tanto en cuanto es mayoritariamente compartido por una sociedad determinada, se traslada a las formulaciones legales. Pero incluso la ley, salvo en las materias que pertenecen al ámbito del orden público, es subsidiaria a la autonomía de la voluntad de las partes.

Esta idea que sigue inculcada en las sociedades autoritarias como secuela del autoritarismo y el monopolio de la verdad revelada por una judicatura de carácter sacramental, es la que ha propiciado la judicialización de la vida social hasta extremos difícilmente asumibles. La consecuencia es que toda idea de negociación, de consenso, de pacto, es rechazada y, desde los conflictos que pertenecen al ámbito más íntimo de las relaciones personales, a los de carácter político, se pretende que sean solucionados por las sentencias judiciales.

El mensaje que se transmite con esta ley es la necesidad de devolver a la ciudadanía la facultad de resolución de sus conflictos por la vía de la racionalización, por la vía del diálogo y la palabra y, para ello se incorporan al sistema de justicia los ADR, los métodos alternos o, como se ha optado en el anteproyecto, por los medios más adecuados para cada conflicto, por supuesto, siempre que se trate de conflictos que pertenecen a la capacidad de decisión de las partes.

Ciertamente, el objeto de esta reforma es de las pocas materias que pese al presente estado de crispación que impera en la vida política puede obtener un elevado grado de consenso en los trámites parlamentarios. Del análisis del proceso de trasposición de la Directiva 58/2008 en España se desprende que los sucesivos gobiernos que han tenido las responsabilidades en justicia han coincidido en profundizar en la conveniencia de insertar los métodos MASCS, no solo en España, sino que, por medio de la COMJIB (Conferencia de ministros de Justicia Iberoamericanos), se han liderado proyectos para su implantación de los mismos en esta área regional con la que España tiene tantos vínculos. Es evidente que, en los conflictos transfronterizos, se añade a la complejidad propia de las discrepancias que surgen en la interpretación de los contratos, en su ejecución o en las relaciones familiares constituidas por parejas mixtas, los problemas de determinación del foro y de la ley aplicable. Por esta razón los métodos alternativos, como son el arbitraje y la mediación, especialmente, son sumamente útiles porque propician soluciones prácticas y rápidas.

Otra cosa es que las iniciativas legislativas que hasta ahora se han propuesto hayan sido mejor o peor gestionadas o, como ocurrió con la ley de impulso, hayan llegado tarde a las cámaras legislativas. Se ha de tener en cuenta que no es fácil el proceso de inserción de una nueva metodología, especialmente cuando el método clásico adversarial está tan consolidado en la sociedad y en las profesiones

V. LAS CRÍTICAS DE LA ABOGACÍA A LA INICIATIVA LEGISLATIVA

Desde determinados sectores de la abogacía se han alzado voces muy críticas con este proyecto legislativo. Ya la ley de impulso fue frenada en seco por un contundente informe negativo del Consejo General de la Abogacía que recogía la opinión casi unánime de los decanos de España por el temor a que otros colectivos profesionales les arrebatan un monopolio que ejercen desde hace siglos.

Es realmente paradójico que en los países en los que se han implantado los ADR ha sido la abogacía la que los ha promovido y desarrollado, fundamentalmente porque el diseño de los diferentes mecanismos les sigue reservando un papel esencial: el del asesoramiento legal y la defensa de los intereses de sus clientes. La reflexión que un juez alemán hacía para explicar la razón por la que en Alemania habían conseguido un notable avance en la implantación de los MASC se concretaba en una frase: la fórmula ha sido contar con la complicidad de los abogados.

Es un hecho incontestable que la ciudadanía acude a recabar consejo de los abogados cuando le surge un problema legal o se enfrenta a un conflicto que excede de su capacidad de solucionarlo. Las empresas tienen sus asesores legales que ejercen una función ancestral, no solo de informar sobre la ley y el derecho, sino también de ser fieles consejeros de sus clientes y, si es preciso, de representarlos ante los tribunales de justicia.

Cuando se presenta la inserción de los MASC como un desapoderamiento de la abogacía, el fracaso es seguro. Esta ha sido una de las causas por las que, a pesar de los llamamientos y directivas de los organismos internacionales, los progresos en esta materia han sido escasos en nuestro país.

De ahí viene la necesidad de que los MASC pasen a integrarse en la actividad normal de la abogacía. Cuando en la carta de servicios de los despachos de abogados estén los MASC, la aceptación de los mismos será posible, e incluso pasará a ser una actividad normal de la abogacía como en la actualidad es su participación en un proceso judicial. Por esta razón se han de diseñar los protocolos reservando a los abogados las funciones de asesoramiento legal y de acompañamiento durante los procesos MASC. Por supuesto, destacando la importancia que tiene su intervención técnica en la redacción de los acuerdos, por elementales razones de seguridad jurídica.

El anteproyecto no va en contra de la abogacía. Prueba de ello es que en los países en los que se han implantado los métodos alternos, como es el arbitraje, la mediación, la negociación asistida, la negociación privada y otros mecanismos similares, el número de abogados no ha disminuido, sino que, por el contrario, se ha incrementado porque su labor es esencial. Desde luego, es distinta a la llevanza de un proceso judicial, pero es imprescindible y necesita ser aprendida.

Se destaca en la exposición de motivos del anteproyecto que con los métodos alternativos (o adecuados de solución de controversias en la nueva terminología), se incrementa el protagonismo de las profesiones jurídicas, especialmente por el papel negociador de los abogados que se garantiza en todo caso, pero también de los procuradores de los tribunales, los mediadores, los graduados

sociales, los notarios y los registradores de la propiedad, amén de otros muchos profesionales.

Especialmente se toma en consideración que el Código Deontológico de la Abogacía Española establece como prioritaria, y característica de la actuación profesional, la función de la concordia, junto a la obligación de procurar el arreglo entre las partes. El propio Estatuto General de la Abogacía Española define el contenido de esta profesión como la actividad de asesoramiento, consejo y defensa de derechos e intereses públicos y privados en orden a dos objetivos en pie de igualdad: la concordia y la efectividad de los derechos y libertades fundamentales.

Por estas razones resulta oportuno, ante el exponencial incremento geométrico de la litigiosidad, fomentar tal modo de proceder, habitual de la abogacía, contemplando que dicha actividad negociadora sea debidamente reconocida y remunerada, incluso en los casos en los que se intervenga por designación en el turno de oficio, así como con la introducción de un catálogo amplio de otros mecanismos de negociación asistida, abierto a cualquier otro método eficaz de los que han dado un óptimo resultado en el derecho comparado, que sea complementario a la actividad negociadora directa que ya se practica tradicionalmente por la abogacía.

No obstante, el recelo de muchos abogados se ha hecho sentir en artículos de opinión, en asambleas colegiales y en las alegaciones presentadas ante el ministerio de justicia en la fase de audiencia pública. Todas ellas son legítimas, pero subyace en casi todas ellas un déficit de comprensión de cómo funcionan los métodos de negociación extrajudiciales y un cierto apego a la zona de confort y al recelo ante lo nuevo desconocido.

La objeción que con más frecuencia se reitera es la de que la abogacía siempre negocia con la otra parte antes de acudir a la vía judicial por ser una exigencia deontológica. Desde luego esto es cierto en un número considerable de casos. Si no fuese así los juzgados estarían más colapsados de lo que están en la actualidad. Pero en mi propia experiencia en los quince años en los que ejercí esta noble profesión, como en los treinta siguientes como juez, he constatado dos cosas: la primera que no en todos los casos se negocia. Algunas veces con razón, y tales supuestos están previstos en el anteproyecto: cuando se precisa una tutela cautelar de los derechos, cuando se trata de materias de orden público o cuando es preciso asegurar la eficacia de una eventual y posible sentencia, no opera el requisito prejudicial. La segunda, que no siempre se negocia de forma adecuada: la célebre carta conminatoria invitando a la parte contraria a pasar por el despacho por ser norma habitual del bufete es más bien una sutil amenaza. Pero también he comprobado que, por motivos estratégicos, hay profesionales que prefieren negociar después de la interposición de la demanda; en estos casos la experiencia nos dice que las hostilidades ya se han declarado y la guerra ha comenzado, por lo que es difícil volver a una situación anterior. En medio del combate y habiéndose producido ya algunos destrozos, no suele abrirse paso una negociación colaborativa. Lo que se pretende en muchos de estos casos es una rendición incondicional que pocas veces se produce.

La satisfacción del cliente por la rapidez y eficacia de la gestión de un abogado es muy superior a la que se obtiene tras una sentencia

favorable que se consigue tras varios años de pleitos y recursos

El segundo de los motivos que se suele alegar es el del riesgo a no cobrar los honorarios o, cuando menos, a que si se alcanza un acuerdo éstos serán de inferior importe a los que se obtendrían si se llega hasta la sentencia. Tampoco es una causa cierta en la actualidad. Pudo ser, en su día, cuando las famosas normas orientativas de honorarios señalaban una determinada cantidad de honorarios para cada fase del proceso. Pero aquellas normas pasaron a la historia: hoy se han normalizado las hojas de encargo iniciales y nada impide que se pacten los honorarios correspondientes al resultado de la gestión, sea extraprocesal o judicial. En las páginas web de bufetes extranjeros se puede ver que, incluso, se pacta una cantidad mayor por la pronta resolución del problema. De todas formas, la satisfacción del cliente por la rapidez y eficacia de la gestión de un abogado es muy superior a la que se obtiene tras una sentencia favorable que se consigue tras varios años de pleitos y recursos y, probablemente, cuando la ejecución de la misma puede ser imposible.

La tercera causa invocada es la pérdida del poder de disposición del abogado sobre el conflicto. Se piensa, especialmente por quienes no se han molestado en conocer cómo funcionan los MASC, que los mediadores, los terceros imparciales, los conciliadores o los árbitros, van a sustraer el caso al abogado. La realidad no es esa. Al contrario, en todos los procesos negociadores el abogado conserva su función y su protagonismo. Lo único que cambia es la índole del trabajo que realiza. En lugar de buscar jurisprudencia y rellenar folios y folios de alegaciones, el abogado va a analizar en profundidad los intereses reales en cada conflicto, trabajará en el diseño de la mejor estrategia y va a acompañar a su cliente en las sesiones de negociación o de mediación. Con una ventaja suplementaria: no solo en todo momento va a tener el poder de disposición y la facultad de aceptar o rechazar las soluciones que se pongan encima de la mesa, sino que, además, se elimina el riesgo de que en el proceso judicial no se conceda la razón a la parte que representa el abogado.

La cuarta objeción es que se incrementan los costes del litigio para el cliente. Lógicamente, si se opta por intentar una conciliación privada, un arbitraje o una mediación, se tendrá que retribuir al profesional que intervenga como tercero, pero, muy probablemente, si se alcanza un acuerdo el ahorro de tiempo compensará plenamente el gasto realizado. Además, en los casos en los que esté claro que no va a ser posible ningún tipo de acuerdo, los honorarios de una primera sesión serán insignificantes y, a cambio, el abogado habrá aprovechado la ocasión para conocer la estrategia y las razones de la otra parte.

La quinta causa de oposición a la exigencia de la actividad comercial obligatoria es que con el intento de negociación previa desaparece el factor «sorpresa» con el que se pretendía vencer de plano a la parte contraria. En este aspecto pienso que se ha de ser un poco serio. En materia de justicia no cabe lo de que «entre pillos habla el juego». España es uno de los pocos países en los que no se exige que, antes de acudir a un tribunal se exhiban las pruebas y se comuniquen los argumentos a la otra parte. Resulta muy caro para el erario público y, por ende, para el funcionamiento de la justicia, mantener la estructura de los tribunales para emplear estrategias propias de los juegos de azar. Por otra parte, no se es leal con el propio cliente al que se le podría haber evitado pasar por un proceso judicial

mediante una negociación. Claro está, a no ser que se pretenda otra cosa distinta de lo que es una respuesta en justicia.

La sexta excusa es que se alarga el proceso inútilmente con un trámite burocrático. Esto puede ser cierto, y bien lo sabemos quiénes tenemos una cierta experiencia, porque la exigencia de una conciliación obligatoria previa que contemplaba la Ley de Enjuiciamiento Civil hasta el año 1982 devino inútil en la práctica. Aquel trámite se suprimió por su absoluta inoperancia porque se convirtió en un mero formalismo sin contenido y sin sentido. Pero lo que el anteproyecto prevé no es aquella fórmula, sino que es una actividad seria y «de buena fe», realizada ante un profesional al que le denomina «tercero neutral» es decir, no es únicamente un requisito huero, que en su día se saldaba no compareciendo o dictando por teléfono al procurador o al oficial la oposición a la demanda por ser «injusta, improcedente y temeraria». En las previsiones del anteproyecto no hay nada que permita sostener que se introduce un requisito inútil de este tipo. Probablemente la jurisprudencia que se elabore en materia de costas fijará los criterios para que se considere lo que es una intervención de buena fe. En el derecho comparado estos indicadores se han ido extrayendo de la casuística a la vista de diversas circunstancias como la naturaleza del caso, el tipo de derecho que se solicita que sea reconocido por el tribunal, la posición contumaz de la parte contraria para reconocer el mismo, el riesgo o perjuicio por la demora en el ejercicio de la acción y las posibilidades que, racionalmente, hubiesen existido de alcanzar un acuerdo entre las partes si se hubiese hecho un mínimo esfuerzo de entendimiento. Desde luego, la oposición sin una causa jurídica razonable utilizada con fines torticeros, tendrá una respuesta más severa que la actual si previamente se rechazó una oferta de negociación razonable.

Hay otros muchos argumentos. El de quien no ve ninguna razón para negociar porque tiene ganado el caso de antemano se utiliza con frecuencia; pero quien actúa de este modo deberá explicar la razón de necesidad de utilizar el servicio público de la justicia (y los impuestos del resto de los ciudadanos) ante tal evidencia, sin dar la oportunidad a la otra parte de que reconozca su derecho sin necesidad de acudir a los tribunales.

Una de las novedades en materia de costas es que se introduce en el anteproyecto el concepto de «abuso del servicio público de la justicia» para exonerar del pago de las mismas a quien hubiese ofrecido por vía negociada a la otra parte el reconocimiento de la deuda o el derecho controvertido, evitando de esta forma el proceso; así como, al contrario, se sanciona al demandado que se allana al ser notificado de la demanda después de haber rehusado negociar con quien le había reclamado extrajudicialmente.

Las previsiones relativas a las costas en determinados supuestos, entre los que destaca la existencia de una oferta vinculante confidencial, se articulan mediante la introducción de un incidente especial para valorar la similitud entre la primitiva oferta y la condena pronunciada en la sentencia dictada en el proceso contencioso.

VI. CRÍTICAS DE LOS MEDIADORES A LA INICIATIVA LEGISLATIVA

El anteproyecto realiza una opción decidida y sumamente eficaz, desde mi punto de vista, por

impulsar y favorecer la mediación como mecanismo idóneo para la resolución de conflictos. Se considera la mediación como paradigma de la negociación por sus características propias de la voluntariedad, la confidencialidad y la neutralidad, pero no se regula este método porque se efectúa el reenvío a la Ley 5/2012, de cuya vigencia se parte. No obstante, se modifican algunos de sus artículos para adaptarlos a la ley de los MASC en su terminología, se reconoce su utilidad para que se pueda tener por cumplido el requisito de procedibilidad cuando no haya habido acuerdo, pero se haya celebrado la sesión inicial, siempre que quede constancia concreta del objeto por el que se promovió.

Se reconoce la condición de mediador a la persona que conste inscrita en el registro del ministerio o en el de los registros habilitados de las Comunidades Autónomas y se prevé la intervención de los abogados de las partes, que no se generaliza de forma preceptiva. Por último, se amplía la previsión de derivación a mediación por los tribunales y, para el caso de que no se alcance el acuerdo total o parcial, se especifica el contenido de la certificación que la persona mediadora deberá facilitar a las partes para su presentación con la demanda, en la que se habrá de incluir una declaración solemne de que las partes han intervenido de buena fe, o la inasistencia de alguna de ellas, a los efectos correspondientes en el ulterior proceso judicial que se incoe, o para que se levante la suspensión si se hubiese acordado durante la tramitación del litigio.

La posición de las asociaciones de mediadores al anteproyecto a las que he tenido acceso por gentileza de las mismas, responde, por una parte —a mi entender— a un déficit de comprensión del sentido del anteproyecto, y, por otra parte, a una actitud que puede ser calificada de corporativista.

En general, los mediadores esperaban que se mantuviera el anteproyecto de la ley de impulso de la mediación del anterior gobierno, que únicamente contemplaba la mediación como método alternativo al proceso contencioso, e incluía una peculiar «obligación mitigada» como requisito de procedibilidad. En definitiva, se esperaba por los profesionales de este campo que se generalizara la derivación a mediación por los tribunales a partir de la presentación de la demanda, en el caso de que no se acreditase un intento previo de formalizar la misma, lo que suponían que podría ser una fuente de numerosas intervenciones mediadoras que paliase la escasez de peticiones actual.

Por otra parte, basta con acudir a la estadística para constatar que no existen suficientes mediadores para el millón doscientos mil casos que se calcula que deberán intentar la actividad negociadora previa tras la entrada en vigor de la ley. Tampoco es razonable que una especialidad tan novedosa pueda dar cobertura a todos los partidos judiciales de España.

En mi opinión, la mediación debe prestigiarse por sí misma para que los ciudadanos se sometan a este medio sus disputas de forma voluntaria, con carácter previo al proceso. De entrada, la obligatoriedad genera rechazo, como se ha comprobado ya con el rechazo de la abogacía (con muchas excepciones) mientras que el buen hacer profesional y la percepción de que es un método práctico, útil y rápido fomentará su utilización preprocesal. La derivación desde los tribunales, tal como está funcionando en EEUU, Australia o Reino Unido, es más bien residual y se concreta en aquellos casos en los que no se ha acreditado haber intentado antes de acudir a los juzgados la actividad negociadora.

Personalmente comprendo realmente, y creo que se ha de valorar, el esfuerzo que se ha hecho por muchos profesionales del derecho, de la psicología, del trabajo social, de la economía, y de otras procedencias profesionales, para adquirir una formación sólida en técnicas de mediación. Lamento sinceramente la pobre recompensa que han obtenido por la escasa demanda que existe en España de personas que solicitan procesos de mediación. Me consta que un buen número de colegios profesionales de la abogacía, de la psicología o del trabajo social, de la procuraduría, incluso colegios notariales, de registradores de la propiedad o de arquitectos han establecido centros de mediación que, con muy pocas excepciones, han recibido un número de peticiones relativamente escaso, sobre todo en relación con las expectativas ofrecidas por los centros de formación de mediadores que se han multiplicado en el país.

Han tenido una mayor receptividad los centros de mediación pública comunitaria que se han instalado a nivel municipal, y también por iniciativa de algunas comunidades autónomas como las de Andalucía, Baleares, Cataluña, Galicia, Madrid, Canarias, Valencia, etc.... Son centros muy próximos a la red de servicios sociales.

No obstante, se esperaba que la derivación de mediaciones desde los tribunales fuese superior a la que realmente ha sido, por cuanto el CGPJ ha realizado un esfuerzo importante en la formación de los jueces en este ámbito. Pero no ha sido así. En la última estadística «la justicia dato a dato» publicada por el CGPJ del año 2018, las derivaciones a mediación sumaron 5.829 casos de los que se inició la mediación en 1.383, obteniéndose el acuerdo en 539. Frente a los más de dos millones de procesos incoados, el porcentaje es notoriamente insignificante, y es que no basta con promover cursos de formación de jueces en estos métodos, sino que se precisan otras medidas que, en determinados aspectos, han sido más bien desincentivadoras, como ha sido la negativa del pleno del CGPJ a valorar los acuerdos de mediación en los módulos de rendimiento profesional, a efectos de retribuciones, con la misma puntuación que las sentencias.

Se debe tomar nota, no obstante, que ha existido un importante incremento de mediaciones on-line con motivo de la pandemia del virus Covid-19, sobre todo por los problemas en juzgados de familia en la ejecución de las visitas paterno y maternofiliales, puesto que tanto asociaciones de mediadores como la administración pública han ofrecido servicios gratuitos para estos casos, lo que ha puesto de manifiesto que es un sistema que puede funcionar.

Tal vez ha habido una mayor actividad mediadora en sectores privados, especialmente en el ámbito de los conflictos comunitarios y en los de familia, cuyo cómputo es muy difícil de computar, al igual que resulta de difícil confección una estadística de la actividad negocial en los conflictos civiles y mercantiles de carácter transfronterizo que se gestionan en los grandes despachos.

Lo cierto, en lo que nos ocupa, es que ya hay en España un elenco importante de mediadores formados que sienten una cierta decepción porque el sistema no funciona como se esperaba. En este entorno es comprensible que la iniciativa legislativa no haya sido bien acogida por considerar que se habla en términos amplios de MASC y se describe una relación de métodos en lista abierta, y que se potencia tanto la conciliación como la negociación privada. Desde el punto de vista de las

asociaciones de mediadores esta dispersión metodológica tendrá como consecuencia la debilitación de la demanda de la mediación como se esperaba que hiciese una norma que introdujese la obligatoriedad de la misma, sin introducir otros métodos que compliquen el panorama y les cercenen el posible mercado.

A este respecto, reitero, es comprensible la decepción de este colectivo profesional, pero también deben comprender que no era realista desde ningún punto de vista que la abogacía y otros sectores profesionales permitiesen la introducción de la obligatoriedad de una mediación administrada por una profesión todavía muy poco estructurada, sin un prestigio acrisolado entre la ciudadanía, sin una sólida experiencia práctica, y sin haber acreditado su utilidad en el amplio campo de los conflictos civiles que son de muy diversa naturaleza.

Basta con analizar las estadísticas que nos muestran que la especialidad más extendida entre los mediadores es la de los conflictos familiares. Pues bien, los mediadores inscritos en los registros habilitantes en esta materia no serían suficientes para poder atender de forma adecuada los aproximadamente doscientos mil casos de familia que habría que derivar desde los juzgados. E incluso, dentro de este concreto campo, no es suficiente con una formación básica genérica, sino que es necesaria la especialización y un mínimo de experiencia, según los conflictos estén judicializados o no lo estén; si existen hijos menores o mayores; si el conflicto es de carácter patrimonial o si se ha de solucionar la reestructuración de la empresa familiar; si se trata de la distribución de la herencia o de un conflicto de relación intergeneracional. Desde la práctica forense hemos comprobado que, por ejemplo, para intervenir en conflictos por incumplimientos de visitas post sentencia, es necesaria una especialización *ad hoc*, y que los problemas en las familias derivados de la existencia de personas, padres, madres o hijos e hijas con un cierto grado de discapacidad requieren una formación específica de los terceros neutrales intervinientes en estas materias.

Es necesario que la abogacía conozca estas metodologías, compruebe su utilidad práctica, sepa gestionar los diferentes procesos y se habitúe a desenvolverse en las actividades negociales prejudiciales que el legislador enuncia

En otros ámbitos del Derecho privado a los que también abarca el anteproyecto, tales como las relaciones entre socios y partícipes de sociedades mercantiles, el complejo mundo de los seguros, de la construcción, de los servicios profesionales, de la responsabilidad civil, de las discrepancias en las comunidades de propietarios, etc...., se necesitan otros modelos de negociación que difieren del paradigma de la mediación clásica. Y, sobre todo, es necesario que la abogacía conozca estas metodologías, compruebe su utilidad práctica, sepa gestionar los diferentes procesos y se habitúe a desenvolverse en las actividades negociales prejudiciales que el legislador enuncia, pero que corresponde a los profesionales dotarlas de contenido.

En definitiva, la abogacía se hubiese opuesto de forma rotunda a la inserción de un sistema que obligase a la mediación de la noche al día por lo que, en el mejor de los casos, se transformaría en una traba burocrática ineficaz que desprestigiaría la mediación durante muchos años.

En conclusión, si finalmente el anteproyecto culmina su andadura parlamentaria y entra en vigor, no cabe duda de que la mediación va a resultar reforzada si convive con otros métodos que son más adecuados para la enorme diversidad de conflictos que existen.

Lo realmente importante es que se vaya introduciendo la cultura de la negociación en nuestra sociedad y se abandone el mito de que los tribunales son los únicos que, con el proceso judicial clásico de la controversia, pueden resolver eficazmente toda clase de conflictos.

VII. CRÍTICAS DE LAS ASOCIACIONES JUDICIALES A LA INICIATIVA LEGISLATIVA

Para las asociaciones judiciales, determinados aspectos del anteproyecto son bien acogidos, como son la inserción del «pleito testigo» que, al generar efectos sobre casos similares, puede ser de suma utilidad para la reducción de la litigiosidad, como también la introducción de la sentencia oral en el ámbito civil que, en determinados casos y si es aceptada por las partes reduce significativamente el trabajo judicial y posibilita que se dedique una mayor atención a otros asuntos que lo precisan.

Sin embargo, se critica el anteproyecto en lo que se refiere a la introducción de los MASC. Por una parte, aducen, se trata de una maniobra del ministerio de justicia para no acometer en profundidad la ampliación de la planta judicial con la creación de nuevos juzgados. Se critica que se intente resucitar la conciliación ante los LAJ porque, a su entender, supondrá un incremento inútil de la burocracia. Y, finalmente, desde el punto de vista de los derechos fundamentales, se informa negativamente porque —dicen— la introducción del requisito de procedibilidad es una vulneración del derecho fundamental de acceso al proceso debido.

En materia de consumidores, como es el caso de las reclamaciones contra las compañías aéreas que saturan la actividad judicial, sostienen que sería más efectiva la imposición de fuertes sanciones económicas. Y otro tanto opinan sobre la exigencia de reclamación previa para la declaración de abusividad de las condiciones generales de contratación.

Particularmente, por parte de la asociación GEMME (Grupo Europeo de Magistrados por la Mediación) se considera necesaria la reforma legislativa, pero se critica que se hayan introducido junto a la mención de los MASC otras medidas de carácter procesal, e incluso de transformación digital, y que no se distinga claramente unas de otras. No les parece apropiado al grupo de jueces informantes referido, que se destaque como objetivo principal la disminución de la litigiosidad ni que se vincule la iniciativa legislativa al estado de pandemia.

Con suma dureza los magistrados por la mediación critican la técnica legislativa por no distinguir entre expresiones muy diferentes como la negociación, la mediación o la actividad negocial, ni entre métodos de resolución de conflictos y otras actuaciones preliminares o complementarias. En definitiva, haciendo frente común con el grupo de los mediadores profesionales de prestigio que

también forman parte de esta asociación judicial, consideran que la mediación queda diluida entre el catálogo de métodos que se relacionan, y con ello no se destaca la importancia de la misma ni el hecho de que ya cuenta con una regulación exhaustiva a nivel autonómico, estatal e internacional, mientras que los demás métodos entienden que son confusos y carecen de las garantías legales precisas.

Desde luego, las observaciones de estas asociaciones —a las que pertenezco, pero del sector minoritario en esta cuestión— deben tenerse en cuenta para mejorar el texto legal en el trámite parlamentario; pero en mi particular opinión que, desde luego, no está mejor ni peor fundada que las anteriores, se deben matizar sus afirmaciones con diversas consideraciones.

En primer lugar, y por lo que se refiere a la advertencia de que la imposición de la acreditación de una actividad negociadora mediante alguno de los métodos MASC como requisito de procedibilidad afecta y lesiona al derecho de acceso a los tribunales, se ha de señalar que tanto en la Constitución española como en la tradición de la definición de este derecho básico derivada de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, lo que se ha de garantizar es el acceso a la Justicia. La Justicia es algo mucho más amplio que la administración burocrática de la misma que deben garantizar los Estados mediante tribunales de jueces independientes: es, fundamentalmente, el derecho a «una solución justa» que debe garantizar el sistema de justicia — formulación mucho más amplia— que no impida con trabas ni filtros insuperables que los ciudadanos puedan plantear sus pretensiones ante los jueces.

Sobre esta cuestión ya se ha pronunciado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Ordinario de Verona, a propósito de la exigencia del intento de una mediación previa obligatoria como la establecida en la ley italiana que, además, dimana de un caso de reclamación de consumidores. En esta sentencia se estableció que: «La exigencia de un procedimiento de mediación con carácter previo al ejercicio de las acciones judiciales puede ser compatible con el principio de tutela judicial efectiva si concurren determinados requisitos: 1) que el proceso de mediación no conduzca a una decisión vinculante al margen de la voluntad de las partes; 2) que no se produzca un retraso sustancial; 3) que no se ocasionen gastos significativos; 4) que sea posible adoptar medidas cautelares urgentes.» STJUE C-75/16 de 14 junio 2017. Todas estas condiciones se cumplen en el anteproyecto.

El Parlamento Europeo, de la mano del Departamento de Derechos de los Ciudadanos y Asuntos Constitucionales, publicó en 2014 un informe sobre la aplicación de la Directiva sobre mediación en los países de la Unión, donde recomienda la adopción de la mediación obligatoria en determinados asuntos con la posibilidad de que las partes implicadas puedan desistir en cualquier momento si no tienen la intención de continuar con el proceso. Se propugna la implantación de una suerte de negociación previa de carácter imperativo, con opción libre de exclusión, con intervención de un tercero neutral que facilitara los acuerdos. El estudio recoge la opinión de un total de un total de 816 expertos de toda Europa y sostiene que únicamente introduciendo elementos de mediación obligatoria en los tradicionales y burocráticos sistemas jurídicos de los Estados miembros se lograría un aumento del uso de este sistema alternativo de resolución de conflictos.

Explica el informe que un dato «significativo y decepcionante», es que el número de mediaciones, en promedio, suponen menos del uno por ciento anual de todos los casos judiciales en la Unión Europea, y que se debe a las «débiles políticas» existentes en casi la totalidad de la Europa de los veintiocho (ahora veintisiete). Un porcentaje, insiste, «especialmente decepcionante» si se tiene en cuenta que «la mediación puede ahorrar una cantidad significativa de tiempo y costes para los litigantes en comparación con los litigios judiciales».

Lo cierto es que los datos ofrecidos por el estudio son reveladores: mientras la media de los juicios puede alcanzar costes de casi 25.000 euros cada uno, como ocurre en Suecia, el coste máximo de la mediación no pasaría de los 10.000 €, que son los gastos que conlleva en Austria. En el otro extremo, la mediación podría suponer únicamente un desembolso de 400 euros en Bulgaria, mientras el mínimo de los juicios no bajaría de los 2.300 que cuesta de media un litigio en ese mismo país. Por tanto, existe un ahorro medio de costes en Europa de alrededor del 60 por ciento a favor de la mediación dado que el coste medio de un litigio es de 9.179 euros frente a 3.371 de la mediación. En cuanto a los días que tardaría un litigio en resolverse, frente al promedio de una mediación, las cifras son también abrumadoras: el promedio es de 566 días en juicio frente a 43 en mediación.

En segundo lugar, respecto a las observaciones del informe de GEMME, es de resaltar que está redactado desde una perspectiva excesivamente reduccionista centrada únicamente en la mediación familiar, posiblemente por la propia finalidad de esta asociación que se circunscribió inicialmente al impulso de esta metodología como paradigma, y ha incorporado como socios «legos», por su condición de expertos, a mediadores que proceden mayoritariamente de la práctica de la mediación familiar. Pero no se puede olvidar que la inserción de los MASC en Europa tiene su origen en el Libro Verde de los ADR, de 2003 que, junto con la mediación, promovió, en general, otros métodos alternativos a la justicia burocrática basados esencialmente en las diversas técnicas de negociación experimentadas e implantadas en otros países con notable éxito no solo en lo concerniente a la reducción de la litigiosidad ante los tribunales, sino en la puesta a disposición de los ciudadanos de mecanismos diversos de resolución eficaz de controversias.

Por otra parte, la inserción de otros métodos diferentes a la mediación fue objeto del informe para la Dirección General de Justicia de la Comisión Europea de 15.10.2012, sobre la implantación de los ADR en el ámbito comercial (4). De hecho, en el sitio sobre la mediación de la web *eu-justice* de la UE, la referencia actual se ha ampliado y habla genéricamente sobre los MASC (5).

En la actualidad existen estudios en los que se incardina la mediación en el más amplio movimiento de los ADR, como sostiene la profesora Carolina Macho, de la Universidad de Cantabria en su tesis doctoral (6)

Los grandes centros de mediación internacional han realizado el tránsito en los últimos años hacia los ADR o MASC, de lo que es un claro ejemplo el CEDR, principal impulsor en el mundo de la mediación y los otros métodos alternativos (7). Las reformas en el derecho comparado como, la operada por el nuevo artículo 750 el código de derecho de procedimiento de Francia por el Decreto de 11.12.2019, prevé al respecto la remisión por el juez a diversos métodos MASC como la tentativa de mediación, la conciliación u otros procedimientos participativos.

La República de Eslovenia es un ejemplo de lo que puede significar el impulso de la mediación desde los tribunales de justicia. Después de la Ley sobre los MARC, de 19 de noviembre de 2009 son los tribunales los que tienen la facultad de promover el uso de los medios alternativos tanto en la primera instancia como en la fase de apelación, mediante los incentivos en la distribución de las costas del proceso entre las partes, según hayan usado la mediación u otros mecanismos de buena fe, o la hayan rechazado sin causa atendible. En los asuntos de familia se han obtenido en 2018 un 66 % de acuerdos entre las partes en un promedio de dos o tres sesiones (8).

Los centros de mediación que se han creado en España en muchos colegios profesionales, hace tiempo que pasaron a denominarse centros ADR.

VIII. INCENTIVOS PARA LA UTILIZACIÓN DE LOS MASC

A semejanza de lo que se ha introducido en otros ordenamientos jurídicos y, siguiendo las directrices de las recomendaciones del Parlamento y la Comisión europeos, el anteproyecto prevé incentivos fiscales a la utilización de los MASC. Entre los de mayor trascendencia se encuentra la exención impositiva de determinadas indemnizaciones que resulten de los acuerdos alcanzados en el ámbito de los seguros de accidentes y la responsabilidad civil, dentro de los límites de los baremos correspondientes, las derivadas de despido o cese del trabajador previstas legalmente y las anualidades por alimentos derivados de convenio regulador.

De indudable trascendencia, en cuanto al favorecimiento de acuerdos, es la ampliación de los supuestos de la ley de asistencia jurídica gratuita al incluir dentro de las indemnizaciones por honorarios a los abogados del turno de oficio, los devengados por su intervención en los MASC siempre que su utilización sea preceptiva como requisito de procedibilidad. La exclusión de esta actividad de la abogacía como actividad remunerada significaba en la práctica una desincentivación evidente para que se alcanzaran acuerdos mediante la utilización de los MASC en los numerosos casos del turno de oficio. De esta forma no solo se podrá disminuir la litigiosidad impropia, sino que, especialmente en casos de familia, se facilitarán los consensos en beneficio del bienestar de los hijos.

IX. BREVE RESEÑA DE LOS MASC QUE SE MENCIONAN EN EL ANTEPROYECTO PARA CUMPLIR EL REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD

Como criterio general, se establece la necesidad de acreditar que se ha llevado a cabo una negociación previa prejudicial con la otra parte. Entre las que se mencionan las siguientes:

a.- *El intento de conciliación privada* con intervención facultativa de los abogados de las partes ante un tercer profesional del ámbito extrajudicial privado o público, entre los que podrán ejercer esta función diversos profesionales del ámbito jurídico que gocen de alto prestigio, elegidos por los abogados de las partes libremente. Estos profesionales, denominados «terceros neutrales» procurarán el acuerdo y, si no se alcanza, deberá expedir la correspondiente certificación de que ha presidido la o las sesiones negociadoras, sin que haya sido posible el acuerdo. El profesional

interviniente como conciliador deberá ser miembro de un colegio profesional (abogados, procuradores o notarios, etc....) o formar parte del panel de centros ADR de entidades acreditadas o de las Cámaras de Comercio. Estará vinculado al secreto profesional, salvo en lo que se refiere al contenido de la propia certificación de que las partes lo han intentado de buena fe, sin acuerdo.

Los Colegios Profesionales podrán ofrecer y administrar servicios de conciliación, elaborando un listado de personas que se inscriban al mismo con unos requisitos que acrediten su prestigio y solvencia.

El proceso podrá llevarse a cabo de forma íntegra por vía informática, con sesiones presenciales o por videoconferencia, que estarán protegidas por el secreto profesional. Los abogados de las partes tampoco podrán utilizar el contenido de las conversaciones o propuestas.

La conciliación privada que menciona el anteproyecto coexiste con los otros medios públicos de conciliación ante notarios y registradores que prevén la Ley de Jurisdicción Voluntaria, la Ley del Notariado y la Ley Hipotecaria en materias de su competencia, así como con el acto de conciliación que es competencia de los LAJ y de los jueces y tribunales en las diversas fases del proceso.

b.- *La opinión confidencial de experto independiente*, de suma importancia en el sector asegurador, en la responsabilidad civil y, en general, cuando se trata de divergencias en la calificación de problemas técnicos (industriales, mecánicos, arquitectónicos, de derecho internacional privado, marcas o patentes).

En estos casos el experto ha de ser elegido de común acuerdo por las partes, con el doble compromiso de confidencialidad y voluntariedad en cuanto a la aceptación de la eficacia del dictamen (cuyas conclusiones podrán ser rechazadas por cualquiera de las partes si no le convencen, sin trascendencia alguna en un ulterior proceso).

El dictamen, en caso de no aceptación por alguna de las partes, no podrá ser utilizado en juicio, pero el perito expedirá una certificación en el único sentido de que se ha intentado alcanzar una solución consensuada sin haberse conseguido.

c.- *La oferta vinculante confidencial*. Con este sistema una de las partes en el conflicto realiza una propuesta de solución por escrito a la otra parte, con el compromiso de mantenerla para el caso de que la otra parte la acepte o responda con otra oferta vinculante alternativa para ser negociada.

La aceptación o el acuerdo alcanzado tendrá plenos efectos contractuales, con la opción de su elevación a público, o la transformación de los procesos entablados mediante la transacción.

La no aceptación, bien expresa o por vía del silencio, se reputará como negociación previa intentada sin efecto e implicará el cumplimiento del requisito de procedibilidad. En el caso de que la sentencia que posteriormente se dicte en el proceso contencioso sea coincidente sustancialmente con la oferta rechazada, implicará la condena en costas con declaración de temeridad.

d.- *Especial consideración a la inserción de la mediación como requisito de procedibilidad*

Es un acierto su mención especial en el anteproyecto, aun cuando este mecanismo ya está regulado por la Ley 5/2012 que, en determinados aspectos se adapta a la nueva normativa y se completan lagunas que habían suscitado problemas interpretativos. Se aclara que la asistencia de los abogados a las sesiones de mediación no es obligatoria y que serán las partes las que libremente lo determinen.

Aun cuando explícitamente no se establece, se deduce de la futura regulación que los mediadores inscritos podrán intervenir también como conciliadores o como terceros neutrales si son designados por las partes para tales fines y en dicho concepto.

El proceso de mediación, aun ofreciendo una mayor rapidez que los procesos judiciales, necesita unos tiempos que suelen ser superiores a los de la conciliación, la negociación ante tercero neutral o la negociación finalizada por oferta confidencial vinculante.

En cuanto a la «mediación exprés», el anteproyecto no la menciona expresamente, pero cabe considerarla como una especie de intervención mediadora por su eficacia demostrada en el derecho comparado habida cuenta del *numerus apertus* en la relación de medios adecuados para la resolución de controversias. No se trata de un proceso de mediación ortodoxo, propiamente dicho, sino que se trata de un modelo basado en las técnicas evaluativas, que en la práctica anglosajona se denomina *track mediation* y que en algunas ciudades se llevan a cabo en sede de las asociaciones de abogados, por instituciones de mediación consolidadas, o en los servicios sociales de los ayuntamientos. Por este medio se puede absorber un número importante de conflictos menores derivados por los tribunales de justicia puesto que se suele obtener un índice alto de acuerdos que evitan el incremento de la judicialización.

El arbitraje es también un método adecuado extrajudicial de solución de controversias que no se ha incluido en el anteproyecto por cuanto goza de sustantividad y prestigio propio. Es uno de los métodos ADR de mayor eficacia práctica, que está consolidado a nivel legislativo y por la práctica de los Tribunales Arbitrales existentes de distinto ámbito y especialidad. Es un mecanismo que suele ser fomentado por Cámaras de Comercio y Colegios Profesionales. Ahora bien, las diferencias fundamentales con el resto de los ADR son, por una parte, que la opción por el arbitraje excluye definitivamente la vía judicial, salvo los extraordinarios recursos de nulidad que han quedado limitados por la doctrina constitucional, y que el tercero (o el colegio arbitral) resuelve mediante un laudo que tiene la misma eficacia que una sentencia judicial. El arbitraje no se incluye en el anteproyecto porque, al igual que la mediación, dispone de una regulación consolidada propia, aun cuando es necesaria la introducción de incentivos económicos que puedan incidir en la reducción de impuestos en cuanto a los negocios jurídicos resultantes de los laudos.

Finalmente, cabe mencionar que en la última versión del anteproyecto publicada se incluye entre los MASC, como medio suficiente para cumplir el requisito de procedibilidad, la actividad negociadora desarrollada directamente por las partes asistidas de sus abogados cuando su intervención sea preceptiva. Se trata de una vía genuina que ha despertado inquietud por la imprecisión de los términos en los que está redactada. Es obvio que, si las partes negocian y alcanzan acuerdos, la

mención legal carece de ningún sentido por cuanto la libertad contractual ya está recogida en la ley. El problema es que, cuando se negocia y no se alcanza un acuerdo, es difícil imaginar que las dos partes, con sus abogados, se avengan a suscribir un documento para acreditar que han negociado sin alcanzar acuerdo alguno, al objeto de facilitarse mutuamente el acceso al tribunal. Este supuesto plantea problemas con el código deontológico de la abogacía respecto a la obligación de reserva de las negociaciones entre abogados. Desde luego esta vía ha de aclararse en trámite parlamentario, en todo caso, por cuanto da la impresión de que se trata de un problema procesal «de laboratorio» más que de un supuesto de la vida real.

(1) Sitio la justicia dato a dato web CGPJ: <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Estadistica-Judicial/Estudios-e-Informes/Justicia-Dato-a-Dato/>

Ver Texto

(2) Página web de la ABA: https://www.americanbar.org/groups/dispute_resolution/resources/DisputeResolutionProcesses/

Ver Texto

(3) Página web de la California Court Branch: ADR Types & Benefits - [alternative_dispute_resolution](https://www.court.ca.gov/alternative_dispute_resolution) (ca.gov)

Ver Texto

(4) Informe ECORYS para la Dirección General de Justicia de la Comisión Europea:

<https://www.adrcenterfordevelopment.com/wp-content/uploads/2018/06/ADR-Final-Report-151012-1.pdf>.

Ver Texto

(5) Página web ue-métodos alternativos: https://e-justice.europa.eu/content_eu_overview_on_mediation-63-es.do

Ver Texto

(6) C. Macho, «El movimiento ADRr»: https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-C-2014-30093100996.

Ver Texto

(7) Página web del CDER: <https://www.cedr.com/>.

Ver Texto

(8) El sistema de mediación en slovenia en la web eu-justice: https://e-justice.europa.eu/content_mediation_in_member_states-64-si-en.do

Ver Texto

Una gran obra colectiva dedicada a la doctrina constitucional sobre el arbitraje

A great collective work dedicated to the constitutional doctrine on arbitration

Agradezco al Catedrático de Derecho Internacional Privado, José Carlos Fernández Rozas, que me haya encomendado escribir una reseña sobre este desafío colectivo de publicar en breve espacio de tiempo un número extraordinario de la revista La Ley: Mediación y Arbitraje que dirige, bajo el atractivo título «Nuevos derroteros del arbitraje en España a la luz de la doctrina reciente del Tribunal Constitucional».

Arbitraje, Relaciones entre jueces y árbitros, Doctrina del Tribunal Constitucional, Anulación de laudos, Motivación, Orden público.

I am grateful to the Professor of Private International Law, José Carlos Fernández Rozas, for having asked me to write a review of this collective challenge to publish in a short space of time an extraordinary issue of the revista La Ley; Mediación y Arbitraje that he directs, under the attractive title «Nuevos derroteros del arbitraje en España a la luz de la doctrina reciente del Tribunal Constitucional» («New directions for arbitration in Spain in light of the recent doctrine of the Constitutional Court»).

Arbitration, Relations between judges and arbitrators, Doctrine of the Constitutional Court, Annulment of awards, Motivation, Public policy, Public policy



Javier Jiménez-Ugarte

Lupicinio International Law Firm Of Counsel (Mediación y Arbitraje)

I. INTRODUCCIÓN PERSONAL

Sin duda, me ha hecho el encargo más por corresponder al entusiasmo que le expresé, tras acceder y disfrutar de las, antes llamadas, 'galeradas' de esta, para mí, sorprendente monografía (1), que por mis capacidades reales. Como me gusta decir, sigo considerándome un «aprendiz» en este difícil tema del arbitraje, que ha llenado mi jubilación tras cuarenta y cinco años de gestión diplomática y consular.

Aprovecho para dejar claro que no quiero, ni ahora ni nunca, ejercer de árbitro, salvo en el accesible

«MOOTMadrid» que fundó, y sigue dirigiendo desde la «Universidad Carlos III», la Catedrática de Derecho Mercantil, Pilar Perales, pues terminaría como el pobre *Mickey*, como «*aprendiz de brujo*», en su impotente lucha contra el agua que lo inunda todo durante la inolvidable película «*Fantasia*» de los «*Estudios Disney*».

Me inicié en su estudio como alumno de una IX Edición del Máster organizado en 2018 por la «Asociación Europea de Arbitraje», que preside Javier Iscar. Todavía guardo y consulto un bloc de notas manuscritas, así como dos carpetas de los documentos que nos fueron facilitados por los generosos y expertos profesores, en su mayoría presentes en la obra que me toca comentar, con artículos propios o con citas, así Rafael Hinojosa, José Fernando Merino Merchán, Josep M.^a Juliá, y Gonzalo Stampa (2).

Casi tres años después, llenos de lecturas, seminarios, y congresos, y, tras la pandemia, de muchas decenas de debates y mesas redondas telemáticas, —siempre de oyente, aunque con algunas intervenciones personales—, pude disfrutar a fondo leyendo y subrayando la ya famosa sentencia del TC de 15 de febrero de 2021. Confirmaba y enriquecía la doctrina del Alto Tribunal sobre el arbitraje, ya clara en la anterior sentencia de 15 de junio de 2020, una y otra con la Magistrada María Luisa Balaguer como ponente, y la segunda con la abogada Ana Barriga de «*Iscar Abogados*», como demandante y ganadora (3).

El esperado pronunciamiento volvió a satisfacer las lógicas expectativas de los defensores del Arbitraje frente a una creciente intromisión, desde la Sala de lo Civil y Penal del TSJ de Madrid, en el fondo de los laudos, que terminaba en diversas e inesperadas anulaciones.

La trascendencia de lo decidido por la Sala Primera del TC quedó reflejada en la inmediata proliferación de foros de debate al respecto. Guardo aún las convocatorias que pude seguir durante el cargado mes de marzo, así el «Little Open» de *Javier Iscar* del día 2; la jornada de la «Corte de Arbitraje del ICAM», moderada por Ana Fernández Pérez, del día 4; la Mesa redonda convocada por CIMA del día 10; la sesión conjunta de dos Secciones del ICAM, «Derecho Societario y Gobierno Corporativo» y «ADR», el 16; más el acto puesto en pie por el Decano del «Colegio Notarial de Madrid», José Ángel Martínez Sanchís.

Para entonces, Fernández Rozas había hecho público su ambicioso esfuerzo editorial y había puesto a prueba, una vez más, su gran capacidad de convocatoria. Lo logrado por promotor y participantes con este número extraordinario merece elogios y reconocimientos. Contamos ya todos, en España y en Iberoamérica, con una gran obra sobre la doctrina de nuestro Tribunal Constitucional, examinada desde todos los ángulos por cuarenta y dos expertos, llamada a tener en este campo, y permítaseme la ironía, el éxito de las «*Cincuenta Sombras de Gray*» en el suyo.

Me gustaría recordar aquí, en honor del protagonista del éxito logrado con el *Recurso de Amparo n.º 3956-2018*, Bernardo Cremades, y su equipo, cómo le escuché, durante un almuerzo el 26 de septiembre de 2019 con otros distinguidos árbitros, expresar su jurídico pesar y continuada irritación por la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 8 de enero de 2018 que había anulado el «*laudo de equidad*» encomendado por la «Corte de Arbitraje de Madrid» al prestigioso abogado,

Rafael Jiménez de Parga, sobre la disolución de Mazacruz, S.L. solicitada por unos herederos frente a otro.

Nada sabía yo entonces del caso, pero quizás por ello me ha interesado tanto la obra que me facilitó como primicia el Director de la Revista que acoge también estas líneas. Reconozco que mi aún muy viva curiosidad sobre esta temática me llevó a imprimir y manejar todos los trabajos, lo que me permite expresar aquí mi total admiración por su calidad y amenidad. Ello hace incluso más difícil escribir al respecto.

Me trae a la mente lo que me sucedió cuando tuve que comentar un libro colectivo, éste de carácter literario e histórico, con 57 coautores, «*A la Sombra. Actores secundarios de la Historia*», y decidí escudarme bajo el título «Difícil recensión de un interesante libro». No pude mencionar todos los nombres pues hacerlo me hubiese dejado sin posibilidad de añadir comentario personal alguno, y algo parecido me puede suceder hoy, por lo que presento mis excusas a los que no se vean expresamente mencionados.

A cambio, quiero elogiar a todo ese gran colectivo de los árbitros españoles que he ido descubriendo y que me ha llenado de admiración. Integrado por veteranos abogados, magistrados, profesores, excedentes de prestigiosos Cuerpos, como Abogados del Estado, Notarios, Registradores, e incluso algún muy conocido Diplomático, son todos ellos ejemplo de calidad y prestigio intelectual, lo que, unido a una gran dedicación y generalizada honradez profesional, los ha llevado a ser muy valorados en España y en el extranjero.

No puedo evitar añadir lo mucho que me ha impresionado también descubrir a las nuevas generaciones, como ese grupo de árbitros y árbitras que forman parte del «CEA-40», y ese otro de «CEA Mujeres», que enriquecen continuamente el mundo de los debates y encuentros, nacionales e internacionales, y dan testimonio de su enorme preparación y sorprendentes cualidades lingüísticas y hermenéuticas.

Tengo que reconocer que, durante mi carrera funcional, fuera y dentro de España, he buscado siempre interlocutores y amigos dentro de esa difícil profesión de la abogacía, y ahora, con menos tiempo por delante, he querido acercarme a los entregados árbitros. Además, sucede que, en esa línea, a los veteranos abogados que he conocido siempre les agrada recordar, con orgullo y satisfacción, sus esporádicas experiencias como árbitros.

Aprovecho para animar a los abogados y árbitros que me leen a lanzarse a ese difícil, pero necesario, género de las Memorias o Autobiografías, para mayor gloria de los ejercientes ya que, bien cuidadas, no tienen por qué entrar en conflicto con el siempre prioritario «*secreto profesional*». Durante mis años de Embajador en Grecia, conocí a uno de los mejores letrados de aquel país, *Tryfon Koutalidis*, que me regaló sus amenos recuerdos profesionales durante una larga carrera en la que destacaba su vinculación con grandes nombres de la empresa y la política, como *Onasis*, —siempre propenso al arbitraje—, y *Karamalis*. Traducido luego al español, pudimos presentar el libro, «El Abogado» en el ICAM, bajo la presidencia del entonces Decano, y hoy llorado *Antonio Hernández-Gil*.

II. SOBRE TÍTULOS DE LOS ARTÍCULOS Y CONTENIDO DE LA OBRA

Terminando ya con estas vivencias personales, y volviendo a los autores de esta gran obra sobre el Arbitraje, citaré lo que escribe su editor en su cuidado Prólogo: «*Si bien no están todos los que son, sí son todos los que están*». En efecto, produce gran satisfacción leer el Índice con cuarenta y dos conocidas firmas debatiendo y opinando en torno a este «método alternativo de solución de conflictos», por seguir utilizando la histórica y, en mi opinión, mejor denominación encontrada, en español MASC, y en inglés ADR. (4)

Pienso que sobre la misma podrían estar de acuerdo hasta los dos «bandos» enfrentados, tanto el Magistrado del TSJM, Santos Vijande, como la citada ponente María Luisa Balaguer y los Magistrados Xiol Rius y Pedro Fernández-Trevijano del TC, también ponentes de dos ulteriores sentencias de 15 marzo del 2021 sobre Recursos de Amparo, números 976-2020, y 2563-2019 respectivamente, que consolidan la existencia de una sólida doctrina constitucional totalmente favorable al arbitraje (5).

Produce gran satisfacción leer el Índice con cuarenta y dos conocidas firmas debatiendo y opinando en torno a este «método alternativo de solución de conflictos»

Intentando que el lector se haga una idea acertada del ambicioso contenido de esta obra colectiva, la definiría como un compendio de las principales cuestiones debatidas en España en torno a la figura jurídica del Arbitraje, con algunas referencias de Fernández Rozas a su segunda gran especialidad del arbitraje en América Latina. (6)

Pasaré a relacionar los principales temas contenidos en la Sentencia, y aquí comentados, fijándome para ello en los variados títulos elegidos por los distintos autores, cuestión esta siempre reveladora como explica Javier Iscar en su contribución.

- Sin duda, el primero, recogido en el trabajo de mayor dimensión que le fue solicitado al ex Presidente del Tribunal Constitucional y del CGPJ, Pascual Sala Sánchez, sería el «principio de mínima intervención judicial en el arbitraje» que es tratado en otros trabajos, como los de José Fernando Merino Merchán, Santiago Álvarez González, y Gonzalo Ardila, de manera rotunda y esclarecedora.
- El segundo, de la mano del Decano del ICAM, José María Alonso, tiene que ver con la «seguridad jurídica» y su necesidad de cara a incrementar el recurso al arbitraje, tanto doméstico como internacional, concepto sobre el que se pueden leer otras contribuciones como la de María Arias Navarro.
- Lógicamente, el Presidente del flamante «Centro Internacional de Arbitraje de Madrid» (CIAM), José María Caínzos, comenta y destaca la contribución de la Sentencia a la «mayor expansión del

arbitraje internacional en España», en tanto que eleva la cotización de nuestra sede, mensaje que aparece igualmente en otros muchos trabajos, como los de Luis María Cazorla y Javier Fernández-Samaniego.

- En torno a la «motivación del laudo», de equidad o de derecho, y a su distanciamiento frente a lo exigido en las sentencias del Poder judicial, escriben valiosos expertos, como Antonio Hierro, Alfonso Iglesia/Lucía Montes, Ana Fernández Pérez e Íñigo Rodríguez-Sastre.
- Sobre el ya envejecido concepto de «equivalente jurisdiccional», firmas como Sixto Sánchez-Lázaro, Antonio Vázquez Guillén y otros, añaden sus consideraciones al intenso análisis hecho por el TC.
- La Sentencia también sirve para realzar la imprescindible «autonomía del arbitraje», como desarrolla Urquiola Palacio. Junto a ella, la defensa de la «autonomía de la voluntad», bien reflejada en el texto del Constitucional, se ve cuidadosamente descrita en las aportaciones de J.D. González Torres.
- Mucho interesan las diversas aportaciones sobre el «orden público» de Fernando Castedo, y Francisco Prol, así como el estudio en relación con el «Convenio de Nueva York» elaborado por Félix J. Montero y Álvaro Villalón.
- Destacaré igualmente las matizaciones hechas por Santiago Martínez Lage sobre el «orden público material» frente al «orden público procesal», que le permiten hacer una breve incursión en el Derecho europeo.
- La siempre debatida «acción de anulación» queda también muy esclarecida en lo que tiene que ver con las distintas situaciones descritas en el art. 41 de la Ley de Arbitraje, tan identificada en este punto con la Ley Modelo UNCITRAL, en las contribuciones de Rafael Hinojosa, y de María José Menéndez Arias.
- Lo mismo sucede con el «estándar de prueba» analizado en la Sentencia, que es objeto de un estudio específico por Frederic Munné Catarina.
- Agradece ver que igualmente se preocupan nuestros especialistas por problemas pendientes, así Juan Fernández-Armesto y Alba Briones redactan un interesante apartado «*De lege ferenda*».
- Tras mencionar la defensa por Francisco Ruiz-Ruiseño de ese «binomio inseparable entre libertad y arbitraje», y, llegado el momento de concluir el breve resumen, recurriré a algunos muy descriptivos «titulares», como los de «pleno reconocimiento constitucional» (Jesús Remón); «espaldarazo constitucional» (José Juan Pintó Sala); «constitucionalización del arbitraje» (Luis Felipe Castresana); «clara lanza en favor del arbitraje» (Elena Sevilla Sánchez); «regreso a la normalidad arbitral» (Carlos de los Santos), «final de una anomalía arbitral española» (Pedro Tent Alonso), o incluso a sencillas exclamaciones que reflejan el alivio generalizado, así el «buen año» de Josep María Juliá, o el «soplo de aire fresco», de Juli de Miquel Berenguer.
- Para terminar, me gustaría citar, por un lado, —mirando al pasado—, el trabajo histórico sobre

las raíces del arbitraje —y de la mediación también sin duda— en nuestro Código de las Siete Partidas, que nos ofrece Luis Martí Mingarro, siempre en forma y, —mirando al futuro—, la inquisitiva pregunta que se hace Rosa María Vidal Monferrer, tras su análisis de la Sentencia, «¿Y ahora qué?» .

III. CUESTIONES PENDIENTES Y PREVISIONES DE CARA AL FUTURO

Terminado el anterior acercamiento al contenido de los trabajos a través de los títulos seleccionados por los numerosos autores, reconozco que no querría cansar al lector con nuevas repeticiones sobre el magnífico texto de la Sentencia, ya conocida por todos los interesados en esta reseña. Les animaría, en cualquier caso, a mantener esta obra siempre al alcance, tanto de cara a labores docentes como estrictamente arbitrales, ya que, probablemente, dentro de sus más de doscientas páginas, encontrarán respuestas fidedignas a preguntas claves sobre la figura arbitral.

Me gustaría, en cambio, y aprovechando mis dobles lecturas, entresacar distintas valoraciones personales sobre la evolución previsible del Arbitraje, y sobre las preocupaciones y prioridades sentidas por algunos de los autores. Sería para mí como un pequeño capítulo de otras lecciones aprendidas, algo que encaja bien con mi arriba descrito perfil personal.

A) Reconozco que la defensa que el Constitucional hace del arbitraje de equidad me ha emocionado especialmente. Quizás como sufrido burócrata me siento muy identificado con toda fórmula capaz de subsanar las limitaciones normativas existentes, algo aún muy difícil en la vía judicial pero que afortunadamente sobrevive, ahora con renovadas fuerzas, en la vía arbitral. Bernardo Cremades escribe, tras recoger los pronunciamientos del TC, *«Debe quedar meridianamente claro que es el tribunal arbitral el único legitimado para optar por la solución que considere más justa y equitativa teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso, incluso si tal solución es incompatible con la que resultaría de la aplicación de las normas del derecho material.»*

Sobre lo que denomina «Los dos pilares básicos del laudo arbitral» de Rafael Jiménez de Parga, ve consagrado el arbitraje societario y nos ofrece el siguiente silogismo: *«El art. 362 de la Ley de Sociedades de Capital permite la disolución por resolución judicial si constata causa legal al efecto: La LA permite el arbitraje societario, de forma que el laudo arbitral está equiparado a la resolución judicial. La causa legal la ofrece el art.363 párrafo c) de la citada norma, "imposibilidad manifiesta de conseguir el fin social"»* .

El segundo pilar del laudo sería, para Cremades, *«el respaldo a la doctrina del abuso de derecho, que posiciona al TC claramente dentro del Derecho comparado, frente a la negativa frontal del "common law" al abuso de derecho como base de pretensiones»* .

B) Consciente como todos de la posibilidad de que en el futuro surgiese un nuevo caso discordante con la doctrina del Constitucional en otro TSJ, me ha interesado leer lo que opina Fernando Castedo, sobre cómo armonizar de cara al futuro las posiciones de los TSJ de cada una de las 17 Comunidades Autónomas. Escribe: *«La Ley de Arbitraje hubiera sido merecedora de una reforma legislativa, bien atribuyendo dicha acción de anulación a un Tribunal único, como podía ser el Tribunal Supremo, bien*

estableciendo la posibilidad de corregir los posibles desvíos de los TSJ mediante un estricto y limitado recurso de casación, que permitiera sentar criterios jurisprudenciales unívocos en la interpretación de los motivos» .

Juan Fernández-Armesto y Alba Briones Martín, sobre similar cuestión, escriben que *«Hacia el futuro, el sistema de revisión de laudos, tal como está dibujado en el ordenamiento español precisa de una reforma. Si el legislador realmente quiere que el arbitraje interno se desarrolle y coadyuve a descargar el sistema judicial, hace falta crear un mecanismo de coordinación y unificación de la jurisprudencia de los diferentes Tribunales Superiores de Justicia»* . A continuación, recuerdan que el Club Español del Arbitraje ha defendido que *«nuestro ordenamiento jurídico precisa de un "Recurso en interés de Ley" que lógicamente debería estar residenciado en el Tribunal Supremo, que, sin afectar a las situaciones particulares resueltas, tenga como sola finalidad unificar la doctrina jurisprudencial sobre las cuestiones legales discutidas»* .

C) También aprendí que antes del 2015 el TSJM había defendido posiciones idénticas a las que hoy asume el TC. Carlos de los Santos menciona una sentencia de 25 mayo 2012 que *«dejaba fuera del concepto de orden público todas aquellas cuestiones que no hubieran producido una indefensión real y constitucionalmente relevante»* , y que otra posterior, de 21 mayo 2013, afirmaba con rotundidad que: *«No se puede confundir vulneración del orden público con posible vulneración de normas imperativas. Toda vulneración del orden público comporta una vulneración de una norma imperativa, pero no toda vulneración de norma imperativa comporta la vulneración del orden público»*

Más adelante, y al referirse a los vicios *in procedendo* que el Tribunal de anulación controla, considera que *«nada impide en estos casos reproducir el procedimiento arbitral corrigiendo el defecto determinante de la anulación del Laudo; como la LA no lo prescribe, sería deseable que en una futura reforma legislativa se facultara expresamente al Tribunal de anulación para ordenar, en su caso, la retroacción de las actuaciones al momento procedimental oportuno»* .

D) Gracias a lo escrito por José Carlos Fernández Rozas me he reconciliado con la hoy denostada expresión de «equivalente jurisdiccional» , al explicar que fue empleada por primera vez por el ponente Vicente Gimeno Sendra en la STC 62/1991 de 22 de marzo, a propósito de un recurso de inconstitucionalidad contra el "Estatuto Gallego del Consumidor y Usuario", para defender que, *«ya que como tal las partes pueden obtener los mismos objetivos que con la jurisdicción civil, es evidente que la creación de órganos de naturaleza arbitral y el establecimiento de dicho procedimiento heterocompositivo es materia propia de la legislación procesal civil, relacionada, en cuanto a los efectos del laudo arbitral y al sistema de recursos, con la Administración de Justicia»* .

También recuerda, en relación con la vieja STC Pleno nº 1/2018 de 11 de enero, que la *«la equiparación del laudo a la sentencia judicial no es suficiente para que el recurso de amparo constitucional se pueda dirigir contra los laudos, ya que solo procede contra los actos de los poderes públicos (art. 53.2º CE y 41.2º, 43. 1º y 44.1º LOTC) y los árbitros no son poder público, de modo que el amparo solo cabe contra los actos de la jurisdicción en sus funciones de apoyo, ejecución o anulación de laudos arbitrales»* , cuestión que también trata a fondo, de manera coincidente como no podía ser de otra manera, Jesús Remón, citando al propio TC, *«el laudo no puede ser objeto de recurso de amparo»* .

E) Me pareció valoración estimulante, con una cuestión pendiente sencilla de resolver, el párrafo de Javier Fernández-Samaniego, *«Más allá de algunos detalles como el deseable desarrollo reglamentario del art. 21 LA en relación con el seguro de responsabilidad civil en el arbitraje (que sí existe en la mediación), la reglamentación española está absolutamente en línea con los estándares internacionales»*.

Más adelante, opina que *«la claridad y contundencia del segundo fundamento de la STC 17/2021 sobre "orden público y deber de motivación en el sistema arbitral" hace que sea menos urgente —e incluso innecesario— acometer algunas de las soluciones que se habían propuesto en el Informe del CEA, de marzo de 2019, para tratar de "sacar al elefante del salón, como eran la propuesta de reforma del art. 41 de la Ley de Arbitraje (motivos de anulación) incluyendo la posibilidad de renuncia a la acción de anulación o bien delimitando los motivos de anulación, evitando que la acción pudiera seguir siendo interpretada como una segunda instancia a partir de un empleo inadecuado del orden público»*.

F) Luis García del Río comparte su preocupación por posibles excesos en la interpretación de la Sentencia, y escribe que *«un peligro que puede derivarse de una valoración poco ponderada de lo dicho por el TC es que los árbitros, a partir de ahora, nos erijamos en intérpretes del concepto de orden público, auto-concediéndonos un generoso margen de decisión en el ámbito, incluso, de la ley imperativa»*. Añade más adelante para mayor claridad que *«La acción de anulación podrá analizar la violación de la ley imperativa, pero desde el punto de vista de la violación flagrante, la inaplicación o el manifiesto incumplimiento; la acción de anulación, por el contrario, lo que no podrá hacer es imponer la interpretación de la Ley que hace el tribunal de justicia sobre la del tribunal arbitral, es decir aplicar la sanción jurídica de nulidad del laudo sobre la base de una discrepancia de fondo del tribunal de justicia con el razonamiento técnico-jurídico aplicado por el órgano arbitral»*.

G) La motivación en el arbitraje de equidad —mi cuestión preferida— merece que extraiga las siguientes dos citas. Por un lado, Alfonso Iglesia y Lucía Montes escriben que *«la Sentencia viene a confirmar el contenido todavía más reducido, de la motivación del laudo en los arbitrajes de equidad, por comparación con los arbitrajes de derecho. Esta diferencia tenía su máximo exponente en la anterior ley de arbitraje de 1988, que tan solo exigía la motivación del laudo cuando éste se dictara con sujeción a derecho»*. Por otro, Josep M.^a Juliá destaca que *«el TC precisa la especialidad de la motivación del arbitraje de equidad, reconociendo un requisito más tenue de motivación, sin fundamentos necesariamente jurídicos e incluso con un resultado distinto del que resultaría de aplicar las normas jurídicas»*.

H) Tras señalar Santiago Martínez Lage que *«ya tendrá ocasión el TC de perfilar con más claridad la noción de orden público material cuando deba resolver un recurso de amparo contra una resolución que haya anulado o inaplicado un laudo por supuesta infracción de un principio o norma de orden público material que no debiera merecer esta rigurosa calificación»*, concluye con esta valoración, *«no es el menor mérito de estas dos SSTC el de haber juzgado que una sentencia anulatoria de un laudo puede implicar una vulneración de derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el art. 24.1º CE»*.

I) También me enseñó mucho la Conclusión de José Fernando Merino Merchán, *«nemo contra*

arbitrum nise arbitrum ipse» , cuando, luego de reconocer que «la Sentencia ha restablecido la normalidad después de más de cinco años de arbitraria interpretación del concepto de orden público, período ese en el que se han puesto en duda los cimientos mismos del arbitraje, por desbordamiento del concepto primigenio del orden público, que, en adelante debe ser entendido de nuevo como estricta indemnidad de los principios y derechos fundamentales y libertades públicas garantizadas constitucionalmente, en un marco en el que se otorga a los ciudadanos optar a su albedrío por el arbitraje como sustitución de la jurisdicción del Estado, de conformidad con los artículos 9.2º, 10.1º y 30 CE» , añade que «quizás fuese conveniente cerrar definitivamente esta cuestión aclarándose en una futura reforma del art. 41. 1º, f) que este apartado adopte la siguiente redacción o similar, "Que el laudo infrinja el orden público constitucional". Solo así podrá respetarse pro futuro el ámbito de la "interna corporis arbitral", entendida ésta como núcleo inviolable a la intervención judicial»

J) Por su parte, Frederic Munné Catarina expresa una concreta preocupación de cara al futuro al escribir, *«Por todo ello, tengo para mí que yerra la Sentencia cuando en los últimos párrafos de su fundamentación jurídica parece dar a entender que la motivación del concreto laudo enjuiciado debe ser "suficiente y lógica", puesto que, como se extrae de la propia sentencia no existe a nuestro entender tal estándar mínimo de motivación o de valoración probatoria en el arbitraje, sino que bastará con que exista tal motivación y que la misma sea lógica para cumplir con el requisito legal exigido por el art. 37.4º LA, que únicamente exige que "el laudo será siempre motivado". Y remata el citado autor: «Ni mucho, ni poco, ni suficiente, simplemente motivado» .*

K) Bajo el subtítulo de «Desiderata» , Pedro Tent Alonso, sintetiza las siguientes dos preocupaciones. Por un lado, que *«la idea de los incidentes de nulidad no devolutivos fue y es una ingenuidad en términos prácticos como posibilidad real de correcciones firmes dictadas en única instancia, como las de los TSJ» .* Por el otro, que *«el TC no debiera recurrir meramente a su canon común de irracionalidad, arbitrariedad o error manifiesto para invalidar las intromisiones judiciales en la valoración de la motivación arbitral» .*

L) Y llego así a una última "lección aprendida" como decía al inicio, citando otras interrogantes de Rosa María Vidal Monferrer: *«¿Qué va a ocurrir ahora? ¿El Tribunal Superior de Justicia de Madrid respetará la doctrina constitucional sentada? ¿Cambiará el TSJM su criterio acogiendo la doctrina constitucional publicada en el BOE el 12 de marzo de 2021 o continuará con su criterio, previo a esta sentencia del Constitucional, obligando a las partes a tener que interponer un posterior recurso de amparo?»*

Termina la prestigiosa abogada planteando la siguiente meditada consideración *«Resulta esencialmente relevante profundizar en los efectos que producen las Sentencias constitucionales y en la interpretación conjunta de los arts. 164 del texto constitucional y los arts. 38 y 61 LOTC, de los que se deduce que dichos efectos giran alrededor de los conceptos de cosa juzgada, eficacia erga omnes y vinculación a la doctrina del TC» .* Contesta sobre los tres conceptos con brevedad y gran claridad, por lo que renuncio a intentar sintetizarlos más, y animo a leerlos, pues constituyen, en mi humilde opinión, un broche de oro para tan excepcional obra llena de tantos valiosos trabajos.

Sí reproduzco su deseo final, que sin duda comparten todos los autores y yo mismo desde mi bisoñez: *«Esperemos que esta sentencia constituya un punto de inflexión y que el TSJ de Madrid*

continúe, a partir de ésta, aplicando estos criterios constitucionales en sus siguientes recursos de anulación con el doble fin de conseguir mayor seguridad jurídica y de evitar el largo peregrinaje de jurisdicciones que ahora está teniendo lugar» .

IV. PALABRAS FINALES

Sería fácil añadir que sin duda el debate continuará, impulsado por la convivencia entre 17 Tribunales Superiores de Justicia, libres y no coordinados. La «rebeldía madrileña» ha sido derrotada, pero siempre podrán surgir, en uno u otro TSJ, nuevos «heterodoxos», como los llamaría Marcelino Menéndez y Pelayo, sin dejar de apreciarlos y valorarlos debidamente.

Por el momento nos toca esperar al inminente pronunciamiento del Alto Tribunal sobre un nuevo, delicado, y ya aceptado, recurso de amparo, vinculado a la preclusión penal en el arbitraje. De cara a ello y a otras futuras Sentencias sobre casos de arbitraje, estoy seguro de que el catedrático Fernández Rozas y sus colaboradores sabrán ofrecer el mejor seguimiento en esta ya consagrada Revista *La Ley. Mediación y Arbitraje* de Wolters Kluwer. Gracias.

.....

(1)

La importancia del tema motivó a la editorial Wolters Kluwers a publicar una monografía con los materiales del referido número extraordinario que lleva por título *El proceso arbitral en España a la luz de la doctrina del Tribunal Constitucional*, coordinado por J.C. Fernández Rozas, con el patrocinio de la Corte Civil y Mercantil de Arbitraje (Las Rozas, Madrid, Wolters Kluwer, 2021, 256 pp. ISBN: 978-84-123132-2-2 ISBN DIGITAL: 978-84-123132-3-9.

[Ver Texto](#)

(2) Ya entonces aprendí de los problemas del mundo arbitral con el TSJ de Madrid en el n.º 8537 del *Diario LA LEY*. Gonzalo Stampa introducía su razonada y negativa valoración de las Sentencias de 28 de enero, y de 6 y 14 de abril, todas del 2015, con la siguiente frase: «Las Sentencias exceden el alcance de las funciones formales de control judicial del arbitraje, alejándose de la jurisprudencia existente sobre esta materia» .

[Ver Texto](#)

(3) Recurso de amparo contra sentencia del TSJ de Madrid, que no aceptó la interrupción del procedimiento solicitado por las partes en base al acuerdo extrajudicial logrado entre ella para dar fin a un conflicto arrendatario, y procedió a anular el laudo arbitral previo por razones de orden público aplicado de oficio por la citada instancia.

[Ver Texto](#)

(4) El actual «Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal del Servicio público de Justicia», pendiente de redacción final y de su remisión al Parlamento, ha optado por una nueva nomenclatura «Medios Adecuados de Solución de Controversias» .

[Ver Texto](#)

- (5) Tanto una como otra reiteran planteamientos del Constitucional contrarios a la anulación por el TSJ de Madrid de laudos arbitrales, de equidad el primero y de derecho el segundo, sobre acuerdos bancarios denominado *swap* (Confirmación Rango Bonificado Doble Euro) firmados con el Banco de Santander y con ICO respectivamente.

[Ver Texto](#)

- (6) *Tratado del Arbitraje comercial en América Latina*, Madrid, Iustel, 2008.

[Ver Texto](#)



VARIABLES DE LA PRÁCTICA DE DESIGNACIÓN DE LOS ÁRBITROS POR UN TERCERO

Variables in the practice of appointing arbitrators by a third party

Históricamente, la libertad de las partes para de seleccionar a sus propios árbitros ha sido reconocida como uno de los de las principales características del arbitraje. En los últimos años, ha surgido un importante debate en torno a si se reducen los beneficios del arbitraje si las partes no pueden seleccionar a sus propios árbitros y si se pone en peligro la integridad del proceso arbitral. Se ha cuestionado la independencia e imparcialidad de los árbitros designados por las partes y se ha sugerido que el arbitraje sería más creíble si los tribunales fueran designados por terceros independientes, como las instituciones arbitrales. Dicho debate conduce al examen de la práctica de los centros de arbitraje para la designación de árbitros.

En la actualidad, el derecho a designar un árbitro está incluido en todos los principales reglamentos de arbitraje y en muchas de las leyes de arbitraje nacionales del mundo, incluida la Ley Modelo de la Uncitral. Además, no está generalizado que las instituciones arbitrales exijan que los árbitros sean designados a partir de una lista cerrada excluyendo por completo a las partes del proceso. La principal crítica es que los árbitros nombrados por las partes pueden no ser neutrales en la toma de decisiones y estar predispuestos a favor de la parte que los nombró. Pero los nombramientos institucionales tampoco son deseables. Es muy dudoso que una institución pueda alcanzar tal nivel de confianza en los usuarios que supere las selecciones realizadas por partes. Ni el enfoque de la lista preexistente ni los nombramientos institucionales son una alternativa adecuada a los nombramientos por las partes de los árbitros.

Arbitraje, Designación de árbitros, Autonomía de la voluntad de las partes, Nombramiento de árbitros por los Centros de arbitraje.

Historically, the freedom of parties to select their own arbitrators has been recognized as one of the principal hallmarks of arbitration. In recent years, an important debate has arisen as to whether the benefits of arbitration are reduced if parties cannot select their own arbitrators and whether the integrity of the arbitral process is jeopardised. They have questioned the independence and impartiality of party-appointed arbitrators and suggested that arbitration would be more credible if tribunals were appointed by neutral third parties, such as arbitral institutions. This debate leads to an examination of the institutions» practice in appointing arbitrators.

The right to appoint an arbitrator is now included in all major arbitration rules and in many of the world's national arbitration laws, including the Uncitral Model Law. Moreover, it is not widespread for arbitral institutions to require arbitrators to be appointed from a closed list to the complete exclusion of the parties from the process. The main criticism is that party-appointed arbitrators may not be neutral in their decision-making and may be biased in favour of the party that appointed them. But institutional appointments are also undesirable. It is highly doubtful that an institution can achieve such a level of *trust* in users that it outperforms selections made by parties. Neither the pre-existing roster approach nor institutional appointments are a suitable alternative to party appointments of arbitrators.



José Carlos Fernández Rozas

Director de la Revista

I. ALTERNATIVAS DE LA DESIGNACIÓN

1. Entre la voluntad de las partes o la intervención de un tercero

1. El desempeño de la misión de árbitros implica un largo proceso previo jalonado por distintas etapas (1) que comienza por una fase de selección, en la que han de tenerse en cuenta una serie de factores de muy diverso alcance (2), y finaliza con su aceptación a partir de la cual las partes esperan del árbitro que ejecute eficazmente su encomienda. Siendo probablemente la designación de los miembros del tribunal arbitral el paso más importante del proceso de arbitraje, la práctica muestra su condicionamiento por circunstancias imprevisibles (3) derivadas, esencialmente, de si dicha operación debe corresponder a las partes o incumbir a un tercero (4).

Determina el proceso de designación del tribunal arbitral el eje central del arbitraje por eso en la práctica de los Centros de arbitraje esta materia posee una relevancia especial siempre atenta al juego de autonomía de las partes (5), evitando usurparla a través de actuaciones indeseadas (6). Las aptitudes y cualificaciones del árbitro y el número de miembros del tribunal pueden tener un impacto significativo en el desarrollo del litigio y, en última instancia, en el propio laudo (7). Como en la generalidad de los capítulos que conforman el arbitraje, el punto de partida es la autonomía de la voluntad de las partes (8), que podrá manifestarse bien directamente por ellas mismas, bien de forma indirecta, remitiéndose a una persona que ostente un determinado cargo en el momento de suscitarse la controversia, a una determinada institución, o bien, ateniéndose a lo dispuesto en el reglamento de algún centro de arbitraje (9).

2. Dicho en pocas palabras: las partes son libres de acomodar el procedimiento de designación de los árbitros a su litigio particular pudiendo figurar estos extremos en la cláusula de arbitraje, incluyendo todos los aspectos de la constitución del tribunal arbitral, incluido el número de árbitros, sus cualificaciones y el mecanismo de su nombramiento. Pero no es frecuente que el árbitro sea designado en el momento en el que las partes acuerdan recurrir al arbitraje. Suele darse en la práctica más frecuentemente la individualización nominal de los árbitros en el arbitraje *ad hoc*, pues en el institucional es el propio reglamento del centro administrador el que prevé las pautas a seguir

para el caso en que las partes no se pongan de acuerdo al respecto. Se acostumbra a justificar la designación directa en las circunstancias específicas que concurren en el árbitro elegido lo que exige practicarla con total precisión en torno a la persona para evitar errores posteriores en su identificación. Ofrece a cambio dos inconvenientes: que el árbitro así designado no puede ser sustituido, salvo que se produzca un nuevo acuerdo novatorio entre las mismas partes y, que si dicho árbitro se niega a aceptar el cargo el convenio arbitral devendría ineficaz (10) .

Las leyes estatales, los convenios internacionales y las reglas de carácter institucional conceden a las partes una amplia autonomía tanto para acordar directamente los árbitros del litigio como para acordar los mecanismos indirectos de su selección. Esta autonomía únicamente está sujeta a restricciones destinadas a garantizar la constitución de un tribunal arbitral imparcial. Inspirándose en el art. 10 Ley Modelo de Arbitraje (LMA) las legislaciones de arbitraje dejan, en efecto, a las partes libertad para determinar el número de árbitros que, a falta de acuerdo, será de tres. Las partes podrán acordar libremente el procedimiento para el nombramiento del árbitro o de los árbitros (art. 15.2º LA/2003); ahora bien, partiendo de esta libertad han de tener en cuenta una serie de circunstancias a la hora del nombramiento con dos objetivos principales: la consecución de unos árbitros idóneos para la solución de su litigio y unas circunstancias que concurren en su persona sobre las que no pueda recaer una ulterior impugnación, deshaciendo lo conseguido a lo largo del procedimiento arbitral. Para que el mecanismo funcione es menester que las partes coincidan en la elección y que los elegidos acepten el nombramiento, pero también deben de respetarse una serie de normas éticas; por ejemplo, constituye un supuesto de conducta anti-ética que una persona se ponga en contacto con alguna de las partes para solicitar su designación como árbitro.

Están facultadas las partes decidir libremente sobre estos extremos, a saber, pueden acordar que cada una de ellas nombre a un árbitro y que los árbitros nombrados sean los designados para elegir al tercero, o pueden acordar que sea un Centro de arbitraje el que nombre a este último o que dicho Centro se ocupe de la designación completa del tribunal arbitral: en definitiva, las partes pueden decidir la conformación del tribunal arbitral a su voluntad. Cuando sea el Centro de arbitraje el seleccionado para nombrar a uno o más árbitros y conformar el tribunal arbitral se deberá seguir el procedimiento establecido en su respectivo reglamento. Sin embargo, no siempre se producen las operaciones descritas y ello no deja de sorprender pues en función de la importancia que tiene para las partes el resultado de un arbitraje la designación de los árbitros debería mover a una reflexión profunda, sin olvidar que esta cuestión es a menudo un proceso largo y enrevesado ante la diversidad de métodos que pueden utilizarse (11) .

3. Aunque las partes pueden designar a los árbitros en el convenio arbitral esta operación no es muy habitual, optando por confiar directamente a un tercero esa designación, o previendo en el convenio la intervención del tercero con carácter subsidiario, para cuando no haya acuerdo entre ellas o para cuando alguna no practique el nombramiento que le incumbe. A decir verdad, la parte que considere la contrariedad del arbitraje a sus intereses puede aprovechar cualquier oportunidad para obstruir el proceso de nombramiento, o para recusar al árbitro una vez nombrado y también puede negarse a nombrar un árbitro o, como puede observarse las maniobras son variadas, un árbitro nombrado por una parte puede negarse a cooperar para nombrar al tercer árbitro (12) . No siempre las partes

cooperan en la labor de constituir un tribunal arbitral eficaz una vez que haya surgido la controversia y la negativa de una de ellas (normalmente la demandada) a nombrar su árbitro, o la falta de acuerdo sobre el tercer árbitro, puede impedir la referida constitución. Incluso, aunque colaboren en la designación de los árbitros, las personas seleccionadas por las partes pueden estar incurso en alguna incapacidad o negarse a aceptar su nombramiento y, una u otra parte puede dejar de estar dispuesta a cooperar. En resumidas cuentas, la falta de cooperación de una parte en la designación de un árbitro es susceptible de poner en peligro el propio inicio de la sustanciación de las actuaciones arbitrales.

Los Centros de arbitraje acostumbran a resolver las discrepancias entre las partes sancionando autonomía del arbitraje con respecto al juez del estatal mediante la adopción de reglas garantes de la resolución de los problemas relativos a la constitución del tribunal arbitral

Precisamente para suplir esta carencia existen opciones consistentes en acordar en el propio convenio arbitral la intervención de una autoridad nominadora o disponer que el arbitraje sea administrado por una institución arbitral, en cuyo caso los árbitros pueden ser designados de conformidad con las reglas de esa institución. Si concurre este supuesto, y ante las importantes discrepancias que registran los reglamentos de los Centros, las partes deberán asegurarse, en el caso de figurar la cuestión relativa a la designación de los árbitros en el convenio arbitral, la compatibilidad de dicha cuestión con las reglas de la institución arbitral y que no quepa la posibilidad de una negativa por parte de esta última a administrar el arbitraje. Pero, hecha esta salvedad, no puede negarse que los Centros de arbitraje acostumbran a realizar una labor esencial resolviendo las discrepancias entre las partes y sancionando autonomía del arbitraje con respecto al juez del estatal (13), mediante la adopción de reglas garantes de la resolución de los problemas relativos a la constitución del tribunal arbitral. Bien entendido que la delegación de estas funciones a los Centros descansa en el acuerdo de las partes, manifestado habitualmente por la remisión efectuada por la cláusula de arbitraje (14).

2. Impugnación de la designación unilateral por las partes

4. Precisamente por la importancia y por la transcendencia de esta cuestión, su consideración está totalmente condicionada por la existencia de un mundo de culturas legales diversas y con respuestas muy heterogéneas, impeditivas de la elaboración de una línea de conducta ética común (15). En contraste con lo que acontece en las legislaciones nacionales, que acostumbran a adoptar cauces relativamente formales en el nombramiento de los árbitros, la práctica del arbitraje internacional contempla procesos más fluidos para seleccionar a los que, en definitiva, van a adoptar la decisión final de la controversia y para verificar su integridad. Esto puede comprobarse en la coexistencia de la nominación directa de los árbitros por las partes, con la selección del árbitro a cargo de las

instituciones de arbitraje (16), en la concordancia o desavenencia entre las decisiones procedentes de estas instituciones con las emanadas de los tribunales nacionales (v.gr., art. 15 LA España) y en la diversa interpretación, académica y profesional, de los textos emanados de las asociaciones profesionales de arbitraje, que cada vez desempeñan un papel más relevante en este sector.

Semejante galimatías puede ser utilizado para establecer actuaciones de buena fe, basadas en preocupaciones genuinas sobre el ejercicio de juicios independientes por parte de un árbitro pero también es susceptible de justificar acciones tendentes a convertir en precaria su posición y practicar, a partir de ella, tácticas dilatorias o de fundamentar recursos de anulación de laudos, con la consiguiente frustración del propio procedimiento arbitral (17). La presión es a veces tan intensa que, en un intento de promover la confianza de los litigantes en el proceso arbitral, el árbitro puede llegar a presentar su renuncia para aliviar la incomodidad de la situación. Y ello es sumamente preocupante por permitir que los procedimientos se interrumpieran por temores irrazonables, sean reales o fingidos. Se impone, pues, la búsqueda de un equilibrio estable entre los estándares éticos en presencia (18), lo cual obliga a una reevaluación constante del tipo de comportamientos, causante de no pocos problemas al normal desarrollo del arbitraje (19).

5. Dentro de los rasgos característicos de la práctica arbitral figura la posibilidad de que cada una de las partes pueda realizar el nombramiento unilateral de un árbitro (20). Ahora bien, el hecho de que exista el riesgo de que los árbitros designados por las partes pueda favorecer a la parte que los ha nombrado (21) ha provocado un amplio debate acerca de las bondades de este método, debatiéndose en la comunidad de arbitraje desde hace dos décadas acerca de su pertinencia (22), sobre todo desde que algunos practicantes de arbitraje experimentados se hayan mostrado tan críticos al modelo llegando a abogar por su supresión, cuando no por una reforma radical. El epicentro de la impugnación se ha centrado en el nombramiento unilateral de los árbitros practicada por algunos Centros sin recurrir a la voluntad de las partes, por su falta de consideración a la confianza personal de éstas, una premisa fundamental del arbitraje, cuyo resultado es la presencia de árbitros dignos de confianza por ambas partes. Según este planteamiento el nombramiento unilateral por las partes puede quedar saneado con el recurso a una institución arbitral capacitada para nombrar «buenos árbitros».

En contra de una idea bien establecida, un árbitro de la relevancia de Jan Paulsson (respaldado posteriormente por Albert Jan van den Berg), impugnó en 2010 en un prestigioso foro internacional el derecho de las partes a nombrar a los árbitros, afirmando que la práctica del nombramiento unilateral por las partes iba directamente en contra del propio concepto de resolución imparcial de conflictos, ya que no se puede esperar que una parte acepte la legitimidad de un laudo dictado por el árbitro de su oponente. Dicha afirmación partía, en la opinión del expositor, de la inexistencia de un derecho fundamental a designar al propio árbitro y se apoyaba en una serie de ejemplos entre los que figuraba la inclinación de determinados árbitros a favorecer a la parte que los había nombrado o la constancia de que la mayor parte de las opiniones disidentes eran redactadas por el árbitro designado por la parte perdedora. Por eso, en su opinión, un concepto imparcial del arbitraje debería encaminarse a «prohibir, o al menos vigilar rigurosamente» esta práctica unilateral y conducir inexorablemente a que, todos los miembros del tribunal arbitral fuesen designados por un órgano

neutral a través del establecimiento de listas preexistentes de árbitros o mediante el empleo de otros procedimientos también basados en listas (23) . Como era previsible dicha toma de posición, tendente a eliminar el supuesto «riesgo moral» ocasionado por la designación por las partes, desató una importante polémica en el mundo del arbitraje.

Previas estas generales observaciones, la construcción descrita tiene interés, sobre todo por la solvencia de quien la formuló y de quienes la apoyaron, aunque el hecho de provenir de unos árbitros con unas características determinadas (calificados por algunos «árbitros estrella») impide su generalización y alerta sobre sus derivaciones negativas. Debe reconocerse que los planteamientos basados en la designación por el Centro no han encontrado, antes al contrario, una aceptación generalizada. Entre otras cosas porque desplaza la cuestión de la parcialidad de los árbitros designados por las partes a la eventual imparcialidad de las instituciones arbitrales en su función de designación (24) . Y ello pese a que se cuente con instituciones administradoras que ofrecen amplias garantías para adoptar una solución adecuada a estas cuestiones por estar en condiciones de elegir a los árbitros de forma más adecuada para un caso determinado, en función de su experiencia y capacitación para resolver ciertos litigios que requieren alto grado de especialización. Aún hoy sigue manteniéndose una defensa encendida del procedimiento clásico debido a sus ventajas prácticas y a sus fundamentos subyacentes (25) ; incluso se considera preferible la designación de un árbitro sobre el que existen ciertas reticencias a una abstención que pondría en marcha la intervención del Centro de arbitraje (26) . Entre otros argumentos justificativos de esta actitud se apunta la demostración práctica de que la involucración de las partes en la constitución del tribunal legitima el proceso de toma de decisiones y que la designación por el Centro nunca superará la referida elección conjunta que automáticamente les inviste de un halo de neutralidad y de autoridad moral. Además, siempre queda la posibilidad de que un miembro exprese sus puntos de vista disidentes, pues una buena opinión disidente es una señal de un debate intelectual saludable entre los árbitros, en el que ha prevalecido la opinión mayoritaria (27) . Privar a las partes de este derecho impediría el mayor desarrollo del arbitraje comercial internacional (28) produciendo un indeseable alejamiento entre la comunidad y los usuarios del arbitraje. Al mismo tiempo, desplazaría la función de los árbitros como prestadores de servicios, aumentando la burocratización y el refuerzo de una cultura favorable al arbitraje público y acercaría el modelo al proceso de selección de jueces en la jurisdicción ordinaria, donde existen otras habilidades y aptitudes para acceder al puesto de juzgador.

Argumentos como los expuestos conducen a considerar la inexistencia de razones convincentes que justifiquen abandonar un método fuertemente enraizado en la práctica arbitral (29) , y ello porque la gran mayoría de los operadores jurídicos del arbitraje consideran que el derecho de las partes a seleccionar el árbitro es un derecho fundamental, un principio básico de arbitraje o un derecho adquirido derivado de una tradición bien establecida que no debe abandonarse sin una causa justificada.

6. No es fácil tomar un partido decidido por una de las dos posiciones esgrimidas en las premisas sustentadas en la anterior polémica. Sería injusto ignorar que en los últimos tiempos los Centros de arbitraje han dado pasos importantes al introducir medidas que: a) obligan a los árbitros a revelar hechos y circunstancias que pueden dar lugar a dudas razonables sobre su imparcialidad e

independencia; b) están destinadas a reducir la duración promedio de un arbitraje; c) se orientan a garantizar la disponibilidad real de los árbitros. Mas pese a estas nuevas construcciones en torno a los requisitos de imparcialidad, independencia y disponibilidad, que figuran en los reglamentos de las instituciones arbitrales y en las leyes estatales (30), la realidad de la práctica sigue expresando los inconvenientes de la esta modalidad de designación de los árbitros y todavía no se ha formulado un argumento sólido que ponga fin a la cuestión de determinar si la influencia de un árbitro designado por una parte en los procesos arbitrales socava o aumenta la legitimidad del proceso arbitral (31) o si las opiniones discrepantes contribuyen a reforzar la calidad del proceso deliberativo (32). Tampoco pone freno a que los árbitros nombrados por una parte consideren con escepticismo, o cuestionen enconadamente, las decisiones de los otros árbitros cuando éstas sean susceptibles de tener consecuencias negativas para la parte que los designó (33). Y, lo que es más grave, no se ha conseguido disipar por completo una falta fundamental de confianza en los Centros de arbitraje en este especial capítulo, cuando se trata de una de sus tareas principales que justifican su propia razón de ser.

Acaso por ello los Centros de arbitraje intentan corregir en las recientes modificaciones de sus Reglamentos las expresadas reticencias:

- i) Una primera lectura de la última versión del *Regl. CCI* ofrece una cierta dosis de complejidad, pero un examen de mayor profundidad muestra que se justifica en un sistema de controles y equilibrios que trata de primar el acuerdo entre las partes, pero adaptado a sus necesidades y preferencias. Únicamente cuando existan incertidumbres acerca del método acordado por las partes y estas últimas no las aclaren oportunamente se pondrán en marcha las disposiciones del Reglamento, tomando su decisión la Corte a partir de lo establecido en el acuerdo de arbitraje, las observaciones de las partes, la naturaleza de la controversia, la cuantía en litigio, la presencia de un Estado o de una entidad estatal y cualquier otro factor pertinente (34).
- ii) Por su parte, la *London Court of International Arbitration* se preocupa de que cada árbitro deba estar debidamente cualificado en cuanto a experiencia, conocimientos, idioma y formación jurídica, también tiene en cuenta cualquier otro criterio especificado por las partes en su acuerdo y en la solicitud de arbitraje o en la respuesta a dicha solicitud. Asimismo se preocupa por garantizar el equilibrio adecuado de experiencia, cualificación y antigüedad en un tribunal de tres miembros; en particular, qué cualidades debe tener el Presidente para complementar las de sus co-árbitros (35).
- iii) Las anteriores versiones que han desembocado en el *Reglamento de la SCC* de 2017 fueron cuidadosamente redactadas, reconociendo la importancia de la autonomía de las partes, particularmente en los procedimientos de designación de los árbitros; únicamente cuando las partes no hayan acordado un procedimiento, o cuando los plazos acordados para el nombramiento han expirado, el Consejo SCC procede al nombramiento de árbitros (36).

Conviene advertir aquí que las autoridades que desempeñan estas funciones provienen preferentemente del sector privado y acostumbran a ser seleccionadas por organizaciones empresariales no desempeñando los gobiernos un papel esencial en su designación.

Mayoritariamente son abogados con experiencia en arbitraje comercial de distinta nacionalidad, con algunas especificidades en algún Centro (presidencia holandesa de la CPA o miembros suecos en la SCC), en trance de modificación. Pero no puede negarse la presencia de una serie de actores invisibles (*unseen actors*) en el proceso, como lo/as secretario/s o lo/as consejeros /a del Centro, fundamentales para su puesta en práctica, pero que al adquirir en el desempeño de sus funciones un importante nivel de influencia pueden suscitar cuestiones de legitimidad, neutralidad y transparencia comprometiendo las propias decisiones del Centro. La actitud de estos actores, cuya función en el Centro acostumbra a tener un carácter temporal y orientarse a su promoción futura, preferentemente en importantes firmas de abogados, exigen un necesario levantamiento del velo de este escenario a partir del correspondiente estudio de su sociología.

II. MODALIDADES DE DESIGNACIÓN

7. Solo con carácter excepcional el procedimiento de designación de los árbitros se realiza en el propio convenio arbitral, pero la habitual opción de una cláusula tipo produce una incorporación por referencia del Reglamento del Centro de arbitraje que acostumbra a regular esta cuestión con minuciosidad. En el caso de que ni las partes, mediante el acuerdo de arbitraje, ni el reglamento de arbitraje institucional prevean un mecanismo adecuado para el nombramiento de los árbitros, generalmente, las leyes nacionales fijan procedimientos por defecto. La designación de los árbitros admite modalidades variadas y opera de manera muy distinta en el arbitraje *ad hoc* y en el arbitraje administrado (37). Siguiendo un sistema escalonado, el nombramiento de los árbitros puede realizarse:

- i) Por las partes de mutuo acuerdo, bien designado directamente a los árbitros, o remitiéndose a una autoridad nominadora para que realice esta operación.
- ii) Por los Centros de arbitraje, cuando nos hallemos ante un arbitraje institucional. Es esencial, como punto de partida, que los litigantes tomen conciencia e identifiquen las ventajas de la designación directa del árbitro o del tribunal arbitral, antes de diferir esta función a la institución de arbitraje
- iii) Por el juez de apoyo. Es una posibilidad nada infrecuente que una de las partes se niegue a cooperar en el nombramiento de árbitros, cuando exista una cláusula arbitral. La mayoría de los sistemas nacionales a partir de lo dispuesto en el art. 11.4º Ley Modelo UNCITRAL (LMU) (art. 15.5º LA/2003) habilitan a los tribunales estatales para designar árbitros, desempeñando el «juez de apoyo» (en España los Tribunales Superiores de Justicia) una destacada labor, cuando no se haya podido alcanzar la designación por los procedimientos anteriores. Como quiera que este mecanismo se integra de lleno en el marco de las relaciones jueces / árbitros, prescindimos de su estudio en la presente contribución (38).

8. La participación de las partes en el nombramiento de árbitros no tiene, sin embargo, el mismo alcance en las dualidades arbitraje nacional / internacional y arbitraje *ad hoc* / institucional (39).

i) *Selección directa por las partes*. El criterio generalmente adoptado por las leyes estatales, que se

recoge también en la LMU, para eliminar las dificultades que resultan de leyes o normas inadecuadas o fragmentarias consiste, en primer lugar, en reconocer la libertad de las partes aunque, como se ha dicho, rara vez sucede que las partes designen a los árbitros en el propio convenio de arbitraje. En la práctica, la individualización nominal de los árbitros suele darse con mayor frecuencia en el arbitraje *ad hoc*, pues en el institucional es el propio reglamento el que prevé las pautas a seguir para el caso en que las partes no se pongan de acuerdo con él al respecto. Es claro que las partes prefieren contar con un amplio margen de libertad en la elección de los árbitros que es una de las ventajas que ofrece el arbitraje *ad hoc*, pues debe reconocerse que los reglamentos de las instituciones de arbitraje limitan a menudo la libertad de las partes y que no siempre eligen el árbitro más adecuado, debilitando la relación de confianza personal que debería existir entre las partes y los árbitros, por lo que no cuentan con una confianza generalizada en este concreto cometido (40). La designación directa suele justificarse en las concretas circunstancias que pueden concurrir en el árbitro elegido y debe realizarse con total precisión de la persona para evitar errores posteriores en su identificación. Presenta, sin embargo, un doble inconveniente, en primer lugar, que no puede ser sustituido salvo que se produzca un nuevo acuerdo novatorio entre las mismas partes y, en segundo término, que si dicha persona se niega a aceptar el cargo el convenio arbitral deviene ineficaz. En todo caso, la selección del árbitro por las partes es una característica esencial del arbitraje y esto está estrictamente ligado a la amplia libertad de la que generalmente gozan para construir un sistema de resolución de la controversia en el propio convenio de arbitraje. Esta circunstancia es reconocida por los Centros coincidiendo en que nunca se debe privar a las partes de la facultad de nombrar a los miembros del tribunal arbitral en favor de la institución, salvo que se considere oportuno intervenir para desbloquear el procedimiento de arbitraje (41). Para incrementar la eficacia del modelo se proponen soluciones drásticas, como la adopción de reglas de recusación de árbitros más estrictas y la ampliación del elenco de árbitros a disposición de las partes manteniendo la potestad éstas para la designación. Pero la eficacia de la primera no ha dado resultados satisfactorios en la práctica y demora hasta extremos insospechados esta fase previa al procedimiento arbitral y la segunda no es más que un mero desiderátum.

ii) *Selección indirecta: intervención de un tercero*. La constitución del tribunal de arbitral es uno de los pasos más importantes en un arbitraje, de ahí que la destreza y los requisitos de los árbitros y el número de miembros que lo integran posean una destacada repercusión sobre el desarrollo del proceso arbitral y, en última instancia, sobre el propio laudo. Por eso el papel de un tercero en esta función resulta esencial.

A propósito de la negociación de la Convención de Ginebra de 1961 se prestó especial atención a esta cuestión, intentando alcanzar una solución definitiva a estas preguntas, especificando que los problemas que afectan la constitución del tribunal arbitral se resolverían mediante la intervención de un tercero, es decir, un presidente de una cámara de comercio, y que será designado por la aplicación de ciertas disposiciones de la convención, o por un comité especial cuyo modo de composición y procedimientos operativos se determinan en el apéndice de esta convención, por la aplicación del art. IV.1º: «Las Partes de una convención de arbitraje pueden disponer libremente: a) Que sus litigios serán sometidos a una institución permanente de arbitraje; en este caso, el arbitraje se desarrollará de conformidad con el reglamento de la institución designada».

Más frecuente es que en el momento de redactar el convenio de arbitraje las partes establezcan una designación indirecta de los árbitros.

Si se trata de árbitro único pueden reservarse el derecho a ponerse de acuerdo sobre la persona y solo a falta de acuerdo dentro de un plazo determinado dicho nombramiento correspondería a la autoridad nominadora o al juez según el régimen concreto a que se someta el arbitraje.

iii) *Selección híbrida*. Admite varias opciones Una posibilidad sería implantar un proceso de selección combinado en el que cada una de las partes en una controversia seleccionaría y nombraría a un árbitro de su elección (a partir de una lista o no) y, posteriormente, la autoridad nominadora pertinente seleccionaría y nombraría al presidente del tribunal arbitral (a partir o no de una lista). No es infrecuente que cada una de las partes que actúan por derecho propio nombre a un árbitro, mientras que en el caso de los otros árbitros, esencialmente del presidente, el nombramiento emane de estos dos últimos, de las partes o de una institución o persona independiente. Dentro de las incidencias más frecuentes que suscita esta opción cabe señalar que una parte no designe árbitro o que no exista acuerdo entre las partes para nombrar al tercer árbitro; de esta suerte, cuando son los co-árbitros los que participan en la selección del presidente del tribunal, es verosímil que se produzca la posibilidad de un primer contacto donde coincidan en un nombre y resulte claro que el presidente así designado gozará de una autoridad particular desde el momento en que tiene la confianza de los demás miembros del tribunal. En dicho primer contacto es habitual que los co-árbitros manejen una pequeña relación de candidatos por orden de preferencia eligiéndose el primero que coincida en ambas. El mecanismo funciona cuando en la operación intervengan árbitros muy experimentados pero hace aguas cuando uno dos árbitros designados por las partes carece de la necesaria experiencia para nombrar presidente, entre otras cosas por ser menos capaz de identificar a los eventuales candidatos o de obtener el acuerdo con el otro árbitro sobre personas adecuadas y con experiencia; con la circunstancia añadida de este último consiga que el elegido goce de su confianza, produciéndose el consiguiente desequilibrio del tribunal resultante, pues la afinidad con el presidente suele considerarse una cualidad deseable para un co-árbitro. Por añadidura, no puede negarse que una de las causas de los supuestos de *repeat players* deriva de estas operaciones de selección de árbitros (42), pues se concentran los arbitrajes en menos personas, en función de su acreditada experiencia, lo que limita aún más el elenco candidatos a árbitros.

Otra posibilidad contempla la iniciativa de la autoridad nominadora distribuyendo una lista de posibles co-árbitros a cada una de las partes litigantes, ordenando a continuación a éstas a manifestar sus preferencias dentro de la lista; posteriormente, se podría distribuir a las partes una segunda lista de personas habilitadas para presidir el tribunal y cada una de las partes podría clasificar sus preferencias dentro de esa lista.

III. DESIGNACIÓN POR REFERENCIA A UNA AUTORIDAD NOMINADORA

1. Recurso a una autoridad de carácter institucional

9. En el arbitraje, la autoridad nominadora es la persona o institución con facultad para designar a un árbitro en determinadas circunstancias y, en algunos casos, la potestad de sustituir a los árbitros, decidir sobre las recusaciones y desempeñar otras funciones en el procedimiento arbitral (43) . No está clara la delimitación de la noción "autoridad nominadora" cuando operación de selección posee una naturaleza institucional, debiendo precisarse si ésta corresponde al secretario general o el presidente de la institución o un comité especial exigiéndose en este último caso determinar el tanto su modo de funcionamiento, su composición, su proceso de selección incluyendo plazo para realizar su función.

Todas las autoridades nominadoras deberán ser sensibles a la preocupación por la independencia, imparcialidad y capacidad de los árbitros. De lo contrario, puede que no nombren a personas suficientemente cualificadas para gestionar controversias. Puede activarse el recurso a una autoridad pública por dos motivos. El primero depende del contenido mismo del contrato celebrado entre las partes. El segundo es psicológico y refleja la desconfianza de las partes, ya sea entre ellas, o de cada una de ellas frente a la institución propuesta. Con respecto a la primera hipótesis, en algunos casos, ninguna asociación, ya sea nacional o internacional, quisiera involucrarse en la controversia. Como ejemplo, mencionemos el caso de un contrato principal que afecta a sectores económicos que no forman parte de las preocupaciones de la institución. Con respecto a la segunda hipótesis, las propias partes mismas al no depositar una confianza común en una institución en particular, y cada una de ellas rechazará las sugerencias de la otra. En este caso, recurrir al juez estatal será la mejor solución, porque, en general, hay más confianza en la imparcialidad de este último. Las partes pueden prever este recurso, ya sea al comienzo de su contrato principal, en el que se establecerá una cláusula de arbitraje o después, una vez iniciada la controversia, en forma de un compromiso concluido entre ellos. Existen varios ejemplos de organizaciones que han sido objeto de dicho recurso: la Corte Internacional de Justicia, a través del Presidente o el Vicepresidente (44) , el Tribunal de Justicia de la Comunidad Económica Europea, a través de su Presidente, Naciones Unidas, a través de su Secretario General, etc...

10. La intervención de la entidad nominadora debe limitarse a complementar una voluntad ausente o a una falta de acuerdo que puede poner en peligro el procedimiento arbitral (45) . Son las partes, en efecto, quienes están en la mejor posición de saber cuáles son las características ideales de los árbitros: su especialización, experiencia, procedencia, etc. Pero tal situación no siempre es factible obligando la necesaria intervención de una autoridad nominadora. Dicha eventualidad sobreviene cuando en el propio acuerdo arbitral las partes renuncian a esta posibilidad, cuando no pueden ponerse de acuerdo en el árbitro único, o en todo el tribunal arbitral en los arbitrajes multiparte, o cuando los árbitros designados por las partes no lleguen a la designación del tercer árbitro.

La sumisión por las partes a una autoridad nominadora es bastante más frecuente de lo que generalmente se cree, pudiendo tal autoridad ser persona física (v.gr., el Decano de una Facultad de Derecho, o de un Colegio de Abogados, el Presidente de un determinado Tribunal (46) ...) o una institución (v.gr., Colegio de abogados, Centro de arbitraje, o institución internacional, como la Corte Permanente de Arbitraje). Y a ello hay que añadir que las instituciones de arbitraje no están constreñidas a meras actividades de administración, pudiendo limitar su función al nombramiento

de árbitros o del presidente del tribunal arbitral; por eso el hecho de que las partes encomienden la designación de los árbitros a una institución arbitral no denota, por sí solo, que el arbitraje sea administrado. Ciertos Reglamentos de arbitraje disponen incluso de normas específicas para atender a este tipo de peticiones.

2. Funciones de la autoridad nominadora de conformidad con el Reglamento UNCITRAL

11. De acuerdo con el Regl. de Arbitraje UNCITRAL de 1976, modificado en 2010 y en 2013 (RAU), toda institución (o persona) puede actuar como autoridad nominadora, aunque los usuarios del arbitraje consideran que las instituciones arbitrales disponen de suficiente experiencia para ejercer funciones similares a las requeridas para una autoridad nominadora en virtud del referido Reglamento (47). Al efecto, este último prevé diversas posibilidades en lo que se refiere al nombramiento de árbitros por la autoridad nominadora. De conformidad con el art. 6.2º puede pedirse a la autoridad nominadora que designe un árbitro único, siguiendo ciertos procedimientos y criterios establecidos en los párrafos 3 y 4 de ese mismo artículo. Además, puede solicitársele, conforme al art. 7.2º que nombre el segundo de tres árbitros; recuérdese que en este ámbito desempeña un papel esencial el Secretario General del Tribunal Permanente de Arbitraje de La Haya.

El hecho de que las partes acuerden que una tercera persona o institución, por ejemplo un Centro de arbitraje, estará a cargo de nombrar a los árbitros no cambia el tipo de arbitraje, que sigue siendo un arbitraje *ad hoc*

De manera análoga, puede recurrirse a la autoridad nominadora para que nombre un árbitro sustituto según lo previsto en los arts. 11, 12 o 13 RAU (recusación aceptada u otras razones para la sustitución). Para cada uno de estos casos, la institución puede dar detalles acerca de la forma en que elegiría el árbitro con arreglo al referido Reglamento. En particular, puede declarar si dispone permanentemente de un grupo o lista de árbitros de entre los cuales escogerá a los candidatos apropiados, y proporcionar información sobre la composición de ese grupo. Puede también especificar qué persona u órgano dentro de la institución hará el nombramiento en la práctica (*v.gr.*, el presidente, el director, el secretario o un Comité) (48).

Como criterio de cierre de este mecanismo, el RAU dispone en su art. 6.2º que

«Si las partes no hubieran llegado a acuerdo sobre la autoridad nominadora, o si la autoridad nominadora acordada por las partes se negara a actuar o no nombrase al árbitro dentro de los sesenta días siguientes a la recepción de la solicitud de una de las partes en ese sentido, cualquiera de las partes podrá solicitar al Secretario General del Tribunal Permanente de Arbitraje de La Haya que designe a la autoridad nominadora»

3. Encomienda a un Centro de arbitraje de la función nominadora

12. La constitución del tribunal de arbitral es uno de los pasos más importantes en un arbitraje, de ahí que la destreza y los requisitos de los árbitros y el número de miembros que lo integran posean una destacada repercusión sobre el desarrollo del proceso arbitral y, en última instancia, sobre el propio laudo. Por eso el papel de un tercero en esta función resulta esencial. El hecho de que las partes acuerden que una tercera persona o institución, por ejemplo un Centro de arbitraje, estará a cargo de nombrar a los árbitros no cambia el tipo de arbitraje, que sigue siendo un arbitraje *ad hoc* (49). Debe distinguirse claramente entre las funciones de asistencia administrativa de contenido técnico de la institución administradora de aquellas que se limitan al mero nombramiento de los árbitros y que no comprenden las anteriores (50). Si se ofrecen ambos tipos de servicios tal oferta debe quedar suficientemente especificada. No olvidemos que la institución puede actuar exclusivamente como autoridad nominadora de conformidad, *v.gr.*, con el Regl. UNCITRAL (51) que tiene un marchamo de legitimidad, universalismo y calidad indiscutido. En este caso deberá indicar en su Reglamento las diversas funciones que está dispuesta a desempeñar. Una actuación así delimitada no deja de ofrecer problemas en orden a su calificación pues, aunque el punto de partida sea un arbitraje *ad hoc*, la intervención de una institución, bien sea para el nombramiento de árbitros, bien sea para la prestación de servicios administrativos complementarios suscita la cuestión, esencialmente académica, de si estamos ante un *tertium genus* arbitral. El hecho de que en el marco estricto del nombramiento de árbitros las instituciones de arbitraje convertidas en autoridades nominadoras, apliquen sus propios Reglamentos acrecienta en interés de esta cuestión (52). No obstante, la mera función de organizar un procedimiento, es decir, todos los actos de gestión necesarios para que el arbitraje sea efectivo, como medios materiales y personales, no es suficiente para considerar que estemos ante un arbitraje institucional (53).

Bien entendido que si se opta por la designación ante un Centro de arbitraje este último no contrae ninguna obligación con las partes o con el árbitro designado por desarrollar tal función y este último tampoco queda vinculado en cierto modo al referido Centro o a su reglamento pues se limitará a actuar como árbitro *ad hoc*.

13. Un número considerable de instituciones arbitrales expresaron en su día estar en disposición de desempeñar funciones de nominación de árbitros, por lo que no puede negarse la existencia de unas relaciones competitivas entre las mismas desde su aparición (54). Dada la reconocida importancia de la selección de los árbitros y la similitud de los diferentes reglamentos de arbitraje en muchas cuestiones, el procedimiento a seguir por la autoridad nominadora puede ser un factor significativo, pero a la hora de inclinarse por ella deben tenerse en cuenta otros elementos como la naturaleza y el papel de la secretaría o el grado de transparencia de la institución.

En orden a la función desempeñada cabe hacer referencia tres modalidades.

- i) Autoridad nominadora limitada a la designación del presidente del tribunal arbitral. Cuando tiene el poder de elegir un presidente, en particular sin el consentimiento conjunto de las partes litigantes. En algunos casos, la autoridad nominadora elige directamente. En otros, elabora y proporciona una lista y permite la aportación de las partes contendientes con respecto a las

personas de la lista.

- ii) Autoridad nominadora sin poder discrecional para proponer posibles presidentes para su aceptación voluntaria, interviniendo en las negociaciones entre las partes contendientes y sus abogados sobre un presidente, pero sin un efecto vinculante. Por ejemplo, una institución de arbitraje podría sugerir uno o más nombres posibles de árbitros a las partes contendientes para su posible consideración, sin que se requiera ningún resultado de selección. Se habla en estos casos de cuasi-autoridad nominadora. Como puede observarse, estamos ante una actividad muy próxima a la mediación alternando la autoridad las comunicaciones con ambas partes con los caucos sobre posibles opciones o intereses.
- iii) Autoridad de designación con poder discrecional para seleccionar con poderes discrecionales para proceder a la designación sin necesidad de consentimiento de las partes contendientes

14. Sin pretender agotar las distintas opciones que se ofrecen a escala internacional para la nominación de los árbitros, nos limitaremos a señalar, junto a la principal que corresponde a la Corte Permanente de Arbitraje, las ofertas de otras entidades administradoras:

1. *Corte Permanente de Arbitraje (CPA)*. No es el momento ahora de entrar en la descripción de los orígenes, de sus logros y del aparato institucional de la Corte, desde sus orígenes, vinculados al Derecho internacional público hasta su "apertura hacia nuevas fórmulas de arbitraje" (55) entre las que destaca el arbitraje de inversiones. Resulta significativo que en la actualidad los arbitrajes que involucran a partes privadas al amparo de los tratados de protección de inversiones constituya una parte significativa de la labor de la CPA. Limitémonos a considerar que el Secretario General de la CPA (56) puede ser llamado a actuar como autoridad nominadora o para designar a otra autoridad nominadora (57), para el nombramiento de árbitros bajo el Reglamento de Procedimiento de la CPA (2018), el Regl. UNCITRAL, el Tratado de la Carta Europea de la Energía, el Tribunal de Reclamaciones Irán-EE UU u otras reglas de procedimiento (58). Téngase en cuenta que la CPA brinda apoyo administrativo en arbitrajes internacionales que involucran varias combinaciones de Estados, entidades estatales, Organizaciones internacionales y partes privadas (59).

Cuando actúe como autoridad nominadora y solicite el nombramiento de un árbitro único o presidente, el Secretario General por lo regular seguirá el procedimiento de la lista según lo dispuesto en el art. 8.2º Regl. UNCITRAL ejerciendo su facultad discrecional cuando deba nombrar un segundo árbitro. La elección de los árbitros por parte del Secretario General para el procedimiento de la lista o los nombramientos directos no se limita a ninguna lista o panel, y por lo tanto, es libre de elegir la persona más adecuada para el asunto en cuestión. La Oficina Internacional mantiene una lista de los miembros de la Corte que son nominados por las Partes Contratantes PCA y están disponibles para actuar como árbitros en los procedimientos administrados por PCA, así como los paneles especializados de árbitros y expertos para disputas ambientales y disputas relacionadas con el espacio. Sin embargo, el Secretario General y las partes en los procedimientos del PCA no están obligados a seleccionar árbitros de esta lista y son libres de ejercer su discreción al seleccionar al individuo más adecuado para el caso en cuestión.

De acuerdo con el art. 6.º Regl. UNCITRAL si las partes no han convenido en designar una autoridad nominadora, cualquiera de ellas podrá solicitar al Secretario General de la CPA que la designe. Para ello este último procura que el procedimiento sea lo más eficiente posible y generalmente designa una autoridad nominadora dentro de las dos semanas posteriores a la recepción de una solicitud que contiene todos los documentos requeridos. Y en este cometido acostumbra a tomar en cuenta los siguientes factores: 1) los comentarios de las partes; 2) las nacionalidades de las partes, así como el carácter regional o global de la controversia (con el objeto de seleccionar una autoridad de nombramiento neutral); 3) el lugar de arbitraje, si se especifica; 4) los idiomas del arbitraje, si se especifica; 5) el monto reclamado; 6) el tema y la complejidad de la disputa; 7) los honorarios cobrados por la futura autoridad nominadora; y 8) el tiempo de reacción anticipado de la futura autoridad nominadora.

2. *Cámara de Comercio Internacional*. A lo largo de su dilatada trayectoria en la administración del arbitraje, la Corte de la CCI cuenta con una sólida amplia experiencia en el nombrando árbitros y en la integración de tribunales arbitrales. Por esta razón y teniendo muy en cuenta los procedimientos arbitrales que se llevan a cabo conforme al Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional u otros procedimientos arbitrales, tanto *ad hoc* como administrados por otras instituciones de arbitraje, la CCI fue consciente de la importancia de esta tarea elaborando al efecto un instrumento regulador de esta materia que lleva por título Reglamento de la CCI como Autoridad Nominadora en Arbitrajes UNCITRAL u Otros Procedimientos Arbitrales, en vigor desde el 1º de enero de 2018, teniendo muy en cuenta la versión de 2013 del Reglamento de Arbitraje de la UNCITRAL, su versión de 2017 y la larga práctica de la CCI en la materia.

Conforme al art. 1º

«El Reglamento de la CCI como Autoridad Nominadora en Arbitrajes CNUDMI u Otros Procedimientos Arbitrales (el 'Reglamento') será de aplicación cuando la Cámara de Comercio Internacional o cualquier otra autoridad perteneciente la CCI ("CCI") esté facultada para actuar como autoridad nominadora en virtud de un acuerdo de las partes, designación del Secretario General de la Corte Permanente de Arbitraje o de otro modo».

A continuación se establecen reglas en torno a: a) notificaciones o comunicaciones escritas y a los plazos; b) mecánica de presentación de la solicitud, c) efectos del acuerdo de las partes, d) procedimiento a seguir por la Corte en el marco del Regl. UNCITRAL (en esencia, nombramiento de árbitro único, nombramiento de dos o más árbitros o nombramiento de árbitro presidente); e) procedimientos arbitrales *ad hoc* fuera del marco de la UNCITRAL y f) otros servicios que puede prestar la Corte en auxilio al arbitraje a desempeñar por el árbitro o árbitros designados: mantener el expediente; asistir en aspectos logísticos de reuniones y audiencias; asistir en la notificación de documentos y correspondencia; administrar los fondos relativos a árbitros y secretarios administrativos; administrar los fondos relativos a, *inter alia*, peritos, audiencias y cuentas de garantía; revisar borradores de documentos del tribunal arbitral para corregir errores tipográficos, gramaticales y similares; o realizar cualesquiera otros servicios que las partes hubieran acordado.

3. *American Arbitration Association (AAA)*. Desde 1980, la AAA proporciona servicios en asuntos

sometidos al Regl. UNCITRAL.

- i) Cuando se solicite adecuadamente o se designe por acuerdo, actuará como autoridad nominadora según dicho Reglamento y proporcionará servicios administrativos tanto dentro como fuera de los EE UU para ayudar a las partes y los árbitros a arbitrar en este contexto.
- ii) Cuando se le solicite que designe un árbitro único o presidente, la AAA seguirá el procedimiento de lista establecido en el Regl. UNCITRAL (art. 6.3º). Para ello utilizará su panel de árbitros relativo a casos comerciales, compuesto de personas calificadas de muchas nacionalidades diferentes con antecedentes profesionales y comerciales variados. La AAA considerará cuidadosamente la naturaleza del caso, tal como se describe en el aviso de arbitraje, para incluir en la lista a las personas que tengan experiencia profesional o comercial adecuada y habilidad lingüística. Al nombrar un árbitro único o presidente de conformidad con el Regl UNCITRAL, la AAA seguirá su práctica habitual y, a solicitud de cualquiera de las partes, designará a una persona de una nacionalidad distinta de las nacionalidades de éstas, a menos que se establezca lo contrario por acuerdo escrito.

Al igual que ocurre con otras instituciones arbitrales a las que se encomienda la función nominadora, la AAA está en disposición de proporcionar los servicios administrativos pertinentes: salas de audiencias, traducción, transcripciones estenográficas, etc...

Es muy importante poder determinar y conocer cuál sea el procedimiento establecido por la institución arbitral para la designación de los árbitros y en particular si éste descansa una lista interna de árbitros

4. *Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce*. El SCC frecuentemente recibe solicitudes para actuar como autoridad nominadora (*appointing authority*) en arbitrajes de inversión. En estos casos, la SCC la solicitud de nominación según sea el caso, puede referirse al presidente del tribunal arbitral, o al árbitro del demandado. En el desempeño de su papel como autoridad nominadora, la SCC puede designar árbitros bajo las reglas de la SCC, o bajo otros tipos de reglas, como el reglamento de arbitraje de la UNCITRAL, u otros procedimientos *ad-hoc* acordados por las partes.

IV. DESIGNACIÓN DE ÁRBITROS EN EL MARCO DE LA INSTITUCIÓN ADMINISTRADORA

1. Procedimientos de designación

15. En un escenario especialmente competitivo entre los Centros de arbitraje realizar con eficacia la designación de los árbitros es uno de sus mejores avales para asegurar su propia existencia. Por eso se esfuerzan en cumplir con las expectativas legítimas de las partes. Cada uno de estos institutos de

arbitraje dispone de diferentes procesos en la designación de los árbitros (60), con sus ventajas y desventajas.

Es muy importante poder determinar y conocer cuál sea el procedimiento establecido por la institución arbitral para la designación de los árbitros y en particular si éste descansa una lista interna de árbitros (asegurándose de que todos ellos gozan de los más altos niveles de competencia) o admita la posibilidad de designar libremente a profesionales de su confianza. La alternativa, sin embargo, no es lineal y admite diversas variantes:

- i) El reglamento se limita a señalar que, en defecto de acuerdo de las partes, el nombramiento se hará por la Corte, sin especificar nada más.
- ii) El nombramiento lo hace la Corte en base a propuestas de determinados órganos, ya externos, ya internos de la propia institución arbitral.
- iii) La Corte propone a las partes una lista de árbitros, previamente elaborada por la propia Corte para cada caso particular, para que estas designen, por su orden de preferencia, al árbitro encargado del arbitraje, o proponiendo a las partes una lista de árbitros extraída de la lista general de árbitros de la propia institución arbitral, lista general pública y, por tanto, previamente conocida por los usuarios del arbitraje, lo que pone de manifiesto en este último caso, que la intervención de la Corte se limita a proponer los nombres de una lista conocida, siendo las partes las que finalmente eligen al árbitro o árbitros correspondientes.

2. Papel de las autoridades de designación

16. Con independencia de su posterior efectiva observancia, todos los Centros reconocen la importancia de un procedimiento transparente y claro para la designación de los miembros del tribunal arbitral, partiendo de la base de que esto permite la realización sin problemas del procedimiento. En su funcionamiento interno el papel de las autoridades de designación está creciendo paulatinamente, como evidencian las recientes reformas de los reglamentos de arbitraje de las instituciones más relevantes. Dicho papel está referido a una persona o entidad que tiene el poder de elegir al presidente de un tribunal arbitral sin el consentimiento conjunto de las partes litigantes. En algunos casos, la autoridad procede directamente a la designación mientras que en otros se limita a suministrar una lista previamente elaborada por ella y procede a discutir con las partes cuál de los candidatos deberá ser el seleccionado.

- i) Cuando los Centros disponen de lista interna de árbitros proceden a nombrar a éstos entre los profesionales incluidos en dicha lista existiendo un interés especial en que la selección se realice atendiendo exclusivamente a su pericia en una materia concreta o a su experiencia general en el desarrollo del procedimiento arbitral. Aquellos Centros que no dispongan de una lista pueden elegir libremente a los árbitros entre la comunidad internacional de expertos en arbitraje de reconocido prestigio.
- ii) En caso de no existir una lista, los Centros disponen de otros criterios de selección, aparte de las circunstancias personales de los árbitros (61), más vinculados al caso concreto como la

naturaleza del litigio, las cuestiones procesales a dilucidar por (v.gr., la resolución de un incidente sobre la validez de la cláusula arbitral o sobre la adopción de medidas cautelares), el conocimiento del Derecho aplicable al fondo del asunto, el idioma del arbitraje o la cuantía del litigio. Concretamente en este último caso algunas Cortes de arbitraje exigen determinados años de experiencia a los árbitros que deban enfrentarse a reclamaciones de cierta importancia.

En definitiva, las selecciones de la autoridad nominadora pueden estar restringidas por una lista vinculante o ser completamente discrecionales (62), siendo este proceder objeto de amplios debates que cuentan como denominador común el grado de confianza de los usuarios, abarcando dos perspectivas diferentes: la verificación de la transparencia y buen hacer y el grado de discrecionalidad observado en el desempeño de sus funciones (63). De nuevo aquí vuelve a estar presente la custodia del postulado de la autonomía de la voluntad de las partes al enfrentarse, de un lado, al poder de las autoridades nominadoras en el proceso de selección y, de otro lado, el papel atribuido a la lista obligatoria en el mismo.

17. Acostumbran los reglamentos de la mayoría de las instituciones arbitrales a proceder a la designación de los árbitros en unos casos por atribuirse esta competencia y en otros cuando las partes no hubiesen alcanzado un acuerdo. Por lo general la cada institución designa una autoridad específica para desempeñar esta función.

1. El estudio empírico de la práctica seguida por la *Corte Internacional de Arbitraje de la CCI* desde hace algunos años (64) resulta significativa. Cuando incumba a la Corte el nombramiento de un árbitro, deberá efectuar dicho nombramiento sobre la base de una propuesta efectuada por un Comité Nacional (65) o Grupo de la CCI que considere apropiado (art. 13.3º Regl CCI), que tendrá carácter confidencial. Cuando la Corte selecciona un Comité o un Grupo concreto, según se estime oportuno, para que propongan árbitros, lo hace porque considera que sería adecuado que un nacional del país donde radique el Comité o un residente del territorio de tal Grupo actúe como árbitro en el caso (66). Bien entendido que estas propuestas no tienen carácter vinculante y todos los nombramientos se efectúan exclusivamente por la Corte (67). Para ello cuenta con una autoridad integrado por más de 140 miembros, incluidos miembros suplentes, que por lo general son abogados con experiencia en arbitraje comercial internacional. Se reúne mensualmente en París, con asistencia es limitada y un quórum de seis miembros.

2. El nombramiento de árbitros por la *Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo* se realiza en dos momentos sucesivos. En el primero el asunto es discutido por la Secretaría de la SCC y en el segundo se requiere la aprobación del Directorio de la SCC, que tiene una composición multinacional y se reúne una vez al mes. En cada reunión o cuando sea necesario, el Directorio adopta oportunamente las decisiones para designar árbitro, limitándose la Secretaría a proponer al Directorio los nombres de los árbitros que considere más idóneos para cada caso en particular. Por lo general, la Secretaría propone al menos tres nombres para cada designación tomando en consideración criterios tales como la nacionalidad de las partes, la nacionalidad de los co-árbitros. la ley aplicable al fondo, la materia objeto de la controversia, el idioma y la sede del arbitraje y el nivel de especialidad técnica y/o jurídica de los candidatos (68).

3. El *Centro Internacional de Arbitraje de Madrid* dedica a la cuestión que estamos examinando un extenso Anexo 1 del Reglamento de Arbitraje, en donde se detalla el procedimiento de designación y confirmación compuesto por un Comité de Apoyo al Secretario General, el Secretario General y la Comisión de Designación de Árbitros. Dicho procedimiento contempla dos etapas una fase de propuesta y una fase de designación. En la primera el protagonismo corresponde al Secretario General que deberá preparar para la Comisión de Designación una propuesta de potenciales árbitros consensuada con el Comité de Apoyo al Secretario General, con un mínimo del doble de los candidatos que deban integrar la Lista a presentar a las Partes. Si el Comité de Apoyo al Secretario General no acordara una Propuesta de Candidatos de forma consensuada, se seguirá un procedimiento específico para confeccionarla (art. 2.2º del Anexo 1). En la fase de decisión la Comisión de Designación de Árbitros considerará la Propuesta de Candidatos con el fin de seleccionar de entre sus integrantes a quienes conformarán la Lista a presentar a las Partes. Si seleccionase a todos los candidatos necesarios de entre los incluidos en la Propuesta de Candidatos, dichos candidatos conformarán la Lista a presentar a las Partes. Ahora bien, en caso de que no seleccionase a todos los candidatos necesarios de entre los incluidos en la Propuesta de Candidatos, deberá recabarse del Secretario General una nueva Propuesta de Candidatos, para completar la Lista a presentar a las Partes con el número pertinente de éstos. Una vez elegidos los integrantes de la Lista el Secretario General remitirá la misma a las partes.

3. Criterios generales de designación de los árbitros por el Centro

A) Condiciones y circunstancias de los candidatos

18. La generalidad de los Centros reconocen la importancia de un procedimiento transparente y claro para el nombramiento de los miembros del tribunal arbitral, basado en la suposición de que esto permite el buen desarrollo de los procedimientos. La selección del árbitro por las partes es una característica esencial del arbitraje y está estrictamente vinculada a la amplia libertad que generalmente disfrutan para construir un sistema de resolución de disputas de su elección en el acuerdo de arbitraje. Por lo tanto, los Centros acuerdan que las partes nunca deberían ser privadas del poder de nombrar a los miembros del tribunal arbitral a favor de la institución, a menos que se considere apropiado intervenir para superar un punto muerto procesal en el arbitraje. Además, al nombrar a los árbitros, los Centros pueden recurrir a una lista interna de árbitros, asegurándose de que todos disfruten de los más altos estándares de competencia, o nombrar libremente a los profesionales en los que concurre una confianza absoluta. Indudablemente esta última opción puede dar lugar a prácticas poco edificantes como las seguidas por un Centro que blasone de la inexistencia una lista oficial y que luego proceda a la selección entre candidatos incorporados en una «lista oficiosa» de uso interno a lo cuales se les invita a determinados eventos internos patrocinados por el Centro con la finalidad de reforzar una fidelidad institucional. Una lista a cuyos integrantes el argot arbitral califica de «los chicos del autobús» y que no es incompatible con la existencia de «listas negras» excluyentes de determinados candidatos cuya confianza puede ponerse en duda por el propio Centro.

Así y todo la armonización de las buenas prácticas con respecto a la selección de árbitros permite la certeza, la familiaridad y, a la postre, un clima de confianza entre los profesionales y usuarios del arbitraje. La armonización mencionada ha permitido definir y discutir algunos casos problemáticos,

ambiguos y en ocasiones contrarios a la ética, relacionados con el proceso de nombramiento. Bien es verdad que cada institución reacciona positivamente antes estos casos en la medida permitida por sus reglamentos respectivos, esforzándose por seguir muy de cerca la práctica y la posición adoptada mayoritariamente en el marco del arbitraje institucional. Mas sea cual sea el sistema de designación de árbitros y la diferente valoración que del mismo pueda hacerse, el árbitro o árbitros en su caso designados deben de reunir las condiciones de idoneidad y cualificación técnica acorde con la materia controvertida, además de la independencia, imparcialidad y disponibilidad, exigencias todas ellas concurrentes; además cuando se pida a la autoridad nominadora que determine si en el caso pertinente sería más apropiado un árbitro único, habría que tomar en consideración circunstancias como la cuantía de la controversia o la complejidad del caso (inclusive el número de partes interesadas), así como la naturaleza de la operación y de la controversia.

B) Número de árbitros

19. Cuando las partes no se ponen de acuerdo sobre el número de árbitros para los litigios que se derivan de sus acuerdos tanto las legislaciones nacionales como los reglamentos institucionales establecer reglas o presunciones sobre el número de árbitros, aunque en la práctica la generalidad de los arbitrajes comerciales internacionales están integrados por tribunales compuestos por tres árbitros (art. 10.2º LMU). Un panel tripartito suele hacer que las partes se sientan mejor representadas dentro del tribunal. Aunque es difícil encontrar un equilibrio entre estos intereses contrapuestos, se siente la necesidad de permitir la máxima flexibilidad en las facultades de la institución, por lo que el reglamento debe poder dar cabida a diferentes alternativas en torno la composición del tribunal para cualquier caso. Si las partes no hubieran acordado el número de árbitros, la Corte decidirá si procede nombrar un árbitro único o un tribunal arbitral de tres miembros, tras verificar todas las circunstancias. Como regla general, la Corte nombrará un árbitro único, como procedimiento por defecto, a menos que la complejidad del caso o la cuantía de la controversia justifiquen el nombramiento de tres árbitros.

1. *UNCITRAL* (6g) . En caso de que las partes no lleguen a un acuerdo sobre el número de árbitros, se nombrarán tres árbitros. Sin embargo, se establece un mecanismo de corrección conforme al cual si ninguna de las otras partes responde a la propuesta de una parte de que se nombre un árbitro único, y si la parte o las partes interesadas no han nombrado un segundo árbitro, la autoridad nominadora podrá, a petición de una parte, nombrar un árbitro único, siempre que determine que, dadas las circunstancias del caso, esa solución resulte la más apropiada. Esta disposición para el supuesto en que el demandado no participe en el proceso y en que el caso de arbitraje no justifique el nombramiento de un tribunal con tres árbitros se ha incluido en el Reglamento con el fin de evitar situaciones en que, a pesar de la propuesta formulada por el demandante en su notificación de arbitraje en el sentido de que se nombre un único árbitro, deba constituirse un tribunal arbitral con tres árbitros si el demandado no responde a esa propuesta. Este mecanismo no debería entrañar demoras, dado que se pide a la autoridad nominadora que intervenga en el proceso de nombramiento. Para ello la autoridad nominadora deberá disponer de toda la información pertinente o solicitar información complementaria para adoptar su decisión sobre el número de árbitros. En algunos casos, es posible que el demandado no participe en la constitución del tribunal arbitral, de modo que la autoridad nominadora solo dispondrá de la información recibida del

demandante pudiendo efectuar su evaluación basándose únicamente en esa información, a sabiendas de que tal vez no refleje todos los aspectos del futuro procedimiento.

2. *Cámara de Comercio Internacional (70)* . Las controversias serán resueltas por un árbitro único o por tres árbitros. Cuando las partes no se hayan puesto de acuerdo sobre el número de árbitros, la Corte nombrará un árbitro único, a menos que ésta considere que la controversia justifica la designación de tres árbitros. En este caso, la demandante deberá designar un árbitro en un plazo de 15 días contados a partir de la recepción de la notificación de la decisión de la Corte, y la demandada deberá designar un árbitro en un plazo de 15 días contados a partir de la recepción de la notificación de la designación hecha por la demandante. Si una parte no designa un árbitro, el nombramiento será hecho por la Corte.

3. *Japan Commercial Arbitration Association (71)* . El número de árbitros es, en principio, uno o tres. Si las Partes no notifican a la JCAA por escrito su acuerdo sobre el número de árbitros dentro de las cuatro semanas posteriores a la recepción de la notificación de la solicitud de arbitraje por parte del demandado, dicho número será uno. No obstante, dentro de las cuatro semanas posteriores a la recepción de la notificación de la solicitud de arbitraje por parte del demandado, puede hacer una solicitud por escrito a la JCAA de que dicho número será tres.

4. *Instituto Alemán de Arbitraje (72)* . Las partes pueden acordar que el tribunal arbitral estará compuesto por un árbitro único, por tres árbitros o por cualquier otro número impar de árbitros. Si las partes no han acordado el número de árbitros, cualquiera de las partes puede presentar una solicitud al Instituto para que el tribunal arbitral esté compuesto por un árbitro único. El Consejo de Arbitraje del DIS decidirá sobre dicha solicitud previa consulta con la otra parte. Si no se ha hecho una solicitud para el nombramiento de un árbitro único, o si se ha hecho una solicitud pero no se ha otorgado, el tribunal arbitral estará compuesto por tres árbitros.

5. *Club Español del Arbitraje (73)* . Si las partes no hubieran acordado el número de árbitros, la Corte decidirá si procede nombrar un árbitro único o un tribunal arbitral de tres miembros, atendidas todas las circunstancias. Como regla general, la Corte nombrará un árbitro único, a menos que la complejidad del caso o la cuantía de la controversia justifiquen el nombramiento de tres árbitros.

6. *Centro Internacional de Arbitraje de Madrid. (74)* La misma redacción del Regl del CEA.

C) Designación de árbitro único

20. Las posibilidades son variadas alternándose, de un lado, el nombramiento discrecional por parte del Centro con el sistema de listas y, de otro, la libre elección o la obligatoriedad de elegir a un árbitro que figure en un determinado panel (75) .

1. *UNCITRAL (76)* . Podrá pedirse a la autoridad nominadora que nombre un árbitro único, y ésta efectuará el nombramiento tan pronto como sea posible, interviniendo únicamente a petición de una parte. La autoridad nominadora podrá recurrir un sistema de la lista siempre que lo considere apropiado. El «sistema de lista» es el siguiente: «a) La autoridad nominadora comunicará a cada una de las partes una lista idéntica que contenga al menos tres nombres; b) Dentro de los 15 días

siguientes a la recepción de esta lista, cada una de las partes podrá devolverla a la autoridad nominadora tras haber suprimido el nombre o los nombres que le merecen objeción y enumerado los nombres restantes de la lista en el orden de su preferencia; c) Transcurrido el plazo mencionado, la autoridad nominadora nombrará al árbitro único de entre las personas aprobadas en las listas devueltas y de conformidad con el orden de preferencia indicado por las partes; d) Si por cualquier motivo no pudiera hacerse el nombramiento según este procedimiento, la autoridad nominadora ejercerá su discreción para nombrar al árbitro único».

2. *Cámara de Comercio Internacional (77)* . Cuando las partes hayan acordado que la controversia sea resuelta por un árbitro único, pueden designarlo de común acuerdo para su confirmación. Si las partes no lo hubieren designado dentro de los 30 días siguientes a la recepción de la Solicitud por la otra parte, o durante el plazo adicional que a dicho efecto haya sido otorgado por la Secretaría, el árbitro único será nombrado por la Corte.

3. *Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo (78)* . Cuando el Tribunal Arbitral esté integrado por un solo árbitro, se le otorgará a las partes 10 días para nombrarlo conjuntamente. Si las partes no lo hubieren nombrado dentro de este plazo, el árbitro será nombrado por el Consejo.

4. *Instituto Alemán de Arbitraje (79)* . Las partes pueden nominar conjuntamente al árbitro único y si no llegan a un acuerdo dentro de un límite de tiempo fijado por el DIS, el Comité de Nombramientos seleccionará y nombrará al árbitro único. Dicho nombramiento puede ser decidido por el Secretario General del DIS si ninguna de las partes se ha opuesto al nombramiento del posible árbitro dentro del plazo fijado. En tal caso, el árbitro único será de una nacionalidad diferente a la de cualquier parte, a menos que todas las partes sean de la misma nacionalidad o hayan acordado lo contrario.

5. *Japan Commercial Arbitration Association (80)* . Si las Partes han acordado que solo habrá un árbitro, las Partes acordarán y designarán a dicho árbitro, y notificarán a la JCAA de dicho nombramiento dentro de las dos semanas posteriores a la recepción de la notificación de la solicitud de arbitraje por parte del demandado. Si la JCAA ha sido la que determinó la presenta de un solo árbitro, las Partes acordarán y nombrarán a dicho árbitro, y notificarán a la JCAA de dicho nombramiento de conformidad dentro de las dos semanas posteriores. Si las Partes no notifican a la JCAA sobre dicho nombramiento dentro del plazo establecido la JCAA designará un árbitro.

6. *Club Español del Arbitraje (81)* . Cuando las partes hubieran acordado o, en su defecto, la Corte decidiera que procede nombrar un árbitro único, se dará a las partes un plazo común de 15 días para que acuerden su designación. Pasado este plazo sin que se haya comunicado una designación de común acuerdo, la Corte pedirá a cada parte que proponga en un plazo de 10 días, sin copiar a la otra parte, una lista de tres candidatos. Recibidas las propuestas, la Corte añadirá el nombre de otros candidatos, hasta alcanzar un mínimo de nueve. A continuación la Corte concederá a las partes un plazo común de 10 días para que indiquen, sin copiar a la otra parte, los nombres que tachan de la lista por merecerles objeción, hasta un máximo de un tercio (redondeando por defecto), y numerando los restantes candidatos de la lista por su orden de preferencia. La Corte nombrará al árbitro único de entre los no tachados y de conformidad con el orden de preferencia indicado por las partes. Si por cualquier motivo no pudiera hacerse el nombramiento según este procedimiento o

existiera un empate, la Corte nombrará al árbitro único conforme a su propio criterio.

7. *Centro Internacional de Arbitraje de Madrid*. Cuando las partes hubieran acordado o, en su defecto, el Centro decidiera que procede nombrar un árbitro único, se dará a las partes un plazo común de veinte días para que acuerden su designación, salvo que en el escrito de solicitud de arbitraje o en el de contestación a la solicitud de arbitraje cualquiera de las partes haya manifestado su deseo de que el nombramiento se realice directamente por el Centro, en cuyo caso se realizará sin más trámites. Pasado, en su caso, este plazo sin que se haya comunicado una designación de común acuerdo, el Centro procederá a designar al árbitro.

D) Designación de tribunal arbitral de tres árbitros

21. En el caso de considerarse la eventualidad de un tribunal compuesto por tres árbitros, la mayoría de las veces el convenio arbitral establece el siguiente procedimiento: cada parte nombra un árbitro y los dos así nombrados designan inmediatamente un tercer árbitro como presidente del tribunal. Si las partes han encomendado el asunto a una institución, la misma está facultada para intervenir y nombrar en caso de que una de las partes o los co-árbitros no procedan oportunamente en la designación. Al efecto existen distintas metodologías:

1. *UNCITRAL* (82). Se podrá pedir a la autoridad nominadora que nombre al segundo de los tres árbitros en caso de que deba constituirse un tribunal con tres árbitros. Si los dos árbitros no pueden llegar a un acuerdo sobre el tercer árbitro (el árbitro presidente), podrá pedirse a la autoridad nominadora que nombre al tercer árbitro. Este nombramiento tendría lugar del mismo modo en que se nombraría a un árbitro único actuando la autoridad nominadora a instancia de parte. Cuando se pida a una autoridad nominadora que nombre un árbitro presidente, deberá tenerse en cuenta, entre otras cosas, la experiencia del árbitro, así como su nacionalidad que, según se recomienda, debería ser distinta de las nacionalidades de las partes.
2. *Cámara de Comercio Internacional* (art. 12.4º y 5º Regl. CCI). Cuando las partes hayan acordado que la controversia deberá ser resuelta por tres árbitros, cada parte, en la Solicitud y en la Contestación, respectivamente, deberá designar un árbitro para su confirmación. Si una parte se abstiene de designar árbitro, el nombramiento será hecho por la Corte. Cuando la controversia haya de ser sometida a la decisión de tres árbitros, el tercer árbitro, quien actuará como presidente del tribunal arbitral, será nombrado por la Corte a menos que las partes hayan convenido otro procedimiento para su designación; en tal caso, la designación estará sujeta a confirmación según lo dispuesto en el art. 13. Si dicho procedimiento no resulta en una designación dentro de un plazo de 30 días contados desde la confirmación o nombramiento de los co-árbitros, o dentro de cualquier otro plazo acordado por las partes o fijado por la Corte, ésta nombrará el tercer árbitro.
3. *Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo* (art. 17. 4º Regl. SCC): Cuando el Tribunal Arbitral esté integrado por más de un árbitro, cada parte nombrará un número igual de árbitros y el Presidente será nombrado por el Consejo. Cuando una parte no nombre árbitro(s) dentro del plazo estipulado, el nombramiento será realizado por el Consejo. Cuando haya varias partes Demandantes o Demandadas y el Tribunal Arbitral esté integrado por más de un árbitro, las Demandantes, conjuntamente, y las Demandadas, conjuntamente, deberán nombrar un

número igual de árbitros. Si cualquier parte no realizare dicho nombramiento conjunto, el Consejo podrá nombrar a todo el Tribunal Arbitral.

4. *Japan Commercial Arbitration Association* (art. 28 Regl. JCAA). Si las Partes han acordado que el número de árbitros sea de tres, cada Parte designará un árbitro y notificará a la JCAA dicha designación dentro de las tres semanas posteriores a la recepción de la notificación de la Solicitud de Arbitraje por parte del demandado. Si dicho número de tres ha sido determinado por la JCAA, cada Parte designará un árbitro y notificará a la JCAA dicha designación dentro de las tres semanas posteriores a la recepción de la notificación de la decisión de la JCAA. Si alguna de las Partes no notifica a la JCAA sobre dicho nombramiento la JCAA designará a dicho árbitro. Los dos árbitros nombrados acordarán y nombrarán al tercer árbitro, y notificarán a la JCAA de dicha designación dentro de las tres semanas posteriores a la recepción de la notificación de que los dos árbitros han confirmado o designado a los dos árbitros, pero si los dos árbitros no notifican a la JCAA la designación del tercer árbitro dentro del plazo establecido, la JCAA designará a dicho árbitro.
5. *Centro Internacional de Arbitraje de Madrid* (83) . Como regla general, cuando las partes hubieran acordado antes del comienzo del arbitraje el nombramiento de tres árbitros, cada una de ellas, en sus respectivos escritos de solicitud de arbitraje y de respuesta a la solicitud de arbitraje, deberá proponer un árbitro. Si alguna de las partes no propusiera el árbitro que le corresponde en los mencionados escritos, lo designará el Centro en su lugar. El tercer árbitro, que actuará como presidente del tribunal arbitral, será designado por los otros dos árbitros, a los que se conferirá un plazo de veinte días para que efectúen el nombramiento de común acuerdo. Pasado ese plazo sin que se haya comunicado una designación de común acuerdo, el tercer árbitro será nombrado por el Centro. Si, en defecto de acuerdo de las partes, el Centro decidiera que procede el nombramiento de un tribunal de tres miembros, se dará a las partes un plazo común de quince días para que cada una de ellas designe el árbitro que le corresponda. Pasado este plazo sin que una parte haya comunicado su designación, el árbitro que corresponda a esa parte será nombrado por el Centro. El tercer árbitro se nombrará conforme a lo establecido en la regla general. Las reglas anteriores se complementan en el Anexo 1 la Reglamento donde, en defecto de acuerdo entre las partes, se establece que el Centro presentará a las partes una lista de potenciales árbitros o designará directamente al árbitro o a los árbitros sin necesidad de presentación de lista, según los casos.

V. SUPUESTOS ESPECIALES

1. Arbitraje con pluralidad de partes

22. Los arbitrajes multiparte contemplan aquellos supuestos en los que en un único acuerdo arbitral confluye a) una multiplicidad de partes demandantes, de partes demandadas o de partes demandantes y demandadas y b) una ausencia de acuerdo entre las partes litigantes sobre el método de constitución del tribunal arbitral, ya que cada uno de los integrantes de una parte plural—demandante o demandado— desea nombrar su propio árbitro, sin que la parte contraria—no los demás integrantes de esa parte plural— acepte esa pretensión. Derivan con frecuencia de contratos escalonados (*v.gr.*, en la venta y reventa de mercancías, fletamento y subfletamento de un buque),

donde si una de las partes de los distintos escalones presenta una reclamación contra su socio contractual, éste intentará trasladar la responsabilidad a un tercero, que podría ser su proveedor en un caso de venta de mercancías o el fletador principal en un caso de fletamento.

Es difícil alcanzar el acuerdo de múltiples partes, más aún, tratándose de tribunales arbitrales compuestos por tres árbitros

Esta modalidad arbitral presupone un procedimiento arbitral que opone a varios demandantes y/o varios demandados. La diferencia esencial con el arbitraje bilateral estriba en que al tratarse de un procedimiento multilateral su desarrollo resulta mucho más complejo sobre todo en lo que concierne al intercambio de comunicaciones entre las partes y el tribunal arbitral, en la prueba testifical, en el nombramiento de peritos y en la participación de las partes en el examen de sus dictámenes, en el calendario de las vistas y en el orden en que las partes deben presentar en las audiencias sus alegaciones y pruebas. Por lo pronto, esta complejidad se acrecienta en el apartado del nombramiento de los árbitros pues cada una de las partes tiene derecho a participar, en pie de igualdad, en la constitución del tribunal y resulta razonable prever un método de designación que respete dicho derecho y que no otorgue a alguna de las partes una ventaja particular (84).

Obviamente dicha complicación no tiene lugar cuando las partes prevean en el convenio arbitral un mecanismo específico (y viable) para la designación del tribunal arbitral en caso de situación multipartita. En ausencia de acuerdo resulta razonable prever un modo de designación que no confiera a alguna de las partes una ventaja particular. La respuesta a esta cuestión apunta a la conveniencia de confiar la designación de todos los miembros del tribunal a un tercero, que puede ser una institución de arbitraje o el presidente de un órgano jurisdiccional. Es difícil, ciertamente, alcanzar el acuerdo de múltiples partes, más aún, tratándose de tribunales arbitrales compuestos por tres árbitros. Tampoco es viable en este último caso que cada parte designe a uno de los árbitros, pues ello conducirá inexorablemente a la constitución de paneles arbitrales compuestos de múltiples árbitros, haciendo muy compleja la conducción del arbitraje. De ahí que lo más práctico sea designar en la cláusula arbitral a una entidad para que nombre al árbitro o al tribunal arbitral. Es la solución seguida por la CCI, la LCIA o la AAA para el caso de que no haya acuerdo entre las partes.

El principio según el cual la entidad nominadora deberá nombrar a todos los miembros del tribunal arbitral cuando las partes con un interés común en un arbitraje no puedan nombrar conjuntamente a un árbitro incluido en los Reglamentos constituye un principio importante, en particular en situaciones como la que originó el caso *Siemens v. Dutco*. A propósito de dicho asunto la jurisprudencia francesa tuvo la ocasión de manifestar que estamos ante una violación del principio de igualdad de trato el supuesto de que, en caso de desacuerdo acerca de la elección de un árbitro común, cada una de las partes co-demandantes o cada una de las partes co-demandadas carecen de la posibilidad de designar su propio árbitro (*Cour de Cassation*, 7 enero 1992, *Siemens v. Dutco*) (85). A partir de aquí los reglamentos de arbitraje han establecido que las partes podrán solicitar a la institución arbitral o al juez de apoyo su iniciativa para proceder, si se estima conveniente, a la

designación de uno o de todos los árbitros o para decidir que la causa será dilucidada por un árbitro único.

Si aplicásemos en estos supuestos el principio de igualdad su consecuencia inmediata sería reconocer el derecho de cada parte a designar su árbitro y concluir con un tribunal compuesto por más de tres miembros, lo cual no sería realista. Precisamente este planteamiento constituyó la base de la defensa desarrollada —con éxito— por los demandantes en el referido asunto *Siemens v. Dutco*; una decisión que, al sancionar la nulidad del laudo por quebranto del principio de igualdad de las partes en la designación de los árbitros, justificaría la decisión de los principales reglamentos arbitrales internacionales de regular estos supuestos en el sentido de que la institución arbitral nombrará todos los componentes del tribunal arbitral. Bien es verdad que tal actuación deberá ser consentida anticipadamente por las partes concernidas, siempre que en el acuerdo arbitral hayan sometido sus diferencias al reglamento de una institución arbitral concreta y sus disposiciones contengan una regulación específica al respecto. De otro modo, y salvo una disposición responsable de las partes a solventar este escollo, el acuerdo arbitral podría considerarse ineficaz o patológico, quedando expedita la vía judicial, entre otras opciones disponibles, dependiendo del supuesto concreto.

23. El asunto *Dutco* tuvo el mérito de mover a los principales Centros de arbitraje a revisar sus reglamentos para abordar el proceso de nombramiento en los casos con pluralidad de partes y aunque las soluciones adoptadas no sean totalmente similares en la mayoría se permite o exige que tenga una especial intervención (86). Las soluciones apuntan, en cualquier caso, a la conveniencia de confiar la designación de todos los miembros del tribunal a un tercero, preferentemente a una institución de arbitraje. Pese a las dificultades en la aplicación de una metodología adecuada los Centros de arbitraje, tras numerosos estudios o modificaciones parciales, aportan soluciones que tienden a superarlas de manera satisfactoria. proporcionan

1. *UNCITRAL* (87). Cuando existan múltiples demandantes o demandados, salvo acuerdo en contrario, los diversos demandantes, actuando conjuntamente, deberían nombrar un árbitro y los diversos demandados, actuando conjuntamente, deberían hacer lo mismo. De no producirse tal nombramiento conjunto y cuando las partes no logren acordar un método para constituir el tribunal arbitral, la autoridad nominadora nombrará, a petición de cualquiera de las partes, los miembros del tribunal arbitral y designará a uno de esos tres árbitros para que ejerza la función de presidente del tribunal arbitral. Como ejemplo del caso en que ni una parte ni la otra pueden acordar tal nombramiento cabe citar el supuesto en que exista una gran cantidad de demandantes o de demandados o que constituyan un grupo único con derechos y obligaciones comunes (*v.gr.*, cuando hay un gran número de accionistas). La facultad de la autoridad nominadora para conformar el tribunal arbitral se formula con el fin de abarcar todas las posibilidades en que no se logre constituir el tribunal arbitral conforme al Reglamento, y esa facultad no se limita a los casos con múltiples partes. Conviene asimismo señalar que la autoridad nominadora tiene poder discrecional para revocar todo nombramiento ya efectuado o para nombrar o volver a nombrar a cada uno de los árbitros.

2. *Cámara de Comercio internacional*. Tras una sucesión de estudios en la materia (88), la revisión del Regl. CCI de 2017 (vigente en la actualidad en este punto) estableció una detallada regulación en su art. 8º en orden a las demandas en caso de multiplicidad de partes, partiendo de que todas ellas podrán formular demandas contra cualquiera de las demás partes, sin perjuicio de las disposiciones de los arts. 6.3º y 7º y 9 [efectos del acuerdo de arbitraje] y siempre que ninguna nueva demanda sea formulada después de la firma o aprobación del Acta de Misión sin la autorización del tribunal arbitral conforme al art. 23.4º. Por su parte el art. 12.6º dispone que en el caso de multiplicidad de demandantes o de demandadas y la controversia hubiere someterse a la decisión de tres árbitros, estas últimas por separado, deberán designar un árbitro para su confirmación por la Corte.

3. *Japan Commercial Arbitration Association* (art. 29 Regl. JCAA). Si hay más de un demandante o demandado y el número de árbitros será de tres los árbitros serán nombrados de conformidad las siguientes reglas: a) Si las Partes han acordado que el número de árbitros será de tres, el reclamante (s) y el demandado (s) designarán un árbitro cada uno y notificarán a la JCAA de dicho nombramiento dentro de las tres semanas posteriores a la recepción del demandado (s) de la notificación de la Solicitud de Arbitraje. b) Si la JCAA determina que el número de árbitros será tres, el (los) demandante (s) y el (los) demandado (s) designarán un árbitro cada uno y notificarán a la JCAA de la conformidad de dicha designación dentro de las tres semanas posteriores a la recepción de las Partes de la notificación de la determinación de la JCAA. c) Los dos árbitros nombrados por el (los) demandante (s) y el (los) demandado (s) acordarán y nombrarán al tercer árbitro, y notificarán a la JCAA de dicho nombramiento dentro de las tres semanas posteriores a la recepción de los dos árbitros del aviso de que la JCAA ha confirmado a los dos árbitros. d) Si los dos árbitros no notifican a la JCAA la designación del tercer árbitro dentro del plazo establecido la JCAA designará a dicho árbitro. e) Si uno o ambos reclamantes o el demandado (s), no notifica a la JCAA de dicha designación dentro del plazo establecido, la JCAA designará a los tres árbitros. En tal caso, la JCAA puede designar al árbitro ya designado por el (los) demandante (s) o el demandado (s) como uno de los tres árbitros, si ninguna Parte presenta una objeción.

4. *Club Español del Arbitraje* (89). Si hay varias partes demandantes o demandadas y procediera el nombramiento de tres árbitros, los demandantes, conjuntamente, propondrán un árbitro, y los demandados, conjuntamente, propondrán otro. A falta de dicha propuesta conjunta y en defecto de acuerdo sobre el método para constituir el tribunal arbitral, la Corte nombrará a los tres árbitros y designará a uno de ellos para que actúe como presidente. Para ello la Corte pedirá individualmente a cada parte que proponga en un plazo de 10 días, sin copiar a las otras partes, una lista de al menos tres candidatos. Recibidas las propuestas, la Corte añadirá el nombre de otros candidatos, hasta alcanzar un mínimo de 12. A continuación, la Corte concederá a cada una de las partes un plazo común de 10 días para que indique, sin copiar a las otras partes, los nombres que tacha de la lista por merecerles objeción, hasta un máximo de tres, y numerando los restantes candidatos de la lista por su orden de preferencia. La Corte nombrará a los tres árbitros de entre los no tachados y de conformidad con el orden de preferencia indicado por las partes. Si por cualquier motivo no pudiera hacerse el nombramiento según este procedimiento o existiera un empate, la Corte nombrará a los tres árbitros conforme a su propio criterio.

2. Procedimiento acelerado

24. El arbitraje acelerado es una forma de arbitraje que se lleva a cabo en un plazo breve y a un costo reducido, agilizando y simplificando aspectos clave del procedimiento para llegar a una decisión definitiva sobre el fondo de la cuestión de manera eficaz en función de los costos y del tiempo, Cada vez son más instituciones arbitrales que ofrecen reglas separadas para procedimientos abreviados en sus reglamentos (90) . Las estadísticas demuestran que hay una fuerte demanda por parte de los usuarios para que los Centros incorporen este tipo de procedimientos. En los procedimientos de arbitraje acelerado se suele prever el nombramiento de un árbitro único con la intervención exclusiva de la institución arbitral. Pero hay soluciones más matizadas como las previstas en ciertos Reglamentos que estipulan que no corresponde utilizar procedimientos acelerados si el acuerdo de arbitraje prevé la intervención de un tribunal integrado por más de un árbitro (91) , mientras que otras no establecen normas obligatorias, lo que hace que las partes deban llegar a un acuerdo sobre un árbitro único, o establecen que puede imponerse un árbitro único a las partes. Este último criterio ha dado lugar a soluciones divergentes en la jurisprudencia.

1. *Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo* (arts. 17 y 18 Regl. Arbitrajes Simplificados SCC). Una de las primeras instituciones arbitrales en adoptar reglas de procedimiento abreviado ha sido el Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo. Cuenta con un Reglamento separado de Arbitrajes Simplificados en vigor desde 2017 que dispone en la materia que nos ocupa, lo siguiente: El arbitraje será decidido por un árbitro único siendo las partes libres de acordar un procedimiento para el nombramiento. Cuando las partes no hayan acordado un procedimiento, o si el Árbitro no ha sido nombrado dentro del plazo acordado por las partes o, cuando las partes no hayan acordado un plazo, dentro del plazo establecido por el Consejo, se otorgará a las partes 10 días para nombrar conjuntamente al árbitro y si no lo hubieren nombrado dentro de este plazo, será nombrado por el. Los criterios a tener en cuenta por el Consejo en orden a la nacionalidad de los árbitros o a la índole y circunstancias de la controversia, son similares a los que se contienen en el Reglamento general.

2. *Cámara de Comercio Internacional*. La CCI ha adoptado un esquema de procedimiento abreviado bastante agresivo. En su nueva redacción, el art. 30.1º del Reglamento señala que, al someterse al arbitraje, las partes aceptan que las Reglas de Procedimiento Abreviado prevalecerán sobre los términos del acuerdo de arbitraje que sean contrarios a éstas. Esta última previsión permite, por ejemplo, que la Corte nombre un árbitro único en casos en que las partes hayan acordado en el convenio arbitral nombrar tres árbitros. De acuerdo con lo dispuesto en el art. 2 del Apéndice VI, la Corte podrá nombrar un árbitro único aunque sea contrario a alguna disposición del acuerdo de arbitraje. Al someterse al arbitraje según el Reglamento, las partes aceptan que toda referencia a la resolución de la controversia por tribunales de tres árbitros en su acuerdo de arbitraje está supeditada a la discreción de la Corte de nombrar un árbitro único si las Disposiciones sobre el Procedimiento Abreviado son de aplicación. Cuando se apliquen las Disposiciones sobre el Procedimiento Abreviado, la Corte nombrará normalmente un árbitro único a fin de asegurarse de que el arbitraje se conduce de una manera expedita y eficaz en término de costos. No obstante, la Corte podrá nombrar tres árbitros si resulta adecuado en las circunstancias. En todos los casos, la Corte invitará a las partes a que formulen sus comentarios por escrito antes de tomar ninguna

decisión y hará lo posible por asegurarse de que el laudo sea susceptible de ejecución legal

3. *Japan Commercial Arbitration Association* (art. 87 Regl. JCAA). Los procedimientos de arbitraje acelerado serán conducidos por un árbitro único. Las Partes acordarán y designarán un árbitro y notificarán a la JCAA de dicha designación dentro de las dos semanas posteriores a la recepción de la notificación por parte de la JCAA de que se llevarán a cabo los procedimientos de arbitraje acelerado. Si las Partes no notifican a la JCAA dentro del plazo establecido, la JCAA designará a dicho árbitro. El nombramiento de un árbitro hecho por las Partes únicamente será efectivo de la confirmación de la JCAA, la cual, después de dar a las Partes la oportunidad de comentar, puede negarse a confirmar el nombramiento del árbitro sin dar razones si la JCAA considera que la cita es claramente inapropiada. Al confirmar el nombramiento del árbitro, la JCAA notificará de inmediato dicha confirmación a las Partes, pero si no confirma el nombramiento de un árbitro, las Partes designarán a otro dentro del período fijado por la JCAA.

4. *Club Español del arbitraje* (12.4º Regl CEA). Por regla general, en los procedimientos abreviados la Corte utilizará el sistema de nombramiento directo del árbitro único.

VI. DESIGNACIÓN DE ÁRBITROS CON ESPECIAL INTERVENCIÓN DEL CENTRO

1. Virtualidad de las listas de árbitros

25. No todos los Centros de arbitraje cuentan con una lista de árbitros, al menos con carácter oficial (92), pero muchos de ellos han optado por establecer elenco donde se incluyen aquellos profesionales que reúnan los requisitos de excelencia, con el objeto de ofrezcan a los posibles usuarios de sus servicios plenas garantías de cualificación profesional y técnica, al tiempo que experiencia en el ámbito arbitral (93). Ello implica que dichos Centros deben llevar a cabo el oportuno proceso interno de selección para incorporar a dichas listas a quienes reúnan las condiciones idóneas de capacidad profesional y conocimiento de la técnica arbitral. La consecuencia es que dichas listas deben ser públicas para quienes pretenden acudir a dicha institución y encargarle la gestión y administración del arbitraje (94).

La lista suele estar integrada por profesionales que a propuesta del órgano correspondiente del Centro de arbitraje presenten su solicitud y por lo general es renovable periódicamente. Con este instrumento la institución proporciona a las partes una relación de candidatos, normalmente acompañada de un breve *curriculum*, para que efectúen la elección a través de procedimientos diversos (95). El Centro acostumbra a proporcionar una lista de árbitros que cumplan los requisitos especificados en la cláusula de arbitraje; sin embargo, si las partes son demasiado exigentes en los requisitos, puede disminuir significativamente el grupo de árbitros elegibles para el nombramiento (96).

En este menester, puede indicarse que tachen los nombres de los que rechacen y expresen el orden de preferencia de los que acepten; cuando los nombres coinciden, aunque formalmente la designación es a cargo del tercero, cuenta con la participación de las partes. Bien entendido que la práctica conviene en que las partes no deben quedar obligadas a nombrar árbitro único o tercer

árbitro de la lista que suministre la institución arbitral por ser un procedimiento que carece de la necesaria flexibilidad y, nuevamente, por no respetar suficientemente el punto de partida, esto es, la voluntad de las partes. Ha de tenerse en cuenta que cuando la designación se realice por una institución arbitral, por haberse sometido a ella expresamente las partes en el convenio arbitral, la igualdad debe estar objetivamente garantizada en los estatutos y reglamentos internos de la institución; y ello, sin perjuicio de la acción recusatoria que a las partes les asiste.

26. Aunque algunas entidades promotoras del arbitraje recomiendan «que las instituciones no mantengan lista de árbitros» (97) . La esencia del sistema sigue siendo la autonomía de la voluntad de suerte que la labor del Centro ha de ser un complemento de ésta en la medida en que no esté debidamente explicitada, no resultando aconsejable que sustituya a la misma. La posibilidad de que sistema de lista sea opcional no contraría en modo alguno la necesaria flexibilidad que debe presidir esta fundamental etapa del arbitraje. Únicamente si las partes acceden pueden elegir al árbitro o al presidente del tribunal entre las personas que figuren en la relación. Y sólo intervendrá el Centro, eso sí, a partir de la lista si las partes no llegan a un acuerdo.

En el modelo de listas de árbitros existen mecanismos para que no se produzcan ciertas situaciones, absolutamente cuestionables. En primer lugar, si se trata de las listas cerradas puede insertarse un mecanismo de índole opcional, esto es, que la institución sólo prestará ese apoyo a las partes si ellas lo solicitan; conservando éstas un necesario margen de actuación en una tarea tan delicada por ejemplo si en su cláusula de arbitraje acuerdan la designación de un árbitro, respectivamente, correspondiendo a la institución arbitral o a la autoridad nominadora, la designación o designaciones siguiendo el sistema de lista; entre ambos modelos existen, no obstante, situaciones intermedias. En segundo lugar, otra práctica reprochable como es la no publicidad de las listas, puede fácilmente subsanarse con la oportuna publicación de las mismas.

2. Designación a partir de una lista de árbitros cualificados

27. Pese a constituir una cuestión polémica, utilizada muchas veces en la confrontación competitiva entre Centros de arbitraje, no puede negarse que el establecimiento de un mecanismo para que los nombramientos se realicen a partir de una lista preexistente de árbitros cualificados, cuyas cualidades han sido previamente verificadas, puede tener utilidad, siempre que esté formulado convenientemente. Dicho mecanismo aporta ventajas innegables al permitir a las partes seleccionar libremente a cualquiera de los figurantes en la lista, que no tendrán por este hecho dependencia respecto de la parte que los elige.

Los Centros de arbitraje matizan, sin embargo, acerca de las posibilidades de este método. Veamos algunos ejemplos.

1. Tribunal de Arbitraje Deportivo. Es un organismo internacional creado en 1985, que tiene su sede en Lausana, se regula por el Código de Arbitraje para el Deporte, cuya última versión es de 2019 y cuenta con dos órganos principales, el referido Tribunal y el Consejo Internacional de Arbitraje en Asuntos Deportivos (CIAS) (98) . El Tribunal está integrado por una lista de árbitros que confecciona el CIAS, revisada cada cuatro años (S13), en la que figuran personas con capacitación legal

apropiada, competencia reconocida en derecho deportivo y / o arbitraje internacional, un buen conocimiento del deporte en general y el dominio en al menos uno de los idiomas de trabajo de TAS (S14). Estos idiomas son el inglés el francés, pudiendo utilizarse otro idioma con el acuerdo de todas las partes y TAS. El CIAS considera de crucial importancia que esta lista de árbitros cualificados sea extensa e inclusiva, conteniendo operadores procedentes de todo el mundo.

En la actualidad figuran en la misma 349 árbitros de los cuales 16 son españoles. La especialidad del arbitraje TAS es exigir que todos los nominados se encuentren en la lista y la justificación de semejante proceder obedece a que las partes que acuden a este sistema de solución de controversias provienen de todas partes del mundo, y la mayoría de ellas concurren por vez primera a este mecanismo y manifestarían una tendencia natural a alguien únicamente conocido por ellas, con lo cual sería muy frecuente que el presidente tendría que decidir en solitario, lo que iría en contra de la propia esencia de un mecanismo que justifica un panel de tres miembros (99) .

El procedimiento de designación de árbitros admite dos posibilidades: a) Si, en virtud del acuerdo de arbitraje o una decisión del Presidente de la Cámara, es necesario nombrar un árbitro único, las partes procederán a ello por acuerdo en un período de quince días fijado por el Registro CAS después de recibir la solicitud. En ausencia de un acuerdo dentro de este período, el Presidente de la Cámara realiza el nombramiento. b) Si, en virtud del acuerdo de arbitraje o una decisión del Presidente de la Cámara, es necesario designar tres árbitros, la parte solicitante designará al suyo en la solicitud o en la fecha límite establecida al decidir sobre el número de árbitros, en caso de que la solicitud de arbitraje se considere retirada.

La mayoría de los asuntos resueltos en el seno de TAS provienen de paneles integrados por tres miembros. Cualquier parte es libre de elegir el árbitro que considere mejor para su caso. Por egoístas que sean sus motivos, debe limitarse a esta lista de individuos precalificados, y sabe que lo mismo es cierto para su oponente.

2. *Corte Civil y Mercantil de Arbitraje*. Las normas previstas en el Regl. CIMA son de aplicación por la Corte en defecto de acuerdo de las partes sobre el sistema de designación de árbitros. Ahora bien, salvo las excepciones recogidas en el Reglamento y en los Estatutos, los árbitros propuestos o designados deberán formar parte de la lista de árbitros de la Corte (art. 15). Dentro de los distintos sistemas de selección de árbitros CIMA ha optado, por disponer de su propia lista de árbitros que es pública. Ello implica que quienes acudan a la Corte, tienen la certeza de que, salvo ciertas excepciones, su causa va a ser necesariamente conocida por árbitros integrantes de la referida lista y que conocerán de antemano la identidad de los árbitros que pueden ser designados. El modelo CIMA impone un sistema riguroso para la selección e incorporación a dicha lista, de árbitros capaces, responsables, de contrastada profesionalidad y experiencia y, cuya honorabilidad y comportamiento ético esté fuera de toda duda o sospecha (100) . La Corte ha optado, pues, por un sistema de lista cerrada, pública y por tanto conocida, integrada por Abogados del Estado, Letrados del Consejo de Estado y de las Cortes, Magistrados jubilados, Catedráticos de Universidad y Abogados, nacionales y extranjeros, de reconocido prestigio y experiencia en materia de arbitraje, que hace de sus árbitros un punto de referencia en el mundo arbitral (101) .

Como complemento de esta regla general el art. 16.6º del Reglamento dispone que: «A petición de todas las partes y para supuestos concretos especiales, la Corte podrá autorizar la designación de árbitros ajenos a su lista, atendiendo a criterios de excelencia profesional en la materia y a la complejidad, trascendencia e importancia de la cuestión debatida», señalando en ésta misma línea los Estatutos que «la Comisión de Gobierno, por mayoría absoluta de los miembros que la componen, a petición de todas las partes, excepcionalmente y para casos concretos que considere especiales por su trascendencia e importancia, podrá autorizar la administración de arbitrajes en los que un máximo de dos árbitros no pertenezcan a la lista de la Corte». En tal caso, los Estatutos exigen que «El arbitraje así autorizado se regirá, en todo caso, por el Reglamento de Procedimiento de la Corte y los árbitros ajenos se ajustarán en su actuación y obligaciones a las de cualquier miembro de la misma».

Así pues, el Reglamento y Estatutos de CIMA admiten la posibilidad de designación de árbitros ajenos a su lista en un intento de flexibilidad y apertura y para supuestos excepcionales, y con el cumplimiento de determinados requisitos (acuerdo de las partes, que se trate de Tribunales arbitrales colegiados, que su número no exceda de dos, que lo autorice la comisión de Gobierno por mayoría absoluta de sus miembros y, finalmente, que los árbitros ajenos a la Corte gocen de excelencia profesional en la materia controvertida y se atengan y actúen con sometimiento a las normas establecidas por el Reglamento y Estatutos de la Corte), al objeto de garantizar lo justificado de la solicitud y no generalizar un procedimiento que debe ser excepcional y para casos especiales de complejidad y dificultad.

Sentadas estas disposiciones de aplicación general se contemplan dos variantes en función del número de árbitros

- i) Nombramiento de árbitro único, sea por falta de acuerdo de las partes en la determinación del número, sea por haberlo así convenido éstas, podrá ser elegido por las partes, si es que a tal fin lo convinieran, pero a falta de acuerdo de las partes sobre el nombre del árbitro único, éste será nombrado por la Corte (CIMA) previa presentación a las partes de una lista de ocho nombres, para que en los cinco días siguientes a la recepción de la lista, cada una manifieste a la Corte su posición sobre los candidatos propuestos, enumerando cinco nombres por su orden de preferencia, de los que, en el plazo de cinco días, la Corte nombrará al árbitro respectivo teniendo en cuenta la referida preferencia de las partes (art. 16.2º del Reglamento). La lista de ocho nombres se elaborará por turno automático y rotativo de la lista de árbitros integrantes de la Corte, y por riguroso orden numérico y correlativo (art. 18.1º de los Estatutos). Este sistema de elección del árbitro único, que será también aplicable a la elección del Presidente del tribunal arbitral Colegiado, cuando los árbitros designados por las partes (cada parte elegirá a uno y estos elegirán al Presidente del tribunal arbitral) no se pongan de acuerdo, es una novedad introducida por el nuevo Reglamento de la Corte, que, como ya hemos reseñado, trata de compatibilizar la objetividad del sistema de turno riguroso de la lista de árbitros de la Corte, hasta ahora existente, con el principio de autonomía de la voluntad de las partes, al permitir a éstas participar en los términos expuestos (por vía de preferencia y exclusión) en la elección del árbitro, ya sea árbitro único, ya sea Presidente del tribunal arbitral colegiado, evitando así que la aplicación automática del orden de la lista pudiera suponer la elección de un árbitro no deseado por las partes,

cualquiera que pudiera ser la causa de su rechazo.

- ii) Nombramiento de tribunal arbitral colegiado. Si las partes hubiesen optado por el mismo (lo que pone de manifiesto una vez más el predominio de la voluntad de las partes a la hora de optar por un tipo de tribunal, unipersonal o colegiado) «el número de sus integrantes será de tres». En tal caso, cada una de las partes tendrá derecho a designar uno. Si es la parte actora, deberá hacerlo en su escrito de solicitud de arbitraje. Si es la parte demandada, deberá hacerlo en su escrito de respuesta al mismo. Dicha elección, salvo las excepciones previstas, deberá realizarse entre árbitros pertenecientes a la lista de la Corte, correspondiendo su confirmación a la misma. Entre ambos árbitros, tal y como ya hemos comentado, elegirán al tercer árbitro, que actuará de presidente del tribunal. En el supuesto de que una o ambas partes no designasen al árbitro correspondiente, será la Corte la encargada de su designación, pero respetando el turno riguroso y rotatorio establecido en los Estatutos, «salvo que por circunstancias justificadas procediera alterar dicho turno» (102) .

Con el nombramiento selectivo se pretende conciliar las posiciones de aquellos que creen que el sistema existente de nombramientos por las partes debería permanecer sin cambios, y las de aquellos partidarios de la revisión del sistema

3. Nombramiento selectivo

28. Pese a su éxito inicial este mecanismo no ha contado con importantes resultados en la práctica. El mecanismo de nombramiento selectivo es un procedimiento que se esfuerza por mejorar la objetividad y, por lo tanto, la legitimidad del procedimiento de arbitraje, al tiempo que preserva la capacidad de las partes para seleccionar a sus tomadores de decisiones (103) . Con él se pretende conciliar las posiciones de aquellos que creen que el sistema existente de nombramientos por las partes debería permanecer sin cambios, y las de aquellos partidarios de la revisión del sistema. Y se puede implementar sin inconvenientes especiales: en el mejor de los casos, puede reducir la confrontación ofreciendo una mecanismo fácil y útil en la búsqueda continua para mejorar la efectividad y la legitimidad de la resolución alternativa de disputas (104) . En esta línea ciertas instituciones han experimentado con otras opciones, como las «citas a ciegas» (es decir, para asegurarse de que los nominados no sepan quién las nombró) o cualquier número de procedimientos de lista que tengan en común la característica de la identificación inicial del candidato proviene de la institución y no de una de las partes.

Concretamente, la solución propuesta por el *International Institute for Conflict Prevention and Resolution* (CPR) al problema más endémico de lealtad a las partes designadas, consiste en un procedimiento de nombramiento «selectivo» relativamente novedoso y opcional para la práctica del arbitraje interno, con la intención de «ofrecer los beneficios, evitando algunos de los inconvenientes de los árbitros designados por las partes» (105) . Como punto de partida el CPR elabora

cuidadosamente una lista de árbitros basándose en las cualificaciones que las partes requieren, la naturaleza del litigio, la disponibilidad de fecha y los honorarios; con posterioridad las partes los clasifican por preferencia e incluyen cualquier objeción a candidatos específicos sin el conocimiento de los candidatos. A continuación, CPR utiliza estas clasificaciones y objeciones para asignar al árbitro mejor clasificado de cada parte y la persona con la clasificación combinada más alta es elegida como presidente, iniciándose la sustanciación de las actuaciones arbitrales conforme al Regl. CPR. Como puede observarse con semejante proceder, dos de los tres árbitros pueden ser designados por las partes sin que los árbitros sepan qué parte los designó.

Dentro de las distintas ofertas del CPR se incluye la opción referida en la Regla 5.4 de su Reglamento CPR para el Arbitraje Administrado de Disputas Internacionales de 2019 que permite a las partes acordar una selección selectiva de los árbitros designados por las partes en un tribunal de tres miembros. Según este procedimiento, los árbitros designados por las partes son nombrados por la CPR sin saber qué parte los ha designado: a) CPR proporciona a cada parte una copia de la lista de candidatos de los paneles de CPR junto con las respuestas de los candidatos a la consulta; b) dentro de los diez días siguientes a la recepción de la lista de la CPR, cada parte designa de la lista tres candidatos, clasificados por orden de preferencia, para su árbitro designado por la parte, y envía esta lista por escrito a la CPR y a la otra parte; c) dentro del mismo plazo de diez días tras la recepción de la lista de CPR, una parte puede también objetar el nombramiento de cualquier candidato de la lista por motivos de falta de independencia o imparcialidad mediante notificación escrita y razonada a CPR, con copia a la otra parte; d) el CPR decide sobre la impugnación después de dar a la parte no objetora la oportunidad de presentar sus comentarios; e) si no hay objeción al primer candidato designado por una parte, o si la objeción es desestimada por la CPR, éste nombra al candidato como árbitro; f) cualquier recusación posterior de ese árbitro, se decide a través del Protocolo de Recusación.

En otras palabras, la CPR actúa como una «pantalla» que permite a las partes designar a los árbitros sin que los árbitros sepan qué parte designó a qué árbitro. Por lo tanto, la pantalla tiene como objetivo garantizar la objetividad y eliminar el riesgo de sesgo del árbitro a favor de la parte que nombra, al tiempo que preserva la capacidad de las partes para seleccionar a los tomadores de decisiones. La selección selectiva se puede implementar sin inconvenientes obvios: en el mejor de los casos, puede reducir el sesgo y, en el peor, el nivel de sesgo no cambiará; ofrece, por lo tanto, una herramienta fácil y útil en la búsqueda continua para mejorar la efectividad y la legitimidad de la resolución alternativa de disputas.

Si bien la razón de ser del procedimiento de nombramiento del árbitro ciego es garantizar que no se revele la identidad de la parte que designa al árbitro, esto puede ser difícil (si no imposible) de lograr en la práctica. Siempre existe la posibilidad de que la identidad de la parte designada pueda ser delatada, por ejemplo, mediante declaraciones indiscretas hechas por un abogado durante las audiencias orales o por canales informales de comunicación. También se puede prever que, en ciertas circunstancias, las características de un árbitro designado por la parte pueden significar que la identidad de la parte que designa se puede inferir con un alto grado de certeza a través de ciertas conjeturas, por ejemplo, si el árbitro tiene la misma nacionalidad que el árbitro. Por último existe el

riesgo cierto de que la identidad de las partes nominadoras pueda ser divulgada accidentalmente por la propia institución arbitral u otros terceros.

VII. ESPECIALIDAD DEL MODELO ARBITRAJE DEL CENTRO INTERNACIONAL DE ARREGLO DE DIFERENCIAS RELATIVAS A INVERSIONES (CIADI)

1. Lista de árbitros

29. A lo largo de las páginas anteriores se ha reiterado la autonomía de la voluntad de las partes como regla de base en la designación de árbitros. Sin embargo, la aplicación de dicha regla al arbitraje e inversiones, ofrece numerosas reticencias por dominar en ellos una importancia pública más amplia que trasciende los intereses de las partes; incluso se llega a cuestionar la legitimidad de los árbitros designados por las partes en unas cuestiones que afectan directamente a la soberanía estatal. Como manifestaciones de esta posición se observa, de un lado, en contraposición con el arbitraje comercial, que árbitros deben enfrentarse a un sinnúmero de propuestas de recusación por una variedad de motivos, incluyendo circunstancias personales que pueden reflejar una predisposición hacia una parte o sus posiciones (106). Y, de otro lado, la tendencia reiterada a la repetición de los árbitros.

Siendo conscientes de la polémica, pero dejándola ahora de lado, procede señalar que en el sistema actual de arbitraje de inversiones lo más habitual es que los árbitros y decisores sean nombrados por las partes litigantes y, en medida mucho menor, por las autoridades nominadoras encargadas de asistir en el proceso (107). Las Reglas de Arbitraje del CIADI y el Regl. UNCITRAL poseen enfoques similares en lo que respecta al proceso de nombramiento de los árbitros. Con carácter general, ambas modalidades determinan que por defecto el tribunal estará integrado por tres miembros, y que cada una de las partes nombrará a un árbitro (esos dos árbitros se conocen como «co-árbitros»). Posteriormente los co-árbitros (en el caso del Regl. UNCITRAL) o las partes (en el caso de las Reglas del CIADI) nombran mediante acuerdo al árbitro que presidirá el tribunal (108). Muy pocos tratados de inversión se ocupan de los mecanismos de nombramiento, aunque algunos convenios bilaterales recientes han incluido disposiciones que constituyen novedades, si se las compara con lo que puede calificarse de enfoques más «tradicionales»

En función de su especificidad nos centraremos en la práctica que se observa en el CIADI, que pretende solucionar un difícil equilibrio: por un lado, el apoyo a las partes litigantes que les permita alcanzar un consenso siempre que sea posible durante este proceso y, por otro lado rápida constitución del tribunal arbitral, impidiendo los obstáculos que puedan interponer las partes (109). Como regla general en esta modalidad de arbitraje no se requiere que las partes seleccionen a los árbitros que integran la Lista de Árbitros del CIADI, si bien pueden hacerlo si así lo desean. El recurso al sistema de lista (o de votación). En la práctica, recurrir a un sistema de lista (o de votación) es una práctica bastante extendida en el arbitraje comercial que también se ha proyectado en el arbitraje de inversiones. En la mayoría de los casos, la lista se utiliza a efectos del nombramiento de árbitros presidentes en los tribunales de arbitraje y para que el Presidente del Consejo Administrativo del CIADI nombre a los miembros de los comités de anulación en virtud del Convenio del CIADI. La labor de estas personas en el procedimiento de los casos es sumamente importante desde una perspectiva

sistémica y es esencial para el funcionamiento eficaz del sistema internacional de arbitraje de inversión. Con esta finalidad, el art. 12 del Convenio CIADI determina la "Lista de Árbitros" estará integradas por los nombres de las personas calificadas, designadas tal como se dispone más adelante, y que estén dispuestas a desempeñar sus cargos». El nombramiento de los integrantes de la lista es efectuado, por una parte, por los Estados miembros, que podrán designar cuatro personas para cada Lista, no siendo necesario que las personas designadas sean nacionales de ese Estado (art. 13.1º del Convenio); por otra parte, el Presidente podrá designar diez personas para cada lista, intentando que sean de distinta nacionalidad (art. 13.2º del Convenio) y que sean representativas de los principales sistemas jurídicos del mundo y de los ramos más importantes de la actividad económica (art. 14.2º del Convenio).

La designación de los árbitros se efectuará por períodos de seis años renovables (art. 15.1 del Convenio), permaneciendo en el cargo, aun expirado su mandato, hasta que sean designados sus sucesores (art. 15.3º del Convenio). En caso de muerte o renuncia de un miembro de cualquiera de las Listas, la autoridad que lo haya designado tendrá derecho a reemplazarlo por otra persona que lo sustituya durante el resto del período (art. 15.2º del Convenio).

30. Dispone el Convenio determinados requisitos en cuanto a la nacionalidad y las cualificaciones de las personas que figuran en la lista para formar parte de los Tribunales del CIADI, aunque las partes tienen la libertad de elegir a quien quieran.

La mayoría de los árbitros que componen un Tribunal no podrá tener la nacionalidad del Estado parte en la diferencia, ni la del Estado al que pertenezca el nacional del otro Estado (art. 39 del Convenio y Regla 1 (3) de las Reglas de Arbitraje). La regla de nacionalidad no es aplicable cuando ambas partes, de común acuerdo, designan al árbitro único o a cada uno de los miembros del Tribunal. Cuando el Tribunal está compuesto por tres miembros, los árbitros no pueden tener la misma nacionalidad que cualquiera de las partes a menos que ambas partes acepten el nombramiento. En la práctica, esto significa que: a) el árbitro único no puede tener la misma nacionalidad que cualquiera de las partes a menos que ambas partes lo acepten; b) si cada parte ha nombrado a una persona de nacionalidad excluida (con la aprobación de la otra parte), las partes también deben acordar el nombramiento del Presidente del Tribunal.

Todos los integrantes de la lista de árbitros del CIADI deben reunir las siguientes condiciones: a) gozar de amplia consideración moral; b) tener reconocida competencia en el campo del Derecho, del comercio, de la industria o de las finanzas; y c) inspirar plena confianza en su imparcialidad de juicio (art. 14.1º y art. 40.2º del Convenio) (110).

Una vez que se nombra al miembro de la lista, el CIADI solicita que la persona nombrada acepte la nominación. Luego, el Secretario General notifica a las partes de la aceptación o del rechazo de la persona nombrada. Si el designado rechaza el nombramiento o se niega a aceptarlo dentro del plazo de 15 días, el CIADI invitará a la parte nominadora a nombrar a otro árbitro (111).

2. Métodos en presencia

31. Las partes pueden acordar el método de constitución del tribunal arbitral que deseen. Las numerosas estadísticas existentes en la materia evidencian que el proceso de designación de tribunales del CIADI, descansa en la mayoría de los casos en el nombramiento efectuado por las partes siendo la excepción el nombramiento por autoridades nominadoras (112). Es frecuente que los acuerdos de inversiones contengan disposiciones específicas que rigen el nombramiento, y que prevalecen sobre las reglas del CIADI, que tienen un carácter subsidiario.

Los dos métodos más utilizados en el marco del arbitraje de inversión son los siguientes: a) La Parte Demandante nombra a un árbitro, la Parte Demandada nombra a otro árbitro, y las partes acuerdan el presidente del Tribunal; b) la Parte Demandante nombra a un árbitro, la Parte Demandada nombra a otro árbitro, y los dos co-árbitros nombran al presidente del Tribunal (posiblemente previa consulta a las partes).

Como parte de su acuerdo respecto del método de constitución del Tribunal, las partes pueden acoger un procedimiento de listas en relación con los candidatos propuestos. Los procedimientos de listas pueden utilizarse respecto de un árbitro único, del Presidente del Tribunal o de todos los miembros del Tribunal. Los procedimientos de listas que se utilizan habitualmente incluyen los siguientes: a) Las partes intercambian una lista de candidatos; cada parte informa a la otra parte del(de los) candidato(s) que acepta o rechaza; b) Las partes solicitan que el CIADI les proporcione una lista de candidatos. Cada parte puede impugnar un número determinado de candidatos y calificar al resto de los candidatos. Se nombra al candidato con mejor calificación o, si dos o más candidatos tienen la misma calificación, el CIADI selecciona a uno de ellos (113).

Si bien los tribunales integrados por tres personas constituyen la práctica habitual en el arbitraje de inversiones, el uso de un árbitro único puede reducir tanto el tiempo como el costo. En consecuencia, la Parte Demandada debe considerar si el caso puede ser abordado por un árbitro en lugar de tres. La falta de participación en la constitución del Tribunal no impide su formación (art. 37.2º.b) y el art. 38 del Convenio del CIADI o arts. 6 y 9 del Reglamento de Arbitraje (Mecanismo Complementario).

32. Si las partes no acuerdan un método de constitución y han transcurrido 60 días a partir del acto de registro de la solicitud de arbitraje cualquiera de las partes puede invocar el método supletorio previsto en el art. 37.2º.b) del Convenio del CIADI y en art. 9 del Mecanismo Complementario que permite elegir un árbitro por cada parte y el tercero, que presidirá el tribunal, de común acuerdo. La fórmula dispone que el Tribunal está integrado por tres árbitros, que cada parte nombra a un co-árbitro y que

Las partes intentan llegar a un acuerdo respecto del tercer árbitro, el Presidente del Tribunal. Para ello se aplica la Regla 3 de las Reglas de Arbitraje CIADI con el siguiente dispositivo: a) la primera parte en nombrar a un árbitro también propone a un candidato para que se desempeñe como Presidente del Tribunal; b) con posterioridad, la otra parte nombra a un árbitro y acepta el nombramiento del árbitro propuesto para Presidente o propone a otro candidato; c) si se efectúa una contrapropuesta, la parte que realizó el primer nombramiento indica si acepta la nueva propuesta para Presidente. Bien entendido que las partes no están sujetas a limitación alguna en cuanto al número de propuestas o contrapropuestas que pueden realizar y pueden acordar otro

método de constitución del Tribunal incluso después de que una parte haya invocado la fórmula supletoria del CIADI (114) .

3. Práctica del nombramiento

33. Una vez identificado un método de constitución del Tribunal, las partes proceden al nombramiento de los árbitros. En orden a su número las partes deben llegar primero a un acuerdo en caso de que esta cuestión no esté contemplada en el Acuerdo de inversiones correspondiente. Pero si el acuerdo no se alcanza, las partes tienen la alternativa de nombrar a un árbitro único o un número impar de árbitros (115) .

Entrando directamente en el mecanismo de la nominación, interesa atender a los siguientes criterios. Si han transcurrido 90 días desde el registro de la solicitud de arbitraje y resta nombrar a uno o más árbitros y, cualquiera de las partes puede solicitarle al Presidente del Consejo Administrativo del CIADI que nombre a los árbitros que reste nombrar en virtud del art. 38 del Convenio del CIADI o del art. 6.4º del Reglamento de Arbitraje (Mecanismo Complementario) del CIADI.

Si las partes no pueden nombrar a todos los miembros del Tribunal dentro de los 90 días siguientes al registro de la solicitud de arbitraje, cualquiera de las partes podrá solicitar que el Presidente del Consejo Administrativo del CIADI nombre al(a los) árbitro(s) que aún no hubiere(n) sido designado(s) (art. 38 del Convenio del CIADI). En el caso de que la solicitud esté referida al nombramiento de un árbitro único o al Presidente del Tribunal,

«... el CIADI lleva adelante un procedimiento de propuesta de candidatos proporcionando a las partes un formulario de propuesta de candidatos que contiene los nombres de varios candidatos, que pueden o no integrar la Lista de Árbitros del CIADI.

El Tribunal siempre debe estar compuesto por un árbitro único o por un número impar de árbitros. Con excepción de ello, las partes gozan de la libertad de adoptar cualquier método de nombramiento funcional que se ajuste a sus necesidades, incluidas disposiciones en materia de plazos y procedimientos especiales. No es necesario que las partes nombren a árbitros que integren la Lista de Árbitros del CIADI.

Los acuerdos más habituales en el caso de Tribunales compuestos por tres miembros son los siguientes: a) Cada parte nombra a un co-árbitro, y las partes intentan llegar a un acuerdo respecto del tercer árbitro, el Presidente del Tribunal. Si las partes no llegan a un acuerdo, el Secretario General (o el Presidente del Consejo Administrativo) del CIADI nombra al Presidente. b) Cada parte nombra a un co-árbitro, y los co-árbitros intentan llegar a un acuerdo respecto del tercer árbitro, el Presidente del Tribunal. Si los co-árbitros no llegan a un acuerdo, el Secretario General (o el Presidente del Consejo Administrativo) del CIADI nombra al Presidente» (116) .

VIII. CONSIDERACIONES FINALES

34. Históricamente, la libertad de las partes para de seleccionar a sus propios árbitros ha sido

reconocida como uno de los principales rasgos característicos del arbitraje convirtiéndose en la regla de base del sistema. Sin embargo, en los últimos años, ha surgido un importante debate en torno a si las ventajas del arbitraje se reducen si las partes no pueden seleccionar a sus propios árbitros y si con ello se pone en peligro la integridad del proceso arbitral. Se ha cuestionado la independencia e imparcialidad de los árbitros designados por las partes y se ha sugerido que el arbitraje sería más creíble si los tribunales fueran designados por terceros independientes, como las instituciones arbitrales. Incluso la preocupación por la imparcialidad e independencia de los árbitros ha dado lugar a propuestas de reforma orientadas, sobre todo en el arbitraje de inversiones, a la creación de tribunales multilaterales. Dicho debate se percibe con nitidez en el examen de la práctica de las instituciones para la designación de árbitros.

En la actualidad, el derecho a designar un árbitro por las partes está incluido en todos los principales reglamentos de arbitraje internacional y en muchas de las leyes de arbitraje nacionales del mundo, incluida la Ley Modelo de la Uncitral. Complementariamente, no está generalizado que las instituciones arbitrales exijan que los árbitros sean designados a partir de una lista cerrada excluyendo por completo a las partes del proceso. La principal crítica al modelo es que los árbitros nombrados por las partes pueden no ser neutrales en la toma de decisiones y estar predispuestos a favor de la parte que los nombró. Pero los nombramientos institucionales tampoco son deseables. Es muy dudoso que una institución pueda alcanzar un nivel de confianza en los usuarios de tal envergadura que supere las selecciones realizadas por partes. Ni el enfoque de la lista preexistente ni los nombramientos institucionales son una alternativa adecuada a los nombramientos de las partes.

Cuando se inicia un litigio arbitral las partes tienen derecho a esperar del proceso un árbitro competente y diligente, que pronuncie, en el momento oportuno, un laudo justo, bien razonado y ejecutable y a contar con que el centro administrador elegido se esfuerce por apoyar este resultado. Es lógico que, las partes deseen tener éxito en su demanda, defensa o reconvencción y que intenten contar con árbitros proclives a su posición, pero se desea que el arbitraje tenga éxito, es decir, que llegue a una conclusión justa y vinculante el Centro debe tener un comportamiento que salvaguarde el proceso y con ello la eficacia y la reputación del arbitraje y su propia reputación. Por lo tanto, la institución debe esforzarse por nombrar árbitros sin opiniones preconcebidas sobre el fondo del asunto, y sin prejuicios hacia ninguna de las partes.

En todo caso resulta obligado profundizar en las medidas encaminadas a reforzar la transparencia y la disponibilidad de la información relativa a los procesos de selección y nombramiento por las autoridades nominadoras.

BIBLIOGRAFÍA

AKSELI, N.O., «Appointment of arbitrators as specified in the agreement to arbitrate», *J. Int'l Arb.*, vol. 20, n.º 3, 2003, pp. 247, 254.

AKSEN, G., «The Tribunal's Appointment», *Leading arbitrators» guide to international arbitration* Huntington, New York, Juris Publishing, Inc, 2014. pp. 333-342 .

ÁLVAREZ RUBIO, J.J., «Extensión y límites de la especificidad del deporte: arbitraje deportivo (TAS), normas FIFA sobre TPO y Derecho europeo», *Arbitraje. Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, vol. XI, n.º 3, 2018, pp. 703-734.

ALVÉS, R., «Fast-track arbitration: back to basics?», *40 under 40 international arbitration* (C. González-Bueno, ed.), Madrid, Dykinson, 2018, pp. 179-188.

BEN ABDALLAH, H., «Le TAS et l'ordre juridique sportif», *Sport et Droit International. Aspects choisis* (F. Latty, J.-M. Marmayou y J.-B. Racine, dirs.), Aix-Marseille, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2016, pp. 261-289.

BEVILACQUA, Th. y UGARTE, R., «Ensuring Party Equality in the Process of Designating Arbitrators in Multiparty Arbitration: An Update on the Governing Provisions», *J. Int'l Arb.*, vol. 27, n.º 1, 2010, pp. 9-49.

BISHOP, D. y REED, L., «Practical Guidelines for Interviewing, Selecting, and Challenging Party-Appointed Arbitration in International Commercial Arbitration», *Arb. Int'l*, vol. 14, 1998, pp. 395-408.

BOISSESON, M.D., «La constitution du tribunal arbitral dans l'arbitrage institutionnel», *Rev. arb.*, 1990, pp. 337 ss.

BOND, S.R., «The International Arbitrator: From the Perspective of the ICC International Court of Arbitration», *Nw. J. Int'l L. & Bus.*, vol. 12, n.º 1, 1991-1992, pp. 1-23.

BORN, G., *International Commercial Arbitration*, 2ª ed, vol. II, Wolters Kluwer, 2014.

BROWER, C.N. y ROSENBERG, C.B., «The Death of the Two-Headed Nightingale: Why the Paulsson-van den Berg Presumption that Party-Appointed Arbitrators are Untrustworthy is Wrongheaded», *Arb. Int'l*, vol. 29, n.º 1, 2013, pp. 7-44.

CALVO, M.A., «The Challenge of ICC Arbitrators: Theory and Practice», *J. Int'l. Arb.*, vol. 15, n.º 4, pp. 63 ss.

CARTER, J.H., «The Selection of Arbitrators», *Am. Rev. Int'l Arb.*, vol. 5, 1994, pp. 84 ss.

CLEIS, M.N., *The independence and impartiality of ICSID arbitrators: current case law, alternative approaches, and improvement suggestions*, Brill-Nijhoff, 2017.

D'SILVA, M., «Dealing in Power: Gatekeepers in Arbitrator Appointment in International Commercial Arbitration», *J. Int'l. Disp. Settlement*, vol. 5, n.º 3, 2014, pp. 605-634.

DARLING, P., «Who do you want? Who do you get? Appointing the right arbitrator», *Asian Dispute Rev.*, vol. 12, n.º 1, 2010, pp. 19 - 22.

ELSING, S.E. y SHCHAVELEV, A., «The Role of Party-Appointed Arbitrators», *The Powers and Duties of an Arbitrator: Liber Amicorum Pierre A. Karrer* (P. Shaughnessy y S. Tung, eds.), Kluwer Law

International, 2017, pp. 75 ss.

EYNARD, M., *La Cour permanente d'arbitrage: vers une reconqu[ête de sa place originelle?*, Sant-Denis, Connaissances et Svoirs, 2016.

FERNÁNDEZ PÉREZ, A., «Ámbito de la cognición en la designación judicial de árbitros», *El arbitraje y la buena administración de la justicia. Libro conmemorativo del XXX Aniversario de la Corte Civil y Mercantil de arbitraje* (F. Ruíz Risueño y J.C. Fernández Rozas, coords.), Madrid, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019, pp. 467-492.

FERNÁNDEZ PÉREZ, A., *Arbitraje entre la autonomía de la voluntad de las partes y el control judicial*, J.M. Bosch, 2017.

FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., «El arbitraje internacional y sus dualidades», *Anuario Argentino de Derecho Internacional*, vol. XV, 2006, pp. 1-24

FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., «Clearer Ethics Guidelines and Comparative Standards for Arbitrators», *Liber Amicorum Bernardo Cremades*, Madrid, La Ley, 2010, pp. 413-449.

FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., «Internacionalismo versus mercatorismo en la especialización del arbitraje internacional », *Arbitraje. Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, vol. V, n.º 1, 2012, pp. 37-90.

FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., «Nombramiento de árbitros», *Arbitraje comercial internacional. Un estudio de Derecho comparado* (S.A. Sánchez Lorenzo, dir.), Cizur Menor (Navarra), Civitas-Thomson-Reuters, 2020, pp. 469-534.

FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., SÁNCHEZ LORENZO, S.A. y STAMPA, G., *Principios generales del arbitraje*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018.

FOUCHARD, Ph., «Les institutions permanentes d'arbitrage devant le juge étatique», *Rev. arb.*, 1987, pp. 225 ss.

FOURET, J., GERBAY, R. y ALVAREZ, G.M. (eds.), *The ICSID Convention, Regulations and Rules. A Practical Commentary*, Elgar Commentaries series, 2019, pp. 978 ss.

GAUKRODGER, D., *Appointing Authorities and the Selection of Arbitrators in Investor-State Dispute Settlement: An Overview*, París, OCDE, 2018.

GIORGETTI, C., *The Selection and Removal of Arbitrators in Investor-State Dispute Settlement*, Leiden, Brill, 2019.

GÓMEZ ACEBO, A., *Party-Appointed Arbitrators in International Commercial Arbitration*, Alphen aan den Rijn, Wolters Kluwer, 2016.

GRANDJEAN, J.-P. y FOUCHARD, C., «Le choix de l'arbitre: de la théorie à la pratique», *Cahiers de*

droit de l'entreprise, nº 4, 2012, pp. 33-39.

GRIMMER, S., «The Expanded Role of the Appointing Authority under the UNCITRAL Arbitration Rules 2010», *J. Int'l Arb.*, vol. 28, nº 5, 2011, pp. 501-517.

GUERRERO, L.F., «Regulamentos arbitrais e nomeação de árbitros», *A Nova Lei da Arbitragem Brasileira. Lei nº 13.129/2015* (F. Holanda y R. Medina Salla, coords.), São Paulo, IOB SAGE, 2015, pp. 35-55.

HASCHER, D., «ICC practice in relation to the appointment, confirmation, challenge and replacement of arbitrators», *The ICC International Court of Arbitration Bulletin*, vol. 6, nº 2, 1995, pp. 4-18.

HUDSON, M.O., «The Permanent Court of Arbitration», *Am. J. Int'l L.*, vol. 27, 1943, pp. 3-41.

HUNTER, M., «Ethics of the International Arbitrator», *Arbitration*, vol. 53, 1987, pp. 219 ss.

HUSHKA, D.J., «How Nice to See You Again: The Repetitive Use of Arbitrators and the Risk of Evident Partiality», *Yearb. Arb. & Med.*, vol. 5, 2013, pp. 335-340.

INDLEKOFER, M., *International Arbitration and the Permanent Court of Arbitration*, Alphen aan den Rijn, Wolters Kluwer 2013.

JONKMAN, H., «The Role of the Secretary-General of the Permanent Court of Arbitration Under the UNCITRAL Arbitration Rules», *Leiden J. Int'l L.*, vol. 8, nº 1, 1995, pp. 185-192.

KAPELIUK, D., «The Repeat Appointment Factor: Exploring Decision Patterns of Elite Investment Arbitrators», *Cornell L. Rev.*, vol. 96, 2010, pp. 47-90.

KHAN, M.Z., «The appointment of arbitrators by the president of the International court of justice», *Comunicazioni e studi*, vol. 14, 1975, pp. 1021-1042.

KINNEAR, M., «Appointment to Arbitral Tribunals at ICSID», *American Bar Association, Section of International Law, International Arbitration Committee*, vol. 1, nº 1, 2013, pp. 35-38.

LALIVE, P., «De la désignation par un tiers de l'arbitre international», *Mélanges en l'honneur de Wilhelm Schöenberger*, Friburgo, Editions Universitaires, 1968, p. 373-386.

LEAUA, C., «The Applicability of Party Autonomy in the Appointment of Arbitrators», *Czech and Central European Yearbook of Arbitration*, 2012, pp. 133-145.

LINDHOLM, J., *The Court of Arbitration for Sport and Its Jurisprudence: An Empirical Inquiry into Lex Sportiva*, La Haya, T.M.C. Asser Press, 2019.

LLANOS MANSILLA, H., «La Corte Permanente de Arbitraje de La Haya», *Estudios de arbitraje. Libro homenaje al profesor Patricio Aylwin Azócar*, Santiago de Chile, Editora Jurídica de Chile, 2006, pp.

427-450.

MAIR, J., «Equal Treatment of Parties in the Nomination Process of Arbitrators in Multi-Party Arbitration and Consolidated Proceedings», *Austrian Review of International and European Law Online*, vol. 12, n.º 1, 2010, pp. 59-82.

MANTILLA SERRANO, F., «La selección del árbitro en el arbitraje internacional», *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, vol. IX, 1993, pp. 35-46.

MARTINEZ-FRAGA, P.J. y JACK SAMRA, H., «A Defense of Dissents in Investment Arbitration», *The University of Miami Inter-American Law Review*, vol. 43, n.º 3, 2012, pp. 445-479.

MCLAREN, D.E., «Party-Appointed Vs List-Appointed Arbitrators: a Comparison», *J. Int'l Arb.*, vol. 20, n.º 3, 2003, pp. 233-245.

MESTRAL, A. de, «Investor State Arbitration between Developed Democratic Countries», *Second Thoughts: Investor State Arbitration between Developed Democracies* (A. de Mestral, ed.), Ottawa, Centre for International Governance Innovation, 2017, pp. 9 ss.

MILES, W.J., «Practical Issues for Appointment of Arbitrators Lawyer vs Non-Lawyer and Sole Arbitrator vs Panel of Three (or More)», *J. Int'l Arb.*, vol. 20, n.º 3, 2003, pp. 219-232.

MOSK, R.M y Ginsburg, T., «Dissenting Opinions in International Arbitration», *Liber amicorum Bengt Broms*, Helsinki, Finnish Branch of the ILA, 1999, pp. 259-284.

MOURRE, A., «Are unilateral appointments defensible? On Jan Paulsson's moral hazard in international arbitration», *Kluwer Arbitration Blog*, 14 octubre 2010.

NAKAMURA, T., «Appointment of Arbitrators According to the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration», *Int'l Arb. L. Rev.*, vol. 8, n.º 5, 2005, pp. 179-182.

NAPPERT, S. y FLADER, D., «Psychological Factors In The Arbitral Process», *The Art of Advocacy in International Arbitration* (R. Doak Bishop and Edward G. Kehoe, eds.), 2ª ed., Juris Net, 2010.

NEWMARK, C. y HILL, R., «The Appointment of Arbitrators in international Arbitration», *Int'l Arb. L. Rev.*, vol. 7, n.º 3, 2004, pp. 73-80.

ORLOWSKI, V.R. y MASSON, A., «Your Way or the ICC Way: Constituting An Arbitral Tribunal Under the ICC Rules of Arbitration», *American Bar Association, Section of International Law, International Arbitration Committee*, vol. I, n.º 1, 2013, pp. 25-30.

PARK, W.W., «Arbitrator Integrity: The Transient and the Permanent», *San Diego L. Rev.*, vol. 46, 2009, pp. 629-703.

PARTASIDES, C., «The Selection, Appointment and Challenge of Arbitrators», *Vindobona J.*, vol. 5, 2001, pp. 217 ss.

PATOCCHI, P.M. Y NIEDERMAIER, T. «UNCITRAL Rules», *Institutional arbitration* (R.A. Schütze ed.), C.H.Beck-Hart-Nomos, 2013.

PAULSSON, J., «Moral Hazard in International Dispute Resolution», Inaugural Lecture as Holder of the Michael R. Klein Distinguished Scholar Chair University of Miami School of Law, 29 April 2010; *id.*, «Moral Hazard in International Dispute Resolution», *ICSID Review - Foreign Investment L.J.*, vol. 25, n.º 2, 2010, pp. 339-355.

PAULSSON, J., «Shall We Have an Adult Conversation About Legitimacy?», A summary of the keynote address of Jan Paulsson on 2 March 2017 at the Annual Meeting of the CPR Institute at the Biltmore Hotel, Coral Gables [<https://blog.cpradr.org/tag/screened-selection-process-for-party-appointed-arbitrators/>]

PERALES VISCASILLAS, P., «The Role of Arbitral Institutions under the 2010 UNCITRAL Arbitration Rules», *Lima Arbitration*, n.º 6, 2014, pp. 26-76.

PERRY, S., «Party Appointments are the Keystone of Arbitrations says Veeder», *Global Arbitration Review*, 2013.

PORTER, M.E., «How Competitive Forces Shape Strategy», *Harvard Business Rev.*, vol. 57, n.º 2 1979, pp. 137-145.

RAGNWALDH, J., ANDERSSON, F. Y SALINAS QUERO, C.E., *A Guide to the SCC Arbitration Rules*, Kluwer Law International, 2019.

RAO, W., «Are Arbitrators Biased in ICSID Arbitration? A Dynamic Perspective», *International Review of Law and Economics*, junio 2018.

RIGOZZI, A., *L'arbitrage international en matière de sport*, Basilea, Helbing & Lichtenhahn, 2005, pp. 298 ss.

RIOS ÁLVAREZ, R., «Sociedades complejas y arbitraje organizacional», *Estudios de arbitraje. Libro homenaje al profesor Patricio Aylwin Azócar*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2006, p. 100 ss.

ROGERS, C.A., «Regulating International Arbitrators: A Functional Approach to Developing Standards of Conduct», *Stan. J. Int'l L.*, vol. 41, 2005, pp. 53-121.

ROSENBERG, C.B. y ANDRE, O.P., «Selecting party-appointed arbitrators through a screened selection process: the best of both worlds», *Law360*, 28 julio 2015.

RUIZ RISUEÑO, F., «Art. 15. Disposiciones generales», *Comentarios al Reglamento de la Corte Civil y Mercantil de arbitraje (2015)* (F. Ruiz Risueño y J.C. Fernández Rozas, eds.), Madrid, Iprolex, 2016, pp. 187-194.

RUIZ RISUEÑO, F., «Art. 16. Designación, número y constitución», *Comentarios al Reglamento de la*

Corte Civil y Mercantil de arbitraje (2015) (F. Ruiz Risueño y J.C. Fernández Rozas, eds.), Madrid, Iprolex, 2016, pp. 194-208.

SÁNCHEZ POS, M.V., «La constitución del tribunal en el arbitraje con pluralidad de partes», *Arbitraje. Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, vol. VIII, n.º 1, 2015, pp. 97-121.

SOBOTA, L.A., «Repeat Arbitrator Appointments in International Investment Disputes», *Challenges and Recusals of Judges and Arbitrators in International Courts and Tribunals* (C. Giorgetti, ed.), Leiden Brill / Nijhoff, 2015, pp. 293-319.

TARJUELO, J., «Fast Track Procedures: A New Trend in Institutional Arbitration», *Dispute Resolution International*, vol. 11, n.º 2, 2017, pp. 105 ss.

TERCIER, P. y TRAN THANG, N.-H., «Du choc de cultures en arbitrage international», *Festschrift Ahmed Sadek El-Kosheri. From the ArabWorld to the Globalization of International Law and Arbitration*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2015, pp. 175-192.

TUFTE-KRISTENSEN, J., «The Unilateral Appointment of Co-arbitrators», *Arb. Int'l*, vol. 32, n.º 3, 2016, pp. 483-503.

TZENG, P., «Appointing authorities: self-appointment, party appointment and non-appointment», *Legitimacy of unseen actors in international adjudication* (F. Baetens, ed.), Cambridge, Cambridge University Press, 2019, pp. 164-188.

ULUC, I. y SUTTON, K.R., «Without Silence, There Is No Golden Rule; Without Dissent, There Is No Progress», *Oregon Rev. Int'l L.*, vol. 20, 2018, pp. 219-274.

VAN DEN BERG, A.J., «Dissenting Opinions by Party Appointed Arbitrators in Investment Arbitration, *Looking to the Future: Essays on International Law in Honor of W. Michael Reisman* Netherlands, Koninklijke-Brill, 2011, pp. 821-843.

VAN LEEUWEN, M., «Pride and Prejudice in the Debate on Arbitrator Independence», *New Developments in International Commercial Arbitration 2013* (C. Müller y Antonio Rigozzi, eds), Zürich-Basilea-Ginebra, Schulthess, 2013, pp. 1-39.

WALLGREN-LINDHOLM, C., «Ad hoc Arbitration v. Institutional Arbitration», *International Commercial Arbitration: Different Forms and their Features*, Cambridge, Cambridge University Press 2013, pp. 61-81.

WEBSTER, T.H., *Handbook of UNCITRAL Arbitration*, 3ª ed., Londres, Sweet & Maxwell, 2019, 119 ss.

WEILER, L., «Retour sur la liberté de choix des parties à l'épreuve de l'office de l'arbitre», *Les cahiers de l'arbitrage*, 2018, n.º 2, pp. 205-218.

WHITESELL, A.W., «Independence in ICC Arbitration: ICC Court Practice concerning the Appointment, Confirmation, Challenge and Replacement of Arbitrators», *ICC Bull.*, volº 29, 2007,

suplemento especial, pp. 7-41.

WILSON KOH, W.S., «Think Quality Not Quantity: Repeat Appointments and Arbitrator Challenges», *J. Int'l Arb.*, vol. 34, n.º 4, 2017, pp. 711-740.

(1)

J.C. Fernández Rozas, «Nombramiento de árbitros», *Arbitraje comercial internacional. Un estudio de Derecho comparado* (S.A. Sánchez Lorenzo, dir.), Cizur Menor (Navarra), Civitas-Thomson-Reuters, 2020, pp. 469-534.

[Ver Texto](#)

(2) F. Mantilla Serrano, «La selección del árbitro en el arbitraje internacional», *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, vol. IX, 1993, pp. 35-46; J.H. Carter, «The Selection of Arbitrators», *Am. Rev. Int'l Arb.*, vol. 5, 1994, pp. 84 ss; D. Bishop y L. Reed, «Practical Guidelines for Interviewing, Selecting, and Challenging Part-Appointed Arbitration in International Commercial Arbitration», *Arb. Int'l*, vol. 14, 1998, pp. 395-408; S. Nappert y D. Flader, «Psychological Factors In The Arbitral Process», *The Art of Advocacy in International Arbitration* (R. Doak Bishop and Edward G. Kehoe, eds.), 2ª ed., 2010; S.E. Elsing y A. Shchavelev, «The Role of Party-Appointed Arbitrators», *The Powers and Duties of an Arbitrator: Liber Amicorum Pierre A. Karrer* (P. Shaughnessy y S. Tung, eds.), Kluwer Law International, 2017, pp. 75 ss.

[Ver Texto](#)

(3) D. Bishop y L. Reed, «Practical Guidelines for Interviewing...», *loc. cit.*, pp. 395 ss.

[Ver Texto](#)

(4) D.E. McLaren, «Party-Appointed Vs List-Appointed Arbitrators: a Comparison», *J. Int'l Arb.*, vol. 20, n.º 3, 2003, pp. 233-245.

[Ver Texto](#)

(5) G. Aksen, «The Tribunal's Appointment», *Leading arbitrators» guide to international arbitration* Huntington, New York, Juris Publishing, Inc, 2014. pp. 333-342

[Ver Texto](#)

(6) M. D'Silva, «Dealing in Power: Gatekeepers in Arbitrator Appointment in International Commercial Arbitration», *J. Int'l. Disp. Settlement*, vol. 5, n.º 3, 2014, pp. 605-634.

[Ver Texto](#)

(7) W.J. Miles, «Practical Issues for Appointment of Arbitrators Lawyer vs Non-Lawyer and Sole Arbitrator vs Panel of Three (or More)», *J. Int'l Arb.*, vol. 20, n.º 3, 2003, pp. 219-232.

[Ver Texto](#)

- (8) A. Fernández Pérez, *Arbitraje entre la autonomía de la voluntad de las partes y el control judicial*, J.M. Bosch, 2017; J.C. Fernández Rozas, S.A. Sánchez Lorenzo y G. Stampa, *Principios generales del arbitraje*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 38 ss, esp. pp. 6367.

[Ver Texto](#)

- (9) Art. 2.1º Convención de Panamá de 1975 sobre arbitraje comercial internacional.

[Ver Texto](#)

- (10) *Vid., v. gr., U.S. District Court for the Southern District of New York, 7 febrero 1996 (Aviall, Inc. v. Ryder Sys., Inc. (913 F.Supp. 826, 833 (S.D.N.Y. 1996) («when parties have validly contracted to have a particular arbitrator resolve their disputes, federal courts are loath to alter that selection»); Sentencia del Bezirksgericht de Suiza de 26 mayo 1994 (Affoltern am Albis Bezirksgericht) («it is not forbidden to appoint the arbitrator(s) already in the arbitration clause. This is, however, a risky practice»), Yearb. Comm. Arb., 1998, pp. 754-761.*

[Ver Texto](#)

- (11) P. Darling, «Who do you want? Who do you get? Appointing the right arbitrator», *Asian Dispute Rev.*, vol. 12, n.º 1, 2010, pp. 19 - 22.

[Ver Texto](#)

- (12) N.O. Akseli, «Appointment of arbitrators as specified in the agreement to arbitrate», *J. Int'l Arb.*, vol. 20, n.º 3, 2003, pp.247, 254.

[Ver Texto](#)

- (13) Ph. Fouchard, «Les institutions permanentes d'arbitrage devant le juge étatique», *Rev. arb.*, 1987, pp. 225 ss.

[Ver Texto](#)

- (14) Por poner un ejemplo de la práctica seguida en un Centro de arbitraje, durante el período de 2015 a 2019, el Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo nombró alrededor del 70% de todos los árbitros únicos y el 54% de los presidentes. Sin embargo, la mayor parte de los árbitros fueron nombrados por las partes. En concreto, de los 1251 nombramientos, las partes fueron responsables del 62 por ciento, mientras que la Junta del CCE nombró sólo alrededor del 35 por ciento. El hecho de que una mayoría tan significativa de los árbitros sean nombrados por las partes tiene un impacto pronunciado en las estadísticas generales de diversidad, y significa que cualquier iniciativa en orden a la selección de los árbitros deba tener muy presente a las partes para que sea eficaz.

[Ver Texto](#)

- (15) P. Tercier y N.-H. Tran Thang, «Du choc de cultures en arbitrage international», *Festschrift Ahmed*

Sadek El-Kosheri. *From the Arab World to the Globalization of International Law and Arbitration*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2015, pp. 175-192.

[Ver Texto](#)

(16) En el presente estudio prestaremos atención preferente a los siguientes Reglamentos de arbitraje: Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas de Derecho Mercantil Internacional, revisado en 2010 (Regl. UNCITRAL); Reglamento de arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional de modificado en 2021 (Regl. CCI); Reglamento de Arbitraje de la *London Court of International Arbitration*, en vigor a partir de 2014 (Regl. LCIA); Reglamento de Arbitraje del Instituto de arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo, en vigor a partir de 2017 (Regl SCC); Reglamento de la China International Economic and Trade Arbitration Commission, en vigor a partir de 2015 (Regl CIETAC); Reglamento de Arbitraje Comercial de la Japan Commercial Arbitration Association de 2015, modificado en 2019 (Regl. JCCA); Reglamento del Instituto Alemán de Arbitraje de 2018 (Regl. DIS); Reglamento Arbitral Modelo del Club Español del Arbitraje de 2019 (Regl. CEA); Reglamento de la Corte Civil y Mercantil de arbitraje de 2015 (Regl. CIMA); Reglamento del Centro Internacional de Arbitraje de Madrid de 2020 (Reg. CIAM).

[Ver Texto](#)

(17) W.W. Park, «Arbitrator Integrity: The Transient and the Permanent», *San Diego L. Rev.*, vol. 46, 2009, pp. 629-703, esp. p. 633.

[Ver Texto](#)

(18) L. Weiler, «Retour sur la liberté de choix des parties à l'épreuve de l'office de l'arbitre», *Les cahiers de l'arbitrage*, 2018, n.º 2, pp. 205-218.

[Ver Texto](#)

(19) C.A. Rogers, «Regulating International Arbitrators: A Functional Approach to Developing Standards of Conduct», *Stan. J. Int'l L.*, vol. 41, 2005, pp. 53-121, esp. pp. 73-76.

[Ver Texto](#)

(20) C. Partasides, «The Selection, Appointment and Challenge of Arbitrators», *Vindobona J.*, vol. 5, 2001, pp. 217 ss, esp. p. 217. A. Gómez Acebo, *Party-Appointed Arbitrators in International Commercial Arbitration*, Alphen aan den Rijn, Wolters Kluwer, 2016, n.º 3-1; L.F. Guerrero, «Regulamentos arbitrais e nomeação de árbitros», *A Nova Lei da Arbitragem Brasileira. Lei n.º 13.129/2015* (F. Holanda y R. Medina Salla, coords.), São Paulo, IOB SAGE, 2015, pp. 35-55.

[Ver Texto](#)

(21) No es un secreto que las partes tienden a elegir, dentro de los límites de la ley, a árbitros que pueden ser comprensivos o solidarios con su posición en torno al litigio (cf. G. Born, *International Commercial Arbitration*, 2ª ed, vol. II, Wolters Kluwer, 2014, p. 1683).

[Ver Texto](#)

(22)

En el arbitraje de inversiones esta cuestión ofrece una relevancia de tal naturaleza que la selección y el papel de los árbitros ha sido objeto de especial preocupación desde un primer momento en las discusiones del Grupo de Trabajo III de la UNCITRAL [vid. «Selección y nombramiento de los miembros de los tribunales que entienden en casos de solución de controversias entre inversionistas y Estados» (A/CN.9/WG.III/WP.203, 16 noviembre 2020)]. No puede negarse que la tendencia de la Unión Europea de sustituir o compatibilizar el arbitraje de inversiones por un sistema judicial de solución de controversias entre inversores y Estados específico es el resultado directo de esta preocupación. Vid. W. Rao, «Are Arbitrators Biased in ICSID Arbitration? A Dynamic Perspective», *International Review of Law and Economics*, junio 2018.

[Ver Texto](#)

(23) J. Paulsson, «Moral Hazard in International Dispute Resolution», Inaugural Lecture as Holder of the Michael R. Klein Distinguished Scholar Chair University of Miami School of Law, 29 April 2010; *id.*, «Moral Hazard in International Dispute Resolution», *ICSID Review - Foreign Investment L.J.*, vol. 25, n.º 2, 2010, pp. 339-355. Para este autor, cuando hay designaciones unilaterales «*Disputants tend to be interested in one thing only: winning. They exercise their right of unilateral appointment, like everything else, with that overriding objective in view. The result is speculation about ways and means to shape a favourable tribunal, or at least to avoid a tribunal favourable to the other side - which is logically assumed to be speculating with the same fervour, and toward the same end. Forgotten is the search for an arbitrator trusted by both sides*». Vid., del mismo autor, *The Idea of Arbitration*, Oxford University Press, 2013, pp. 163 ss.

[Ver Texto](#)

(24) A. Mourre, «Are unilateral appointments defensible? On Jan Paulsson's moral hazard in international arbitration», *Kluwer Arbitration Blog*, 14 octubre 2010. Considera el presidente de la CCI que, en realidad, muchos usuarios del arbitraje se sienten seguros por el método estándar de los árbitros designados por las partes, ya que les proporciona una sensación de proximidad al proceso arbitral y de que mantienen cierto grado de «control» sobre el arbitraje.

[Ver Texto](#)

(25) Dentro de la extensa literatura sobre esta polémica cabe referirse al trabajo de síntesis de J. Tufte-Kristensen, «The Unilateral Appointment of Co-arbitrators», *Arb. Int'l*, vol. 32, n.º 3, 2016, pp. 483-503.

[Ver Texto](#)

(26) J.-P. Grandjean y C. Fouchard, «Le choix de l'arbitre: de la théorie à la pratique», *Cahiers de droit de l'entreprise*, n.º 4, 2012, pp. 33-39, esp. p. 35.

[Ver Texto](#)

(27) A.J. van den Berg, «Dissenting Opinions by Party Appointed Arbitrators in Investment Arbitration, *Looking to the Future: Essays on International Law in Honor of W. Michael Reisman* Netherlands, Koninklijke-Brill, 2011, pp. 821-843. A través de un estudio empírico este autor puso de relieve que abrumadoramente los árbitros designados por una parte, en caso de disidencia, lo hacen en favor de la parte que los designó.

[Ver Texto](#)

(28) C.N. Brower y C.B. Rosenberg, «The Death of the Two-Headed Nightingale: Why the Paulsson-van den Berg Presumption that Party-Appointed Arbitrators are Untrustworthy is Wrongheaded», *Arb. Int'l*, vol. 29, n.º 1, 2013, pp. 7-44.

[Ver Texto](#)

(29) S. Perry, «Party Appointments are the Keystone of Arbitrations says Veeder», *Global Arbitration Review*, 2013; M. Van Leeuwen, «Pride and Prejudice in the Debate on Arbitrator Independence», *New Developments in International Commercial Arbitration 2013* (C. Müller y Antonio Rigozzi, eds.), Zúrich - Basilea-Ginebra, Schulthess, 2013, pp. 1-39.

[Ver Texto](#)

(30) J.C. Fernández Rozas, «Clearer Ethics Guidelines and Comparative Standards for Arbitrators», *Liber Amicorum Bernardo Cremades*, Madrid, La Ley, 2010, pp. 413-449.

[Ver Texto](#)

(31) P.J. Martinez-Fraga y H. Jack Samra, «A Defense of Dissents in Investment Arbitration», *The University of Miami Inter-American Law Review*, vol. 43, n.º 3, 2012, pp. 445-479; I. Uluc y K.R. Sutton, «Without Silence, There Is No Golden Rule; Without Dissent, There Is No Progress», *Oregon Rev. Int'l L.*, vol. 20, 2018, pp. 219-274.

[Ver Texto](#)

(32) Son muchas las críticas enfrentadas a las opiniones discrepantes por ser susceptibles de violar el secreto de las deliberaciones, por poner en peligro la legitimidad del proceso arbitral, al acentuar la conexión entre las partes y sus árbitros designados, por debilitar la legitimidad de la opinión mayoritaria, obstaculizando la ejecución y el reconocimiento del laudo, por prolongar los procedimientos arbitrales y por aumentar los costos. Pero estos argumentos plantean preocupaciones legítimas y también es innegable que las opiniones disidentes, para bien o para mal, están «*here to stay*» (*ibid.*, p. 273). Vid. R.M. Mosk y T. Ginsburg, «Dissenting Opinions in International Arbitration», *Liber amicorum Bengt Broms*, Helsinki, Finnish Branch of the ILA, 1999, pp. 259-284.

[Ver Texto](#)

(33) Se contempla así la figura de un árbitro como «*someone with the maximum predisposition towards my client, but with the minimum appearance of bias*». Cf. M. Hunter, «Ethics of the International Arbitrator», *Arbitration*, vol. 53, 1987, pp. 219 ss, esp. p. 223.

[Ver Texto](#)

(34) V.R. Orłowski y A. Masson, «Your Way or the ICC Way: Constituting An Arbitral Tribunal Under the ICC Rules of Arbitration», *American Bar Association, Section of International Law, International Arbitration Committee*, vol. I, n.º 1, 2013, pp. 25-30.

Ver Texto

(35) A. Winstanley, «Arbitral Appointments at the LCIA», *ibíd.*, pp. 31-34.

Ver Texto

(36) C.E. Salinas Quero, «Appointment of arbitrators under the SCC Rules», *ibíd.*, pp. 53-57.

Ver Texto

(37) C. Leaua, «The Applicability of Party Autonomy in the Appointment of Arbitrators», *Czech and Central European Yearbook of Arbitration*, 2012, pp. 133-145, esp. pp. 135-139.

Ver Texto

(38) A. Fernández Pérez, «Ámbito de la cognición en la designación judicial de árbitros», *El arbitraje y la buena administración de la justicia. Libro conmemorativo del XXX Aniversario de la Corte Civil y Mercantil de arbitraje* (F. Ruíz Risueño y J.C. Fernández Rozas, coords.), Madrid, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019, pp. 467-492.

Ver Texto

(39) J.C. Fernández Rozas, «El arbitraje internacional y sus dualidades», *Anuario Argentino de Derecho Internacional*, vol. XV, 2006, pp. 1-24

Ver Texto

(40) C. Wallgren-Lindholm, «Ad hoc Arbitration v. Institutional Arbitration», *International Commercial Arbitration: Different Forms and their Features*, Cambridge, Cambridge University Press 2013, pp. 61-81.

Ver Texto

(41) Por poner un ejemplo de la práctica seguida en un Centro de arbitraje, durante el período de 2015 a 2019, el Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo nombró alrededor del 70% de todos los árbitros únicos y el 54% de los presidentes. Sin embargo, la mayor parte de los árbitros fueron nombrados por las partes. En concreto, de los 1251 nombramientos, las partes fueron responsables del 62 por ciento, mientras que la Junta del CCE nombró sólo alrededor del 35 por ciento. El hecho de que una mayoría tan significativa de los árbitros sean nombrados por las partes posee un impacto pronunciado en las estadísticas generales de diversidad, y significa que cualquier iniciativa en orden a la selección de los árbitros deba tener muy presente a las partes para que sea eficaz (SCC Review — Diversity in Arbitrator Appointments, 2015-2019, p. 6 [https://sccinstitute.com/media/1792483/rapport_diversity-7.pdf]])

Ver Texto

(42) D.J. Hushka, «How Nice to See You Again: The Repetitive Use of Arbitrators and the Risk of Evident Partiality», *Yearb. Arb. & Med.*, vol. 5, 2013, pp. 335-340. Las Directrices de la IBA de 2014 sobre conflictos de intereses identifican expresamente los nombramientos repetidos como una circunstancia

de la Lista Naranja que proporciona posibles motivos de recusación, pero esta determinación no resulta del agrado de la totalidad del colectivo arbitral. *Vid.* W.S. Wilson Koh, «Think Quality Not Quantity: Repeat Appointments and Arbitrator Challenges», *J. Int'l Arb.*, vol. 34, n.º 4, 2017, pp. 711-740. No puede negarse que la repetición de los nombramientos árbitros ejerce un efecto significativo en el conjunto de árbitros designados por un Centro de arbitraje la diversidad de árbitros,

Ver Texto

(43) P. Tzeng, «Appointing authorities: self-appointment, party appointment and non-appointment», *Legitimacy of unseen actors in international adjudication* (F. Baetens, ed.), Cambridge, Cambridge University Press, 2019, pp. 164-188.

Ver Texto

(44) M.Z. Khan, «The appointment of arbitrators by the president of the International court of justice», *Comunicazioni e studi*, vol. 14, 1975, pp. 1021-1042.

Ver Texto

(45) Las estadísticas del Centro de Arbitraje de México son elocuentes a este respecto. A 31 de diciembre de 2005 el 38% de los árbitros había sido nombrado por las partes y el 62% por el propio Centro [<http://www.camex.com.mx/estadisticas.htm>].

Ver Texto

(46) *Motoren, Turbinen- und Pumpen A.G. MTP contre Ministère de la Guerre de la R.A.u. et Egyptian General Aero Organisation*, 12 septembre 1967, RO, 93. I 345, J.T., 1967. I. 585. *Vid.* P. Lalive, «De la désignation par un tiers de l'arbitre international», *Mélanges en l'honneur de Wilhelm Schöenberger*, Friburgo, Editions Universitaires, 1968, p. 373 -386.

Ver Texto

(47) El Reglamento de Arbitraje de la UNCITRAL asigna seis funciones principales a la autoridad nominadora: a) nombrar a los árbitros; b) decidir sobre la recusación de árbitros; c) sustituir a árbitros; d) prestar asistencia en la determinación de los honorarios de los árbitros; e) participar en el mecanismo de revisión de los gastos y honorarios; y f) asesorar en relación con la cuantía de los depósitos que deban efectuarse.

Ver Texto

(48) T.H. Webster, *Handbook of UNCITRAL Arbitration*, 3ª ed., Londres, Sweet & Maxwell, 2019, 119 ss.

Ver Texto

(49) SAP Madrid 14ª 19 abril 2007: «el hecho de que las partes encomienden el nombramiento de árbitros a una persona jurídica tampoco implica, por sí solo, que el arbitraje sea institucional, máxime cuando esa persona jurídica puede carecer de la condición de institución arbitral por no tener reglamentación» (Cendoj: 28079370142007200074).

[Ver Texto](#)

(50) S. Grimmer, «The Expanded Role of the Appointing Authority under the UNCITRAL Arbitration Rules 2010», *J. Int'l Arb.*, vol. 28, n.º 5, 2011, pp. 501-517.

[Ver Texto](#)

(51) «Recomendaciones para ayudar a las instituciones arbitrales y otros órganos interesados en relación con los arbitrajes sometidos al Reglamento de Arbitraje de la Cnudmi aprobado por la Comisión en el 15º Periodo de Sesiones», *Anuario Cnudmi*, vol. XIII, 1982, p. 427.

[Ver Texto](#)

(52) P. Perales Viscasillas, «The Role of Arbitral Institutions under the 2010 UNCITRAL Arbitration Rules», *Lima Arbitration*, n.º 6, 2014, pp. 26-76, esp. p. 44.

[Ver Texto](#)

(53) *Ibíd.*, p. 46 .

[Ver Texto](#)

(54) M.E. Porter, «How Competitive Forces Shape Strategy», *Harvard Business Rev.*, vol. 57, n.º 2, 1979, pp. 137-145.

[Ver Texto](#)

(55) J.C. Fernández Rozas, «Internacionalismo versus mercatorismo en la especialización del arbitraje internacional », *Arbitraje. Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, vol. V, n.º 1, 2012, pp. 37-90, esp. pp. 42-44

[Ver Texto](#)

(56) H. Jonkman, «The Role of the Secretary-General of the Permanent Court of Arbitration Under the UNCITRAL Arbitration Rules», *Leiden J. Int'l L.*, vol. 8, n.º 1, 1995, pp. 185-192; M. Indlekofer, *International Arbitration and the Permanent Court of Arbitration*, Alphen aan den Rijn, Wolters Kluwer 2013.

[Ver Texto](#)

(57) *Vid.* un examen pormenorizado en P.M. Patocchi y T. Niedermaier, «UNCITRAL Rules», *Institutional arbitration* (R.A. Schütze ed.), C.H.Beck-Hart-Nomos, 2013.

[Ver Texto](#)

(58) En los últimos tiempos, el Secretario General de la CPA ha recibido más de 750 solicitudes para designar una autoridad nominadora o actuar como autoridad nominadora. En el período comprendido entre 2005 y 2018, el 90% de todas las solicitudes involucraron el nombramiento de un árbitro y, de estas, el 24% involucró el nombramiento de un árbitro único. Concretamente, el Secretario General de la CPA

recibió más de 65 solicitudes para designar una autoridad nominadora para el nombramiento de un árbitro único, y más de 30 solicitudes para nombrar un árbitro único. El Secretario General de la CPA procedió a nombrar un árbitro único en 21 casos. Todas las solicitudes que implican el nombramiento de un árbitro único surgieron bajo contratos entre diferentes combinaciones de Estados, entidades estatales, organizaciones internacionales y partes privadas (UNCITRAL, «Settlement of commercial disputes. Submission by the Permanent Court of Arbitration», Working Group II (Dispute Settlement), Seventieth session Vienna, 23-27 September 2019 (A/CN.9/WG.II/WP.210). *Vid.* T. Nakamura, «Appointment of Arbitrators According to the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration», *Int'l Arb. L. Rev.*, vol. 8, n.º 5, 2005, pp. 179-182.

[Ver Texto](#)

(59) M.O. Hudson, «The Permanent Court of Arbitration», *Am. J. Int'l L.*, vol. 27, 1943, pp. 3-41; H. Llanos Mansilla, «La Corte Permanente de Arbitraje de La Haya», *Estudios de arbitraje. Libro homenaje al profesor Patricio Aylwin Azócar*, Santiago de Chile, Editora Jurídica de Chile, 2006, pp. 427-450; J.C. Fernández Rozas, «Internacionalismo versus mercatorismo en la especialización del arbitraje internacional», *loc. cit.*, pp. 40-41; M. Eynard, *La Cour permanente d'arbitrage: vers une reconquête de sa place originelle?*, Sant -Denis, Connaissances et Svoirs, 2016.

[Ver Texto](#)

(60) M.D. Boisseson, «La constitution du tribunal arbitral dans l'arbitrage institutionnel», *Rev. arb.*, 1990, pp. 337 ss.

[Ver Texto](#)

(61) J.C. Fernández Rozas, «Nombramiento de árbitros», *loc. cit.*, pp. 481-487.

[Ver Texto](#)

(62) D. Gaukrodger, *Appointing Authorities and the Selection of Arbitrators in Investor-State Dispute Settlement: An Overview*, París, OCDE, 2018, p. 12.

[Ver Texto](#)

(63) Desde la perspectiva del arbitraje de inversiones *vid.* A. de Mestral, «Investor State Arbitration between Developed Democratic Countries», *Second Thoughts: Investor State Arbitration between Developed Democracies* (A. de Mestral, ed.), Ottawa, Centre for International Governance Innovation, 2017, pp. 9 ss.

[Ver Texto](#)

(64) S.R. Bond, «The International Arbitrator: From the Perspective of the ICC International Court of Arbitration», *Nw. J. Int'l L. & Bus.*, vol. 12, n.º 1, 1991-1992, pp. 1-23; D. Hascher «ICC practice in relation to the appointment, confirmation, challenge and replacement of arbitrators», *The ICC International Court of Arbitration Bulletin*, vol. 6, n.º 2, 1995, pp. 4-18; A.W. Whitesell, «Independence in ICC Arbitration: ICC Court Practice concerning the Appointment, Confirmation, Challenge and Replacement of Arbitrators», *ICC Bull.*, volº 29, 2007, suplemento especial, pp. 7-41.

Ver Texto

(65) D. Hascher, «ICC Practice in Relation to the Appointment...», *loc. cit.*, pp. 4 ss; M.A. Calvo, «The Challenge of ICC Arbitrators: Theory and Practice», *J. Int'l. Arb.*, vol. 15, n.º 4, pp. 63 ss.

Ver Texto

(66) *Vid.* «Nota a los Comités Nacionales y los grupos de la CCI sobre la propuesta de árbitros», 1 julio 2018 [<https://cms.iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2016/11/Note-to-National-Committees-and-Groups-of-the-ICC-on-the-Proposal-of-Arbitrators-SPANISH-1.pdf>].

Ver Texto

(67) New York City Bar Arbitration Committee. Subcommittee on arbitrator appointment procedures, «Arbitrator appointment procedures of arbitral institutions in commercial arbitrations», abril, 2018, pp. 21-34 [https://s3.amazonaws.com/documents.nycbar.org/files/2017366-Arbitrator_Appointment_Procedures_Commercial.pdf].

Ver Texto

(68) *Vid.* capítulo 4 («Composition of the Tribunal Arbitral») del libro J. Ragnwaldh, F. Andersson y C.E. Salinas Quero, *A Guide to the SCC Arbitration Rules*, Kluwer Law International, 2019.

Ver Texto

(69) Art. 7 Regl. UNCITRAL. T.H. Webster, *Handbook of UNCITRAL ...*, *op. cit.*, 142 ss.

Ver Texto

(70) Art. 12.1º y 2º Regl. CCI.

Ver Texto

(71) Art. 26 Regl. JCCA.

Ver Texto

(72) Art. 10.1º y 2º Regl. DIS. De acuerdo a las §§ 1034.1 y 1035.1º del *Zivilprozessordnung* alemán, las partes pueden acordar libremente el número de árbitros, sus calificaciones y el procedimiento para su nombramiento. En ausencia de un acuerdo entre las partes, el número de árbitros es tres. Las referidas Reglas DIS ofrecen flexibilidad adicional a este respecto, lo cual puede ser crucial en litigios de bajo coste, complejidad moderada o cuando una de las partes se niega a cooperar.

Ver Texto

(73) N.ºs 11.1 a 11.2 Regl. CEA.

Ver Texto

(74) Art. 11.1º y 2º Regl CIAM.

[Ver Texto](#)

(75)
Art. 26 Regl CIETAC.

[Ver Texto](#)

(76) Art. 8 Regl. UNCITRAL. T.H. Webster, *Handbook of UNCITRAL ...*, *op. cit.*, 145 ss.

[Ver Texto](#)

(77) Art. 12.3º Regl. CCI.

[Ver Texto](#)

(78) Art. 17.3º Regl. SCC.

[Ver Texto](#)

(79) Arts. 11, 13.2º y 3º Regl DIS.

[Ver Texto](#)

(80) Art. 27 Regl. JCAA.

[Ver Texto](#)

(81) N°s 12.1 a 12.4 Regl. CEA

[Ver Texto](#)

(82) Art. 9 Regl UNCITRAL. T.H. Webster, *Handbook of UNCITRAL ...*, *op. cit.*, 151 ss.

[Ver Texto](#)

(83) Art. 11.3º y 4º Regl CIAM.

[Ver Texto](#)

(84)
M.V. Sánchez Pos, «La constitución del tribunal en el arbitraje con pluralidad de partes», *Arbitraje. Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, vol. VIII, n.º 1, 2015, pp. 97-121.

[Ver Texto](#)

(85) Francia: Sentencia Cour de cassation 7 enero 1992 (*BKMI Industrienlagen GmbH and Siemens AG v Dutco Construction*, *Rev. arb.*, 1992, pp. 470-472).

Ver Texto

(86)

Th. Bevilacqua y R. Ugarte, «Ensuring Party Equality in the Process of Designating Arbitrators in Multiparty Arbitration: An Update on the Governing Provisions», *J. Int'l Arb.*, vol. 27, n.º 1, 2010, pp. 9-49.

Ver Texto

(87) Art. 10 Regl. UNCITRAL.

Ver Texto

(88) J. Mair, «Equal Treatment of Parties in the Nomination Process of Arbitrators in Multi-Party Arbitration and Consolidated Proceedings», *Austrian Review of International and European Law Online*, vol. 12, n.º 1, 2010, pp. 59-82. La Corte Internacional de Arbitraje de la CCI, creó un grupo de trabajo consiguió delimitar los ámbitos en los que se plantean los problemas específicos del arbitraje con pluralidad de partes, ofreciendo soluciones puntuales (cf. «Final Report on Multi-Party Arbitrations», [https://library.iccwbo.org/content/dr/COMMISSION_REPORTS/CR_0007.htm?l1=Commission+Reports]).

Ver Texto

(89) N.ºs 18.1.º a 18.3.º Regl. CEA.

Ver Texto

(90) J. Tarjuelo, «Fast Track Procedures: A New Trend in Institutional Arbitration», *Dispute Resolution International*, vol. 11, n.º 2, 2017, pp. 105 ss; R. Alvéz, «Fast-track arbitration: back to basics?», *40 under 40 international arbitration* (C. González-Bueno, ed.), Madrid, Dykinson, 2018, pp. 179-188.

Ver Texto

(91)

V.gr., Regla 75.2.2, en el cap. VI del Reglamento de Arbitraje Comercial de la *Japan Commercial Arbitration Association* de 2015, modificado en 2019.

Ver Texto

(92) De acuerdo con la «Nota a los Comités Nacionales...», *loc. cit.*, en su párrafo 29: «La CCI no cuenta con una lista de árbitros. Los Comités y los Grupos podrán mantener listas no oficiales de árbitros para su propio trabajo interno. En tal caso, los Comités y los Grupos no deben limitar sus propuestas a dichas listas. Estas listas y sus actualizaciones, cuando existan, deberían comunicarse a la Secretaría a efectos informativos al menos una vez al año».

Ver Texto

(93) C. Newmark y R. Hill, «The Appointment of Arbitrators in international Arbitration», *Int'l Arb. L. Rev.*, vol. 7, n.º 3, 2004, pp. 73-80.

Ver Texto

(94) El ap. 55 del Código de Conducta del Club Español del Arbitraje detalla que si el Centro administrador decide insertar una lista, ésta deberá atenerse a las siguientes características: a) será pública, abierta y no vinculante y se revisará anualmente; b) los criterios de inclusión serán públicos y objetivos; c) ninguna persona que reúna los criterios establecidos podrá ser rechazada por cuestiones ajenas a su experiencia, cualificación técnica o profesional o probidad; d) las decisiones de aceptación o rechazo serán adoptadas por la Corte y las de rechazo deberán ser motivadas.

Ver Texto

(95) R. Rios Álvarez, «Sociedades complejas y arbitraje organizacional», *Estudios de arbitraje. Libro homenaje al profesor Patricio Aylwin Azócar*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2006, p. 100.

Ver Texto

(96) Tras una larga tradición en estos menesteres la AAA ofrece una herramienta de búsqueda en línea llamada Plataforma de búsqueda de árbitros a las partes en ciertos casos, que permite a una parte en un caso AAA existente buscar en su lista de acuerdo con los criterios identificados. Más de 500 de los panelistas de AAA han grabado breves videos que hablan sobre su mayor área de especialización, métodos para racionalizar el arbitraje, su filosofía sobre el descubrimiento en el arbitraje y su carrera fuera de ADR. Los enlaces a los videos aparecen en los currículums de los árbitros y en la Plataforma de búsqueda de árbitros. *Vid.* «The AAA National Roster of Arbitrators and Mediators: Expertise Matters» [<https://adr.org/aaa-panel>].

Ver Texto

(97) Ap. 54 Código de Buenas Prácticas del Club Español del Arbitraje, 2019.

Ver Texto

(98) H. Ben Abdallah, «Le TAS et l'ordre juridique sportif», *Sport et Droit International. Aspects choisis* (F. Latty, J.-M. Marmayou y J.-B. Racine, dirs.), Aix-Marseille, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2016, pp. 261-289; J.J. Álvarez Rubio, «Extensión y límites de la especificidad del deporte: arbitraje deportivo (TAS), normas FIFA sobre TPO y Derecho europeo», *Arbitraje. Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, vol. XI, n.º 3, 2018, pp. 703-734; J. Lindholm, *The Court of Arbitration for Sport and Its Jurisprudence : An Empirical Inquiry into Lex Sportiva*, La Haya T.M.C. Asser Press, 2019.

Ver Texto

(99) A. Rigozzi, *L'arbitrage international en matière de sport*, Basilea, Helbing & Lichtenhahn, 2005, pp. 298 ss.

Ver Texto

(100) Según el art. 10 de los Estatutos CIMA, «... para adquirir la condición de asociado será necesario que el interesado lo solicite a la Corte mediante escrito dirigido a su Presidente, en el que justificará que concurren en él las circunstancias de los arts. 10 y 11, según los casos. El Presidente someterá la

petición a la Comisión de Gobierno, que decidirá sobre la misma motivadamente... teniendo en cuenta el número de árbitros de la Corte y su relación con el número de asuntos a laudar en el tiempo».

Ver Texto

⁽¹⁰¹⁾F. Ruiz Risueño, «Art. 15. Disposiciones generales», *Comentarios al Reglamento de la Corte Civil y Mercantil de arbitraje (2015)* (F. Ruiz Risueño y J.C. Fernández Rozas, eds.), Madrid, Iprolex, 2016, pp. 187-194.

Ver Texto

⁽¹⁰²⁾F. Ruiz Risueño, «Art. 16. Designación, número y constitución», *Comentarios al Reglamento de la Corte Civil y Mercantil...*, *op. cit.*, pp. 194-208.

Ver Texto

⁽¹⁰³⁾J. Paulsson, «Shall We Have an Adult Conversation About Legitimacy?», A summary of the keynote address of Jan Paulsson on 2 March 2017 at the Annual Meeting of the CPR Institute at the Biltmore Hotel, Coral Gables [<https://blog.cpradr.org/tag/screened-selection-process-for-party-appointed-arbitrators/>]

Ver Texto

⁽¹⁰⁴⁾C.B. Rosenberg y O.P. Andre, «Selecting party-appointed arbitrators through a screened selection process: the best of both worlds», *Law360*, 28 julio 2015.

Ver Texto

⁽¹⁰⁵⁾Obtuvo el GAR Awards 2016: innovation by an individual or organisation [<https://globalarbitrationreview.com/gar-awards-2016-innovation-individual-or-organisation/>]

Ver Texto

⁽¹⁰⁶⁾Cf. L.A. Sobota, «Repeat Arbitrator Appointments in International Investment Disputes», *Challenges and Recusals of Judges and Arbitrators in International Courts and Tribunals* (C. Giorgetti, ed.), Leiden Brill / Nijhoff, 2015, pp. 293-319, esp. pp. 203-294. Vid. D. Kapeliuk, «The Repeat Appointment Factor: Exploring Decision Patterns of Elite Investment Arbitrators», *Cornell L. Rev.*, vol. 96, 2010, pp. 47-90.

Ver Texto

⁽¹⁰⁷⁾M.N. Cleis, *The independence and impartiality of ICSID arbitrators: current case law, alternative approaches, and improvement suggestions*, Brill-Nijhoff, 2017.

Ver Texto

⁽¹⁰⁸⁾C. Giorgetti, *The Selection and Removal of Arbitrators in Investor-State Dispute Settlement*, Leiden, Brill, 2019; J. Fouret, R. Gerbay y G. M. Alvarez (eds.), *The ICSID Convention, Regulations and Rules. A Practical Commentary*, Elgar Commentaries series, 2019, pp. 978 ss.

Ver Texto

(109)M. Kinneer, «Appointment to Arbitral Tribunals at ICSID», *American Bar Association, Section of International Law, International Arbitration Committee, loc. cit.*, pp. 35-38.

Ver Texto

(110)El CIADI ha preparado en enero de 2018 una nota para los Estados Miembros acerca de las designaciones a las Listas de Árbitros y Conciliadores, que incluye consideraciones para identificar candidatos, requisitos y calificaciones deseadas, así como detalles sobre el proceso de designación a las listas.

Ver Texto

(111)Selección y nombramiento de los Miembros del Tribunal — Arbitraje en virtud del Convenio del CIADI [<https://icsid.worldbank.org/es/servicios/arbitraje/convenio/proceso/selecci%C3%B3n>].

Ver Texto

(112)Hasta el año 2018, el 84% de los árbitros de tribunales del CIADI han sido nombrados por las partes o por los árbitros nombrados por estas. El 16% restante de los nombramientos los ha decidido el CIADI basándose en un acuerdo entre las partes o en las normas supletorias aplicables. Un total de 1.868 nombramientos han sido decididos por las partes o por los árbitros designados por estas, y por el CIADI, incluidos el Secretario General y el Presidente del Consejo de Administración. El Presidente ha nombrado a 249 árbitros (el 13%), en algunos casos tras haberse puesto de acuerdo las partes en pedirle que designara un árbitro (UNCITRAL, «Posible reforma del sistema de solución de controversias entre inversionistas y Estados», A/CN.9/WG.III/WP.146, 19 febrero 2018, p. 4).

Ver Texto

(113)Selección y nombramiento de los Miembros del Tribunal, *cit.*.

Ver Texto

(114)*Ibid.*

Ver Texto

(115)En los últimos 48 años, el 98% de los tribunales del CIADI se han compuesto de tres personas, y el 2%, de un árbitro único (*ibíd.*).

Ver Texto

(116)Selección y nombramiento de los Miembros del Tribunal, *cit.*

Ver Texto

El arbitraje obligatorio y la reanudación de la actividad laboral en el derecho fundamental a la huelga

Compulsory arbitration and the resumption of work in the fundamental right to strike

Tratamos, desde una perspectiva eminentemente jurídica, un instrumento jurídico excepcional que tiende hacia su normalización en el caso de conflictos colectivos y que atiende a las consecuencias, posiciones de las partes y el perjuicio grave de la economía nacional: el arbitraje obligatorio en el derecho fundamental a la huelga. Medida de fuerte intervencionismo estatal muy criticada doctrinalmente en razón de la indeterminación de los motivos que la propia normativa establece para su uso.

Arbitraje, Obligatorio, Huelga, Derecho fundamental.

From a legal point of view, we treat an exceptional legal resource that tends to its normalisation in the case of collective disputes and that attends to the consequences, positions of the parties and the serious damage of the national economy: the compulsory arbitration in the fundamental right to strike. Strong measure of state interventionism that has been very criticised by the doctrine due to the indeterminacy of the reasons that the own regulation establishes for its use.

Arbitration, Compulsory, Strike, Fundamental right.



José Luis Monereo Pérez

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Presidente de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social (AESSS). Universidad de Granada



Pompeyo Gabriel Ortega Lozano

Profesor Ayudante Doctor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada

«El mudado espíritu de la formación jurídica tiene que traducirse en una transformación de su estructura»
(Gustav Radbruch) (1) .

I. PREFACIO ACERCA DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA HUELGA

La huelga es uno de los medios legítimos fundamentales de que disponen los trabajadores y sus organizaciones para la promoción y defensa de sus intereses económicos y sociales. En una perspectiva de conjunto se puede definir como una perturbación del proceso productivo concertada colectivamente como medida de presión para la defensa de intereses colectivos o generales de los trabajadores (2) .

La huelga (al igual que la representación o negociación colectiva) es una de las piezas de una maquinaria institucional que termina transformando relaciones de fuerza en relaciones de derecho (3) . No obstante, también es cierto que la huelga está mutando de medida de presión a acontecimiento mediático, para cuyo éxito resulta más relevante el propio impacto que pueda desplegar en los medios de comunicación y en la población que la efectiva repercusión sobre la esfera de producción y servicios (4) . La reducción de la duración de las huelgas junto al elevado porcentaje de supuestos en los que las mismas finalizan sin acuerdo, son indicios suficientes y claros de la mutación evidente de la huelga hacia un plano de mera exhibición de disenso frente a las decisiones empresariales, sin capacidad efectiva para incidir en las mismas (5) . En suma, la huelga ha dejado de ser auténtica medida de presión con la finalidad de desorganización real de la producción para convertirse en una suerte de ritual con la que los trabajadores expresan su disconformidad con las decisiones patronales (6) . Es un nivelador del poder de negociación de los trabajadores (7) .

En ello ha influido el cambio en la «cultura sindical» en respuesta, sin duda, al contexto de la crisis económica estructural y al impacto de las transformaciones del sistema político. La redefinición del proceso de institucionalización y «normalización» del fenómeno huelguístico se podría resumir —a riesgo de incurrir en una simplicidad quizás excesiva, pero expresiva de lo que se quiere indicar— poniendo de manifiesto que las huelgas tienden a configurarse como un movimiento colectivo que no cuestiona las reglas de juego del sistema de relaciones laborales, aunque trate de reformularlas continuamente y fundar otras nuevas. En este cuadro la pretensión del sindicalismo organizado parece dirigirse a garantizar un espacio más incisivo para la gestión del sistema de relaciones laborales. Esto sitúa la lógica de la acción huelguista en el marco mediado de los procesos de intervención sociopolítica del sindicato, en las fórmulas conocidas de integración político-institucional. La huelga está orientada hacia los objetivos más generales a perseguir, incluidas estrategias de «enfriamiento» y «procedimentalización» de los conflictos. Así, la actividad del sindicato asume connotaciones políticas cada vez más relevantes (8) . Pero el contexto económico continúa siendo inestable y el dilema para el sindicato es que se ha desvanecido en buena parte la base redistributiva de la concertación política, y se arriesga a que se sigan abriendo nuevos espacios de maniobra empresarial (v.gr., la gestión individualista de las relaciones industriales en la empresa es claro) y a un progresivo distanciamiento de la base originando una situación ciertamente inquietante. El sistema de relaciones industriales en nuestro país está lejos de haber encontrado un

nuevo equilibrio. El modelo de conflictividad seguirá estando presidido por notables tensiones, derivadas tanto de la situación objetiva de precarización laboral como por el problema organizativo que plantea una relativa crisis de representatividad del sindicato (más ahora con la situación de crisis sanitaria). Es la tensión persistente entre «lo viejo» y «lo nuevo» que preside las transformaciones de las sociedades del mundo desarrollado. Es la pervivencia de la dialéctica intrínseca de los procesos de control sobre las relaciones de trabajo: conflicto y pacto son dos aspectos contradictorios pero ineludibles de las relaciones industriales.

Ahora bien, si como se ha comprobado, todos estos hechos vienen a proyectar la idea de que el derecho (elemento de ese marco institucional del que se viene hablando) es dependiente de estos fenómenos, será oportuno también hacer notar que el sistema jurídico de regulación de la conflictividad y de encauzamiento de sus formas de expresión es igualmente una variable en sí misma del contexto. El derecho puede contribuir, según la elección de política jurídica que se adopte, a amortiguar o incluso a agudizar las formas más «ingobernables» de manifestación de la conflictividad: un conflicto industrial no regulado o no adecuadamente institucionalizado puede acabar creando cauces de expresión alternativos al sistema jurídico reconocido; es decir, puede, de un modo u otro, «escapar» a toda técnica de control social que es justamente, como se sabe, la función típica del derecho (sea estatal o sea procedente de la autonomía privada) (9). Esto indica que los esfuerzos por suprimir manifestaciones específicas del conflicto, sin eliminar las causas subyacentes de malestar, normalmente comporta una desviación del desorden por otros canales informales (es decir, no institucionalizados) (10).

Por ello, se comprende que la conflictividad y sus formas de expresión no es más que el presupuesto del funcionamiento del sistema de relaciones industriales, que en su aspecto institucional es también la respuesta al conflicto del que la huelga constituye, como se dijo, la forma más evidente y principal de exteriorización. Pero también permite comprender que una regulación jurídica de la huelga no es un elemento decisivo para la contención de la conflictividad industrial. Esta depende, además, y, sobre todo, francamente, de otras variables de distinta naturaleza, empezando por los condicionamientos socioeconómicos y llegando a alcanzar a la ordenación misma de las reglas de juego imperantes en el sistema de relaciones laborales. Pero aun siendo relativamente modesto el papel del derecho, no puede ser tampoco infravalorado, porque el ordenamiento jurídico puede contribuir a la juridificación e institucionalización de los conflictos «declarados» (y no tanto respecto a los no declarados que tiende a ignorar por hipótesis, por mucho que se intente acentuar la función preventiva de las reglas de ordenación jurídica), traducidos en exigencias de comportamiento frente al antagonista, privado o público. El establecimiento de procedimientos de solución extrajudiciales y la procedimentalización del ejercicio del derecho de huelga en la negociación colectiva constituyen un exponente relevante de esa funcionalidad del componente institucional para contribuir a resolver los conflictos laborales y reducir (economizar) el coste de sus formas más típicas de manifestación, permitiendo la composición de los intereses en conflicto previamente filtrados en pretensiones asimilables («y tratables») por el derecho (11). El derecho de las relaciones industriales desempeña, así, un papel nada desdeñable. Es suficiente reparar en la importancia que tiene la existencia de un marco legal en el que se ordenan las relaciones industriales y, en particular, el elemento que ha presidido el debate —tradicional y también actual— sobre la conveniencia política de promulgar una

ley reguladora del derecho de huelga en nuestro país. El derecho puede dar una respuesta diversificada al tratamiento de la institucionalización de los conflictos y de sus formas de exteriorización: puede «ofrecer» reglas de autorregulación y autocomposición y/o puede «imponer» determinadas reglas en los conflictos declarados. Este «tríptico» de alternativas de respuesta refleja distintas elecciones de política del derecho (12), y de ello depende en no poco el papel que asumen los actores sociales en el gobierno del conflicto y sus cauces de manifestación.

Sin embargo, la inserción de la huelga en el ordenamiento jurídico no puede ser comprendida sólo desde puntos de vista funcionales. La huelga, se ha dicho hasta la saciedad, constituye una «desviación» de los principios que informan el comportamiento de las relaciones intersubjetivas privadas (al ser una medida de presión colectiva —aunque el comportamiento abstencionista del trabajador es un elemento constitutivo y no secundario del fenómeno colectivo—; su innata «nocividad» que forma parte de su lógica interna), pero también de la funcionalidad socialmente asignada a esa medida de fuerza capaz de poder ser utilizada legítimamente por los trabajadores frente a los poderes públicos a fin de influir en su política económica y social. De ahí, ese carácter «refractario» de la huelga hacia su regulación jurídica con todas sus consecuencias legítimas. De ahí, que ella misma como hecho social y su regulación específica se sitúen siempre en posición de contraste con el ordenamiento jurídico general. Inevitablemente va a existir una contradicción entre dos lógicas (que a la postre es el reflejo del conflicto de intereses, cuya solución abstracta es «juridificada»): la lógica propia de un instrumento autónomo, como «arma de lucha», asentada en el principio de la fuerza, y la lógica «interna» del derecho que tiende por su misma funcionalidad jurídico—política a la integración y pacificación de los conflictos sociales y a salvaguardar los intereses considerados preeminentes en el orden establecido que formaliza jurídicamente (13).

Nadie como Calamandrei (14) ha sabido reflejar esa tensión de lógicas institucionales:

«... que el derecho es, por su naturaleza, prefijación de límites; y que por consiguiente, desde el momento en que la huelga ha aceptado convertirse en un derecho, se ha adaptado necesariamente a dejarse predisponer condiciones y restricciones de ejercicio que, si no son establecidas por la ley, deberán ineluctablemente ser diseñadas, antes o después, sobre la base del art. 40 de la Constitución, por la jurisprudencia. La dialéctica jurídica requiere, por su naturaleza, claridad de definiciones, precisión de distinciones, indagación de fines: la huelga, para entrar en el campo del derecho, deberá resignarse a ser definida, lo que, en opinión de algunos, puede querer decir también disminuida». Recordemos lo que el art. 40 de la Constitución italiana establece al respecto (15): «el derecho de huelga tiene que ser ejercido en el ámbito de las leyes que lo regulan» (16)

Con el recurso a una medida como la huelga, realmente se está evitando que la conflictividad sociolaboral trasvase hacia ámbitos de violencia descontrolada, cumpliendo la huelga con la función de taponar vías de escape de formas abruptas, invasivas, de violencia y que producirían una base segura de desincentivación de la inversión y la actividad productiva (17). En efecto, la huelga es el arma más importante que detenta el movimiento obrero para la defensa de los intereses y valores que le son propios. La huelga es un contrapeso que tiene por objeto permitir que las personas en

estado de dependencia salarial establezcan una nueva relación de fuerzas en un sentido más favorable para ellas; en definitiva, tiende a restablecer el equilibrio entre partes de fuerza económica desigual (18) . El derecho a huelga es el derecho reconocido a una de las partes del contrato de trabajo a incumplir sus obligaciones contractuales sin que ello, en contra de los principios inspiradores del sistema contractual, pueda generar ningún tipo de perjuicio en sus relaciones contractuales.

La institución del arbitraje obligatorio en la huelga viene a constituir una limitación e impone la promulgación de una Ley Orgánica de garantía del derecho de huelga, pero esta Ley Orgánica no se ha aprobado aún. El hecho de que no se haya promulgado todavía una Ley postconstitucional de huelga supone una anomalía constitucional (denominada también como anomalía histórica (19) , anomalía permanente (20) , o insuficiencia crónica (21)) que desvirtúa el modelo abierto diseñado en la Constitución, al pervivir la regulación preconstitucional contenida en el RDLRT, que ha sido depurado constitucionalmente desde la STC 11/1981, de 8 de abril (22) (no olvidemos que este tribunal no puede ejercer de legislador positivo (23)); de lo contrario, y sin este fuerte retoque por el Tribunal Constitucional, el actual modelo legal no podría haber sobrevivido (24) . Doctrina constitucional que debe ser rectamente leída, no desconociendo nunca que la Constitución es un marco en el que caben opciones de muy diverso signo que remiten a la libertad de configuración del legislador; en otros términos, como un marco que consiente modelos distintos (25) .

La norma preconstitucional fue concebida en un contexto muy distinto del que se ha ido forjando con el asentamiento del sistema democrático. No se trata de que el RDLRT no alcance el nivel que requiere un derecho fundamental recogido en la CE, sino de que la citada norma ha quedado insertada en un sistema social e institucional que le resulta extraño (26) .

II. LA TÉCNICA DE GARANTÍA DE LOS SERVICIOS MÍNIMOS EN LA HUELGA

En la actualidad, la técnica de garantía se formaliza jurídicamente a través de los Decretos de servicios mínimos (27) . Su práctica, como se sabe, ha supuesto una importante restricción del ejercicio del derecho de huelga en los servicios esenciales para la comunidad, produciéndose, en muchas ocasiones, abusos en el ejercicio de la potestad pública. La fijación de estos servicios mínimos por la autoridad gubernativa constituye una actividad administrativa que queda sometida a un conjunto de garantías o de requisitos derivados de la propia Constitución y de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en la medida en que suponen la limitación de un derecho fundamental (cf. art. 28.2º CE) (28) . Pero la autoridad gubernativa no puede entrar a delimitar el alcance y la interpretación del concepto de servicios esenciales pues esta función se encuentra atribuida por la norma suprema a la ley y a los tribunales y, por tanto, en el momento actual, a falta de una ley orgánica que desarrolle el derecho fundamental de huelga, deben ser los tribunales quienes deberán de determinar qué servicios son esenciales para la comunidad y cuáles no lo son. Por tanto, en la práctica, es la autoridad gubernativa la que viene declarando la esencialidad de un servicio, aunque dicha declaración se encuentre sometida a la jurisdicción (29) .

Al hilo de lo anterior, lo que sí queda radicalmente excluido por la jurisprudencia del Alto Tribunal es

que la competencia para imponer servicios mínimos pueda recaer sobre órganos de gestión y administración del propio servicio donde se desarrolla la huelga, puesto que la decisión no puede responder a la preservación de intereses empresariales, ni la empresa puede realizar dicha tarea (30).

En efecto, la doctrina del Tribunal Constitucional viene exigiendo, en primer lugar, que la titularidad de esta potestad recaiga en una instancia pública imparcial. Esto significa que la competencia debe ostentarla una autoridad política que es quien tiene, en principio, la potestad y también el deber de determinar las actividades destinadas a preservar los servicios esenciales, sin que los mismos puedan quedar delegados a las decisiones unilaterales de las empresas o administraciones directamente responsables de los servicios, sin perjuicio de que pueda remitirse una concreta fijación o puesta en práctica de los servicios a instituciones derivadas de la autonomía colectiva o hacer suyas las propuestas de las partes en conflicto (31).

Al hilo de lo anterior, el Tribunal Constitucional considera que

«... no cabe que la tarea que legalmente viene impuesta a la autoridad gubernativa se abandone en manos del empleador». «Este apoderamiento a favor de quien no es la autoridad gubernativa supone, consiguientemente, la vulneración del derecho a la huelga en la medida en que excede o va más allá de la mera ejecución o puesta en práctica de las medidas limitativas del derecho». Lo anterior es «incompatible con la garantía de imparcialidad buscada por la determinación que se contiene en art. 10.3º del Real Decreto-ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo» (32). Por tanto, «este tribunal ha respondido así, con toda claridad, a la pretensión de trasladar gran parte de las funciones derivadas de la fijación de los servicios mínimos a órganos de gestión o no gubernativos, reafirmando que las mismas están reservadas a las autoridades políticas, independientemente de que aquéllos puedan realizar funciones de apoyo que no impliquen la toma de acuerdos decisivos para el ejercicio del derecho fundamental de huelga» (33). En suma, «a la hora de garantizar los servicios esenciales de la comunidad, la autoridad gubernativa no puede velar por los meros intereses empresariales de las empresas o entes que prestan el servicio, sino que su tarea se endereza única y exclusivamente a preservar los derechos o bienes constitucionales que satisface el servicio en cuestión, haciéndolos compatibles con el ejercicio del derecho de huelga» (34).

No obstante, hay doctrina que discrepa con la afirmación de que la autoridad gubernativa sea verdaderamente un tercero imparcial. En este sentido, se parte de que la autoridad gubernativa es el representante de los derechos e intereses de unos terceros (los destinatarios de los servicios afectados por la huelga) que, sin ser parte en la controversia laboral que está en la base de dicha huelga (cuyos sujetos son los empleados y empresarios) sí son afectados directamente por ella, lo que terminan convirtiéndose en parte material del conflicto huelguístico (aunque formalmente no lo sean). Por tanto, la autoridad gubernativa termina por ser parcial (no un tercero imparcial) en cuanto está interesada en mantener el mayor nivel posible de prestación de los servicios públicos. En suma, la autoridad gubernativa debe intervenir, pero no como representante imparcial, sino como representante «natural» de ese tercer sujeto (35).

El Tribunal Constitucional ha manifestado la existencia de una serie de límites al propio ejercicio de la potestad gubernativa para el mantenimiento de los servicios esenciales para la comunidad. Dentro de los límites existentes deben destacarse los siguientes (36) : a) la necesidad de motivación del acto; b) el cumplimiento de requisitos que han de presidir la exteriorización del acto administrativo correspondiente; y c) el deber de la autoridad de potenciar procedimientos de composición pacífica de los conflictos colectivos.

Sobre la necesidad de motivación del acto (37) , la doctrina del Tribunal Constitucional impone que el acto por el que se determina los servicios esenciales para la comunidad se encuentre adecuadamente motivado (38) ; además, cuando exista una restricción de derechos fundamentales constitucionalmente garantizados (cf. art. 28.2º CE), la autoridad que realiza el acto debe estar en todo momento en condiciones de ofrecer justificación (39) . Tales exigencias no poseen otras finalidades que, por un lado, la de dar a conocer a los destinatarios las razones por las cuales su derecho quedó sacrificado y los intereses por los que se sacrificó (40) ; y, por otro, que los intereses puedan defenderse con todas las garantías ante los órganos judiciales (41) .

La doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo confirman que el acto administrativo en el que se establecen los servicios mínimos venga a justificar la esencialidad del servicio, las características de la huelga convocada, los intereses que pueden quedar afectados y los trabajos que no pueden sufrir interrupción o cuya prestación debe mantener algún grado. Es por ello por lo que no es conforme a derecho la técnica del establecimiento de criterios prefijados con carácter general para cualquier huelga que se pudiera producir en el ámbito concreto al que la norma hace referencia. Por ello, el propio Tribunal Supremo ha ido concretando, caso por caso, cuando la motivación se considera insuficiente (42) ; debiendo la motivación suficiente afectar a tres niveles: los servicios esenciales, los servicios mínimos fijados y los trabajadores efectivos precisos para el desempeño de los citados servicios —vinculado plenamente al principio de proporcionalidad—.

Como indicábamos, la exigencia de motivación es esencial y termina configurándose como un requisito de relevancia constitucional, de modo que su ausencia implicará, sin titubeos, la vulneración de un derecho fundamental (43) . En efecto, la motivación es un elemento de la fase previa del establecimiento de los servicios mínimos y su exigencia dependerá de la complejidad y el alcance de cada huelga —concepto jurídico indeterminado—.

La motivación, fundamentación o causalización de la medida consiste (44) , por cierto, en «*la explicitación, siquiera sucinta, de los criterios seguidos para fijar el nivel de tales servicios*», de «*los factores o criterios cuya ponderación han conducido a determinar las prestaciones mínimas establecidas*» (45) .

Un Decreto gubernativo se encuentra motivado cuando indica los motivos sobre la esencialidad del servicio, las características de la huelga convocada, los intereses que puedan quedar afectados y los trabajos que no pueden sufrir interrupción o cuya prestación debe mantenerse en algún grado (46) . Son insuficientes las indicaciones genéricas, vagas e incorrectas (47) , que puedan predicarse de cualquier conflicto o cualquier actividad (48) . Se considera que el acto es genérico cuando viene a comparar su contenido con otro anterior; o cuando haga referencia a las conversaciones previas

mantenidas con las fuerzas sociales en conflicto (49) ; y cuando no queden motivados los tres niveles conceptuales: motivación de servicios esenciales, justificación de las causas por las que una determinada área se ha considerado servicio mínimo y justificación de los efectivos personales que van a desempeñar los servicios mínimos (50) .

Sobre la exigencia de proporcionalidad (por cierto, importado de la doctrina alemana (51)) en la fijación de los servicios mínimos (52) , la doctrina del Tribunal Constitucional ha establecido que cualquier medida restrictiva de derechos fundamentales se encuentra determinada por la estricta observancia del principio de proporcionalidad respecto a los sacrificios que los huelguistas deben sufrir por la restricción de un derecho fundamental como el de la huelga y los perjuicios ocasionados a los usuarios de los servicios (53) . En este sentido, el principio de proporcionalidad está compuesto por tres elementos básicos como la idoneidad o adecuación de la medida restrictiva, la necesidad de la misma y la proporcionalidad en sentido estricto (54) .

El principio de proporcionalidad (55) , es evidente, constituye una de las dificultades más importantes en la dogmática actual de los derechos fundamentales (56) . Al hilo de lo anterior, y como ha señalado la jurisprudencia constitucional en reiteradas ocasiones, la colisión entre derechos fundamentales no puede en modo alguno resolverse mediante el total sacrificio de uno y la completa preservación o protección del otro, sino mediante una ponderación de los derechos en juego efectuada a través de diversos cánones, entre el que destaca el principio de proporcionalidad.

En este sentido, la proporcionalidad *«no es más que un método que nos indica en qué condiciones puede una norma, que incide en un derecho fundamental, obtener una aplicación conforme con la Constitución y no un examen de la norma que permita, en cualquier caso, predicar su constitucionalidad o la aplicación constitucional de la misma»* (57) . El juicio de proporcionalidad *«no debe limitarse a la ponderación genérica acerca de si el tipo de diferenciación introducida resulta adecuada o razonable para alcanzar el fin perseguido, si resulta o no arbitraria; sino que, al tratarse de una regla que, al tiempo que protege a un determinado grupo afecta a otros derechos sustantivos dignos de tutela, la proporcionalidad debe ponderarse con respecto al grado de constricción de esos derechos y teniendo como límite infranqueable el respeto de su contenido constitucional»* (58) .

Por tanto, para comprobar si se supera el juicio de proporcionalidad exigible es necesario constatar si se cumplen los siguientes tres requisitos o condiciones: si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto —juicio de idoneidad—; si, además, era necesaria en el sentido de que no existía otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia —juicio de indispensabilidad o estricta necesidad—; y, finalmente, si la misma era proporcionada en sentido estricto, en otros términos, ponderada o equilibrada por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto —juicio de proporcionalidad— (59) .

En sentido estricto, el principio de proporcionalidad implica

«... un juicio valorativo entre el sacrificio que la limitación depara y la relevancia de los bienes, derechos e intereses que se pretenden con ella proteger. La limitación operada en el derecho

fundamental ha de resultar, así pues, razonable y proporcionada; o, en otros términos, debe concurrir un equilibrio y ponderación entre las ventajas y los perjuicios ocasionados por la medida restrictiva, apreciadas aquellas desde la perspectiva de la salvaguarda de los derechos, bienes e intereses constitucionales a los que sirve la limitación misma y examinados estos otros, los perjuicios, desde la vertiente del derecho constitucional cuyo contenido experimenta una restricción» (60).

El juicio de idoneidad presupone que entre el medio y el fin debe existir una relación positiva: el medio debe facilitar el fin (61). El juicio de indispensabilidad o estricta necesidad —denominado también de intervención mínima, de la alternativa menos gravosa, o de subsidiariedad— es un elemento que optimiza el grado de eficacia de los derechos frente a las limitaciones establecidas para su ejercicio. Se requiere que las medidas utilizadas sean aptas para el cumplimiento de la finalidad que se pretende, seleccionando, de entre todas las posibles, la que sea menos gravosa para el derecho en controversia. Por último, el juicio de proporcionalidad implica que los medios elegidos deben mantenerse en una relación razonable con el resultado pretendido. Por tanto, se deberá valorar y ponderar todos los bienes involucrados obteniendo un resultado más beneficioso para el interés general (62).

El principio de proporcionalidad debe observarse y valorarse en atención a las circunstancias concretas que rodean a cada huelga que se desarrolle en servicios esenciales para la comunidad

Es por ello que la pregunta a responder es la siguiente: *«los trabajadores, en el seno de su relación laboral, ¿pueden ejercer sus derechos constitucionales?, y la respuesta es sí, con algunos límites, pero con los estrictamente indispensables» (63).*

- 1) El juicio de idoneidad o principio de adecuación hace referencia a la causalidad de las medidas en relación con sus fines. Este principio exige que las injerencias faciliten la obtención del éxito perseguido en virtud de su adecuación cualitativa, cuantitativa y del ámbito subjetivo de aplicación (64). Toda intervención en los derechos fundamentales debe ser idónea, apta, adecuada, para alcanzar el fin constitucionalmente legítimo perseguido con ella (65). En este sentido, se cumple el principio de adecuación o juicio de idoneidad cuando las intervenciones afectando a los derechos fundamentales asegura la obtención del objetivo propuesto: *«las intervenciones telefónicas respetaron las exigencias de autorización judicial, legalidad y proporcionalidad, porque, en primer lugar, las resoluciones judiciales con incidencia sobre el derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas expresaron de modo suficiente la concurrencia de los presupuestos habilitantes de la intervención o de su prórroga, y, en segundo lugar, el juez tuvo en cuenta tanto la gravedad de la intromisión como su idoneidad e imprescindibilidad para asegurar la defensa del interés público (juicio de proporcionalidad)» (66).*
- 2) El principio de indispensabilidad o estricta necesidad, denominado también principio de

intervención mínima, de la alternativa menos gravosa, o de subsidiariedad, es un subprincipio del principio de proporcionalidad que pretende optimizar el grado de eficacia de los derechos individuales frente a las limitaciones que pudieran establecerse (67) . En este sentido, la medida debe resultar *«proporcionada al objeto legítimo que se persigue, de manera que las diferencias y peculiaridades en ellas previstas resulten adecuadas y justificadas por su fin»* (68) . Para el Tribunal Constitucional, *«no siendo los derechos que la Constitución reconoce garantías absolutas, las restricciones a que puedan quedar sometidos son tolerables siempre que sean proporcionadas, de modo que, por adecuadas, contribuyan a la consecución del fin constitucionalmente legítimo al que propendan, y, por indispensables, hayan de ser inevitablemente preferidas a otras que pudieran suponer para la esfera de libertad protegida, un sacrificio menor»* (69) . Por otro lado, es cierto que el canon de necesidad o de indispensabilidad está dotado de una intensa dimensión relacional. La limitación de un derecho fundamental será necesaria cuando se haya elegido, de entre las posibles medidas limitativas, aquella que resulte menos gravosa o más moderada. *«O como gusta decir a la jurisprudencia constitucional alemana, el legislador está obligado a la elección del medio más benigno»* (70) .

- 3) Ya en sentido estricto, el principio de proporcionalidad implica un juicio valorativo entre el sacrificio que la limitación depara y la relevancia de los bienes, derechos e intereses que se pretenden proteger. La limitación que se haya realizado en el derecho fundamental deberá resultar razonable o proporcionada. En efecto debe concurrir un equilibrio y ponderación entre las ventajas que puedan desarrollarse y los perjuicios que puedan ocasionarse por la medida restrictiva o limitativa, apreciándose esta desde la perspectiva de la salvaguarda de los derechos, bienes e intereses constitucionales a los que sirve la limitación, y examinándose los perjuicios desde la vertiente del derecho constitucional cuyo contenido experimenta una restricción.

Comentada la teoría general sobre el principio de proporcionalidad, y trasladada a los servicios mínimos de la huelga, la misma implica que se determine la idoneidad de la declaración de esencialidad de un determinado servicio o actividad, la adecuación de la imposición de servicios mínimos como técnica de garantía de funcionamiento del servicio frente a otra posible y, por último, la proporcionalidad de sacrificios impuesta con la fijación de servicios mínimos que se establezca. Sin embargo, como la doctrina ha puesto de manifiesto (71) , los tribunales no han venido proyectando este principio en toda su extensión, sino que el control que han llevado a cabo se ha centrado en determinar la proporcionalidad de la intensidad de los servicios mínimos establecidos, lo que se traduce en un control mucho menor de la limitación del derecho fundamental de huelga a través de la imposición de servicios mínimos (72) .

El principio de proporcionalidad debe observarse y valorarse en atención a las circunstancias concretas que rodean a cada huelga que se desarrolle en servicios esenciales para la comunidad. Para ello no puede constituirse ninguna regla general al respecto, pues los servicios mínimos pueden determinar la presencia inexcusable de un alto porcentaje de trabajadores, en tanto que, en otras, por sus características y circunstancias concurrentes, puede ser menor el índice porcentual de trabajadores designados para prestar los servicios mínimos correspondientes (73) .

Sobre los criterios utilizados por la jurisprudencia, no siempre han sido semejantes (74) . Unas veces

se han utilizado criterios cuantitativos y no cualitativos para realizar la ponderación del derecho de huelga sobre otros intereses constitucionalmente protegidos (75) . Pero en otras sentencias se han utilizado parámetros cualitativos para ponderar el derecho de huelga con otros derechos como pueden ser el derecho a la salud o a la vida o a la información. Al hilo de lo anterior, establece el Tribunal Supremo que *«los efectos especialmente perturbadores de la huelga, que afectaba a intereses como la salud y la vida de los ciudadanos, teniendo un carácter indefinido que incidía en toda la jornada laboral y todos los turnos de trabajo, tampoco pueden considerarse razones suficientes para exigir la prestación del trabajo a la totalidad o la casi totalidad de determinados grupos de trabajadores, lo que vaciaría de todo contenido al derecho de huelga respecto a los mismos»* (76) . O aquella sentencia que confirma que *«el derecho constitucional de huelga, garantizado por el art. 28 de la CE, no es un derecho absoluto, y que cuando se trata de servicios públicos —como puede ser la televisión— han de mantenerse las garantías necesarias para sostener los servicios esenciales de la comunidad, entre los que se encuentra el derecho a recibir la información, tutelado en el art. 20.1º.d). Pero esta limitación no puede enervar aquel derecho constitucional del trabajador, cuyo derecho quedaría vacío de contenido, si durante el período de huelga, se pudieran emitir y mantener, no sólo informativos, sino también el resto de la programación habitual. De contrario, la armonización de los intereses de los trabajadores de la empresa y de los usuarios del mencionado servicio público debe hacerse dentro de parámetros racionales y de proporcionalidad»* (77) . Pero lo que es evidente es que la ponderación se tendrá que realizar caso por caso, de manera individual, siendo necesario examinar una serie de criterios obligatorios como el ámbito de la huelga, el ámbito temporal, su forma de realización e incluso las fechas previstas para su desarrollo (78) .

Como veníamos diciendo, para la determinación del programa de servicios mínimos en la empresa, la jurisprudencia acude, en unas ocasiones, a criterios de proporcionalidad cuantitativos donde se realiza una comparación entre el número total de trabajadores en huelga y el de quienes han sido incorporados al dispositivo de atención a los servicios mínimos. Así, se consideran ajustados a derecho de acuerdo al citado principio de proporcionalidad cuantitativo (*a sensu contrario*, no se consideran desproporcionados) los siguientes supuestos (79) : a) de 14.000 trabajadores integrantes de los servicios mínimos frente a una plantilla total de la empresa de 72.000 trabajadores (80) ; b) 1.183 trabajadores frente a una plantilla de 6.108 trabajadores (81) ; c) 289 trabajadores de un total de 867 trabajadores (82) ; d) el 30% de la plantilla de la empresa (83) ; o e) reducir el número de trabajadores a menos de la cuarta parte del total de la plantilla (84) . Sin embargo, no se considera ajustado a derecho los servicios mínimos siguientes: a) los servicios mínimos que afecta al 58% de la plantilla (85) ; b) al 70% de la situación normal del servicio por tiempo de diez horas (86) ; c) algo más del 88% de quienes prestan en los días normales el servicio (87) ; d) o el pleno rendimiento de los trenes en un 60% (88) .

Pero el criterio de proporcionalidad no puede ser aplicado de manera genérica e invariable a todas las situaciones de huelga. En efecto, su utilización dependerá de factores como *«la naturaleza de los derechos de los ciudadanos que se tratan de proteger mediante la fijación de los servicios mínimos —en este caso el derecho a la salud—, duración de la huelga, clase y número de los servicios que han de prestarse, características del centro de trabajo»*, etcétera (89) . En este sentido, para actividades como los servicios relacionados con el derecho a la salud, el establecimiento de atenciones mínimas exige

la consideración de otros elementos diferentes a los meramente cuantitativos (90) . Al hilo de lo anterior, se localizan sentencias que no utilizan el criterio cuantitativo en huelgas de personal médica de hospitales (91) ; huelga general en salud (92) ; huelga del personal de limpieza de las cocinas de un centro hospitalario (93) ; huelga del personal de limpieza en centro sanitario, cuya sentencia dispone que este marco *«no es el más apropiado para utilizar el criterio de proporcionalidad numérica entre personal estimado necesario y personal que lícita y razonablemente puede ejercitar el derecho fundamental de los trabajadores a la huelga, porque la limpieza indispensable para mantener un ambiente aséptico en los recintos destinados a curas, exploraciones y tratamientos de enfermos y lesionados es difícilmente divisible »*, para concluir que *«lo que ha de ponderarse, por tanto, no es la proporción numérica entre personal ocupado y personal en paro, sino la relación entre falta de limpieza diaria y completa y riesgo para la salud de los pacientes»* (94) .

Por otro lado, sobre garantías formales como la notificación y la publicidad, dada la escasa regulación del art. 10.2º RDLRT, ha debido de ser, una vez más, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional la que ha ido aclarando y detallando cuáles son los requisitos que se exigen a las medidas de garantías adoptadas (95) . En este sentido, para el Tribunal Constitucional se requiere la notificación a las partes de la orden de servicios mínimos y la publicidad de ésta en el correspondiente boletín oficial (96) , teniendo la consecuencia de la nulidad cuando falte el requisito de la comunicación de la orden a los representantes de los trabajadores (97) . No obstante, en la práctica, estos requisitos no suelen cumplirse pues en muchas ocasiones las disposiciones no suelen publicarse en el boletín oficial correspondiente, sino que son notificadas a las partes directamente. Incluso en otras ocasiones no se produce, ni tan siquiera, la notificación a los interesados, por lo que éstos no podrán conocer realmente cuáles son las razones que justifican los servicios esenciales (98) . Lo cierto es que las garantías formales son siempre imprescindibles para que la huelga sea conocida por todos los usuarios del servicio y los ciudadanos que pueden potencialmente quedar afectados.

No obstante, la justificación *ex post* no enerva la vulneración realizada al no haberse justificado la restricción del derecho de huelga en la disposición que viene a fijar los servicios mínimos. En otros términos, el Tribunal Constitucional ha rechazado la posibilidad de estas motivaciones *ex post facto* (99) . En este sentido, *«no hay en la resolución la más mínima motivación acerca de porqué se establecen los servicios que se establecen y que, como se ha demostrado, suponen en conjunto aproximadamente el 50 % de los que venían programados. Con la contestación a la demanda se aporta un extenso documento en el que, ahora sí, se intenta realizar un análisis de las necesidades de cada uno de los servicios y de las razones que podrían justificar cada uno de los servicios fijados, Ahora bien, como acertadamente indica el Ministerio Fiscal, es en la resolución que fija los servicios mínimos, y no posteriormente y en sede judicial, cuando la motivación debe expresarse. Repárese en que el documento comienza poniendo de manifiesto la inexistencia de documentos internos justificativos de los servicios mínimos, de modo que el documento es uno elaborado íntegramente ad hoc del proceso y a posteriori de la decisión tomada, tratando de justificarla. De manera que no es ya que no se incorporase formalmente la fundamentación a la resolución, sino que ni siquiera existía para fundar la decisión»*. Los convocantes de la huelga *«tienen derecho a conocer las razones concretas por las que la Administración, previo análisis de las necesidades del servicio y de aquello a lo que justificadamente no quepa desatender, ha*

tomado la concreta decisión sobre servicios mínimos, sin que sea aceptable ni compatible con el derecho fundamental a la huelga que deban esperar a la contestación a la demanda del proceso por ellos mismos entablado para conocerlas (por cierto, no sólo tardíamente en relación con el ejercicio del derecho de huelga, sino incluso tardíamente en cuanto a la posibilidad de cuestionarlas en el propio proceso, dado que las conocen una vez formulada la demanda)» (100) .

Por otro lado, debemos referirnos ahora a la selección de los trabajadores encargados de prestar los servicios mínimos. Esta selección entra dentro de lo que se ha denominado «complemento técnico y funcional» de los servicios mínimos:

«... el objetivo de la misma no es delegar en la compañía la especificación de los servicios mínimos a los que hubiera de atenerse el personal» durante «los días de huelga anunciados, especificación que llevan a cabo los anexos de la orden en los cuales se relacionan detalladamente los puestos de trabajo necesarios para cubrir el mantenimiento de los indicados servicios mínimos; su finalidad es atribuir al órgano de gestión de la empresa los medios necesarios para poder complementar técnica y funcionalmente las propias normas de mantenimiento, adoptadas por un órgano, cual el Ministerio de Transportes, Turismo y Comunicaciones, al que no cabe negar la condición de "autoridad gubernativa". Desde luego, nada impediría que la puesta en práctica de los servicios mínimos, una vez concretados por la instancia pública competente, fuera confiada a la autonomía colectiva y, por tanto, actualizada por los cauces bien de la negociación, bien de la disciplina sindical. Pero no puede excluirse la legítima posibilidad de diferir a la dirección del servicio esa puesta en práctica, correspondiendo a la autoridad gubernativa decidir en favor de uno u otro sistema en atención, entre otros factores, a la complejidad técnica de la labor de desarrollar las medidas acordadas y a la oferta de colaboración en la preservación de los servicios mínimos efectuada por los convocantes de la huelga y las organizaciones sindicales» (101) .

En efecto, la selección de los trabajadores que deberá desarrollar los servicios mínimos en la huelga se encuentra subordinada necesariamente a la previa determinación de los servicios mínimos llevada a cabo por la autoridad competente. Y aquí se localizan dos graves problemas a resolver: el primero, quién debe designar a estos trabajadores y, por ende, los puestos de trabajo necesarios para que la actividad pueda mantenerse con la finalidad de garantizar una mínima prestación de los servicios considerados esenciales para la comunidad; el segundo, con qué criterios se debe proceder a la designación de los trabajadores encargados de prestar estos servicios mínimos.

En nuestro ordenamiento jurídico, parte la facultad de imposición de los servicios mínimos le corresponde a la autoridad gubernativa, la selección de los trabajadores concretos puede ser asignada a los órganos de dirección y gestión de la empresa afectada (102) , aunque también puede ser la administración responsable la que adopte la decisión (103) . En algunas ocasiones la propia disposición gubernativa que fije los servicios mínimos establecerá la relación de puestos de trabajo afectados, pero en otros supuestos la disposición gubernativa no los determinará, incluyendo determinados parámetros que permitan deducir la intensidad y extensión de los servicios mínimos (104) , dejando la concreción de estos puestos de trabajo y la selección de los trabajadores asignados en manos de los órganos de gestión de la empresa. Frente al criterio que se viene desarrollando,

también surge la idea de que sean los propios representantes de los trabajadores y de los empresarios los que determinen quiénes tienen que atender las actividades correspondientes y lo que harán en función de las circunstancias que la huelga requiera en cada momento (105) . En este sentido, es criterio jurisprudencial (bastante coherente) aquel que confirma que en la selección de los trabajadores que venga a prestar su trabajo para el cumplimiento de los servicios mínimos, se admite que pueda darse preferencia para ello a los trabajadores no huelguistas que hayan decidido libremente no sumarse a la huelga. Al hilo de lo comentado, *«no cabe negar que en determinadas circunstancias, en huelgas parciales o minoritarias de alguna duración el respeto al derecho de huelga puede llevar a dar preferencia para la realización de los servicios esenciales a los trabajadores que decidan libremente no sumarse a la huelga convocada. Sin embargo, esto no supone que pueda exigirse siempre y en todo caso a la empresa que excluya en principio de esos servicios a los trabajadores que deseen secundar la huelga»* (106) .

Por otro lado, en Italia, la competencia en cuanto al contenido de los instrumentos de regulación del conflicto queda remitido a la autonomía colectiva (107) , conforme lo establecido en la Ley italiana 146/1990. En efecto, la autonomía colectiva en Italia ha venido asegurando cierto control sobre el respeto del precepto constitucional, fundamentalmente porque en el acuerdo colectivo que define los servicios esenciales, se encuentran presentes los sindicatos (presionando para alcanzar una elevada garantía del derecho al conflicto) y la patronal (abogando por la continuidad del servicio) (108) .

III. HUELGA, SERVICIOS ESENCIALES Y ARBITRAJE OBLIGATORIO

Debe abordarse aquí la figura del arbitraje obligatoria a la que se refiere el art. 10.1º RDLRT (109) . De conformidad con el art. 10.1º RDLRT, *«el Gobierno, a propuesta del Ministerio de Trabajo, teniendo en cuenta la duración o las consecuencias de la huelga, las posiciones de las partes y el perjuicio grave de la economía nacional, podrá acordar la reanudación de la actividad laboral en el plazo que determine, por un período máximo de dos meses o, de modo definitivo, mediante el establecimiento de un arbitraje obligatorio. El incumplimiento de este acuerdo podrá dar lugar a la aplicación de lo dispuesto en los arts. 15 y 16 »* (110) .

La institución del arbitraje obligatorio viene a constituir una limitación que deriva de la atemperación del derecho de huelga con las exigencias de tutela y de proyección de otros bienes y derechos que se consideran también dignos de tutela. En efecto, es una de las vías tradicionales de intervencionismo estatal en las relaciones colectivas de trabajo (junto a la movilización y sustitución de los huelguistas por efectivos militares o policiales y la determinación de los servicios mínimos en los casos de huelga en servicios esenciales) (111) . Se trata de una institución muy criticada doctrinalmente en razón de la indeterminación de los motivos que el propio precepto establece (112) , incorporando una medida de fuerte intervencionismo estatal dirigido a la eliminación del derecho de huelga (113) .

Pero el art. 10 RDLRT, en su redacción original, establecía dos tipos de intervenciones por parte de la Autoridad Pública para la terminación de la huelga (114) . Una primera intervención, declarada

inconstitucional por el Tribunal Constitucional (115), en cuanto facultaba al Gobierno para «acordar mediante laudo de obligado cumplimiento la reanudación de la actividad laboral» lo que sin duda suponía una grave limitación al derecho de huelga. Y una segunda intervención que la mencionada sentencia mantiene y que consiste en atribuir al Gobierno, a propuesta del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, la posibilidad de someter el conflicto a un arbitraje obligatorio «siempre que se garanticen las condiciones de imparcialidad del árbitro».

Al hilo de lo anterior, para el Tribunal Constitucional, respecto a la primera intervención, «la mayor o menor duración del conflicto y la comparación de las respectivas posiciones de las partes (más o menos distantes, más o menos alejados de una posible conciliación) no son parámetros útiles». La fórmula «perjuicio grave de la economía nacional tampoco puede obstar al derecho en examen. Es un concepto indeterminado que no concreta cuáles son los intereses a los que el derecho debe quedar sacrificado. Su supuesto de hecho queda en total inconcreción y ofrece un evidente margen a la arbitrariedad. Si la huelga es un instrumento de reivindicación social elevado al rango de derecho fundamental no es nunca su ejercicio por sí solo la única causa que ocasiona el perjuicio grave, sino otras acciones u omisiones concurrentes con él». Pero, respecto a la segunda intervención, se justifica el mantenimiento de la regla que establecía el arbitraje obligatorio como vía de terminación de la huelga, ya que, «no por ser obligatorio deja de ser verdadero arbitraje siempre que se garanticen las condiciones de imparcialidad del árbitro y es medio idóneo de solución posible en tan excepcionales casos como los que el precepto describe».

Actualmente, la única fórmula de arbitraje obligatorio que rige en nuestro país es el «extraordinario o de emergencias» que es contemplado en el art. 10.1º RDLRT

Después de los pronunciamientos del Tribunal Constitucional, actualmente, la única fórmula de arbitraje obligatorio que rige en nuestro país es el «extraordinario o de emergencias» que es contemplado, como ya hemos traído a colación, en el art. 10.1º RDLRT, pues el mismo se prevé para circunstancias excepcionales y perjuicios especialmente graves para la economía nacional. Tras la consolidación de los principios de autonomía y autotutela colectiva propios de un modelo democrático de relaciones laborales y la configuración excepcional de esta institución declarada por el Tribunal Constitucional, el Gobierno vino manifestando bastante prudencia en su utilización. No obstante, la situación ha cambiado en los últimos años, pues se está utilizando el arbitraje obligatorio como medio «común» u «ordinario» para poner fin a huelgas en el transporte aéreo, en el transporte por carretera y en las empresas de servicios de limpieza (116).

En efecto, se viene planteado una utilización de este instrumento excepcional que tiende hacia su «normalización» en el caso de conflictos, exteriorizados mediante el recurso a la huelga, en servicios esenciales para la comunidad. No obstante, debe destacarse la necesidad de interpretar este mecanismo de forma restrictiva y para casos extraordinarios dada la excepción que supone al

principio de autotutela colectiva en el marco de un sistema democrático de relaciones laborales (117) . Consecuentemente, no debe olvidarse la gravedad que reviste la supresión definitiva del ejercicio del derecho de huelga, lo que la convierte en una técnica no sólo de utilización más que excepcional, sino desaconsejable en un determinado modelo de desarrollo constitucional: solo podrá ser aplicado, además de cuando se cumplan los requisitos, cuando hayan fracasado otras medidas, especialmente cuando se haya producido el incumplimiento de los servicios mínimos (118) .

Aunque la posibilidad de aplicación de esta figura no necesariamente se reduce a este supuesto (119) , en la práctica, la mayoría de los supuestos han sido en huelgas en los servicios esenciales, pues es en esta ocasión donde se producen conflictos entre derechos y bienes protegidos constitucionalmente al más alto nivel. Por otra parte, que la empresa sea o no de titularidad pública no obvia la posible necesidad de intervención de la autoridad gubernativa para establecer un arbitraje obligatorio, pues el requisito que se tiene en cuenta para la imposición de un arbitraje obligatorio es el «grave perjuicio para la economía nacional», sin que, como decíamos, tenga relevancia el carácter público o no de la institución o empresa en conflicto. Además, es característico que los conflictos que han finalizado mediante la imposición de un arbitraje obligatorio por parte del ejecutivo se hayan producido en el ámbito de empresas de servicios, que es donde el conflicto se hace más visible y el impacto social es mayor ya que tienen un mayor contacto con el público. Además, destaca las características de que los colectivos implicados en el conflicto son grupos reducidos de trabajadores que, sin embargo, se encuentran dotados de alta cualificación que pueden paralizar muchas más actividades productivas de las que se encuentran sometidas inmediatamente a su control (120) .

En efecto, el arbitraje obligatorio, como imposición heterónoma para solucionar conflictos laborales, es una institución de muy dificultosa conceptualización como queda aquí plasmado. Por este motivo debe determinarse la forma de imposición con la finalidad de desnaturalizar el fenómeno social mismo de la huelga (121) . En consecuencia, la única fórmula de arbitraje obligatorio que rige actualmente en nuestro país es el «extraordinario o de emergencia» (122) , es decir, el que se instituye para circunstancias excepcionales y perjuicios especialmente graves para la economía nacional (123) .

En la imposición de este arbitraje nos encontramos ante un acto del Gobierno revestido de *imperium*; un acto administrativo singular entendido como declaración de voluntad que crea unilateralmente e impone consecuencias jurídicas a otros sujetos, finalísticamente dirigido a la pacificación del conflicto. Este acto por el que se impone el arbitraje obligatorio por parte del Gobierno para poner fin a la huelga, obviamente, debe estar suficientemente motivado, ya que, al producirse una restricción de un derecho fundamental constitucionalmente garantizado, la autoridad que realiza el acto debe ofrecer justificación suficiente (124) .

En la experiencia práctica, la primera vez que se realizó un arbitraje obligatorio para la terminación de la huelga fue en 1981: acuerdo del Consejo de Ministros, adoptado el día 24 de julio de 1981, por el que se establece un arbitraje obligatorio, como vía de solución de la huelga declarada en las Estaciones de Servicio en el ámbito del Monopolio de Petróleos. Acuerdo por el que se nombraba

árbitro al director general, Fernando Somoza Albardonedo, en base a lo dispuesto en el art. 10 RDLRT.

A nivel nacional, la segunda vez que se realizó un arbitraje obligatorio para la terminación de la huelga fue en 1984 (125) : acuerdo del Consejo de Ministros de fecha 18 de julio de 1984, por el que se sometía a un procedimiento de arbitraje obligatorio la huelga de pilotos de la compañía Iberia. El árbitro designado fue el entonces director de Instituto de Mediación, Arbitraje y Conciliación, Juan Ignacio Moltó García, que dictó laudo arbitral posteriormente declarado nulo por el Tribunal Supremo de acuerdo a la siguiente fundamentación: *«tal apariencia de imparcialidad no acompaña al árbitro designado, —sin que ello suponga descalificación de ningún tipo de su persona—, pues por el dato trascendente de tratarse del Director del citado Instituto, que es Organismo Autónomo adscrito al Ministerio de Trabajo, cuyo nombramiento como tal y con categoría de Director General corresponde al Gobierno a propuesta del Ministro de Trabajo»*. Tal nombramiento *«incide en la falta de imparcialidad, constitucionalmente exigible para la emisión de un Laudo, que no interfiera y obstaculice el ejercicio del Derecho de huelga reconocido en el art. 28.2º de la Constitución por lo que al carecer de esas condiciones apriorísticas de imparcialidad tal nombramiento con la finalidad expuesta, vulnera el libre ejercicio del mencionado Derecho fundamental de las personas, lo que comporta su nulidad y por consiguiente la del Laudo emitido por el Arbitro designado»* (126) .

La tercera ocasión (a nivel nacional (127)) que se utilizó el arbitraje obligatorio fue en la huelga del sector de limpiezas de edificios y locales de Madrid con afectación del aeropuerto Madrid-Barajas. En este caso, el acuerdo del Consejo de Ministros de 15 de abril de 1992 encargó el conflicto al catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Manuel Carlos Palomeque López, quién emitió laudo arbitral en fecha de 29 de abril de 1992.

La cuarta ocasión de arbitraje nacional en servicios esenciales se localiza en la huelga de la empresa Iberia (128) . Concretamente, por Acuerdo del Consejo de Ministros, de fecha 13 de julio de 2001, se establecía un arbitraje obligatorio como vía de solución de la huelga declarada en la citada empresa. En efecto, el Consejo de Ministros decidió imponer un arbitraje obligatorio para poner fin a la huelga que había surgido a raíz de las fracasadas negociaciones sobre la renovación del Convenio Colectivo de los pilotos de la citada aerolínea aérea. Se trataba de una huelga de servicios esenciales en la que se fijaron unos servicios mínimos por parte del Ministerio de Fomento (129) , con la finalidad de asegurar el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad. Sin embargo, en este caso, la necesidad de poner fin al conflicto colectivo no se debió a un incumplimiento de los servicios mínimos fijados. En el caso concreto, el Gobierno se vio obligado a la imposición del arbitraje a causa de la decisión de la compañía aérea de suspender temporalmente todos los vuelos invocando y fundamentando su decisión por condiciones de falta de seguridad. Por tanto, a través de esta medida, se imponía por la compañía un cierre patronal con la que forzar la intervención gubernativa para lograr una finalización del conflicto (130) . Laudo arbitral dictado por el catedrático Federico Durán López en fecha de 19 de julio de 2001 y publicado en BOE en fecha de 10 de agosto de 2001.

La quinta ocasión (a nivel nacional) en la que también se utilizó el arbitraje obligatorio fue en la huelga declarada en Iberia por el Sindicato Español de Pilotos de Líneas Aéreas (SEPLA) en el

conflicto suscitado a consecuencia de la creación de la compañía Iberia Express. En esta ocasión, el Consejo de Ministros de 27 de abril de 2012 designaba árbitro al catedrático de Derecho del Trabajo, Jaime Montalvo Correa, emitiendo laudo arbitral en fecha de 24 de mayo de 2012, con resolución aclaratoria de fecha 12 de junio. Laudo arbitral que fue declarado nulo por sentencia de la Audiencia Nacional (131), posteriormente confirmada por el Tribunal Supremo (132). Sentencia de la Audiencia Nacional que establecía lo siguiente: *«en razón de todo lo expuesto, procede declarar la nulidad del laudo impugnado y, atendiendo a la solicitud subsidiaria de SEPLA en fase de conclusiones definitivas, ordenar que se retrotraiga el procedimiento arbitral al momento en que se cometió la infracción in procedendo, por no haber dado audiencia a Iberia Express para que alegara lo que a su derecho conviniera, en orden a que el árbitro dicte nuevo laudo que tenga efectivamente presentes estas alegaciones»*. Nuevo laudo arbitral de fecha 21 de diciembre de 2012 que, por sentencia del Tribunal Supremo, se decretaba la nulidad por entender que la compañía Iberia Express no podía ser incluida como parte en el arbitraje por la decisión del árbitro. Al respecto, el Tribunal Supremo disponía lo siguiente:

«... en ese Acuerdo no se incluyó, como parte ni como objeto del arbitraje, la existencia y forma de operar de Iberia-Express, sociedad ya creada y en funcionamiento. Por ende, esta empresa tiene la condición de tercero y no puede ser incluida como parte en el arbitraje por la simple decisión del árbitro, sino en virtud de un Convenio Arbitral que la misma suscriba o de un nuevo Acuerdo del Consejo de Ministros, decisión cuya legalidad requeriría una huelga del personal de Iberia Express que afectara a intereses generales, cual establece el art. 10 del RDL 17/1977 para imponerlo» (133)

Al hilo de lo anterior, como decíamos, la última intervención del Gobierno con la figura del arbitraje obligatorio para poner término a una huelga de especial trascendencia se localiza en fecha de 24 de julio de 2017, concretamente, en los filtros de seguridad del aeropuerto de Barcelona-El Prat, por la empresa subcontratada Eulen Seguridad. Consecuencia de la huelga, el Consejo de Ministros acordaba el día 16 de agosto de 2017 el arbitraje obligatorio para su solución, designándose como árbitro, por Orden del Ministerio de Fomento de fecha 21 de agosto, a Marcos Peña Pinto, presidente del Consejo Económico y Social, y que dictaría laudo arbitral en fecha de 31 de agosto de 2017.

IV. FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA DEL ÚLTIMO ARBITRAJE OBLIGATORIO PLANTEADO EN ESPAÑA

El 19 de julio de 2017, los vigilantes de seguridad, empleados de la empresa EULEN Seguridad, S.A.U., a quien, en su día, AENA, S.M.E. adjudicó el contrato de servicios de seguridad privada en los filtros de pasajeros y mixtos del Aeropuerto de Barcelona-El Prat (Terminales 1 y 2), acordaron convocar una huelga indefinida de carácter parcial a partir del 4 de agosto de 2017. La convocatoria se produjo en apoyo de diversas reivindicaciones profesionales, entre ellas, las relativas a sus retribuciones, formación y ampliación de plantilla. La huelga se realizaba los viernes, domingos y lunes de 05:30 a 06:30; de 10:30 a 11:30; de 16:30 a 17:30; y de 18:30 a 19:30. A partir del día 14 de agosto de 2017, la huelga pasó a ser total, es decir, se extendió a las veinticuatro horas, todos los días

de la semana. El 16 de agosto de 2017, el Consejo de Ministros acordó en virtud del párrafo primero del art. 10 del RDLRT, imponer un arbitraje obligatorio para solucionar la huelga y dar a las partes un plazo de veinticuatro horas para designar, de común acuerdo, un árbitro, así como disponer que, en caso de no hacerlo, fuera el Ministerio de Fomento el que efectuara la designación. En este supuesto, a fin de garantizar la imparcialidad del designado, acordó que ese departamento sometiera a las partes, antes de su designación, el nombre de quien se tratara para que efectuaran las alegaciones que estimaran oportunas. Además, dicho acuerdo del Consejo de Ministros recogía que la decisión del árbitro resolvería en equidad todas las cuestiones planteadas y se debería dictar en el plazo de diez días a contar desde la designación.

El art. 10.1º RDLRT establece lo siguiente: *«el Gobierno, a propuesta del Ministerio de Trabajo, teniendo en cuenta la duración o las consecuencias de la huelga, las posiciones de las partes y el perjuicio grave de la economía nacional, podrá acordar (...) el establecimiento de un arbitraje obligatorio»*. De manera breve, el acuerdo del Consejo de Ministros imponía la imposición del arbitraje obligatorio en razón a las siguientes consideraciones: 1) La duración de la huelga que, justificaban, se solapaba con una «huelga de celo» (aquella que consiste en aplicar estrictamente la normativa laboral reduciendo la productividad) y había pasado a ser total e indefinida. 2) También explicaban las consecuencias nocivas no sólo para la empresa sino también para los ciudadanos y para la seguridad ciudadana, pública y aeroportuaria, además de para el orden público, atendiendo a la importancia del aeropuerto y a la relevancia de la actividad de la empresa para el transporte aéreo. 3) Destacaban el perjuicio causado a los pasajeros por el excesivo aumento de los tiempos en que debían permanecer en las colas. 4) Encontraban irreconciliables las posiciones de las partes por la distancia entre las reivindicaciones económicas: los trabajadores reclamaban un complemento de 350€ en quince pagas mientras la empresa ofrecía 155€ y el aumento de la plantilla para que sean cinco los vigilantes por línea en momentos de máxima actividad y refuerzo general de la misma para cubrir descansos, mientras la empresa ofrecía cinco vigilantes por línea en verano y refuerzo de 21 puestos todo el año para descansos. 5) Recuerdan luego que se rechazó la propuesta del mediador, que proponía un complemento de 200€ en doce pagas, cinco vigilantes por línea, de marzo a octubre, y un aumento de refuerzo de 23 puestos todo el año para descansos. 6) Se detienen en las consecuencias para la economía nacional y en la especial incidencia de la huelga en el turismo, sector fundamental de la misma. 7) Por último, se remite al Informe-Memoria de la Secretaría General del Ministerio de Fomento de 14 de agosto de 2017 que se extiende sobre las razones que fundamentan la declaración del arbitraje obligatorio.

I. Centrémonos ahora en la sentencia del Tribunal Supremo a la demanda interpuesta por el comité de huelga de los trabajadores de la empresa Eulen. El comité de Huelga interpone la demanda por el «mal llamado» arbitraje obligatorio pues defienden que este tiene un alcance devastador ya que suprime radicalmente el ejercicio de esos derechos fundamentales e impone una solución heterónoma (la del laudo arbitral) en un ámbito que ha de regirse por el principio de autonomía. A partir de aquí, repasamos los requisitos del art. 10.1º RDLRT para concluir que no se cumplen en esta ocasión: 1) Sobre la duración de la huelga, defienden que la parcial —que afectó solamente a 1/6 parte de la jornada durante cinco días de agosto de 2017 (4, 6, 7, 11 y 13)— y que la huelga total, que solamente se produjo el 14 y 15 de agosto, junto con el carácter indefinida, no justifica *per se* la

medida excepcional tomada por el Gobierno. Por tanto, subrayan, no puede hablarse de duración prolongada. 2) Sobre las consecuencias, el Comité de Huelga de los Trabajadores defiende que la causa real de las colas es de naturaleza organizativa y únicamente imputable a AENA, S.M.E. y a su adjudicataria EULEN Seguridad, S.A.U. por no haber dimensionado correctamente la plantilla en coherencia con el número creciente de pasajeros. Advierten que las colas se deben al incremento de tráfico del aeropuerto pues, desde junio de 2016 a junio de 2017, ha aumentado el 8,1% de pasajeros en vuelos domésticos y del 9,7% en vuelos internacionales y al decrecimiento de la plantilla con la consecuencia de la sobrecarga de trabajo de los vigilantes. Las colas, insiste la demanda, se debieron a la reducción de las horas extraordinarias por extenuación de la plantilla que minoró su realización voluntaria. 3) Sobre las posiciones de las partes, el Comité de Huelga de los Trabajadores indica que la apreciación de que fueran irreconciliables carece de fundamento. Por ejemplo, respecto a la cuantificación del plus mensual, se fueron produciendo progresivamente acercamientos: la última oferta de la empresa fue de 200€ por doce pagas y los trabajadores rebajaron a 250€ por quince pagas su pretensión. 4) Sobre las consecuencias de la huelga para la economía nacional, la demanda afirma que *«la sola circunstancia del perjuicio para la economía nacional, aunque esta se produjere, por sí sola no podría alcanzar a dar amparo a la imposición forzosa del laudo arbitral obligatorio»* y, además, mantienen que no se produjo.

En la resolución del caso, para el Tribunal Supremo es menester examinar si concurrían o no los presupuestos requeridos por el art. 10 del RDLRT para que el Gobierno acuerde la imposición de un arbitraje obligatorio a fin de que cese una huelga y se resuelva el conflicto en el que se convocó mediante el laudo a dictar por el árbitro nombrado al efecto. Veamos, por tanto, como resuelve el Tribunal Supremo cada uno de los requisitos.

- i) Primer requisito. Según recuerdan las partes, se refiere, en primer lugar, el art. 10 del RDLRT a *«la duración o las consecuencias de la huelga»*. Aunque la conjunción «o» que emplea el precepto parece tener un sentido disyuntivo, duración y consecuencias se implican. Tampoco es difícil concluir que, de los dos conceptos utilizados por el art. 10, el que predomina es el segundo, pues una huelga duradera normalmente producirá consecuencias. Y, si efectivamente, sus efectos son de gran entidad desde el primer momento, el dato temporal quedará relativizado, pues lo relevante será si es proporcionado o no que el ejercicio del derecho a la huelga siga perjudicando por más tiempo los intereses generales protegidos por la Constitución. Esa apreciación debe hacerse, claro está, caso por caso, atendiendo a las singulares circunstancias existentes. Es significativo que la jurisprudencia que ha interpretado el primer párrafo de este art. 10 del RDLRT, en huelgas que afectaban al transporte aéreo y por carretera, haya considerado suficientes para apreciar el requisito temporal diez días, uno por semana, durante dos meses (134); o seis días (135), para pasar a ser indefinida a partir del séptimo, atendidas las consecuencias que estaban produciendo. Ciertamente, la sentencia del Tribunal Constitucional 11/1981 habla de *«duración muy prolongada»*, pero no añade más precisiones al respecto y, desde luego, no la relaciona con los efectos que deriven de la huelga. Por eso, no se puede extraer de esa referencia ninguna consecuencia definitiva para acotar temporalmente el período que ha de transcurrir para que se cumpla el requisito. La «duración», en definitiva, al igual que las «consecuencias» son conceptos jurídicos indeterminados que han de concretarse en cada caso singular. Pues bien, en este, aunque se consideren solamente el período comprendido entre el 4

de agosto de 2017 y el 16 de agosto, el carácter indefinido de la convocatoria y que ésta pasó a ser de huelga total, se podía tener por cumplida esta exigencia en relación con dichas consecuencias. La circunstancia de que, inicialmente, la huelga fuera parcial y se extendiera solamente a una hora en cada turno durante los viernes, domingos y lunes hasta que pasó a ser total, no sirve para negar la concurrencia de los presupuestos legales. Hablar de una hora de huelga por turno, en total cuatro al día durante tres días, no refleja la realidad. No lo hace porque las características de la labor de los trabajadores en huelga llevan a que la cesación de su actividad en esos períodos, aún con servicios mínimos, acumule retrasos suficientes como para provocar prolongadas colas de los pasajeros que tienen que atravesar los filtros de seguridad. Seguramente, por estos motivos, los tiempos de espera fueron a veces más largos en horas en que formalmente no había huelga que durante las que se correspondían con ella. Además, los días en que esa huelga parcial tuvo lugar fueron los del comienzo y término del fin de semana y en un período de máxima afluencia de viajeros con motivo de las vacaciones veraniegas. Basta con examinar los tiempos de espera para pasar los filtros de seguridad: por ejemplo, se muestran demoras superiores a los treinta minutos que llegan en algunos momentos a los ciento ocho minutos. Por tanto, ya en esa fase de la huelga, aun cumpliéndose los servicios mínimos, los tiempos de espera fueron de todo punto excesivos siendo notorias las enormes colas que se produjeron y la consiguiente afectación de numerosos pasajeros de toda edad y condición.

- ii) Segundo requisito. Las posiciones de las partes no hacían presagiar un acuerdo en tiempo inmediato previsible pues la propuesta a que condujo la mediación del Departamento de Trabajo, Asuntos Sociales y Familia de la Generalidad de Cataluña, fue rechazada por la asamblea de los trabajadores cuyas reivindicaciones económicas y de ampliación de la plantilla estaban lejos de la oferta de la empresa y de la solución ofrecida por el mediador. Por tanto, en el contexto de una huelga que estaba afectando directamente a la empresa, pero, también, a infinidad de pasajeros, no era irrazonable concluir que la solución del conflicto no estaba a la vista, aunque no se hubieran roto formalmente las negociaciones. Por tanto, desde esta perspectiva tampoco cabe reprochar la actuación del Gobierno.
- iii) Tercer requisito. La expresión «*consecuencias para la economía nacional*», utilizada por el art. 10, es otra noción indeterminada que requiere precisión a la luz de las circunstancias específicas del conflicto. Es claro que no equivale a una alteración cualquiera, pero también lo es que, para justificar su materialización no es necesario señalar porcentajes ni tampoco cuantificar separadamente la incidencia de la huelga sector por sector. Para decidir si hay o no afectación a la economía nacional es suficiente una valoración de conjunto a partir, eso sí, de datos concretos significativos. Esos datos los ofrece el acuerdo del Consejo de Ministros y resultan igualmente del expediente: el número de vuelos de salida previstos en las jornadas de la huelga (más de quinientos en cada una) y el de pasajeros previstos para los mismos (varias decenas de miles por día) así como los tiempos de espera mencionados. A partir de ahí, no es difícil deducir la trascendencia económica de la huelga. Ayudan a ello los datos que ofrece el acuerdo del Consejo de Ministros sobre la distribución del impacto en distintos sectores de actividad económica de las huelgas en los servicios de transporte aéreo. Hay que tener en cuenta, además, que la relevancia para la economía nacional de los aeropuertos de interés general que gestiona AENA está reconocida también por el legislador, según recuerda el acuerdo del Consejo de Ministros

refiriéndose al art. 21 de la Ley 18/2014, de 15 de octubre, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia. Por tanto, estimar que una huelga de las características indicadas y con los notorios efectos que produjo en el segundo aeropuerto más importante de España incide en la economía nacional no está fuera de lugar. Tal apreciación se refuerza con la consideración de las consecuencias negativas que conllevó desde el punto de vista de la imagen, aspecto inmaterial pero muy importante en un país en el que el turismo es la principal actividad económica.

El arbitraje obligatorio previsto por el art. 10 del RDLRT ha sido considerado conforme al texto fundamental por la sentencia del Tribunal Constitucional 11/1981

En definitiva, para el Tribunal Supremo todo lo anterior no desvirtúa ni transgrede al Comité de Libertad Sindical de la Organización Internacional del Trabajo. En primer lugar, porque imponer un arbitraje obligatorio no supone prohibir el ejercicio del derecho de huelga sino someter el conflicto que le ha dado lugar a la decisión de un tercero imparcial. En segundo término, porque los supuestos a que se refiere el recurrente (crisis nacionales agudas como las causadas por la declaración de emergencia ante un golpe de Estado o ante una insurrección o la motivada por una catástrofe natural) hacen pensar en circunstancias del todo ajenas al desenvolvimiento de los conflictos laborales en sociedades democráticas. Apuntan, por el contrario, a escenarios más acordes con los estados previstos en el art. 116 de la Constitución. Por lo demás, el arbitraje obligatorio previsto por el art. 10 del RDLRT ha sido considerado conforme al texto fundamental por la sentencia del Tribunal Constitucional 11/1981. Finaliza este tribunal considerando que no existe desproporción en la imposición del arbitraje obligatorio. El juicio de ponderación a que conduce la aplicación del art. 10 del RDLRT supone, justamente, contrapesar el derecho fundamental a la huelga de unos determinados trabajadores con los derechos e intereses protegidos constitucionalmente que se ven afectados. La apreciación de la concurrencia de los requisitos de ese precepto supone, precisamente, constatar que la continuidad del ejercicio del derecho a la huelga comporta ya unas consecuencias desproporcionadas para esos otros derechos e intereses y justifica que se sustituya por el laudo de un árbitro imparcial.

II. Centrémonos ahora en la sentencia del Tribunal Supremo a la demanda interpuesta por la confederación sindical de Comisiones Obreras. De manera general, la confederación sindical de Comisiones Obreras fundamenta la demanda en los siguientes razonamientos: 1) Por no darse el supuesto habilitante para limitarlo, el acuerdo del Consejo de Ministros vulnera el derecho a la huelga. Se refiere a que los afirmados daños a la economía nacional o a la seguridad pública no se han justificado mediante una motivación idónea, racional y verosímil y son incongruentes con los informes obrantes en las actuaciones. Se alega que los únicos elementos tomados en consideración por el Consejo de Ministros fueron los eventuales retrasos en la superación de los controles de seguridad y las colas de pasajeros que pretendían acceder a las instalaciones. Sobre la dificultad de

acceso del personal que presta servicios en las zonas objeto de protección a causa de la huelga, se afirma que no hay prueba alguna. Tampoco hay cuantificación de su impacto en el Producto Interior Bruto ni se indica su incidencia concreta en el turismo, en la ocupación hotelera o en la cancelación de reservas. En cambio, se toman en consideración tiempos de paso que no coincidían con la huelga. 2) Por otra parte, afirma la Confederación Sindical de Comisiones Obreras que falta toda ponderación sobre la existencia de otras vías de solución. Se refiere, en concreto, a la intervención de AENA en cuyo interés se realiza la actividad laboral y no es ajena a las relaciones laborales. Señala la demanda que, al externalizar el servicio, elude las obligaciones empresariales y se presenta como un tercero sin asumir su responsabilidad en la solución del conflicto de manera que durante la huelga no existe un interlocutor con capacidad para decidir. 3) La desproporción entre el sacrificio del derecho de huelga y los efectos de los retrasos es una nueva causa de infracción del art. 10 del RDLRT, ya que no considera legítimo que, por razones básicamente económicas, se deje vacío de contenido el derecho a la huelga de los trabajadores. En este punto se afirma que los retrasos se debieron a un modelo de gestión aeroportuaria que traslada a los ciudadanos la demora en el acceso por la obsolescencia de un sistema cuyos condicionantes estructurales imponen enormes pérdidas de tiempo a los viajeros en los momentos de mayor afluencia. 4) Reitera la vulneración del art. 10 del RDLRT porque existían otras vías para garantizar la seguridad aeroportuaria y la continuidad del transporte compatibles con el derecho a la huelga. Se refiere la demanda a la fijación de los servicios mínimos en el 90%, que ya había agotado hasta límites extremos ese derecho fundamental y a que, al respetarse, la huelga solamente afectaba al 0,71% de la plantilla y de la jornada laboral. Esos servicios, dice, podían revisarse de tenerse por insuficientes, llegando, incluso, al 100% en algunas franjas horarias o días determinados. 5) La demanda ve desviación de poder en la imposición del arbitraje ya que sostienen que solamente pretendía impedir el proceso negociador. 6) Mantiene la Confederación Sindical de Comisiones Obreras que no hubo garantía de imparcialidad en la designación del árbitro porque se dejó al Ministerio de Fomento, que tenía interés directo en el resultado del conflicto. Aclara, no obstante, que no discute la imparcialidad del árbitro designado sino el procedimiento dispuesto por el Consejo de Ministros que deja la decisión a la discrecionalidad de la parte afectada y no asegura la independencia de criterio de quien sea designado. 7) Por último, se niega la competencia del Gobierno para imponer el arbitraje dado que el ámbito del conflicto era inferior al de la Comunidad Autónoma.

Resuelve el Tribunal Supremo de manera similar a la sentencia dictada en la misma fecha en la demanda interpuesta por el Comité de Trabajadores de Eulen (para no ser repetitivos no nos referimos en este momento a los fundamentos ya vistos y que son totalmente aplicables a esta nueva sentencia). Sin embargo, al existir más razonamientos jurídicos por parte del ahora demandante Comisiones Obreras, sí nos referimos a los siguientes fundamentos: 1) Respecto a la negación de la competencia del Gobierno para imponer el arbitraje dado que, conforme alegan en la demanda, el ámbito del conflicto era inferior al de la Comunidad Autónoma, el Tribunal Supremo resuelve que basta para descartar la dimensión exclusivamente local del conflicto, la constatación de que el Aeropuerto de Barcelona-El Prat es el segundo en tráfico aéreo de España y de que las alteraciones que se produzcan en su funcionamiento repercuten, no sólo en los demás aeropuertos españoles, sino también en los de otros países. 2) Apunta la demanda que no se exploraron vías alternativas de solución que no pasaran por la imposición del arbitraje. La fijación de servicios

mínimos y su cumplimiento (no se debe olvidar que el prestado por los aeropuertos es uno de los esenciales para la comunidad cuya garantía erige el art. 28.2º CE en límite al derecho a la huelga) no impidieron las demoras y las colas consiguientes que alteraron la normal actividad del aeropuerto y los planes de muchos viajeros a pesar de que fueran del 90%. Por tanto, aun siendo el previsto por el art. 10 del RDLRT un remedio extraordinario por los efectos que comporta para el derecho fundamental a la huelga, no está condicionado más que por los requisitos allí previstos. Es la justificación de su concurrencia lo relevante. En este caso, el hecho de que, ni siquiera con unos servicios tan elevados, se asegurara la garantía del mantenimiento de un servicio esencial para la comunidad, muestra que no eran el camino para lograr ese objetivo ni para resolver el conflicto. 3) Otro extremo pendiente de resolver es el relativo a la impugnación del procedimiento mediante el que se debía designar al árbitro, procedimiento que no aseguraba (dice la demanda) la imparcialidad del que fuera nombrado. Se refiere a que encomendar, en defecto de acuerdo entre las partes, la designación al Ministerio de Fomento, de quien depende AENA, S.M.E., es confiar a una parte esa decisión. El hecho de que la propia recurrente nos diga que no discute la imparcialidad del árbitro finalmente nombrado, don Marcos Peña Pinto, presidente del Consejo Económico y Social, priva de virtualidad a este motivo de impugnación ya que el efecto contrario a la imparcialidad que la Confederación Sindical de Comisiones Obreras atribuye al procedimiento en cuestión no se ha producido según ella misma reconoce. Y sucede que el acuerdo del Consejo de Ministros recurrido no es una disposición general sino un acto concreto cuya eficacia se agota en el caso particular para el que se ha dictado. Por tanto, el Tribunal Supremo también rechaza este motivo de impugnación y con él, el recurso contencioso-administrativo.

V. BALANCE Y PERSPECTIVAS: CONCLUSIONES

El arbitraje obligatorio es una decisión autoritaria y excepcional que los sindicatos rechazan por intervención política encaminada a terminar/prohibir la huelga. Figura del arbitraje obligatorio que desde el inicio fue salvada por el Tribunal Constitucional al establecer que *«no por ser obligatorio deja de ser verdadero arbitraje siempre que se garanticen las condiciones de imparcialidad del árbitro y es medio idóneo de solución posible en tan excepcionales casos como los que el precepto describe»* (136). Lo que no es óbice para declarar que tal figura tan excepcional deberá extremar, en cada caso, la motivación probatoria de la presencia de las razones excepcionales que exige la norma habilitadora, al menos, hasta que se esté en condiciones de abordar, y llegue a entrar en vigor, la nueva disciplina legislativa que nuestro sistema democrático necesita para el ejercicio del derecho fundamental a la huelga (137).

Respecto a su naturaleza jurídica, un sector doctrinal mantiene la naturaleza reglamentaria y no convencional del laudo arbitral en la medida en que es la propia Administración la que decide la existencia de arbitraje y su árbitro (138). Pero el sector doctrinal más dominante defiende la naturaleza jurídica del laudo arbitral desde la perspectiva del conflicto colectivo que viene a solucionar, bien integrándolo en la norma discutida (si el conflicto es de interpretación) o bien asignándole el valor de convenio colectivo (si el conflicto es de intereses). En los casos de conflicto de intereses donde el laudo materialmente realiza una auténtica recomposición de intereses y consiguientemente una novación del convenio colectivo aplicable, el contenido del laudo arbitral se

aplica automáticamente a los contratos individuales de trabajo que entran dentro de su ámbito funcional de aplicación, sin requerirse ningún acto o acuerdo individual adicional. Desde esta perspectiva, el laudo vendría a desplegar los mismos efectos que un convenio colectivo (funcionalmente el arbitraje es un mecanismo sustitutivo de la propia negociación colectiva) lo que permite una amplia aplicación analógica de las normas previstas para éste. Al hilo de lo anterior, realiza una función de suplencia de la autonomía colectiva, lo que hace que su afinidad con los medios privados de composición de los conflictos sea patente (139) .

Por último, el arbitraje obligatorio termina siendo un mecanismo autoritario de solución de conflictos que entra en fricción con el derecho de negociación colectiva y con el derecho de huelga; mecanismo que, en determinadas ocasiones, en aras del interés general, parece necesario como última *ratio* de solución del conflicto de trabajo (140) . Al hilo de lo anterior, quizás fuera recomendable diseñar un marco más perfecto y acabado de procedimentalización del conflicto *previo* en el que se establecieran técnicas tolerantes y respetuosas con el principio de autotutela colectiva, aplicándose exclusivamente el arbitraje obligatorio de manera excepcional y subsidiaria cuando este marco procedimental fracasara (141) .

BIBLIOGRAFÍA

- ALARCÓN CARACUEL, M. R., «Huelga en servicios esenciales de la comunidad», en *Revista del Instituto de Estudios Económicos* (Ejemplar dedicado a «La regulación del Derecho de Huelga en España»), n.º 2 y 3, 2010, pp. 257 y 258.
- ALONSO GARCÍA, M. *et al*, *La solución de los conflictos colectivos de trabajo*, Madrid, IEE, 1979.
- BALLESTER PASTOR, M. A., *El arbitraje laboral*, Madrid, MTSS, 1993.
- BARCELÓ FERNÁNDEZ, J., «La incidencia y desproporción de los daños infligidos al empresario a causa de la huelga», en J. CABEZA PEREIRO y J. FERNÁNDEZ DOCAMPO, *et al: Participación y acción sindical en la empresa*, Albacete, Bomarzo, 2013, pp. 297 ss.
- BAYLOS GRAU, A., «Formas nuevas y reglas viejas en el conflicto social», en *Revista de Derecho Social*, n.º 2, 1998, pp. 76 ss.
- BAYLOS GRAU, A., «Huelga y conflicto en una nueva transición constituyente», en *Gaceta Sindical*, n.º 23, 2014, pp. 286 ss.
- BAYLOS GRAU, A., *Derecho de huelga y servicios esenciales*, 2ª ed., Madrid, Tecnos, 1988.
- BAYLOS GRAU, A., *Servicios esenciales, servicios mínimos y derecho de huelga*, Albacete, editorial Bomarzo, 2018.
- BERNAL PULIDO, C., *El principio de proporcionalidad y derechos fundamentales* Madrid, CEC, 2003.
- BIRGILLITO, M., «Una mirada comparada sobre el derecho de huelga en los servicios esenciales y sus

sujetos reguladores: Italia y España», en *Revista de derecho social*, n.º 73, 2016, pp. 194 ss.

BIRGILLITO, M., *La huelga en los servicios esenciales desde una perspectiva comparada. Italia y España*, Albacete, Bomarzo, 2019, pp. 107 ss.

CABEZA PEREIRO, J., «La imposición de servicios mínimos», en BAYLOS GRAU, A. (Coord.) *et al: Estudios sobre la Huelga*, Albacete, Bomarzo, 2005, pp. 182 ss.

CALAMANDREI, P., «Significato costituzionale del diritto di sciopero», en CALAMANDREI, P. (aut.) y CAPPELLETTI, M. (a cargo de): *Opere Giuridiche*, Vol. III., Napoli, Morano editore, 1965, pp. 468 ss; publicado también en CALAMANDREI, P.: «Significato costituzionale del diritto di sciopero», en *Riv. giur. lav.*, I, 1952, pp. 221-244.

CARRIZOSA PRIETO, E., «El principio de proporcionalidad como mecanismo de control de las injerencias en el derecho de huelga», en *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, n.º 77, 2004, pp. 84 ss.

DE LA PUEBLA PINILLA, A., «Huelga de los trabajadores y responsabilidad de la empresa frente a terceros», en *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, n.º 50, 2019, pp. 1 ss.

DURÁN LÓPEZ, F., *Autorregulación de servicios mínimos en huelgas y paros laborales*, Sevilla, Servicio de Publicaciones y BOJA, 1988.

DURÁN LÓPEZ, F., *Una visión liberal de las relaciones laborales*, Córdoba, Universidad de Córdoba, 2006, pp. 259 ss.

ERMIDA URIARTE, O., *La flexibilización de la huelga*, Montevideo, Ed. Fundación de Cultura Universitaria, 1999,

GÁRATE CASTRO, F.J., «Derecho de huelga y servicios esenciales», *REDT*, n.º 75, 1996, pp. 29 ss.

GARCÍA MURCIA, J., «El derecho de huelga en España: nuevas piezas para un sistema inacabado», en CABEZA PEREIRO, J. y MARTÍNEZ GIRÓN, J. (coords.) *et al: El conflicto colectivo y la huelga. Estudios en homenaje al profesor Gonzalo Diéguez*, Murcia, Laborum, 2008, pp. 351 ss.

GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. y MERCADER UGUINA, J. R., «Conflicto y ponderación de los derechos fundamentales de contenido laboral. Un estudio introductorio», en SEMPERE NAVARRO, A. V. *et al: El modelo social en la Constitución Española de 1978*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2003, pp. 258 ss.

GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I., «El alcance constitucional del derecho de huelga», en CASAS BAAMONDE, M.ª E., CRUZ VILLALÓN, J. y DURÁN LÓPEZ, F. (coords.) *et al: Las transformaciones del derecho del trabajo en el marco de la Constitución española: estudios en homenaje al profesor Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer*, Madrid, Wolters Kluwer, 2006, pp. 329 ss.

GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I., «Ley, convenio colectivo, contrato de trabajo y derechos fundamentales del trabajador», *RDS*, n.º 4, 1998, pp. 49 ss.

GÓMEZ MONTORO, A., «La titularidad de derechos fundamentales por personas jurídicas: un intento de fundamentación», *REDC*, 2002, n.º 65, pp. 50 ss.

HART, H. L. A.: *El concepto de Derecho*, trad. G. R. Carrió, 2ª ed., México, Editora Nacional, 1980.

HYMAN, R.: *Relaciones industriales una introducción marxista*, trad. V. M. Izquierdo Loyola, Madrid, Hermann Blume, 1981.

KLUTH, W.: «Prohibición de exceso y principio de proporcionalidad en Derecho Alemán», en *Cuadernos de Derecho Público*, n.º 5, 1998, pp. 219 ss.

LÓPEZ-TAMÉS IGLESIAS, R., «Significativos y cercanos pronunciamientos sobre la huelga», en *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, n.º 164, 2014, pp. 115 ss.

MATIA PRIM, J., SALA FRANCO, T., VALDÉS DAL-RÉ, F. y VIDA SORIA, J., *Huelga, cierre patronal y conflictos colectivos*, Madrid, Civitas, 1982,

MERCADER UGUINA, J.R., «Bases para la construcción del juicio de no discriminación por razón de edad», en J.R. MERCADER UGUINA (dir.) *et al*, *Trabajadores maduros. Un análisis multidisciplinar de la repercusión de la edad en el ámbito social*, Valladolid, Lex Nova, 2009, pp. 36 ss.

MONEREO PÉREZ, J.L. y ORTEGA LOZANO, P. G., *El derecho de huelga: configuración y régimen jurídico*, Cizur Menor, Aranzadi Thomson Reuters, 2019.

MONEREO PÉREZ, J.L. y ORTEGA LOZANO, P.G., «Acuerdos colectivos, mediación y arbitraje en los descuelgues», en *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, n.º 154, 2020, pp. 251 ss.

MONEREO PÉREZ, J.L. y ORTEGA LOZANO, P.G., *El derecho de huelga: configuración y régimen jurídico*, Cizur Menor, Aranzadi Thomson Reuters, 2019.

MONEREO PÉREZ, J.L., «Derecho de negociación y acción colectiva (art. 28)», en MONEREO ATIENZA, C. y MONEREO PÉREZ, J.L. (Dirs. y coords.) *et al*: *La Europa de los derechos: estudio sistemático de la carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea*, Granada, Comares, 2012.

MONEREO PÉREZ, J.L., «El modelo normativo de huelga en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», en CABEZA PEREIRO, J. y MARTÍNEZ GIRÓN, J. (coords.) *et al*: *El conflicto colectivo y la huelga. Estudios en homenaje al profesor Gonzalo Diéguez*, Murcia, Laborum, 2008, pp. 262 ss.

MONEREO PÉREZ, J.L., «La huelga como derecho constitucional: la técnica específica de organización jurídico-constitucional de la huelga (I y II)», en *Temas Laborales*, n.ºs 27-28, 1993.

MONEREO PÉREZ, J.L., «Prólogo: la huelga en el sistema de relaciones laborales», en MONEREO

- PÉREZ, J.L. (Coord.) *et al*: *Derecho de huelga y conflictos colectivos. Estudio crítico de la doctrina jurídica*, Granada, Comares, 2002.
- MONEREO PÉREZ, J.L., FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A. y SERRANO FALCÓN, C.: «Arbitraje en caso de huelga y sistema democrático de relaciones laborales», en *Rev. Relaciones Laborales*, n.º 14, 2001, pp. 13-52.
- MONEREO PÉREZ, J.L., *La metamorfosis del derecho del trabajo*, Albacete, Bomarzo, 2017.
- MONEREO PÉREZ, J.L.: «Derecho de negociación y acción colectiva (art. 28)», en MONEREO ATIENZA, C. y MONEREO PÉREZ, J.L. (dirs. y coords.) *et al*: *La Europa de los derechos: estudio sistemático de la carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea*, Granada, Comares, 2012, pp. 659 ss.
- MONEREO PÉREZ, J.L. (coord.) *et al*, *Derecho de huelga y conflictos colectivos. Estudio crítico de la doctrina jurídica*, Granada, Comares 2002.
- MORENO VIDA, M.ª. N., *La huelga en Servicios Esenciales*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2007.
- MORENO VIDA, M.ª.N., «La huelga en servicios esenciales», en J. CABEZA PEREIRO y J. MARTÍNEZ GIRÓN (coords.) *et al*: *El conflicto colectivo y la huelga. Estudios en homenaje al profesor Gonzalo Diéguez*, Murcia, Laborum, 2008, pp. 510 ss.
- MORENO VIDA, M.ª.N., «La intervención administrativa en las huelgas en servicios esenciales de la comunidad», en *Temas Laborales*, n.º 125, 2014, pp. 334 ss.
- MORENO VIDA, M.ª.N., «Sobre la mediación extrajudicial previa como presupuesto de validez de la huelga y la ilegalidad de las huelgas novatorias», en *Aranzadi Social: Revista Doctrinal*, n.º 12, 2008, pp. 31 ss.
- MURGAS TORRAZA, R., «Efectos del ejercicio del derecho de huelga en la relación de trabajo», en CABEZA PEREIRO, J. y FERNÁNDEZ DOCAMPO, J. *et al*: *Participación y acción sindical en la empresa*, Albacete, Bomarzo, 2013, pp. 327 ss.
- PALOMEQUE LÓPEZ, C., «El ejercicio del derecho de huelga en los servicios esenciales de la comunidad», en CABEZA PEREIRO, J. y MARTÍNEZ GIRÓN, J. (coords.) *et al*: *El conflicto colectivo y la huelga. Estudios en homenaje al profesor Gonzalo Diéguez*, Murcia, Laborum, 2008, pp. 474 ss.
- PALOMEQUE LÓPEZ, M. C.: «La regulación de la huelga y sus inconvenientes funcionales», en *Revista del Instituto de Estudios Económicos* (Ejemplar dedicado a «La regulación del Derecho de Huelga en España»), n.º 2 y 3, 2010, pp. 125 ss.
- PALOMEQUE LÓPEZ, M. C.: «Un nuevo arbitraje obligatorio para la huelga», en *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, n.º 36, 2017, pp. 12 ss.
- PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F., «A modo de prólogo: limitaciones de la regulación vigente del

- derecho de huelga», en PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F. (dir.) y MONREAL BRINGSVAERD, E. (coord.) *et al: Real Decreto-Ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo (Régimen legal y jurisprudencial de la huelga, el cierre patronal y el conflicto colectivo)*, Madrid, La Ley, 2014, pp. 38 ss.
- PÉREZ REY, J., «Tertulias, reportajes de actualidad y esquirolaje tecnológico en la huelga general (a propósito de la STS de 11 de junio de 2012)», en *Revista de Derecho Social*, n.º 59, 2012, pp. 198 ss.
- RAMOS QUINTANA, M. I.: «La huelga como derecho fundamental», en SANGUINETI RAYMOND, W. y CABERO MORÁN, E. (coords.) *et al: Sindicalismo y Democracia. El Derecho Sindical Español del profesor Manuel Carlos Palomeque treinta años después (1986-2016)*, Granada, Comares, 2017, pp. 577 ss.
- ROMAGNOLI, U.: «El derecho de huelga en Italia», en *Revista de trabajo y Seguridad Social*, n.º 5, 1992, pp. 57 ss.
- SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C. y MARTÍN JIMÉNEZ, R., «La solución extrajudicial de los conflictos laborales, en especial en caso de huelga», en CHICO DE LA CÁMARA, P. *et al: Las medidas alternativas de resolución de conflictos (ADR) en las distintas esferas del ordenamiento jurídico*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 521 ss.
- SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C., «Los mecanismos de solución extrajudicial de conflictos laborales en caso de huelga», en *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, n.º 123, 2016, pp. 206 ss.
- SANGUINETI RAYMOND, W., *Los empresarios y el conflicto laboral (del cierre a la defensa de la producción)*, Valencia, Tirant lo blanch, 2006.
- SUPIOT, A.: «Informe de síntesis», en MARZAL, A. (Ed.) *et al: La huelga hoy en el derecho social comparado*, Barcelona, Bosch Editor, 2005, pp. 268 ss.
- TERRADILLO ORMAETXEA, E.: «Límites externos al ejercicio del Derecho de Huelga y las huelgas ilícitas», en BAYLOS GRAU, A.: (Coord.) *et al: Estudios sobre la huelga*, Albacete, Bomarzo, 2005, pp. 52 ss.
- TORRENTE GARI, S., *El ejercicio del derecho de huelga y los servicios esenciales*, Barcelona, Cedecs, 1996.
- VEGA LÓPEZ, J., «El arbitraje obligatorio que pone fin a la huelga», en *Temas Laborales*, n.º 70, 2003, pp. 263 ss.
- VIVERO SERRANO, J. B., *La huelga en los servicios esenciales*, Valladolid, Lex Nova, 2002.
- VIVERO SERRANO, J. B., *La terminación de la huelga*, Valencia, Tirant lo blanc, 2007.
- WEDDERBURN, K. W., «Industrial action, the State and the publica interest», en AA. VV.: *Industrial Conflict. A comparative Legar Survey*, London, Lonngman, 1972, pp. 320 ss.

- (1) H. Radbruch, *El Hombre en el Derecho. Conferencias y artículos seleccionados sobre cuestiones fundamentales del Derecho*, trad. Aníbal del Campo, revisión, edición crítica y estudio preliminar, «Gustav Radbruch: un modelo de jurista crítico en el constitucionalismo democrático social» (pp. IX-LXIII), a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 2020, p. 95.
- [Ver Texto](#)
- (2) J.L. Monereo Pérez, «Derecho de negociación y acción colectiva (art. 28)», en C. Monereo Atienza y J.L. Monereo Pérez (dirs. y coords.) et al: *La Europa de los derechos: estudio sistemático de la carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea*, Granada, Comares, 2012, p. 659. J.L. Monereo Pérez y P.G. Ortega Lozano, *El derecho de huelga: configuración y régimen jurídico*, Cizur Menor, Aranzadi Thomson Reuters, 2019, *passim*. J.L. Monereo Pérez y P.G. Ortega Lozano, «Acuerdos colectivos, mediación y arbitraje en los descuelgues», en *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, n.º 154, 2020, pp. 251 ss. J.L. Monereo Pérez: «Derecho de negociación y acción colectiva (art. 28)», en C. Monereo Atienza y J.L. Monereo Pérez (dirs. y coords.) et al: *La Europa de los derechos: estudio sistemático de la carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea*, Granada, Comares, 2012, p. 659. J.L. Monereo Pérez, «El modelo normativo de huelga en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», en J. Cabeza Pereiro y J. Martínez Girón (Cords.) et al: *El conflicto colectivo y la huelga. Estudios en homenaje al profesor Gonzalo Diéguez*, Murcia, Laborum, 2008, p. 262.
- [Ver Texto](#)
- (3) A. Supiot, «Informe de síntesis», en A. Marzal (ed.) et al: *La huelga hoy en el derecho social comparado*, Barcelona, Bosch Editor, 2005, p. 268.
- [Ver Texto](#)
- (4) O. Ermida Uriarte, *La flexibilización de la huelga*, Montevideo, Ed. Fundación de Cultura Universitaria, 1999, p. 38.
- [Ver Texto](#)
- (5) A. Baylos Grau, «Formas nuevas y reglas viejas en el conflicto social», en *Revista de Derecho Social*, n.º 2, 1998, p. 76.
- [Ver Texto](#)
- (6) W. Sanguineti Raymond, *Los empresarios y el conflicto laboral (del cierre a la defensa de la producción)*, Valencia, Tirant lo blanch, 2006, pp. 186 y 187.
- [Ver Texto](#)
- (7) R. Murgas Torraza, «Efectos del ejercicio del derecho de huelga en la relación de trabajo», en J. Cabeza Pereiro y J. Fernández Docampo, et al: *Participación y acción sindical en la empresa*, Albacete, Bomarzo,

2013, p. 327.

[Ver Texto](#)

- (8) La experiencia de nuestro país en la actualidad constituye en sí misma un ejemplo paradigmático sobre ese replanteamiento de las lógicas de acción huelguistas en el cuadro más general del sistema de relaciones industriales y del sistema político en su conjunto.

[Ver Texto](#)

- (9) Cf. H.L.A. Hart, *El concepto de Derecho*, trad. G.R. Carrió, 2ª ed., México, Editora Nacional, 1980.

[Ver Texto](#)

- (10) Vid. R. Hymann, *Relaciones industriales una introducción marxista*, trad. V. M. Izquierdo Loyola, Madrid, Hermann Blume, 1981, p. 209.

[Ver Texto](#)

- (11) M^aN. Moreno Vida, «Sobre la mediación extrajudicial previa como presupuesto de validez de la huelga y la ilegalidad de las huelgas novatorias», en *Aranzadi Social: Revista Doctrinal*, n.º 12, 2008, pp. 31 ss.

[Ver Texto](#)

- (12) Si se hace relacionar estas distintas «actitudes» institucionales con las del binomio (no exactamente equivalentes a ella) existente entre derecho «promocional» y derecho «represivo» se comprenderá perfectamente lo que se quiere decir con la reflexión formulada en el texto. Sobre ello se insistirá a propósito de las formas de regulación del derecho de huelga en servicios esenciales de la comunidad.

[Ver Texto](#)

- (13) J.L. Monereo Pérez, «Prólogo: la huelga en el sistema de relaciones laborales», en J.L. Monereo Pérez (Coord.) et al: *Derecho de huelga y conflictos colectivos. Estudio crítico de la doctrina jurídica*, Granada, Comares, 2002, p. XXII.

[Ver Texto](#)

- (14) Cf. P. Calamandrei, «Significato costituzionale del diritto di sciopero», en P. Calamandrei (aut.) y M. Cappelletti (a cargo de): *Opere Giuridiche*, Vol. III., Napoli, Morano editore, 1965, p. 468. Publicado también en P. Calamandrei, «Significato costituzionale del diritto di sciopero», en *Riv. giur. lav.*, I, 1952, pp. 221 a 244.

[Ver Texto](#)

- (15) Sobre el derecho de huelga en Italia, vid. U. Romagnoli, «El derecho de huelga en Italia», en *Revista de trabajo y Seguridad Social*, n.º 5, 1992, pp. 57 ss.

[Ver Texto](#)

(16) «*Il diritto di sciopero si esercita nell'ambito delle leggi che lo regolano*».

[Ver Texto](#)

(17) M.I. Ramos Quintana, «La huelga como derecho fundamental», en W. Sanguinetti Raymond y E. Cabero Morán (coords.) et al: *Sindicalismo y Democracia. El Derecho Sindical Español del profesor Manuel Carlos Palomeque treinta años después (1986-2016)*, Granada, Comares, 2017, p. 577.

[Ver Texto](#)

(18) J.L. Monereo Pérez, «Derecho de negociación y acción colectiva (art. 28)», en C. Monereo Atienza. y J.L. Monereo Pérez (dirs. y coords.) et al: *La Europa de los derechos: estudio sistemático de la carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea*, Granada, Comares, 2012, p. 659.

[Ver Texto](#)

(19) A. Baylos Grau, «Huelga y conflicto en una nueva transición constituyente», en *Gaceta Sindical*, n.º 23, 2014, p. 286.

[Ver Texto](#)

(20) J. Pérez Rey, «Tertulias, reportajes de actualidad y esquirolaje tecnológico en la huelga general (a propósito de la STS de 11 de junio de 2012)», en *Revista de Derecho Social*, n.º 59, 2012, p. 198.

[Ver Texto](#)

(21) R. López-Tamés Iglesias, «Significativos y cercanos pronunciamientos sobre la huelga», en *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, n.º 164, 2014, pp. 115 ss.

[Ver Texto](#)

(22) J.L. Monereo Pérez, «El modelo normativo de huelga en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», en J. Cabeza Pereiro y J. y J. Martínez Girón (coords.) et altri: *El conflicto colectivo y la huelga. Estudios en homenaje al profesor Gonzalo Diéguez*, Murcia, Laborum, 2008, p. 263.

[Ver Texto](#)

(23) J. Barceló Fernández, «La incidencia y desproporción de los daños infligidos al empresario a causa de la huelga», en J. Cabeza Pereiro y J. Fernández Docampo, et al: *Participación y acción sindical en la empresa*, Albacete, Bomarzo, 2013, p. 297.

[Ver Texto](#)

(24) Vid. I. García-Perrote Escartín, «El alcance constitucional del derecho de huelga», en Casas Baamonde, M.ª.E., Cruz Villalón, J. y Durán López, F. (coords.) et al: *Las transformaciones del derecho del trabajo en el marco de la Constitución española: estudios en homenaje al profesor Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer*, Madrid, Wolters Kluwer, 2006, pp. 329 ss.

[Ver Texto](#)

(25) F. Pérez de los Cobos Orihuel, «A modo de prólogo: limitaciones de la regulación vigente del derecho de huelga», en F. Pérez de los Cobos Orihuel (dir.) y E. Monreal Bringsvaerd (coord.) *et al: Real Decreto-Ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo (Régimen legal y jurisprudencial de la huelga, el cierre patronal y el conflicto colectivo)*, Madrid, La Ley, 2014, p. 38.

[Ver Texto](#)

(26) J. García Murcia, «El derecho de huelga en España: nuevas piezas para un sistema inacabado», en J. Cabeza Pereiro y J. Martínez Girón, J. (coords.) *et al: El conflicto colectivo y la huelga. Estudios en homenaje al profesor Gonzalo Diéguez*, Murcia, Laborum, 2008, p. 351.

[Ver Texto](#)

(27) J.L. Monereo Pérez y P.G. Ortega Lozano, *El derecho de huelga: configuración y régimen jurídico*, Cizur Menor, Aranzadi Thomson Reuters, 2019. J.L. Monereo Pérez, «La huelga como derecho constitucional: la técnica específica de organización jurídico-constitucional de la huelga (I y II)», en *Temas Laborales*, nºs 27-28 (1993), *passim*.

[Ver Texto](#)

(28) S. Torrente Gari, *El ejercicio del derecho de huelga y los servicios esenciales*, Barcelona, Cedecs, 1996, p. 257. J.B. Vivero Serrano, *La huelga en los servicios esenciales*, Valladolid, Lex Nova, 2002, p. 224.

[Ver Texto](#)

(29) M.^a.N. Moreno Vida, *La Huelga en Servicios Esenciales*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2007, p. 169.

[Ver Texto](#)

(30) STC 53/1986, de 5 de mayo, STC 233/1997, de 18 de diciembre, STC. 193/2006, de 19 de junio, STC 296/2006, de 11 de octubre, STC 58/2013, de 11 de marzo.

[Ver Texto](#)

(31) STC 26/1981, de 17 de julio, STC 53/1986, de 5 de mayo, STC 27/1989, de 2 de febrero y STC 8/1992, de 16 de enero.

[Ver Texto](#)

(32) STC. 193/2006, de 19 de junio, STC. 310/2006, de 23 de octubre y STC 36/2007, de 12 de febrero.

[Ver Texto](#)

(33) STC 296/2006, de 11 de octubre.

[Ver Texto](#)

(34) STC 233/1997, de 18 de diciembre.

[Ver Texto](#)

(35) M.R. Alarcón Caracuel, «Huelga en servicios esenciales de la comunidad», en *Revista del Instituto de Estudios Económicos* (Ejemplar dedicado a «La regulación del Derecho de Huelga en España»), n.º 2 y 3, 2010, pp. 257 y 258.

[Ver Texto](#)

(36) M^aN. Moreno Vida, «La intervención administrativa en las huelgas en servicios esenciales de la comunidad», en *Temas Laborales*, n.º 125, 2014, p. 334.

[Ver Texto](#)

(37) M.^aN. Moreno Vida, *La Huelga en Servicios Esenciales*, *op. cit.*, p. 178.

[Ver Texto](#)

(38) STC 8/1992, de 16 de enero.

[Ver Texto](#)

(39) STC 26/1981, de 17 de julio.

[Ver Texto](#)

(40) STC 26/1981, de 17 de julio.

[Ver Texto](#)

(41) STC 27/1989, de 2 de febrero.

[Ver Texto](#)

(42) STS 12 de diciembre de 1990, STS 27 de mayo de 1991, STS 22 de junio de 1993, STS 14 de marzo de 1994, STS 22 de septiembre de 1986, STS 11 de mayo de 1987 y STS 24 de junio de 1994.

[Ver Texto](#)

(43) STC 8/1992, de 16 de enero, STS 25 de julio de 2000, STS 19 de mayo de 2003, STS 26 de mayo de 2003 y STS 22 de septiembre de 2003.

[Ver Texto](#)

(44) M.C. Palomeque López, «El ejercicio del derecho de huelga en los servicios esenciales de la comunidad», en Cabeza Pereiro, J. y Martínez Girón, J. (coords.) *et al: El conflicto colectivo y la huelga. Estudios en homenaje al profesor Gonzalo Diéguez*, Murcia, Laborum, 2008, p. 476.

[Ver Texto](#)

(45) STC 53/1986, de 5 de mayo.

[Ver Texto](#)

(46) STC 27/1989, de 2 de febrero.

[Ver Texto](#)

(47) STS 12 de diciembre de 1990, STS 27 de mayo de 1991, STS 22 de junio de 1993, STS 14 de marzo de 1994, STS 22 de septiembre de 1986, STS 11 de mayo de 1987 y STS 24 de junio de 1994.

[Ver Texto](#)

(48) STS 22 de septiembre de 1986, STS 11 de mayo de 1987 y STS 24 de junio de 1994.

[Ver Texto](#)

(49)
STS 28 de septiembre de 2004 y STS 25 de julio de 2000.

[Ver Texto](#)

(50) STS 14 de octubre de 1997.

[Ver Texto](#)

(51)
E. Carrizosa Prieto, «El principio de proporcionalidad como mecanismo de control de las injerencias en el derecho de huelga», en *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, n.º 77, 2004, p. 84. También, W. Kluth, «Prohibición de exceso y principio de proporcionalidad en Derecho Alemán», en *Cuadernos de Derecho Público*, n.º 5, 1998, pp. 219 ss.

[Ver Texto](#)

(52) M.ª N. Moreno Vida, *La Huelga en Servicios Esenciales*, op. cit., p. 180.

[Ver Texto](#)

(53) STC 66/1995, de 8 de mayo.

[Ver Texto](#)

(54) M.ª N. Moreno Vida., «La huelga en servicios esenciales», en Cabeza Pereiro, J. y Martínez Girón, J. (coords.), *et altri: El conflicto colectivo y la huelga. Estudios en homenaje al profesor Gonzalo Diéguez*, Murcia, Laborum, 2008, p. 510.

[Ver Texto](#)

(55) Vid. J.L. Monereo Pérez, *La metamorfosis del derecho del trabajo*, Albacete, Bomarzo, 2017, pp. 166 ss.

[Ver Texto](#)

(56) A. Gómez Montoro, «La titularidad de derechos fundamentales por personas jurídicas: un intento de fundamentación», en *REDC*, 2002, n.º 65, p. 50.

[Ver Texto](#)

(57) Voto particular del Magistrado don Vicente Gimeno Sendra en la STC 215/1994, de 14 de julio.

[Ver Texto](#)

(58) STC 58/1993, de 6 de mayo.

[Ver Texto](#)

(59) STC 66/1995, de 8 de mayo.

[Ver Texto](#)

(60) Voto particular del Magistrado don Fernando Valdés Dal-Ré a la STC 119/2014, de 16 de julio.

[Ver Texto](#)

(61) C. Bernal Pulido, *El principio de proporcionalidad y derechos fundamentales*, Madrid, CEC, 2003, p. 718.

[Ver Texto](#)

(62) J.R. Mercader Uguina, «Bases para la construcción del juicio de no discriminación por razón de edad», en J.R. Mercader Uguina (dir.) *et al*, *Trabajadores maduros. Un análisis multidisciplinar de la repercusión de la edad en el ámbito social*, Valladolid, Lex Nova, 2009, p. 36.

[Ver Texto](#)

(63) I. García-Perrote Escartín, «Ley, convenio colectivo, contrato de trabajo y derechos fundamentales del trabajador», en *RDS*, n.º 4, 1998, p. 49.

[Ver Texto](#)

(64) I. García-Perrote Escartín y J.R. Mercader Uguina, «Conflicto y ponderación de los derechos fundamentales de contenido laboral. Un estudio introductorio», en A.V. Sempere Navarro *et al*: *El modelo social en la Constitución Española de 1978*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2003, p. 258.

[Ver Texto](#)

(65) STC 207/1996, de 16 de diciembre.

[Ver Texto](#)

(66) STC 122/2000, de 16 de mayo.

[Ver Texto](#)

(67) I. García-Perrote Escartín. y J.R. Mercader Uguina, «Conflicto y ponderación de los derechos fundamentales de contenido laboral. Un estudio introductorio», en A.V. Sempere Navarro, *et al: El modelo social en la Constitución Española de 1978*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2003, p. 259.

[Ver Texto](#)

(68) STC 88/1986, de 1 de julio.

[Ver Texto](#)

(69) STC 26/1981, de 16 de noviembre.

[Ver Texto](#)

(70) Voto particular del Magistrado don Fernando Valdés Dal-Ré a la STC 119/2014, de 16 de julio.

[Ver Texto](#)

(71) J.B. Vivero Serrano, *La huelga en los servicios esenciales*, Valladolid, Lex Nova, 2002, pp. 313 y 314. E. Terradillo Ormaetxea, «Límites externos al ejercicio del Derecho de Huelga y las huelgas ilícitas», en A. Baylos Grau: (coord.) *et al: Estudios sobre la huelga*, Albacete, Bomarzo, 2005, pp. 52 y 53.

[Ver Texto](#)

(72) M.^ªN. Moreno Vida, *La Huelga en Servicios Esenciales*, *op. cit.*, p. 178.

[Ver Texto](#)

(73) STS 20 de mayo de 1990 y STS 21 de marzo de 1994.

[Ver Texto](#)

(74) F.J. Gárate Castro, «Derecho de huelga y servicios esenciales», en *REDT*, n.º 75, 1996, p. 29. J.B. Vivero Serrano, *La huelga en los servicios esenciales*, Valladolid, Lex Nova, 2002, pp. 314 ss. J. Cabeza Pereiro, «La imposición de servicios mínimos», en A. Baylos Grau (coord.) *et al: Estudios sobre la Huelga*, Albacete, Bomarzo, 2005, pp. 182 ss.

[Ver Texto](#)

(75) *Vid.* C. Palomeque López, «El ejercicio del derecho de huelga en los servicios esenciales de la comunidad », en J. Cabeza Pereiro y J. Martínez Girón (coords.) *et al: El conflicto colectivo y la huelga. Estudios en homenaje al profesor Gonzalo Diéguez*, Murcia, Laborum, 2008, pp. 474 ss.

[Ver Texto](#)

(76) STS 12 de marzo de 1999.

[Ver Texto](#)

(77) STS 16 de marzo de 1998.

[Ver Texto](#)

(78)

M.ª.N. Moreno Vida, *La Huelga en Servicios Esenciales*, op. cit., p. 178.

[Ver Texto](#)

(79) M.C. Palomeque López, «La regulación de la huelga y sus inconvenientes funcionales», en *Revista del Instituto de Estudios Económicos* (Ejemplar dedicado a «La regulación del Derecho de Huelga en España»), n.º 2 y 3, 2010, pp. 123 y 124.

[Ver Texto](#)

(80) STS 11 de julio de 1980.

[Ver Texto](#)

(81) STS 31 de marzo de 1982.

[Ver Texto](#)

(82)

STS 11 de mayo de 1987.

[Ver Texto](#)

(83) STS 17 de diciembre de 1992.

[Ver Texto](#)

(84)

STC 51/1986, de 24 de abril.

[Ver Texto](#)

(85) STS 14 de mayo de 1982.

[Ver Texto](#)

(86)

STS 17 de julio de 1986.

[Ver Texto](#)

(87) STS 9 de diciembre de 1986.

[Ver Texto](#)

(88) STS 11 de abril de 2003.

[Ver Texto](#)

(89) STS 13 de junio de 1990.

[Ver Texto](#)

(90) M.C. Palomeque López, «La regulación de la huelga y sus inconvenientes funcionales», en *Revista del Instituto de Estudios Económicos* (Ejemplar dedicado a «La regulación del Derecho de Huelga en España»), n.º 2 y 3, 2010, p. 125.

[Ver Texto](#)

(91) STS 14 de mayo de 1986.

[Ver Texto](#)

(92) STS 29 de mayo de 1987.

[Ver Texto](#)

(93) STS 13 de junio de 1990.

[Ver Texto](#)

(94) STS 15 de enero de 1991.

[Ver Texto](#)

(95) M^aN. Moreno Vida, «La intervención administrativa en las huelgas en servicios esenciales de la comunidad», en *Temas Laborales*, n.º 125, 2014, p. 339.

[Ver Texto](#)

(96) STC 26/1986, de 19 de febrero.

[Ver Texto](#)

(97) STC 51/1986, de 24 de abril.

[Ver Texto](#)

(98) STS 15 de julio de 2000].

[Ver Texto](#)

(99)

STC 51/1986, de 24 de abril, STC 27/1989, de 2 de febrero, STC 43/1990, de 15 de marzo y STC 8/1992, de 16 de enero.

[Ver Texto](#)

(100) STSJ Castilla-La Mancha 23 de marzo de 2016.

[Ver Texto](#)

(101) STC 53/1986, de 5 de mayo.

[Ver Texto](#)

(102) STC 53/1986, de 5 de mayo.

[Ver Texto](#)

(103) S. Torrente Gari, *El ejercicio del derecho de huelga y los servicios esenciales*, Barcelona, Cedecs, 1996, p. 306.

[Ver Texto](#)

(104) J.B. Vivero Serrano, *La huelga en los servicios esenciales*, Valladolid, Lex Nova, 2002, pp. 233 y 234.

[Ver Texto](#)

(105) M.^a.N. Moreno Vida, *La Huelga en Servicios Esenciales*, *op. cit.*, p. 184.

[Ver Texto](#)

(106) STC 123/1990, de 2 de julio.

[Ver Texto](#)

(107) M. Birgillito, «Una mirada comparada sobre el derecho de huelga en los servicios esenciales y sus sujetos reguladores: Italia y España», en *Revista de derecho social*, n.º 73, 2016, p. 194.

[Ver Texto](#)

(108) M. Birgillito, *La huelga en los servicios esenciales desde una perspectiva comparada. Italia y España*, Albacete, Bomarzo, 2019, pp. 107 y 108.

[Ver Texto](#)

(109) J.L. Monereo Pérez y P.G. Ortega Lozano, *El derecho de huelga: configuración y régimen jurídico*, Cizur Menor, Aranzadi Thomson Reuters, 2019, pp. 529 ss. *Vid.* J.L. Monereo Pérez, J.A. Fernández Avilés, y C. Serrano Falcón, «Arbitraje en caso de huelga y sistema democrático de relaciones laborales», en *Rev. Relaciones Laborales*, n.º 14, 2001, pp. 13-52. J.B. Vivero Serrano, *La terminación de la huelga*,

Valencia, Tirant lo Blanch, 2007, pp. 54 ss. F. Durán López, *Una visión liberal de las relaciones laborales*, Córdoba, Universidad de Córdoba, 2006, pp. 259 y 260. J. Vega López, «El arbitraje obligatorio que pone fin a la huelga», en *Temas Laborales*, n.º 70, 2003, pp. 263 ss.

[Ver Texto](#)

(110) *Vid.* al respecto J.B. Vivero Serrano, *La terminación de la huelga*, Valencia, Tirant lo blanc, 2007, *passim*.

[Ver Texto](#)

(111) M.ª.N. Moreno Vida, *La Huelga en Servicios Esenciales*, *op. cit.*, p. 224.

[Ver Texto](#)

(112) M.C. Palomeque López, «Un nuevo arbitraje obligatorio para la huelga», en *Trabajo y Derecho*, n.º 36, 2017, pp. 9 ss.

[Ver Texto](#)

(113) A. Baylos Grau, *Servicios esenciales, servicios mínimos y derecho de huelga*, Albacete, editorial Bomarzo, 2018, p. 25.

[Ver Texto](#)

(114) AA. VV., «El procedimiento de huelga. Terminación de la huelga y arbitraje obligatorio», en J.L. Monereo Pérez (coord.) *et al: Derecho de huelga y conflictos colectivos. Estudio crítico de la doctrina jurídica*, Granada, Comares 2002, pp. 259 y 260.

[Ver Texto](#)

(115) STC 11/1981, de 8 de abril. Sobre la imparcialidad, *vid.* J.B. Vivero Serrano, *La terminación de la huelga*, Valencia, Tirant lo blanc, 2007, pp. 117 ss.

[Ver Texto](#)

(116) Sobre la responsabilidad de la empresa, especialmente de las compañías aéreas por cancelación de vuelos motivada por huelga de los trabajadores, *vid.* A. De la Puebla Pinilla, «Huelga de los trabajadores y responsabilidad de la empresa frente a terceros», en *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, n.º 50, 2019, pp. 1 ss. (versión electrónica). En suma, la huelga como fenómeno connatural en el seno de las relaciones laborales impide, como regla general, que la misma pueda ser considerada como una circunstancia extraordinaria, ajena al control empresarial. La excepción se localiza en aquellas huelgas que escapan del control empresarial por generarse en ámbito ajeno a la propia empresa. *Vid.* J.L. Monereo Pérez, «La huelga como derecho constitucional: la técnica específica de organización jurídico-constitucional de la huelga (I y II)», en *Temas Laborales*, n.ºs 27-28, 1993.

[Ver Texto](#)

(117) J.L. Monereo Pérez, J.A. Fernández Avilés y C. Serrano Falcón, «Arbitraje en caso de huelga y sistema

democrático de relaciones laborales», en *Rev. Relaciones Laborales*, n.º 14, 2001, pp. 13-52.

[Ver Texto](#)

(118)A. Baylos Grau, *Derecho de huelga y servicios esenciales*, Madrid, Tecnos, 1988, 2ª ed., pp. 228 y 229. F. Durán López, *Autorregulación de servicios mínimos en huelgas y paros laborales*, Sevilla, Servicio de Publicaciones y Boja, 1988, pp. 87 ss.

[Ver Texto](#)

(119)J.B. Vivero Serrano, *La huelga en los servicios esenciales*, Valladolid, Lex Nova, 2002, pp. 196 y 197. S. Torrente Gari, *El ejercicio del derecho de huelga y los servicios esenciales*, Barcelona, Cedecs, 1996, p. 329.

[Ver Texto](#)

(120)M.ª.N. Moreno Vida, *La Huelga en Servicios Esenciales*, *op. cit.*, pp. 226 y 227.

[Ver Texto](#)

(121)J. Matia Prim, T. Sala Franco, F. Valdés Dal-Ré, y J. Vida Soria, *Huelga, cierre patronal y conflictos colectivos*, Madrid, Civitas, 1982, p. 27.

[Ver Texto](#)

(122)M.A. Ballester Pastor, *El arbitraje laboral*, Madrid, MTSS, 1993, p. 406.

[Ver Texto](#)

(123)AA. VV., «Conflictos colectivos y procedimientos de solución extrajudicial», en J.L. Monereo Pérez (coord.) *et al: Derecho de huelga y conflictos colectivos. Estudio crítico de la doctrina jurídica*, Granada, Comares 2002, p. 478.

[Ver Texto](#)

(124)AA. VV., «Conflictos colectivos y procedimientos de solución extrajudicial», en J.L. Monereo Pérez (coord.) *et al: Derecho de huelga y conflictos colectivos. Estudio crítico de la doctrina jurídica*, Granada, Comares 2002, p. 479.

[Ver Texto](#)

(125)M.C. Palomeque López, «Un nuevo arbitraje obligatorio para la huelga», en *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, n.º 36, 2017, pp. 9 ss.

[Ver Texto](#)

(126)STS 2 de julio de 1985.

[Ver Texto](#)

(127) Para una lista detallada, nacional y autonómica, sobre arbitrajes obligatorios para la solución de la huelga, *vid.* C. San Martín Mazzucconi, «Los mecanismos de solución extrajudicial de conflictos laborales en caso de huelga», en *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, n.º 123, 2016, pp. 206 y 207. También, C. San Martín Mazzucconi, C. y R. Martín Jiménez, «La solución extrajudicial de los conflictos laborales, en especial en caso de huelga», en P. Chico de la Cámara, *et al: Las medidas alternativas de resolución de conflictos (ADR) en las distintas esferas del ordenamiento jurídico*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 521 y 522.

[Ver Texto](#)

(128) STS 10 de noviembre de 2003.

[Ver Texto](#)

(129) Orden de 14 de junio de 2001.

[Ver Texto](#)

(130) AA. VV., «Conflictos colectivos y procedimientos de solución extrajudicial», J.L. Monereo Pérez (coord.) *et al: Derecho de huelga y conflictos colectivos. Estudio crítico de la doctrina jurídica*, Granada, Comares 2002, p. 482.

[Ver Texto](#)

(131) Sentencia de la Audiencia Nacional 2 de noviembre de 2012 [AS 2013\5].

[Ver Texto](#)

(132) STS 8 de abril de 2014.

[Ver Texto](#)

(133) STS 8 de abril de 2014.

[Ver Texto](#)

(134)
STS 10 de noviembre de 2003 y STS 11 de mayo de 2004.

[Ver Texto](#)

(135) STS 6 de junio de 2007.

[Ver Texto](#)

(136)
STC 11/1981, de 8 de abril.

[Ver Texto](#)

(137)M.C. Palomeque López, «Un nuevo arbitraje obligatorio para la huelga», en *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, n.º 36, 2017, p. 12.

[Ver Texto](#)

(138)M. Alonso García, et al: *La solución de los conflictos colectivos de trabajo*, Madrid, IEE, 1979, p. 61.

[Ver Texto](#)

(139)J.L. Monereo Pérez, «La huelga como derecho constitucional: la técnica específica de organización jurídico-constitucional de la huelga (I y II)», en *Temas Laborales*, núms. 27-28 (1993), *passim*. Asimismo, AA. VV., «Conflictos colectivos y procedimientos de solución extrajudicial», en J.L. Monereo Pérez (coord.) et al: *Derecho de huelga y conflictos colectivos. Estudio crítico de la doctrina jurídica*, Granada, Comares 2002, p. 495.

[Ver Texto](#)

(140)K.W. Wedderburn, «Industrial action, the State and the publica interest», en AA. VV., *Industrial Conflict. A comparative Legar Survey*, London, Lonngman , 1972, pp. 320 ss.

[Ver Texto](#)

(141)AA. VV., «Conflictos colectivos y procedimientos de solución extrajudicial», en J.L. Monereo Pérez (coord.) et al: *Derecho de huelga y conflictos colectivos. Estudio crítico de la doctrina jurídica*, Granada, Comares 2002, p. 499 . J.L. Monereo Pérez y P.G. Ortega Lozano, *El derecho de huelga: configuración y régimen jurídico*, Cizur Menor, Aranzadi Thomson Reuters, 2019, *passim*.

[Ver Texto](#)

Dificultades asociadas a la ejecución de resoluciones extranjeras frente a Estados soberanos en España

Difficulties associated with the enforcement of foreign judgments against sovereign states in Spain

El reconocimiento y, sobre todo, la ejecución de resoluciones extranjeras, ya sean laudos arbitrales o sentencias judiciales, en nuestro país, adquiere una dificultad adicional cuando la parte demandada es un Estado soberano, pues exige observar una serie de garantías que permitan respetar la inmunidad del Estado en cuestión. En la práctica, sin embargo, no es tanto la inmunidad del Estado extranjero, sino cuestiones referidas al procedimiento, las que obstaculizan el buen fin de la ejecución y la posibilidad de hacer efectiva la resolución de que se trate. En este artículo abordaremos de manera sucinta y sencilla algunos de esos problemas y, también, las posibles soluciones.

Ejecución, Reconocimiento, procedimiento de *exequatur*, Estado soberano, Inmunidad, inmunidad de ejecución, Ley Orgánica sobre Inmunidades, Ley de Cooperación Jurídica Internacional Civil, Bienes de estado, Actos de imperio, Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación.

In Spain, the recognition and, especially, the enforcement of foreign judgments, whether arbitral awards or court judgments, can be even more difficult when the *defendant* is a sovereign state, as a series of guarantees must be observed in order to respect the immunity of the state in question. In practice, however, it is not so much the immunity of the foreign state as procedural issues that hinder the successful completion of enforcement and the ability to enforce the judgement in question. In this article, we will address some of these problems and possible solutions in a succinct and simple manner.

Enforcement, Recognition, *Exequatur* procedure, Sovereign state, Immunity, Immunity from enforcement, Organic Law on Immunities, International Civil Legal Cooperation Act, State property, Acts of empire, Ministry of Foreign Affairs and Cooperation.



Javier Izquierdo

Socio de Litigación y Arbitraje de Pérez-Llorca



Marta Robles

Abogada de Litigación y Arbitraje de Pérez-Llorca

I. INTRODUCCIÓN

Hacer efectiva una resolución extranjera, ya sea de naturaleza judicial o arbitral, frente a un Estado soberano, reviste una dificultad adicional en nuestro país, que parte de la regulación contenida en la Ley Orgánica 16/2015, de 27 de octubre, sobre privilegios e inmunidades de los Estados extranjeros, las Organizaciones Internacionales con sede u oficina en España y las Conferencias y Reuniones internacionales celebradas en España («Ley Orgánica sobre Inmunidades»).

El contenido de esta Ley no es realmente original, sino que recoge la tradición jurídica en la materia, consolidada durante años por nuestros tribunales en una evolución jurisprudencial que no ha quedado obsoleta y que se refleja, también, en la Ley 29/2015, de 30 de julio, de Cooperación Jurídica Internacional en Materia Civil («Ley de Cooperación Jurídica Internacional Civil»), de promulgación casi simultánea a la Ley Orgánica sobre Inmunidades.

El concepto de inmunidad de ejecución definido por esta norma, y entendido como aquella excepción que pueden oponer los estados para evitar que frente a ellos se hagan efectivas resoluciones dictadas por juzgados extranjeros o tribunales arbitrales, es bastante restringido. En consecuencia, los tribunales de nuestro país son, en términos generales, favorables a la ejecución, por supuesto definitiva, pero, también, preventiva, a través de la institución de las medidas cautelares, frente a estados soberanos, con fundamento en ese concepto restringido de inmunidad.

Aunque la postura favorable a facilitar la ejecución frente a estados soberanos sea un punto de partida ventajoso, en la práctica, no suele resultar fácil. Se presentan una serie de problemas que, en nuestra experiencia, podemos afirmar que son habituales y que, previstos de antemano, permiten llevar a buen término la ejecución. Nos referimos, en particular, a las dificultades asociadas a la notificación y emplazamiento del Estado soberano, a la problemática referida a la identificación de los normalmente escasos bienes susceptibles de embargo, y a las trabas que tanto el juzgado competente como el Ministerio Fiscal y el Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación («MAEC»), puedan poner, de entender que la inmunidad del Estado demandado está en peligro.

Por supuesto, esos problemas tienen, a su vez, otras implicaciones, como la posible declaración de nulidad de todo el procedimiento de no haberse realizado el emplazamiento del Estado ejecutado de manera correcta, o las dificultades a la hora de determinar qué juzgado es el competente para la ejecución, en caso de que se identifiquen bienes titularidad del Estado ejecutado en diferentes lugares de España.

Intentaremos tratar todo lo anterior en este artículo, desde un enfoque práctico, con la finalidad de proporcionar una respuesta sencilla y clara y despejar cualquier duda sobre la posibilidad de hacer efectivas resoluciones extranjeras frente a Estados soberanos en España.

II. REFERENCIA A LA LEY ORGÁNICA SOBRE INMUNIDADES Y A LA POSIBILIDAD DE SOLICITAR MEDIDAS CAUTELARES

La Ley Orgánica sobre Inmunidades regula las precauciones adicionales y requisitos que deben observarse para asegurar que la inmunidad del Estado extranjero no se ponga en riesgo. Aunque, como ya hemos adelantado, sus preceptos no son realmente originales, la parte que sí es más novedosa es la que se refiere a la adopción de medidas cautelares, que no son sino el «prólogo» de la posterior ejecución de la sentencia o laudo.

Se plantean normalmente dos escenarios: el primero, el de reconocer unas medidas cautelares ya acordadas por un Juez (o Tribunal Arbitral) extranjero, y el segundo, el de solicitar la adopción de medidas cautelares para proteger el desarrollo de la solicitud de reconocimiento. El fin último, en ambos casos, es que los bienes que el Estado tenga en la jurisdicción de que se trate no salgan de su patrimonio, para así poder hacer efectiva la resolución judicial o arbitral.

En principio, el segundo escenario se ha visto más limitado por la regulación introducida por la Ley Orgánica sobre Inmunidades en su art. 17, que, en su primer apartado, introduce un criterio más restringido para adoptar medidas cautelares frente a un Estado soberano:

«1. Los órganos jurisdiccionales españoles se abstendrán de adoptar medidas de ejecución u otras medidas coercitivas contra bienes del Estado extranjero, tanto antes como después de la resolución judicial, salvo que dicho Estado lo haya consentido, de manera expresa o tácita.

Sin embargo, en el apartado segundo de ese mismo artículo sí se prevé la posibilidad de adoptar medidas de ejecución, y por tanto también coercitivas —esto es, cautelares de naturaleza patrimonial— en determinadas circunstancias:

2. Después de la resolución judicial, los órganos jurisdiccionales españoles podrán también adoptar medidas de ejecución si se ha determinado que los bienes objeto de aquellas se utilizan o están destinados a ser utilizados por el Estado con fines distintos de los oficiales no comerciales, siempre que se encuentren en territorio español y tengan un nexo con el Estado contra el que se ha incoado el proceso, aunque se destinen a una actividad distinta de la que dio lugar al litigio».

En consecuencia, cabe la posibilidad de solicitar la adopción de medidas coercitivas (es decir, cautelares), entendidas como sinónimo de medidas de ejecución, siempre y cuando concurren tres requisitos: (i) que los bienes sobre los que se pretenden sean *iure gestionis* (es decir, cuyos fines sean distintos de los oficiales no comerciales) (ii) que dichos bienes se encuentren en España, y (iii) que guarden un nexo con el Estado demandado, independientemente de su conexión directa con el litigio.

Así, concurriendo esos requisitos, es posible la solicitud de medidas cautelares tanto antes de que se conceda el reconocimiento, una vez presentada la demanda y en aseguramiento del mismo, como *ante demandam*, o previa presentación de la solicitud de reconocimiento (1).

Lo anterior también se desprende de la interpretación del art. 18 de la Ley Orgánica sobre

Inmunidades, al respecto de qué debe entenderse por consentimiento del Estado soberano a los efectos de que se puedan adoptar frente a él medidas ejecutivas o coercitivas: el consentimiento será expreso si se contiene en un acuerdo internacional, en un contrato escrito o en una declaración oral o escrita ante el tribunal. Por su parte, el consentimiento será tácito cuando el Estado extranjero haya asignado bienes de su propiedad a la satisfacción de la demanda objeto del proceso.

Aunque no está en vigor la influencia de la Convención de las Naciones Unidas sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes, del año 2004 se deja sentir

Aunque en la práctica parece imposible pensar que ningún Estado otorgue su consentimiento, en el caso de los laudos arbitrales es habitual que ese consentimiento se incluya en el correspondiente convenio arbitral, en el que las partes aceptan el carácter vinculante y final del futuro laudo, así como la posibilidad de su futura ejecución, lo que algunos de nuestros tribunales han aceptado ya como prestación del consentimiento, con las consecuencias antedichas.

Para complementar lo anterior, debemos acudir a la Convención de las Naciones Unidas sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes, del año 2004 (la «Convención»), a la que se adhirió España en el año 2011 (2). Aunque aún no esté en vigor, su influencia se ha dejado sentir en el desarrollo del derecho sobre la inmunidad de los Estados y, por lo que se refiere a la Ley Orgánica sobre Inmunidades, ésta refleja las principales disposiciones contenidas en la misma.

La Convención admite la posibilidad de adoptar medidas coercitivas, anteriores o posteriores al fallo, contra las «clases especiales de bienes» a que se refiere su art. 21, siempre que medie el consentimiento del Estado extranjero o que éste los haya asignado o destinado a la satisfacción de la demanda objeto del proceso. Esto se refleja en el art. 20.3º de la Ley Orgánica sobre Inmunidades, el cual afirma que los bienes a que se refiere (bienes del Estado dedicados a fines públicos no comerciales) pueden ser objeto de medidas de ejecución si el Estado extranjero hubiera prestado su consentimiento.

Por lo demás, los requisitos para solicitar la adopción de medidas cautelares son los generales previstos en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil («LEC»). Esto es, además de la proporcionalidad y la instrumentalidad de la medida solicitada, habrá que acreditar la concurrencia de *fumus boni iuris*, de *periculum in mora* y prestar caución (3).

Para la acreditación del *fumus boni iuris*, lógicamente, habrá que aportar un juicio indiciario de que la resolución extranjera será reconocida y, para eso, habrá que acreditar, a grandes rasgos, los requisitos previstos en la Ley de Cooperación Jurídica Internacional Civil: (i) que la resolución sea firme (ii) que se respete el Orden Público y (iii) que, en caso de rebeldía del demandado, se respetasen sus derechos fundamentales mediante las debidas notificaciones.

En este sentido, si se solicitan medidas cautelares *ante demandam* (esto es, antes de presentar la demanda de reconocimiento), parece más complicado acreditar la apariencia de buen derecho al respecto del futuro reconocimiento, de tal modo que deberá vincularse especialmente con el riesgo por la mora procesal y dejar anunciado la inminente solicitud del reconocimiento. En todo caso, no debe perderse de vista el plazo de veinte (20) días establecido por el art. 730.2 LEC, el cual prevé que, para los casos de medidas cautelares adoptadas *ante demandam*, éstas «quedarán sin efecto si la demanda no se presentare ante el mismo Tribunal que conoció de la solicitud de aquéllas en los veinte días siguientes a su adopción» (4).

Por otro lado, en el reconocimiento de laudos, la cuestión relativa al tribunal competente para conocer de la solicitud cautelar puede suscitar importantes controversias. Precisamente, en atención a que la competencia para su reconocimiento corresponde al Tribunal Superior de Justicia correspondiente, y la competencia para su ejecución, al Juzgado de Primera Instancia del lugar donde la resolución en cuestión deba ser ejecutada o vaya a producir sus efectos, de tal forma que ese mismo Juzgado será también competente para adoptar cualquier medida cautelar de índole patrimonial frente a bienes del Estado demandado (5).

Lo anterior provoca no pocas dudas, pues no siempre es fácil determinar el lugar en que la resolución en cuestión deba ser ejecutada o vaya a producir sus efectos. Y es que determinar dónde puedan encontrarse bienes del Estado soberano ejecutado presenta, en muchos casos, numerosas dificultades. En los casos en los que es posible, es, además, frecuente, encontrar bienes de ese Estado en más de un lugar a la vez, de tal forma que la resolución puede ser ejecutada o producir efectos en más de un lugar.

Una interpretación razonable de la normativa aplicable debería llevarnos a entender que es posible solicitar la adopción de medidas cautelares a cualquier órgano judicial del territorio nacional, con independencia de que, *a posteriori*, puedan encontrarse bienes del Estado extranjero —susceptibles de ejecución— en otro lugar diferente al del Juzgado al que se ha dirigido la solicitud. Será entonces necesaria la colaboración de ese primer Juzgado para lograr el embargo de los bienes que se encuentren fuera de su ámbito competencial, como también la de todos aquellos otros Juzgados que, siendo competentes territorialmente para ejecutar el embargo, no hayan sido los destinatarios de la inicial solicitud de adopción de medidas cautelares.

Evidentemente, en el caso medidas cautelares solicitadas frente a un Estado soberano, surgirán cuestiones de inmunidad

En el caso de resoluciones judiciales, respecto de las que se puede pedir el reconocimiento y ejecución de forma simultánea ante el Juzgado de Primera Instancia correspondiente, el art. 52.1º de la Ley de Cooperación Jurídica Internacional Civil simplifica esta cuestión, pues en defecto de la posibilidad de determinar la competencia territorial en función del lugar donde la resolución deba ser ejecutada o producir efectos, incluye un fuero subsidiario por el que será competente

territorialmente el juzgado ante el que el demandante haya decidido presentar su demanda.

Por último, y por obvio que resulte decirlo, la oposición a las medidas cautelares se ha de fundamentar, esencialmente, en la ausencia de los presupuestos y requisitos de toda medida cautelar. Evidentemente, en el caso medidas cautelares solicitadas frente a un Estado soberano, surgirán cuestiones de inmunidad que, igualmente, podrán invocarse como motivos de oposición, así como posibles daños a terceros que habrá que prever de antemano.

Asimismo, es posible encontrar impedimentos si no se consigue demostrar el nexo entre los bienes sobre los que se practicará la medida (habitualmente, un embargo) y el Estado ejecutado, si bien siempre teniendo en cuenta que ese nexo, en sede de medidas cautelares, habrá de acreditarse de forma indiciaria, sin que pueda exigirse al solicitante una prueba plena de la conexión con el Estado. Así, y aunque, en principio, los bienes deben estar debidamente identificados (también, que son susceptibles de embargo) y acreditada su vinculación al Estado demandado, no debe olvidarse que las medidas cautelares son un juicio provisional e indiciario.

III. PRINCIPALES PROBLEMAS ASOCIADOS A LA EJECUCIÓN FRENTE A UN ESTADO SOBERANO

El simple hecho de que la parte frente a la que se pretenda la ejecución sea un Estado soberano, dota de una complicación adicional al procedimiento que, en términos generales, se reduce a cuestiones de inmunidad. No obstante, y como hemos adelantado, en la práctica no son tanto las cuestiones de inmunidad, sino las que se refieren al desarrollo del procedimiento, las que obstaculizan el buen fin de la ejecución.

1. Emplazamiento y notificación al Estado soberano

La primera garantía adicional que debe tenerse en consideración, a la luz del art. 52 de la Ley de Cooperación Jurídica Internacional Civil que, a su vez, se remite a la Ley Orgánica sobre Inmunidades, es la obligación que recae sobre nuestros juzgados y tribunales de informar al MAEC de la existencia de cualquier procedimiento judicial instado frente a un Estado soberano. Ello, a fin de, por un lado, notificar la existencia de ese procedimiento al Estado a través del MAEC en lugar de hacer uso del sistema de notificaciones habitual, y, de otro, elaborar un informe atendiendo a las circunstancias del caso, en el que se analice la concurrencia de posibles cuestiones de inmunidad que requieran una protección especial:

«Los emplazamientos, citaciones, requerimientos y cualesquiera otros actos de comunicación judicial dirigidos a Estados extranjeros, así como la comunicación al Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación de la existencia de cualquier procedimiento contra un Estado extranjero, a los solos efectos de que aquel emita informe en relación con las cuestiones relativas a la inmunidad de jurisdicción y ejecución, se realizarán en la forma prevista en la Ley 29/2015, de 30 de julio, de Cooperación Jurídica Internacional en Materia Civil.»

La coordinación con la Ley de Cooperación Jurídica Internacional Civil es total, ya que en su art. 27

estipula, casi con idénticas palabras, que el emplazamiento se haga por vía diplomática a través de nota verbal, y añade que se entenderá efectuado «dos meses después de la fecha que conste en la diligencia o en el resguardo acreditativo de su recepción.» Es esta fecha la que se tendrá en cuenta, en su caso, para considerar que el Estado demandado, pese a haber sido debidamente notificado, se encuentra en rebeldía.

En la práctica, la notificación a través del MAEC trae consigo no pocos problemas, principalmente derivados de la voluntad obstativa de muchos estados a aceptar tales notificaciones, pero además no siempre es fácil determinar cuándo se entiende que, efectivamente, se ha practicado de forma correcta esa notificación.

En particular, en tanto no debe caerse en el error de pensar que el emplazamiento al Estado demandado debe hacerse a través de la embajada de ese Estado en nuestro país, lo cual, *a priori*, podría tener más sentido. Al contrario, debe formalizarse a través de la Embajada española sita en el Estado demandado.

El procedimiento de notificación de escritos judiciales a Estados Soberanos, previsto en el citado art. 27 de la Ley de Cooperación Jurídica Internacional Civil, en el art. 41.2º de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas de 18 de abril de 1961, y en el art. 54.1º de la Ley Orgánica sobre Inmunities, consiste en acudir a la vía diplomática, a través del MAEC, formalizándose la comunicación por nota verbal a través de dicho MAEC en su sede de la Embajada de España en la Capital del Estado demandado.

El emplazamiento, por tanto, debe llevarse a cabo a través del MAEC de España, quien, a su vez, debe trasladar el emplazamiento a la Embajada de España en la capital del Estado demandado, para que ésta lo notifique al MAEC de dicho Estado. De no hacerse así, procedería acordar la nulidad del emplazamiento, con todos los problemas que ello ocasionaría al desarrollo del procedimiento.

En relación con lo anterior, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional es muy clara al respecto de la necesidad de que se observen las normas reguladoras de los actos de comunicación procesal y, muy en particular, de los de emplazamiento, debiéndose asegurar que la comunicación llegue al conocimiento real de las partes. Por ello, la omisión o realización defectuosa de la notificación, que impida a la parte el conocimiento preciso para ejercer su derecho de defensa, le coloca en una situación lesiva de su derecho fundamental (6) .

Debe tenerse especialmente en cuenta que, si se incumplen las formalidades legales previstas para el emplazamiento a un Estado extranjero, no se dan las condiciones para considerar subsanado ese defecto procesal. Ello sólo se produciría si, como dispone el art. 166.2º LEC, el Estado emplazado se diese por enterado del asunto y no denunciase la nulidad del emplazamiento en su primer acto de comparecencia ante el Tribunal.

A lo anterior se une la exigencia prevista en el art. 25 de la Ley de Cooperación Jurídica Internacional Civil: «los documentos objeto de notificación o traslado al extranjero deberán acompañarse de una traducción a la lengua oficial del Estado de destino o a una lengua que el destinatario entienda». Es

decir, no deben olvidarse las oportunas traducciones, no solo de los documentos adjuntos, sino de la propia solicitud de reconocimiento y, en su caso, ejecución, si bien su no aportación, en el momento inicial, entendemos que sí sería un defecto subsanable.

Por su parte, el ap. 3 del art. 22 de la Convención sobre Inmunidades a la que nos hemos referido con anterioridad, añade que «a esos documentos se acompañará, de ser necesario, la traducción al idioma oficial o a uno de los idiomas oficiales del Estado interesado».

En relación con lo anterior, cabría plantearse si no basta, en laudos dictados en un idioma que no coincide con el idioma del Estado en cuestión, aportar las traducciones en el idioma del laudo y, por ende, del arbitraje. Piénsese, por ejemplo, en un arbitraje cuyo idioma es el inglés, no siendo éste el idioma del Estado frente al que inició el procedimiento arbitral. En este sentido, la Ley de Cooperación Jurídica Internacional Civil deja algo de margen a la interpretación cuando dice que las traducciones podrán aportarse en una lengua que el destinatario entienda. No obstante, ante las objeciones que pueda poner el Estado demandado y la dilación del procedimiento, lo mejor es aportar las traducciones en el idioma oficial del mismo.

2. Intervención del Ministerio Fiscal y vinculación del informe sobre inmunidad del MAEC

La intervención del Ministerio Fiscal y del MAEC, a efectos de, el primero, pronunciarse sobre la procedencia del reconocimiento y la ejecución, y, el segundo, de emitir un informe en el que analice posibles causas de inmunidad, no son tanto un problema sino una cuestión a tener en cuenta, sobre todo si se pronuncian, por lo que aquí nos interesa, de forma no favorable a la ejecución.

La intervención del Ministerio Fiscal se prevé en el art. 54 de la Ley de Cooperación Jurídica Internacional Civil, el cual regula el proceso de ejecución, entendido de forma global como reconocimiento y ejecución. Este precepto es claro y bastante tajante cuando, sin mayores especificaciones, señala, en su apartado 8, que «el Ministerio Fiscal intervendrá siempre en estos procesos, a cuyo efecto se le dará traslado de todas las actuaciones».

Mientras que, como veremos, la intervención del MAEC está limitada, se entiende que la intervención del Ministerio Fiscal es más amplia y no queda ceñida solo a cuestiones de inmunidad, de tal forma que podrá pronunciarse acerca de si entiende que procede o no el reconocimiento y, en su caso, la ejecución, desde una perspectiva de fondo y de forma.

Por lo que se refiere al MAEC y a su informe, son el art. 52 de la Ley Orgánica sobre Inmunidades, así como el art. 27 de la Ley de Cooperación Jurídica Internacional Civil, los que prevén que emita, tan pronto como se le comunique la existencia de cualquier procedimiento frente a un Estado soberano, un informe en el que analice las cuestiones relativas a la inmunidad de jurisdicción y ejecución. Más en particular, en qué medida el procedimiento incoado compromete la inmunidad del Estado demandado.

Resulta especialmente elocuente la literalidad del art. 27.1º de la Ley de Cooperación Jurídica Internacional Civil: «los órganos jurisdiccionales españoles comunicarán al Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación la existencia de cualquier procedimiento contra un Estado extranjero a

los solos efectos de que aquel emita informe en relación con las cuestiones relativas a la inmunidad de jurisdicción y ejecución». Al hacer hincapié en que el informe se emitirá solo a esos efectos, cualquier contenido que exceda las cuestiones sobre la inmunidad carecerá de valor a los efectos del procedimiento.

En cuanto a la incidencia que dicho informe pueda tener en el correspondiente procedimiento judicial, la Ley Orgánica sobre Inmunidades aclara, en su art. 54.2º, que no se trata de un informe vinculante. Esta referencia es muy importante, ya que, de tratarse de un informe vinculante, se estaría alterando el principio de independencia judicial plena, que es, a su vez, un principio constitucionalmente protegido.

Para cierto sector doctrinal, y pese a no ser vinculante este informe, dado que es preceptivo, sería lógico que tenga incidencia en el desarrollo del procedimiento, si del mismo se dedujera una posible vulneración de la inmunidad del Estado extranjero —y lo mismo cabría decir del informe que emita el Ministerio Fiscal—. No cabe duda de que es cuanto menos preocupante recibir un informe jurídico que identifica una posible vulneración de la inmunidad de un Estado, pues es probable que, en ese caso, el tribunal que conozca del reconocimiento y/o ejecución, la desestime.

Ahora bien, si en dicho informe se localizan cuestiones imprecisas o directamente incorrectas, o que no atienden a las circunstancias especiales de cada caso, es posible tratar de contrarrestarlo, formulando alegaciones frente al mismo con base en los principios de audiencia y contradicción de las partes en el proceso.

Cabe plantearse si el MAEC debe emitir dos informes, uno cuando se solicita el reconocimiento y, otro, cuando, reconocida la resolución, se pretenda su ejecución

Si bien puede parecer algo bastante evidente, tal y como señala nuestro Tribunal Constitucional (7) —doctrina a la que se ha adherido el Tribunal Supremo (8)—, el art. 24 CE reconoce los derechos a la tutela judicial efectiva con interdicción de indefensión, a un proceso con todas las garantías y a la defensa, de modo que ha venido también a consagrar, entre otros, los principios de audiencia y contradicción. Se impone así la necesidad de que todo proceso esté presidido por la posibilidad de una efectiva y equilibrada contradicción con la finalidad de que las partes puedan defender sus derechos e intereses, lo que justificaría la presentación de alegaciones para rebatir el eventual informe desfavorable del MAEC y, también y en su caso, del Ministerio Fiscal, siempre y cuando estén suficientemente motivadas y justificadas.

En este sentido, cabe plantearse si el MAEC debe emitir dos informes, uno cuando se solicita el reconocimiento y, otro, cuando, reconocida la resolución, se pretenda su ejecución. La respuesta rápida es que sí, pero, en la práctica, el primer informe es frecuente que cubra cuestiones tanto sobre la inmunidad de jurisdicción, como, también, de ejecución. En consecuencia, en la práctica es

frecuente que el MAEC condense su postura en un único informe.

Por último, pero no menos importante, la intervención del Ministerio Fiscal y del MAEC, a los efectos señalados, no aplica a la solicitud de medidas cautelares, respecto de las que, eso sí, el MAEC deberá canalizar el emplazamiento del Estado demandado y todas las notificaciones, en los términos señalados en el apartado (1) anterior.

3. Inmunidad de ejecución y bienes susceptibles de embargo

La inmunidad de un Estado soberano implica, *a priori*, que los jueces y tribunales de un Estado no pueden juzgar a otro Estado. La inmunidad tiene una doble faceta: el derecho de un Estado a no ser demandado ni sometido a juicio ante los órganos jurisdiccionales de otro Estado (inmunidad de jurisdicción), y el derecho a que no se ejecute lo juzgado (inmunidad de ejecución).

La diferencia fundamental entre el reconocimiento y la ejecución, como distintas fases del *exequatur* entendido de forma global, radica en el objetivo que subyace tras uno y otro. Mediante el reconocimiento, una resolución extranjera se equipara a una española, mientras que la ejecución permite hacer efectiva esa resolución.

Los límites de las inmunidades de jurisdicción y ejecución de los Estados se han ido perfilando a lo largo del tiempo, y se ha pasado de una concepción extensiva a otra restringida, en la que este privilegio estatal tiene que ponerse en relación con la tutela judicial efectiva y, en España, con el art. 24 CE.

Esa tendencia flexibilizadora, que la Ley Orgánica sobre Inmunidades afirma en su Preámbulo, viene reflejándose en nuestra jurisprudencia desde hace al menos tres décadas. Resulta especialmente paradigmática, como punto de partida de la postura de nuestros tribunales, la STC 107/1992, de 1 de julio. En ella, El Tribunal Constitucional vino a consagrar la distinción entre los llamados actos *iure imperii* y actos *iure gestionis*, estos últimos realizados por los estados con sujeción a las reglas ordinarias del tráfico privado, y no en virtud de imperio.

La tendencia del ordenamiento internacional, como bien señalaba ya por entonces el Tribunal Constitucional, ha sido la de permitir a los tribunales nacionales, cada vez con mayor flexibilidad, ejercer su jurisdicción, así como adoptar medidas de ejecución y coercitivas sobre los actos *iure gestionis*, en tanto que afectan a bienes no vinculados a actividades soberanas (esto es, *iure imperii*), sino de carácter y naturaleza privativa.

Esta distinción ha sido tipificada en la Ley Orgánica sobre Inmunidades, que, en su art. 20, ha determinado cuáles son los bienes del Estado dedicados a fines públicos no comerciales o, lo que es lo mismo, los bienes *iure imperii* que, como señala en su apartado tercero, «no podrán ser objeto de medidas de ejecución, salvo que el Estado extranjero haya prestado su consentimiento». En términos generales, hace referencia a cuentas bancarias utilizadas o destinadas a ser utilizadas para funciones de Estado, bienes de naturaleza militar, del banco central u otra autoridad monetario del Estado, el patrimonio culturales, y buques y aeronaves de Estado.

Lo relevante de ese precepto, en cualquier caso, es que guarda de matizar, en cada una de las categorías de bienes, que los mismos deben estar destinados a fines concretos asociados a actividades de imperio o soberanas pues, de lo contrario, se entiende, sí podrán ser objeto de medidas de ejecución. De hecho, en el párrafo segundo se matiza, para el caso de las cuentas bancarias, que las «destinadas exclusivamente a fines distintos de los públicos no comerciales» no tendrán la consideración de bienes *iure imperii*.

Lo anterior se complementa con el ya referido art. 17 de la Ley Orgánica sobre Inmunidades, que recordamos que prevé que «los órganos jurisdiccionales españoles podrán adoptar medidas de ejecución si se ha determinado que los bienes objeto de aquellas se utilizan o están destinados a ser utilizados por el Estado con fines distintos de los oficiales no comerciales, siempre que se encuentren en territorio español y tengan un nexo con el Estado contra el que se ha incoado el proceso, aunque se destinen a una actividad distinta de la que dio lugar al litigio».

Así, la consideración de los bienes anteriormente detallados como bienes *iure imperii*, dependerá del uso que se les dé y la evidencia que se aporte sobre ese uso. Parece indiscutible que una Embajada siempre será considerada como un bien inembargable, pero, por ejemplo, una aeronave, según su uso, puede ser considerada como bien *iure imperii* o, por el contrario, *iure gestionis*.

Una aeronave de Estado, según la distinción del art. 20 de la Ley Orgánica sobre Inmunidades, es un bien *iure imperii* y no se puede embargar. Sin embargo, una aeronave comercial sí se podría embargar salvo que se le dé un uso no comercial, más cercano al de una aeronave de Estado (si transporta, por ejemplo, Ministros o al propio Jefe del Estado). En consecuencia, no se puede deducir que cualquier aeronave, buque, o similar, propiedad del Estado o que se encuentre bajo su posesión o control, goce automáticamente de inmunidad de ejecución, sino que es necesario que sean buques o aeronaves «de Estado».

Así lo entendió el Juzgado de Primera Instancia n.º 101 de Madrid en sus Autos de 14 de abril de 2014 y 3 de septiembre de 2015, al acordar el embargo preventivo de una aeronave en tanto que «el bien sobre el que se solicita el embargo no consta que sea un bien destinado a actividades *iure imperii*, sino a actividades comerciales».

En la práctica, suele resultar complicado identificar bienes en nuestro país del Estado soberano ejecutado que no sean *iure imperii* y, además, cuya utilización como bien *iure gestionis* pueda acreditarse. De hecho, lo que resulta determinante es a quién corresponde determinar si un bien es o no un bien *iure imperii* o *iure gestionis*. Desde luego, esa calificación no se puede hacer depender de lo que manifieste el Estado ejecutado en el caso concreto, a fin de definir el carácter oficial y/o no comercial de la actividad a la que se adscribe.

La valoración de la finalidad la debe hacer el Tribunal ante el que se solicita la ejecución, en aplicación de sus propias disposiciones y criterios valorativos, y en aplicación de las categorías jurídicas propias del Estado de ejecución. Es decir, la calificación la hace la *lex executionis*, en nuestro caso la española (9). Y es que, para evitar la ejecución, no basta la simple afirmación por el Estado extranjero de que los bienes sirven al cumplimiento de funciones oficiales, porque la admisión de esa

regla dejaría en manos del Estado extranjero la aplicación real de las reglas correspondientes. Y esto lo ha defendido también el Tribunal Constitucional en la resolución anteriormente referida, n.º 107/1992 de 1 de julio.

Será, por tanto, el Tribunal competente quien tenga la última palabra, sobre la base de las evidencias que aporten las partes respecto al uso del bien que se pretenda embargar, y en aplicación de las reglas correspondientes teniendo en cuenta el uso acreditado de dicho bien.

En este sentido, ya desde hace varias décadas los Juzgados y tribunales de nuestro país se han pronunciado de manera favorable a considerar como *iure gestionis* bienes de un estado extranjero, siempre y cuando conste suficientemente acreditado su uso comercial. Así por ejemplo, la SAP Madrid de 27 de septiembre de 1993, consideró que «la suscripción de un contrato de arrendamiento de vivienda y las acciones derivadas del mismo, no pueden en absoluto considerarse como actos realizados *iure imperi*, sino *iuri gestionis*, ya que ninguna manifestación de soberanía se realiza al suscribirlo ni se vincula el contrato a servicios propios de la misión diplomática, ni ha quedado acreditada que en la vivienda arrendada por el arrendatario se realizaran funciones de carácter diplomático; por lo expuesto anteriormente, ha de entenderse que la demandada carece de inmunidad de jurisdicción».

La casuística es muy amplia, y se ha llegado incluso a acordar recientemente por un Juzgado de Primera Instancia de Majadahonda, el embargo preventivo de locomotoras construidas en nuestro país para otro Estado soberano y, en particular, para una empresa pública de dicho Estado. Todo dependerá de la posibilidad de localizar bienes y justificar su vinculación con el Estado extranjero, y su uso para actos *iure gestionis*.

4. Caducidad de la acción ejecutiva

Por último, haremos una breve mención a una cuestión que puede resultar controvertida: la caducidad, que ocupa un lugar de incuestionable relevancia dentro de las disposiciones de la Ley de Cooperación Jurídica Internacional Civil sobre el procedimiento de ejecución. Así, en su art. 50.2º determina:

«2. El procedimiento de ejecución en España de las resoluciones extranjeras se regirá por las disposiciones de la Ley de Enjuiciamiento Civil, incluyendo la caducidad de la acción ejecutiva.

Todo va a depender del momento elegido para fijar el *dies a quo* para el cómputo del plazo de cinco años que establece el art. 518 LEC —por remisión expresa del art. 50.2º de la Ley de Cooperación Jurídica Internacional Civil»—.

Así pues, en primer lugar, la caducidad de la acción ejecutiva ha de enmarcarse en el cuadro general de los presupuestos exigidos en nuestro ordenamiento jurídico para la ejecución. Dichos presupuestos son principalmente dos: (i) que la resolución tenga fuerza ejecutiva en el Estado de origen a tenor del art. 44.3º de la Ley de Cooperación Jurídica Internacional Civil, y (ii) que dicha resolución pase por un procedimiento de *execuatur* o reconocimiento previo para obtener el efecto ejecutivo de la resolución judicial (10).

En ese sentido, la fijación del plazo para instar la ejecución no es una materia pacífica, ya que se plantean argumentos tanto a favor de la fijación del plazo conforme a la Ley del Estado de origen de la resolución, como de la ley del foro donde se presenta la ejecución.

A nuestro juicio, la alternativa más razonable es la que sostienen con carácter general nuestros juzgados y tribunales, que defienden que el *dies a quo* se compute no desde la firmeza de la resolución a ejecutar, sino desde que tal resolución se homologa en España a través del reconocimiento, puesto entonces —y solo entonces— deviene efectivamente ejecutable. Un ejemplo muy elocuente de este posicionamiento es el que constituye el Auto 89/2009 de la Audiencia Provincial de Zamora (Sección 1ª), de 27 de noviembre que, aunque se refiera a un Laudo, es también aplicable a las sentencias. Otro ejemplo lo encontramos en el Auto 36/2011 de 19 de diciembre [JUR\2012\73921] de la Audiencia Provincial de Soria (Sección 1ª).

Dicho de otro modo, a efectos de decidir sobre la alegada caducidad de la acción ejecutiva, lo que realmente importa es la tesis clásica del Tribunal Supremo de la *actio nata*, que implica que la acción no nace hasta que puede ejercitarse.

IV. CONCLUSIÓN

Con la promulgación de la Ley Orgánica sobre Inmunidades y la Ley de Cooperación Jurídica Internacional Civil, se culminó la configuración del régimen legal referido al reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras frente a estados soberanos en España. Con un marco normativo consolidado y una tradición jurisprudencial amplia que es favorable a la ejecución frente a estados extranjeros, es relativamente fácil ejecutar resoluciones frente a Estados soberanos en nuestro país, siempre y cuando se dirija frente a bienes destinados a fines comerciales.

Aunque en la práctica pueda resultar más complicado, por las vicisitudes propias de iniciar este tipo de procedimiento y las limitaciones inherentes a la condición de Estado de la parte ejecutada, conocer de antemano los problemas habituales que se producen en este sentido, facilita los trámites y asegura, en cierto modo, el éxito de la ejecución.

La posibilidad de pedir medidas cautelares para asegurar la ejecución es además buena muestra de la postura garantista de la legislación española. Los juzgados y tribunales españoles son, de hecho, favorables a adoptar este tipo de medidas, si bien, y como es lógico, siempre y cuando estén debidamente fundamentadas, dentro de que las mismas tienen naturaleza de juicio provisional e indiciario.

Acortar plazos y ganar agilidad será siempre la finalidad esencial de la parte ejecutante, para lo cual resulta esencial tener en cuenta las cuestiones que hemos detallado en este artículo. Evidentemente, la situación variará según nos encontremos ante la ejecución de una resolución judicial o un laudo, y, también, según el Estado soberano frente al que se quieran embargar bienes, como medida normalmente perseguida para hacer efectiva la resolución de que se trate. En todo caso y, en términos generales, podemos afirmar con seguridad que, identificados de manera suficiente los

bienes, y siendo estos *iure gestionis* —lo cual deberá también acreditarse de manera suficiente—, el éxito de la ejecución está garantizado.

El respeto al derecho de defensa del ejecutante se entiende que prevalece y que, por tanto, debe garantizarse, lo que se traduce en que, concurriendo todos los requisitos legales para ello, los órganos jurisdiccionales no pueden sino acordar la ejecución. El concepto amplio y favorable a ejecutar resoluciones, incluso cuando el ejecutado es un Estado, se ve reforzada por la propia naturaleza y fin de la inmunidad de ejecución, que no es otra que la de salvaguardar la integridad de su soberanía, y no la de otorgar a los estados una protección indiscriminada.

Esta es la tendencia que han seguido hasta la fecha nuestros tribunales y que, por tanto, es de esperar que se mantenga en nuestro país.

BIBLIOGRAFÍA

GASCÓN INCHAUSTI, F., *Inmunidades Procesales y Tutela Judicial frente a Estados Extranjeros*, 2008, Madrid, Aranzadi. 2008.

JIMÉNEZ BLANCO, P., en *Comentarios a la ley de cooperación jurídica internacional en materia civil* (Méndez González, F.P. y Palao Moreno, G., dirs.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, pp. 586 y 587.

.....

(1)

En nuestra experiencia, en todo caso, los Juzgados son reacios a conceder medidas cautelares antes de solicitar el reconocimiento; fundamentalmente, porque, entonces, y como se dirá más adelante, se entiende que no concurre el presupuesto de apariencia de buen derecho o *fumus boni iuris*.

Ver Texto

(2) El Consejo de Ministros lo acordó el 4 de febrero de 2011, mediante Acuerdo por el que se autoriza la adhesión a la Convención de las Naciones Unidas sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estado y de sus bienes y se dispone su remisión a las Cortes Generales (<http://www.lamoncloa.gob.es>)

Ver Texto

(3) Arts. 726 y concordantes de la LEC.

Ver Texto

(4) Para los casos de reconocimiento y posterior ejecución de laudos arbitrales, en los que la competencia para el reconocimiento corresponde a los Tribunales Superiores de Justicia y la ejecución a los Juzgados de Primera Instancia, cabe entender que el art. 730.2º LEC no resulta de aplicación, ya que menciona la presentación de la demanda ante el mismo tribunal ante el que se soliciten las medidas cautelares, lo cual no es posible en el caso del reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros.

Ver Texto

(5) Tanto el art. 8.3º LA como el art. 724 LEC, prevén que, para la adopción de medidas cautelares, sea competente el tribunal del lugar en el que el laudo deba ser ejecutado y, en su defecto, el del lugar donde las medidas deben producir su eficacia.

[Ver Texto](#)

(6) STC 17 de enero de 2000 (AR RTC 12)

[Ver Texto](#)

(7) *Vid.*, SSTC 1271/2004, de 8 de noviembre; y 307/2005, de 12 de diciembre.

[Ver Texto](#)

(8) ATS de 13 de febrero de 2006, [94164/2006].

[Ver Texto](#)

(9) F. Gascón Inchausti, *Inmunidades Procesales y Tutela Judicial frente a Estados Extranjeros*, 2008, Madrid, Aranzadi, 2008.

[Ver Texto](#)

(10) P. Jiménez Blanco en *Comentarios a la ley de cooperación jurídica internacional en materia civil* (Méndez González, F.P. y Palao Moreno, G., dirs.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, pp. 586 y 587.

[Ver Texto](#)

Balance a 10 años del reconocimiento al efecto —dual del Principio Kompetenz —Kompetenz en Venezuela

To What Extent the Recognition of the dual —function of *Kompetenz—Kompetenz* has bolstered the Practice of Arbitration in Venezuela in the last Decade

El principio *kompetenz —kompetenz* ha surgido como uno de los factores más destacados en el desarrollo del arbitraje comercial como mecanismo eficaz de resolución de conflictos. La autonomía del arbitraje y su desarrollo dependen principalmente de la ejecutabilidad de los acuerdos arbitrales en virtud de la aplicabilidad de este principio.

Este tema adquiere mayor relevancia cuando países en desarrollo con larga tradición contraria al arbitraje, como es el caso de Venezuela, comienzan a reconocer el principio en su doble función (incluyendo el «efecto negativo») debido a fallos relevantes dictados por sus más altos tribunales. Hipotéticamente, las posturas pro-arbitraje de los poderes judiciales nacionales deberían llevar a las partes interesadas a elegir el arbitraje en lugar del litigio, y los incentivos creados por la jurisprudencia nacional deberían desempeñar un papel fundamental en su toma de decisiones.

En aras de la certidumbre y la estabilidad, es primordial que los tribunales nacionales adopten un enfoque específico y sin incoherencias sobre la cuestión en el que las partes contratantes puedan confiar. Mediante el análisis de la jurisprudencia venezolana relativa al principio en cuestión, este trabajo evalúa en qué medida ha reforzado la práctica del arbitraje en ese foro durante la última década.

Kompetenz–Kompetenz, Ejecución de cláusulas arbitrales, Práctica del arbitraje, Doble función del kompetenz–kompetenz

The kompetenz–kompetenz principle has emerged as one of the most prominent factors in developing commercial arbitration as an effective dispute resolution mechanism. The autonomy of arbitration and its development mainly rely on the enforceability of arbitral agreements by virtue of the applicability of this principle. This topic acquires greater significance when developing countries with long tradition against arbitration, such as the case of Venezuela, begin recognizing the principle in its dual —function (including the «negative effect») due to relevant rulings rendered by their highest tribunals. Hypothetically, national judiciaries» pro-arbitration stances should lead stakeholders to choose arbitration instead of litigation, and incentives created by domestic case —law should play a fundamental role in their decision —making.

For the sake of certainty and stability, it is paramount for national courts to adopt a specific and inconsistency —free approach to the issue that contracting parties can rely on. By analyzing Venezuelan case —law concerning the principle in question, this work assesses to what extent it has bolstered the practice of arbitration in that forum during the last decade.

Kompetenz–Kompetenz, Enforcement of arbitration clauses Arbitration practice, Dual,function of kompetenz–kompetenz



Gilberto A. Guerrero-Rocca

Socio WDA Legal, Profesor de la Florida International University

El 10 de noviembre de 2020 se cumplieron 10 años del reconocimiento al efecto —dual del principio *kompetenz —kompetenz* en Venezuela. Durante los primeros años de esa década el arbitraje comercial experimentó notables avances y un repunte sostenido en su práctica; sin embargo, la grave crisis económica y lamentables inconsistencias jurisprudenciales han arrojado al arbitraje al peor estancamiento que jamás haya experimentado desde que en 1998 entró en vigor la Ley de Arbitraje Comercial (LAC, inspirada en la ley modelo de la CNUDMI). (1)

El reconocimiento general al principio *kompetenz —kompetenz* y su aplicación práctica cotidiana fue establecida en la decisión No. 1541/2008 (G.O. No. 39.055 de 10 noviembre de 2008, en adelante «decisión 1541/2008»); pero el reconocimiento específico y expreso a la función —dual (que incluye tanto al «efecto —positivo» y al «efecto —negativo») fue realizado por la decisión No. 1067/2010 (caso «Astivenca», publicada en G.O. No. 39.561 de 26 de noviembre de 2010), ambas de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia (SC —TSJ), con carácter «*vinculante*.»

El principio *kompetenz —kompetenz* (2) se ha convertido en uno de los factores más destacados en el desarrollo del arbitraje comercial a nivel mundial. De hecho, hoy en día es casi incuestionable que la autonomía del arbitraje y su desarrollo se basan principalmente en la exigibilidad de los acuerdos arbitrales a partir de este principio. (3) Sin embargo, algunos sostienen que el desarrollo del arbitraje está inconcluso hasta que los tribunales nacionales hayan reconocido al «efecto —negativo» del mismo principio. De hecho, afirman que el «efecto —positivo» en sí mismo es insuficiente para resolver muchos problemas en el ámbito del arbitraje internacional y nacional. (4)

Para algunos (5) un factor revelador para determinar si una jurisdicción tiene una legislación conforme a la Ley Modelo, es en qué medida ha adoptado el principio en cuestión, al otorgar a los árbitros el poder de decidir sobre su propia jurisdicción (de la misma manera a lo prescrito en el art. 16 de la Ley Modelo de la CNUDMI). De hecho, esa facultad de los árbitros se considera uno de los «pilares» de la Ley Modelo. (6)

La existencia del «efecto —positivo» del principio en cuestión es incuestionable. (7) Permite a los árbitros decidir sobre su propia jurisdicción una vez que se ha presentado la demanda; sin embargo, la aplicabilidad del «efecto —negativo» (8) no es ampliamente aceptada (9), que faculta y ordena a los jueces locales a declinar inmediatamente a los árbitros cualquier caso que se les haya presentado, si aquellos se percatan (al menos preliminarmente o *prima facie*) de la existencia de un acuerdo arbitral. Por lo tanto, el «efecto —negativo», a diferencia del «efecto —positivo», se basa más en la actitud del poder judicial de los Estados hacia el arbitraje como un mecanismo alternativo

de resolución de disputas válido y útil, que en las reglas que rigen los procedimientos arbitrales.

El tema adquiere mayor importancia cuando los países en desarrollo con una larga historia de decisiones contra el arbitraje, como es el caso de Venezuela, (10) han comenzado a reconocer el principio en su doble función (incluyendo al «efecto —negativo») debido a las decisiones relevantes (11) emitidas por sus tribunales de mayor jerarquía.

Hipotéticamente, las posturas a favor del arbitraje de los poderes judiciales nacionales deberían estimular a los contratantes a elegir arbitraje en lugar del litigio, y los incentivos creados por la jurisprudencia deberían desempeñar un factor fundamental en la toma de esa decisión. Sin embargo, la seguridad jurídica en diversas jurisdicciones se ha visto afectada por las inconsistencias de su jurisprudencia nacional (12), lo que podría explicarse, en particular, por el desconocimiento al *kompetenz —kompetenz* en su amplitud, o por la desconfianza hacia el arbitraje en general.

En pro de la certeza y la estabilidad, es fundamental que los tribunales nacionales adopten un enfoque específico sobre el tema sin inconsistencias, en el cual las contratantes puedan confiar. Antes de precipitarnos a definir a la jurisdicción venezolana, debemos medir o analizar en qué medida la jurisprudencia local ha impactado (en la *praxis*) favorablemente o no al desarrollo del arbitraje en el foro durante los últimos años.

I. EL «EFECTO NEGATIVO» DEL PRINCIPIO *KOMPETENZ —KOMPETENZ* EN LA PRÁCTICA REGULAR

En virtud de las decisiones «vinculantes» 1541/2008 y 1067/2010, los tribunales venezolanos llevarán a cabo un análisis *prima facie* sobre el acuerdo de arbitraje, para determinar si se debe otorgar una declinatoria. La revisión de los tribunales se limita a simplemente determinar la existencia de un acuerdo por escrito que contenga los requisitos esenciales previstos en LAC, sin pronunciarse sobre la existencia, validez y alcance del acuerdo arbitral. (13)

El deber del tribunal de remitir el asunto al arbitraje también encuentra su base en el art. II (3) de la Convención de Nueva York, de la cual Venezuela ha sido parte desde 1995. Los artículos 7 y 25 de LAC expresan que el tribunal arbitral puede decidir sobre su propia jurisdicción, respaldando así al «efecto positivo» del principio. A pesar que LAC no contiene una disposición similar al art. 8 (1) de la Ley Modelo de la CNUDMI, en la sentencia 1067/2010 la SC —TSJ reconoció al «efecto negativo», cuando impuso a los jueces la obligación de abstenerse de realizar un examen exhaustivo del acuerdo de arbitraje, y remitir el asunto a los árbitros inmediatamente después de realizar un análisis *prima facie* de la cláusula. Como resultado, el tribunal arbitral y —no el juzgado ordinario—, deben decidir sobre la existencia, validez y alcance del acuerdo arbitral.

Estudios empíricos (14) e incluso organizaciones profesionales (15) destacan que los incentivos más frecuentes entre las empresas y las contratantes para optar por un arbitraje comercial en lugar de un litigio son: (i) menor tiempo para la resolución; (ii) control de las partes; (iii) proceso flexible; (iv) experiencia y experticia; (v) confidencialidad; (vi) selección del árbitro; (vii) complejidad del contrato y; en suma (viii) evitar las calamidades y las onerosas cargas de tener que pasar por procedimientos

judiciales regulares. (16)

Sin embargo, esos incentivos podrían terminar sucumbiendo en la práctica debido a la extrema «judicialización» de los procedimientos de arbitraje (17), y eso explica en qué medida la adopción del «efecto negativo» por los poderes judiciales nacionales se convierte en un factor fundamental para el desarrollo del arbitraje.

Las decisiones 1541/2008 y 1067/2010 ayudaron a mitigar la tensión inicial entre el poder judicial y el arbitraje, así como la excesiva intervención o interferencia del primero en el segundo, lo que llevó a reactivar el interés de las partes contratantes en la adopción de cláusulas de arbitraje en Venezuela. (18)

En el caso de Venezuela, esas decisiones *vinculantes* reforzaron los siguientes incentivos:

1. *Certeza*: creada por el reconocimiento formal y práctico de los principios (competencia — competencia y separabilidad) que garantizan la operatividad saludable y la eficacia de los procedimientos arbitrales. Si un contrato incluye una cláusula de arbitraje y una de las partes, —pretendiendo desconocerla—, recurre a los tribunales locales, los tribunales tienen el deber de declinar la disputa inmediatamente al arbitraje. Asimismo, los jueces tienen la obligación de abstenerse de analizar la validez de la cláusula de arbitraje o del contrato en general, y no pueden determinar si la disputa cumple o no con la arbitrabilidad. Todos estos asuntos deben resolverse —exclusivamente— por el tribunal arbitral. Un acuerdo arbitral no puede desconocerse alegando la nulidad del contrato o de la cláusula, o invocando que la disputa no es susceptible de arbitraje.
2. *Procedimientos paralelos (lis pendens) no impiden al arbitraje*: la parte que desea obligar al arbitraje no tiene que esperar la resolución final de cualquier litigio paralelo iniciado por la parte renuente a cumplir con el acuerdo de arbitraje. El arbitraje puede iniciarse de inmediato, independientemente del resultado de los tribunales. La parte que impulsa el arbitraje ahora puede presentar una moción (excepción, o cuestión previa según la legislación local) para obtener la declinatoria de los tribunales nacionales.
3. *Disponibilidad de medidas cautelares*: las partes que impulsan el arbitraje pueden obtener medidas cautelares (protección preventiva o anticipada), presentando una petición ante los jueces nacionales o a los árbitros de emergencia, sin que ello implique una renuncia («waiver») al acuerdo arbitral. Más detalles sobre situaciones que involucran medidas cautelares se explican a continuación.
4. *Órdenes de paralización contra procesos judiciales*: si la parte que se muestra renuente a cumplir con el acuerdo arbitral insiste en abrir nuevos flancos en los juzgados ordinarios, los tribunales arbitrales con sede en Venezuela pueden emitir una orden de paralización contra demandas judiciales (*anti-suit injunction*), con el objetivo de imponer la «prohibición de iniciar o continuar un juicio paralelo» que puede hacerse cumplir con cláusulas penales para compensar los daños y perjuicios derivados de su incumplimiento. (19) En este sentido, recientemente la Sala Político Administrativa del TSJ (SPA —TSJ) dictó la decisión 004/2020 (caso «Inversiones Realtors XXI», 22

de enero de 2020) (20) que confirmó la decisión de un tribunal inferior de remitir a las partes a un arbitraje. En este caso, la cláusula de arbitraje proporcionó daños y perjuicios por un monto de USD 200,000 por incumplimiento, es decir, una disposición contractual que desencadena una compensación monetaria si una parte busca «torpedear» la aplicación del «efecto negativo» del principio competencia —competencia por parte de los tribunales locales. Obviamente, la condena al pago de esa penalidad corresponde exclusivamente al tribunal arbitral.

5. *Escudo contra impugnaciones ante la justicia constitucional*: si la «hostilidad» de la contraparte renuente al acuerdo arbitral es extrema, hasta el punto de presentar impugnaciones «constitucionales» (por ejemplo, *amparo constitucional*) (21), la jurisprudencia de la SC —TSJ ha aclarado que esa acción no es el camino, reconociendo que solo es el recurso de anulación el mecanismo judicial de control posterior. Lo anterior, incluso cuando se invocan razones o violaciones constitucionales.
6. *Apoyo de los juzgados para hacer cumplir los laudos arbitrales*: una vez concluido el proceso arbitral, la parte prevaleciente puede obtener auxilio de los tribunales ordinarios para el cumplimiento forzoso del laudo. El laudo arbitral tiene el mismo valor legal y fuerza que una sentencia dictada por un juzgado (*res judicata*). Las apelaciones no están disponibles. De ahí los ahorros en tiempo y dinero que ofrece el arbitraje en comparación con los tribunales ordinarios.
7. *Revisión judicial limitada*: el art. 43 de LAC indica que el único mecanismo de revisión contra el laudo es la acción de nulidad (*recurso de nulidad*). El Art. 44 LAC prescribe seis motivos exclusivos sobre los cuales se puede anular un laudo arbitral, de manera similar a los motivos establecidos en el art. 34 de la Ley Modelo de la CNUDMI de 2006. La presentación de la acción de anulación no suspende la ejecución del laudo a menos que la parte contra la cual se emitió el laudo ofrezca caución o garantía. Además, las sentencias de los tribunales superiores que resuelvan demandas de anulación contra laudos arbitrales no admiten control de casación ante la Sala respectiva del TSJ, lo que fue avalado por la SC —TSJ expresamente en la decisión vinculante n.º 1773 de 30 de noviembre de 2011. Sin embargo, la SC —TSJ sostuvo que la decisión judicial que resuelva la anulación solo —y excepcionalmente— podría estar sujeta a una revisión por motivos de inconstitucionalidad ante ella (22), como cualquier otra sentencia definitiva e inapelable que se llegue a dictar dentro de la República.

Las medidas cautelares emitidas por los árbitros de emergencia o los tribunales nacionales ahora juegan un papel fundamental para complementar y asegurar al «efecto negativo» del principio bajo análisis

II. PROTECCIÓN CAUTELAR PARA COMPLEMENTAR Y ASEGURAR AL «EFECTO NEGATIVO» DEL PRINCIPIO *KOMPETENZ —KOMPETENZ*

Las decisiones destacadas anteriormente (sentencias 1541/2010 y 1067/2010), y otras resoluciones más recientes explicadas a continuación, también otorgaron la disponibilidad de medidas cautelares para beneficiar a las contratantes que impulsan al procedimiento arbitral. (23) De hecho, las medidas cautelares emitidas por los árbitros de emergencia o los tribunales nacionales ahora juegan un papel fundamental para complementar y asegurar al «efecto negativo» del principio bajo análisis.

- Queda disipada cualquier duda respecto a que peticionar medidas cautelares ante los tribunales locales, en preparación para la presentación de solicitudes de arbitraje, *no significa una «renuncia» al acuerdo arbitral*. Por lo tanto, los tribunales locales no pueden retener la jurisdicción, en perjuicio del arbitraje con base a una inexistente renuncia.
- En ausencia de árbitros de emergencia *se puede solicitar una medida cautelar ante los tribunales locales* que ahora se consideran compatibles con los procedimientos de arbitraje. Los tribunales locales que otorgan medidas cautelares son permisibles y en línea con el «efecto negativo,» hasta que los paneles arbitrales finalmente se constituyan, quienes pueden revocar, amplificar o modificar esas medidas cautelares.
- Los tribunales arbitrales ahora están facultados para dictar *medidas cautelares contra juicios ordinarios paralelos*; mecanismo eficaz contra las partes renuentes al arbitraje, tentadas a iniciar procedimientos ordinarios en tribunales locales. Al bloquear la «apertura» de nuevos flancos, los tribunales arbitrales evitan vías que puedan comprometer la integridad del «efecto negativo» del principio competencia —competencia.
- Los tribunales locales deben *remitir a las partes a los árbitros de emergencia*, si las reglas de arbitraje adoptadas por el acuerdo arbitral brindan esa alternativa, y la disponibilidad de medidas cautelares está garantizada. Siguiendo los criterios *vinculantes* establecidos por las decisiones 1541/2010 y 1067/2010 (24), la Sala de Casación Civil del TSJ (SCC —TSJ) dictó la decisión No. 495/2016, por la cual las partes deben abstenerse de peticionar medidas cautelares en una manera distinta al mecanismo prescrito por las reglas de arbitraje acordadas, ya que las partes deben agotar —primero— la medida cautelar prevista en el acuerdo de arbitraje, antes de solicitar un recurso judicial. En ese juicio particular, una de las partes solicitó una medida cautelar ante un tribunal local, a pesar de la disponibilidad de árbitros de emergencia de acuerdo con el Reglamento de arbitraje aplicable. La SCC —TSJ consideró que los tribunales locales deben negarse a otorgar peticiones que soliciten medidas cautelares cuando contradicen las cláusulas de selección de foro. Lo anterior, solo se puede entender bajo el prisma del «efecto —negativo» del principio *kompetenz —kompetenz*.
- De acuerdo con la decisión N° 495/2016, los tribunales deben remitir a las partes al centro de arbitraje facultado para nombrar árbitros de emergencia, que es otra forma de asegurar la integridad del «efecto negativo.» Con ello, es evidente que *el estándar prima facie también es aplicable al análisis judicial sobre las solicitudes de medidas cautelares*. Una vez que el asunto se somete a arbitraje, el tribunal arbitral determinará si tiene jurisdicción para escuchar la disputa o no. La oportunidad de impugnar la jurisdicción del tribunal arbitral (por ejemplo, la arbitrabilidad, el alcance y la validez del acuerdo arbitral, entre otros) estará determinada por el reglamento arbitral aplicable.

- En ausencia de árbitros de emergencia o en el contexto de un arbitraje *ad hoc*, los tribunales locales deben decidir las solicitudes de medidas cautelares siguiendo las pautas «vinculantes» establecidas por la decisión 1067/2010, que fueron establecidas por la SC —SJT con el propósito de garantizar que los procedimientos de arbitraje no se vean comprometidos en virtud de estas circunstancias especiales (25) . Por el contrario, esas pautas también pretenden asegurar la integridad del «efecto negativo» de kompetenz —kompetenz definiendo claramente las fronteras que los tribunales locales no pueden traspasar (26) .

III. EL IMPACTO DEL RECONOCIMIENTO AL EFECTO —DUAL DEL PRINCIPIO *KOMPETENZ* —*KOMPETENZ* SEGÚN LAS ESTADÍSTICAS

Es indiscutible que el crecimiento del arbitraje interno se ha visto facilitado por la aceptación gradual y el apoyo de los tribunales venezolanos, especialmente por la SC —TSJ, y más recientemente por la SPA —TSJ y la SCC —TSJ (27) , Sin embargo, la intervención política en el poder judicial, junto con la profunda crisis que afecta al país han traído consigo un retroceso importante afectando al flujo de transacciones comerciales y, naturalmente, al desarrollo del arbitraje (28) , sin mencionar las inconsistencias de la jurisprudencia reciente.

A pesar del conflicto político y las luchas económicas, las principales instituciones de arbitraje con sede en Caracas han logrado mantenerse activas. Los datos sobre el número de casos de cada centro son muy limitados, pero ayudan a medir si la adopción del «efecto dual» del principio kompetenz —kompetenz y la separabilidad por parte del TSJ ha fomentado o no la práctica del arbitraje.

Estos son el *Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje* («CEDCA») afiliado a la Cámara de Comercio Venezolana Americana y el *Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Caracas* («CACCC») afiliado a la Cámara de Comercio de Caracas. Estas instituciones adoptaron sus propias reglas de procedimiento , reunieron listas de árbitros y encabezaron la promoción del arbitraje comercial. CACCC también tiene una afiliación con la Cámara de Comercio Internacional («CCI»), y por lo tanto sirve como su capítulo local.



Tabla 1. Procedimientos de arbitraje y mediación administrados por CACCC (29)



Las estadísticas muestran claramente que entre 2008 y 2015 la práctica de arbitraje aumentó drásticamente y CACCC manejó un mayor número de casos, en particular, casos de arbitraje comercial.

Es evidente que CACCC fue testigo de su pico más alto en 2009 con 38 demandas de arbitraje (su récord en el mayor número de casos). El mismo ciclo se compone de los siguientes años: 2012 (22 disputas de arbitraje), 2015 (21 procedimientos de arbitraje), 2014 (20 demandas de arbitraje registradas), 2010 (19 casos de arbitraje administrados), 2011 (17 disputas de arbitraje) y 2013 (14 procedimientos arbitrales). En resumen, el período 2009 —2015 estableció el período «*dorado*» para el CACCC en su historia. Durante esos pocos años (siete años), CACCC administró 151 procedimientos de arbitraje (de 295 casos), lo que representa casi el 53% de la carga total de casos en 23 años desde que se estableció.

Sin embargo, el número de solicitudes de mediación se mantuvo constante a través de los años. La discrepancia entre el número de solicitudes de mediación y arbitraje solicitados en Venezuela fue evaluada por una investigación empírica que encontró que las partes locales no confían en la mediación como su mecanismo alternativo de resolución de conflictos por muchas razones socio — jurídicas (30) .

Tabla 2. Estadísticas anuales del CACCC (hasta mayo de 2020)

Año	Arbitraje	Mediación
1998	3	0
1999	3	0
2000	9	0
2001	15	0
2002	8	0
2003	16	0
2004	12	0
2005	8	0
2006	9	0
2007	8	0
2008	12	1
2009	38	1
2010	19	0
2011	17	1
2012	22	0
2013	14	0
2014	20	2
2015	21	1
2016	12	0
2017	11	0
2018	4	2

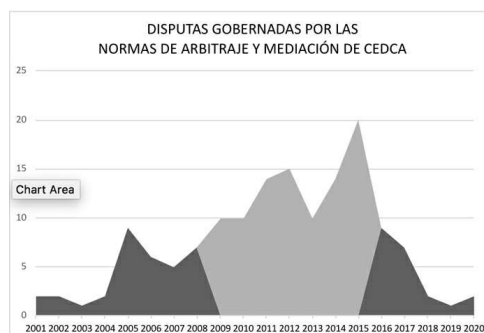
Tabla 2. Estadísticas anuales del CACCC (hasta mayo de 2020)

Año	Arbitraje	Mediación
2019	5	0
2020	1	0
TOTAL:	287	8

CEDCA, por otro lado, ha compartido datos más específicos sobre su expediente (31) . Según un informe que cubre los primeros diecinueve años de existencia de CEDCA (2001 a 2020) (32) , el centro administró un total de 148 casos. El año menos activo fue 2003 (un caso), y el más activo fue 2015 (20 casos). De este estudio la gran mayoría (91%) fueron iniciadas por solicitudes de arbitraje y el resto (9%) implicó solicitudes de mediación (33) . El cincuenta y cuatro por ciento (54%) de los casos arbitrados alcanzaron la etapa final, mientras que el veintiuno por ciento (21%) se resolvió durante la fase conciliatoria previa al arbitraje opcional establecida en las reglas de CEDCA. Los casos restantes (25%) fueron desistidos o abandonados por el reclamante (34) .



Tabla 3. Número de disputas administradas por CEDCA 2001 —2020 (hasta mayo, 2020)



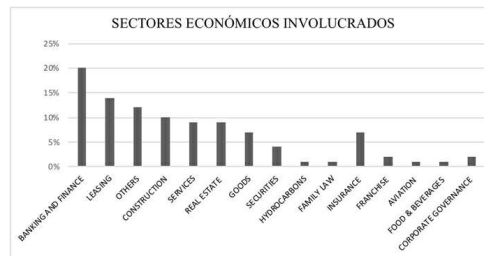
Con respecto a la duración de los procedimientos, CEDCA informa que el sesenta y cinco por ciento (65%) de sus casos arbitrados se resolvieron dentro de un año desde la presentación, (35) mientras que en el caso de las disputas mediadas el cincuenta y tres por ciento (53%) se resolvieron dentro de un período de entre uno y tres meses (36) .

No es sorprendente que en el 59% de los procedimientos de arbitraje las partes hayan acordado seleccionar un árbitro único, mientras que el 41% de los casos las partes hayan decidido tener un panel de árbitros (37) . En el 41% de los casos, se ha seleccionado el proceso acelerado, mientras que en el 59% de los casos las partes han optado por seguir el procedimiento ordinario. Ambos se rigen por las Reglas del CEDCA. Curiosamente, solo en el 38% de los casos iniciados con una solicitud de arbitraje, los demandantes han solicitado una medida cautelar (38) .

Los casos administrados por CEDCA se dividen según la materia en 20% de banca y finanzas; 14% de

arrendamiento; 12% otros; 10% de construcción; 9% de servicios; 9% de bienes inmuebles; 7% de bienes; 7% de seguro; 4% de valores; 2% de franquicia; 2% de gobierno corporativo; 1% de aviación; 1% de hidrocarburos; 1% de derecho de familia y 1% de alimentos y bebidas (39) .

Tabla 4. Materia en los casos administrados por CEDCA 2001 —2020 (hasta mayo)



Las estadísticas de CEDCA muestran el mismo patrón en la práctica del arbitraje, que los contenidos en las estadísticas del CACCC. No es sorprendente que los años con dos dígitos (con respecto al número de casos) para CEDCA estén comprendidos por el *mismo marco de tiempo de 7 años* (descrito anteriormente para CACCC). Entre 2009 y 2015 CEDCA administró 93 casos (de los 148 en toda su historia), lo que representa casi el 63% de toda su carga de casos después de 19 años desde que se estableció.

Estos estudios nos llevan a afirmar que las decisiones «*pro —arbitraje*» dictadas en 2008, 2009, 2010 y 2011 (explicadas anteriormente) jugaron un papel fundamental al allanar el camino para que las partes interesadas eligieran al arbitraje en lugar del litigio, y confiaran en este mecanismo en mayor medida, dados los incentivos específicos (explicados anteriormente), creados por esas decisiones.

La jurisprudencia más reciente dictada por el mismo TSJ muestra inconsistencias y una tendencia que se inclina a readaptar las viejas posturas «anti —arbitraje»

Sin embargo, ni el CEDCA ni el CACCC informan cuántos de los casos que han administrado fueron nacionales o internacionales, pero la percepción es que la gran mayoría, si no todos, han sido nacionales. La evidencia anecdótica sugiere que incluso en algunos casos de arbitraje internacional en los que las partes eligieron a Caracas como sede arbitral, terminaron trasladando su disputa a una jurisdicción extranjera. Además de las dificultades mencionadas anteriormente, la hiperinflación actual y el estricto control de cambio de moneda que afecta a Venezuela son razones suficientes para disuadir a la mayoría de las partes extranjeras de arbitrar en el país (40) .

IV. INCONSISTENCIAS: ¿VOLVIENDO A LA OSCURIDAD?

Varias sentencias del TSJ, especialmente por su SC —TSJ, reforzaron la práctica del arbitraje en

Venezuela bajo análisis. Las decisiones emitidas entre 2008 y 2011 sentaron las bases para un período «*dorado*» de 7 años (arriba explicado) que presentó un número récord de casos administrados por los dos principales centros arbitrales con sede en Caracas.

Sin embargo, la jurisprudencia más reciente dictada por el mismo TSJ muestra inconsistencias y una tendencia que se inclina a readaptar las viejas posturas «anti —arbitraje». Las decisiones aisladas sin prestar atención o acatar los criterios «*vinculantes*» anteriores han desatendido principios básicos y fundamentales, como el competencia—competencia y la separabilidad. El desapego o desconocimiento de los fundamentos de los medios alternativos en general, acompañado con el prejuicio hacia el arbitraje en particular, juega un papel clave para este giro adverso en la jurisprudencia venezolana.

Varias decisiones recientes dictadas por la SPA —TSJ («*Magnasystems*» (41) 380/2017 22 de junio; en «*Espacio XXI*» 362/2018 21 de marzo (42); y en «*Bisatur*» 1174 /2018, 20 de noviembre, todos después de «*Trevi Cimentaciones*» 40/2010 20 de enero) (43) han desatendido las premisas básicas del «efecto negativo» del principio competencia —competencia al revocar las decisiones de los tribunales inferiores después de haber remitido a las partes al arbitraje *sua sponte* («de oficio»), tan pronto como notaron que las disputas contractuales contenían cláusulas de arbitraje. Como se explicó anteriormente, de conformidad con el «efecto negativo,» la aplicación práctica de la regla a favor de los árbitros también incluye que las partes deben remitirse al arbitraje inmediata e independientemente de que interpongan cuestiones previas, esto es, que el juez no debería que esperar por las partes para para declinar, porque se encuentra legalmente facultado. En estos casos, los tribunales inferiores de instancia aplicaron el «efecto negativo» correctamente, pero la SPA—TSJ lo revirtió, aplicando un criterio formalista, dogmático y contrario a todo lo explicado.

Otra forma de quebrantar el reconocimiento al efecto negativo es cuando el juez se abstiene de remitir a las partes al arbitraje, basándose en la «inexistencia» del centro arbitral acordado en la cláusula de arbitraje. Los árbitros son quienes deben decidir sobre la validez, existencia y operatividad de la cláusula de selección de foro, de conformidad con los principios «pro —arbitraje» y *Kompetenz —Kompetenz*. Es frecuente que las contratantes (incluso partes sofisticadas) cometan errores durante la redacción de los contratos. No es raro presenciar cláusulas arbitrales que proporcionan lugares inexactos, y esto no conduce *per se* a su invalidez, anulación o inexistencia.

En el caso «*Corporación LSR*», las partes redactaron una cláusula de arbitraje «patológica» (44) que proporciona una institucional arbitral imprecisa. Inicialmente, el tribunal de primera instancia remitió a las partes al arbitraje, y finalmente la SPA —TSJ desestimó la impugnación contra esa decisión al favorecer el arbitraje (sentencia 730/2015, 30 de junio); pero más tarde esa última decisión fue sorprendentemente derribada por la SC —TSJ que desconoció abiertamente al principio *kompetenz —kompetenz* (y a sus propios criterios vinculantes) al afirmar que la cláusula arbitral era «inexistente» (sentencia 46/2016, 1 de marzo). Finalmente, la SPA —TSJ tuvo que volver a decidir el mismo caso y se vio obligada a acatar el fallo de la SC, mediante la decisión 199/2018, 21 de febrero. En resumen, un error de redacción contractual acompañado por un grave desconocimiento de la SC —TSJ al principio *kompetenz —kompetenz* condujo a años de litigios inútiles y caros, y un arbitraje

frustrado que había sido seleccionado —originalmente— con el propósito de resolver el conflicto en forma rápida, económica y sin largos y complejos recursos judiciales.

Del mismo modo, la SPA —TSJ también quebrantó al principio kompetenz —kompetenz en una disputa marítima (caso «*Bariven*» 672/2015, 10 de junio) (45), al afirmar la «inexistencia» de la cláusula de arbitraje contenida en un conocimiento de embarque marítimo. El fallo también se excedió al concluir que la «inexistencia» del acuerdo arbitral podía derivarse del hecho que la cláusula no fue firmada por las partes. Esa determinación solo la podía realizar el «juez natural,» que son los árbitros (no el juez ordinario).

Otra decisión que engrosa la lista de violaciones al principio competencia —competencia, es la dictada por la SPA —TSJ en «*Banco Canarias*» (46) (927/2018, 2 de agosto) al afirmar que un ente estatal («*FOGADE, Fondo de Garantías y Depósitos*») involucrado en un litigio no había consentido al arbitraje. Según la SPA —TSJ, las empresas estatales y otros entes no pueden estar sujetos a acuerdos de arbitraje sin una aprobación formal emitida por autoridades de alto rango. Nuevamente, el principio competencia —competencia exige que los paneles arbitrales y no un juez nacional determinen si se ha otorgado o no un consentimiento válido. Todas las decisiones vinculantes 1541/2008, 1067/2010 y 1773/2011 (arriba comentadas) determinaron que, incluso en situaciones que involucran a empresas y entes estatales, los tribunales arbitrales están facultados para decidir sobre su propia jurisdicción evaluando la existencia, validez, operatividad y consentimiento con respecto a los acuerdos de arbitraje.

Finalmente, en el controversial caso *Polar* (sentencia n.º 42/2020, 20 de febrero), la SC —TSJ acordó la primera fase de un avocamiento, a partir de una *solicitud de avocamiento* (47) presentada por una de las partes en un procedimiento arbitral ya finalizado (sustanciado y decidido) conforme al Reglamento del CEDCA (aunque solo quedaba pendiente que el panel arbitral resolviera solicitudes de *aclaratorias, ampliaciones o correcciones*).

La figura del *avocamiento* supone tres etapas: (i) la admisión a trámite de la solicitud de avocamiento, acompañada con la orden de remisión de todas las actuaciones llevadas hasta ahora en el juzgado de instancia; (ii) la decisión por la cual la Sala requirente determina que definitivamente conocerá el mérito o fondo de la disputa, al verificar *graves violaciones al debido proceso, injusticias o desordenes procesales*. Aquí se reinicia o continúa con la sustanciación y; (iii) la emisión de la sentencia definitiva de fondo, que se supone debe ser «afín» con la Sala requirente del TSJ (*v.gr.*, a la Sala de Casación Civil si el asunto es civil o mercantil; a la Sala Político — Administrativa si el asunto es del contencioso-administrativo; o a la Sala Constitucional si se trata de un juicio iniciado por un amparo constitucional). En el caso *Polar*, la disputa que fue resuelta definitivamente por un laudo arbitral (en el CEDCA) se originó a partir de un contrato de arrendamiento.

Este tipo excepcional de solicitud (*de avocamiento*) (48) tiene como objetivo atraer excepcionalmente a la Sala requirente los procedimientos judiciales pendientes y en curso en los tribunales ordinarios de instancia, para que aquella decida el mérito o fondo de la controversia, como lo haría el juez natural. El efecto práctico que apareja la primera fase del avocamiento es la

suspensión de *facto* de los procedimientos judiciales en curso mientras el TSJ decide la petición sobre el fondo, lo que podría llevar meses o incluso años dado el estado actual del poder judicial venezolano (49). El solicitante (*Polar*) buscó esa forma excepcional de intervención judicial como resultado de una supuesta violación del «orden público constitucional» por parte de los árbitros. Específicamente, alegó que el proyecto de laudo (*adverso a Polar*) distribuido a las partes antes de su publicación violaba el derecho de las partes a presentar su caso (*derecho a la defensa*), el derecho a una protección judicial efectiva (*tutela judicial efectiva*), y la garantía constitucional del debido proceso (*garantía constitucional al debido proceso*) (50).

En *Polar*, la flagrante y burda violación a los principios kompetenz —kompetenz, cosa juzgada, debido proceso y tutela judicial efectiva es difícil que pueda superarse (con cualquier otro artificio litigioso) porque esa petición excepcional se usó para impugnar un proyecto de laudo durante un procedimiento arbitral cuya sustanciación había concluido, argumentando «violaciones constitucionales», que contradicen la jurisprudencia «vinculante» emitida por la propia SC —TSJ, analizada anteriormente. Esta fue la primera vez que una Sala del TSJ otorgó una solicitud tan excepcional contra un procedimiento arbitral, además, concluido. Solo quedaba pendiente que luego de la presentación del borrador de laudo, el tribunal arbitral respondiera a las solicitudes de *acclaratorias, ampliaciones o correcciones* que las partes formularon en forma oral en audiencia de trámite (51).

No puede acordarse un avocamiento cuando no hay instancia pendiente o en curso. La SC —TSJ no es «afín» a la materia discutida. El recurso que podía haberse intentado contra el laudo era el recurso de nulidad, donde se han podido hacer valer, incluso, los argumentos de «inconstitucionalidad» conforme a los criterios pacíficos y vinculantes de la SC —TSJ.

Una empresa como *Polar* es un «repeat —player» que seguramente volverá a iniciar o a defenderse en arbitrajes, y que tiene incentivos para seguir pactando cláusulas de arbitraje en sus contratos frecuentes y en el curso cotidiano de sus operaciones. Ahora, quizás y de forma irónica, se puede topa con una demandada que, ante la eventualidad de perder un arbitraje, corra a interponer un avocamiento similar ante cualquiera de las Salas del TSJ, invocando a su favor —precisamente— el criterio en *Polar*.

La solicitud de avocamiento en *Polar* fue una táctica abiertamente abusiva, porque se usó para eludir la única vía disponible para ejercer la revisión judicial sobre los laudos finalmente publicados (incluso contra los borradores de laudo que son previamente presentados a las partes para precaver errores y responder a solicitudes de *acclaratorias, ampliaciones o correcciones*), es decir, la acción de anulación ante los tribunales superiores, y que es solo otorgada por motivos restringidos. A diferencia del avocamiento, la presentación de la acción de anulación no suspende la ejecución de un laudo, a menos que la parte perdedora ofrezca garantía suficiente (véase sentencias vinculantes de la SC —TSJ, N° 462/2010 y No. 1773 del 30 de noviembre de 2011) (52).

Habiéndose acordada la primera fase del avocamiento por la SC —TSJ, sus efectos prácticos son asimilables a una «opción nuclear» contra el arbitraje: (i) no existe laudo susceptible de cumplimiento o ejecución, a pesar de haberse dictado uno (donde solo quedaba pendiente

responder a solicitudes de *corrección, ampliaciones o aclaratorias*); (ii) la parte gananciosa no puede impulsar su ejecución; (iii) no existe procedimiento que sustanciar en el CEDCA, pero más preocupante, ni siquiera en la SC —TSJ; (iv) la perdidosa no tiene que caucionar; le basta y satisface la inercia de la SC —TSJ; (iv) la gananciosa no puede reiniciar el procedimiento arbitral porque ya concluyó, y además las actuaciones reposan en las gavetas de la SC —TSJ; (v) la gananciosa no podría iniciar un nuevo procedimiento arbitral, porque —de manera absurda— ya existe cosa juzgada a su favor (aunque quedaba pendiente que el tribunal respondiera a solicitudes de *corrección, aclaratoria o ampliación*) y, adicionalmente, existe un expediente con conexión absoluta (identidad de partes, objeto y causa) que reposa en el máximo tribunal del país.

BIBLIOGRAFÍA

BARCELO, J., «Who Decides the Arbitrator's Jurisdiction — Separability and Competence — Competence in Transnational Perspective», 36 *Vand. J. Transnat'l L.* 1115 (2003).

BINDER, O., *International Commercial Arbitration and Mediation in UNCITRAL Model Law Jurisdictions*, Fourth edition, Kluwer Law International, 2019.

CREMADES, B., «Consolidación de la autonomía de la voluntad en España: El convenio arbitral», *Tratado de Derecho arbitral*, Colección Estudios, t. I, *El convenio arbitral* (2), Bogotá, Grupo Editorial Ibáñez / Instituto Peruano de Arbitraje, 2011, pp. 659–676.

DE JESÚS, O., A., «Validez y Eficacia del Acuerdo de Arbitraje en el Derecho Venezolano», *Revista Brasileira de Arbitragem*, 3.9 (2006).

DIAZ–CANDIA, H., «Non —recognition of Kompetenz —Kompetenz in Developing Countries —The Venezuelan Example», 24 *J. Int'l Arb.* (2007).

DÍAZ–CANDIA, H., *El Correcto Funcionamiento Expansivo del Arbitraje*, 3ª ed., Venezuela, 2016

ESCOVAR ALVARADO, R.J., *La Facultad de los Tribunales Arbitrales para Determinar su Propia Jurisdicción*, Arbitraje Comercial Interno e Internacional. Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Venezuela, 2005.

FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., «La contaminación del arbitraje por los conceptos e institutos de las leyes procesales estatales», *Anuario de Justicia Alternativa*, 13 (2015), pp. 33 —66.

GAILLARD, E. y BANIFATEMI, Y., «Negative Effect of Competence —Competence: The rule of Priority in Favour of the Arbitrator», *Enforcement of Arbitration Agreements and International Arbitral Awards: The New York Convention in Practice*, Londres, Cameron May, VI 257. 2008.

GÓMEZ, M., «All in the family: The influence of social networks on dispute processing (A case study of a developing economy)», 36 *Ga. J. Int'l & Comp. L.* (2007), pp. 291 ss.

GÓMEZ, M. y GUERRERO–ROCCA, G., «International Handbook on Commercial Arbitration,

Venezuela country Report., *International Council for Commercial Arbitration (ICCA)*, 2020

GÓMEZ, M. y PÉREZ —PERDOMO, R., «Big Law in Venezuela: From Globalization to Revolution», *Big Law in Latin America and Spain: Globalization and adjustments in the provision of high —end legal services* (Palgrave MacMillan, 2017), pp. 287–320.

GRAVES, J. y DAVYDAN, Y., «Competence — Competence and Separability —American Style», *International Arbitration and International Commercial Law: Synergy, Convergence and Evolution*, Chapter 8, Edited by S. Kroll, L.A. Mistelis, et. al. Wolters Kluwer, 2011.

GUERRERO—ROCCA, G., «Orientaciones Jurisprudenciales de la Sala Político-Administrativa», *Revista de Derecho Administrativo*, n.º 13, Venezuela, 2001.

GUERRERO—ROCCA, G., *Nuevas Orientaciones en el Contencioso-Administrativo Venezolano*, Editorial Livrosca, Venezuela, 2002.

GUERRERO—ROCCA, G., «New Incentives to Include Arbitration Clauses in Commercial Contract. Venezuela», *CEDCA Legal Report*. CEDCA, Alternative Dispute Resolution Report. Business, July 2012.

GUERRERO—ROCCA, G., «Nuevos Avances sobre Arbitraje Comercial en Venezuela: Análisis práctico a recientes decisiones de la Sala Constitucional», *Revista del Tribunal Supremo de Justicia*, n.º 34 (Caracas, 2013).

GUERRERO—ROCCA, G., *Nuevo impulso al arbitraje en Venezuela: medidas cautelares antes y durante el procedimiento arbitral*. CEDCA, Alternative Dispute Resolution Report. 2016.

GUERRERO—ROCCA, G., «The «Negative —Effect» of Inconsistency: It is time for Hesitant Domestic Courts to Fully Embrace the «dual» function of kompetenz —kompetenz», *LATAM. The Venezuelan case*. World Arbitration & Mediation Review (WAMR), vol. 13, n.º 3, 2019.

PASCUZZO, C., «Comentarios sobre la Sentencia No. 362 dictada por la Sala Político — Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, en fecha 21 de marzo de 2018 (caso Construcciones Espacio XXI)», *Revista Derecho y Sociedad*, n.º 16, Venezuela, 2020, pp. 70 —75.

SUSLER, O., «The Jurisdiction of the Arbitral Tribunal: A Transnational Analysis of the Negative Effect of Competence —Competence», *Macquarie Journal of Business Law* (2009).

(1)

Sobre el tema léase nuestro trabajo, «The «Negative —Effect» of Inconsistency: It is time for Hesitant Domestic Courts to Fully Embrace the «dual» function of kompetenz —kompetenz» in *LATAM. The Venezuelan case*. World Arbitration & Mediation Review (WAMR), 2019, vol. 13, n.º 3.

Ver Texto

- (2) A pesar de sus diferentes orígenes, hoy en día también se utilizan *Compétence* —*Compétence* (en francés) y *Kompetenz* —*Kompetenz* (en alemán).

Ver Texto

- (3) Entre otros, J. Barcelo, «Who Decides the Arbitrator's Jurisdiction — Separability and Competence — Competence in Transnational Perspective», 36 *Vand. J. Transnat'l L.* 1115 (2003), y J. Graves & Y. Davydan, «Competence — Competence and Separability — American Style», in *International Arbitration and International Commercial Law: Synergy, Convergence and Evolution*, Chapter 8, Edited by S. Kroll, L.A. Mistelis, et. al.

Ver Texto

- (4) E. Gaillard & Y. Banifatemi, «Negative Effect of Competence — Competence: The rule of Priority in Favour of the Arbitrator,» in *Enforcement of Arbitration Agreements and International Arbitral Awards: The New York Convention in Practice* (Emmanuel Gaillard & Domenico di Pietro ed. 2008).

Ver Texto

- (5) P. Binder, *International Commercial Arbitration and Mediation in UNCITRAL Model Law Jurisdictions*, Fourth edition. p. 254, Kluwer Law International, 2019.

Ver Texto

- (6) *Id at.* 253.

Ver Texto

- (7) E. Gaillard, «The Representations of International Arbitration», 1 *Journal of International Dispute Settlement* (2010).

Ver Texto

- (8) E. Gaillard originalmente acuñó esta función como el «efecto negativo» del principio *compétence* — *compétence* en su artículo «Convention d'arbitrage», *Juris Classeur. Droit International*, Fasc. 586 —5, pp. 49, 50 (1994).

Ver Texto

- (9) O. Susler, «The Jurisdiction of the Arbitral Tribunal: A Transnational Analysis of the Negative Effect of Competence — Competence, *Macquarie Journal of Business Law* (2009).

Ver Texto

- (10) H. Díaz —Candia, «Non —recognition of Kompetenz — Kompetenz in Developing Countries — The Venezuelan Example», 24 *J. Int'l Arb.* (2007).

Ver Texto

- (11) G. Guerrero—Rocca, «Nuevos Avances sobre Arbitraje Comercial en Venezuela: Análisis práctico a recientes decisiones de la Sala Constitucional», *Revista del Tribunal Supremo de Justicia*, n.º 34 (Caracas, 2013).
- Ver Texto
- (12) R. Escovar Alvarado, «La Facultad de los Tribunales Arbitrales para Determinar su Propia Jurisdicción», *Arbitraje Comercial Interno e Internacional*. Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Venezuela. 2005.
- Ver Texto
- (13) M. Gomez y G. Guerrero—Rocca, «International Handbook on Commercial Arbitration, Venezuela country Report», *International Council for Commercial Arbitration (ICCA)*, 2020.
- Ver Texto
- (14) D. Shontz, F. Kipperman, and V. Soma, Business —to —Business Arbitration in the United States: Perceptions of Corporate Counsel. Santa Monica, CA: RAND Corporation, 2011.
https://www.rand.org/pubs/technical_reports/TR781.html.
- Ver Texto
- (15) E. Sussman y J. Wilkinson, «Benefits of Arbitration for Commercial Disputes», *The Arbitration Committee of the ABA Section of Dispute Resolution*.
- Ver Texto
- (16) C. Drahozal, y S. Ware. «Why do businesses use (or not use) arbitration clauses», *Ohio St. J. on Disp. Resol.* 25 (2010): 433.
- Ver Texto
- (17) J.C. Fernández Rozas, «La contaminación del arbitraje por los conceptos e institutos de las leyes procesales estatales», *Anuario de Justicia Alternativa* 13 (2015), pp. 33 —66.
- Ver Texto
- (18) G. Guerrero—Rocca, «New Incentives to Include Arbitration Clauses in Commercial Contracts in Venezuela», *CEDCA Legal Report. CEDCA, Alternative Dispute Resolution Report. Business*, July 2012.
- Ver Texto
- (19) G. Guerrero—Rocca, supra nota 18.
- Ver Texto
- (20) <http://historico.tsj.gob.ve/sr/Default3.aspx?url=../decisiones/spa/enero/309418—00004—22120—2020—2019—0258.html>

Ver Texto

(21) M. Gómez y G. Guerrero —Rocca, *supra* nota 13.

Ver Texto

(22) G. Guerrero —Rocca, *supra* nota 11.

Ver Texto

(23) *Ibíd.*

Ver Texto

(24) La SC —TSJ también ha afirmado que los «Árbitros de emergencia» son compatibles con las normas constitucionales sobre debido proceso y acceso a la justicia. Las dos principales instituciones de arbitraje con sede en Caracas han adoptado Reglas que proporcionan «árbitros de emergencia». El art. 36.2º Reglamento CEDCA (2013), y el art. 24 Reglas Generales de CACC (2012).

Ver Texto

(25) H. Díaz–Candia, *El Correcto Funcionamiento Expansivo del Arbitraje*, 3ª ed., pp.195–204, Caracas, 2016 .

Ver Texto

(26) G. Guerrero —Rocca, «Nuevo impulso al arbitraje en Venezuela: medidas cautelares antes y durante el procedimiento arbitral», *CEDCA, Alternative Dispute Resolution Report*. 2016.

Ver Texto

(27) M. Gómez & G. Guerrero —Rocca, *supra* nota 13.

Ver Texto

(28) *Vid.* M. Gómez and R. Pérez —Perdomo, «Big Law in Venezuela: From Globalization to Revolution», in *Big Law in Latin America and Spain: Globalization and adjustments in the provision of high —end legal services* (Palgrave MacMillan, 2017) pp. 287 —320.

Ver Texto

(29) Fuente: El CACCC y la ayuda de su Directora General, Prof. Diana Trias Bertorelli.

Ver Texto

(30) M. Gómez, «All in the family: The influence of social networks on dispute processing (A case study of a developing economy)», 36 *Ga. J. Int'l & Comp. L.* (2007), p. 291.

Ver Texto

(31) <https://cedca.org.ve/wp-content/uploads/2020/06/Estadisticas—CEDCA—2020.—Mayo—1.pdf>.

Ver Texto

(32) mayo, 2020.

Ver Texto

(33) CEDCA's 2020 reporte de estadísticas, p. 3.

Ver Texto

(34) *Id.* p. 3.

Ver Texto

(35) *Id.* p. 6.

Ver Texto

(36) *Id.* p. 5.

Ver Texto

(37) *Id.* p.10 .

Ver Texto

(38) *Id.* p.11.

Ver Texto

(39) *Id.* p. 4.

Ver Texto

(40) M. Gómez & G. Guerrero —Rocca, *supra* nota 13.

Ver Texto

(41) <http://historico.tsj.gob.ve/sr/Default3.aspx?url=./decisiones/spa/junio/200258—00380—22617—2017—2015—1047.html>.

Ver Texto

(42) C. Pascuzzo, «Comentarios sobre la Sentencia No. 362 dictada por la Sala Político —Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, en fecha 21 de marzo de 2018 (caso Construcciones Espacio XXI)», *Revista Derecho y Sociedad*, n.º 16, Venezuela, 2020, pp. 70–75.

Ver Texto

(43) <http://historico.tsj.gob.ve/sr/Default3.aspx?url=../decisiones/spa/noviembre/302529> —01174 —201118 —2018 —2018 —0502.html.

Ver Texto

(44) <http://historico.tsj.gob.ve/sr/Default3.aspx?url=../decisiones/spa/febrero/207982> —00199 —21218 —2018 —2015 —0529.html.

Ver Texto

(45) <http://historico.tsj.gob.ve/sr/Default3.aspx?url=../decisiones/spa/junio/178361> —00672 —10615 —2015 —2013 —0964.html.

Ver Texto

(46) <http://historico.tsj.gob.ve/sr/Default3.aspx?url=../decisiones/spa/agosto/300474> —00927 —2818 —2018 —2016 —0847.html.

Ver Texto

(47) G. Guerrero—Rocca, *Nuevas Orientaciones en el Contencioso-Administrativo Venezolano*, Caracas, Editorial Livrosca, 2002. Donde se analiza la figura del Avocamiento ante el TSJ.

Ver Texto

(48) G. Guerrero—Rocca, «Orientaciones Jurisprudenciales de la Sala Político —Administrativa», *Revista de Derecho Administrativo*, n.º 13. Caracas, 2001.

Ver Texto

(49) M. Gómez & G. Guerrero —Rocca, *supra* nota 13.

Ver Texto

(50) La decisión de la SC —TSJ ha generado un revuelo en la comunidad arbitral venezolana comentado por A. Larrazábal y L. Capiel en «¿Es peligroso el arbitraje en Venezuela?» <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2020/05/27/is> —arbitration —in —venezuela —in —danger.

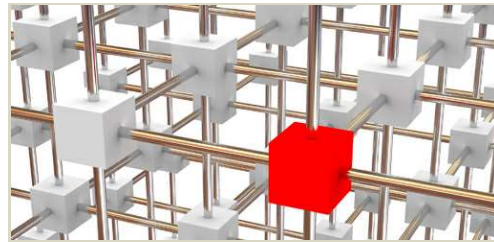
Ver Texto

(51) El art 39 del Reglamento CEDCA prevé la «presentación previa del laudo» para que las partes expongan oralmente sus observaciones de forma o de fondo, para que el tribunal arbitral provea sobre las solicitudes de *aclaratorias, ampliaciones o correcciones*. No se trata de una audiencia para la vista oral de la causa, no supone la practica o evacuación de una prueba, ni el replanteamiento de cuestiones sobre el fondo o mérito de la disputa, reproduciendo la practica similar contenida en los arts. 34 al 36 del Reglamento de Arbitraje de la CCI.

Ver Texto

(52) G. Guerrero —Rocca, *supra* nota 11.

[Ver Texto](#)



La dirimencia por experto en el Derecho español

The expert determination under Spanish Law

En el marco del movimiento en pro de los métodos alternativos de solución de conflictos se abre paso la dirimencia por experto, a la que las partes se someten voluntariamente al albur de la libertad contractual o por imperativo legal bajo diversas denominaciones en distintos sectores del ordenamiento. Posee un acusado perfil propio, a pesar de su dispersión y de la concurrencia de figuras afines pero distintas. El Anteproyecto de Ley de Eficiencia Procesal la cataloga entre los 'medios adecuados', dotándolo de una regulación propia.

Métodos alternativos, Perito, Arbitrador, Dictaminador arbitral, Experto independiente, Liquidador, Contador-partidor, ADR, CCI, OMPI.

In the context of the movement in favor of Alternative Dispute Resolution, the expert determination, to which the parties voluntarily submit by means of free will or by legal imperative under different names in different sectors of the legal system, is gaining more and more relevance in Spain. It has acquired a marked profile, despite its dispersion and like-minded but different activities. The Bill on Procedural Efficiency classifies it among the 'appropriate means', providing it with its own regulation.

Alternative methods, Expert, Arbitrator-Liquidator, Accountant, ADR, ICC, WIPO.



Blas Piñar Guzmán

Abogado Of Counsel en Samaniego Law

I. INTRODUCCIÓN. UNA PRECISIÓN TERMINOLÓGICA

Los métodos alternativos de resolución de conflictos son una de esas realidades que, de tanto predicarse conjugando el futuro imperfecto, advienen sin saber del todo cómo y cuándo lo han hecho. Desde el primigenio 'Alternative Dispute Resolution' hasta los 'Medios Adecuados de Solución de Controversias' a los que se refiere el Anteproyecto de Ley de Eficiencia Procesal recientemente promovido por el Gobierno (1), los métodos que se esconden bajo tales nomenclaturas están presentes entre nosotros de manera, en ocasiones, inadvertida. No es el caso del arbitraje y de la mediación, por mucho que la inconvencible voluntad de mejora de quienes nos dedicamos profesionalmente a este campo nos impela a percibir como insuficientes los muchos logros hasta ahora alcanzados en su despliegue. Sí que lo es de la dirimencia por experto, a cuya presencia en el derecho español de dedica este breve estudio.

Es conveniente hacer una precisión terminológica. El vocablo 'dirimencia' no figura en el Diccionario de la Real Academia Española; es, en cierta medida, un neologismo de cuño propio. Considero que las alternativas que pueden barajarse, tales como 'determinación', 'decisión' o 'peritaje', no son del todo adecuadas. Las dos primeras, porque no enfatizan el elemento de resolución de una controversia. En cuanto a la voz 'peritaje', resulta demasiado genérica y puede confundirse con la actividad probatoria que desarrollan los peritos dentro de otros métodos de resolución de conflictos. Sin embargo, el verbo 'dirimir', del cual se toma la acepción de «componer una controversia», nos permite nominalizar y concentrar el concepto, distinguiéndolo al mismo tiempo de figuras más o menos afines.

II. CARACTERÍSTICAS Y FUNCIONAMIENTO DE LA DIRIMENCIA POR EXPERTO

La dirimencia por experto (*expert determination*) es un método alternativo y heterónimo de resolución de conflictos en el cual las partes se someten al dictamen de un experto independiente. Su finalidad reside en resolver una controversia de carácter técnico, científico o artístico de forma mucho más rápida y barata que otros métodos. Que se trata de un método con contenido propio es algo que viene reconocido en el Considerando nº 11 de la Directiva 2008/52/CE, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles:

«La presente Directiva no debe aplicarse a las negociaciones precontractuales ni a los procedimientos de carácter cuasi jurisdiccional como determinados mecanismos de conciliación judicial, los sistemas aplicables a las reclamaciones de consumo, el arbitraje, y la determinación por experto, y tampoco a los procesos administrados por personas u órganos que formulan recomendaciones formales, ya sean jurídicamente vinculantes o no, sobre la solución del conflicto».

Superadas las zozobras que creó el art. 3.º del ya expirado Reglamento (CE) 1400/2002 (2), nuestra doctrina jurisprudencial muestra un neto carácter aperturista en lo referido a la solución previa y extrajudicial de los conflictos. La STS 434/2020 de 15 de julio (3), FJ 3º, reconoce que:

«[...] en los estatutos puede establecerse un sistema de impugnación interno como trámite previo a la impugnación judicial de los acuerdos, y puede establecerse que instar ese procedimiento

interno antes de acudir al procedimiento judicial constituya una obligación del socio».

Y declara la STS 131/2021 de 9 de marzo (4) , FJ 5º (énfasis añadido):

«5.– Una de las facetas de este principio de buena administración de justicia consiste en procurar que los medios de los tribunales, siempre limitados, se utilicen para resolver aquellos asuntos que exijan ineludiblemente una solución judicial, porque no sea posible encontrar una solución extrajudicial. De este modo, asuntos que pueden ser solucionados fuera de los tribunales no consumirán el tiempo y los recursos que deben dedicarse a aquellos otros en los que es indispensable la intervención del poder judicial.

6.– [...] litigar es una forma lenta, cara y no exenta de riesgos (la pérdida de un plazo, la preclusión de un trámite, etc.) de resolver los conflictos [...] 7.– Estas razones explican la apuesta decidida de la UE por el fomento de las soluciones extrajudiciales a los litigios [...]».

Otros métodos alternativos han sido objeto de regulaciones completas: el arbitraje por la Ley 60/2003 (5) , la mediación por la Ley 5/2012 y la conciliación por la Ley 15/2015. La dirimencia por experto, sin embargo, en cierto modo se abre paso ocupando el espacio que queda, dividiéndose en dos ramas por razón de su origen. Por un lado, la dirimencia legal, que aparece bajo múltiples denominaciones en sectores diversos del ordenamiento, y que es obligatoria en unos casos y optativa en otros, aunque guarda siempre algún grado de protagonismo para los actores enfrentadas. Por otro lado, la dirimencia negocial o consensual, netamente querida y configurada por las partes de negocios jurídicos concretos al albur de la libertad contractual del art. 1255 del Código Civil, ya sea delegando su administración a una institución ya sea de manera directa.

Lo normal es que el dictamen emitido por el experto dirimente sea vinculante para las partes y definitivo para la resolución de la controversia, siendo su eficacia de naturaleza contractual

No es difícil entrever que el ámbito natural de la dirimencia por experto es el de controversias claramente identificadas y de carácter eminentemente técnico, desprovistas de aparataje jurídico relevante. Donde no tenga sentido cursar todo un procedimiento arbitral o judicial, pues las partes han sido capaces de identificar conjuntamente dónde reside el desacuerdo y de someterse a un tercero independiente que lo zanje con criterio suficiente. Casos prototípicos son los de distinta valoración de precios o rentas en un momento posterior al consensual, y aquellos de contratos de tracto sucesivo y larga duración donde determinados parámetros objetivos han de ser revisados periódicamente (la calidad del producto, los criterios de selección de los subdistribuidores, el cumplimiento de normas ISO...).

Lo normal es que el dictamen emitido por el experto dirimente sea vinculante para las partes y definitivo para la resolución de la controversia, siendo su eficacia de naturaleza contractual, de

manera que obliga a las partes a aceptar el resultado dictaminado a los efectos oportunos en el ámbito de la relación jurídica. Podrá ser impugnado por las causas que invalidan los contratos, por la vulneración de la *lex artis* que rija en la profesión del experto en cuestión, o por características de la actuación de éste (falta de independencia o imparcialidad, dolo, temeridad o mala fe).

Ahora bien, no cabe descartar la posibilidad de que las partes, en aquellos supuestos de dirimencia no impuesta *ex lege*, quieran dotar al dictamen de un carácter no vinculante. Su utilidad residirá entonces en servir de base de las negociaciones entre ellas o como elemento probatorio a tener en consideración en la mediación, el arbitraje o el pleito en donde se ponga fin al conflicto. Y en esos mismos supuestos el procedimiento se enfrenta con la dificultad práctica de tener que ser regulado por las partes, bien directamente bien por referencia al reglamento de una institución que provea tal servicio.

Son contenidos mínimos del procedimiento la designación del experto (persona física o jurídica), los plazos y formato de las alegaciones de cada parte, el plazo para que el experto emita el dictamen que dirima la controversia (típicamente no más de tres meses) y el reparto de los costes. Pueden incluirse previsiones tales como los idiomas admitidos en el procedimiento, la confidencialidad y protección de secretos comerciales, la facultad del experto para requerir de las partes información o documentación adicionales, ciertos requisitos del dictamen, las consecuencias ante su falta de emisión en plazo y la vía de impugnabilidad del mismo.

En el Reino Unido ya existen decisiones judiciales que han obligado a las partes a honrar su pacto de sometimiento a la decisión de un experto, incluso indemnizando los daños padecidos por los costes derivados del procedimiento iniciado incumpliendo dicha obligación (6). En España, en caso de un pacto de sometimiento cuya administración no se delega a una institución, la falta de acuerdo entre las partes para la designación del experto puede ser reconducida por los trámites que la Ley de Jurisdicción Voluntaria (LJV) prevé para el nombramiento de liquidador, auditor o interventor de una entidad (arts. 120 a 123), o bien para el nombramiento de perito en los contratos de seguro (arts. 136 a 138). La competencia objetiva recaería en los Juzgados de Primera Instancia o de lo Mercantil, según el caso, resolviendo el letrado judicial previa comparecencia de las partes.

Finalmente, la dirimencia por experto presenta dos sinergias virtuosas dignas de reseña. Por un lado, su posible uso conjunto con la mediación, que desemboca en perfecto tándem para zanjar también aspectos controvertidos entre las partes que no siendo técnicos van anudados a ello, así como para obtener la eficacia ejecutiva del dictamen so pretexto del acuerdo resultante de la mediación (ex art. 25 de la Ley 5/2012). Por otro lado, su eventual combinación con un informe de consultoría de negocio de suerte que el dictamen no sólo se dirima la controversia, sino que aporte valor de cara al futuro del proyecto o relación comercial. Esto último es factible cuando el experto cuenta con un equipo de ayudantes o la designación recae sobre una firma que presta habitualmente ambos tipos de servicios (las *big four* y similares).

III. DISTINCIÓN ENTRE LA DIRIMENCIA POR EXPERTO Y OTRAS FIGURAS AFINES

1. El peritaje

La dirimencia por experto no es un dictamen de peritos de los regulados en los arts. 335 y siguientes de la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil (LEC), también previsto en diversos preceptos de la Ley de Arbitraje. Aunque las mismas personas puedan desempeñar ambos roles en casos diferentes, el dictamen pericial es un medio de prueba ampliamente utilizado en la jurisdicción, el arbitraje e incluso la mediación *«[c]uando sean necesarios conocimientos científicos, artísticos, técnicos o prácticos para valorar hechos o circunstancias relevantes en el asunto o adquirir certeza sobre ellos»*.

Las partes pueden aportar, o el tribunal designar un perito que elabore, un dictamen cuya finalidad reside en ayudar al juzgador a comprender extremos fácticos que no son notorios y requieren de la opinión de una persona versada en un específico campo del saber. Habiendo preceptos sustantivos, como los arts. 1486 I ó 1598 I del Código Civil (CC) o el art. 165.3 II de la Ley Concursal (7), que imponen el uso del dictamen de peritos, no cabe la menor duda de que no vinculan al tribunal, que los valora *«según las reglas de la sana crítica»* a tenor del art. 348 de la LEC.

2. El arbitrio de tercero

También es distinta la dirimencia por experto del arbitrio de tercero que figura en diversos preceptos del Código Civil. A pesar de que algún autor los ha asimilado (8), el arbitrador no dirime una controversia, sino que lleva a cabo la división de la cosa común (art. 402), fija el precio de la compraventa (art. 1447), aprueba o rechaza la entrega de la obra (art. 1598 II) o reparte las pérdidas y ganancias de cada socio (art. 1690). Y lo hace precisamente porque las partes lo han querido así a modo de integración de su relación negocial, no porque exista un conflicto entre ellas.

Explica la STS 765/2010, de 30 de noviembre (9), FJ 7º, que:

«...el precio dejado al arbitrio de tercero es una de las formas de fijar este elemento en los contratos de compraventa y no se trata de dejar el contrato al arbitrio de una de las partes, ya que lo que ocurre es que estando conformes en la celebración del contrato, se deja a un tercero que fije el definitivo precio. Así, por ejemplo, la sentencia de 10 marzo 1986, seguida por la de 29 noviembre 2000, dice que 'la fijación del arbitrio de un tercero ('arbitrador'), contemplada en el art. 1447 CC para la determinación del precio en la compraventa cuando así lo convinieran los contratantes a modo de negocio per relationem, desemboca en una decisión de obligado acatamiento para comprador y vendedor'. Hay que señalar que la doctrina científica ha distinguido las figuras del 'arbitrador' y del 'árbitro', porque este último resulta encargado de dirimir una cuestión entre las partes, mientras que el 'arbitrador' desempeña una función por encargo de las partes».

Y la STS 87/2010, de 9 de marzo (10), FJ 4º (énfasis añadido):

«Antes de examinar el motivo procede anotar que no hay discusión acerca de que nos hallamos ante una hipótesis de arbitrio de tercero –lo que excluye tanto el arbitraje, como el tertium genus denominado por un sector doctrinal 'dictamen arbitral'–. Tampoco se cuestiona la impugnabilidad de la decisión de los auditores, por lo demás plenamente aceptada por la doctrina de esta Sala (Sentencias entre otras, 21 de abril de 1956, 22 de marzo de 1966, 10 de marzo de 1986). Y,

finalmente, las partes son contestes en la aplicabilidad analógica del criterio de la equidad ex art. 1.690 CC para dirimir la controversia, cuyo precepto, si bien se refiere a la designación de la parte de cada uno de los socios en las ganancias y pérdidas sociales, sin embargo, según se sostiene por la mejor doctrina, es aplicable a las otras hipótesis de arbitrador que no contienen la previsión explícita del arbitrium boni viri, siempre que las partes no optaran por el arbitrium merum –en el que por las mismas se deja la decisión a la libre voluntad o leal saber y entender del arbitrador–, y en tal sentido se consideran instituciones paralelas las normas de los arts. 1.690 y 1447 CC, por lo que es aplicable a éste, que se refiere a la fijación del precio de la compraventa y guarda una práctica identidad con el caso de autos, la regla de la equidad que explícitamente prevé el primero.

El concepto de equidad al que se refiere el art. 1.690 CC es el del precio justo –iustum pretium–, en relación con el concepto de ‘justicia del caso particular’. Habrá de estarse al auténtico valor de la cosa, en el que la certeza se somete a las reglas de la experiencia. Prevalece la idea objetiva y requiere adecuación a las circunstancias. Como sostiene la buena doctrina, el arbitrador queda sujeto a observar ‘un criterio objetivamente adecuado al criterio normal dentro del sector de la comunidad en que se realiza la determinación’. Y es impugnable la decisión cuando manifiestamente se haya faltado a la equidad –manifiesta iniquitas–, como también lo sería –ahora con criterio de imputación subjetivo– en el caso de obrar el arbitrador con mala fe».

A este respecto, González–Cuellar opina acertadamente (11) que:

«Se ha reiterado que el arbitrio de tercero constituye una actividad mediante la que el negocio jurídico se integra en su desarrollo y evolución, en fase de formación o ejecución. Pues bien, acertada o no, equitativa o inicua, la decisión del tercero equivale a la voluntad de las partes por remisión de las mismas a la decisión adoptada según su criterio (en aplicación de las instrucciones de las partes o sin ellas). Siendo así, el dolo o el error aberrante, grosero o manifiesto del tercero en la adopción de su decisión debe recibir, procesalmente, el mismo tratamiento que se otorga a la anulabilidad. Y sabido es que la anulación del negocio jurídico, por dolo o error o por cualquier otro motivo, debe solicitarse mediante una acción procesal correctamente ejercitada, a través de demanda o reconvencción. Mientras de tal modo no se haga, el negocio jurídico sigue siendo válido y despliega toda su vigencia».

3. El informe de experto independiente

En ocasiones la ley exige la obtención de un informe, elaborado por un experto independiente designado por el registrador mercantil competente a instancia de la sociedad (12), para garantizar la realidad del patrimonio social en determinadas operaciones societarias. Es el caso de las aportaciones no dinerarias que tengan lugar en las sociedades anónimas o comanditarias por acciones (13), las fusiones y escisiones (14), la transformación de sociedad limitada en sociedad anónima (15), el traslado a territorio español del domicilio social (16), y diversos supuestos concursales (17). Un antecedente remoto de esta figura puede hallarse en el almotacén, que nuestro acervo hispano mozárabe nos transmite como aquél profesional semipúblico que vigilaba el mercado y ponía precio a las mercancías. Explica Faus Pujol que:

«El experto independiente, como su nombre indica, es una persona conocedora de aspectos contables y de valoración a la que el legislador acude en determinadas ocasiones en beneficio de los socios y de los acreedores precisamente por su carácter independiente sin compromisos con la sociedad, sus administradores, los socios o terceros» (18).

Y añade Serrano Tisaire que:

«El experto independiente tiene un papel clave como garante de los intereses de usuarios de información de la empresa, tanto internos como externos. Por ello, el legislador exige su intervención en operaciones societarias en que dichos usuarios pueden ser vulnerables a los intereses de otros agentes como los administradores. Su función principal, por tanto, es la de elaborar un informe que aporte objetividad a la operación, y un conocimiento más crítico y técnico. Es el ICAC [Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas de España], a través de las Resoluciones que aprueban Normas Técnicas, el que dispone el contenido y estructura de los informes a emitir por el mismo» (19).

Este experto independiente no zanja una controversia. A diferencia del experto dirimente, no dictamina sobre un aspecto conflictual que le sometan las partes de una disputa, sino que informa desde parámetros objetivos con objeto de ilustrar un aspecto –normalmente contable– por exigencia legal. Su función es más bien preventiva.

IV. ALGUNAS CLASES DE DIRIMENCIA POR EXPERTO

1. El dictaminador arbitral en la valoración de acciones o participaciones

El art. 353.1º de la Ley de Sociedades de Capital (LSC) establece que:

«A falta de acuerdo entre la sociedad y el socio sobre el valor razonable de las participaciones sociales o de las acciones, o sobre la persona o personas que hayan de valorarlas y el procedimiento a seguir para su valoración, serán valoradas por un experto independiente, designado por el registrador mercantil del domicilio social a solicitud de la sociedad o de cualquiera de los socios titulares de las participaciones o de las acciones objeto de valoración».

El precepto fue reformado por la Ley 22/2015, de 20 de julio, de Auditoría de Cuentas (20) para expresar 'experto independiente' donde anteriormente figuraba 'auditor de cuentas distinto al de la sociedad'. Tal cambio no es baladí, pues refuerza la necesaria distinción entre la auditoría de cuentas y la dirimencia por experto. Ahora bien, el uso de la misma nomenclatura –el 'experto independiente'– no debe conducir al equívoco de asimilar el rol que dicho experto posee en este supuesto con aquellos otros descritos en el apartado anterior. En este caso, el experto es dirimente porque resuelve una controversia: su intervención deviene preceptiva solamente 'a falta de acuerdo entre la sociedad y el socio', bien sobre 'el valor razonable' de las participaciones o acciones, bien acerca de 'la persona o personas que hayan de valorarlas y el procedimiento a seguir'.

El art. 353 de la LSC se refiere a los casos de separación y de exclusión de socios. También al de la valoración por los socios sobrevivientes o por la sociedad en el derecho de adquisición de las participaciones del socio fallecido, por disposición del art. 110.2 de la LSC. En cualquiera de ellos

competente al registrador mercantil designar al experto independiente, quien ha de emitir su informe dirimente en el plazo máximo de dos meses desde su nombramiento notificándolo por conducto notarial a la sociedad y a los socios afectados y depositando copia en el Registro (art. 354.2 de la LSC).

El experto puede obtener de la sociedad *'todas las informaciones y documentos que considere útiles y proceder a todas las verificaciones que estime necesarias'* (art. 354.1º de la LSC). Aunque la ley no lo indique, la función que le encomienda al experto y la amplitud del precepto permiten sostener que puede –y aun debe– recabar de las partes en disputa su parecer razonado y motivado por escrito. Dispone el art. 355 de la LSC que la retribución del experto corre a cargo de la sociedad, salvo en los casos de exclusión de socio en los cuales la sociedad puede deducir (de la cantidad a reembolsar al socio excluido) lo que resulte de aplicar a los honorarios el porcentaje de dicho socio en el capital social.

Este experto dirimente ha sido en ocasiones denominado *'dictaminador arbitral'*. Y la jurisprudencia ha tendido a entremezclar esta figura con la del arbitrador. Sostiene Alfaro Águila–Real (21) que:

«El Supremo se empeña en repetir que el papel del auditor que valora, por encargo de las partes, de los estatutos o de la Ley unas acciones o participaciones sociales es un arbitrador. Al decir tal cosa, el régimen jurídico es el que se deduce del art. 1447 CC. [...] Pues bien, hemos repetido que el auditor que determina el valor razonable de unas acciones o participaciones sociales no es ni un árbitro, ni un arbitrador. Es un perito. Un "dictaminador arbitral". [...] No es que haya que interpretar el art. 1447 Cc como lo hace el Supremo, es que el art. 1447 Cc no es aplicable».

A pesar de la mezcolanza aludida, el Alto Tribunal ha advertido las diferencias entre una y otra figura, hasta el punto de acuñar el concepto de «arbitrador legal» con objeto de deslindar lo que se regula hoy en el art. 353.1 y concordantes de la LSC (antes en el art. 32.1 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada) de los clásicos contornos del art. 1447 del CC. Así se aprecia con claridad en la STS 320/2012, de 18 de mayo (22), párr. 30 y 31 (énfasis añadido):

«Condicionado por la finalidad de la norma –determinar el valor razonable–, el arbitrador no tiene libertad para fijar el que considere procedente a su libre albedrío y con independencia de que fuere razonable o no, ya que la Ley excluye el merum arbitrium e impone el deber de estar a lo 'razonable' de acuerdo con las reglas de la ciencia exigibles en el desempeño del encargo (en este sentido, sentencia 118/2010, de 22 de marzo) o, como indica la sentencia 87/2010, de 9 de marzo, 'queda sujeto a observar un criterio objetivamente adecuado al criterio normal dentro del sector de la comunidad en que se realiza la determinación'.

Lógica consecuencia de lo expuesto es que la valoración efectuada por el auditor sea susceptible de impugnación ante los Tribunales (en este sentido, sentencia 87/2010, de 9 de marzo, y las en ella citadas). [...] En resumen, hay que tener en cuenta que –en este caso el mandato legal (que no instrucción de parte) consiste en 'valorar' las participaciones, lo que tiene un componente objetivo muy superior al de 'fijar el precio' regulado en el art. 1447 del Código Civil, aunque a la postre la valoración tenga como objetivo fijar este–. Por ello no será admisible un valor que no sea el

razonable, sin necesidad de manifiesta iniquitas (manifiesta iniquidad) o de una actuación de mala fe».

Abundando en idéntica línea, la STS 635/2012, de 2 de noviembre (23) , párr. 47–55, declara que:

«En definitiva, cabe el control de la actuación del auditor y su ajuste al mandato legal o estatutario consistente en fijar el 'valor razonable', de tal forma que su incumplimiento, además de la responsabilidad a que pudiere dar lugar, permite, cuando el indicado no fuera "razonable", su impugnación sin necesidad de manifiesta iniquitas (manifiesta iniquidad) o de una actuación de mala fe.

No obstante, debe tenerse en cuenta que no existe un único "valor razonable" de acciones y participaciones sociales, habida cuenta de los múltiples factores que pueden influir en su determinación. De ahí que el apartado 8 de la Resolución del Presidente del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas de fecha 3 de enero de 1991, por la que se publica la norma técnica de elaboración del informe especial sobre valoración de acciones, en el supuesto de los artículos 64 , 147 , 149 y 225 del texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, afirme que 'sólo puede hablarse de aproximaciones o juicios razonables sobre el valor real', lo que permite utilizar, individualmente o combinados entre sí, diversos métodos.

Este control necesariamente comprende tanto el examen de la concordancia de las operaciones desarrolladas con el método escogido por el auditor, como el de la propia razonabilidad de éste en función de las circunstancias concurrentes y, en concreto, de la fiabilidad o no de la utilización de un método "estático" para la valoración de acciones de una sociedad que explota una empresa en funcionamiento.

[...]

En nuestro sistema el art. 1447 del Código Civil establece que cuando se deja el señalamiento del precio al arbitrio de persona determinada "[s]i ésta no pudiere o no quisiere señalarlo, quedará ineficaz el contrato , lo que interpreta EL CORTE INGLÉS en el sentido de que, en caso de desacuerdo con el 'valor razonable' fijado por el auditor, la parte disconforme alternativamente sólo puede impugnar la validez del contrato en su conjunto o no. En definitiva, sostiene que los tribunales nada más pueden confirmar la corrección del mismo o anular el contrato, pero no sustituirlo por otro. Máxime cuando la norma exige que se determine por 'un auditor'. La expresada interpretación no puede ser acogida por las siguientes razones: El Código Civil declara la ineficacia del contrato en los supuestos en los que la fijación del precio se atribuye a "persona determinada", no en aquellos en los que las partes no han determinado intuitu personae la concreta persona que debe fijarlo y en modo alguno excluye la determinación por los tribunales.

La atribución de la valoración extrajudicialmente de las acciones a un 'auditor', tiene exclusivamente finalidad instrumental con objeto de garantizar la alta cualificación profesional del designado [...]. El vacío estatutario no impide que sean los tribunales quienes fijen el valor de las acciones si los términos del contrato o de los estatutos no lo impiden [...].»

En definitiva, el Tribunal Supremo alcanza a determinar que el criterio a seguir por el dictaminador arbitral no queda delimitado por la mera equidad e incluso por las instrucciones impartidas por las partes, tal y como sucede con el arbitrador. Como experto dirimente que es, el dictaminador arbitral, al fijar un valor 'razonable', está sujeto a la *lex artis* de su profesión que incluye las normas, instrucciones y acervo de carácter contable. Ello es coherente con la dicción del artículo 68.1 de la LSC, que exonera al experto de responsabilidad 'si acredita que ha aplicado la diligencia y los estándares propios de la actuación que le haya sido encomendada'.

Que el resultado del trabajo del dictaminador arbitral sea vinculante no significa que no sea impugnable. Tal y como advierte Martín Martín (24) :

«Carece de sentido plantear la existencia de dos vías alternativas –judicial/registral para materializar el derecho de separación en caso de discrepancia entre socio y sociedad. La única autoridad facultada para decidir si procede o no procede el ejercicio del derecho de separación es la judicial (en su caso la arbitral). No hay competencia concurrente entre Juzgado y Registro porque, salvo que socio y sociedad quieran voluntariamente aceptar la existencia del derecho de separación y la valoración del experto nombrado por el Registro Mercantil, la decisión corresponde exclusivamente al Juzgado (en su caso al árbitro)».

Ahora bien, la revisión arbitral o judicial de lo resuelto por el dictaminador arbitral queda ceñida precisamente a verificar si su dictamen se ha ajustado a los criterios técnicos aplicables, tal y como expone la STS 822/2006 de 1 de septiembre (25) , FJ 4º:

«3ª.– Cuando las dos partes contratantes sometieron al resultado de las auditorías el importe que finalmente habría de pagar la compradora como parte aplazada del precio no podían desconocer el alcance de lo convenido, no sólo en orden al "automatismo" de la decisión de los auditores sino también en orden a los criterios a seguir, que serían los contables propios de su función [...]. 4ª.– De todo ello se desprende que la interpretación del tribunal sentenciador al considerar vinculante el resultado de las auditorías se ajusta plenamente a lo convenido por las partes, y que su decisión de examinar la prueba practicada únicamente para verificar si los auditores siguieron o no las instrucciones en orden a la valoración de las mercaderías (cláusula 8ª in fine) responde al contenido contractual querido por las partes».

2. El dictamen dirimente en los seguros contra daños

En el ámbito de los contratos de seguros, los arts. 38 y 39 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, establecen una dirimencia por experto ante un siniestro cubierto por un seguro contra daños. Su uso es obligatorio, y excluyente de la vía judicial, cuando el asegurado y el asegurador no se ponen de acuerdo sobre el importe y la forma de la indemnización.

La STS 536/2016 de 14 de septiembre (26) , sistematizando la jurisprudencia más reciente, se ha encargado de circunscribir los contornos de esta particular dirimencia por experto que persigue 'facilitar una liquidación del siniestro lo más rápida posible'. Explica en primer lugar que el ámbito del procedimiento reside únicamente en la cuantificación, de manera que no abarca discusiones sobre

la existencia misma del siniestro, la identificación de sus causas, su cobertura por la póliza de seguro, la interpretación del contrato u otras circunstancias que pudieran influir en su causación o resultado.

Se aclara también que «[...] el hecho de que [el] dictamen pericial en cuestión se pued[a] considerar como una institución sui generis, en el que los peritos no actúan como asesores sino como decisores, en una actividad próxima a la propia de los árbitros, no permite negar carácter pericial al trabajo que realizan para asimilarla a un arbitraje [...]». En consecuencia, «en cuanto que el dictamen pericial es negocio jurídico, puede ser impugnado por las causas generales de nulidad contenidas en los arts. 1265 ss CC. También se puede impugnar el procedimiento en sentido estricto y, en último caso el dictamen pericial. [...] Por tanto entre las causas posibles de impugnación se pueden clasificar entre las que son causas de forma y causas de fondo (STS de 12 de noviembre de 2003)».

Cada parte designa a un perito, debiendo ambos reflejar en un acta conjunta, en la que se hacen constar las causas del siniestro, la valoración de los daños, las demás circunstancias que influyan en la determinación de la indemnización, según la naturaleza del seguro de que se trate y la propuesta del importe líquido de la indemnización. En caso de no alcanzar un acuerdo, se designa a un tercer experto por acuerdo de las partes o, en su defecto, lo designa bien el letrado judicial del juzgado de lo mercantil del domicilio del asegurado (27) , bien el notario al que acudan de mutuo acuerdo el asegurado y la aseguradora, bien cualquier notario entre los que tengan su residencia en el lugar del domicilio o residencia habitual del asegurado o donde se encuentre el objeto de la valoración, a elección del requirente (28) .

Los tres expertos deben emitir un dictamen pericial dirimente, por unanimidad o por mayoría, en el plazo señalado por las partes o, en su defecto, en el plazo de 30 días a partir de la aceptación del nombramiento del tercero. El dictamen es impugnable judicialmente, en el plazo de 30 días para el asegurador y 180 para el asegurado desde su notificación. Cada parte debe satisfacer enteramente los honorarios de su experto, y por mitad los del tercero y demás gastos. Si cualquiera de las partes hubiera hecho necesario el dictamen por haber mantenido una valoración del daño manifiestamente desproporcionada, será ella la única responsable del pago de todos los gastos.

3. El liquidador de avería gruesa

La Ley 14/2014, de 24 de julio, de Navegación Marítima regula un expediente que constituye un curioso supuesto de dirimencia por experto (29) . En defecto de liquidación privada de una avería gruesa (un tipo de accidente de navegación), cualquiera de los interesados puede dirigirse a un notario solicitando la tramitación de un expediente de certificación pública para obtenerla. Tras notificarlo al resto de interesados, el notario designa a un liquidador señalándole un plazo en principio no superior a cuatro meses para presentar la liquidación. Todos los interesados están obligados a prestar la colaboración requerida en cuanto a información y documentos, pudiendo impugnar la liquidación efectuada en el plazo de treinta días.

Si se producen impugnaciones, el liquidador dispondrá de treinta días adicionales para 'emitir dictamen fundamentado sobre su procedencia y, en su caso, las modificaciones de la liquidación original que proponga'. En ese momento el notario adquiere una cierta función arbitral, pues debe dictar

resolución motivada aprobando, modificando o rechazando la liquidación 'a la vista de los escritos de los interesados y el dictamen del liquidador'.

La resolución del notario es recurrible ante el Juzgado de lo Mercantil competente, en cuyo caso el letrado judicial designará a otro liquidador para que practique una nueva liquidación. A continuación, recibidas las impugnaciones de los interesados o transcurridos treinta días, se convoca una vista que se celebrará por los trámites del juicio verbal. La resolución judicial subsiguiente es firme y ejecutiva frente a quienes no abonasen la contribución señalada en el plazo de quince días, así como contra quienes garantizaron su obligación (siempre dentro de los límites de la garantía prestada).

4. El contador-partidor para la división de la herencia

La delimitación del contador-partidor como auténtico experto dirimente requiere efectuar ciertas precisiones preliminares debido a la notable multiplicidad regulatoria del fenómeno de la división de herencia. Se entrecruzan aquí los caminos del código civil, la jurisdicción voluntaria, el proceso civil y los ordenamientos forales y autonómicos. Coexisten la jurisprudencia de antaño con normas modernas, así como operadores de diverso calibre: el experto, el letrado judicial, el notario y el juez.

El contador-partidor testamentario del art. 1057 I del Cc se asimila al arbitrador dado que no hay propiamente conflicto entre las partes, que es precisamente lo que se pretende prevenir disponiendo de un tercero neutral que directamente lleve a cabo la partición de la herencia por disposición *inter vivos* o *mortis causa* del testador. Tampoco nos estamos refiriendo al amigable componedor al que alude el art. 402 del Cc (vía que ha sido admitida para dividir la herencia (30)), ni al árbitro que actúa en el arbitraje testamentario señalado por el art. 10 LA.

Los contadores-partidores que actúan propiamente como expertos dirimientes son el dativo y el judicial. En ambos casos los herederos, no obstante poder disponer sobre la división de la herencia, no se ponen de acuerdo.

El contador-partidor dativo constituye un expediente de jurisdicción voluntaria (31) regulado por los arts. 1057 II del Cc, 92 de la LJV y 66 de la Ley del Notariado. Entra en juego en ausencia de (i) testamento, (ii) contador-partidor testamentario, (iii) persona que ocupe tal cargo, o (iv) partición convencional realizada por los propios herederos (art. 1058 del Cc). Tiene que ser solicitado por herederos o legatarios que representen al menos el 50% del haber hereditario, pudiendo hacerlo ante el letrado judicial o ante el notario, quien nombrará al experto. Salvo que todos los herederos y legatarios confirmen expresamente la partición, se requiere la aprobación del letrado o notario designante (32).

La Resolución de la DGSJFP de 18 de febrero de 2021 (33) recoge un concepto amplio de partición a efectos de intervención del contador-partidor dativo. En el caso, habían existido actos de adjudicación hereditaria previa, de modo que la designación del experto se interesaba con objeto de salvar ciertas dudas interpretativas del testamento. Pérez Ramos sostiene que la dirimencia por contador-partidor dativo puede extenderse a la partición de otras comunidades no hereditarias: «Aunque se ha discutido por algunos, lo cierto es que la Jurisprudencia, tanto respecto a la comunidad de

bienes, la liquidación de la sociedad civil y la liquidación de gananciales lo está admitiendo» (34) .

El contador–partidor judicial está regulado en los arts. 1059 del Cc y 782 a 789 de la LEC. Se establece como mecanismo subsidiario en ausencia de partición convencional, contador–partidor testamentario y contador–partidor dativo, siempre a solicitud de cualquier coheredero o legatario. A falta de acuerdo entre todos los interesados convocados para nombrar al experto, la designación recaerá por sorteo entre los abogados ejercientes del lugar especialistas en la materia. El experto deberá presentar las operaciones divisorias en el plazo marcado por el letrado judicial, con un máximo de dos meses. Si alguna parte formulase oposición, se convoca una comparecencia en donde tratar de alcanzar conformidad de todos los interesados, en cuyo caso el experto reformará las operaciones divisorias en tal sentido.

De no alcanzarse conformidad, el procedimiento continuará al modo de un juicio verbal recayendo sentencia sin eficacia de cosa juzgada, pues los interesados pueden promover a continuación el juicio ordinario que corresponda. Por disposición del art. 810.5º de la LEC el contador–partidor judicial es también competente para liquidar el régimen económico–matrimonial, a falta de acuerdo entre los cónyuges.

5. La dirimencia por experto administrada por la CCI

La Cámara de Comercio Internacional (CCI), con sede en París, dispone de una Corte Internacional de Arbitraje y de un Centro Internacional de ADR. En relación con los expertos dirimientes, en ocasiones llamados también ‘peritos’ o ‘terceros’ (35) , el Centro ofrece tres servicios distintos (36) : la propuesta de experto dirimente (sin vincular a las partes y sin que tenga que ser solicitado por todas ellas), el nombramiento de experto (que sí es vinculante) y la administración de procedimientos completos. Se brindan multitud de cláusulas modelo en función de la modalidad y características deseadas.

En el procedimiento completo, además de nombrar al experto o confirmar uno ya designado por las partes, el Centro supervisa los avatares incluyendo la coordinación entre las partes y el experto, el seguimiento de los plazos, el control de los costes, el examen del proyecto de informe (salvo exclusión explícita de las partes) y la notificación del mismo a las partes. El experto puede ser una persona física o jurídica, debiendo ser y permanecer independiente e imparcial.

Las partes pueden acordar, conforme a la ley aplicable en cada caso, que el informe les sea contractualmente vinculante. Salvo acuerdo en contrario, el informe podrá ser presentado en cualquier procedimiento judicial o arbitral entre las mismas partes. Aunque las cifras son modestas en comparación con la Corte de Arbitraje (37) , la administración de dirimencias por experto por parte de la CCI no deja de crecer y está llamada a seguir ganando protagonismo.

6. La dirimencia en materia de propiedad intelectual e industrial administrada por la OMPI

La Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), con sede en Ginebra, cuenta con un Centro de Arbitraje y Mediación que administra también procedimientos de ‘decisión de experto’ de conformidad con un Reglamento (38) . La controversia a él sometida puede versar sobre cualquier

materia, pero lógicamente el ámbito donde la OMPI está más capacitada para designar a los mejores expertos internacionales es el suyo propio: fundamentalmente derechos de autor y afines, patentes, marcas y nombres de dominio.

A diferencia de la CCI, la dirimencia por experto de la OMPI sí es vinculante como regla general, con valor de contrato entre las partes. Alternativamente, por acuerdo de las mismas, la decisión puede tener efecto de mera recomendación. Se prevé la posibilidad de que el experto dicte decisiones parciales o provisionales (que no son medidas cautelares), así como la suspensión durante el procedimiento del plazo de prescripción estipulado por la ley aplicable (39), en la medida en que está última lo permita.

V. LA DIRIMENCIA POR EXPERTO EN EL ANTEPROYECTO DE LEY DE EFICIENCIA PROCESAL

El Anteproyecto de Ley de Eficiencia Procesal, cuya tramitación administrativa prosigue tras haber sido sometido a audiencia pública (40), prevé la obligatoriedad generalizada de acudir a un 'medio adecuado de solución de controversias' (MASC) como requisito procesal previo al conocimiento del conflicto por parte de la jurisdicción civil. Sobre la vertiente del Anteproyecto dedicada a los MASC he tenido ocasión de explayarme en anteriores ocasiones (41). Uno de tales medios lo constituiría la denominada 'opinión de experto independiente', con las características siguientes:

«Art. 15. Opinión de experto independiente. 1. Las partes, con objeto de resolver una controversia, podrán designar de mutuo acuerdo a un experto independiente para que emita una opinión no vinculante respecto a la materia objeto de conflicto. Las partes estarán obligadas a entregar al experto toda la información y pruebas de que dispongan sobre el objeto controvertido.

2. El dictamen podrá versar sobre cuestiones jurídicas o sobre cualquier otro aspecto técnico relacionado con la capacitación profesional del experto. Dicho dictamen, ya se emita antes de iniciarse un proceso judicial o durante la tramitación del mismo, tendrá carácter confidencial con los efectos previstos en el artículo 6 de este Título.

3. En el caso de que las conclusiones del dictamen fuesen aceptadas por todas las partes, el acuerdo se consignará en los términos previstos en el artículo 9 de este Título y tendrá los efectos previstos en su art. 10.

4. En los casos en los que no se haya aceptado el dictamen por alguna de las partes o por ninguna de ellas, el experto designado extenderá a cada una de las partes una certificación de que se ha intentado llegar a un acuerdo por esta vía a los efectos de tener por cumplido el requisito de procedibilidad».

La opinión del experto independiente es explícitamente 'no vinculante' en tanto no sea aceptada por todas las partes mediante la formalización del acuerdo correspondiente

A pesar de que el Anteproyecto no lo contempla expresamente, no hay por qué cuestionar la posibilidad de que las partes deleguen la designación del experto y/o la gestión del procedimiento en una institución. En cualquier caso, la opinión del experto independiente es explícitamente 'no vinculante' en tanto no sea aceptada por todas las partes mediante la formalización del acuerdo correspondiente. Sólo a partir de ese momento tiene valor de cosa juzgada para las partes.

La obligatoriedad de remitir toda la información y pruebas es un acierto siempre que se interprete como la necesidad de que cada parte 'comparezca' y motive su posición dentro de un procedimiento contradictorio. De entenderse, por el contrario, que el experto goza de poderes para requerir exhibiciones documentales, el debate estará servido en torno al alcance de los mismos y su potencial extralimitación invalidante de la misma opinión emitida. Claro que ello dependerá en gran medida de la naturaleza del propio dictamen, que el Anteproyecto autoriza que sea jurídica. El carácter confidencial de la opinión impide que sea tomada en consideración por el juez, posibilidad que resultaría útil como medio de prueba pericial, e incluso como modalidad *sui generis* de *amicus curiae* cuando versa sobre Derecho.

BIBLIOGRAFÍA

ALFARO ÁGUILA–REAL, J., «El valor de El Corte Inglés llega al Supremo», *Almacén de Derecho*, 13 de diciembre de 2012.

ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., «El contador–partidor dativo: algunas claves sobre su escaso arraigo práctico y sobre su regulación por la Ley de Jurisdicción Voluntaria», *Anuario de Derecho Civil*, t. LXX, fasc. 1, 2017.

FAUS PUJOL, M., «Experto independiente en una sociedad anónima», *Práctico Sociedades Mercantiles*, VLex.

GONZÁLEZ–CUÉLLAR, N., «La impugnabilidad de la decisión del arbitrador», *Confilegal*, 19 de octubre de 2020.

HINOJOSA SEGOVIA, R., «Los sistemas adecuados de solución de controversias en el Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal del Servicio Público de Justicia», *LA LEY Mediación y Arbitraje*, nº 5, enero–marzo 2021.

IGLESIA, A. y MONTES, L., «Procedimientos alternativos de arreglo previos al arbitraje, en El arbitraje y la buena administración de la justicia», *Libro conmemorativo del 30 Aniversario de la Corte Civil y Mercantil de Arbitraje (CIMA)* (F. Ruiz Risueño y J.C. Fernández Rozas, coords.), Valencia Tirant lo Blanch, 2019, pp. 257–270.

MARTÍN MARTÍN, Á.J., «Nombramiento de experto por el Registro Mercantil para valorar acciones o participaciones del Socio Separado»; *Notarios y Registradores*, 18 de febrero de 2020.

PÉREZ RAMOS, C., «Contador partidador dativo notarial», *El Notario del Siglo XXI*, nº 65.

PIÑAR GUZMÁN, B., «Métodos adecuados de solución de controversias (MASC)», *Almacén de Derecho*, 29 de diciembre de 2020.

PIÑAR GUZMÁN, B., *Y Diálogos para el futuro judicial XIX. Medios Adecuados de Solución de Controversias (MASC)*; Diario La Ley, Nº 9788, Sección Plan de Choque de la Justicia / Encuesta, 10 de febrero de 2021, Wolters Kluwer.

SERRANO TISAIRE, M. *El papel del experto independiente en la valoración de empresas. Comparativa de métodos de valoración*; Universidad de Zaragoza, 2016.

.....

(1)

Cf. R. Hinojosa Segovia, «Los sistemas adecuados de solución de controversias en el Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal del Servicio Público de Justicia», *LA LEY Mediación y Arbitraje*, nº 5, enero–marzo 2021.

[Ver Texto](#)

(2) Si la SAP Madrid (Sec. 19ª) 238/2008 de 16 de mayo (Roj: SAP M 19417/2008 – ECLI:ES:APM:2008:19417) confirmaba el laudo arbitral sobre la base de que la cláusula contractual basada en ese artículo contenía un verdadero convenio arbitral, la STSJ Cataluña 72/2013 de 9 de diciembre (Roj: STSJ CAT 13862/2013 – ECLI: ES:TSJCAT:2013:13862) apunta al sometimiento a una mediación, mientras que la STSJ Madrid 41/2015 de 14 de mayo (Roj: STSJ M 6567/2015 – ECLI: ES:TSJM:2015:6567) simplemente rechazó el nombramiento de árbitro por inexistencia de convenio arbitral.

[Ver Texto](#)

(3) Roj: STS 2510/2020 – ECLI: ES:TS:2020:2510.

[Ver Texto](#)

(4) Roj: STS 859/2021 – ECLI:ES:TS:2021:859.

[Ver Texto](#)

(5) La STSJ Navarra 6/2020 de 4 de diciembre (Roj: STSJ NA 382/2020 – ECLI: ES:TSJNA:2020:382) concluye, en un caso dudoso, que el sometimiento «...al dictamen y resolución de un Letrado y en definitiva a la del Sr. Gobernador Civil de la Provincia» contenido en las Ordenanzas de Ordenanzas del Sindicato Central de Riegos de Valtierra y Arguedas aprobadas en 1922 constituye un convenio arbitral, y designa árbitro para resolver la controversia.

[Ver Texto](#)

(6) *Douglas Harper –v– Interchange Group Ltd* [2007] EWHC 1834 (Comm); *Union Discount –v– Zoller* [2002] 1 WLR 1517.

[Ver Texto](#)

(7) La aprobada por Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo.

[Ver Texto](#)

(8) A. Iglesia y L. Montes, «Procedimientos alternativos de arreglo previos al arbitraje», en *El arbitraje y la buena administración de la justicia. Libro conmemorativo del 30 Aniversario de la Corte Civil y Mercantil de Arbitraje (CIMA)*, Valencia Tirant lo Blanch, 2019, p. 266.

[Ver Texto](#)

(9)
Roj: STS 7196/2010 – ECLI:ES:TS:2010:7196.

[Ver Texto](#)

(10) Roj: STS 1138/2010 – ECLI:ES:TS:2010:1138.

[Ver Texto](#)

(11) N. González–Cuéllar, «La impugnabilidad de la decisión del arbitrador», *Conflegal*, 19 de octubre de 2020.

[Ver Texto](#)

(12) El procedimiento viene regulado en los arts. 338 a 340 del Reglamento del Registro Mercantil, aprobado por Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio.

[Ver Texto](#)

(13) *Cf.* art. 67 de la Ley de Sociedades de Capital.

[Ver Texto](#)

(14)
Cf. arts. 34 y 78 de la Ley sobre Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles.

[Ver Texto](#)

(15) *Cf.* art. 18.

[Ver Texto](#)

(16) *Cf.* art. 94.

[Ver Texto](#)

(17) *Cf.* arts. 203, 273.1.3º, 279.1 y 600.1 de la Ley Concursal.

[Ver Texto](#)

(18) M. Faus Pujol, «Experto independiente en una sociedad anónima»; *Práctico Sociedades Mercantiles*, VLex.

[Ver Texto](#)

(19) M. Serrano Tisaire, *El papel del experto independiente en la valoración de empresas. Comparativa de métodos de valoración*; Universidad de Zaragoza, 2016.

[Ver Texto](#)

(20) Mediante la Disposición Final 4.15 de dicha Ley.

[Ver Texto](#)

(21) J. Alfaro Águila–Real, «El valor de El Corte Inglés llega al Supremo», *Almacén de Derecho*, 13 de diciembre de 2012.

[Ver Texto](#)

(22) Roj: STS 4587/2012 – ECLI:ES:TS:2012:4587.

[Ver Texto](#)

(23) Roj: STS 7812/2012 – ECLI: ES:TS:2012:7812.

[Ver Texto](#)

(24) A.J. Martín Martín, «Nombramiento de experto por el Registro Mercantil para valorar acciones o participaciones del Socio Separado», *Notarios y Registradores*, 18 de febrero de 2020.

[Ver Texto](#)

(25) Roj: STS 5155/2006 – ECLI:ES:TS:2006:5155. El mismo criterio se sigue en la STS 44/2014 de 18 de febrero (Roj: STS 422/2014 – ECLI:ES:TS:2014:422).

[Ver Texto](#)

(26) Roj: STS 4056/2016 – ECLI: ES:TS:2016:4056.

[Ver Texto](#)

(27) Cf. arts. 136 a 138 de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria.

[Ver Texto](#)

(28) Cf. art. 80 de la Ley del Notariado de 28 de mayo de 1862.

[Ver Texto](#)

(29) Cf. arts. 353, 354 y 506 –511.

[Ver Texto](#)

(30) Cf. SAP La Coruña, Sec. 6ª, de 12 de diciembre de 2002 (Roj: SAP C 3125/2002 – ECLI:ES:APC:2002:3125).

[Ver Texto](#)

(31) «Cuando la partición sea confirmada por los herederos, quizás sí podría hablarse de partición privada, aunque solo en su fase final de resultado, sin excluir el carácter público del expediente de nombramiento de contador partidor, sujeto a las reglas imperativas de la legislación notarial. Pero siempre distinguiendo este caso de la verdadera partición por los herederos y legatarios, pues en el caso presente, la confirmación por los interesados de la partición del contador partidor dativo, aquellos asienten o confirman la partición de un tercero, el contador partidor dativo nombrado en expediente notarial [o por el letrado judicial]». El contador partidor dativo: el art. 1057.2º del Código Civil; Iuris Prudente, 10 de junio de 2020.

[Ver Texto](#)

(32) Un estudio monográfico sobre esta figura se encuentra en el trabajo de M. Espejo Lerdo de Tejada, «El contador–partidor dativo: algunas claves sobre su escaso arraigo práctico y sobre su regulación por la Ley de Jurisdicción Voluntaria», *Anuario de Derecho Civil*, tomo LXX, fasc. I, 2017.

[Ver Texto](#)

(33) BOE 10.3.2021.

[Ver Texto](#)

(34) C. Pérez Ramos, «Contador partidor dativo notarial», *El Notario del Siglo XXI*, nº 65.

[Ver Texto](#)

(35) La diferencia entre el original en inglés ('*experts and neutrals*') y la traducción al español (*peritos y terceros*) resulta muy significativa. El original denota mejor que su traducción lo que se quiere expresar.

[Ver Texto](#)

(36) Cf. Reglamentos sobre Peritos del Centro Internacional de ADR de la CCI, vigente desde el 1 de febrero de 2015.

[Ver Texto](#)

(37) Un total de 16 procedimientos administrados en 2019 según las *ICC Dispute Resolution 2019 Statistics*, p. 19.

[Ver Texto](#)

(38) Cf. Reglamento de Decisión de Experto de la OMPI, en vigor desde el 1 de enero de 2016.

Ver Texto

(39) Al modo de lo que establece el art. 4 de la Ley 5/2012 para los procedimientos de mediación.

Ver Texto

(40) [<https://www.lamoncloa.gob.es/serviciosdeprensa/notasprensa/justicia/Paginas/2021/210121-mediacion.aspx>].

Ver Texto

(41) Cf. B. Piñar Guzmán, «Métodos adecuados de solución de controversias (MASC)»; *Almacén de Derecho*, 29 de diciembre de 2020; *id.*, «Diálogos para el futuro judicial XIX. Medios Adecuados de Solución de Controversias (MASC)», *Diario LA LEY*, nº 9788, Sección Plan de Choque de la Justicia / Encuesta, 10 de febrero de 2021, Wolters Kluwer.

Ver Texto

La financiación por terceros en el arbitraje internacional

Third-Party Funding in International Arbitration

Este artículo pone de manifiesto y contextualiza uno de los avances más significativos en arbitraje internacional de esta última década: el creciente uso y aceptación de la financiación por terceros. Para ello, trata algunas de las discusiones actuales más relevantes en este ámbito, como lo son (ii) el deber de revelar la existencia de un tercero financiador y el impacto que ello tiene sobre los conflictos de interés; (iii) la confidencialidad y privilegio legal al que están obligados los abogados de parte cuando un tercero financia a alguna de las partes del procedimiento arbitral; y (iv) la condena en costas cuando un tercero financiador participa en el arbitraje.

Financiación por terceros, Arbitraje internacional, Deber de revelación, Confidencialidad, Costas.

This article examines one of the most significant developments in international arbitration of the last decade: the growing use and acceptance of third party funding. To do this end, it deals with some of the most relevant current discussions in this area, such as: (i) the duty to reveal the existence of third party funding and the impact that this has on conflicts of interest; (ii) how confidentiality and legal privilege are protected when a third party finances a party in arbitration proceeding; and (iii) the cost implications of a third party funder participating in the arbitration.

Third-party funding, International arbitration, Duty to disclose, Confidentiality, Adverse costs.



Adam Erusalimsky

Senior Investment Officer en la sede de Woodsford Litigation Funding en Londres (1)



Oriol Valentí i Vidal

Asociado principal en el departamento de litigación y arbitraje de Cuatrecasas en Barcelona (2)

I. INTRODUCCIÓN

Uno de los avances más significativos en el arbitraje internacional de esta última década ha sido sin duda el creciente uso y aceptación de la financiación por terceros (lo que en inglés se denomina «*third-party funding*»). Este mecanismo permite, en esencia, que un tercero financie los costes de una parte —demandante o demandada— en un procedimiento arbitral, bien porque no dispone de suficientes medios económicos, bien como herramienta de gestión de riesgos.

La experiencia de los autores al tratar con partes, abogados, árbitros y otros participantes habituales en arbitrajes internacionales comerciales y de inversiones sugiere que una gran parte de los demandantes que participan hoy en día en arbitrajes internacionales de mayor cuantía están siendo financiados por terceros o han considerado utilizar financiación externa en alguna etapa del procedimiento. Los escasos datos de los que se dispone públicamente al respecto tienden a confirmar esta tendencia.

Prueba de lo anterior es la actualización de los reglamentos de distintas instituciones arbitrales que se están impulsando en estos últimos tiempos. Así, por ejemplo, el cuarto documento de trabajo publicado en febrero de 2020 por el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI), con sede en Washington D.C., propuso incluir nuevas reglas sobre la financiación por parte de terceros porque había observado un «*mayor uso*» de este tipo de financiación, con al menos 20 casos recientes del CIADI en los que se había recurrido a la financiación por terceros (3). Es probable que, a fecha de hoy, este número haya aumentado considerablemente.

Asimismo, en marzo de 2020, la Comisión Europea publicó un proyecto de propuesta para modificar el Tratado sobre la Carta de la Energía que incluía nuevas disposiciones que exigían el deber de revelar la existencia de financiación por parte de terceros. (4) De igual modo, nos consta que varios textos de tratados bilaterales de inversión que están en proceso de negociación también incluyen disposiciones específicas sobre la financiación de terceros.

El propósito de este artículo es, pues, poner de manifiesto el importante avance y reconocimiento del recurso a la financiación por parte de terceros en arbitraje internacional y contextualizar algunas de las discusiones actuales más relevantes en este ámbito, como lo son (i) el deber de revelar la existencia de un tercero financiador y el impacto que ello tiene sobre los conflictos de interés; (ii) el juego de la confidencialidad y privilegio legal al que están obligados los abogados de parte cuando un tercero financia a alguna de las partes del procedimiento arbitral; y (iii) cómo se debe establecer la condena en costas si un tercero financiador participa en el arbitraje.

II. RECONOCIMIENTO CRECIENTE DEL RECURSO A LA FINANCIACIÓN POR PARTE DE TERCEROS EN ARBITRAJE INTERNACIONAL

Uno de los mayores obstáculos para el crecimiento de la financiación por parte de terceros en el arbitraje internacional se ha producido históricamente en las jurisdicciones del *common law*, en las que existían dudas acerca de si estas estructuras de financiación infringían las doctrinas de *champerty* (financiación de un pleito por un tercero a cambio de una parte de lo recaudado) y *maintenance* (ayuda o asistencia en un pleito por un tercero sin interés en el mismo).

No obstante, hace ya unos años se inició en Australia y Reino Unido una clara tendencia a flexibilizar gradualmente la aplicación de estas doctrinas, algo que, como destacan las publicaciones académicas, se está propagando rápidamente en numerosas otras jurisdicciones del *common law* como Canadá y Estados Unidos. Esta evolución resulta muy positiva para el arbitraje en estos países, puesto que la autorización a que se emplee financiación por parte de terceros depende de la *lex arbitri* (y, por ende, sede del arbitraje) elegida.

Algunas jurisdicciones del *common law* particularmente «*arbitration friendly*», como Singapur y Hong Kong, han promulgado leyes para permitir expresamente la financiación por terceros en el ámbito del arbitraje internacional.

En 2017, el Parlamento de Singapur aprobó la Ley de Enmienda del Código Civil y los Reglamentos de Derecho Civil (Financiación de Terceros) de 2017, que excluye la aplicación de las doctrinas de *champerty* y *maintenance* en arbitraje internacional y autoriza, por tanto, la financiación de terceros en este foro y en los procedimientos asociados como los de ejecución forzosa y mediación (5).

Además de disposiciones legislativas, el Instituto de Árbitros de Singapur (SI Arb), una organización independiente que aúna profesionales de la resolución alternativa de conflictos, ha presentado un conjunto de mejores prácticas en cuestiones de transparencia y rendición de cuentas con el fin de que los terceros financiadores puedan disponer de directrices y criterios con los que orientarse en este ámbito (6).

También se prevé que las principales instituciones de arbitraje del país, como el Centro de Arbitraje Internacional de Singapur (SIAC), modifiquen sus reglamentos para reflejar las nuevas disposiciones legislativas. De hecho, SIAC ya ha regulado la financiación de terceros en la primera edición de su Reglamento de Arbitraje de Inversiones, cuyo art. 24.1º autoriza expresamente a los tribunales arbitrales ordenar que se revele la existencia de financiación por parte de terceros y la identidad de dicho financiador (Art. 24(l)) (7).

Por su parte, la Comisión de Reforma Legislativa de Hong Kong inició en 2013 una consulta pública respecto a la autorización de la financiación de terceros para los arbitrajes internacionales con sede en Hong Kong, que culminó en octubre de 2016 con una recomendación para permitir su uso.

Con la aprobación de la Ley de Arbitraje y Mediación (Financiación de Terceros) (Enmienda) de 2017, la Ley de Arbitraje de Hong Kong fue modificada para establecer que las doctrinas de *champerty* y *maintenance* dejaran de ser aplicables a la financiación de terceros de arbitrajes o de procedimientos judiciales o de mediación asociados. (8)

Curiosamente, al contrario que en Singapur, en Hong Kong no se hizo ninguna distinción entre el arbitraje nacional e internacional; la financiación por parte de terceros se permite en ambos casos. Junto con estas enmiendas, y al amparo de una norma habilitante, el gobierno hongkonés publicó también un código de prácticas que regula la conducta del financiador en diferentes asuntos, incluida la confidencialidad, los conflictos de interés y cuestiones de control sobre el procedimiento (9).

Sin embargo, algunas jurisdicciones se han mostrado más dubitativas en cuanto a la vigencia y aplicación de las restricciones de las doctrinas de *champerty* y *maintenance*. En mayo de 2017, al dictar la sentencia del caso *Persona Digital Telephony Ltd v The Minister for Public Enterprise* [2017] IESC 27, el Tribunal Supremo de Irlanda falló que las prohibiciones del *common law* respecto las doctrinas de *champerty* y *maintenance* siguen en vigor en Irlanda, restringiendo por tanto la disponibilidad de la financiación de terceros (10). A pesar de que la sentencia del caso *Persona* no trató directamente un supuesto de arbitraje internacional, la resolución del tribunal tendrá implicaciones para los arbitrajes con sede en Irlanda o en caso de que un laudo arbitral deba ejecutarse en dicho país.

Por el contrario, en jurisdicciones de *civil law* —que no heredaron las restricciones del *common law* en materia de *champerty* y *maintenance* y que durante mucho tiempo han permitido en cierta medida la enajenación de los derechos de litigio— ha habido menos debate sobre la permisibilidad del uso de financiación por parte de terceros, tanto en arbitraje como en jurisdicción ordinaria. Es probable que esta situación cambie pronto, habida cuenta del uso sustancial del arbitraje en muchos países y regiones regidos por el *civil law* como América Latina. En este sentido, el Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio Brasil-Canadá (CAM-CCBC), uno de los principales centros de arbitraje de Brasil, se convirtió en el primer centro de arbitraje de la región que se ocupó decididamente del uso de la financiación por terceros, recomendando a las partes que revelaran su uso «en la primera oportunidad posible» (11).

Un tema de debate importante en la comunidad arbitral internacional gravita en torno a la posibilidad de que surjan conflictos de interés en los casos financiados por fondos y si, para evitarlos, la parte financiada tiene el deber de revelar

En abril de 2018, el Grupo de Trabajo Queen Mary del Consejo Internacional de Arbitraje Comercial (ICCA) sobre la Financiación por Terceros publicó su largamente esperado Informe N.º 4 sobre la financiación por terceros en el arbitraje internacional (12). De amplio alcance, dicho informe abarca desde distintos ángulos una serie de temas importantes sobre la financiación por parte terceros, y constituye un recurso útil para el análisis de temas relevantes en la materia y sus antecedentes. Además, el Grupo de Trabajo publicó un conjunto de principios y mejores prácticas que intentaba destilar las conclusiones generales del comité.

III. DEBER DE REVELACIÓN Y CONFLICTOS DE INTERÉS

Actualmente, un tema de debate importante en la comunidad arbitral internacional gravita en torno a la posibilidad de que surjan conflictos de interés en los casos financiados por fondos y si, para evitarlos, la parte financiada tiene el deber de revelar (i) la existencia del acuerdo de financiación y la

identidad del financiador; o incluso (ii) los términos del acuerdo de financiación.

Si bien este mismo debate se ha planteado también en el contexto de la jurisdicción ordinaria, lo cierto es que su relevancia es acaso más acusada en el contexto del arbitraje internacional. Y ello habida cuenta de que los árbitros nombrados por las partes y sus representantes legales son escogidos de un grupo relativamente reducido de personas que fácilmente pueden haber participado con anterioridad en casos financiados por fondos.

Tras discutirse por un cierto tiempo, ha comenzado a consolidarse un cierto consenso en el seno de la comunidad arbitral internacional en el sentido de considerar que la revelación de la existencia de financiación por parte de terceros y la identidad del financiador pueden ser necesarios para evitar posibles conflictos de interés —no así con las concretas condiciones del acuerdo de financiación—, pues su revelación no contribuye necesariamente a descubrir mejor posibles conflictos de interés. En consecuencia, tal y como se ha expuesto ya brevemente *supra*, varias instituciones arbitrales y organizaciones profesionales han ofrecido en los últimos años normas de orientación específicas sobre este tema, de las que a continuación se presenta un breve resumen.

i) *Asociación Internacional de Abogados (IBA)*. La Asociación Internacional de Abogados (IBA) fue la primera organización que, en el ámbito del arbitraje internacional, adoptó una posición clara sobre la financiación de terceros cuando publicó en 2014 las conocidas y ampliamente utilizadas «*Directrices de la IBA sobre Conflictos de Interés en el Arbitraje Internacional*». (13) Las Directrices de la IBA, de naturaleza *soft law* y, por ende, de uso obligatorio sólo si las partes así lo disponen, establecen en su norma 7(a) que las partes deberán revelar «*cualquier relación directa o indirecta que hubiere entre el árbitro y la parte (...), o entre el árbitro y cualquier persona o entidad con un interés económico directo en, o un deber de indemnizar a la parte por, el laudo que se emita en el arbitraje*». Como es evidente, se considera que los terceros financiadores tienen un «*interés económico directo*» en el laudo, según las notas explicativas de las directrices.

No obstante, este deber de revelación debe limitarse estrictamente a cumplir con su finalidad prevista, esto es, evitar conflictos de interés, y no debería utilizarse como señuelo para distraer, demorar o emprender una discusión paralela en relación con otros temas como la revelación de las concretas condiciones de un acuerdo de financiación o la renuncia al privilegio o a la confidencialidad. Así lo confirman, entre otros, las notas de discusión sobre estas directrices que se realizaron en los grupos de trabajo de modificación de las reglas CIADI, en las que se indicó que la obligación de revelación «*no crea una obligación general de revelar las condiciones de financiación o el propio acuerdo*» ya que «*esta información más elaborada no es necesaria para lograr el objetivo de evitar conflictos de intereses*» (14) .

ii) *Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI)*. En 2018, el CIADI publicó un conjunto de cambios propuestos para modernizar sus reglas, ofreciendo a los estados y a los inversores una gama mejorada de mecanismos de solución de controversias. Desde entonces, las normas propuestas han sido objeto de comentarios y sometidas a una serie de nuevas revisiones, recientemente analizadas en el Documento de Trabajo N.º 4 del CIADI (febrero de 2020) (15) .

Por lo que respecta a la financiación por parte de terceros, las normas propuestas por el CIADI obligarían a las partes a presentar junto con su solicitud de arbitraje, o tan pronto como se hubiera suscrito un acuerdo de financiación, una notificación por escrito en la que se identificara la existencia de financiación por terceros. Es importante señalar que el deber de revelación al que obligaría la norma en caso de ser finalmente aprobada se limita a la existencia de financiación por terceros y a la identidad del financiador —no a los concretos términos del acuerdo de financiación—. Las normas propuestas también definen la financiación a efectos del deber de revelación para incluir la financiación procedente de donaciones y subvenciones.

En la discusión acerca de la regla propuesta en el Documento de Trabajo N.º 3 del CIADI (agosto de 2018) (16), se señaló que dicha norma no propone «*un mayor derecho a la información o a la divulgación del acuerdo*», al tiempo que se indicaba que un tribunal tiene la facultad de ordenar dicha revelación cuando sea apropiado. Esto es coherente con el Documento de Trabajo N.º 4 del CIADI (febrero de 2020).

iii) *Cámara de Comercio Internacional (CCI)*. La CCI, con sede en París, ha publicado recientemente su nuevo reglamento de arbitraje, que sustituye la anterior versión de 2017 y que empezó a aplicarse a los nuevos casos administrados por dicha institución a partir del 1 de enero de 2021 (17).

El Reglamento de 2021 introdujo un nuevo art. 11.7, que exige a las partes informar «*de inmediato*» a la Secretaría, al tribunal arbitral y a las demás partes «*de la existencia e identidad de cualquier no parte que haya celebrado un acuerdo para la financiación de reclamaciones o defensas y bajo el cual tiene un interés económico en el resultado de arbitraje*».

El objetivo declarado de esta nueva norma es ayudar a los árbitros en el cumplimiento de sus deberes de revelación en relación con su independencia e imparcialidad. A pesar de tratarse de una nueva norma, la CCI ya venía mostrando interés en esta cuestión y refleja el interés creciente en aumentar la transparencia en los procedimientos arbitrales.

iv) *Centro Internacional de Arbitraje de Madrid (CIAM)*. Por su parte, el recientemente creado CIAM ha incluido en el art. 23.1 de su reglamento la obligación de informar al tribunal arbitral, a la parte contraria y al mismo CIAM de la existencia de financiación de terceros y la identidad del financiador «*tan pronto como se produzca esa financiación*» (18).

No obstante, y yendo más allá que el resto de las instituciones arbitrales, el art. 23.2 del Reglamento CIAM establece que, «*sujeto a las normas sobre secreto profesional que puedan ser aplicables*», el tribunal podrá pedir a la parte financiada por un tercero que «*revele la información que considere oportuna sobre dicha financiación y sobre la entidad financiadora*».

v) *Centro de Arbitraje Internacional de Hong Kong (HKIAC)*. El nuevo art. 44.1 del reglamento del Centro de Arbitraje Internacional de Hong Kong (HKIAC) entró en vigor el 1 de noviembre de 2018 (19). En él se hace eco el requisito establecido en el art. 98U de la Ley de Arbitraje de Hong Kong de que, si se suscribe un acuerdo de financiación, la parte financiada debe notificar por escrito la existencia de un acuerdo de financiación y limitarse a revelar la identidad de la tercera parte

financiadora.

vi) *Comisión Económica y Comercial Internacional de China* (CIETAC). La Comisión Económica y Comercial Internacional de China (CIETAC) ordena que se revele la financiación por parte de terceros de conformidad con el art. 27 de su Reglamento de Arbitraje Internacional de Inversiones (2017). Concretamente, el reglamento establece que «*tan pronto como se celebre un acuerdo de financiación por terceros*», la parte financiada «*deberá notificarlo por escrito*» y «*sin demora*» al tribunal y a las demás partes (20). Dicha divulgación debe dar a conocer la «*existencia y naturaleza*» del acuerdo de financiación y la identidad del financiador. Además, el reglamento establece que el tribunal estará facultado para ordenar la divulgación de información adicional, según proceda.

vii) *Código de Buenas Prácticas Arbitrales del Club Español del Arbitraje*. El Club Español del Arbitraje (CEA) publicó en 2019 un ambicioso «Código de Buenas Prácticas Arbitrales» (CBBPP) con el fin de sustituir el anterior código de 2005 e incluir recomendaciones para todos los participantes en el proceso arbitral (árbitros, abogados, peritos, instituciones arbitrales y financiadores) (21). Este Código, igual que las Directrices de la IBA, es un instrumento de *soft law* y, por ende, sólo tiene carácter vinculante si las partes, el convenio arbitral o en el procedimiento se conviene al respecto.

La sección sexta del CBBPP contiene los deberes relativos a la financiación de los arbitrajes, que se dividen en tres normas. El art. 154 dispone, como muchos reglamentos arbitrales exigen ya, que las partes tienen la obligación de revelar que han recibido fondos o cualquier tipo de financiación de un tercero, vinculado al resultado del arbitraje, y facilitar la identidad del tercero antes de la interposición de la demanda. El art. 155 requiere que si la obtención de fondos tiene lugar tras la presentación de la demanda, la parte deberá facilitar la misma información dentro de un plazo razonable. Y, por su parte, el art. 156, reflejando el compromiso del Código con la transparencia, establece que los árbitros «podrán solicitar a la parte cualquier información adicional que sea relevante», incluyendo, por tanto, los términos del acuerdo de financiación.

IV. CONFIDENCIALIDAD Y PRIVILEGIO LEGAL

Del mismo modo que ya se ha discutido en numerosas jurisdicciones, en la comunidad arbitral internacional también se ha debatido sobre la relación entre confidencialidad y privilegio legal (o secreto profesional, según la jurisdicción) cuando se comparte información confidencial y privilegiada con un tercero financiador.

Cuando las partes compartan información con terceros a los efectos de buscar financiación, deberán implementar las medidas adecuadas para garantizar la confidencialidad de la misma y proteger el privilegio legal

La pregunta recurrente que se plantea en procedimientos financiados por terceros es si el hecho de que una parte comparta información confidencial con su financiador hace peligrar de alguna manera el privilegio legal o el deber de secreto profesional sobre la información compartida. No hace falta explicar que ni la parte financiada ni sus abogados desean que el acceso del fondo a información confidencial pueda ser considerado como una renuncia al privilegio abogado-cliente o al deber de secreto profesional.

En este contexto, está surgiendo un cierto consenso en el ámbito del arbitraje internacional alrededor de la idea de que si se suscribe un acuerdo de no revelación de información (NDA, por sus siglas en inglés: «*Non-Disclosure Agreement*»), no se podrá considerar que la parte o su abogado han renunciado al privilegio legal o al deber de secreto profesional por el mero hecho de compartir información confidencial con el tercero financiador. No obstante, lo cierto es que los tribunales arbitrales suelen disponer de amplias facultades discrecionales para determinar el alcance de la información y documentos admitidos en el procedimiento, y la aplicación del privilegio legal suele determinarse recurriendo a la ley de la sede del arbitraje (o, potencialmente, al derecho sustantivo de la disputa).

Los reglamentos de las principales instituciones de arbitraje no abordan todavía, en su mayor parte, este tema de manera expresa. Sin embargo, el nuevo reglamento del HKIAC, que se basa en el art. 98 de la Ley de Arbitraje de Hong Kong, permite expresamente compartir información confidencial a los efectos de solicitar financiación para un arbitraje a un tercero (art. 45.3 e)) (22).

Análogamente, los Principios del Grupo de Trabajo Queen Mary del Consejo Internacional de Arbitraje Comercial (ICCA) disponen que, si bien la existencia de financiación de terceros no es en sí misma una información privilegiada, las disposiciones subyacentes de un acuerdo de financiación pueden serlo y sólo se debe ordenar su divulgación en «*circunstancias excepcionales*» (23). Además, en estos Principios se señala que la revelación de información entre una parte y un financiador no debe entenderse en el sentido de renunciar al privilegio legal. Asimismo, como se ha señalado *supra* en relación con las normas propuestas por el CIADI, cuando las partes compartan información con terceros a los efectos de buscar financiación, deberán implementar las medidas adecuadas para garantizar la confidencialidad de la misma y proteger el privilegio legal.

En última instancia, nuestra perspectiva es que, a pesar de que la preocupación general sobre la posible renuncia al privilegio legal o secreto profesional irá disminuyendo con el tiempo, quienes contemplen recurrir a financiación de terceros en un arbitraje internacional deberán seguir asegurándose de que todas las comunicaciones con los fondos se realicen de conformidad con los términos de los NDAs.

V. FINANCIACIÓN POR TERCEROS Y CONDENA EN COSTAS

Otra cuestión importante que debe tenerse en cuenta cuando se financia un arbitraje internacional es el impacto que esta decisión pueda tener en la condena en costas para la parte vencida.

Aunque los tribunales arbitrales suelen tener amplias facultades discrecionales en este ámbito, el

principio de vencimiento objetivo sigue prevaleciendo en las leyes arbitrales de la mayoría de las jurisdicciones. En consecuencia, el hecho de que la parte vencedora haya sido financiada no se considera generalmente como un elemento relevante a los efectos de imponer las costas a la parte vencida (24).

No obstante, es significativo que existan ya resoluciones arbitrales y judiciales en las que, cuando de algún modo el demandado se ha comportado de manera inadecuada, se le pueden imponer no sólo las costas del arbitraje sino también la prima o tasa de éxito pagada al financiador. Así, por ejemplo, en el caso *Essar Oilfield Services Ltd v. Norscot Rig Management Pvt Ltd* [2016] EWHC 2361 (Comm) (25), la *English High Court* validó la decisión tomada por un árbitro en un procedimiento CCI con sede en Londres de condenar al demandado a pagar tanto las costas del arbitraje como la prima o tasa de éxito del financiador (Woodsford), sobre la base de que el demandado había causado la incapacidad del demandante de sufragarse sus propias costas legales y efectivamente lo había «forzado» a buscar financiación externa para iniciar el procedimiento. El demandado intentó anular el laudo alegando que el árbitro se equivocó al concluir que tenía jurisdicción para condenar al pago de tales costas, pero la *English High Court* confirmó el laudo en este extremo.

En el ámbito de las costas, otro tema relevante que se debe considerar es si la financiación por terceros tiene alguna relevancia a los efectos de imponer a una parte la obligación de constituir una caución que garantice el pago de las costas. Si bien cada jurisdicción tiene normas distintas sobre esta solicitud cautelar, en general, y a menos que un tribunal arbitral establezca que es probable que las costas vayan a ser adjudicadas al final del procedimiento al demandante, no se puede imponer una caución de costas a ese demandante. Además, los tribunales arbitrales a menudo carecen de jurisdicción para ordenar a los financiadores que no son parte del convenio arbitral (y, por ende, del procedimiento) para que constituyan una caución que garantice el pago de las costas de la parte.

Los demandados que solicitan cauciones que garanticen el pago de las costas a veces sostienen que el hecho de que una parte haya buscado financiación es prueba suficiente de que esa parte es insolvente o de que es menos probable que pueda hacer frente a una condena en costas en caso de que la demanda no sea estimada. Sin embargo, tal y como exponíamos en la introducción de este artículo, la financiación por terceros es utilizada frecuentemente por partes que son solventes, como mecanismo de gestión de riesgos, y, en cualquier caso, esa financiación se proporciona generalmente sin posibilidad de recurso. Esto significa necesariamente que la posición financiera de la parte no se ve comprometida si se desestima la demanda.

Por ello, existe un consenso cada vez mayor, en particular en los arbitrajes de inversión, de que el mero hecho de que una parte haya obtenido financiación de terceros no es, en sí mismo, una razón suficiente para justificar una orden de constituir caución que garantice el pago de las costas (26). Sin embargo, en algunos casos excepcionales, la existencia de financiación por terceros ha sido considerada un factor importante —pero no el único— en la decisión final de ordenar la constitución de una garantía que cubra las costas del procedimiento.

Así, en el caso *RSM Production Corporation c. Santa Lucía* (Caso CIADI N.º ARB/12/10), a pesar de que la decisión del tribunal arbitral de ordenar la constitución de una caución de costas se basó

principalmente en el historial del demandante de no pagar las costas que se le habían impuesto, los árbitros indicaron *obiter dictum* que la existencia de financiación de terceros se tuvo en cuenta como un factor adicional en su decisión, puesto que la participación del fondo no podía reducir la preocupación de que el demandante incumpliera de nuevo su obligación de pagar las costas en caso de que se le impusieran (27).

En un sentido parecido, en *Manuel García Armas et. al. c. República Bolivariana de Venezuela* (Case CPA N.º 2016-08) (28) y *Dirk Herzig c. Turkmenistan* (Caso CIADI N.º ARB/18/35) (29) sendos tribunales arbitrales consideraron que la existencia de financiación de terceros no constituía *per se* una prueba definitiva de la insolvencia de la parte. No obstante, este hecho conjugado con otras circunstancias excepcionales y significativas justificaron una orden de constituir una garantía que cubriera las costas.

En consonancia con estas decisiones, las enmiendas a las normas propuestas por el CIADI contemplan que un tribunal deberá considerar todas las circunstancias relevantes, incluyendo la capacidad de una parte para pagar una condena de costas a los efectos de ordenar la constitución de una garantía de costas, pero advierten expresamente que «*la existencia de financiamiento por terceros puede ser parte de dicha prueba pero por sí sola no es suficiente para justificar una orden de garantía por costos*» (30).

(1)

Adam Erusalimsky es *Senior Investment Officer* en la sede de Woodsford Litigation Funding en Londres. Después de formarse como abogado en Herbert Smith (ahora Herbert Smith Freehills), trabajó más de nueve años con Stewarts como litigador de asuntos comerciales complejos en los tribunales ingleses. Previo a ello, Adam se graduó en Matemáticas en el *Imperial College London* y obtuvo su máster en Administración, Economía y Relaciones Internacionales en la Universidad de St Andrews.

Ver Texto

(2) Oriol Valentí i Vidal es asociado principal en el departamento de litigación y arbitraje de Cuatrecasas en Barcelona, donde se especializa en arbitraje comercial internacional. Oriol dispone de un LL.M. de la *Harvard Law School* ('17) y es profesor asociado de resolución alternativa de conflictos en la *Universitat Pompeu Fabra* (UPF) y en el *Instituto de Derecho y Economía* (ISDE). En 2018, trabajó como *visiting foreign lawyer* en el equipo de arbitraje internacional que WilmerHale tiene en Londres.

Ver Texto

(3) «Propuestas de enmiendas a las reglas del CIADI», Documento de trabajo n.º 4, febrero de 2020; disponible en: https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/amendments/WP_4_Vol_3_Sp.pdf.

Ver Texto

(4) *New article: Third Party Funding*, Documento de trabajo del Secretariado General del Consejo de la Unión Europea, 2 de marzo de 2020, pp. 16-17; disponible (en inglés) en: <https://www.politico.eu/wp->

content/uploads/2020/03/Proposal_Treaty.pdf.

Ver Texto

- (5) Ley de Enmienda del Código Civil y los Reglamentos de Derecho Civil (Financiación de Terceros) de 2017, disponible (en inglés) en: <https://sso.agc.gov.sg/Acts-suppl/2-2017/>.

Ver Texto

- (6) «SI Arb Directrices para financiadores externos», 18 de mayo de 2017, disponible (en inglés) en: https://siarb.org.sg/images/SI Arb-TPF-Guidelines-2017_final18-May-2017.pdf.

Ver Texto

- (7) Reglamento de Arbitraje de Inversiones de SIAC (2017), disponible (en inglés) en: <https://www.siac.org.sg/images/stories/articles/rules/IA/SIAC%20Investment%20Rules%202017.pdf>.

Ver Texto

- (8) Ley de Arbitraje y Mediación (Financiación de Terceros) (Enmienda) de 2017, disponible (en inglés) en: <https://www.gld.gov.hk/egazette/pdf/20172125/es1201721256.pdf>.

Ver Texto

- (9) *Ibid.*

Ver Texto

- (10) Disponible en: <https://www.casemine.com/judgement/uk/5da0632e4653d07dedfd6eb5>.

Ver Texto

- (11) Art. 4, «Resolución administrativa 18/2016: recomendaciones relativas a la existencia de financiación de tercero en arbitrajes administrados por el CAM-CCBC», 20 de julio de 2016; disponible en: <https://ccbc.org.br/cam-ccbc-centro-arbitragem-mediacao/es/resoluciones-administrativas/ra-18-2016-financiamento-de-terceiros-em-arbitragens-cam-ccbc/>.

Ver Texto

- (12) «Informe No. 4 sobre la Financiación de Terceros», Grupo de Trabajo Queen Mary del Consejo Internacional de Arbitraje Comercial (ICCA); disponible en: <https://www.arbitration-icca.org/icca-reports-no-4-icca-queen-mary-task-force-report-third-party-funding>.

Ver Texto

- (13) «Directrices IBA sobre Conflictos de Intereses en Arbitraje Internacional 2014», adoptadas por acuerdo del Consejo de la IBA el 23 de octubre de 2014; disponible en: <https://www.ibanet.org/Document/Default.aspx?DocumentUid=59c60328-61f3-4foa-9a92-78f4f67c1c50>.

[Ver Texto](#)

(14) «Propuesta de enmiendas a las reglas del CIADI — Documento de trabajo», 2 de agosto de 2018, párr. 247–262; disponible en https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/publications/WP1_Amendments_Vol_3_WP–updated–9.17.18.pdf.

[Ver Texto](#)

(15) «Propuestas de enmiendas a las reglas del CIADI», Documento de trabajo n.º 4, febrero de 2020; disponible en: https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/amendments/WP_4_Vol_3_Sp.pdf.

[Ver Texto](#)

(16) «Propuesta de enmiendas a las reglas del CIADI — Documento de trabajo», 2 de agosto de 2018; disponible en https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/publications/WP1_Amendments_Vol_3_WP–updated–9.17.18.pdf.

[Ver Texto](#)

(17) Reglamento de arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (2021), disponible (en inglés) en: <https://www.iccspain.org/wp-content/uploads/2021/01/ICC–2021–Arbitration–Rules–english–version.pdf>.

[Ver Texto](#)

(18) Reglamento de arbitraje del Centro Internacional de Arbitraje de Madrid (2020), disponible en: https://madridarb.com/wp-content/uploads/2020/04/REGLAMENTO_CIAM_DIGITAL–DEF2.pdf.

[Ver Texto](#)

(19) Reglamento de arbitraje del Centro de Arbitraje Internacional de Hong Kong (2018), disponible (en inglés) en: https://www.hkiac.org/sites/default/files/ck_filebrowser/PDF/arbitration/2018%20Rules%20obook/2018%20AA%20Rules_English.pdf.

[Ver Texto](#)

(20) Reglamento de arbitraje de la Comisión Económica y Comercial Internacional de China (2017), disponible (en inglés) en: <http://www.cietac.org/index.php?m=Page&a=index&id=390&l=en>.

[Ver Texto](#)

(21) «Código de Buenas Prácticas Arbitrales del Club Español del Arbitraje», 2019, disponible en: <https://www.clubarbitraje.com/wp-content/uploads/2019/06/cbbpp–cea.pdf>.

[Ver Texto](#)

- (22) Reglamento de arbitraje del Centro de Arbitraje Internacional de Hong Kong (2018), disponible (en inglés) en:
https://www.hkiac.org/sites/default/files/ck_filebrowser/PDF/arbitration/2018%20Rules%20obook/2018%20AA%20Rules_English.pdf
- Ver Texto
- (23) «Informe No. 4 sobre la Financiación de Terceros», Grupo de Trabajo Queen Mary del Consejo Internacional de Arbitraje Comercial (ICCA), Apéndice B.2, pág. 15; disponible (en inglés) en:
<https://www.arbitration-icca.org/icca-reports-no-4-icca-queen-mary-task-force-report-third-party-funding>.
- Ver Texto
- (24) *Vid.*, en el contexto de arbitraje de inversiones, los casos de *Ioanis Kardassopoulos & Ron Fuchs c. República de Georgia* (Caso CIADI N.º ARB/05/18 y ARB/07/15), laudo emitido el 3 de marzo de 2010; y *RSM Production Corp. c. Granada* (Caso CIADI N.º ARB/05/14), decisión sobre las costas de 28 de abril de 2011.
- Ver Texto
- (25) Disponible en: <https://www.casemine.com/judgement/uk/5a8ff7576odo3e7f57eab7c1>.
- Ver Texto
- (26) *Vid.*, por ejemplo, *EuroGas Inc y Belmont Resources Inc c. la República de Eslovaquia* (Caso CIADI N.º ARB/14/14), Orden Procesal N.º 3 de 23 de junio de 2015; *South American Silver Limited c. Estado Plurinacional de Bolivia* (CNUDMI, caso N.º 2013-15 de la CPA), Orden Procesal N.º 10 de 11 de enero de 2016; *Guaracachi & Rurelec c. Estado Plurinacional de Bolivia* (CNUDMI, caso N.º 2011-17 de la CPA), Orden Procesal N.º 14 de 11 de marzo de 2013.
- Ver Texto
- (27) *RSM Production Corporation c. Santa Lucía* (Caso CIADI N.º ARB/12/10), *Decision on Saint Lucia's request for security for costs*, 13 de agosto de 2014, disponible (en inglés) en:
https://arbitrationlaw.com/sites/default/files/free_pdfs/2014-08-13-_decision_on_saint_lucias_request_for_security_for_costs.pdf.
- Ver Texto
- (28) *Manuel García Armas et. al. c. República Bolivariana de Venezuela* (Case CPA N.º 2016-08, Decisión sobre la solicitud de medidas provisionales de la Demandada, 20 de junio de 2018, disponible en:
https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw9849_2.pdf
- Ver Texto
- (29) *Dirk Herzig c. Turkmenistan* (Caso CIADI N.º ARB/18/35), *Decision on the Respondent's request for security for costs and the Claimant's request for security for claim*, 27 de enero de 2020; disponible (en inglés) en:
<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw11243.pdf>.

Ver Texto

(30) «Propuestas de enmiendas a las reglas del CIADI», Documento de trabajo n.º 4, febrero de 2020, pág. 61; disponible en: https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/amendments/WP_4_Vol_3_Sp.pdf.

Ver Texto

El experto independiente en el sector salud

En el Método Adecuado de Resolución de Conflictos (MASC) que regula el Anteproyecto de la nueva Ley de Eficiencia Procesal del Servicio Público de Justicia, la figura del experto independiente como un nuevo mecanismo, y su aplicación al ámbito de los conflictos sanitarios.

MASC, Sector de la salud, Ley de Eficiencia Procesal del Servicio Público de Justicia, Experto independiente.

In the Appropriate Method of Conflict Resolution (MASC) that regulates the Preliminary Draft of the new Law on Procedural Efficiency of the Public Service of Justice, the figure of the independent expert as a new mechanism, and its application to the field of health conflicts.

ADR, Health sector, Law on Procedural Efficiency of the Public Justice Service, Independent Expert.



Yolanda Aguilar Olivares

Directora de Plataforma REDES. Resoluciones Extrajudiciales en Derecho Sanitario. Técnico Superior de la Administración de la Comunidad de Madrid en excedencia

I. SISTEMA SANITARIO ACTUAL

La resolución de conflictos en el entorno de nuestro actual sistema sanitario requiere un nuevo abordaje desde todas las partes intervinientes: profesionales, pacientes, instituciones públicas y privadas y aseguradoras.

Hasta el momento actual, la gestión de los conflictos sanitarios ha seguido unos cauces estandarizados sustentados en prácticas excesivamente burocratizadas y formalistas tanto desde el punto de vista administrativo como judicial.

Es necesario dotar a los conflictos sanitarios de nuevas herramientas jurídicas con las que los pacientes y los profesionales pueden abordar su resolución encontrando *The walk in the Woods*. (1)

En la etapa actual, es importante abordar la angustia de nuestros profesionales sanitarios durante estos dos últimos años, que han luchado contra un acontecimiento imprevisible e incierto, unido al

sufrimiento de los pacientes y la sociedad en general. Este entorno es más que suficiente para encontrar formas más cercanas y amigables para resolver los conflictos sanitarios.

El Anteproyecto abre la puerta a que los sistemas sanitarios públicos y privados se aprovisionen de sistemas de resolución de conflictos adecuados, transparentes e imparciales que velen por la salvaguardia de sus pacientes y profesionales.

II. EXPERTO INDEPENDIENTE

El Anteproyecto de la Ley de Medidas de Eficiencia Procesal del Sector Público de Justicia incluye, como MASC, la figura del experto independiente. Como destaca la Exposición de Motivos, se trata de potenciar la negociación de las partes directamente o a través de un tercero neutral y se constituye como requisito previo de procedibilidad en el orden civil, dejando la regulación de la jurisdicción contenciosa-administrativa para una norma posterior.

La nueva concepción que aporta el Anteproyecto sobre la neutralidad deviene del sistema anglosajón. Este procedimiento, denominado en el sistema anglosajón como *Early Neutral Evaluation* (en adelante, ENE (2)), es otro de los mecanismos ADR cuya resolución no resulta jurídicamente vinculante para las partes intervinientes en el mismo.

La Evaluación Neutral Anticipada tiene su origen en EEUU, a principios de 1980, la Corte de Distrito del Norte de California, comprobó que la fase inicial del proceso era el momento procesal donde se podía delimitar la extensión del conflicto, iniciándose el método de la Evaluación Neutral Anticipada, también conocida como ENE (3)

Este método implica una previa evaluación de las posiciones de las partes y de la cuantía del conflicto. Además de los principios generales que rigen a este método de resolución, como la voluntariedad, la informalidad, la confidencialidad, es esencial que se trate de la opinión de un experto en la materia. El evaluador será un abogado especializado en el sector salud (experto neutral).

Este tipo de MASC, a diferencia de la mediación o la negociación, ofrece a las partes un enfoque sin prejuicios de los aspectos positivos del conflicto sanitario ante el que se encuentran. Las ENE fueron descritas con el fin de que las partes implicadas en un conflicto contaran con la opinión neutral de un tercer interviniente que fuera respetado por ambos litigantes.

Además, en una fase posterior, el experto ayudará a las partes a indagar la posibilidad de un acuerdo mutuamente aceptable y puede ser invitado a servir como mediador o facilitador.

Así, no existen normas probatorias o de procedimiento precisas que rijan el proceso. Las partes deciden sobre las normas de dirección que pueden establecerse por escrito en el acuerdo ENE y establecerán un reglamento o protocolo del procedimiento para la emisión del informe u opinión del experto.

Centrándonos en la incursión de esta figura en los conflictos en salud, el experto independiente se fundamentaría en los principios de neutralidad y evaluación. La valoración neutral se cimienta en la intervención de un tercero, experto e independiente, cuya labor consistirá en la emisión de un informe o dictamen que podrá ser o no vinculante.

El tercero independiente evaluará técnicamente la cuestión objeto de conflicto en relación a las posiciones y explicaciones de las partes en conflicto que concluirá con una serie de recomendaciones. El tercero evaluador, con la información que ha obtenido, elaborará un informe escrito del asunto, el cual no será vinculante, y aportará a las partes un enfoque práctico del conflicto y las expectativas de la posible resolución en un juicio o un arbitraje en su caso. Con este documento las partes pueden intentar un acuerdo, pero, en el caso que no se alcance, les dará unas recomendaciones para el tratamiento del conflicto.

Los indicadores esenciales en este tipo de procedimientos son: definir los aspectos legales y probatorios del conflicto, examinar el fondo del asunto en la medida en que sea posible y analizar la viabilidad judicial si hubiera que llevar el asunto a juicio (4) .

En los conflictos sanitarios, y en relación a los conflictos que surgen con los pacientes en materia de responsabilidad civil/patrimonial es determinante el conocimiento y la conclusión de un informe de un experto en la asistencia sanitaria prestada. En los procedimientos de responsabilidad civil/patrimonial en la actualidad se siguen los procedimientos administrativos y/judiciales civiles o contencioso-administrativo atendiendo si la asistencia sanitaria ha sido prestada por un centro sanitario público o privado. Interviene un perito o inspector (en el caso de la Administración Pública) a lo largo del procedimiento en cuestión.

El ENE en salud debería ser un experto en el sector salud, independiente, imparcial y neutral que examine el escenario en conflicto apartado de intereses económicos o de oportunidad. El atributo de la neutralidad es la clave del éxito, aporta equilibrio e intentan resolver las diferencias de los litigantes y aporta una opinión científica. El evaluador deberá ser un especialista en el área del conflicto, por lo cual catedráticos o juristas jubilados son una muy buena elección para esta función, aunque también abogados o empleados públicos, con experiencia reconocida en derecho sanitario, pueden desempeñar la función del evaluador neutral.

Por ello, la incorporación de MASC en las organizaciones sanitarias a través de la opinión de un experto/s independiente evitaría un incremento de la litigiosidad y aportarán herramientas indispensables para humanizar nuestra sanidad. Las organizaciones sanitarias son organizaciones complejas que requieren de un conocimiento específico de su estructura organizativa, de sus recursos humanos y técnicos que hacen que atendiendo a su capacidad puedan requerir un evaluador neutral para la gestión de sus conflictos *ad hoc atendiendo a cada organización sanitaria* y lograr una mejora en la calidad asistencial a sus pacientes y a sus profesionales.

BIBLIOGRAFÍA

BRAZIL, W., «Early Neutral Evaluation or Mediation? When Might ENE Deliver more Value?», Dispute

Resolution Magazine 14, 2007, p. 11.

KARRAS, C., *The negotiation game*, New York World, 1970.

MARCUS, L., et al.: *Renegotiating Health Care*, Library of Congress Cataloging in Publication Data, 2011, pp 239 y ss.

MAYER, B., *The dynamics of conflict resolution: A practitioner's guide*, San Francisco, Jossey-Bass/Wiley, 2000.

PAULSSON, J., et al.: *The Fresh fields Guide to Arbitration and ADR: Clauses in International Contracts*, La Haya, 1999.

PLAPINGER, E., et al., *ADR and Settlement in the Federal District Courts: A Sourcebook for Judges and Lawyers* (Federal Judicial Center, 1996),

PUJADAS TORTOSA, V.: «Los ADR en EE UU». «Aspectos destacables de su regulación jurídica», *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, 2003.

RODRÍGUEZ ROBLERO, M.^a I.: «Algunos otros métodos de prevención, resolución y solución adecuada de conflictos», *Arbitraje: Revista de arbitraje comercial y de inversiones*, vol. XC, n.º 3, 2017, pp. 799-847.

SLAIKEU, K, «Designing dispute resolution systems in the health care industry», *Negotiation Journey* 5, pp. 395-400, 1989.

SZMANIA, S, JOHNSON, A. & MULLIGAN, M., «Alternative dispute resolution in medical malpractice: A survey of emerging trends and practices», *Conflict Resolution Quarterly*, 26, 2008, pp. 71-96.

VELARDE ARAMAYO, M. y SASTRE IBARRECHE, R.: «Mecanismos de heterocomposición de conflictos: del arbitraje a los "ADR"», *Introducción al Derecho del Arbitraje y Mediación* (M. Velarde Aramayo, coord.), Salamanca, *Ratio legis* Librería Jurídica, 2006.

VÁZQUEZ GÓMEZ-ESCALONILLA, L.. «Consideraciones generales sobre los MASC en Derecho Español», *Revista Internacional de Estudios de Derecho Procesal y arbitraje*, RIEDPA, n.º 1, 2016. pp.1-76

TROCKER, N. Y DE LUCA, A. «La Direttiva CE 2008/52 in materia de mediazione», *La mediazione civile alla luce della direttiva 2008/52/CE*, Firenze University Press, 2011

.....
(1)

L. Marcus, et al., *Renegotiating Health Care*, Library of Congress Cataloging in Publication Data, 2011, pp 239 y ss.

[Ver Texto](#)

- (2) L. Paulsson, *et al.*, *The Fresh fields Guide to Arbitration and ADR: Clauses in International Contracts*, La Haya, 1999, p. 111.

[Ver Texto](#)

- (3) E. Plapinger, *et al.*, *ADR and Settlement in the Federal District Courts: A Sourcebook for Judges and Lawyers* (Federal Judicial Center, 1996).

[Ver Texto](#)

- (4) W. Brazil, «Early Neutral Evaluation or Mediation? When Might ENE Deliver more Value?», *Dispute Resolution Magazine*, 14, 2007, pp. 11 ss.

[Ver Texto](#)



La ciberseguridad: nuevo paradigma en el mundo del arbitraje

Cybersecurity: new paradigm in the world of arbitration

La ciberseguridad de la información, las redes, sistemas y datos se han convertido en una preocupación global que afecta de forma transversal a todas las actividades económicas o jurídicas, y en general a las sociedades e individuos en sus actividades más relevantes o más cotidianas. Los ataques e incidentes relacionados con la ciberseguridad de redes y sistemas, son una preocupación global no solo por el volumen e importancia que están alcanzando, sino por la velocidad a la que aumentan año tras año. Según Accenture, se estima que los costes directos e indirectos del cibercrimen a nivel mundial para el período 2019-2023 alcanzarán los 5.2 trillones de dólares. Según McAfee, en 2021 los costes de los ciberdelitos se incrementarán en un 50% con respecto al 2018 total y pasarán a representar ya el 1% de DDP global.

No obstante, esas cifras probablemente se verán superadas por los efectos de la pandemia de covid-19 que ha supuesto que las sociedades occidentales hayan iniciado procesos de transformación digital masivos, acelerados e improvisados, de forma tal que se ha aumentado de forma exponencial la superficie de ataque a la misma velocidad que aumentábamos nuestra actividad digital en empresas y hogares. Entre las muchas consecuencias económicas, comerciales internacionales y sociales que ha traído la pandemia hay una indudable: existe una nueva percepción del riesgo en las sociedades occidentales. Se produce un cambio de paradigma que supone la búsqueda de seguridad y certezas. Las empresas y ciudadanos han percibido con claridad la total dependencia de las tecnologías digitales y las cuestiones relativas a la ciberseguridad se han convertido en centro de atención para la opinión pública: fraude online, phishing, desinformación, identidad digital, teletrabajo, reconocimiento facial, seguimiento digital, Inteligencia Artificial...

El Arbitraje nacional e internacional no es ajeno a esta tendencia, en un contexto en el que la pandemia covid-19 ha venido a aumentar la digitalización y tramitación en remoto de los procedimientos de arbitraje.

De ahí, que surjan regulaciones tendentes a asegurar dicha ciberseguridad así como protocolos y otras normas de *soft law* que buscan la aplicación del contenido de dichas regulaciones en el contexto de los procedimientos arbitrales.

Arbitraje, ciberseguridad de la información, procesos de transformación digital, inteligencia artificial.

The cybersecurity of information, networks, systems and data has become a global concern that transversally affects all economic or legal activities, and in general, societies and individuals in their most relevant or everyday activities. Attacks and incidents related to network and system cybersecurity are a global concern not only because of the volume and importance they are reaching, but also because of the speed at which they are increasing year after year.

However, these figures are likely to be surpassed by the effects of the covid-19 pandemic, which has meant that Western societies have embarked on massive, accelerated and improvised digital transformation processes, such that the attack surface has increased exponentially at the same rate as we have increased our digital activity in businesses and homes. Among the many economic, international trade and social consequences of the pandemic, one is undeniable: there is a new perception of risk in Western societies. There is a paradigm shift towards a search for security and certainty. Companies and citizens have clearly perceived the total dependence on digital technologies and cybersecurity issues have become the focus of public opinion: online fraud, phishing, disinformation, digital identity, teleworking, facial recognition, digital tracking, Artificial Intelligence...

National and international arbitration is no stranger to this trend, in a context in which the covid-19 pandemic has increased the digitisation and remote processing of arbitration proceedings.

Hence the emergence of regulations aimed at ensuring this cybersecurity, as well as protocols and other soft law rules that seek to apply the content of these regulations in the context of arbitration proceedings.

Arbitration, information cybersecurity, digital transformation processes, artificial intelligence.



Vicente Moret

Of Counsel de Andersen para el área de Derecho Procesal en la oficina de Madrid



Iñigo Rodríguez-Sastre

Socio de Andersen, responsable del área de Arbitraje



Elena Sevilla

Socia de Andersen en el Área de Procesal y de Arbitraje Internaciona

I. LA CIBERSEGURIDAD Y SU MARCO REGULATORIO ACTUAL

En la actualidad, se están haciendo desde todas las instituciones ingentes esfuerzos por regular, como en el caso de los Estados o de la UE, o someter a regulación voluntaria, los riesgos derivados de la seguridad de redes y sistemas. Se trata de un esfuerzo global, intenso y novedoso que pretende sujetar de algún modo lo que ocurre en el ciberespacio a normas jurídica, con la dificultad que ello supone dadas las especiales características de la aplicación del Derecho en el ciberespacio (1).

Si bien se puede decir que esa regulación está todavía en fase de conformación, lo cierto es que ya existe, especialmente en Europa un sólido marco regulador conformado ente otras por una serie de normas aprobadas en los últimos tres años. Ente otras normas se pueden citar:

- EU Cybersecurity Strategy. Dic 2020
- Reglamento UE 2019/881 relativo a ENISA y a la certificación de la ciberseguridad de las tecnologías de la información y la comunicación.
- Directiva 2019/713, de 17 de abril de 2019, sobre la lucha contra el fraude y la falsificación de medios de pago distintos del efectivo.
- Directiva UE 2016/1148 relativa a las medidas destinadas a garantizar un elevado nivel común de seguridad de las redes y sistemas de información. NIS
- Reglamento UE 2016/679 (RGPD) relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos.
- Reglamento UE 910/2014 relativo a la identificación electrónica y los servicios de confianza para las transacciones electrónicas en el mercado interior.

Ese cuadro va a quedar pronto desfasado ante el aluvión de normas que vienen desde Europa en los próximos meses: la nueva Directiva NIS2, el reglamento sobre Resiliencia de Entidades Financieras (DORA), el nuevo Reglamento eIDAS 2, el Convenio Budapest 2. O el Reglamento de resiliencia de infraestructuras críticas van a cambiar el entorno regulatorio de la ciberseguridad dentro de la UE.

II. EL ARBITRAJE, LA REGULACIÓN DE LA CIBERSEGURIDAD Y LA *SOFT LAW* APLICABLE AL ARBITRAJE

1. Especial referencia al Protocolo de ciberseguridad para arbitraje internacional de la ICCA-NCY Bar-CPR

Todo lo anterior motiva un necesario análisis del impacto de la ciberseguridad en unos de los ámbitos de aplicación del derecho más especiales que el del arbitraje internacional. Es indudable que este sector de actividad jurídica, dedicado a dirimir cuestiones relativas a disputa comerciales o económicas que afectan a sujetos muy relevantes y que implican también cantidades de dinero muy importantes, no quede exento del nuevo paradigma de gestión del riesgo digital.

En este sentido es especialmente relevante tener en cuenta que en 2020 se publica el Protocolo de ciberseguridad para arbitraje internacional de la ICCA-NCY Bar-CPR, como ejemplo de cuál es el camino a seguir para dotar a esa actividad arbitral de más garantías en cuanto a la ciberseguridad en sus actuaciones.

El protocolo es una buena muestra de cómo se puede contribuir a sentar las bases de una aproximación a la seguridad digital desde la óptica de la creación de estándares obligatorios para las partes pero que al mismo tiempo no constituyen una regulación formal de una materia. Se trata de unas recomendaciones para fomentar la adopción de normas en el ejercicio de la actividad arbitral por parte de la autoridad arbitral, las partes y la administración arbitral.

El protocolo, como *soft law*, es un código de comportamiento y de recomendaciones que se adaptan a la institución arbitral de forma que se deja margen de ajuste a los implicados en el arbitraje para graduar las obligaciones que se asumen. Esto significa que este protocolo es un documento orientativo y avalado por dos instituciones de prestigio en el ámbito del arbitraje.

Desde el punto de vista de su virtualidad tiene la gran ventaja de ser una herramienta válida para poder cubrir las dificultades que podrían generar los marcos de cumplimiento nacional o europeo en esta materia, al tratarse de normas que tienen un ámbito de validez limitado a la jurisdicción de los Estados de origen de esa normativa reguladora de la ciberseguridad. De esta forma mediante el Protocolo se fijan unos estándares y recomendaciones válidos para cualquier arbitraje internacional con independencia de la nacionalidad de las partes.

El propio protocolo señala que la necesidad de medidas razonables de seguridad de la información en los arbitrajes internacionales destaca por: el contexto litigioso del arbitraje, la naturaleza a menudo de alto valor y alto riesgo de las disputas, que aumenta el riesgo de incidentes de seguridad y la probabilidad de que esos incidentes causen pérdidas significativas.

Por otra parte, el intercambio de información que a menudo es información comercial confidencial y / o datos personales o de otro tipo regulados es otro factor de riesgo. En este contexto, la «confidencialidad» puede entenderse como un conjunto de reglas o restricciones que limitan el acceso a cierta información.

Por último, la naturaleza transfronteriza del proceso, que crea desafíos complejos para cumplir con los requisitos legales aplicables y agrava las consecuencias de un incidente de seguridad es señalada como otra razón de peso para proponer un protocolo que señale unas normas de obligado cumplimiento.

En cuanto al contenido, haya que decir que de sus análisis se extrae su acierto tanto en cuanto a la articulación de su aplicación como a las concretas recomendaciones y obligaciones que fija. Todas ellas están en línea con las recomendaciones y principios que las agencias (ENISA o NIST por ejemplo) y Estados han puesto en marcha a nivel europeo o nacional para aumentar el nivel de ciberseguridad.

Las finalidades del protocolo quedan claras desde el inicio:

1. Proporcionar un marco para determinar las medidas razonables de seguridad de la información para asuntos relativos a arbitraje individuales. Este marco incluye orientación práctica y de procedimiento para evaluar los riesgos de seguridad e identificar las medidas disponibles que pueden implementarse.
2. Aumentar la conciencia sobre la seguridad de la información en los arbitrajes internacionales. Esto incluye: los riesgos de seguridad de la información en el proceso arbitral, que incluyen tanto los riesgos de ciberseguridad como los de seguridad física.

Se considera por otra parte de vital importancia mantener la confianza del usuario en el régimen arbitral general y por ello se insiste en tener en cuenta los riesgos digitales.

Las partes que brinden acceso a información arbitral cubierta por medidas de seguridad de la información a terceros deben asegurarse de que esos terceros estén al tanto de las medidas de seguridad aplicables

Asimismo, se adopta un enfoque centrado en la relevancia de las personas, del elemento humano que hace de este protocolo un documento en línea con lo que ahora es el nuevo paradigma de seguridad de la información señalado ya por la OTAN hace ya unos años y que se basa en una triple aproximación: tecnología, personas y procesos. En este caso el rol de las personas queda suficientemente puesto de relieve ya que se considera que las personas involucradas en el arbitraje desempeñan un papel fundamental en la mitigación efectiva del riesgo. El protocolo señala que las partes, los árbitros y las instituciones administradoras contarán con empleados, abogados, asistentes legales, aprendices, personal administrativo u otro personal de apoyo. Para mitigar el riesgo de incidentes de seguridad, la conciencia de la seguridad de la información debe permear las estructuras organizacionales y extenderse a esas personas, quienes deben conocer y cumplir con cualquier medida de seguridad de la información adoptada en el arbitraje.

Es más, se añade la obligación de tener en cuenta la ciberseguridad de terceros que de alguna manera sean suministradores de las partes, en línea con las nuevas preocupaciones que por ejemplo ha introducido la Comisión Europea en relación con DORA al fijar obligaciones muy detalladas en cuanto al control de los riesgos de terceros proveedores. Las partes que brinden acceso a información arbitral cubierta por medidas de seguridad de la información a dichos terceros deben asegurarse de que esos terceros estén al tanto de las medidas de seguridad aplicables, tengan las capacidades técnicas necesarias para cumplirlas. De esta forma el Protocolo pretende cerrar el proceso arbitral al riesgo procedente de terceros.

Por otra parte, el propio Protocolo señala que, si bien ha sido concebido para ser aplicado en los

arbitrajes internacionales, aspira a ser aplicado también en los arbitrajes nacionales o a los arbitrajes entre inversores y Estados. Ahora bien, en su principio 4 establece con claridad un firme principio de no sustitución de las regulaciones en vigor en los distintos Estados señalando que no reemplaza la ley aplicable, las reglas de arbitraje, las obligaciones profesionales o éticas u otras obligaciones vinculantes. En este sentido y de forma muy acertada dada la posibilidad de conflictos de normativa aplicable, el Protocolo señala que cuando los participantes en el arbitraje se enfrentan a obligaciones legales diferentes o contradictorias, el tribunal puede necesitar determinar en consulta con las partes y cualquier institución administradora, cómo armonizar tales obligaciones, tomando en consideración las consecuencias del incumplimiento, los principios de proporcionalidad y debido proceso, así como el rol del tribunal en la administración de justicia.

En consonancia con lo anterior el Protocolo pretende facilitar el cumplimiento con los regímenes legales de protección de datos, como el RGPD e la Unión Europea. Sin embargo, y de forma muy acertada el Protocolo también recoge que su objetivo no es otro que, en un entorno tan complejo y difuso como el de los riesgos digitales, mitigar los riesgos de seguridad de la información y no lograr el cumplimiento de dichos regímenes.

Por otra parte, el Protocolo de Ciberseguridad proporciona un marco recomendado para todos los sujetos que participan en los arbitrajes; tribunales, partes e instituciones administradoras.

En este sentido se considera que la seguridad de la información efectiva en un arbitraje requiere que todos los custodios de la información relacionada con el arbitraje adopten prácticas razonables de seguridad de la información. Las partes, los árbitros y las instituciones administradoras deben asegurarse de que todas las personas directa o indirectamente involucradas en un arbitraje en su nombre conozcan y sigan las medidas de seguridad de la información adoptadas en un procedimiento.

En cuanto al nivel de exigencia y los umbrales a adoptar, el protocolo establece un enfoque realista y gradualista que atienda caso por caso a las circunstancias concretas de forma tal que se produzca una adaptación a cada situación en función del nivel de riesgo y los sujetos que intervienen o la información que se maneja. Así, al determinar qué medidas específicas de seguridad de la información son razonables para un arbitraje en particular, las partes y el tribunal deben considerar:

- El perfil de riesgo del arbitraje.
- Las prácticas, la infraestructura y las capacidades de seguridad de la información existentes de las partes, árbitros y cualquier institución administradora.
- Los costos y los recursos de las partes, árbitros y cualquier institución administradora.
- La proporcionalidad relativa al tamaño, valor y perfil de riesgo de la disputa.

De todo lo anterior se deduce una nueva tarea de las partes. Cuando se inicie el arbitraje estas deberán, según lo establecido en el protocolo, el nivel de exigencia que supongan las medidas concretas que las partes pacten entre ellas aplicar de mutuo acuerdo. Es decir, que una nueva serie

de obligaciones y procedimientos deben incluirse en las condiciones previas al procedimiento de arbitraje de forma tal que las partes acuerden el nivel de obligaciones a las cuales van a someterse. El propio protocolo añade que, en algunos casos, las obligaciones legales, contractuales o éticas pueden requerir que las partes, árbitros e instituciones se aseguren de que existan medidas razonables de seguridad de la información antes de compartir información relacionada con el arbitraje.

Al considerar las medidas específicas de seguridad de la información que se aplicarán en un arbitraje, el protocolo propone atender a unas categorías de aspectos que deben formar parte del contenido del acuerdo al que lleguen las partes. Estas categorías, por otra parte, son las comunes que forman parte del contenido necesario de las políticas de seguridad de las organizaciones y empresas en cualquiera de los estándares nacionales o internacionales más comunes (ISO, ENISA, NIST entre otros). En este sentido, los aspectos a incluir en esa gestión adecuada de la ciberseguridad del arbitraje, deben comprender, entre otras, disposiciones que regulen:

- La gestión de activos.
- Los controles de acceso
- El cifrado de la información
- La seguridad de las comunicaciones
- La seguridad física y ambiental
- La seguridad de las operaciones;
- La gestión de incidentes de seguridad de la información

Por otra parte, el Protocolo también señala el modo en el cual el acuerdo de las partes para autoimponerse obligaciones debe articularse. Las partes deben intentar en primera instancia llegar a un acuerdo sobre medidas razonables de seguridad de la información. Y además señala que ese acuerdo debe ser una de las primeras disposiciones que acuerden las partes desde el mismo inicio del procedimiento arbitral. No obstante, en su Principio 11 señala con claridad que el tribunal arbitral tiene la autoridad para determinar las medidas de seguridad de la información aplicables al arbitraje. Ello es así, se deduce, si las partes no han alcanzado un acuerdo al respecto, o si han decidido obviar a cuestión o si la cuestión ha sido resuelta por las partes de un modo que no cumple con los estándares mínimos a juicio del tribunal arbitral.

Es más, el propio tribunal arbitral puede desviarse del acuerdo de las partes, entre otras razones, para proteger los intereses de terceros incluidos los intereses de los testigos u otras personas que puedan estar involucradas en el arbitraje. También si existe un interés propio del tribunal para proteger la legitimidad y la integridad del proceso arbitral, incluida la seguridad de sus propias comunicaciones y deliberaciones.

La relevancia de la ciberseguridad se estima tan decisiva que el propio Protocolo establece la posibilidad de introducir un arbitraje técnico dentro del arbitraje si el asunto tratado supone la resolución de problemas relacionados con la seguridad de la información, o utilizar el testimonio de un perito contradictorio para educar al tribunal arbitral.

Estas potestades arbitrales se ven reforzadas en el Principio 12, al reconocer al tribunal la capacidad de modificar las medidas previamente establecidas para el arbitraje, a solicitud de cualquiera de las partes o por propia iniciativa del tribunal, a la luz de la evolución de las circunstancias del caso.

No obstante, analizando los poderes conferidos a los árbitros por el Protocolo, llama la atención poderosamente la atribución de capacidades en el principio 13 que señala, sin lugar a dudas, que en caso de incumplimiento de las medidas de seguridad de la información adoptadas para un procedimiento de arbitraje o de un incidente de seguridad de la información, el tribunal arbitral podrá, a su criterio, o bien asignar a cada parte los costos generados, o bien imponer sanciones a las partes. Es sin duda una muestra de que el protocolo ha querido poner de relieve la relevancia de esta materia atribuyendo al árbitro la capacidad para aplicar un poder punitivo en forma de sanción en caso de que algunas de las partes no cumpla con las obligaciones contraídas y le sean además imputados los gastos generados por esa falta de diligencia debida.

El protocolo incluye una completa serie de anexos en los cuales se detallan las medidas concretas a adoptar, con un nivel de descripción técnica que dota al documento de una gran capacidad de ser aplicable de forma directa. Así, las partes pueden estipular sobre ese esquema de cumplimiento, ya que es una guía de contenido que las partes pueden seguir con la garantía de estar cumpliendo con lo estipulado en un protocolo ampliamente reconocido en la comunidad arbitral. Asimismo, esos anexos ofrecen parámetros para poder determinar con exactitud ante qué tipo de arbitraje nos encontramos desde el punto de vista de la ciberseguridad, pudiendo así graduar las medidas a adoptar en función del riesgo potencial.

En definitiva, el Protocolo de ciberseguridad para arbitraje internacional de la ICCA-NCY Bar-CPR, publicado en 2020, es una disposición que refleja bien a las claras la necesidad de cubrir y mitigar riesgos asociados a ciberataques. Se trata de una propuesta de marco regulador en el cual las partes libremente deberán establecer las disposiciones concernientes a la protección de la información y del propio proceso arbitral frente a amenazas externas procedentes del ciberespacio.

Por otra parte, se inscribe de lleno en el nuevo paradigma de gestión de riesgo digital que se está introduciendo en las normas emanadas de la UE en esta materia, que pretende mitigar el riesgo y atribuir responsabilidades en caso de incumplimiento. Dadas las características y ventajas de atender a lo establecido en este protocolo, se considera necesario que árbitros, partes, e instituciones arbitrales, se adapten de forma inmediata a las disposiciones incluidas en este protocolo a efectos de incrementar la resiliencia frente a intrusiones, y de mitigar las posibles responsabilidades derivadas de un ciberincidente con efectos graves en el procedimiento arbitral. Incluso se considera recomendable extender la aplicación de sus disposiciones a los procedimientos arbitrales que no tengan componente internacional y que se ciñan al ámbito nacional, porque proveen con un estándar reconocido internacionalmente y específicamente adaptado al arbitraje.

2. Otras herramientas jurídicas en materia de arbitraje internacional y ciberseguridad

A este protocolo antes descrito, se suman otras reglas y protocolos de *soft law*, que dan cuenta de la importancia de la materia, como puedan ser el Protocolo de Seúl para videoconferencias en el arbitraje o la Nota de orientación de la Cámara de Comercio Internacional sobre posibles medidas destinadas a mitigar los efectos de la Pandemia COVID-19, ambos también emitidos durante el año 2020, o en fechas más recientes, la inclusión del artículo 2.2.e) de las reglas de la IBA sobre la práctica de la prueba en arbitraje internacional.

III. LAS OBLIGACIONES DE LOS INTERVINIENTES EN EL ARBITRAJE EN MATERIA DE CIBERSEGURIDAD: ¿SON SUFICIENTES LOS INSTRUMENTOS DE *SOFT LAW*?

Como ha dejado claro el Protocolo de ciberseguridad para arbitraje internacional de la ICCA-NCY Bar-CPR, y como se infiere de la regulación nacional y transnacional aludida (y cada vez más abundante), los actores que intervienen en el marco del arbitraje internacional son múltiples y todos ellos son sujetos obligados que deben garantizar en mayor o menor medida la ciberseguridad del procedimiento.

En efecto, las partes, los árbitros y las instituciones arbitrales, ya sea por la regulación a la que se encuentran sometidos (por ejemplo, en el caso de determinadas partes conforme a su regulación nacional o transnacional dependiendo de su volumen o el sector en el que operen), o por ser custodios de la información y documentación intercambiada, deben implementar las medidas a las que alude el mencionado Protocolo y la regulación aplicable, so pena de incurrir en responsabilidades y ser susceptibles de ser sancionados.

Sorprende que las instituciones arbitrales no dispongan de mecanismos para garantizar que las medidas de ciberseguridad exigibles en el marco de la prestación de su servicio sean aplicadas

Por ello, surge la duda acerca de la conveniencia de dejar la regulación de dicha materia en el marco del arbitraje a la aplicación voluntaria de determinados instrumentos de *soft law* y ello a pesar de la idoneidad de la misma en procedimientos transnacionales.

En efecto, sorprende que, por ejemplo, las instituciones arbitrales no dispongan de mecanismos para garantizar que las medidas de ciberseguridad exigibles en el marco de la prestación de su servicio sean aplicadas y deban confiar en que los árbitros y las partes decidan pactar, en la conferencia de organización de la prueba, o mediante una orden procesal al principio del procedimiento, la adopción de un protocolo de ciberseguridad o la remisión a una serie de normas. Normas que además pueden no cubrir las obligaciones inherentes a la propia institución de arbitraje.

En este sentido, no se puede obviar que la institución arbitral no sólo se encuentra obligada por un contrato con las partes, sino que existe un contrato entre la misma y los árbitros. Ambos independientes el uno del otro.

Sorprende todavía más, si se tiene en cuenta que existen precedentes de graves ciberataques en el mundo del arbitraje como la correspondencia que fue ilegalmente interceptada en el arbitraje *Libananco v Republic of Turkey (ICSID ARB/06/8)* o el ataque que sufrió la página web de la Corte Permanente de Arbitraje en una disputa entre Filipinas y China en materia de fronteras marítimas.

No se explica el motivo por el que las instituciones arbitrales no incorporan en sus reglamentos obligaciones claras que garanticen que tanto los árbitros designados como las propias partes deben cumplir con las exigencias de ciberseguridad correspondientes.

Tampoco es entendible que, a estas alturas, la mayoría de las instituciones arbitrales no hayan incorporado en sus reglamentos al menos una obligación de adoptar todas las medidas necesarias para garantizar la aplicación de los protocolos de ciberseguridad aludidos anteriormente. No obstante, algunas instituciones como la *London Court of Arbitration* en su artículo 30 A, o la *Hong Kong International Arbitration Center*, artículo 3.1 e) de sus respectivos reglamentos, han dado pasos en el sentido de imponer algunas obligaciones contenidas en el Protocolo de ciberseguridad para arbitraje internacional de la ICCA-NCY Bar-CPR.

Como mínimo, las instituciones arbitrales podrían dirigir expresamente a los árbitros y a las partes a la adopción del Protocolo de ciberseguridad para arbitraje internacional de la ICCA-NCY Bar-CPR o incluirlo en los códigos de conducta de los árbitros promulgados por cada institución.

Sin embargo, la falta de adopción de este tipo de medidas no sólo perjudica a las instituciones arbitrales, sino a las propias partes quienes, en última instancia han decidido someter su disputa a una institución arbitral y a un reglamento que no cumple con la regulación en materia de ciberseguridad que es exigible a dicha parte por la regulación nacional, europea e incluso internacional. En este sentido, a pesar de que la Parte, en su momento, decida pactar con el Árbitro o Tribunal Arbitral y la contraparte la sumisión a un protocolo como el Protocolo de ciberseguridad para arbitraje internacional de la ICCA-NCY Bar-CPR, ello no significará que dicho Protocolo sea aceptado por la institución arbitral ni que la misma deba someterse a sus disposiciones. En última instancia será la parte quién haya escogido una institución que no se encuentra obligada por unos estándares similares a los que son exigibles a las partes y, ello a pesar del contrato que la parte establece con la institución arbitral.

En definitiva, la ciberseguridad no sólo se ha convertido en un elemento ineludible en el mundo del arbitraje sino que la importancia del mismo es tal que tiene una influencia decisiva en las obligaciones y deberes de todos los intervinientes del arbitraje. Puede alterar los contratos en los que se sustenta toda la institución del arbitraje con efectos directos para todos los actores.

Por todo ello, la institución del arbitraje, como otros sectores de actividad economía o profesional, deben desarrollar herramientas, protocolos y una organización preparada para asegurar un

adecuado nivel de ciberseguridad, mediante el establecimiento de sólidos mecanismos de gobernanza de la ciberseguridad que proteja la información y los propios procedimientos de arbitraje.

(1)

Según Accenture, se estima que los costes directos e indirectos del cibercrimen a nivel mundial para el período 2019-2023 alcanzarán los 5.2 trillones de dólares

[<https://www.accenture.com/_acnmedia/pdf-g6/accenture-2019-cost-of-cybercrime-study-final.pdf>].

Según McAfee, en 2021 los costes de los ciberdelitos se incrementarán en un 50% con respecto al 2018 total y pasarán a representar ya el 1% de DDP global

[<https://www.mcafee.com/enterprise/en-us/about/newsroom/press-releases/press-release.html?news_id=6859bd8c-9304-4147-bdab-32b35457e629>].

Ver Texto

Breves apuntes sobre el reglamento de mediación de la Comunitat Valenciana

Brief notes on the Valencian Region's mediation regulations

La publicación del Decreto 55/2021, de 23 de abril, del Consell, de aprobación del Reglamento de Mediación de la Comunitat Valenciana (DOGV n.º 9076, de 5 de mayo de 2021), constituye un paso más en la agenda de política legislativa de la Generalitat Valenciana vinculada a las fórmulas ADR, que culmina el proceso iniciado con la promulgación de la Ley 24/2018, de 5 de diciembre, de Mediación de la Comunitat Valenciana.

ADR, Centros de mediación, Mediación gratuita, Formación continua de los mediadores.

The publication of Decree 55/2021, of 23 April, of the Valencian Council, approving the Regulations on Mediation of the Valencian of Mediation of the Valencian Community (DOGV no. 9076, of 5 May 2021), constitutes a further step in the legislative policy agenda of the Valencian Regional Government linked to ADR formulas, culminating the process initiated with the enactment of Law 24/2018, of 5 December, on Mediation of the Valencian Community.

ADR, Mediation centres, Free mediation, Continuous training of mediators.



Josefa Teresa Roselló Monserrat



Pedro Tent Alonso

Letrados; socios en el Departamento de Litigación y Arbitraje de J&A Garrigues, S.L.P, oficina de Valencia (1)

I. INTRODUCCIÓN: FAVORABLE PREDISPOSICIÓN AUTONÓMICA HACIA LOS SISTEMAS ALTERNATIVOS DE RESOLUCIÓN DE DISPUTAS

Ya podían hallarse en el Derecho Autonómico valenciano previsiones normativas que mostraban la predisposición favorable de la Generalitat hacia el recurso a mecanismos arbitrales y de mediación. Por citar solamente algunas, cabe mencionar la Ley 7/2001, de 26 de noviembre, reguladora de la mediación familiar en el ámbito de la Comunitat Valenciana (2), o también una norma de un importante calado socio-económico como la Ley 3/2013, de 26 de julio, de los Contratos y otras Relaciones Jurídicas Agrarias (DOGV n.º 7079, de 31 de julio de 2013; BOE 16.9.2013) —modificada por la Ley 2/2019, de 6 de febrero—, donde se pretende promover (todavía de un modo muy incipiente y no comparable al de otras autonomías) el mecanismo arbitral y de mediación en relación con esta concreta relación contractual que tan significativa es en el tejido económico valenciano.

Sin embargo, puede afirmarse que la aprobación del Reglamento de Mediación que aquí comentamos culmina uno de los edificios normativos más acabados y amplios que en este concreto campo de resolución *extra-judicial* de conflictos, se halla en vigor en los ordenamientos autonómicos de España.

Esta circunstancia —a saber: la anticipación del sistema legal valenciano (3) a la hora de juridificar con completud el mecanismo de la mediación bajo las limitaciones de las competencias autonómicas— justifica en nuestra opinión destacar no solamente la predisposición favorable de la Generalitat, sino señalar asimismo los elementos normativos que permiten reconocer ese ánimo.

Vaya por delante el juicio general positivo que dicha actitud merece en un momento histórico en el que, a resultas de la inesperada catástrofe pandémica que aún golpea al mundo, las llamativas debilidades logísticas, materiales y organizativas de nuestro sistema judicial (que tristemente parece irresolubles), se han hecho más evidentes y lacerantes que nunca.

La premisa principal de la que parte la Generalitat es el carácter voluntario del procedimiento de mediación que regula el Reglamento toda vez que el marco jurídico que ahora se desarrolla en la Comunidad Valenciana no sustituye ni desplaza en la misma al regulado actualmente por la legislación estatal y su normativa de desarrollo.

Esta apuesta por la difusión e implantación de la figura, se intenta desde varios aspectos como son el institucional; el del fomento del uso de los medios electrónicos; la regulación de la mediación gratuita como mecanismo para financiar la prestación de las actuaciones que lleva a cabo la persona mediadora; y el establecimiento de mayores estándares de calidad en la formación especializada de las personas mediadoras a fin de garantizar la profesionalización de la mediación.

Pasamos a analizarlos.

II. LAS FÓRMULAS INSTITUCIONALES

Deben destacarse sobre este particular dos extremos relevantes, a saber: (1) el compromiso constitucional con el que la Generalitat pretende afrontar la juridificación de su sistema de mediación; y (2) el sistema orgánico que ha decidido desplegar para el fomento y puesta en práctica

de la mediación.

1. El compromiso constitucional

A nadie se le escapa que tras los pronunciamientos del Tribunal Constitucional de 2016 (4) por los que fueron declaradas inconstitucionales determinadas leyes valencianas pretendidamente dictadas al amparo de las competencias autonómicas y vistas igualmente las limitaciones de creación normativa que resultan del Derecho Constitucional español, el problema relativo al título competencial esgrimible por la Generalitat a la hora de abordar una norma como la que analizamos, no era precisamente cuestión menor.

Ya en el Preámbulo de la Ley 24/2018, de 5 de diciembre, de mediación de la Comunitat Valenciana se invocaba un doble anclaje competencial fundado en los arts. 9.3 (5) y 49.1.36ª (6) del Estatuto de Autonomía de la Comunitat Valenciana. Vinculadas ambas normas a la regulación de aspectos concernientes a la Administración de Justicia, qué duda cabe que hallándonos ante un mecanismo (el de la mediación) que es manifiestamente alternativo a dicha administración estatal, el título competencial en cuestión resulta cuanto menos paradójico.

Ello no obstante, alejándose del incierto art. 49.1.2ª del Estatuto de Autonomía —sobre competencia exclusiva en materia de conservación, desarrollo y modificación del Derecho civil foral valenciano, cuyos límites ya se demostraron mucho menos flexibles de lo que algunos especialistas esperaron, como resulta de los precedentes constitucionales antes citados—, la base competencial valenciana para la regulación del fenómeno de la mediación, tiene al menos la virtud de no haber comportado ningún grave conflicto institucional con la Administración General del Estado, como resulta del compromiso constituido por la Resolución de 2 de septiembre de 2019, de la Dirección General de Relaciones con la Unión Europea y el Estado, por la cual se publicó el Acuerdo de la Comisión Bilateral de Cooperación Administración General del estado-Generalitat, en relación con la Ley 24/2018 (DOGV núm. 8642, de 25 de septiembre de 2019).

En dicho acuerdo, además de reflejarse el compromiso de la Generalitat de modificar ciertas normas de la Ley autonómica (7), se aludió también a algunos ajustes que debían tenerse en cuenta en el marco de la norma reglamentaria que aquí comentamos: particularmente, la debida armonía entre las previsiones de los arts. 19.2º.a y 19.5º de la Ley valenciana (8), con los arts. 4, 5 y 6 (g) del Real Decreto 980/2013, de 13 de diciembre, sobre mediación en asuntos civiles y mercantiles.

El propio Preámbulo del Reglamento autonómico, se encarga de mencionar el acuerdo bilateral anterior y señalar que

«Obviamente, este marco jurídico no sustituye ni desplaza en la Comunitat Valenciana el regulado actualmente por la legislación estatal y su normativa de desarrollo, al que las partes en conflicto pueden acogerse libremente en todo momento, tal y como se aclara en el Acuerdo de la Comisión Bilateral de Cooperación Administración General del Estado-Generalitat en relación con la Ley 24/2018, publicado el 25 de septiembre de 2019 en el Boletín Oficial de Estado, número 231 y en el Diari Oficial de la Generalitat Valenciana, número 8642. Es por ello, que las determinaciones de

este reglamento no serán de aplicación cuando la persona mediadora no esté inscrita en el Registro de Personas y Entidades Mediadoras de la Comunitat Valenciana, sin perjuicio de que esta y las partes puedan voluntariamente acogerse al procedimiento de mediación de la Ley 24/2018, de conformidad con los arts. 23.c y 31.1.a que establecen la posibilidad de escoger y designar, respectivamente, una persona o entidad mediadora esté o no inscrita en el Registro de Personas y Entidades Mediadoras de la Comunitat Valenciana o cualquier otro registro autonómico o estatal».

A la espera de nuevos acontecimientos, el resultado de todo lo anterior parece ser un entendimiento bastante que debiera permitir la puesta en funcionamiento del Reglamento que analizamos (10).

2. Sistema orgánico

Otro de los mecanismos a través de los que la Generalitat trata de materializar su predisposición hacia el mecanismo de la mediación como fórmula de resolución alternativa de conflictos, es el sistema orgánico cuyo concreto régimen jurídico instaura con esa particular finalidad (11).

Se trata, especialmente, del Centro de Mediación de la Comunitat Valenciana (en adelante, el Centro de Mediación) y del Consejo Asesor de Mediación de la Comunitat Valenciana (en lo sucesivo, el Consejo Asesor).

La misión crítica del Centro de Mediación (art. 9 del reglamento) consiste en «...*fomentar y facilitar el acceso a la mediación en el ámbito de la Comunidad Valenciana*». Se configura como órgano administrativo adscrito a la Consejería autonómica competente.

Destacan sin embargo algunas funciones especialmente significativas, así: la gestión del registro de Personas y Entidades Mediadoras de la Comunitat Valenciana, la designación de la persona mediadora en los supuestos previstos en la Ley autonómica (12); el registro y seguimiento de los procedimientos de mediación en los que deba intervenir, así como su resultado a efectos estadísticos y resolución de cuestiones organizativas que pudieran suscitarse; igualmente, la homologación de los estudios, cursos y formación específica en materia de mediación (13); también, el reconocimiento del derecho a la Mediación gratuita.

Por su parte, el Consejo Asesor —bajo la presidencia del titular de la Consejería autonómica competente— se define (art. 10 del Reglamento) como el «...*órgano colegiado consultivo y de participación de la Generalitat en materia de mediación*». Las vocalías que integrarán la composición de este órgano responden a una variada procedencia (art. 11 del Reglamento): Letrados de la Administración de Justicia, entidades locales, abogacía de la Generalitat, colegios profesionales y cámaras de comercio, personas designadas por la Consejería competente a propuesta de distintas asociaciones profesionales, organizaciones y entidades sociales que tengan consideración de entidades mediadoras, así como de las Universidades valencianas (exigiéndose al menos diez años de acreditada experiencia). Podrán también ser vocales del Consejo Asesor, un miembro de la judicatura y otro de la Fiscalía ejercientes en territorio de la Comunitat Valenciana, si a estos efectos fueran designados por el Consejo General del Poder Judicial y la Fiscalía General del estado,

respectivamente.

Destacan como funciones del Consejo Asesor (art. 14 del Reglamento): asesorar y apoyar a la Consejería competente en todas las cuestiones necesarias para el desarrollo de la mediación; proponer los criterios que garanticen la calidad de la formación inicial y continua de quienes desempeñen la mediación; elaborar un informe anual sobre la situación de la mediación en la Comunitat Valenciana; proponer la aprobación de códigos de conducta voluntarios y fomentar la adhesión a los mismos de quienes ejercen la mediación.

Merece la pena subrayar que la norma exige de este Consejo Asesor que actúe con independencia, imparcialidad y transparencia, publicándose las actas de sus reuniones en la correspondiente web de la Generalitat.

III. LA PERSPECTIVA TECNOLÓGICA

La utilización de medios electrónicos se prevé como medio de acceso al Registro de Personas y Entidades Mediadoras de la Comunitat Valenciana, que será accesible a través de la sede electrónica de la Generalitat, integrando así este recurso bajo el paraguas institucional de la Generalitat Valenciana, tal como prevé el art. 17.2º del Reglamento. De la misma manera, la utilización de medios electrónicos se establece para la inscripción en la sección correspondiente del Registro de Personas y Entidades Mediadoras de la Comunitat Valenciana, que deberá cumplimentarse necesariamente de manera *on line* (art. 20.1º del Reglamento).

Por otro lado, la utilización de tales medios electrónicos, informáticos y telemáticos se materializa mediante la puesta a disposición de las personas y entidades inscritas en el Registro de Personas y Entidades Mediadoras de la Comunitat Valenciana, de los mecanismos necesarios para poder llevar a cabo los procedimientos de mediación a través de tales vías. Dichos mecanismos, que serán facilitados por la Generalitat Valenciana, garantizarán la seguridad, privacidad, la integridad y el secreto de los documentos y las comunicaciones, la confidencialidad en todas las fases del procedimiento y el cumplimiento de las previsiones exigidas en la normativa en materia de protección de datos de carácter personal.

Respecto a qué debe entenderse por tales medios electrónicos procede traer a colación lo previsto en el art. 24.1º Ley 5/2012 que hace referencia a la «...*videoconferencia u otro medio análogo de transmisión de la de la voz o la imagen, siempre que quede garantizada la identidad de los intervinientes y el respeto a los principios de la mediación*». Por tanto, entendemos que, en aplicación de la normativa estatal, quedarían excluidos de la categoría de electrónicos los medios en los que no se utilice la voz o la imagen, como podrían ser los correos electrónicos o cualquier tipo de *chat*.

La solicitud de mediación por medios electrónicos, informáticos y telemáticos realizada por las partes no será vinculante para la persona mediadora, de manera que será esta quien decidirá finalmente la forma de realización de las sesiones. No se trata, por tanto, de una facultad reconocida a la esfera de disposición de las partes sino al de decisión de la persona mediadora, según las posibilidades disponibles en cada caso.

Sorprende en este punto, que, pese a la amplia difusión de herramientas tecnológicas que permiten la comunicación telemática con las debidas garantías de seguridad, confidencialidad y seguridad en general, no se haya incluido ninguna exigencia, a las personas mediadoras que deseen inscribirse en el Registro, relativa a la disponibilidad de sistemas de mediación por medios electrónicos, informáticos y telemáticos. La cuestión únicamente se materializa en una mera indicación, realizada a efectos informativos, en el momento de solicitar la inscripción (art. 20.2º.1.n del Reglamento).

La norma, por remisión a lo dispuesto en el capítulo V del RD 980/2013, recomienda la realización preferente por el procedimiento simplificado por medios electrónicos de la mediación que consista en reclamaciones de cantidad que no excedan de 600 euros o de otro interés cuya cuantía no supere esa cantidad y siempre que las pretensiones de las partes no se refieran a argumentos de confrontación de derecho.

IV. FÓRMULAS DE GARANTÍA DE LA MEDIACIÓN GRATUITA

Por otro lado, la regulación de la mediación gratuita se establece como mecanismo para financiar la prestación de las actuaciones que lleve a cabo el mediador y como cauce para la resolución de conflictos accesible para la ciudadanía.

Se establecen tres ámbitos subjetivos de gratuidad de la mediación que comprenden por un lado el de las personas físicas o jurídicas que cumplan los requisitos necesarios para ser beneficiarias de la asistencia jurídica gratuita o aquellas que ya lo tengan reconocido por la Comisión de Asistencia Jurídica Gratuita correspondiente. Por otro lado, se establece la gratuidad de la mediación a las personas con discapacidad, así como a las personas que tengan a su cargo a éstas —en ambos casos siempre que se trate de procedimientos de mediación que guarden relación con las circunstancias de salud o de discapacidad—. Por último, la gratuidad de la mediación se garantiza también para personas que hayan sido víctimas directas o indirectas, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 4/2015, de 27 de abril, del estatuto de la víctima del delito, en aquellos procesos que tengan vinculación, deriven o sean consecuencia de su condición de víctimas.

V. FOMENTO DE LA CALIDAD DE LA MEDIACIÓN

El último aspecto a través del cual se pretende dar mayor proyección a la mediación es el de la calidad. Así lo pone de manifiesto el establecimiento de mayores estándares formativos específicos a exigir a las personas que pretendan formar parte del sistema de turnos de mediación establecidos por el propio Reglamento.

De esta manera, frente a la exigencia a estos últimos de un mínimo de 300 horas lectivas de formación (de las cuales al menos 60 horas tendrán carácter práctico), únicamente se exigen 100 horas lectivas a aquellos inscritos en tal Registro a los meros efectos de publicidad e información. De esta manera, los estándares formativos establecidos en el Real Decreto 980/2013, únicamente se trasladan a las personas inscritas en el Registro a efectos meramente informativos y no a los mediadores que formen parte del sistema de turnos de mediación en una clara apuesta por

garantizar la calidad de este servicio de carácter institucional.

De la misma manera, resultan más exigentes los estándares requeridos para la formación continua de los mediadores que formen parte del sistema de turnos, quienes deberán cumplimentar una o varias actividades de formación continua de carácter eminentemente práctico, al menos cada cinco años que tendrán una duración total mínima de 50 horas frente a las 20 horas exigidas con carácter general en el Real Decreto 980/2013. No obstante, estos estándares quedan por debajo de los previstos en el Decreto 135/2012, de Cataluña, con una previsión de formación continua de 40 horas bienales.

La norma, en fin, contempla la expedición de un sello de calidad mediadora (Sección segunda del Capítulo IX) que conferirá la Presidencia del Consejo Asesor a propuesta de este, con la finalidad de distinguir a las personas y entidades inscritas en el Registro que desarrollan con especial calidad las funciones mediadoras, así como ofrecer información al usuario (14) con el objetivo de fomentar las buenas prácticas.

-
- (1) La opinión de los autores es exclusivamente suya, sin que quepa extenderla en absoluto a la firma legal en la que prestan servicio ni a ninguna otra institución u organización con las que colaboran.
- [Ver Texto](#)
- (2) Algunos de cuyos artículos de rango reglamentario suprime la Disposición Derogatoria del Reglamento que aquí analizamos.
- [Ver Texto](#)
- (3) El único antecedente reglamentario autonómico de alcance material general es el ya añejo Decreto de la Generalitat de Catalunya 135/2012, de 23 de octubre, por el que se aprobó el Reglamento de la Ley 15/2009, de 22 de julio de Mediación en el Ámbito del Derecho Privado.
- [Ver Texto](#)
- (4) STC 110/2016, de 9 de junio (BOE 15.7.2016), por la que se declara la inconstitucionalidad de determinados artículos de la Ley 5/2012, de 15 de octubre, de uniones de hecho formalizadas de la Comunitat Valenciana, así como la STC 82/2016, de 28 de abril de 2016 (BOE 31.5.2016) por la que se declaró la inconstitucional de determinados artículos de la Ley de la Comunidad Valenciana 10/2007, de 20 de marzo, de régimen económico matrimonial valenciano.
- [Ver Texto](#)
- (5) Donde la norma estatutaria proclama que «La Generalitat velará por una Administración de Justicia sin demoras indebidas y próxima al ciudadano».
- [Ver Texto](#)

- (6) Que establece la competencia exclusiva de la Generalitat sobre: «Administración de justicia, sin perjuicio de lo dispuesto en la legislación de desarrollo del art. 149.1.5ª. de la Constitución».

[Ver Texto](#)

- (7) En esencia: definición del concepto de controversia sujeta a mediación; no afectación de ningún aspecto propio de la legislación procesal estatal; no exigibilidad de previa inscripción registral para el libre ejercicio de la mediación.

[Ver Texto](#)

- (8) Sobre ciertos aspectos del Registro de Personas y Entidades Mediadoras de la Comunitat Valenciana.

[Ver Texto](#)

- (9) Relativos, respectivamente, a contenido de la formación del mediador, duración de la formación en materia de mediación y formación continua de los mediadores.

[Ver Texto](#)

- (10) Es necesario puntualizar, sin embargo, que pese a las explícitas manifestaciones de armonía que se reflejan en el Preámbulo del Reglamento en relación con la *entente* alcanzada con la Administración General del Estado, no consta todavía la modificación de los preceptos de la legislación autonómica que dicho acuerdo bilateral reclamaba...

[Ver Texto](#)

- (11) Nótese, por supuesto, que tanto este sistema como las demás disposiciones reglamentarias que aquí mencionamos, se sujetan al concreto ámbito objetivo-subjetivo de aplicación del Decreto autonómico, que se define en el art. 2 de la norma, a saber:

«1. Este reglamento es de aplicación a las actuaciones profesionales de mediación en las que las partes decidan acogerse expresa o tácitamente a la Ley 24/2018, y que cumplan todos los siguientes requisitos: a) Por lo menos alguna de las partes tenga su domicilio en la Comunitat Valenciana. b) La persona mediadora designada esté inscrita en el Registro de Personas y Entidades Mediadoras de la Comunitat Valenciana. c) La mediación se desarrolle total o parcialmente en el territorio de la comunidad autónoma, a excepción de aquellos casos en que la mediación se efectúe por medios telemáticos. 2. No será necesario que al menos una de las partes tenga su domicilio en la Comunitat Valenciana, cuando se trate de conflictos sometidos a la jurisdicción de los juzgados y tribunales de la Comunitat Valenciana. 3. Las determinaciones de este reglamento serán de aplicación a las personas mediadoras o entidades mediadoras que estén inscritas en el Registro de Personas y Entidades Mediadoras de la Comunitat Valenciana. De no estar inscritas, les será de aplicación cuando decidan acogerse al procedimiento de mediación de la Ley 24/2018. 4. En aquellos supuestos en los que la normativa sectorial contemple procedimientos específicos de mediación, la Ley 24/2018 y este reglamento tienen carácter supletorio».

[Ver Texto](#)

(12) Obsérvese que, sin perjuicio del carácter voluntario de la inscripción de personas o entidades mediadoras en el Registro previsto en el Capítulo IV del Reglamento, la designación como mediador efectuada por el Centro de Mediación mediante un sistema de turno alfabético y especialización por disciplinas (arts. 24 a 26 del Reglamento) solamente podrá recaer en quienes se hallen previamente inscritos en dicho Registro (art. 16.2º del Reglamento).

Obsérvese también, que en estos casos el Reglamento contempla una especialidad de procedimiento descrita en su art. 37: la persona designada por el Centro de Mediación deberá contactar con las partes en un plazo de 10 días contados desde la designación; tras la celebración de la sesión informativa, en el plazo de los 10 días siguientes a la misma, comunicará al Centro de Mediación su aceptación o renuncia; caso de aceptar, comunicará también al Centro —motivadamente— si considera que la duración del procedimiento excederá de tres meses desde la sesión inicial constitutiva.

[Ver Texto](#)

(13) De nuevo la cuestión no es en absoluto baladí: el art. 29 del Reglamento señala las características que deberá revestir dicha formación, así como su duración mínima en función de que la inscripción por parte del interesado se lleve a cabo a efectos meramente informativos o para integrar los turnos de designación del Centro. Nótese que la no acreditación de la debida formación continuada puede determinar la baja registral (art. 23.3º.d) del Reglamento).

[Ver Texto](#)

(14) Recuérdese que la publicidad de información falsa en relación con la titularidad de este tipo de sellos, constituye de forma automática una acción engañosa determinante de competencia desleal en los términos definidos en el Anexo I de la Directiva 2005/29/CE de 11 de mayo de 2005 sobre Prácticas Comerciales Desleales (art. 5.5º).

[Ver Texto](#)

La enmienda del Acuerdo para la promoción y protección recíproca de inversiones de España y Kazajstán: primeras notas de una partitura interpretada bajo la batuta de la Unión Europea

The amendment of the Spain-Kazakhstan Agreement on the reciprocal promotion and protection of investments: first notes of a music sheet under the baton of the European Union

La enmienda del APPRI celebrado entre España y Kazajstán el 23 de marzo de 1994, constituye la primera (y casi con total seguridad no la última) materialización de la obligación de España, en su condición de Estado miembro de la UE, de eliminar las incompatibilidades existentes entre los APPRI celebrados con terceros Estados y las disposiciones sustantivas del Derecho de la Unión. Para comprender la forma en la que se ha llevado a cabo la enmienda del Acuerdo y los motivos que han empujado a España a realizarla, es necesario fijar la vista en tres elementos particularmente importantes: la competencia exclusiva de la Unión en materia de inversiones extranjeras directas tras la adopción del Tratado de Lisboa, tres sentencias del Tribunal de Justicia, de 2009, que declaraban la existencia de incompatibilidad entre las cláusulas de transferencia de varios APPRI de tres Estados miembros y el Derecho de la Unión y, por último, el Reglamento 1219/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, por el que se establecen disposiciones transitorias sobre los acuerdos bilaterales de inversión entre Estados miembros y terceros países.

APPRI *extra*-UE, Enmienda, Reglamento 1219/2012, Disposición sobre transferencia de rentas y bienes derivados de la inversión, TJUE.

The amendment of the BIT concluded between Spain and Kazakhstan on 23 March 1994, constitutes the first (and almost certainly not the last) realization of Spain's obligation, as an EU Member State, to eliminate the existing incompatibilities between the *extra*-EU BITs and the substantive provisions of EU Law. In order to understand the way in which the amendment to the Agreement has been carried out and the reasons that have prompted Spain to do so, it is necessary to focus on three particularly important elements: the exclusive competence of the Union in matters of foreign direct investment after the adoption of the Lisbon Treaty, three judgments of the Court of Justice, of 2009, which declared the incompatibility between the transfer clauses of several BITs of three Member States and the EU Law and, finally, Regulation 1219/2012 of the European Parliament and of the Council, establishing transitional arrangements for bilateral investment agreements between Member States and third countries.

Extra-EU BITs, Amendment, Regulation 1219/2012, Clause on the transfer of funds, CJEU



Iñigo Iruretagoiena Agirrezabalaga

Profesor Agregado de Derecho internacional público de la Universidad del País Vasco (UPV/EHU) (1)

1. En Consejo de Ministros, en su reunión de 2 de febrero de 2021, ha adoptado un Acuerdo por el que se autoriza el Canje de Notas constitutivo de un Acuerdo mediante el que se modifica el Acuerdo para la promoción y protección recíproca de inversiones entre el Reino de España y la República de Kazajstán (2).

Este hecho, que podría no tener mayor interés que el de conocer la modificación sustantiva concreta introducida mediante el mencionado Canje de Notas Verbales, presenta, sin embargo, aspectos que ponen de manifiesto una relevancia que trasciende al caso concreto, al referirse a una realidad que afecta a un buen número de Acuerdos para la promoción y protección recíproca de inversiones (APPRI) celebrados por España. Así, para comprender la razón de ser de la enmienda del APPRI de España y Kazajstán, es necesario girar la vista hacia el Derecho de la Unión Europea; varias sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), la entrada en vigor del Tratado de Lisboa y el Reglamento 1219/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo constituyen las tres claves que explican la modificación introducida en el citado APPRI, así como la manera en la que se ha procedido a dicha enmienda.

2. Con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, en 2009, la competencia en materia de inversiones extranjeras directas pasó a ser en exclusividad de la Unión Europea (UE), al quedar integrado dentro de su política comercial común (PCC) (arts. 206 TFUE y ss.) (3). Esto ha supuesto que, si hasta entonces había sido cada Estado miembro el encargado de diseñar y desarrollar su propia política de inversiones extranjeras mediante la conclusión, principalmente, de tratados bilaterales de inversión, desde la entrada en vigor del Tratado de Lisboa la UE ha pasado a ser quien ostenta la competencia para concluir tratados internacionales con terceros Estados en materia de inversiones extranjeras directas. Dicho de otro modo, a partir del Tratado de Lisboa, y de conformidad con la interpretación del TJUE sobre el alcance de esta nueva competencia plasmada en su Dictamen 2/15 (4), los Estados miembros se han visto privados de la facultad de negociar, celebrar o enmendar APPRIs con Estados no miembros de la UE.

No obstante, el escenario que heredaba la UE y sobre el que debía desarrollar esta nueva competencia se encontraba poblado por cerca 1400 APPRI celebrados por los Estados miembros, bien con terceros Estados (APPRI *extra*-UE), bien entre los propios Estados miembros (APPRI *intra*-UE), aunque se debe precisar que la PCC únicamente afectaba a los APPRI *extra*-UE y no, así, a los cerca de 200 APPRI *intra*-UE, manteniéndose respecto a estos últimos el reparto competencial previo al Tratado de Lisboa.

Efectivamente, los APPRI *intra*-UE constituyen una realidad distinta y plantean una problemática diferente a la de los APPRI *extra*-UE. Además, la Comisión Europea ha mantenido una posición totalmente distinta en cuanto a la utilidad y el futuro de uno y otro tipo de APPRIs. Los APPRI *intra*-UE han sido calificados por la Comisión como una «anomalía» dentro de la UE (5), y este ha manifestado su convencimiento de que los mismos son incompatibles con el Derecho de la UE. A partir de este posicionamiento, durante los últimos años, la Comisión ha insistido en la necesidad de que los Estados miembros procedieran a la terminación de los APPRI *intra*-UE (6). En este sentido, la

sentencia del TJUE en el asunto *Achmea* (7), al afirmar la incompatibilidad del arbitraje inversor-Estado previsto en el APPRI celebrado entre Países Bajos y Eslovaquia, ha supuesto un factor clave para que la gran mayoría de los Estados miembros se incorpore, definitivamente, al camino que conduce a la desaparición de los APPRI intra-UE. La culminación de esta corriente ha tomado cuerpo en el Acuerdo para la Terminación de los Tratados Bilaterales de Inversión entre los Estados miembros de la Unión Europea, de 5 de mayo de 2020 (8), firmado por 23 de los 27 Estados miembros (9) y en vigor desde el 29 de agosto de 2020 (10).

La UE ha considerado apropiado mantener los APPRI *extra-UE* en vigor hasta que sean sustituidos, progresivamente, por tratados internacionales celebrados por la propia UE con terceros Estados y otras organizaciones internacionales

En relación con los APPRI *extra-UE*, la postura mantenida por las instituciones de la Unión ha sido muy distinta. Así, la Comisión, después de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, ponía en valor estos tratados bilaterales de inversión al considerarlos un método eficaz para promover y atraer inversiones (11). Habida cuenta de que los resultados del ejercicio de esta nueva competencia de la Unión, en forma de tratados internacionales sobre inversiones extranjeras directas, tardarían en llegar, y con el fin de mantener la seguridad jurídica, así como un alto grado de protección para las operaciones de inversión afectadas, la UE ha considerado apropiado mantener los APPRI *extra-UE* en vigor hasta que sean sustituidos, progresivamente, por tratados internacionales celebrados por la propia UE con terceros Estados y otras organizaciones internacionales (12).

3. Con el objetivo de asegurar y regular una transición ordenada de los APPRI *extra-UE* a los tratados sobre inversión futuros de la UE se adoptó el Reglamento n.º 1219/2012 del Parlamento Europeo y de Consejo, de 12 de diciembre de 2012, por el que se establecen disposiciones transitorias sobre los acuerdos bilaterales de inversión entre Estados miembros y terceros países (13). La existencia de cerca de 1200 APPRI *extra-UE* y la indeterminación de los ritmos y los plazos que necesitará la UE para sustituirlos, así como el interrogante que acompaña a los resultados concretos que cabe esperar de la implementación de esta ampliada PCC de la Unión, convierten al Reglamento 1219/2012 en una pieza fundamental para la seguridad jurídica en el sector, evitando, asimismo, que sea cada Estado miembro quien decida por su propia cuenta sobre el futuro de sus respectivos APPRI, sobre la base de las reglas generales del derecho de los tratados y de las reglas previstas en los tratados de la UE, de forma particular, las contenidas en el art. 30.4 de la Convención de Viena de 1969 (14) y los arts. 351 TFUE y 4.3º TUE. Se ha de recordar, por otra parte, que los APPRI de forma habitual incluyen disposiciones que prevén una *ultra* actividad de diez o quince años después de su terminación (*sunset clause*), lo que puede complicar aún más esta transición si no se acomete de forma coordinada y global.

El Reglamento 1219/2012, tal y como se ha señalado, recoge la posibilidad de que los Estados

miembros mantengan en vigor sus APPRI *extra*-UE, bastando para ello que cada Estado miembro hubiera notificado a la Comisión, a más tardar el 8 de febrero de 2013, dicha intención, incluyendo una copia de los mismos (art. 2). De conformidad con el art. 4 del Reglamento, la Comisión, cada doce meses, debe publicar en el DOUE una lista de los APPRI que hayan sido notificados por los Estados miembros (15). En la última lista publicada en el diario oficial constan 63 APPRI celebrados por España con terceros Estados, entre los que se incluye el de España y Kazajstán (16).

Pero el Reglamento 1219/2012 también prevé la posibilidad de modificar, incluso, celebrar APPRI, estableciendo en qué términos y condiciones, y según qué procedimientos los Estados miembros están autorizados a modificar o celebrarlos (art. 1).

En este sentido, según el Reglamento, en primer lugar, los Estados miembros requieren de la autorización de la Comisión para proceder a la apertura de las negociaciones formales (art. 9). A tal fin, los Estados miembros deben notificar por escrito a la Comisión su intención de entablar negociaciones con un tercer país para modificar o celebrar un APPRI. España, de conformidad con el art. 8 del Reglamento 1219/2012, notificó a la Comisión sobre sus intenciones de entablar negociaciones para modificar el APPRI celebrado con Kazajstán, así como los APPRI existentes con otros 21 países (17). Tras el análisis de la documentación remitida por España, la Comisión, mediante Decisión de Ejecución c(2017) 2995, autorizaba a España a entablar negociaciones formales para modificar los acuerdos bilaterales de inversión con los 22 países señalados. En virtud del art. 9.1 del Reglamento 1219/2012 cabía la posibilidad de que la Comisión denegara su autorización si concluyera que se da alguna de las cuatro circunstancias previstas en la propia norma. Sin embargo, en relación a los motivos que justificarían tal denegación, la Comisión ha considerado que la apertura de negociaciones: a) no plantea ningún conflicto con el Derecho sustantivo de la Unión (18); b) no es incompatible con los principios y objetivos de acción exterior de la Unión (19); c) no es superflua, dado que la Comisión no ha presentado, ni ha decidido presentar, con arreglo al art. 218.3 TFUE, una recomendación de apertura de negociaciones en materia de protección de las inversiones con los Estados parte en los APPRI notificados por España (20), y; d) tampoco constituye un serio obstáculo para la negociación o celebración por la UE de tratados sobre inversiones con terceros países (21).

En segundo lugar, el Reglamento exige que el Estado miembro, al que previamente se le haya autorizado iniciar la negociación, antes de firmar, debe notificar a la Comisión el resultado de las negociaciones y transferir el texto del acuerdo (art. 11.1 Reglamento 1219/2012) (22). Una vez que la Comisión concluya que el acuerdo alcanzado cumple con los requisitos de los arts. 9.1 y 9.2 del Reglamento, autorizará al Estado miembro a firmar y celebrar el acuerdo. En relación con el APPRI de España y Kazajstán, la autorización de la Comisión para la enmienda del APPRI tuvo lugar mediante la adopción de la Decisión de Ejecución c(2019) 4067.

En definitiva, el procedimiento seguido para la enmienda del APPRI entre España y Kazajstán ha respetado lo dispuesto en el Reglamento 1219/2012, habiendo jugado la Comisión y rol esencial en la supervisión y autorización del acuerdo, tal y como requiere, por otra parte, la existencia de una competencia exclusiva de la Unión en materia de inversiones extranjeras directas.

4. ¿Pero cuál ha sido el motivo por el que España ha decidido enmendar el APPRI de Kazajstán y el de otros 21 Estados no miembros de la UE? ¿Y cuáles han sido los términos de la modificación sustantiva introducida en el texto del Acuerdo?

Tal y como señala la Decisión de Ejecución c(2017) 2995, «el único objetivo de los cambios solicitados es modificar, mediante canje de notas verbales, los acuerdos bilaterales de inversión existentes mencionados anteriormente para modificar las disposiciones respectivas en materia de transferencia de capitales contenidas en dichos acuerdos, con objeto de cumplir la legislación de la UE a la vista de las sentencias del Tribunal de Justicia en los asuntos C-249/06, C-205/06 y C-118/07» (23).

Así es; el TJUE, en tres sentencias de 2009, relativas a tres asuntos que trataban la misma problemática, concluyó que las disposiciones relativas a la libre transferencia de los pagos relacionados con la inversión incluidas en varios APPRI celebrados, respectivamente, por Austria, Suecia y Finlandia eran incompatibles con el Derecho de la Unión (24). Según el Tribunal de Justicia, estas disposiciones carecían de mecanismos que permitieran asegurar el cumplimiento inmediato de las medidas restrictivas y de salvaguardia que el Consejo de la UE pudiera adoptar de conformidad con los arts. 57.2, 59 y 60.1 del Tratado de la Comunidad Europea (TCE) (actualmente arts. 64.2 y 3, 66 y 215.1 del TFUE). El Tribunal de Justicia consideró que debía garantizarse el efecto útil de las disposiciones señaladas y, por tanto, que en caso de que el Consejo adoptara restricciones sobre la base de los mencionados artículos, estas restricciones deberían poder ser aplicadas «inmediatamente» a los Estados afectados (terceros Estados que podían beneficiarse de la aplicación de las previsiones sobre transferencias de pagos de los APPRI en cuestión). En opinión del Tribunal, ni los APPRI ni el Derecho internacional contenían previsiones ni mecanismos que permitiesen a los Estados miembros ejercer sus derechos y observar sus obligaciones conforme al TCE. Por todo ello, el Tribunal de Justicia concluía en los tres asuntos que Austria, Suecia y Finlandia habían incumplido las obligaciones que les incumbían en virtud del art. 307.2 TCE (art. 351.2 del TFUE), por no haber recurrido a los medios apropiados para eliminar las incompatibilidades relativas a las disposiciones en materia de transferencia de capitales contenidas en los APPRI analizados.

La redacción y contenido de las cláusulas analizadas por el TJUE en los asuntos señalados se repite en gran medida en numerosos APPRI *extra-UE* de los Estados miembros. En particular, el APPRI de España y Kazajstán, así como los otros 21 acuerdos para cuya enmienda ha solicitado España autorización a la Comisión, presentan la misma patología, lo que conduce a considerar las cláusulas sobre libre transferencia de los pagos y rentas derivadas de la inversión incompatibles con el Derecho de la Unión.

En relación con los tratados que presenten incompatibilidades con el Derecho de la UE, el art. 351 TFUE impone la obligación de recurrir a todos los medios apropiados para su eliminación. En el mismo sentido, el propio Reglamento 1219/2012 establece que los Estados miembros «deben adoptar las medidas necesarias para eliminar las posibles incompatibilidades con el Derecho de la Unión que contengan los acuerdos bilaterales de inversión celebrados entre ellos y terceros países» (25) y precisa, además, que la autorización para modificar o celebrar APPRI que contempla el

Reglamento «ha de permitir, en particular, a los Estados miembros abordar cualquier incompatibilidad entre sus acuerdos bilaterales de inversión y el Derecho de la Unión» (26) .

El art. 1 de la Decisión de Ejecución c(2017) 2995 de la Comisión es claro al establecer un alcance limitado de la autorización para entablar negociaciones, al señalar que servirá «para modificar las cláusulas sobre la transferencia de capitales contenidas en los acuerdos bilaterales de inversión». En su art. 2 especifica que el objetivo consiste en garantizar que dichas cláusulas sean compatibles con el Derecho sustantivo de la UE, en particular, mediante la inclusión de «disposiciones que garanticen que nada en dichas cláusulas le impide cumplir las obligaciones derivadas de su pertenencia a la Unión Europea». Parece evidente que cuando la Decisión de Ejecución menciona las obligaciones derivadas de la pertenencia a la UE está pensando en la implementación de las medidas restrictivas y de salvaguardia que el Consejo pueda adoptar de conformidad con los arts. arts. 64.2 y 3, 66 y 215.1 del TFUE, en relación con la transferencia de capitales con terceros países, de conformidad con el sentido de las sentencias del TJUE en los asuntos Comisión/Austria, Comisión/Suecia y Comisión/Finlandia.

El art. 7 del APPRI de España y Kazajstán, sobre transferencia, presenta un contenido que, a grandes rasgos, incluye los siguientes aspectos: España y Kazajstán se garantizan mutuamente la libre transferencia de las rentas de las inversiones realizadas en su territorio y de los pagos relacionados con las mismas; se comprometen a facilitar el acceso al mercado de divisas en forma no discriminatoria a fin de realizar las transferencias cubiertas por esta cláusula; se prevé que las transferencias se realizarán en divisas libremente convertibles y de acuerdo con las obligaciones fiscales establecidas por la legislación vigente en el país receptor de la inversión; ambos Estados se comprometen a facilitar los procedimientos necesarios para efectuar dichas transferencias sin excesiva demora, de acuerdo con las prácticas de los centros financieros internacionales; y, finalmente, los dos países se obligan a conceder a las transferencias cubiertas por el art. 7 el trato de nación más favorecida.

Todo parece indicar que esta enmienda es la primera de otras 21 para cuyas modificaciones España ha sido autorizada por la Comisión a entablar negociaciones de España y Kazajstán

Tal y como se puede observar, el art. 7 carece de cualquier mecanismo que permita a España garantizar la implementación de las medidas restrictivas y de salvaguardia que pueda adoptar el Consejo de la UE en caso de que resulte necesario. Es por ello que la enmienda del APPRI de España y Kazajstán tiene la finalidad de introducir un sexto apartado en el art. 7 donde se establece que nada de lo dispuesto en los párrafos precedentes prejuzga el ejercicio de buena fe por los Estados parte «de sus obligaciones internacionales o de sus derechos y obligaciones en virtud de su participación o asociación en una zona de libre comercio, unión aduanera, mercado común, unión económica o monetaria o cualquier otra forma de cooperación o integración regional, como la Unión Europea».

Sin duda, esta previsión constituye una fórmula adecuada para superar la incompatibilidad observada por el TJUE en los asuntos previamente señalados.

5. A modo de conclusión de la presente nota, resulta pertinente destacar varios aspectos. En primer lugar, la enmienda del APPRI de España y Kazajstán se ha desarrollado respetando las formalidades requeridas por el Derecho de la Unión, con un papel protagonista de la Comisión, tanto en la apertura de las negociaciones, como en la firma del acuerdo, todo ello como consecuencia de la actual competencia exclusiva de la Unión en materia de inversiones extranjeras directas en el marco de la PCC.

En segundo lugar, todo parece indicar, por un lado, que esta enmienda es la primera de otras 21 para cuyas modificaciones España ha sido autorizada por la Comisión a entablar negociaciones y, por otro, que las enmiendas se concretarán en la inclusión de un apartado muy similar al introducido en el art. 7 del APPRI de España y Kazajstán, dirigido a salvar el efecto útil de las previsiones del TFUE que habilitan al Consejo a adoptar medidas restrictivas y de salvaguardia en relación con los movimientos de capital desde y hacia terceros Estados.

En tercer lugar, resulta llamativo que hayan pasado más dos lustros desde que se conoce o debiera conocerse la incompatibilidad de las previsiones de transferencia de los APPRI españoles hasta la enmienda del primero de ellos. Pero quizás resulta más llamativo observar que respecto a la mayoría de los APPRI *extra*-UE de España no está aparentemente prevista, según la información disponible, su enmienda, teniendo en cuenta que las cláusulas sobre transferencia carecen de previsiones similares a la introducida en el APPRI de Kazajstán; esto resulta especialmente evidente en relación, por ejemplo, con el Convenio de Fomento y Protección Recíproca de Inversiones entre España y la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas, un mismo tratado que se aplica en relación con ocho Estados y que solo respecto a dos se ha solicitado la autorización de la Comisión para su enmienda (27). Cuando uno se pregunta por los motivos por los que ante un APPRI que adolece de la misma incompatibilidad no se procede a su modificación, le embarga una leve sensación de adentrarse en un terreno propicio para la especulación. No obstante, al menos puede haber dos razones que podrían explicar este actuar a primera vista contradictorio: la primera, que la agenda negociadora de la UE en materia de inversiones extranjeras desaconseje la enmienda de los APPRI en cuestión (bien porque la Comisión hubiera presentado o decidido presentar una recomendación de apertura de negociaciones con el tercer país de que se trate, con arreglo al art. 218.3 del TFUE, bien porque dicha enmienda pueda constituir un serio obstáculo para la negociación o celebración de acuerdos bilaterales de inversión de la Unión con terceros países). La segunda, que el tercer Estado con el que España debe negociar y acordar la enmienda del APPRI no tenga, al menos por el momento, voluntad para ello.

En cualquier caso, la enmienda del APPRI de España y Kazajstán constituye un primer paso en la buena dirección, el sonido de las primeras notas de una partitura compuesta e interpretada bajo la batuta de la Unión Europea, con el objetivo de eliminar las incompatibilidades entre los APPRI *extra*-UE de España y el Derecho de la Unión.

ANEXO

APPRI *extra*-UE de España notificados a la Comisión conforme al Reglamento (UE) n.º 1219/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo.

(Los acuerdos destacados en negrita son aquellos cuya enmienda ha sido autorizada por la Comisión mediante Decisión de Ejecución c(2017) 2995).

República de Albania	Acuerdo entre el Reino de España y la República de Albania para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones	5.6.2003
República Argelina Democrática y Popular	Acuerdo entre el Reino de España y la República Argelina Democrática y Popular para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones	23.12.1994
República de Angola	Acuerdo entre el Reino de España y la República de Angola para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones	21.11.2007
República Argentina	Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones entre el Reino de España y la República Argentina	3.10.1991
República de Armenia, República de Azerbaiyán, República de Bielorrusia, Georgia, República Kirguisa, Federación de Rusia, República de Tayikistán, Turkmenistán	Convenio de Fomento y Protección Recíproca de Inversiones entre España y la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas	26.10.1990
Reino de Baréin	Acuerdo entre el Reino de España y el Reino de Bahrein para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones	22.5.2008
Estado Plurinacional de Bolivia	Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones entre el Reino de España y la República de Bolivia (**)	29.10.2001
Bosnia y Herzegovina	Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones entre España y Bosnia y Herzegovina	25.4.2002
República de Chile	Acuerdo entre el Reino de España y la República de Chile para la Protección y Fomento recíproco de Inversiones y Protocolo	2.10.1991
República Popular China	Acuerdo entre el Reino de España y la República Popular China para la promoción y protección recíproca de inversiones	14.11.2005
República de Colombia	Acuerdo entre el Reino de España y la República de Colombia para la promoción y protección recíproca de inversiones	31.3.2005
República del Congo	Acuerdo entre el Reino de España y la República del Congo para la Promoción y Protección Recíprocas de Inversiones	18.12.2008
República de Costa Rica	Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones entre el Reino de España y la República de Costa Rica	8.7.1997
República de Cuba	Acuerdo entre el Reino de España y la República de Cuba sobre la promoción y protección recíproca de inversiones	27.5.1994
República Dominicana	Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones entre el Reino de España y la República Dominicana	16.3.1995
República del Ecuador	Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones entre el Reino de España y la República del Ecuador	26.6.1996
República Árabe de Egipto	Acuerdo para la Protección y Fomento recíprocos de Inversiones entre el Reino de España y la República Árabe de Egipto	3.11.1992
República de El Salvador	Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones entre el Reino de España y la República de El Salvador	14.2.1995
República Democrática Federal de Etiopía	Acuerdo entre el Reino de España y la República Federal Democrática de Etiopía para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones	17.3.2009
República de Macedonia del Norte	Acuerdo entre el Gobierno español y el Gobierno macedonio para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones	20.6.2005

República Gabonesa	Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones entre el Reino de España y la República Gabonesa	2.3.1995
República de Gambia	Acuerdo entre el Reino de España y la República de Gambia para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones	17.12.2008
República de Ghana	Acuerdo entre el Reino de España y la República de Ghana para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones	6.10.2006
República de Guatemala	Acuerdo entre el Reino de España y la República de Guatemala para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones	9.12.2002
República de Guinea Ecuatorial	Acuerdo entre el Reino de España y la República de Guinea Ecuatorial para la Promoción y la Protección Recíproca de Inversiones	22.11.2003
República de Honduras	Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones entre el Reino de España y la República de Honduras	18.3.1994
República de la India	Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones entre el Reino de España y la Republica de la India (**)	30.9.1997
República de Indonesia	Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones entre el Reino de España y la República de Indonesia (**)	30.5.1995
República Islámica de Irán	Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones entre el Reino de España y la República Islámica de Irán	29.10.2002
Jamaica	Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones entre España y Jamaica	13.3.2002
Reino Hachemí de Jordania	Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones entre el Reino de España y el Reino Hachemita de Jordania	20.10.1999
República de Kazajistán	Acuerdo de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones entre el Reino de España y la República de Kazajistán	23.3.1994
República de Corea	Acuerdo para la Promoción y Protección Recíprocas de Inversiones entre el Reino de España y la República de Corea	17.1.1994
Estado de Kuwait	Acuerdo entre el Reino de España y el Estado de Kuwait para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones	8.9.2005
República Libanesa	Acuerdo entre el Reino de España y la República Libanesa para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones	22.2.1996
Estado de Libia	Acuerdo entre el Reino de España y la Gran Jamahiriya Árabe Libia Popular Socialista para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones	17.12.2007
Malasia	Acuerdo entre España y Malasia para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones	4.4.1995
República Islámica de Mauritania	Acuerdo entre el Reino de España y la República Islámica de Mauritania sobre la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones	24.7.2008
Estados Unidos Mexicanos	Acuerdo de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones entre el Reino de España y los Estados Unidos Mexicanos	10.10.2006
República de Moldavia	Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones entre el Reino de España y la República de Moldavia	11.5.2006
Montenegro, República de Serbia	Acuerdo entre el Reino de España y la República Federal de Yugoslavia para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones	25.6.2002
Reino de Marruecos	Acuerdo sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones entre el Reino de España y el Reino de Marruecos	11.12.1997
República de Namibia	Acuerdo entre el Reino de España y la República de Namibia para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones	21.2.2003
República de Nicaragua	Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones entre el Reino de España y la República de Nicaragua	16.3.1994
República Federal de Nigeria	Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones entre el Reino de España y la República Federal de Nigeria	9.7.2002

República Islámica de Pakistán	Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones entre el Reino de España y la República Islámica de Pakistán	15.9.1994
República de Panamá	Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones entre el Reino de España y la República de Panamá	10.11.1997
República del Paraguay	Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones entre el Reino de España y la República de Paraguay	11.10.1993
República del Perú	Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones entre el Reino de España y la República del Perú	17.11.1994
República de Filipinas	Acuerdo de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones entre el Reino de España y la República de Filipinas	19.10.1993
Reino de Arabia Saudí	Acuerdo entre el Reino de España y el Reino de Arabia Saudí para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones	9.4.2006
República de Senegal	Acuerdo entre el Reino de España y la República de Senegal para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones	22.11.2007
República de Sudáfrica	Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones entre el Reino de España y la República de Sudáfrica (**)	30.9.1998
República Árabe Siria	Acuerdo entre el Reino de España y la República Árabe Siria para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones	20.10.2003
República de Trinidad y Tobago	Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones entre el Gobierno del Reino de España y el Gobierno de la República de Trinidad y Tobago	3.7.1999
República de Túnez	Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones entre el Reino de España y la República Tunecina	28.5.1991
República de Turquía	Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones entre el Reino de España y la República de Turquía	15.2.1995
Ucrania	Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones entre España y Ucrania	26.2.1998
República Oriental del Uruguay	Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones entre el Reino de España y la República Oriental del Uruguay	7.4.1992
República de Uzbekistán	Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones entre el Reino de España y la República de Uzbekistán	28.1.2003
República Bolivariana de Venezuela	Acuerdo entre el Reino de España y la República de Venezuela para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones	2.11.1995
República Socialista de Vietnam	Acuerdo entre el Reino de España y la República Socialista de Vietnam para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones	20.2.2006
República de Yemen	Acuerdo entre el Reino de España y la República del Yemen para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones	29.1.2008

BIBLIOGRAFÍA

BUNGENBERG, M., «The Division of Competences Between the EU and Its Member States in the Area of Investment Politics», en *International Investment Law and EU Law* (Eds. M. Bungenberg et al.), Springer, Verlag Berlin Heidelberg, 2011, pp. 29-42.

BURGSTALLER, M., «The Future of Bilateral Investment Treaties of EU Member States», en *International Investment Law and EU Law* (Eds. M. Bungenberg et al.), Springer, Verlag Berlin Heidelberg, 2011, pp. 55-77.

DÍEZ-HOCHLEITNER, J., «El incierto futuro de los acuerdos bilaterales sobre protección de inversiones celebrados por los Estados miembros de la Unión Europea», *Revista española de Derecho*

europo, enero-marzo 2010, pp. 5-43.

EILMANSBERGER, T., «Bilateral Investment Treaties and EU Law», *Common Market Law Review*, n.º 46, 2009, pp. 383-429.

FERMEGLIA, M. y MISTURA, A., «Killing all birds with one stone: Is this the end of Intra-EU BITs (as we know them)», *EJIL:Talk! Blog of the European Journal of International Law*, 26 de mayo, 2020, disponible en <https://www.ejiltalk.org/killing-all-birds-with-one-stone-is-this-the-end-of-intra-eu-bits-as-we-know-them/> (última consulta: 27/04/2021).

FERNÁNDEZ PONS, X., «Comentario a la sentencia del TJUE sobre el asunto Achmea, su contexto y sus implicaciones», *Revista General de Derecho Europeo*, n.º 46, 2018, pp. 1-49.

GHOURI, A.A., «Resolving Incompatibilities of Bilateral Investment Treaties of the EU Member States with the EC Treaty: Individual and Collective Options», *European Law Journal*, Vol. 16, No. 6, 2010, pp. 806-830.

HINOJOSA MARTÍNEZ, L.M., «El alcance la competencia exterior europea en materia de inversiones», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n.º 52, 2015, pp. 871-907.

IRURETAGOIENA AGIRREZABALAGA, I., «La política de inversiones internacionales de la Unión Europea: a propósito de los fantasmas que habitan los nuevos tratados de libre comercio y de inversión europeos», *Cursos de Derecho internacional y relaciones internacionales de Vitoria-Gasteiz 2017*, Thomson Reuters — Aranzadi, 2018, pp. 113-187.

IRURETAGOIENA AGIRREZABALAGA, I., «La sentencia del TJUE en el asunto Achmea: el adiós al arbitraje de inversiones de los APPRI intra-UE en la Unión Europea (y algo más)», *La Ley Unión Europea*, sección Doctrina, n.º 60, 30 de junio, 2018, pp. 1-23.

LAVRANOS, N., «European Court of Justice—infringement of Article 307—failure of member states to adopt appropriate measures to eliminate incompatibilities between the Treaty Establishing the European Community and bilateral investment treaties entered into with third countries prior to accession to the European Union», *AJIL*, vol. 103, 2009, pp. 716-722.

POULAIN, B. y RAUX, M., «Actualité du droit européen des investissements internationaux», *Revue générale de Droit International Public*, n.º 1, 2011, pp.113-140.

REINISCH, A., «The Division of Powers Between the EU and Its Member States "After Lisbon"», en *International Investment Law and EU Law* (Eds. M. Bungenberg et al.), Springer, Verlag Berlin Heidelberg, 2011, pp. 43-54.

SHAN (W.) y ZHANG, S. «The Treaty of Lisbon: Half Way toward a Common Investment Policy», *European Journal of International Law*, vol. 21, n.º 4, 2011, pp. 1049-1073.

SZCZESNIAK, A., y A. ZANOWSKA, «New Agreement Between EU Member States: Is This the

(Definite) End of Intra-EU Investment Arbitration?», *Global Arbitration News*, 19 mayo 2020, disponible en <https://globalarbitrationnews.com/new-agreement-between-eu-member-states-is-this-the-definite-end-of-intra-eu-investment-arbitration/> (última consulta: 27/04/2021).

(1)

El presente trabajo ha sido realizado en el marco de las actividades del Grupo de Investigación Consolidado (referencia IT1296-19) del Gobierno Vasco, denominado, «Organizaciones internacionales, Estados y empresas en una sociedad globalizada: nuevos retos para la protección de los derechos humanos».

Ver Texto

(2) BOE 30.4.1996. *Vid.* también Referencia del Consejo de Ministros de 2 de febrero de 2021 disponible en <https://www.lamoncloa.gob.es/consejodeministros/referencias/Paginas/2021/refc20210202.aspx> (última consulta 29/05/2021)

Ver Texto

(3) Sobre esta cuestión *vid.* L. M. Hinojosa Martínez, «El alcance la competencia exterior europea en materia de inversiones», *Revisita de Derecho Comunitario Europeo*, n.º 52, 2015, pp. 871-907; W. Shan y S. Zhang, «The Treaty of Lisbon: Half Way toward a Common Investment Policy», *European Journal of International Law*, Vol. 21, n.º 4, 2011, pp. 1049-1073; M. Bungenberg, «The Division of Competences Between the EU and Its Member States in the Area of Investment Politics», en *International Investment Law and EU Law* (Eds. M. Bungenberg et al.), Springer, Verlag Berlin Heidelberg, 2011, pp. 29-42; A. Reinisch, «The Division of Powers Between the EU and Its Member States "After Lisbon"», en *International Investment Law and EU Law* (Eds. M. Bungenberg et al.), Springer, Verlag Berlin Heidelberg, 2011, pp. 43-54.

Ver Texto

(4) Dictamen 2/15 del Tribunal de Justicia de 16 de mayo de 2017, EU:C:2017:376.

Ver Texto

(5) *Apud. Eureka B.V. c. República de Eslovaquia*, Corte Permanente de Arbitraje, Caso N.º 2008-13, decisión sobre jurisdicción de 26 de octubre de 2010, párr. 177. *Vid.* B. Poulain y M. Raux, «Actualité du droit européen des investissements internationaux», *Revue générale de Droit International Public*, n.º 1, 2011, pp. 127 y ss.

Ver Texto

(6) I. Iruretagoiena Agirrezabalaga, «La política de inversiones internacionales de la Unión Europea: a propósito de los fantasmas que habitan los nuevos tratados de libre comercio y de inversión europeos». *Cursos de Derecho internacional y relaciones internacionales de Vitoria-Gasteiz 2017*, Thomson Reuters — Aranzadi, 2018, pp. 136-138.

Ver Texto

- (7) Sentencia del Tribunal de Justicia de 6 de marzo de 2018, *Achmea*, asunto C-284/16, EU:C:2018:158. Vid. X. Fernández Pons, «Comentario a la sentencia del TJUE sobre el asunto Achmea, su contexto y sus implicaciones», *Revista General de Derecho Europeo*, n.º 46, 2018, pp. 1-49. I. Iruretagoiena Agirrezabalaga, «La sentencia del TJUE en el asunto Achmea: el adiós al arbitraje de inversiones de los APPRI intra-UE en la Unión Europea (y algo más)», *La Ley Unión Europea*, sección Doctrina, n.º 60, 30 de junio, 2018, pp. 1-23.

Ver Texto

- (8) DO L 169/1 de 29.5.2020. Vid. M. Fermeglia, A. Mistura «Killing all birds with one stone: Is this the end of Intra-EU BITs (as we know them)», *EJIL:Talk! Blog of the European Journal of International Law*, 26 de mayo, 2020, disponible en <https://www.ejiltalk.org/killing-all-birds-with-one-stone-is-this-the-end-of-intra-eu-bits-as-we-know-them/> (última consulta: 29/05/2021). A. Szczesniak y A. Zanowska, «New Agreement Between EU Member States: Is This the (Definite) End of Intra-EU Investment Arbitration?», *Global Arbitration News*, 19 mayo 2020, disponible en <https://globalarbitrationnews.com/new-agreement-between-eu-member-states-is-this-the-definite-end-of-intra-eu-investment-arbitration/> (última consulta: 29/05/2021)

Ver Texto

- (9) De los cuatro Estados miembros que no han firmado el Acuerdo —Austria, Irlanda, Finlandia y Suecia— solo Irlanda no cuenta con APPRI intra-UE en vigor

Ver Texto

- (10) La información sobre el estado de las ratificaciones del Acuerdo se puede consultar en <https://www.consilium.europa.eu/en/documents-publications/treaties-agreements/agreement/?id=2019049&DocLanguage=en> (última consulta: 29/05/2021)

Ver Texto

- (11) Comunicación de la Comisión «Hacia una política global europea en materia de inversión internacional», de 7 de julio de 2010, COM(2010)343 final, p. 5.

Ver Texto

- (12) Vid. considerandos 5º y 6º del Reglamento (UE) N.º 1219/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, por el que se establecen disposiciones transitorias sobre los acuerdos bilaterales de inversión entre Estados miembros y terceros países.

Ver Texto

- (13) DO L 351 de 20.12.2012, p. 40.

Ver Texto

- (14)

Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, de 23 de mayo de 1969, UNTS, vol. 1155, p. 331.

[Ver Texto](#)

(15) La lista de los acuerdos bilaterales de inversión contemplados en el artículo 4, apdo. 1, del Reglamento 1219/2012 se publicó, por vez primera, en el DO C 131 de 8.5.2013, p. 2.

[Ver Texto](#)

(16) DO C 142 de 22.4. 2021, p. 1.

[Ver Texto](#)

(17) La República de Albania, la República Argelina Democrática y Popular, Bosnia y Herzegovina, la República de El Salvador, Georgia, la República Islámica de Irán, el Estado de Kuwait, la República Libanesa, la Antigua República Yugoslava de Macedonia, la República de Moldavia, Montenegro, la República de Nicaragua, la República de Panamá, la República de Senegal, la República de Serbia, la República de Tayikistán, la República de Trinidad y Tobago, la República de Turquía, Ucrania, la República Oriental del Uruguay y la República de Uzbekistán.

[Ver Texto](#)

(18) Decisión de Ejecución c(2017) 2995, considerando 4º.

[Ver Texto](#)

(19) *Ibid.*, considerando 5º.

[Ver Texto](#)

(20) *Ibid.*, considerando 6º.

[Ver Texto](#)

(21) *Ibid.*, considerando 7º.

[Ver Texto](#)

(22) Según la Decisión de Ejecución c(2019) 4067 de la Comisión, considerando 2º, esta notificación tuvo lugar el 11 de febrero de 2019.

[Ver Texto](#)

(23) Decisión de Ejecución c(2017) 2995, considerando 3º.

[Ver Texto](#)

(24) STJ 3 de marzo de 2009, *Comisión/Austria*, asunto C-205/06, EU:C:2009:118. STJ 3 de marzo de 2009, *Comisión/Suecia*, asunto C-249/06, EU:C:2009:119. STJ 19 de noviembre de 2009, *Comisión/Finlandia*, asunto C-118/07, EU :C:2009:715. Sobre estas sentencias *vid.* N. Lavranos, «European Court of Justice—

infringement of Article 307—failure of member states to adopt appropriate measures to eliminate incompatibilities between the Treaty Establishing the European Community and bilateral investment treaties entered into with third countries prior to accession to the European Union», *AJIL*, vol. 103, 2009, pp. 716-722; J. Díez-Hochleitner, «El incierto futuro de los acuerdos bilaterales sobre protección de inversiones celebrados por los Estados miembros de la Unión Europea», *Revista española de Derecho europeo*, enero-marzo 2010, pp. 10-22; T. Eilmansberger, «Bilateral Investment Treaties and EU Law», *Common Market Law Review*, n.º 46, 2009, pp. 408 y ss.; M., Burgstaller «The Future of Bilateral Investment Treaties of EU Member States», en *International Investment Law and EU Law* (eds. M. Bungenberg et al.), Springer, Verlag Berlin Heidelberg, 2011, pp. 58-61; A.A. Ghouri, «Resolving Incompatibilities of Bilateral Investment Treaties of the EU Member States with the EC Treaty: Individual and Collective Options», *European Law Journal*, vol. 16, n.º 6, 2010, pp. 809-811.

[Ver Texto](#)

(25) Considerando 11º.

[Ver Texto](#)

(26) Considerando 12º.

[Ver Texto](#)

(27) Tras la disolución de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas, el Convenio ha seguido estando en vigor en relación con la República de Armenia, la República de Azerbaiyán, la República de Bielorrusia, Georgia, la República Kirguisa, la Federación de Rusia, la República de Tayikistán y Turkmenistán. Sin embargo, España ha solicitado autorización para la apertura de negociaciones oficiales solo respecto a Georgia y la República de Tayikistán.

[Ver Texto](#)

CRÓNICAS



Un respiro para el arbitraje

A breath of fresh air for arbitration

En menos de un año, el Tribunal Constitucional («TC») ha obsequiado al arbitraje español con cuatro perlas, que han permitido a los usuarios, profesionales y demás actores del arbitraje recuperar la confianza en la añorada sinergia con la jurisdicción, cuyo apoyo es indispensable para reafirmar la atractiva oferta de España como sede de arbitrajes internacionales. Una de estas últimas perlas, la sentencia 55/2021 de 15 de marzo de 2021, retoma la cuestión planteada en la primera de todas ellas, la sentencia 46/2020 de 15 de junio de 2020, esto es, la necesidad de respetar el poder de disposición de las partes sobre el objeto del proceso y la naturaleza y esencias del arbitraje, cuyo fundamento constitucional distinto en la autonomía de la voluntad de las partes no permite trasladar por mera equivalencia las garantías de la tutela judicial efectiva propias de la jurisdicción. Aun así, la sentencia 55/2021 ofrece algunos matices propios y, aunque la loable medida del TC le lleva a abstenerse de pronunciarse sobre diversos extremos, nos permite elucubrar sobre diversas cuestiones que el caso planteaba más allá del desistimiento de la acción de anulación del laudo arbitral.

Arbitraje, Laudo arbitral, Anulación del laudo, Motivación, Constitucionalidad.

In less than a year, the Constitutional Court («TC») has gifted Spanish arbitration with four pearls, which have allowed users, professionals and other arbitration actors to regain confidence in the longed-for synergy with the jurisdiction, whose support is essential to reaffirm Spain's attractive offer as a seat for international arbitration. One of these latest pearls, Judgment 55/2021 of 15 March 2021, takes up the issue raised in the first of them all, Judgment 46/2020 of 15 June 2020, that is, the need to respect the power of disposition of the parties over the object of the process and the nature and essence of arbitration, whose distinct constitutional basis in the autonomy of the will of the parties does not allow the transfer by mere equivalence of the guarantees of effective judicial protection inherent to jurisdiction. Even so, judgement 55/2021 offers some nuances of its own and, although the laudable restraint of the TC leads it to abstain from pronouncing on various points, it allows us to speculate on various questions that the case raised beyond the withdrawal of the action for annulment of the arbitration award.

Arbitration, Arbitral award, Annulment of the award, Statement of reasons, Constitutionality.



Josep Maria Julià Insenser

Delegaltessen

I. RESUMEN DEL CASO

La disputa surge entre una sociedad franquiciadora española y una sociedad franquiciada argentina a raíz de la resolución de una franquicia exclusiva en Argentina y Uruguay. Además de reclamar el pago de deudas, la franquiciadora reclamaba la pena acordada por el incumplimiento de una prohibición de competencia poscontractual en un arbitraje administrado por la Corte de Arbitraje Internacional de la Cámara de Comercio Internacional. La ley aplicable pactada en el contrato era la española y la sede del arbitraje era Madrid. El laudo dictado por el árbitro único condenaba a la franquiciada a pagar la penalidad pactada y las costas del arbitraje.

La franquiciada solicitó la anulación parcial del laudo al Tribunal Superior de Justicia de Madrid («TSJM») por infracción del orden del público porque la prohibición de competencia poscontractual no se ajustaba a los términos de la normativa europea de Derecho de la competencia (1). Dicha normativa limita la validez de la prohibición a un año y solo puede afectar al local desde el que se ejercía la actividad, pero la actividad competidora de la franquiciada se desarrolló fuera del local franquiciado. Esta cuestión fue examinada en el arbitraje pero el árbitro entendió que el territorio objeto del contrato era Argentina y Uruguay, fuera del ámbito territorial de aplicación de la normativa de la Unión Europea. En el procedimiento de anulación, las partes presentaron conjuntamente un escrito en el que la franquiciada desistía de la anulación y la franquiciadora daba su conformidad. A pesar de ello, la sentencia del TSJM denegó el sobreseimiento del caso y anuló el laudo por infracción del orden público por infringir la tutela judicial efectiva garantizada por el art. 24.1º de la Constitución porque la motivación del laudo había sido arbitraria al excluir la aplicación de la normativa europea de Derecho de la competencia (2). El TSJM desestimó el incidente de nulidad de actuaciones contra su sentencia en un auto de 5 de marzo de 2019 (3).

II. EFICACIA DE LA RECIENTE JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

El TC remitió expresamente a su sentencia 46/2020 para recordar que la tutela judicial efectiva y el proceso civil se inspiran en el principio básico de que las partes tienen derecho a regular sus intereses privados. Por tanto, si la relación discutida es privada y subjetiva, pueden presentar una reclamación, determinar el objeto del proceso y, por supuesto, ponerle fin si lo estiman conveniente. Sin embargo, el objeto de la disputa sometida a arbitraje y el objeto del procedimiento de anulación son distintos. Este último no solo requiere la concurrencia de las causas de anulación sino también la

existencia de un legítimo interés en la disputa. Aun después del laudo y durante la anulación, la disputa subyacente subsiste si una parte se opone a la ejecución y busca anular el laudo. Si la controversia desaparece porque las partes alcanzan un acuerdo, desaparece asimismo el interés legítimo en continuar el procedimiento de anulación en ausencia de intereses públicos o de terceros que trasciendan la naturaleza jurídico–privada de la disputa. La decisión del TSJM de ignorar el desistimiento infringe la tutela judicial efectiva garantizada por la Constitución por ser una decisión arbitraria que, sin norma prohibitiva o interés de tercero que lo justifique, niega el principio dispositivo y de justicia rogada del proceso civil.

El vigor de la sentencia 46/2020 del TC no solo se manifiesta en su ratificación por la sentencia 55/2021, sino también por la corrección de rumbo en el TSJM, que toma buena nota de la jurisprudencia constitucional sobre el desistimiento y no tiene empacho para defender con toda lógica su extensión a otros actos de disposición sobre el proceso como el allanamiento. Así, al menos en dos sentencias recientes (4), el TSJM anula sendos laudos en virtud del allanamiento de la demandada con invocación expresa de la sentencia 46/2020 del TC.

III. ALGUNOS MATICES INTERESANTES

La clara coincidencia del supuesto de desistimiento y la económica remisión a su sentencia 46/2020 no impiden al TC introducir leves matices que refuerzan una interpretación del procedimiento de anulación de laudo de una forma respetuosa con la voluntad de arbitrar de las partes y su control sobre su disputa privada. En este sentido, recogiendo las manifestaciones del voto particular del presidente del TSJM, el TC aclara que el análisis sobre el desistimiento debe preceder el análisis sobre las causas de anulación, incluida las de orden público invocadas de oficio en virtud del art. 41.2º LA/2003. Esta precisión parece confirmar que el interés general o de terceros considerado para examinar la validez de la disposición sobre el proceso de anulación, siendo el análisis previo, no coincide necesariamente con la consideración de los intereses públicos inherentes al orden público invocado para apoyar la anulación, cuyo análisis es en su caso posterior. El TSJM debe únicamente valorar si la situación previa al procedimiento, como si no se hubiese solicitado la anulación del laudo, crea una situación contraria al interés público o de terceros.

Por mucho que el laudo tenga efecto de cosa juzgada entre las partes, su eficacia se restringe a dichas partes y no crea ningún precedente para los poderes públicos o los terceros interesados

Asumiendo igualmente la tesis del voto particular, el TC confirma que no existe un fraude para evitar la aplicación de normas imperativas de orden público. La existencia de un laudo arbitral que no hubiera aplicado el Derecho de la competencia europeo o lo hubiera aplicado incorrectamente no habría atentado contra ningún interés público o de terceros. Por mucho que el laudo tenga efecto de cosa juzgada entre las partes, su eficacia se restringe a dichas partes y no crea ningún precedente

para los poderes públicos o los terceros interesados. El laudo no impide a las autoridades de competencia nacionales o europeas, de oficio o a instancia de un competidor, incoar un expediente sancionador a las partes si estima que han alcanzado acuerdos colusorios en infracción de la normativa de competencia, así como promover la nulidad de dichos acuerdos y la remoción de sus efectos perjudiciales. El laudo tampoco impide a cualquier tercero reclamar jurisdiccionalmente, o incluso en otro arbitraje, cualquier daño que hayan sufrido por la eventual conducta anticompetitiva de las partes. Esta argumentación es especialmente relevante porque ilustra el patente error de alguna doctrina, e incluso algunos abogados generales, que invocan el principio de eficacia del Derecho de la Unión Europea para privar a las partes de la naturaleza final esencial del arbitraje y obviar el carácter limitado de la revisión jurisdiccional en anulación. Tal como recordó ya la sentencia 46/2020, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea no ha atendido hasta la fecha dichas alarmantes peticiones y, por el contrario, ha reconocido que la eficacia del procedimiento arbitral justifica 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 (5).

IV. CON LA MIEL EN LA BOCA

A pesar de comprender la correcta y medida intervención del TC, el caso planteaba otras diversas cuestiones sobre las que, quizá por nuestra confianza en su sentido jurídico y común, esperábamos expectantes pronunciamientos adicionales entorno al papel del orden público en la anulación de laudos.

Una primera cuestión era la constitucionalidad de la decisión del TSJM de convertir de oficio una alegación estricta de infracción del orden público por el laudo en una infracción del orden público por motivación arbitraria del laudo al no aplicar la norma imperativa considerada como orden público. La reinterpretación de oficio de la causa de anulación por el TSJM genera complicaciones innecesarias. Por una parte, tal como indicó el TC en su sentencia 17/2021 (6), la motivación del laudo no es un requisito constitucional exigido por el art. 24.1º CE, sino un mero requisito legal establecido en el art. 37.4º LA/2003 para los arbitrajes con sede en España. Tampoco puede el TSJM utilizar la motivación arbitraria para ensanchar o desbordar el orden público y desnaturalizar el carácter final del arbitraje mediante la sustitución del árbitro en su labor de aplicación del derecho por la mera discrepancia con los motivos recogidos en el laudo. Asimismo, tras la sentencia 17/2021, caben serias dudas de que el TSJM pueda seguir invocando de oficio infracciones de orden público procesal si la parte afectada no ha invocado previamente su indefensión por el mismo motivo porque, como recuerda la propia sentencia 55/2021, la tutela judicial efectiva y la justicia rogada imponen a las partes una carga procesal y diligencia en su defensa. Las excepciones a esta regla serían supuestos muy limitados, como el caso de normas de orden público que buscan expresamente una protección procesal reforzada (7). En todo caso, no parece que fuera una cuestión de *iura novit curia* como pretendía la franquiciadora ya que la normativa de competencia había sido objeto de discusión tanto ante el árbitro como ante el TSJM. En opinión del fiscal, el error del TSJM al remodelar la alegada infracción del orden público no suponía una motivación arbitraria inconstitucional del TSJM porque no desvirtuaba el hecho de fundamentarse básicamente en la incorrecta aplicación de la normativa imperativa de competencia. Sin embargo, parece aventurado

adivinar si el TC hubiera admitido o rechazado que dicha reconfiguración de la causa de anulación afectaba la capacidad de la franquiciadora para defenderse plenamente frente a la variación de argumentos introducida por el TSJM.

Otra cuestión relevante hubiera sido la constitucionalidad de una eventual decisión incorrecta del TSJM sobre la aplicabilidad al caso de la norma imperativa de orden público. Dicha eventualidad no es descabellada porque el TSJM parece defender la aplicación de la normativa española y europea de competencia al caso únicamente en el hecho de que las partes habían pactado la ley española como la ley aplicable a la franquicia a pesar de referirse a las franquicias en Argentina y Uruguay. Esa aplicación en virtud de la elección de ley por las partes no parece correcta. Por ejemplo, si dos partes españolas pactan la construcción de una fábrica en Wisconsin, en los Estados Unidos, y pactan la ley española como Derecho aplicable, dicho pacto no implica que la construcción se realizará conforme a las normas de construcción y planes de urbanismo españoles sino los propios de su localización, en Wisconsin. Por el mismo motivo, ante la falta de acreditación de ninguna afectación del mercado europeo, parece lógico pensar que la normativa europea de competencia no se aplica a unas franquicias en Argentina y Uruguay por mucho que las partes hayan pactado la aplicación del Derecho español. Si se apreciara dicho error del TSJM en la aplicabilidad del Derecho de competencia que justifica la anulación por orden público, podemos intuir que el fiscal consideraría dicho error un simple error de la aplicación del Derecho por el TSJM pero no una arbitrariedad con relevancia constitucional. En este supuesto, al igual que lo decidido en el caso *Goitia* en Suiza (8), sería relevante si las partes tuvieron la oportunidad de hacer alegaciones sobre la aplicabilidad de la norma. En este caso, habiendo discutido las partes la aplicabilidad del Derecho de competencia tanto en el arbitraje como ante el TSJM, incluso de apreciarse el error en la aplicación de Derecho sería debatible que fuera una decisión judicial arbitraria porque explicaba los motivos para la aplicación de dicho Derecho.

Una tercera cuestión suscitada por la sentencia del TSJM era si en los casos de una supuesta infracción del orden público el TSJM la interdicción de revisión del fondo resulta atenuada o admite excepciones, incluso respecto a la valoración de la prueba. Incluso en Francia, donde una jurisprudencia consolidada limitaba el control en anulación a una violación manifiesta, efectiva y concreta del orden público, la jurisprudencia más reciente ha admitido excepciones en materias penales de fraude, blanqueamiento de capitales o corrupción. Aunque ya en la anterior sentencia 17/2021 el TC establecía que el orden público no puede utilizarse de cajón de sastre y servir de excusa al TSJM para suplir al árbitro en la valoración de los hechos o la aplicación del Derecho, dicha afirmación se realizaba respecto a la arbitrariedad contraria al orden público procesal en una actuación jurisdiccional invasiva respecto a la motivación y la valoración de la prueba. En el caso de una infracción estricta del orden público material, sigo creyendo que el TC seguiría abogando por respetar las esencias de la revisión limitada del laudo en anulación, sin crear excepciones generales para el orden público y valorando las circunstancias específicas de los casos para discernir entre actitudes intrusivas y legítimas defensas del interés público. En cualquier caso, en lo que respecta al orden público, siempre será difícil reducir los principios a meras generalizaciones o simplificaciones. Más allá de los casos de infracción flagrante o patente, debemos confiar en que las recientes directrices del TC sirvan al TSJM para abordar su labor revisora de forma comedida y respetuosa con

la naturaleza del arbitraje.

No todo el Derecho europeo es orden público; el Derecho de la competencia, a pesar de ser parte del orden público, no exige las garantías procesales reforzadas de la normativa europea de consumidores

Por último, la claridad y contundencia del TC en sus recientes sentencias sobre arbitraje y, en particular, sobre el orden público como causa de anulación, debería acabar con la invocación rutinaria de normas genéricas o principios generales del Derecho como excusa para pretender la anulación de un laudo por infracción del orden público. Como demuestra la sentencia del TSJM en este caso, hasta la fecha no ha sido infrecuente el recurso a la mención intercambiable de diferentes cuerpos de normas imperativas y principios generales del Derecho, en *un totum revolutum*, atribuyéndoles a todos los mismos efectos a pesar de su especificidad. Aun a riesgo de simplificar, no todo el Derecho europeo es orden público; el Derecho de la competencia, a pesar de ser parte del orden público, no exige las garantías procesales reforzadas de la normativa europea de consumidores; no toda legislación de protección del desequilibrio entre contratantes es de orden público y con régimen equiparable a la normativa de consumidores; el orden público económico no existe fuera del orden público material reconocido en alguna norma imperativa específica con trascendencia en la regulación de una actividad económica concreta; el principio de buena fe contractual, el *pacta sunt servanda* o el principio de legalidad no deberían ser la base de una infracción del orden público salvo en casos excéntricos de su pura negación. En pocas palabras, la jurisprudencia reciente del TC nos da la esperanza de que, cuando se aleguen ciertas normas imperativas o principios, pudiendo las partes pronunciarse sobre los mismos y los árbitros valorar su aplicación, no cabrá utilizar subterfugios para remplazar la labor adjudicadora de los árbitros, frustrando así la finalidad buscada por las partes al optar por el arbitraje.

V. CUANDO UN AMIGO VUELVE

Dicen que algo se muere en el alma cuando un amigo se va. Sin embargo, cuando se recupera a un amigo, la ilusión del rencuentro genera energías renovadas para el largo camino por delante. La jurisdicción siempre ha sido una amiga del arbitraje en la España reciente y, con la inestimable ayuda de nuestro TC, podremos rememorar esa labor compartida para ofrecer a las empresas diversas opciones para gestionar mejor sus conflictos y acoger en nuestro país a la comunidad arbitral internacional.

- (1) Art. 101.3º TFUE y el Reglamento 330/2010 de la Comisión relativo a su aplicación a acuerdos verticales. [Ver Texto](#)
- (2) ECLI:ES:TSJM:2018:12822. [Ver Texto](#)
- (3) ECLI:ES:TSJM:2019:158ª. [Ver Texto](#)
- (4) SS TSJM 15 diciembre 2020 (ECLI:ES:TSJM:2020:14629) y 19 enero 2021 (ECLI:ES:TSJM:2021:141). [Ver Texto](#)
- (5) STJCE 1 junio 1999 (ECLI:EU:C:1999:269). [Ver Texto](#)
- (6) STC 15 febrero 2021 (ECLI:ES:TC:2021:17). [Ver Texto](#)
- (7) Por ejemplo, la aplicación de la normativa europea de protección al consumidor que excluye expresamente la cláusula arbitral con limitadas excepciones y que, por motivo de dicha especial protección que busca que el consumidor ni siquiera tenga que sufrir el inconveniente de anular o oponerse a la ejecución de un laudo, justifica una aplicación de oficio de una garantía procesal a pesar de la inactividad del consumidor, tal como se desprende las sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 26 de octubre de 2006 en el asunto Mostaza Claro (ECLI:EU:C:2006:675) y de 6 de octubre de 2009 en el caso *Asturcom* (ECLI:EU:C:2009:615). [Ver Texto](#)
- (8) Sentencia del Tribunal Federal suizo de 9 de febrero de 2009 (4A 400/2008) en un caso de *iura novit curia* en que la norma aplicada sin preaviso por el tribunal arbitral no era aplicable al caso y, por tanto, las partes no habían podido razonablemente prever la necesidad de hacer alegaciones sobre su aplicabilidad. [Ver Texto](#)

El principio de voluntariedad como límite de la acción de nulidad a propósito de recientes decisiones del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña

The principle of voluntariness as a limit to the action for annulment in relation to recent decisions of the High Court of Justice of Catalonia

El orden público opera como límite a la autonomía de la voluntad en garantía de los derechos y libertades fundamentales, en especial el derecho al juicio justo (art. 24 CE) y la proscripción de la arbitrariedad patente (art. 9.3º CE), pero a su vez la autonomía de la voluntad es la esencia y fundamento de la institución arbitral, que conlleva la exclusión de la vía judicial en cuanto al enjuiciamiento de la controversia sometida a arbitraje, con base al principio de voluntariedad.

Tras la estela de la Sentencia del Tribunal Constitucional 46/2020 de 15 de junio, la más reciente jurisprudencia ha venido a destacar la relevancia que tiene en el arbitraje el principio de voluntariedad, como garante de la autonomía de la voluntad vinculada con la libertad en tanto que valor superior del Ordenamiento jurídico. De forma que el convenio arbitral conlleva la mínima intervención de los órganos jurisdiccionales en cuanto al fondo de la *litis*, cuya cognición y enjuiciamiento queda así vedada a la Jurisdicción, por expresa voluntad de las partes.

Arbitraje, Acción de anulación, Convenio arbitral, Orden público, Limitación a la autonomía de la voluntad.

Public order operates as a limit to the autonomy of will in guarantee of fundamental rights and freedoms, especially in the right to a fair trial (art. 24 CE) and the proscription of patent arbitrariness (art. 9.3 CE), but in turn, the autonomy of will is the essence and foundation of the arbitration institution, which entails the exclusion of the judicial route in terms of the trial of the dispute submitted to arbitration, based on the principle of voluntariness.

In the wake of Judgement of Constitutional Court 46/2020 of 15 June, the most recent case law has highlighted the relevance of the principle of voluntariness in arbitration, as a guarantor of the autonomy of will linked to freedom as a higher value of the legal system. Thus, the arbitration agreement entails the minimum intervention of the jurisdictional bodies with regard to the merits of the dispute, the cognition and judgement of which is thus excluded from the Jurisdiction, by the express will of the parties.

Arbitration, Action for annulment, Arbitration agreement, Public policy, Limitation to party autonomy.



Frederic Munné Catarina

Abogado, doctor en Derecho

Las SSTSJ Catalunya 29/2020 y 36/2020, de 13 octubre 2020 y de 4 noviembre 2020 respectivamente, ponen de manifiesto que

«el principio de voluntariedad es pues básico, si bien una vez sometidas las partes a este sistema, el laudo dictado es vinculante para ellas, sin que los tribunales puedan revisar el juicio sobre la cuestión de fondo del árbitro».

Es la voluntad de las partes, válidamente expresada, lo que excluye la intervención de los jueces en cuanto al fondo de las controversias sometidas a arbitraje, sin perjuicio de que los efectos de cosa juzgada del laudo escapen a esa autonomía de la voluntad, y son a su vez el fundamento de la necesaria adecuación del procedimiento arbitral a los principios procesales de igualdad, audiencia y contradicción, al derecho de defensa y al derecho a la prueba, y de la interdicción de la arbitrariedad en el enjuiciamiento del caso. Por todo ello, ambas sentencias añaden que

«... Por tal razón la vigente Ley de arbitraje expresa en su art. 43, ahora ya con toda claridad tras la reforma introducida por la Ley 11/2011, de 20 de mayo, que "el laudo produce efectos de cosa juzgada" y que solo cabe contra él ejercitar la acción de nulidad, aparte de una eventual revisión en los términos previstos en la LEC para las sentencias firmes. En atención a la naturaleza propia del arbitraje, dicha acción necesariamente debe limitarse a los supuestos de contravención grave del propio contrato de arbitraje o de las garantías esenciales del procedimiento sancionadas en el art. 24 LA, sin que pueda extenderse a supuestos de infracción del derecho material aplicable al caso».

A lo que cabe añadir: sin que tampoco pueda extenderse a la valoración de la prueba.

En este sentido, la segunda de las mencionadas sentencias del TSJC nos recuerda que el derecho a la prueba, y la doctrina constitucional sobre el mismo, es aplicable al procedimiento arbitral destacando que *«no debe olvidarse que el derecho a valerse de las pruebas pertinentes (art. 24.3º CE) no tiene carácter absoluto»*, por lo que no conlleva ningún derecho a la práctica de toda la prueba solicitada, sino tan sólo la que el árbitro estime útil y pertinente o vinculada al *thema decidendi*, ni un derecho a la valoración individualizada de cada una de las pruebas practicadas porque compete al árbitro decidir sobre su valoración (art. 25.2º LA) y porque cabe una valoración conjunta, siempre que en el laudo se expliciten los fundamentos en los que se sustenta la esencia de la *ratio decidendi* arbitral a partir de la prueba practicada.

Del mismo modo, el TSJC considera que el árbitro debe tener en cuenta las reglas de la carga de la prueba, si bien en un arbitraje de equidad *«las reglas jurídicas —entre ellas las presunciones legales de culpa— no operan de igual manera que en el arbitraje del derecho»*, a la vez que estiman, trayendo a colación la STSJ Galicia de 2 de mayo de 2012 que

"tampoco podemos desconocer que no pueda tener el mismo alcance (la motivación) en el arbitraje de equidad que en el derecho. Mientras el primero exige exponer unas razones conforme a máximas de experiencia, reglas lógicas, conocimientos científicos, así como los usos, los criterios éticos y de convivencia generalmente aceptados en cada sector de las relaciones sociales, el segundo impone,

además, una resolución fundada en Derecho, con sujeción al ordenamiento jurídico, porque así lo han querido las partes en el convenio arbitral, de modo que en el decir de la exposición de motivos de la Ley de arbitraje, el árbitro ha de decidir" sobre la base de los mismos criterios jurídicos que si hubiese de resolver un tribunal».

A pesar de los matices entre un arbitraje de derecho y uno de equidad, el fundamento último de la institución arbitral es idéntico: el principio de voluntariedad, que a su vez es fundamento hermenéutico del alcance de la acción de anulación del laudo arbitral.

Como señala en otra Sentencia el TSJC (Sentencia 32/2020, de 20 octubre 2020)

«... tanto la interpretación de las cláusulas de los contratos como la valoración de los hechos en los que las partes basen sus pretensiones, la apreciación de las pruebas practicadas, la aplicación del derecho material atinente al caso, corresponde a los árbitros y su criterio deberá ser mantenido si no rebasa elementales criterios de racionalidad y lógica o atente contra principios básicos o fundamentales del ordenamiento jurídico ».

Y ello tanto en un sentido material, cuando la decisión arbitral infrinja los valores fundamentales para la sociedad en un concreto contexto histórico, sociopolítico, económico y cultural, garantizados mediante la proscripción de la «arbitrariedad patente» referida en el art. 9.3º CE; como en un sentido procesal, cuando el procedimiento arbitral vulnera los principios de contradicción, defensa e igualdad de oportunidades entre las partes litigantes (art. 24 LA en relación al art. 24 CE).

El laudo arbitral, sea dictado en derecho o en equidad, no puede contravenir las normas imperativas que forman parte del orden público, mientras que la mera infracción o inaplicación en el laudo de una norma jurídica aplicable, aunque sea imperativa o prohibitiva, no es susceptible del control jurisdiccional, como no lo es una determinada hermenéutica desacertada de las cláusulas contractuales o un eventual error en la valoración de la prueba, puesto que el principio de voluntariedad impide a los tribunales revisar el juicio sobre la cuestión de fondo del árbitro, por más que se pueda discrepar de concreta la solución dada al conflicto. Tan sólo cabe la restringida protección que ofrece la acción de nulidad del laudo arbitral, en la que no cabe examinar la controversia sometida a arbitraje ni sustituir la decisión del árbitro. Los motivos de nulidad del art. 41 LA son una lista cerrada no susceptible de ampliación ni de una interpretación extensiva, puesto que la acción de nulidad tiene por objeto dejar sin efecto lo que pueda constituir un exceso del laudo arbitral por las tasadas causas del art. 41 LA, *«pero no corregir sus deficiencias u omisiones»* (SSTS 17/3/1988, 28 noviembre 1988 y 7 junio 1990, entre otras).

Por ello, la STSJ Catalunya 29/2020, de 13 octubre 2020, nos recuerda que *«no cabe confundir el orden público (añadimos tanto en su vertiente material como procesal) con las normas imperativas (añadimos de índole material o procesal)»*, de modo que *«... es cierto que el orden público se manifiesta habitualmente en forma de normas de derecho imperativo, pero no toda ley imperativa forma parte del orden público. Nuestro ordenamiento configura ambos conceptos como límites a la autonomía privada, pero distingue expresamente entre orden público (arts. 1.3º, 6.2º, 12.3º, 594 y 1255 Cc) y normas imperativas o prohibitivas (arts. 6.3º y 12.4º Cc)»*. Así, a modo de ejemplo, el TSJC admite que *«en el*

ámbito de la contratación civil puedan considerarse como configuradoras del orden público las reglas que determinan los elementos esenciales del contrato y la nulidad del contrato sin causa o con causa ilícita (arts. 1261 y 1275 CC)», mientras que excluye la contravención del orden público en el laudo enjuiciado por reducir una cláusula penal de 400.000 € a 25.000, con base en la necesidad de hacer una interpretación flexible de la cuestión sometida a arbitraje porque la función de la demanda y la contestación es ilustrar al árbitro sobre el objeto de la controversia, sin perjuicio de alegaciones posteriores (art. 29 LA) y porque no entran juego en el procedimiento arbitral las reglas propias de los procesos judiciales (Exposición de Motivos LA), por lo que centrándose la controversia del caso allí enjuiciado «en la determinación de la pertinencia y exigibilidad de la pena convencional prevista en el contrato» el laudo puede acordar una moderación equitativa de la cláusula penal reclamada en el arbitraje y prevista en el contrato de compraventa inmobiliaria aunque nadie haya alegado de forma expresa esa reducción, porque el árbitro lo hace en aplicación de la facultad moderadora de la pena convencional prevista en el art. 1154 Cc «... cuando la obligación principal hubiera sido en parte o irregularmente cumplida por el deudor», que el árbitro entiende aplicable al supuesto sometido a su decisión. Con ello, razona el TSJ Catalunya que «el laudo no ignoró ningún principio básico configurador de la contratación civil (...) sino todo lo contrario».

El orden público debe ceñirse a aquello que no afecte ni altere los aspectos fácticos o jurídicos del enjuiciamiento de la controversia sometida a arbitraje

Resulta por tanto evidente que no hay acción directa contra lo resuelto por los árbitros en cuanto al fondo de la controversia y que como expone la STSJ 36/2020, de 4 de noviembre de 2020, «la nulidad del laudo arbitral se funda en motivos tasados —al modo de lo previsto en el art. 510 LEC para la revisión de sentencias judiciales firmes—, los cuales, en consonancia con la naturaleza y finalidad del arbitraje, se limitan a contemplar supuestos graves (por vicios *in procedendo* pero no *in iudicando*) sin abarcar de modo alguno, por tanto, ni la infracción del derecho material aplicable al caso ni el acierto o desacierto al resolver la cuestión arbitral» o la valoración probatoria. En su caso, de forma indirecta cabrá instar el juicio declarativo que corresponda, si puede acreditarse que el árbitro cometió un error patente al valorar los hechos o al aplicar el derecho, que ello guarda una relación causal con unos concretos daños o perjuicios, y la causación de tales daños o perjuicios, a través de la correspondiente acción de responsabilidad frente al árbitro, o la solidaria de la institución que administra el arbitraje como responsabilidad *in contrahendo* (arts. 1.101 Cc y 21 LA), pero en ningún caso cabe una impugnación directa contra lo resuelto en el laudo, porque el arbitraje conlleva, como fundamento de la institución arbitral, que las partes —todas las partes— hayan convenido la exclusión de la vía judicial para decidir sobre el fondo de la controversia sometida a arbitraje.

En definitiva, el principio de voluntariedad inspira la recta interpretación del orden público como causa de impugnación del laudo arbitral que, junto con la hermenéutica restrictiva y la condición de *numerus clausus* de las causas de anulación contempladas en el art. 41 LA, implica que el carácter

necesariamente voluntario de la sumisión a arbitraje de las partes, tanto si la misma es expresa como si es tácita (art. 9.5º LA), conlleva que el orden público debe ceñirse a aquello que no afecte ni altere los aspectos fácticos o jurídicos del enjuiciamiento de la controversia sometida a arbitraje, resuelto en el laudo con efecto de cosa juzgada (art. 43 LA). El fondo del asunto no puede ser re-enjuiciado en la acción de anulación en ningún caso. Tampoco bajo el pretexto del «cajón de sastre» del orden público, puesto que en realidad no es un «cajón de sastre» omnicomprensivo, sino tan sólo una cláusula de cierre del Ordenamiento para evitar que un laudo arbitral vulnere derechos fundamentales, del ordenamiento interno del estado en el que se haya de ejecutar dicho laudo, en su vertiente formal.

Principio de igualdad y deber de revelación de los árbitros: Nuevas contribuciones de la *Chambre Commerciale Internationale à la Cour d'Appel de Paris*

Principle of equality and arbitrators duty of disclosure: New contributions from the International Trade Chamber of the Paris Court of Appeal

Apenas ha comenzado el año 2021 cuando ya se perfila como un año de novedades en temas tan apasionantes como el principio de igualdad de las partes en la constitución del tribunal arbitral y la obligación de divulgación aplicable a los árbitros. En efecto, por cinco decisiones dictadas entre finales de diciembre de 2020 y mediados de febrero de 2021, el Tribunal de Apelación de París se ha pronunciado sobre el deber de información del árbitro reiterando, a veces, soluciones clásicas o adoptando, en el caso de la Sala de Comercio Internacional del Tribunal de Apelación de París (CCIP-CA), soluciones más innovadoras.

Tribunal de Apelación de París, Sala de Comercio Internacional del Tribunal de Apelación de París (CCIP-CA), Deber de divulgación, Principio de igualdad, Constitución del tribunal arbitral, CCI, Excepción de notoriedad, Imparcialidad, Independencia, Información disponible públicamente

Although the year 2021 has just begun, it is already shaping up to be promising as it offered exciting developments on issues such as the principle of equality of the parties in the constitution of the arbitral tribunal and the arbitrator's duty of disclosure. By five decisions rendered between the end of December 2020 and mid-February 2021, the Paris Court of Appeal ruled on the arbitrator's duty of to disclose by reiterating classic solutions or in the case of the International Commercial Chamber of the Paris Court of Appeal (CCIP-CA), by adopting more innovative solutions.

Paris Court of Appeals, International Trade Chamber of the Paris Court of Appeal (CCIP-CA), Duty to disclose, Principle of equality, Constitution of the arbitral tribunal, ICC, notoriety exception, Impartiality, Independence, Publicly available information.



Anaëlle Idjeri

Member of the Lyon Bar, Soulier Avocats

I. EL PRINCIPIO DE IGUALDAD DE LAS PARTES EN LA CONSTITUCIÓN DEL TRIBUNAL

En el caso *Vidatel* (1), la empresa del mismo nombre, demandante en el recurso de anulación,

sostenía que la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI había vulnerado la cláusula arbitral pactada con sus asociados al nombrar de oficio a los cinco árbitros. Además, alegó una violación del principio de competencia–competencia. Por otro lado, uno de los demandados, PT Ventures, consideraba que el cumplimiento de los términos de la cláusula de arbitraje habría supuesto una vulneración de la igualdad en la medida en que la demandante —que se oponía a sus tres asociados— se habría encontrado en una situación de desigualdad, frente a ellos.

Con pragmatismo, la CCIP-CA decide que la aplicación del principio de igualdad en la constitución del tribunal arbitral ha de contemplarse necesariamente de manera diferente en el momento de la negociación de la cláusula arbitral y en el de su implementación.

En particular, considera que la cláusula no era capaz de garantizar procedimientos de nombramiento compatibles con el principio de igualdad, al que se puede renunciar después de que haya surgido el conflicto. De este modo, la CCIP–CA sigue la jurisprudencia *Dutco* (2) que estableció este principio en el Derecho francés.

Así, cuando se presenta un litigio y que el demandante se opone a los demandados que tienen intereses convergentes, parece necesario derogar a la cláusula arbitral en aplicación del dicho principio de igualdad.

Además, la CCIP–CA observa que, en el presente caso, la CCI había propuesto a las partes, sin conseguirlo, encontrar un acuerdo en cuanto a la constitución del tribunal arbitral. En estas circunstancias, la CCI consideró que podía intervenir legítimamente en la constitución del tribunal.

Aunque cuestionable, esta interpretación parece acomodarse al espíritu del nuevo art. 12.9º Reglamento Revisado de la ICC según el cual:

«Sin perjuicio de cualquier acuerdo alcanzado por las partes sobre la forma de constitución del tribunal arbitral, la Corte podrá, en circunstancias excepcionales, nombrar a cada uno de los miembros del tribunal arbitral para evitar un riesgo significativo de trato injusto e inequitativo que pueda afectar a la validez del laudo».

Por último, el demandante argumentó que la CCI había violado el principio de competencia–competencia al interpretar la cláusula de arbitraje. Pero de nuevo, la CCIP–CA rechazó este argumento, sosteniendo que se trataba de una dificultad relativa a la constitución del tribunal arbitral, marco en el que la ICC está autorizada a actuar.

II. LOS LÍMITES DEL DEBER DE REVELACIÓN DE LOS ÁRBITROS

Debe retenerse que el art. 1456 del Código de Procedimiento Civil francés impone a los árbitros una obligación de información continua que no cesa con su designación. En particular, los árbitros deben revelar cualquier elemento que pueda poner en duda su imparcialidad y/o independencia a lo largo del arbitraje.

Como se ha mencionado anteriormente, el Tribunal de Apelación de París se ha pronunciado en cinco casos sobre la obligación de divulgación impuesta a los árbitros.

Clásicamente, por las decisiones *HOP!* (3), *Soletanche* (4) y *CWT* (5), el Tribunal de Apelación de París adoptó un enfoque tradicional sosteniendo que «*el árbitro debe revelar a las partes cualquier circunstancia que pueda afectar a su juicio y hacer que las partes tengan una duda razonable sobre su imparcialidad e independencia, que son la esencia misma de la función arbitral*».

También recordó que «*dado que el vínculo de confianza entre el árbitro y las partes debe preservarse continuamente, las partes deben ser informadas a lo largo del arbitraje de cualquier relación que pueda, según él, tener un impacto en el juicio del árbitro y que pueda afectar a su independencia*».

De manera más original, la CCIP–CA ha adoptado un enfoque innovador de la obligación de divulgación que, en práctica, puede dar lugar a muchas preguntas.

En la decisión *Vidatel*, la CCIP–CA tuvo que pronunciarse sobre la falta de divulgación de dos árbitros:

Por un lado, se alegó que uno de los árbitros no reveló los vínculos que tenía con el accionista mayoritario de PT Ventures — la empresa OI;

Incumbe a las partes llevar a cabo verdaderas investigaciones y, por lo tanto, no pueden reprochar a un árbitro que no revele hechos que son ampliamente conocidos y fácilmente accesibles

Por otro lado, se alegó que el Presidente del Tribunal Arbitral no reveló que uno de los socios de su bufete de abogados había sido nombrado administrador de una de las filiales del grupo propiedad de OI.

Desde varias decisiones famosas, se acepta en Derecho francés que el árbitro está exento de revelar hechos conocidos en el momento en que acepta su misión, siendo esta exención compensada por el deber de curiosidad que pesa sobre las partes en el momento de su designación. Incumbe a las partes llevar a cabo verdaderas investigaciones y, por lo tanto, no pueden reprochar a un árbitro que no revele hechos que son ampliamente conocidos y fácilmente accesibles.

Sin embargo, esta limitación deja de aplicarse una vez que el árbitro ha aceptado su misión. Una vez nombrado, el árbitro debe revelar cualquier circunstancia que pueda afectar a su independencia.

A este respecto, la CCIP–CA recuerda la solución clásica ya adoptada en la decisión *Dommo Energia* (6), que se ajusta plenamente a la jurisprudencia *Technimont* (7) al afirmar que:

«*Se entiende por hechos conocidos aquellos que abarcan la información pública fácilmente*

disponible que las partes no podían dejar de consultar antes del inicio del arbitraje, esta dispensa cesa una vez iniciado el procedimiento arbitral».

Una novedad es que la CCIP–CA consideró que la información publicada en la revista especializada «*Global Arbitration Review*» (GAR), ampliamente conocida en el mundo del arbitraje, era fácilmente accesible y conocida.

Al hacerlo, considera que el pago por el acceso a la información no impide que los hechos relatados en ella sean calificados como notorios, ni releva a las partes de su deber de curiosidad.

De manera particularmente interesante, la CCIP–CA también intenta dar a los árbitros herramientas para determinar el alcance de su deber de revelación.

Teniendo en cuenta la vaguedad del art. 1456 del Código de Procedimiento Civil francés (8) en cuanto al alcance del deber de revelación, los jueces sostuvieron que era pertinente remitirse a las recomendaciones establecidas por la CCI y, en particular, a las contenidas en la «*Guidance Note on Conflict Disclosure by Arbitrators*» de 2016 (9), que ofrece ejemplos concretos.

A este respecto, si bien la referencia a las notas elaboradas por la CCI es práctica y pragmática, ya que proporciona herramientas concretas, relativiza la aplicación de esta solución a otros casos en la medida en que estas notas no están destinadas, por principio, a aplicarse a los procedimientos de arbitraje iniciados bajo la égida de otras instituciones o en procedimientos *ad hoc*.

Más concretamente, la CCIP–CA señala que:

«Fuera de estos casos que caracterizan las causas consideradas objetivas, el árbitro está exento de declarar, salvo por tener que revelar circunstancias que, aunque no contempladas en esta lista, pueden ser tales que creen, en la mente de las partes, una duda razonable sobre su independencia, es decir, una duda que puede surgir en una persona colocada en la misma situación y que tenga acceso a la misma información razonablemente accesible.

Para ser caracterizada, esta duda razonable debe ser el resultado de un potencial conflicto de intereses en la persona del árbitro, que puede ser directo por tratarse de un vínculo con una parte, o indirecto por tratarse de un vínculo de un árbitro con un tercero interesado en el arbitraje. A este respecto, cuando el posible conflicto de intereses es sólo indirecto, la apreciación de la duda razonable dependerá en particular de la intensidad y la proximidad del vínculo entre el árbitro, el tercero interesado y una de las partes en el arbitraje» (párrafos 118 y 119).

Al hacerlo, la CCIP–CA utiliza el criterio de la «duda razonable» creado por la jurisprudencia *Neoelectra* (10), pero lo desvía para utilizarlo no como un criterio que justifique la anulación del laudo, sino como un elemento que justifique la activación de la obligación de divulgación.

En estas circunstancias, los jueces consideraron que la falta de curiosidad de las partes revelaba que «*estas circunstancias no eran tales como para crear, en su mente, como en la de una parte colocada en la misma situación habiendo tenido acceso a la misma información razonablemente accesible, una duda*

razonable sobre la independencia del árbitro» (párrafos 129).

Sólo cabe preguntarse por la oportunidad de esta evolución de la CCIP–CA que equivale, en definitiva, a invertir la carga de la obligación de informar: ya no incumbe a los árbitros revelar información, sino a las partes buscar activamente cualquier información que pueda poner en duda la independencia de los árbitros.

De hecho, la CCIP–CA critica en última instancia a la demandante por no haber notificado estos elementos inmediatamente a la CCI, basándose en los principios de celeridad y equidad procesal. Una solución que no deja de sorprender por lo que entraña de contradictoria, ya que la obligación de revelar los hechos conocidos debe ser plenamente efectiva a partir de la constitución del tribunal arbitral, y los hechos conocidos, pero no revelados deberían haber sido comunicados a la CCI...

Por último, ¿qué ocurre cuando el hecho se revela durante el arbitraje o después de que se haya dictado el laudo?

En el primer caso, las partes pueden, en principio, solicitar la recusación del árbitro.

Sin embargo, cuando la divulgación se produce en una fase demasiado tardía del arbitraje, no cabe sino preguntarse por la eficacia del derecho de recusación en la medida en que las partes pueden dudar en utilizarlo para no retrasar el dictado de un laudo.

A título ilustrativo, en los asuntos *Hop!* y *Soletanche*, el Tribunal de Apelación de París consideró que, en la medida en que las partes habían tenido conocimiento de la existencia del hecho durante el procedimiento y lo habían discutido expresamente y habían renunciado a su derecho a solicitar su recusación, o se habían abstenido de solicitarla, ya no podían formular dicha solicitud en la fase de anulación.

Una vez dictado el laudo, las partes tienen, en principio, la posibilidad de presentar un recurso de anulación.

En este contexto, en la recién decisión *Grenwich Enterprises Ltd.* (11), la CCIP–CA dictaminó que las quejas de la demandante sobre la falta de independencia e imparcialidad del árbitro — que se basaban en hechos ocurridos después del cierre del procedimiento y que sólo se revelaron una vez dictado el laudo arbitral— eran admisibles en el marco del recurso de anulación.

Sin embargo, la CCIP–CA rechazó la petición formulada a este respecto al considerar que:

Por un lado, la falta de independencia debe proceder de un enfoque objetivo *«consistente en la caracterización de factores precisos y verificables, externos al árbitro, susceptibles de afectar a su libertad de juicio, tales como los vínculos personales, profesionales y/o económicos con una de las partes.»* Esto no se ha establecido en este caso;

Por otra parte, en lo que respecta a la imparcialidad, ésta *«presupone la ausencia de prejuicios o sesgos susceptibles de afectar al juicio del árbitro, que pueden resultar de múltiples factores como la*

nacionalidad del árbitro, su entorno social, cultural o jurídico».

También especifica que *«sin embargo, para ser tenidos en cuenta, estos elementos deben crear, en la mente de las partes, una duda razonable sobre la imparcialidad del árbitro, por lo que la evaluación de este defecto debe basarse en un enfoque objetivo».*

Así, *«si tal duda puede derivarse del propio laudo, sigue siendo necesario, puesto que el contenido de la motivación del laudo arbitral escapa al control del juez que debe anularlo, que esta duda se base en elementos concretos relativos a la estructura del laudo o a sus propios términos, que sugieran que la actitud del árbitro fue parcial o que, al menos, pueda dar la impresión de serlo».*

Conviene enfatizar que la cuestión del deber de revelación de los árbitros y la duda razonable resultan cuestiones importantes que seguirán en el epicentro de nuevos y apasionantes desarrollos de futuras decisiones.

.....

- (1) CCIP-CA, 26 enero 2021 —no. 19/10666. *Vid.* el resumen de esta sentencia en la Sección Cronología de decisiones. Ver Texto
- (2) Cass. Com., 7 enero 1992 — no. 89-18.708; 89-18.726. Ver Texto
- (3) CA Paris, 19 enero 2021 — no. 18/04465. Ver Texto
- (4) CA Paris, 15 diciembre 2020 — no. 18/14864. Ver Texto
- (5) CA Paris, 12 enero 2021 — no. 17/07290. Ver Texto
- (6) CCIP-CA, 25 febrero 2020 — no. 19/07575. Ver Texto
- (7) CA Paris, 12 febrero 2009; CA Paris, 12 abril 2016, no. 14/884; Cass. Civ. 1^{ère}, 19 diciembre 2018. Ver Texto
- (8) Según el artículo 1456 párrafo 2 del Código de Procedimiento Civil francés: *«Incumbe al árbitro, antes de*

aceptar su misión, revelar cualquier circunstancia que pueda afectar a su independencia o imparcialidad. También estará obligado a revelar sin demora cualquier circunstancia de este tipo que pueda surgir después de la aceptación de su misión».

Ver Texto

- (9) También recordamos la publicación en enero de 2021 por parte de la CCI de la Nota revisada a las Partes y a los Tribunales Arbitrales sobre la Conducción del Arbitraje (disponible en <https://iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2020/12/icc-note-to-parties-and-arbitral-tribunals-on-the-conduct-of-arbitration-english-2021.pdf>).

Ver Texto

- (10) Cass. Civ., 1^{ère}, 10 octubre 2012 — no. 11-20.299.

Ver Texto

- (11) CCIP-CA, 16 febrero 2021 — no. 18/16695. *Vid.* el resumen de esta sentencia en la Sección Cronología de decisiones.

Ver Texto

SENTENCIAS SELECCIONADAS



Cláusulas ADR en códigos de conducta

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 13 de octubre de 2020

ADR clauses in codes of conduct

El Tribunal Superior de Justicia de Cataluña desestima una acción de anulación de laudo arbitral por haberse ajustado la designación del árbitro al procedimiento de resolución de conflictos previsto en el código de conducta al que las dos partes se habían adherido libremente, pese a que el contrato que regía sus relaciones preveía otro mecanismo arbitral. De igual modo, el Tribunal valida el procedimiento de contradicción seguido por la asociación a la cual pertenecían las partes, y recuerda que no es necesaria una reglamentación rigurosa y compleja, sino basta con que sea respetuosa con las garantías y derechos fundamentales.

Arbitraje, Anulación, Código de conducta, Código ético, Procedimiento arbitral, Principio de contradicción, Principio de igualdad, Mediación, Cláusulas híbridas, Cláusulas Med-Arb.

The Tribunal Superior de Justicia of Catalonia dismissed an action for annulment of an arbitration award on the grounds that the appointment of the arbitrator had been made in accordance with the dispute resolution procedure provided for in the code of conduct to which the two parties had freely adhered, despite the fact that the contract governing their relations provided for another arbitration mechanism. In addition, the Court validated the dispute procedure followed by the association to which the parties belonged, and recalled that it is not necessary to have rigorous and complex regulations, but that it is sufficient that they respect fundamental rights and guarantees.

Arbitration, Annulment, Code of conduct, Code of ethics, Arbitration procedure, Adversarial principle, Principle of equality, Mediation, Hybrid clauses, Med-Arb clauses.



Belén Alandete Sánchez

Asociada Senior del área de Derecho Procesal de Broseta

I. INTRODUCCIÓN

El Tribunal Superior de Justicia de Cataluña nº 19/2019, de 13 de octubre de 2020 aborda un interesante supuesto de cláusula escalonada de resolución de conflictos, establecida en un código de conducta al que las partes se adhirieron en el seno de un sistema de contratación múltiple (*Multiple Listing Service*, o MLS) del ámbito inmobiliario.

Varios son los interrogantes que esta resolución suscita en relación con un sistema privado de autorregulación en el que un grupo de intereses convergen con tal de compartir sinergias dotándose de unas normas de carácter sustantivo y procesal para regir sus conductas. En el caso enjuiciado este sistema se concreta en el denominado *Multiple Listing Service*, por el cual unas empresas inmobiliarias se agrupan con el fin de compartir sus carteras inmobiliarias, ampliando así la oferta para sus clientes. En caso de que finalmente se cierre la operación, se reparten los honorarios al 50% entre el agente que aporta el inmueble, y el agente que ha cerrado el negocio con el cliente.

Este tipo de sistemas autorregulatorios suele dotarse de un código de conducta o código de ético, que tiene una naturaleza eminentemente privada y contractual, que resulta vinculante para las partes una vez han decidido adherirse al mismo. Así lo constata el TSJ de Cataluña, cuando afirma que la adhesión "*se inscribe dentro del principio de autonomía de la voluntad y resulta vinculante a todos los asociados*". La sentencia, pese a que no entra en su análisis, plantea el posible interrogante que puede surgir cuando dos empresas integrantes de una asociación o agrupación, en este caso un MLS, en el que se prevé un método de resolución de conflictos, a su vez tienen suscrito un contrato entre ellas en el que se prevé su propio método de resolución de conflictos, el cual no tiene por qué ser coincidente con el previsto por la asociación. Así, ¿cómo se debe proceder ante una concurrencia de convenios sobre la misma materia que pueden llegar a ser incluso incompatibles? ¿Cuál de ellos debe prevalecer?

Como decimos la sentencia analizada no profundiza en esta cuestión, si bien la resuelve de forma tácita. A mi entender, debería tener preferencia el sistema de resolución de conflictos previsto en el contrato, por el mero principio de especialización. Las partes, para esa concreta relación jurídica han establecido los mecanismos a los que desean acogerse para resolver sus controversias, frente al sistema general previsto para todos los integrantes de la asociación. Por ello, entiendo que una vez ha surgido el conflicto, si la parte que invoca el inicio de un procedimiento de resolución opta por el previsto en el código de conducta, la contraparte podría invocar el carácter preferente de la cláusula

prevista en el contrato.

Ahora bien, qué ocurre si la otra parte no se opone al mecanismo propuesto por el demandante, tal y como ocurre en el caso analizado en la sentencia. En ese caso, entendemos que tácitamente ha admitido someterse al procedimiento previsto en el código ético, sin que luego pueda invocar al final del procedimiento la incorrección del sistema finalmente seguido por las partes. El principio de buena fe y seguridad jurídica impone esta solución, pues, de otra forma se fomentaría un uso indebido y dilatorio de estas cláusulas, o conllevaría el indeseado resultado de dejar al arbitrio de una de las partes el mecanismo a utilizar por el mero hecho de no estar conforme con el resultado finalmente obtenido.

II. EL CASO ENJUICIADO

En el caso enjuiciado por el TSJ de Cataluña, las partes habían suscrito dos convenios arbitrales. El inserto en el propio contrato de colaboración inmobiliaria, que designaba la competencia del Tribunal Arbitral de Barcelona en caso de conflicto para administrar un arbitraje de equidad constituido por un solo árbitro; así como, el aceptado con posterioridad por ambas cuando tiempo después se adhirieron al código ético de la MLS. Y es que ambas formaban parte de dicha asociación lo que implicaba su adhesión al código ético de la misma, en el cual se facultaba al comité ético de la asociación a redirigir los conflictos entre sus agrupados a la mediación o a un arbitraje externo, que debe resolver en equidad en atención a lo alegado por las partes.

En concreto, el art. 18 del citado código ético disponía que el agrupado que tuviera algún conflicto con otro debía intentar de modo preferencia solucionarlo de "forma privada y confidencial". Una vez agotada esa vía, debía remitir a la gerencia del MLS su reclamación "debidamente fundamentada y de forma concreta, estructurada y documentada (si es posible)"; tras lo que aquella daba traslado al demandado para que "alegue por escrito todo lo que considere oportuno y aporte la prueba documental correspondiente" con posibilidad incluso de réplica y dúplica. Esa documentación se remitía con posterioridad al comité de ética o al árbitro externo para que resolviera en un plazo máximo de 7 días hábiles.

Una vez surgió el conflicto entre las partes, sin que la reclamación previa y directa a la contraparte surtiera efecto, la demandante remitió su reclamación a la asociación, en reclamación del 50% de los honorarios correspondientes a su intervención en una compraventa inmobiliaria, a la que se opuso motivadamente el demandado. Por su parte, la MLS remitió a las partes enfrentadas una copia del código ético a fin de garantizar que conocían el procedimiento de resolución de conflictos, y las exhortó a "hablar y arreglar" la controversia de forma amistosa, y además otorgó un plazo de 7 días hábiles al demandado para contestar "lo que considerara oportuno", lo que se tradujo en un escrito de alegaciones formulado por uno de los socios de la demandada. Con ello la Sala considera que las posiciones de cada parte quedaron debidamente fijadas, sin que en ese momento el demandado hubiera hecho objeción alguna al sistema de resolución de conflictos elegido por el demandante.

Dos son las causas de nulidad alegadas por el demandante: la falta de competencia objetiva del árbitro, así como la absoluta falta de reglamentación del procedimiento arbitral.

La cuestión relativa a la falta de competencia objetiva del árbitro el demandante la fundó en el art. 41.1º, apartados b (la parte no ha sido notificada de la designación del árbitro o de las actuaciones arbitrales, o por cualquier razón no ha podido hacer valer sus derechos) y f (vulneración del orden público).

EL TSJ desestima los motivos. De entrada el Tribunal recuerda a la parte que la designación contraria a lo estipulado por las partes en el convenio debe ser denunciado por la vía del art. 42.1º, apartado d, de la LA.

Obrando en autos una comunicación electrónica remitida por el comité de ética, quien, tras haber recibido las alegaciones de cada una de las partes les informó de que había trasladado su controversia a un árbitro externo, identificándolo, la Sala aprecia que no hay tampoco vulneración del orden público al haberse notificado oportunamente la designación del árbitro a ambas partes.

Por lo que respecta a la ausencia de reglamentación del procedimiento arbitral, la demandante la basó en el apartado b del art. 41.1º. LA, con cita en el art. 24 LA argumentando que no había existido un auténtico procedimiento contradictorio, al haberse realizado una mera disputa desestructurada, así como en los arts. 27 y 29, por no haberse notificado la demanda iniciadora del procedimiento arbitral causándole una grave indefensión al no haber sido conocedor de los fundamentos de la pretensión de la adversa.

La Sala tampoco acoge los argumentos esgrimidos por el demandante en este punto, en la medida en que la Ley de Arbitraje autoriza a las partes a convenir libremente el procedimiento conforme estimen oportuno siempre que se respete el principio de igualdad y contradicción. Y en defecto de pacto, es el árbitro quien con sujeción a la Ley dirige el procedimiento "del modo que considere apropiado" (art. 25.1º LA).

En un primer momento, el representante de la asociación trató que las partes se sometieran a una mediación interna o externa, pero ante su negativa, se les comunicó que remitiría las actuaciones al árbitro externo de la asociación, dándoles la posibilidad de ampliar sus alegaciones, junto con una transcripción del texto íntegro del sistema de resolución de conflictos regulado en el código ético. A lo cual ambas partes se avinieron, sin objetar nada respecto del procedimiento, ni tampoco respecto de la designación realizada del árbitro externo.

Todo ello lleva a la Sala a concluir que el procedimiento seguido *"se ajustó por completo a la reglamentación convencional aceptada por las partes y revela un respecto escrupuloso tanto del principio de igualdad como de contradicción, dado que las partes pudieron fijar motivadamente sus respectivas posiciones y apoyarlas en la prueba que tuvieron por conveniente"*.

III. CLÁUSULA ESCALONADA

Como vemos la sentencia acoge un caso de cláusula escalonada o *'multi-tiered clause'*. Es decir, una vez las partes decidieron someterse al mecanismo de resolución de conflictos establecido en el

código ético, estaban compelidos a seguirlo. Y en él se instaba a las partes enfrentadas a intentar, en una primera fase, una mediación, para posteriormente, si ésta no era fructuosa acudir al arbitraje.

La sentencia no aporta mucha información del proceso exacto que los implicados debían seguir, pero sí parece que estamos ante una variante de la clásica cláusula med-arb. Como es sabido en este tipo de cláusulas lo habitual es que el propio mediador ejerza, a su vez de árbitro, si la mediación no surte efecto. Por el contrario, en el presente caso, todo parece indicar que la persona encargada de conducir a las partes a ese eventual acuerdo no fue con posterioridad el árbitro que finalmente conoció del arbitraje.

Para que este tipo de cláusulas híbridas funcionen es absolutamente necesario contar con la buena fe de las partes, las cuales deben tener y mostrar una voluntad real de querer alcanzar un acuerdo

Esta tipología de cláusula med-arb no sólo es posible en nuestro ordenamiento jurídico, sino que muchos autores (1) se muestran incluso partidarios de ellas, dado que eliminan de la ecuación la crítica por antonomasia de este tipo de cláusulas: la supuesta pérdida de imparcialidad y objetividad que debe existir en todo árbitro, al haber tenido conocimiento del conflicto con carácter previo al arbitraje. En efecto, una de las principales críticas que la cláusula med-arb, en su configuración clásica suele recibir, es el riesgo de que el mediador incurra en una parcialidad eventualmente adquirida durante la primera fase que con posterioridad influya en la dirección del procedimiento arbitral o en el propio laudo. Incluso puede ser contraproducente también en la misma fase de la mediación, al poder las partes sentirse coaccionadas a aceptar un acuerdo si aprecian en el mediador algún tipo de sesgo, posicionamiento o empatía en pro de alguna de las partes en conflicto.

Ahora bien, para que este tipo de cláusulas híbridas funcionen es absolutamente necesario contar con la buena fe de las partes, las cuales deben tener y mostrar una voluntad real de querer alcanzar un acuerdo. De lo contrario, no sólo las ventajas de estas cláusulas escalonadas no se logran, sino que se produce el efecto adverso al convertirse en fórmulas meramente dilatorias.

En el caso enjuiciado por el TSJ de Cataluña no parece que existiera esa voluntad seria de las partes de someterse al proceso de mediación establecido preferentemente por el código de conducta. Consta que la gerencia de la asociación las instó a "hablar y arreglar" el conflicto, pero según se desprende de la sentencia ninguna de las partes estuvo dispuesta. En esos casos, lo más conveniente, en efecto, era pasar sin más a la siguiente fase del arbitraje, tal y como procedió la MLS. De otra forma, la mediación se hubiera convertido en mera coacción o imposición, sin que tampoco se hubiera evitado finalmente el arbitraje.

IV. LIBRE REGLAMENTACIÓN DEL PROCEDIMIENTO ARBITRAL

Tal y como apunta Martínez Pallarés (2), el arbitraje siempre se ha caracterizado, como una

alternativa jurisdiccional, por una mayor sencillez, flexibilidad y confidencialidad de sus trámites, así como rapidez en su resolución, y especialización de los árbitros, pero lo cierto es que el arbitraje ha evolucionado de tal forma que, con carácter general, difícilmente se reconoce la institución bajo esas características; ni el proceso arbitral es tan sencillo, flexible o rápido, ni la neutralidad, competencia y especialización de los árbitros está tan claramente determinada.

El arbitraje institucional, sin duda, ha contribuido no solo a dar a conocer esta institución, sino a dotarles en gran medida de seguridad jurídica, al ofrecer a las partes modelos de convenios arbitrales que contribuyen a reducir el riesgo de incurrir en una cláusula patológica, así como al permitirles conocer de antemano el procedimiento arbitral preestablecido que en caso de conflicto se seguiría, en los que los principios de igualdad y contradicción están bien asegurados. Lo que a su vez, sin duda, contribuye a disminuir el riesgo de una ulterior impugnación del laudo.

Ahora bien, en ocasiones, se incurre en una excesiva y rígida reglamentación del procedimiento, que puede conllevar la alteración de algunas de las características intrínsecas del arbitraje ya apuntadas. Máxime cuando la tipología de conflicto existente no requiere de ese profuso conjunto de reglas, dificultando con ello su resolución o postergándola en el tiempo innecesariamente. En este punto, el TSJ de Cataluña recuerda una importante lección que no conviene olvidar: no es necesario, ni apropiado, llevar a cabo una compleja reglamentación del procedimiento arbitral, sino que basta con que el mismo sea escrupulosamente respetuoso con los principios de igualdad y contradicción de las partes, y sea fruto del principio de la autonomía de la voluntad (3) . Solo así se conseguirá dar el impulso necesario al arbitraje, dotando de realidad algunas de sus notas esenciales: flexibilidad, rapidez y sencillez.

BIBLIOGRAFÍA

AUSTIN, A.D., "Real Estate Boards and Multiple Listing Systems as restraints of trade", *Columbia Law Review*, nº 70, 8, 1970, pp. 1325-1364.

FERNÁNDEZ BAÑOS, J., "La indebida utilización de códigos de conducta y su incumplimiento como actos de explotación de la reputación ajena", *LA LEY mercantil*, Nº 42, Sección Competencia y distribución, Doctrina, Diciembre 2017.

FERNÁNDEZ PÉREZ, A., "Cláusulas escalonadas multifunción en el arreglo de controversias comerciales internacionales", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, nº 9 (1), 2017, pp. 99-124.

GÓMEZ JENE, M., "El convenio arbitral: Statu Quo", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, nº 9 (2), 2017, pp. 7-38.

GONZÁLEZ-BUENO, C., "Garantías procesales en el arbitraje de equidad", *LA LEY mercantil*, nº 35, Sección Arbitraje mercantil, abril 2017.

LALAGUNA HOLZWARTH, M., "La aplicación en España de Med-Arb, Arb-Med y variantes como alternativa a los ADR tradicionales" *LA LEY mediación y arbitraje*, nº 4, Sección Doctrina, 2020.

MARTÍNEZ PALLARÉS, J.I., "El arbitraje ha muerto, ¡Viva el arbitraje! Sobre el necesario replanteamiento del arbitraje ordinario desde la perspectiva de los MASC", *Práctica de Tribunales*, nº 149, marzo-abril 2021.

SASTRE IBARRETXE, R., "Perfiles difusos en el marco de la ADR: entre la mediación y la negociación" *Trabajo y Derecho*, nº 8, Sección Práctica Jurídica y Despachos Profesionales, 2018.

VALIÑO CES, A., "Acerca del método híbrido o Med-Arb: otra forma de resolver los conflictos» *Diario La Ley*, Nº 9469, Sección Tribuna, 3 de Septiembre de 2019.

.....

- (1) M. Lalaguna Holzwarth, "La aplicación en España de Med-Arb, Arb-Med y variantes como alternativa a los ADR tradicionales", *LA LEY mediación y arbitraje*, nº 4, Sección Doctrina, 2020.

[Ver Texto](#)

- (2) J.I. Martínez Pallarés, "El arbitraje ha muerto, ¡Viva el arbitraje! Sobre el necesario replanteamiento del arbitraje ordinario desde la perspectiva de los MASC", *Práctica de Tribunales*, nº 149, 2021.

[Ver Texto](#)

- (3) STC nº 17/2021, de 15 de febrero de 2021 concreta todavía más los requisitos que debe reunir el procedimiento libremente establecido por las partes, el cual deberá respetar las garantías fundamentales, "como lo son, por ejemplo, el derecho de defensa, igualdad, bilateralidad, contradicción y prueba".

[Ver Texto](#)

Lo que Dios ha unido que no lo separe el hombre... o sobre el surgimiento y fin del pacto de sumisión a arbitraje

Auto Audiencia Provincial de Bizkaia (Sección Tercera) de 19 de octubre de 2020

What God has joined together, let no man put asunder... or about emergence and end of the agreement of submission to arbitration (Order of Provincial Court of Bizkaia, Third Section, november 19, 2020)

El auto de la Audiencia Provincial de Bizkaia de 19 de octubre de 2020 desestima un recurso de apelación, confirmando un auto de un juzgado de primera instancia que, ante una declinatoria, avaló la existencia de un pacto de sumisión a arbitraje, impidiendo la intervención judicial. En este contexto jurídico, en el que la existencia de un pacto de sumisión a arbitraje y su renuncia son cuestiones principales, se analiza, además, la relación arbitraje–jurisdicción, en general, y respecto a las cuestiones planteadas en el caso concreto, en particular.

Arbitraje, Jurisdicción, Sumisión, Pacto, Existencia, Renuncia, Declinatoria.

The order of Provincial Court of Bizkaia, October 19, 2020 dismisses an appeal, confirming an order of a Court of First Instance, that solving a plea of lack of jurisdiction, endorsed the existence of an agreement of submission to arbitration, preventing judicial intervention. In this legal framework, in which the existence of an agreement to submit to arbitration and its resignation are main issues, arbitration–jurisdiction relationship is also analyzed, in general, and with respect to the issues raised in the specific case, in particular.

Arbitration, Jurisdiction, Submission, Agreement, Existence, Resignation, Plea of lack of jurisdiction.



Ixusko Ordeñana Gezuraga

Profesor Titular Derecho Procesal Euskal Herriko Unibertsitatea / Universidad del País Vasco

I. PRESENTACIÓN Y PLANTEAMIENTO

1. El auto de la sección tercera de la Audiencia Provincial de Bizkaia que comentamos resuelve un recurso de apelación interpuesto por Don Gerónimo contra Don Horacio, Don Isidro e Don Iñigo. Obviamente, todos ellos se vieron previamente, en posición de demandante y demandados,

respectivamente, ante un juzgado de primera instancia de Bilbao. Ante éste, el primero interpuso una demanda de juicio ordinario (art. 249 Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil) (en adelante, LEC) y los segundos presentaron declinatoria alegando que el órgano jurisdiccional no podía conocer del asunto por estar éste sometido a arbitraje mediante cláusula de sumisión a este mecanismo extrajurisdiccional. Esta apelación procesal (fundada en motivos formales), nos ofrece, en primer lugar, por ende, la oportunidad de explicar la relación entre el arbitraje y la jurisdicción, incidiendo en la posibilidad de proteger aquél ante éste, concretamente, como acontece el supuesto que nos ocupa, mediante la declinatoria. También a esta relación nos tenemos que referir, no obstante, en el estudio de los argumentos que ofrece el apelante en aras a la justificación de su pretensión (la anulación del auto de instancia que decide no entrar en el fondo de la cuestión por entender la cuestión sometida a arbitraje, para que, en definitiva, la jurisdicción responda a su pretensión). Alega, en primer lugar, el apelante (Don Gerónimo) que la cláusula de sumisión a arbitraje institucional del Colegio de Abogados de Bizkaia que se recogía en el acuerdo de 2007 (estipulación 17), suscrito por las partes del recurso de apelación, no se puede aplicar al anexo al acuerdo firmado por los mismos en el 2010. Al efecto, aduce que él dejó de ser socio de las sociedades limitadas precisamente mediante ese anexo al acuerdo de 2007 firmado el 2010. Refuerza su defensa, alegando que, en ese tiempo, acudió a un Juzgado de lo Mercantil de Bilbao en solicitud de diligencias preliminares en relación (suponemos) a un conflicto de la sociedad, diligencias que el juez le denegó argumentando su falta de legitimación, conforme al criterio de los ahora apelados (Don Horacio, Don Isidro e Don Iñigo), que se opusieron a tales. Vemos, en este argumento, que el apelante quiere utilizar la afirmación de un juez (de la jurisdicción, en definitiva) sobre su falta de interés en el asunto para justificar la inexistencia del pacto de sumisión a arbitraje. Ahondaremos en la cuestión. Si el primer motivo se centra en la inexistencia del pacto de sumisión a arbitraje, en el segundo, Don Gerónimo, demandante en el proceso de instancia recurrido, y apelante ante la Audiencia Provincial de Bizkaia, trata de justificar su renuncia al mismo. Algo que puede resultar contradictorio *in terminis* (¿se puede justificar, al mismo tiempo, que no existió el pacto de sumisión y que se renunció al mismo?), pero que su abogado defensor convierte en elementos cruciales de su estrategia judicial ante el órgano jurisdiccional colegiado. En cualquier caso, en relación a su segundo razonamiento el apelante explica que cuando, a su instancia, en marzo de 2015, ambas partes fueron llamadas por la Corte de Arbitraje del Colegio de Abogados de Bizkaia para proveer fondos para el arbitraje institucional pertinente, ninguna de las dos lo hizo, lo que supuso la suspensión de la designación de árbitro y el archivo provisional, lo que interpreta como una renuncia expresa al arbitraje, matizando que, por el contrario, «la renuncia a la jurisdicción pueda, en ningún caso, ser tácitamente admitida».

Queda claro así que, aunque el tema central del auto que comentamos —y, por ende, del asunto que nos ocupa— es la existencia (o no) del pacto de sumisión a arbitraje y la posibilidad de renunciar a éste, aparecen cuestiones secundarias todas ellas en relación al vínculo entre la jurisdicción y el arbitraje, en la que incidiremos en general, y en particular, en relación a las cuestiones abordadas en el auto que comentamos, sin solución de continuidad.

II. LA RELACIÓN JURISDICCIÓN–ARBITRAJE EN GENERAL

2. Fijándonos en el nexo general entre el arbitraje y la jurisdicción o Poder Judicial, tenemos que afirmar que el arbitraje, en cuanto mecanismo heterónomo de resolución de conflictos reconocido y amparado por el Estado (especialmente, en la Ley 60/2003, de 23 de diciembre de arbitraje) (en adelante, LA) es parte del sistema estatal de resolución de conflictos jurídicos estudiado por el Derecho jurisdiccional diversificado. El arbitraje surge de la voluntad de las partes (recogido en el convenio arbitral), quienes se comprometen a acatar el laudo arbitral («cumplir lo estipulado» dispone el art. 11.1º LA) y a no acudir a la jurisdicción a solventar el conflicto (arts. 11.1º y 7 LA), sin perjuicio de las funciones de garantía y control que corresponden a ésta, en aplicación del principio de intervención judicial mínima en este mecanismo extrajurisdiccional (nombramiento judicial de árbitros, asistencia en la práctica de la prueba, medidas cautelares, ejecución forzosa, acción de anulación y ejecución de laudos extranjeros). Conviene, por ende, remarcar que el arbitraje únicamente sustituye, en parte, la tutela declarativa judicial. Luego, sin perjuicio de que el arbitraje no es jurisdicción, en cuanto el árbitro no es autoridad jurisdiccional, sino detentador de la facultad que, en el caso concreto, le reconocen las partes para dilucidar su controversia, dos de los tres elementos fundamentales de aquél (el proceso y la acción o conjunto de derechos para evitar su indefensión) se le aplican. Es indudable, por ende, que a las ventajas que caracterizan al arbitraje (adecuación al caso concreto, rapidez, flexibilidad, especialidad,...) se le ha de sumar la asistencia y control judicial. A ello hay que agregar que la propia jurisdicción o Poder Judicial se ve beneficiada por la existencia y el buen funcionamiento del arbitraje, lo que, sin duda, contribuye a la adecuada actuación o marcha del sistema estatal de resolución de conflictos, en el que la jurisdicción ocupa el eje central, pues, si bien se ha de reconocer a las partes libertad para acudir —en materia disponible— al mecanismo de resolución de conflictos que estimen conveniente (jurisdiccional o extrajurisdiccional, en este último ámbito, especialmente, la mediación o el propio arbitraje), no se puede hacer justicia sin su aval, control y auxilio.

La declinatoria se configura como instrumento para hacer valer la opción de las partes de acudir al arbitraje renunciando a la jurisdicción

III. LA DECLINATORIA EN CUANTO INSTRUMENTO PROCESAL PARA HACER PREVALECER EL CONVENIO ARBITRAL

3. Analizado sucintamente el vínculo entre el Poder Judicial y el arbitraje, nos tenemos que referir a un elemento reflejo del mismo que, sin duda, apareció en el juzgado de instancia del que trae causa la apelación que analizamos: la declinatoria. La declinatoria es el medio procesal por el que el demandado en juicio (proceso ante el órgano jurisdiccional de primera instancia) cuestiona la jurisdicción del tribunal ante el que se ha interpuesto una demanda. Se puede cuestionar esta competencia cuando el demandado considera que el asunto presentado a un tribunal es competencia de otro tribunal, extranjero o nacional. También se puede interponer —es el caso que nos ocupa— cuando el demandado considera que el conflicto presentado a la jurisdicción está sometido a arbitraje (art. 63 LEC). Lo hicieron, en el supuesto que abordamos, Don Horacio, Don

Isidro e Don Iñigo, además, con éxito, tal y como demuestra la apelación procesal que analizamos. Con todo, la declinatoria es consecuencia directa del efecto negativo del convenio arbitral, aquél que impide que un órgano jurisdiccional conozca de un asunto sometido al mecanismo extrajurisdiccional llamado a finalizar con un laudo arbitral (arts. 11.1º y 7 LA). Se configura así, como instrumento para hacer valer la opción de las partes de acudir al arbitraje, renunciando (parcialmente, como venimos diciendo) a la jurisdicción. Regulada en el capítulo tercero, del título segundo, del libro primero de la LEC (arts. 63–65), es especialmente plausible que su interposición no impida la iniciación o prosecución de las actuaciones arbitrales (art. 11.2º LA), en cuanto forma de reforzar el arbitraje frente a la jurisdicción, evitando que la última se utilice para bloquear o dificultar la primera.

IV. SOBRE LA LEGITIMACIÓN EN LA JURISDICCIÓN Y EL ARBITRAJE

4. En el ámbito del nexo entre la jurisdicción y el arbitraje, tenemos que referirnos, además, a dos argumentos utilizados por el apelante, en defensa de su pretensión judicial. Lo hacemos en este epígrafe y en el siguiente.

Alude, por una parte, Don Gerónimo, en su primer motivo del recurso para justificar la inexistencia de cláusula de sumisión a arbitraje, a la falta de reconocimiento de legitimación en un procedimiento de diligencias preliminares ante un Juzgado de lo Mercantil de Bilbao. Concretamente, deducimos que el ahora apelante acudió en solicitud de unas diligencias dirigidas a preparar un juicio posterior en lo procesal o en su fondo (arts. 256–263 LEC). Según leemos en el auto que comentamos, el juez las denegó por falta de legitimación activa de Don Gerónimo, habiéndose opuesto a ello también —alegando igualmente la falta de legitimación— los ahora apelados (Don Horacio, Don Isidro e Don Iñigo). Entendida la legitimación como el interés en el caso concreto, y la facultad, por ende, de ser demandante (legitimado activo) o demandado (legitimado pasivo) en un proceso judicial, el letrado del apelante quiere utilizar la falta de su interés en el asunto decretado por el juez de lo mercantil, basado en el hecho de que ya no es socio de la sociedad, para justificar la inexistencia del pacto de sumisión a arbitraje. Al respecto, cabe subrayar dos elementos. Por una parte, sin duda, una es la realidad del proceso judicial y otra la del proceso arbitral, en cuanto mecanismos de resolución de conflictos independientes, vinculados en la forma expuesta *supra*. En otros términos, el que una persona no pueda participar en un juicio —por falta de interés en el asunto que aborda— no quiere decir que tampoco lo pueda hacer en un arbitraje. La razón de ser de cada uno de los mecanismos y la identificación de los afectados por ellos es bien distinta: mientras la jurisdicción es la vía ordinaria y fundamental para resolver conflictos que prevé el Estado (identificándolo, con un Poder del Estado y con un derecho fundamental —tutela judicial efectiva—), el arbitraje es una opción para las partes que surge de su libertad. Al primero, *a priori*, pueden acudir todos los ciudadanos, en condición de demandantes o demandados, en ejercicio de su derecho a la tutela judicial efectiva; al segundo, únicamente los que hayan suscrito un convenio arbitral voluntariamente. Obviamente, los protagonistas de uno y otro no coinciden, más cuando, como apuntábamos, quien acude al arbitraje renuncia (en parte) a la jurisdicción. Luego, no tiene sentido alguno que el letrado del apelante utilice este argumento para justificar la inexistencia del arbitraje. A mayor abundancia y trascendencia, como analizaremos, como bien apunta la magistrada ponente del auto que comentamos, la cláusula

de sumisión a arbitraje es independiente de otras cláusulas que contiene el acuerdo (especialmente, de las que prevén la transmisión de las participaciones sociales), sin que la negación de legitimación en el proceso judicial, por falta de carácter de socio, perjudique que conforme a los acuerdos existentes las controversias deban ser consignadas mediante arbitraje.

En cuanto el derecho a la tutela judicial efectiva es un derecho fundamental, nunca se puede renunciar a la vía jurisdiccional que aquél requiere, si bien, en su misma condición de derecho, puede no ejercitarse

V. SOBRE LA IMPOSIBILIDAD DE RENUNCIAR A LA JURISDICCIÓN

5. Por otra parte, el apelante, cuando presenta su segundo argumento de apelación, para justificar la renuncia al pacto de sumisión a arbitraje (lo analizaremos, *a posteriori*), mantiene que «la no provisión de fondos viene a significar una expresa renuncia al arbitraje, porque ello se puede deducir de la voluntad o intención de las partes que se someten al mismo, *sin que la renuncia a la jurisdicción pueda, en ningún caso, ser tácitamente admitida*». Incide, con esta argumentación, otra vez, en la relación entre el arbitraje y la jurisdicción. Al respecto, añadiendo a lo apuntado, queremos remarcar que, en cuanto el derecho a la tutela judicial efectiva es un derecho fundamental, nunca se puede renunciar a la vía jurisdiccional que aquél requiere, si bien, en su misma condición de derecho, puede no ejercitarse. Es concretamente lo que ocurre (en parte) en el arbitraje. Los ciudadanos que libremente acuden al arbitraje optan por no acudir (en parte) a la jurisdicción, desistiendo de que jueces y juezas solventen su conflicto. No obstante, este desistimiento únicamente es parcial, pues únicamente se renuncia a la tutela declarativa judicial consistente en la resolución efectiva del conflicto. No se desiste, respecto a la tutela declarativa judicial, a las funciones de auxilio y control mentadas (nombramiento judicial de árbitros, asistencia en la práctica de la prueba, acción de anulación y *exequátur* de laudos extranjeros). Tampoco se renuncia a la tutela judicial ejecutiva (imprescindible, pues únicamente los órganos jurisdiccionales pueden hacer cumplir por la fuerza los laudos arbitrales), ni a la cautelar, si bien es posible que se reconozca al órgano arbitral la posibilidad de dictar medidas cautelares, aunque nunca podrán ejecutarlas, para lo que se requiere la intervención judicial.

VI. EXISTENCIA Y ALCANCE DEL PACTO DE SUMISIÓN A ARBITRAJE

1. El convenio arbitral como alfa y omega del arbitraje

6. Haciendo a un lado las cuestiones adyacentes analizadas, y abordando el tema principal del auto que nos ocupa, tenemos que responder a dos preguntas ¿cuándo existe el pacto de sumisión a arbitraje, también llamado convenio arbitral? Y, ¿hasta cuándo existe? O, en otros términos, ¿cuándo y cómo se puede renunciar al mismo? Nos centramos en estas cuestiones en este apartado y en el

siguiente.

El arbitraje sólo, única y exclusivamente surge del convenio arbitral. Recoge éste la voluntad o ejercicio de libertad de las partes de someter unas disputas concretas a uno o más árbitros y la forma en la que deben actuar aquéllos. Gráficamente, nos gusta denominar al convenio arbitral *el alfa y omega* del arbitraje, porque es su fuente y su límite; donde las partes, con respeto a las normas imperativas del ordenamiento jurídico, dibujan el arbitraje concreto al que desean someterse (condiciones espaciales y temporales, procesales y procedimentales, facultades de los árbitros,...). Conocidos son el efecto positivo y negativo del convenio arbitral, resultando el segundo elemento esencial en el asunto que nos ocupa. De acuerdo al primero, las partes se obligan «a cumplir lo estipulado» (art. 11.1º LA), es decir, se comprometen, principalmente, a acudir al arbitraje en el caso y circunstancias pactadas, a desarrollarlo en la manera acordada y a acatar su resultado (el laudo). Por su parte, reiterar que el efecto negativo, conlleva, *a priori*, la exclusión de la jurisdicción en la resolución de la disputa (arts. 7 y 11.1º LA), si bien frecuentemente, como apuntábamos, se acude a los jueces en el desarrollo del arbitraje (a las conocidas como funciones de apoyo y control: nombramiento judicial de árbitros, asistencia en la práctica de la prueba, medidas cautelares, ejecución forzosa, acción de anulación, exequátur de laudos extranjeros).

El convenio arbitral puede ser o recogerse en un acuerdo o contrato independiente o en una cláusula incorporada a un contrato principal (art. 9.1º LA). Debe constar, por escrito, bien directamente, en un documento firmado por las partes, bien en un intercambio de cartas, telegramas, télex, fax u otros medios de comunicación que dejen constancia del acuerdo, sirviendo, al efecto, igualmente, el soporte electrónico, óptico o en otro tipo que sea accesible para su ulterior consulta (art. 9.3º LA). Incluso, se considera existente el convenio arbitral, cuando en un intercambio de escritos de demanda y contestación su existencia sea afirmada por una parte y no negada por la otra (art. 9.5º LA). En el caso que nos ocupa, el convenio arbitral aparece en la cláusula 17 del acuerdo de 8 de junio de 2007. Junto a otros contenidos, el acuerdo, en la cláusula mentada, dispone la voluntad de las partes suscriptoras de someterse al arbitraje, identificando el arbitraje institucional (del Colegio de Abogados de Bizkaia) y los conflictos jurídicos concretos que se someten al mecanismo, llamando la atención su amplitud. En su dicción literal, la cláusula apunta —como se puede leer en el auto que comentamos—: «Las partes acuerdan someter a arbitral del Tribunal de Arbitraje del Colegio de Abogados del Señorío de Bizkaia la resolución definitiva de todas las cuestiones, conflictos y discrepancias que se susciten en esta relación jurídica, ya se deban a su interpretación, a su cumplimiento, o a cualquier otro extremo. A este respecto, las partes acuerdan, igualmente, encomendar a dicho Tribunal la administración del Arbitraje y la designación de sus Árbitros, según la normativa reguladora, así como someterse expresamente al laudo arbitral».

La parte apelante (Don Gerónimo) mantiene que la cláusula de sumisión arbitraje se introdujo en el acuerdo de 8 de junio de 2007, sin embargo, postula que esta cláusula no le afecta (y, por tanto, no está obligado a acudir al mecanismo extrajudicial) a partir del acuerdo de 30 de abril de 2010, porque mediante este acuerdo (que, en realidad, es un anexo, del primer acuerdo) él dejaba de ser socio y transmitía las participaciones sociales de las entidades afectadas (Transbidenor y BTL). Al efecto, el letrado defensor aludía a la falta de legitimación activa que le imputó el juzgado de lo

Mercantil de Bilbao (cuestión analizada *supra*). El auto que comentamos solventa, no obstante, adecuadamente la cuestión: el acuerdo del 2010 es un mero anexo del de 2007, por lo que la cláusula arbitral, está o sigue completamente en vigor, más cuando la cláusula 10/3 del acuerdo del 2007 «preveía expresamente la disolución o extinción de la relación contractual con cualquiera de las partes y como consecuencia de la transmisión de sus participaciones sociales». Luego, como apunta la magistrada ponente, «el propio acuerdo que contiene la cláusula de sumisión a arbitraje está previendo que alguno de los integrantes del mismo pudiera transmitir las participaciones y dejar de ostentar la condición de socio». En el mismo sentido, y reforzando su argumentación, el auto de apelación apunta que el apelante, con posterioridad al anexo/acuerdo del 2010, concretamente, en noviembre de 2014, interpuso una demanda de arbitraje, referenciando como justificación del mismo, es decir, como convenio arbitral, al acuerdo del 2007 y al anexo del 2010. Advertimos en este elemento, sin duda, un elemento muy débil en la estrategia judicial del letrado del apelante: ¿Cómo se puede negar el fundamento de la existencia de un arbitraje (del pacto de sumisión al mismo, en definitiva) cuándo a él se ha hecho referencia por la misma parte defendida? Este dato, sin duda, puso fácil al órgano colegiado jurisdiccional vizcaíno la desestimación de la apelación que requería la afirmación de la inexistencia del pacto de sumisión a arbitraje, decretando la consiguiente confirmación de la resolución recurrida.

2. La renuncia al pacto de sumisión a arbitraje

7. Para terminar con el análisis del auto que nos ocupa, tenemos que referirnos a la posible renuncia al pacto de sumisión a arbitraje, al convenio arbitral, en definitiva, en general, en un primer apartado, y en relación a la cuestión particular alegada en el supuesto que analizamos, en uno segundo.

Obviamente, surgido de la libertad, de la autonomía de la voluntad de las partes, en su mismo ejercicio, también se puede poner fin a aquél (faltaría más!). Podemos pensar, en el supuesto práctico (poco frecuente, a nuestro juicio, pero posible), en el que las partes de una relación jurídico material (las sociedades limitadas del supuesto que nos ocupa, por ejemplo), tras su nefasta experiencia con el arbitraje, deciden no acudir más a él. ¿Cómo hacerlo? Obviamente, con el mismo consenso de voluntades. Si Don Gerónimo, Don Horacio, Don Isidro y Don Iñigo quitan de su acuerdo esta cláusula, incluso, la modifican en sentido contrario (negando la posibilidad de acudir al arbitraje, optando en todo caso, por la jurisdicción en ejercicio de su derecho a la tutela judicial efectiva) no habría ningún problema. Su voluntad regiría su relación jurídica. Sería una renuncia explícita y clara al arbitraje. Podemos hablar, igualmente, de una renuncia tácita al arbitraje: si cuando en el supuesto que analizamos, cuando Don Gerónimo acudió al tribunal de primera instancia de Bilbao y Don Horacio, Don Isidro y Don Iñigo no hubieran interpuesto la declinatoria, es decir, si no hubieran hecho valer el convenio arbitral existente, que excluye la jurisdicción, en aplicación del efecto negativo de aquél, podrían haberse sometido tácitamente a la jurisdicción, renunciando al arbitraje pactado previamente. En ese caso, ante el cambio de voluntad de todas las partes, el Poder Judicial podría haber conocido del asunto. Sin embargo, esto último no es lo que aconteció en el supuesto fáctico que inspira el auto que comentamos, pues Don Horacio, Don Isidro y Don Iñigo hicieron valer la existencia del convenio arbitral. Luego, y en referencia al título de este comentario, «lo que Dios ha unido» (en referencia al acuerdo de voluntades que recoge y rige el

pacto de sumisión a arbitraje) «que no lo separe el hombre» (la única voluntad de una de las partes).

8. En su segundo motivo para justificar la apelación, el letrado del apelante alude a la renuncia de éste que supuso, a su juicio, el hecho de que cuando a iniciativa de su defendido (Don Gerónimo), en el año 2015, se acudió a la Corte de Arbitraje del Ilustre Colegio de Abogados, ninguna de las partes realizó la provisión de fondos requerida por aquél y que, en definitiva, supuso la suspensión y el archivo provisional del procedimiento. El abogado del apelante interpreta que la parte apelada tuvo entonces ocasión de aprovisionar de fondos dicho expediente, pero al no hacerlo, mostró su voluntad de renunciar al arbitraje. Misma voluntad (entendemos) que mostró su defendido, al tampoco hacerlo. Presenta como prueba, el efecto, un certificado de la Secretaría de la Corte de Arbitraje mentada. Aunque el letrado apelante habla de «renuncia expresa» al arbitraje, entendemos que, en todo caso, la producida sería una renuncia tácita, solo pudiendo calificar como aquélla a la descrita en el apartado anterior. En cualquier caso, con muy buen criterio, el auto también tumba este argumento, aludiendo específicamente al certificado aportado por el apelante. Según se deduce de éste, efectivamente, solicitada la actuación de la Corte de Arbitraje del Colegio de Abogados del Señorío de Bizkaia, el 26 de noviembre de 2014, estimando su competencia, emplazó a las partes a una comparecencia para la designación de árbitros solicitándoles, al tiempo, la preceptiva provisión de fondos. Como ninguna actuó, en aplicación del art. 11 del Reglamento de la Corte Arbitral del Colegio citado, el 15 de marzo de 2015 se acordó la suspensión de la comparecencia para designar árbitro y el archivo provisional del procedimiento. Remarca el auto de apelación, igual que el auto recurrido (por error, a sentencia se refiere aquél), que «no se requirió a ninguna de las partes para suplir la provisión». Es, por ello, que con buen criterio la magistrada ponente entiende que «no puede entenderse como un acto concluyente de renuncia a dicha sumisión a arbitraje». A su favor, claramente, el art. 21.2º LA, que, en el mismo sentido del art. 11 del Reglamento de la Corte Arbitral del Colegio de Abogados del Señorío de Bizkaia, reconoce a los árbitros la facultad de suspender o dar por concluidas las actuaciones arbitrales ante la falta de provisión de fondos por las partes, sin que en ningún caso el legislador anude a esta conducta la renuncia (expresa o tácita) al convenio arbitral.

Etrak v. Libya: The long story told short

Judgment of the Swiss Federal Tribunal, First Civil Law Chamber of 2 November 2020

Etrak v. Libia: La larga historia resumida (Sentencia del Tribunal Federal Suizo, Sala Primera de lo Civil, de 2 de noviembre de 2020)

A principios de los años 90, la empresa constructora turca «Etrak» reclamó al Estado libio facturas pendientes de pago por proyectos de construcción realizados en los años 80. A día de hoy, esas cantidades siguen pendientes pero, sin embargo, ha habido una gran litigiosidad en las últimas tres décadas

Los desacuerdos de los años 90 y principios de los 2000 se resolvieron finalmente mediante un acuerdo de conciliación en 2013. A pesar de ello, Libia decidió no cumplir su compromiso. Como resultado, Etrak recurrió al arbitraje de inversiones de la CCI en Ginebra, Suiza, a través del Tratado bilateral de inversiones entre Turquía y Libia. Etrak alegó que el acuerdo de conciliación constituía una inversión protegida en virtud del tratado. Mientras tanto, Libia impugnó la validez del acuerdo de liquidación ante los tribunales libios. En 2019 se dictó un laudo arbitral a favor de Etrak, mientras que una sentencia judicial libia sobre la (in)validez del acuerdo de liquidación se dictó a favor de Libia. Tras el resultado del arbitraje, Libia inició un procedimiento posterior al laudo ante el Tribunal Federal Suizo para anularlo. Libia no tuvo éxito en su intento, ya que el Tribunal Federal Suizo desestimó la solicitud. La única cuestión pendiente es ahora si esto representa el final de la historia. Este autor cree que probablemente no, y que los procedimientos de reconocimiento, cumplimiento y ejecución serán combatidos siempre que el deudor del laudo busque medidas coercitivas con la ayuda de un tribunal local

Esta nota de caso pretende resumir la larga historia de Etrak contra Libia, al tiempo que subraya las tendencias sistémicas más amplias de incumplimiento de los laudos de inversión. Esta saga, como tantas otras, plantea la importante cuestión de si los laudos arbitrales de inversión están realmente libres de obstáculos como productos definitivos, vinculantes y directamente ejecutables. Todavía en este siglo XXI nuestro, cuando el demandado es un Estado, el manto de la soberanía se manifiesta como un verdadero obstáculo para los acreedores de los laudos

Por último, dado que esta historia aún no ha visto la luz al final del túnel, esta contribución, en cierto sentido, representa una historia aún por contar. Continuará...

Arbitraje de Inversiones, Arbitraje CC, Anulación del laudo ante la jurisdicción suiza, Anulación improcedente.

In the early 90's, the Turkish construction company «Etrak» claimed outstanding invoices from the Libyan State for construction projects undertaken in the 80's. Still to this day those amounts are outstanding, but there has nevertheless been quite a journey over the last three decades.

The disagreements in the 90's and early 00's were eventually settled through a settlement agreement in 2013. Despite this, Libya decided to not honor its commitment. As a result, Etrak sought recourse to ICC investment arbitration in Geneva, Switzerland, through the Turkey-Libya bilateral investment treaty. Etrak claimed that the settlement agreement constituted a protected investment under the treaty. Meanwhile, Libya disputed the validity of the settlement agreement before Libyan courts. In 2019 an arbitral award was rendered in Etrak's favor, while a Libyan court judgment on the (in)validity of the settlement agreement was handed down in Libya's favor. Following the arbitral outcome, Libya initiated post-award proceedings before the Swiss Federal Tribunal to set-aside the arbitral award. Libya was unsuccessful in its attempt as the Swiss Federal Tribunal dismissed the application. The only outstanding question is now whether this represents the end of the story. This author believe that it likely does

not, and that recognition, enforcement, and execution procedures will be fought-out wherever the award-debtor seeks coercive measures by the assistance of a local court.

This case note seeks to tell the long *Etrak v. Libya* story short, while simultaneously underscoring broader systemic trends of non-compliance with investment awards. This saga, like so many others, begs the important question of whether investment arbitral awards are truly free from obstacles as products being final, binding, and directly enforceable. Still in this 21st century of ours, when the respondent is a State, the cloak of sovereignty manifests as a true obstacle for award-creditors.

Finally, since this story has not yet seen the light at the end of the tunnel, this contribution, in a sense, represent a story still to be told. To be continued...

Investment Arbitration, ICC Arbitration, Annulment of the award before the Swiss jurisdiction, Unjustified annulment.



Ylli Dautaj (1)

Managing Partner at DER Legal. Visiting Lecturer, Uppsala University

I. INTRODUCTION TO THE GAMUT OF DISPUTES

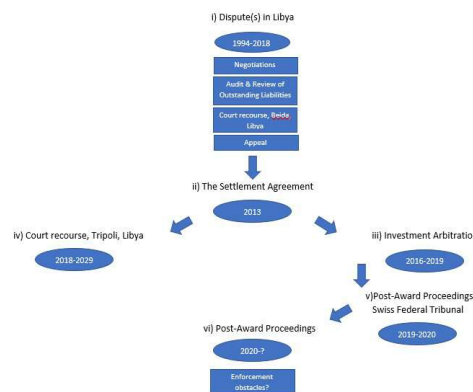
Recently, the Swiss Federal Tribunal (2) dismissed Libya's attempt to set-aside the arbitral award rendered on 22 July 2019 in the long-lasting dispute between Etrak, a major Turkish construction company, and the Libyan State («Etrak v. Libya»). The arbitration was conducted under the ICC rules in Geneva, Switzerland. (3)

An important caveat at the outset of this case note is that this dispute is not one of those falling within the stream of Libyan cases that deals with the consequences of the civil war(s), and therefore this «saga» does not entail an analysis of the «war clause» and its applicability. Instead, *Etrak v. Libya* has another important story to be told.

In this case note, the author will attempt to succinctly explain the almost three decades long journey that Etrak has undertaken to reclaim outstanding invoices from the Libyan state. This case note will start with the dispute(s) manifesting in Libya already in the early 1990's, such disputes that eventually lead to an important settlement agreement in 2013 (the «Settlement Agreement»). However, the buck did not *stop* there, because Libya, despite the Settlement Agreement, had a different story in mind for the Turkish investor and thus refused to pay the outstanding invoices. Etrak, in turn, sought recourse to investment arbitration through the Turkey-Libya bilateral investment treaty (the «Turkey-Libya BIT» (4)), claiming that the Settlement Agreement constituted

a protected investment under the treaty. Meanwhile, Libya disputed the validity of the Settlement Agreement before Libyan courts, and thus instituted parallel proceedings with the on-going arbitration. Finally, an arbitral award was rendered in Etrak’s favor while a Libyan court judgment was handed down in Libya’s favor. Libya did not decide to comply with the arbitral outcome. Instead, Libya immediately initiated post-award proceedings before the Swiss Federal Tribunal to set-aside the arbitral award, i.e. Libya sought annulment. Libya was eventually, again, unsuccessful in its attempt to deny Etrak the outstanding invoices. The outstanding question is now whether this last set-aside attempt represents the end of the story? This author believe that it likely does not.

The table below helps illustrate the disputes at hand and the chain of events that has unfolded over the last three decades:



II. THE DISPUTES AT HAND AND THE CHAIN OF EVENTS

1. Dispute(s) between 1994 — 2018

From the early 90’s, i.e. between 1994 and 2005, Etrak attempted to recover payment of outstanding invoices that stemmed from a number of construction projects in Libya with start in the 80’s. (5) Libya had refused to pay. However, between 2007 and 2008, Etrak and Libya participated in an «Audit and Review of Outstanding Liabilities of Libya’s Treasury», conducted by the Libyan Ministry of Finance. (6) This process culminated in ascertaining the outstanding debt owed to the Turkish construction company. Despite this ascertainment, Libya refused to pay and Etrak had to commence court proceedings in Beida, Libya in 2012. The Beida court rendered its decision (the «Beida Judgement») against a defaulting Libya on 29 October 2012 and ordered the State to pay 1,906,360.23 Libyan Dinar («LD») plus interest as well as damages in the amount of LD 1,000,000.00. (7) On 23 January 2013, Libya appealed the Beida Judgement and on 31 January 2018 the appellate court set the judgment aside. (8)

2. The settlement agreement in 2013

As a result of the outstanding invoices and the disputes that had ensued, Etrak and Libya eventually concluded a settlement agreement (the «Settlement Agreement») on 9 December 2013, agreeing to pay the amount of LD 5,420,308.707. (9) Libya was represented by the Deputy Minister in the Libyan

Ministry of Finance in the settlement negotiations. Moreover, the «Settlement Agreement further provided that all of the domestic and international court proceedings and other litigation in connection with the Beida judgment were discontinued» and the «Settlement Agreement itself did not contain an arbitration clause» (10).

3. The investment arbitration on between 2016 — 2019

On 31 August 2016, Etrak filed a request for arbitration with the International Chamber of Commerce (the «ICC») pursuant to the Turkey-Libya BIT. (11) The Parties then jointly agreed to Geneva, Switzerland, as the seat of the arbitration. (12) The arbitral award was issued on 22 July 2019. (13) The arbitration was commenced with the prayer for relief that Libya pays the amounts agreed to pursuant to the Settlement Agreement. The Settlement Agreement itself did not contain an arbitration clause. Instead, Etrak in a novel manner argued that the Settlement Agreement constituted a protected investment under the Turkey-Libya BIT and that it had recourse through investment arbitration under the treaty. Etrak was successful in the arbitration, «the arbitral tribunal found that the settlement agreement qualified as a protected investment, the dispute arose after the entry into force of the BIT in April 2011, and Libya had acted unfairly and inequitably when refusing to honour the settlement. The claimant was awarded damages of approximately 22 million USD». (14) In fact, the Swiss Federal Tribunal, in the post-award proceeding (see below), summarized the holding of the award in a perfect manner as follows:

I. Respondent's objections against the Arbitral Tribunal's jurisdiction are rejected;

II. The Arbitral Tribunal has jurisdiction over all of Claimant's claims based on the BIT and raised in this arbitration;

X. Respondent has breached Article 2(2) of the BIT by failing to accord fair and equitable treatment to Claimant's investment;

XXV. Respondent shall pay damages to Claimant in the amount of USD 21,865,554, including pre-award simple interest accrued at 4% per annum;

XXV. Claimant's claims for moral damages are rejected;

XXV. All other requests and claims are rejected;

XXV. Respondent shall pay interest on the sum USD 21,865,554 awarded from the date of the notification of the Award at the rate of LIBOR + 3% per annum, compounded annually;

XXV.—IX. [*costs and party compensation*].

Here, the author will re-articulate the jurisdictional objections because they reappear in the set-aside procedure. The author will not engage with the merits of the case, i.e. an analysis on the interpretation and application of legitimate expectations, the fair and equitable treatment estándar, and the umbrella clause. Again, the Swiss Federal Tribunal succinctly and neatly summarized the

jurisdictional holding of the arbitral tribunal as follows:

In terms of its jurisdiction, the Arbitral Tribunal found that the Settlement Agreement dated December 9, 2013, was valid under Libyan law, and that it contained a monetary claim in connection with an investment under Art. 1(2) BIT, and for this reason that settlement was itself a protected investment within the meaning of the Treaty. It also found that the dispute that initiated the proceedings resulted from the asserted non-compliance with the Settlement Agreement had only arisen after the BIT entered into force on April 22, 2011. Thus, based on Art. 8 and Art. 10 BIT, the Arbitral Tribunal found that it had jurisdiction, notwithstanding the fact that the Settlement Agreement itself had no arbitration clause. (15)

Conclusively then, in the investment arbitration Libya objected to the arbitral tribunal's jurisdiction on the grounds that (a) the BIT never entered into force as the Turkish government never communicated its instruments of ratification to the post-revolutionary Libyan government; (b) the Deputy Minister of Finance lacked authority to enter the Settlement Agreement; (c) the Settlement Agreement does not qualify for protection as an investment; (d) the BIT does not apply to the dispute because it predated 2011 when the Turkey-Libya BIT entered into force; and (e) the fork-in-the road clause prevented recourse to arbitration. (16)

The first objection did not reemerge in the set-aside procedure, while the others were revisited, yet again without success for Libya (see below).

4. The «Tripoli litigation» 2018 — 2020

While the investment arbitration was ongoing, on 25 March 2018, Libya filed an action against in the local courts, demanding a declarative judgment that the Settlement Agreement was null and void (the «Tripoli Litigation»). (17) In January 2019 the Tripoli court issued a judgment (the «Tripoli judgment»), declaring that the Settlement Agreement was invalid under Libyan law.

5. The post-award proceedings in 2019-2020

On 16 September 2019, Libya requested that the Swiss Federal Tribunal set-aside the arbitral award. Libya asserted that the arbitral tribunal lacked jurisdiction. In this case note, the author will not engage extensively with the Swiss federal law (e.g. the Federal Statute on International Private Law»). Such procedural particularities are not necessarily relevant for a broader international audience. The set-aside procedures mimic each other in most pro-arbitration jurisdictions. The court generally exercises deference *vis-à-vis* the merits and analyzes only possible procedural irregularities; that is, grounds for annulment. Put simply, the Swiss Federal Tribunal concluded that it «may not rectify or supplement the factual findings of the arbitral tribunal, even when they are blatantly inaccurate or based on a violation of the law». (18) It suffices to say that «[a]s the Parties did not expressly opt out of the provisions of Chapter 12 [Federal Statute on International Private Law], its provisions [were] applicable». (19) Moreover, the Swiss Federal Tribunal may rule on an arbitral tribunal's jurisdiction or lack thereof, and therefore Libya's application for annulment was found to be admissible (20). Thus, the Swiss Federal Tribunal could only entertain the factual findings that falls under one of the grounds for annulment.

With respect to the Tripoli litigation, the Swiss Federal Tribunal opined that the arbitration was constituted first and that the tribunal had no obligation «to take account of the existence of parallel litigation before the state courts or another arbitral tribunal (whether Switzerland or abroad) from the vantage point of the *lis pendens* rules» (21). It concluded emphatically and unequivocally that: «As a basic principle the Arbitral Tribunal is thus not required to give any consideration to the Tripoli Litigation» (22).

The Swiss Federal Tribunal looked into several jurisdictional objections, namely, the allegation that the arbitral tribunal (1) «ha[d] wrongfully exercised its *Kompetenz-Kompetenz*» and should have found that «it lacked jurisdiction, due to the principle of *res judicata*»; (2) had wrongly decided that the Settlement Agreement was valid; (3) should have held that the dispute does not substantively fall within the scope of the BIT; and (4) had wrongly decided the temporal applicability of the BIT (23).

— First, despite the arbitral tribunal’s jurisdiction to determine the validity of the Settlement Agreement, Libya argued that because there was no arbitration clause in the agreement (i.e. no forum selection) the validity can be challenged before Libyan courts, nevertheless. The point asserted by Libya is that such a decision can be enforced in Switzerland, and therefore that the arbitral tribunal must consider the rule of international comity and the prospect of conflicting decisions. (24) Conclusively, what Libya asserts is that the arbitral tribunal «would have had to find [that] it lacked jurisdiction, due to the principle of *res judicata*». (25) The Swiss Federal Tribunal dismissed such objection: first, it reasoned, the Tripoli decision was rendered post the arbitration, and second, because under Swiss law «a decision issued abroad will not be recognised in Switzerland if one party furnishes evidence that litigation between the same parties on the same subject matter was first initiated in Switzerland, even if the Swiss proceedings take longer than the foreign proceedings initiated subsequently». (26) Put in a word: «the Swiss Federal Tribunal found that the arbitral tribunal was under no obligation to coordinate its findings with a local court decision finding the settlement invalid». (27)

— Second, Libya argued that the arbitral tribunal had based its reasoning solely on the Settlement Agreement, and that if the agreement was invalid the jurisdiction should as a result fail too. (28) In this light, Libya presented two arguments: (a) the Settlement Agreement is invalid because the «Deputy Minister of Finance was not authorised to legally sign it on behalf of the Libyan State» and (b) that «mandatory formal procedural rules were not adhered to when the agreement was signed» and that the failure by the tribunal to deal with this question infringed Libya’s right to be heard. (29) The first turns on an interpretation of Libyan law and on the issue of «apparent authority» (i.e. on the good faith element and the external appearance of authority). The arbitral tribunal found apparent authority. In addition, Libya also made a point of the Tripoli judgment that had declared the Settlement Agreement to be invalid. The Swiss Federal Tribunal concluded that:

The [Swiss] Federal Tribunal likewise finds it unnecessary to delve further into this objection: if the Arbitral Tribunal was entitled to assume «apparent authority» then further discussions of the formal prerequisites to an agreement (which, incidentally, here are only allegations) are moot. Consequently, the Arbitral Tribunal likewise did not violate [Libya’s] right to be heard. (30)

— Third, whether the Settlement Agreement was to qualify as an investment pursuant to the non-exhaustive, open-ended, list of definitions pursuant to the Turkey-Libya BIT was a forefront matter. The arbitral tribunal had determined, in accordance with Etrak's argument, that the Settlement Agreement constituted an investment in the form of «claims to money related to an investment» as it «flows from, and crystalizes, a range of earlier investments» (i.e. the construction projects in Libya in the 80's and 90's). (31) The Swiss Federal Tribunal concluded that:

[Libya] thus has failed to prevail with its grievances in respect of the Settlement Agreement, including also its objection asserted under the heading of «Lack of jurisdiction *ratione materiae*» based on lack of jurisdiction of the Arbitral Tribunal, arguing that there is allegedly no «claim to money» within the meaning of Art. 1(2)(b) BIT, because the Settlement Agreement is allegedly invalid. In further and other respects, [Libya] does not dispute the jurisdiction of the Arbitral Tribunal in substantive respects (32).

— Finally, as with many other investment arbitrations between Turkish investors and Libya, the question on the BIT's temporal applicability presented jurisdictional threshold issues. The arbitral tribunal had held that:

[T]he Settlement Agreement represented a «compromise» under Libyan law, the effect of which was to settle all previous disputes. Based on [Libya's] failure to adhere to the Settlement Agreement, it found that a new dispute had arisen within the meaning of Art. 8 and Art. 10 BIT. The Settlement Agreement constituted a «break in the timeline» in the disputes between the Parties. Because the Agreement was concluded in the December 2013 and the BIT had entered into force on April 22, 2011, any and all disputes relating to that agreement fell into the scope of the BIT.

The Swiss Federal Court, furthermore, held that Libya's treaty interpretation was unpersuasive, and that the Turkey-Libya BIT made this much clear in articles 1(2) (definition of investments) and 10 (the BIT's application to investments from an inter temporal perspective)

Libya insisted that this jurisdictional decision was wrong and that a good-faith and purposive interpretation of the BIT in light of the Vienna Convention on the Law of Treaties (the «VCLT») would lead the Swiss Federal Tribunal to conclude that the dispute had already arisen before the BIT had entered into force. (33) The Swiss Federal Tribunal, looking at Article 31 (34) of the VCLT held that interpretation should be conducted in good faith and that the teleological interpretation should guarantee an effective application, i.e. one that «does not lead to a result that conflicts with the treaty's object and purpose». (35) The Swiss Federal Tribunal found the arbitral tribunal's reasoning to be persuasive and held that:

[T]he dispute in this case arose because the Settlement Agreement was not complied with and its

validity was disputed. This dispute regarding the validity of the Settlement Agreement falls easily within the scope of Art. 10 BIT. The Settlement Agreement itself makes unmistakably clear that as of the date of its conclusion, all the domestic and international court proceedings and other proceedings in connection with the Beida Judgement were settled [...]. There were thus no longer any «disputes» between the Parties remaining from the time prior to the BIT's entry into force. As [Etrak] correctly points out, the Arbitral Tribunal did not solely base its ruling on jurisdiction by referring to the effects of «compromise» under Libyan law, but rather primarily relied on the wording of the Settlement Agreement (36).

The Swiss Federal Court, furthermore, held that Libya's treaty interpretation was unpersuasive, and that the Turkey-Libya BIT made this much clear in articles 1(2) (34) (definition of investments) and 10 (37) (the BIT's application to investments from an inter temporal perspective). Conclusively, the non-exclusive list of assets protected as investments did include the Settlement Agreement signed in 2013, and therefore the BIT was applicable «in terms of its temporal scope». (38) The Swiss Federal Tribunal thus concluded that:

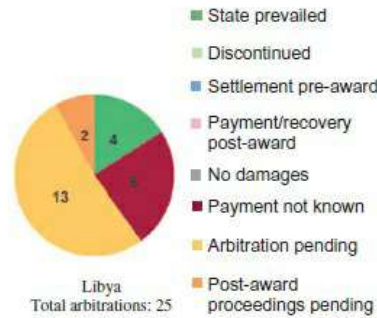
It will thus not be necessary for the [Swiss] Federal Tribunal to delve into the alternative justification that was put forward by [Libya] before the Arbitral Tribunal and then again in these appellate proceedings, arguing that jurisdiction is present irrespective of the validity of the Settlement Agreement because its activities in Libya in the 1980s and 1990s were investments within the meaning of Art. 8 BIT and the actions of the [Etrak] in connection with the conclusion of the Settlement Agreement and its dispute of the validity of the Settlement Agreement constituted a violation of the principle of «fair and equitable treatment» guaranteed by the BIT...

[...]

The Appeal is therefore dismissed, to the extent the matter is capable of appeal. In accordance with the outcome of these proceedings, [Libya] is liable for costs and party compensation...

6. Enforcement issues to come?

Given Libya's overall conduct, it is indeed likely that Libya will seek to obstruct the binding, final, and directly enforceable effect of the arbitral award. Gaillard (39) and Penusliski recently presented an empirical analysis regarding state compliance with investment awards, which included data on Libya. (40) The authors presented the following data on Libya's (then) 25 investment arbitrations known to the public:



Emmanuel Gaillard and Ilija Mitrev Penusliski, *State Compliance with Investment Awards ICSID Review* 1, 38 (2021)

Importantly, the authors present one general observation in terms of an overall distressing trend, i.e. that «[s]ince the 2000s, instances of non-compliance have increased and, by all accounts, are likely to continue to do so» (41). The authors found that «[i]n 40 percent or more of the cases in which a State lost, enforcement proceedings were initiated». (42) With respect to Libya, the authors conclude that «[t]ribunals have rendered damages awards against Libya in eight arbitrations; there is no public information whether any of these has been satisfied.» (43)

Thus, given the overall trend in investment arbitration combined with Libya’s conduct, it is more likely than not that the State will put any and all obstacles it can in place for the Turkish award-debtor as it seeks to locate, attach, and execute the award against the award-debtor. We are likely to see *inter alia* the invoking of sovereign immunity from attachment and execution and the relocating assets.

III. CONCLUDING REMARKS

Etrak has been forced through a long story with Libya. The investor moved from disputes with respect to outstanding invoices in the early 90’s, to a settlement as late as in 2013, before taking a U-turn through investment arbitration between 2016-2019 due to failure to honor the agreement, and are now forced to engage in post-award proceedings. The first post-award proceeding was conducted before the Swiss Federal Tribunal. Etrak was successful. It now has a final, binding, and directly enforceable award. It is likely that Libya will do everything it can to frustrate the award recognition, enforcement, and execution. Thus, the long story short is seemingly only a long story still untold. Therefore, this case note must pause with: to be continued...

(1) Ylli Dautaj is Managing Partner at DER Legal. Visiting Lecturer, Uppsala University. PhD Cand (University of Edinburgh), Scottish Graduate School for Arts and Humanities awardee. He can be contacted at ylli.dautaj@derjuridik.se. A special thanks to Professor José Carlos Fernández Rozas for the kind invitation to contribute, generally, and for his life-long work in the field of investment

arbitration, including with this journal, in particular. Professor Fernández Rozas is a man that I greatly respect and admire.

Ver Texto

(2) The Court was composed of Federal judges Christina Kiss (Chair), Martha Niquille, and Marie-Chantal May Canellas.

Ver Texto

(3) The arbitral tribunal was composed of Kaj Hobér (President), John Townsend (party appointed), and Jean Kalicki (party appointed).

Ver Texto

(4) Signed on 25 November 2009 and entered into force on 22 April 2011. See UNCTAD Investment Policy Hub : <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaties/bit/2415/libya---turkey-bit-2009-> (last accessed on 14 May 2021).

Ver Texto

(5) State of Libya v. A._____ Anonim Sirketi, 4A_461/2019, at 1.

Ver Texto

(6) *Ibíd.*, at 1.

Ver Texto

(7) *Ibíd.*

Ver Texto

(8) *Ibíd.*, at 2.

Ver Texto

(9) *Ibíd.*

Ver Texto

(10) *Ibíd.*

Ver Texto

(11) *Ibíd.*

Ver Texto

(12) *Ibíd.*

Ver Texto

⁽¹³⁾ For a good succinct writing on the case, see Damien Charlotin, *Revealed: in new ICC BIT award, Libya's lack of compliance with an earlier settlement agreement results in treaty breach; Turkish claimant Etrak is awarded \$22 million* IAReporter (4 October 2019).

Ver Texto

⁽¹⁴⁾ Lisa Bohmer, *Swiss court dismisses set-aside application of Libya award* IAReporter (7 December 2020).

Ver Texto

⁽¹⁵⁾ State of Libya v. A. _____ Anonim Sirketi, 4A_461/2019, at 3. «The relevant sections of Art. 8 BIT read as follows:

Settlement of Disputes Between One Contracting Party and Investors of the Other Contracting Party . 1. Disputes between one of the Contracting Parties and an investor of the othe Contracting Party, in connection with his investment, shall be notified in writing, including detailed information, by the investor to the recipient Contracting Party of the investment. [...].

2. If these disputes cannot be settled in this way within ninety (90) days [...], the dispute can be submitted, as the investor may choose, to the competent court of the Contracting Party in whose territory the investment has been made or to international arbitration under:

(a) [...]

(b) [...]

(c) the Court of Arbitration of the Paris International Chamber of Commerce.

3. Once the investor has submitted the dispute to the one of the dispute settlement procedures mentioned in paragraph 2 of this Article, the choice of one of these procedures is final.

4. Notwithstanding the provisions of paragraph 2 of this Article;

(a) only the disputes arising directly out of investment activities which have obtained necessary permission, if any, in conformity with the relevant legislation of both Contracting Parties on foreign capital, and that effectively started shall be subject to the jurisdiction of the International Center for Settlement of Investment Disputes (ICSID), in case both Contracting Parties become signatories of this Convention, or any other international dispute settlement mechanism as agreed upon by the Contracting Parties;

(b) [...]

(c) [...]

5. [...]

3.2. In addition, Art. 10 BIT provides:

The present Agreement shall apply to investments in the territory of Contracting Party made in accordance with its laws and regulations by investors of the other Contracting Party before

or after the entry into force of this Agreement. However, this Agreement shall not apply to disputes that have arisen before its entry into force», *Ibid*, at 4.

[Ver Texto](#)

⁽¹⁶⁾ Bohmer, *supra* note 13.

[Ver Texto](#)

⁽¹⁷⁾ State of Libya v. A._____ Anonim Sirketi, 4A_461/2019, at 2.

[Ver Texto](#)

⁽¹⁸⁾ *Ibid.*, at 5.

[Ver Texto](#)

⁽¹⁹⁾ *Ibid.*, at 4.

[Ver Texto](#)

⁽²⁰⁾ *Ibid.*

[Ver Texto](#)

⁽²¹⁾ *Ibid.*, at 6.

[Ver Texto](#)

⁽²²⁾ *Ibid.*, at 7.

[Ver Texto](#)

⁽²³⁾ *Ibid.*, at 6-12.

[Ver Texto](#)

⁽²⁴⁾ *Ibid.*, at 7.

[Ver Texto](#)

⁽²⁵⁾ *Ibid.*,

[Ver Texto](#)

⁽²⁶⁾ *Ibid.*, at 8.

[Ver Texto](#)

(27) Bohmer, *supra* note 13.

[Ver Texto](#)

(28) State of Libya v. A. _____ Anonim Sirketi, 4A_461/2019, at 8.

[Ver Texto](#)

(29) *Ibíd.*, at 8-9.

[Ver Texto](#)

(30) *Ibíd.*, at 10.

[Ver Texto](#)

(31)
Ibíd., at 8.

[Ver Texto](#)

(32) *Ibíd.*, at 10.

[Ver Texto](#)

(33) *Ibíd.*

[Ver Texto](#)

(34) Article 1(1) («The term «investment», in conformity with the hosting Contracting party's laws and regulations, shall include every kind of asset in particular, but not exclusively: (a) shares, stocks or any other form of participation in companies (b) returns reinvested, claims to money or any other rights having financial value related to an investment (c) movable and immovable property, as well as any other rights as mortgages, liens, pledges and any other similar rights related to investments as defined in conformity with the laws and regulations of the Contracting Party in whose territory the property is situated (d) industrial and intellectual property rights related to investments such as patents, industrial designs, technical processes, as well as trademarks, goodwill, *know-how* and other similar rights (e) business concessions conferred by law or by an investment cOntract, including concessions to search for, cultivate, extract or exploit natural resources in the territory of each Contracting Party; provided that such investments are not in the nature of acquisition of shares less than 10 percent of a company through stock exchanges which shall not be covered by this Agreement.»).

[Ver Texto](#)

(35) *Ibíd.*, at 11.

[Ver Texto](#)

(36) *Ibíd.*

Ver Texto

(37) Article 10 («*The present Agreement shall apply to investments in the territory of a Contracting Party made in accordance with its laws and regulations by investors of the other Contracting Party before or after the entry into force of this Agreement. However, this Agreement shall not apply to disputes that have arisen before its entry into force.*»).

Ver Texto

(38) State of Libya v. A._____ Anonim Sirketi, 4A_461/2019, at 11-12.

Ver Texto

(39) May he rest in peace. He was a great role-model to many young aspiring scholars and practitioners, as well as a thought leader to be cited and remembered for many, many years to come.

Ver Texto

(40) See E. Gaillard and I. Mitrev Penusliski, «State Compliance with Investment Awards», *ICSID Review* 1-55 (2021).

Ver Texto

(41) *Ibid*, at 54.

Ver Texto

(42) *Ibíd.*

Ver Texto

(43) *Ibíd.*, at 39.

Ver Texto

Anulación de un laudo arbitral por caducidad de la acción de arbitraje ejercitada

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha de 19 de noviembre de 2020

Annulment of an arbitral award on the ground that the arbitration action has expired

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla—La Mancha (Sala de lo Civil y lo Penal, Albacete), n.º 5/2020, de 19 de noviembre (Ponente: Ilma. Sra. D.ª. María del Carmen Piqueras Piqueras), declara la nulidad de un laudo arbitral por caducidad de la acción de arbitraje ejercitada.

Arbitraje, Arbitraje de cooperativas, Caducidad de la acción de arbitraje, Acción de anulación, Anulación total.

The judgement of Superior Court of Justice of Castilla—La Mancha (Civil and Criminal Court, Albacete), n.º. 5/2020, 19 November (Speaker: Ilma. Mrs. D.ª. Maria del Carmen Piqueras Piqueras), declares the annulment of an award due to expiration of the arbitration action exercised.

Arbitration, Cooperative Arbitration, Expiration of the arbitration action, Annulment of the award, Total annulment.



Rafael Hinojosa Segovia

Profesor Titular de Derecho Procesal. Universidad Complutense de Madrid

I. INTRODUCCIÓN

El presente asunto (1) tiene su origen en dos arbitrajes que se siguieron ante la Comisión Regional de Arbitraje, Conciliación y Mediación del Consejo Regional de Economía Social de Castilla—La Mancha por diversos demandantes en sendos procedimientos contra la Cooperativa «Nuestra Señora del Egido, S. Coop. De Castilla—La Mancha».

Los demandantes de los arbitrajes manifestaron su disconformidad con la decisión de la Cooperativa

de darse de baja de la Sección de Vinos de DCOOP y comunicaron su baja a la Cooperativa porque aquella baja «implicaba obligaciones o cargas gravemente onerosas para los socios». «Tal solicitud de baja no fue aceptada por el Consejo Rector, siendo desestimado por la Asamblea General el recurso formulado contra dicha resolución, interponiéndose entonces demanda de arbitraje».

Ambos procedimientos compartían objeto en cuanto al fondo del asunto. En uno de los expedientes arbitrales se apartó la demandante, previo desistimiento, por falta de representación por imposibilidad de otorgar poder por su grave estado de salud. Fallecida ya, los herederos formularon nueva demanda arbitral en la que reproducen la misma pretensión ejercitada en el procedimiento inicial, finalizando por laudo estimatorio en el que se rechazó la excepción planteada por la demandada de caducidad de la acción ejercitada en el procedimiento arbitral. En las otras actuaciones arbitrales también se estimó la demanda de arbitraje por considerar justificada la baja en la Cooperativa solicitada por los actores.

La Cooperativa plantea contra los laudos, dictados por un árbitro único, las correspondientes acciones de anulación. En la primera, al amparo del art. 41.1º.d) y f) LA, por falta de apreciación de la caducidad alegada por esa parte en el procedimiento arbitral instado por los herederos de la originaria demandante fallecida. El resto de los motivos articulados, con base en el art. 41.1º.f) LA aplicable a ambas acciones de anulación, fueron por infracción de los derechos de audiencia y contradicción. Dichas impugnaciones concluían solicitando la anulación de dichos laudos y la condena en costas a la parte demandada. Los demandados solicitaron, se debe entender en cada uno de los procedimientos arbitrales, «la desestimación íntegra de la demanda y el mantenimiento del laudo arbitral impugnado con expresa imposición de las costas a la parte demandante».

II. NATURALEZA DE LA ACCIÓN DE ANULACIÓN

La Sentencia objeto de nuestro comentario, antes de entrar en el tema central sobre «la caducidad de la acción de arbitraje ejercitada», se detiene en la naturaleza de la acción de anulación.

Como hemos dicho en otro lugar (2), el proceso de anulación puede conceptuarse como un proceso civil declarativo especial, de carácter plenario, que ha de fundarse en algún motivo legal, y por el que se pretende dejar sin efecto un laudo arbitral. Mediante el ejercicio de la acción de anulación (arts. 40 ss. LA), se pretende tan solo que el Tribunal se pronuncie acerca de la validez o no del laudo.

Conviene precisar que el proceso de anulación tiene carácter rescindente, y no rescisorio, lo cual significa que el Tribunal ni puede sustituir la función arbitral ni, en consecuencia, decidir sobre el fondo de la cuestión. Esto es así porque si se diera este segundo caso se suplantaría la voluntad de las partes de que sean los árbitros quienes decidan la controversia, y no un órgano jurisdiccional (*vid.*, por todas, la STC 43/1988, de 16 de marzo).

Con base en jurisprudencia de la propia Sala del Tribunal Superior de Justicia [Sentencias de 10 de octubre de 2010, de 16 de diciembre de 2015 (3), de 17 de marzo de 2016 (4), de 25 de marzo de 2019 (5)], la Sentencia recuerda «el carácter extraordinario del procedimiento [será del proceso] de anulación del laudo arbitral regulada [*sic*] en los arts. 40 ss. LA».

Continúa la Sentencia declarando que

«... es doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo (Sentencias de 16 de febrero de 1982 y 17 de julio de 1986), la que dice que en ningún caso pueden servir de base al recurso de nulidad (6) las estimaciones de las partes relativas a la justicia del laudo ni las deficiencias del fallo o el modo más o menos acertado de resolver la cuestión, concluyendo que el texto del art. 45 (el 41 actual) no parece abonar más que la tesis de nuestro alto tribunal porque, de otro modo, se desnaturalizaría la esencia misma del arbitraje como instrumento de composición privada con el que dilucidar las controversias que surgen del tráfico interno o internacional y se abriría un portillo a la ilimitada recurribilidad de los laudos a favor de quienes no viesan acogidas en ellos sus pretensiones. Si lo que se pretende es un juicio revisorio del juicio arbitral, como ya ha sentado también el propio Tribunal Constitucional en Sentencia n.º 43/1988, de 16 [sic] (7) y Autos de 20 de julio 1993 (8) (Recurso de Amparo n.º 395/1993) y 29 de octubre del mismo año [sic], dictados por la Sala 1ª, le está expresamente vedado al órgano judicial, puesto que el Tribunal puede controlar su regularidad, en un juicio externo, pero nunca inmiscuirse en su juicio valorativo, ya que mediante el recurso de nulidad el órgano competente para conocer, no sólo no adquiere la jurisdicción originaria, exclusiva de los árbitros por la mutua conformidad de las partes en deferir el conflicto al juicio arbitral de terceros, sino ni siquiera la revisora del juicio arbitral en sí mismo».

Continúa la Sentencia del TSJCLM, siguiendo al Tribunal Supremo, que

«... como punto de partida debe tomarse la especial función de la institución arbitral y el efecto negativo del convenio arbitral, que veta por principio la intervención de los órganos jurisdiccionales para articular un sistema de solución de conflictos extrajudicial, dentro del cual la actuación de los Tribunales se circunscribe a actuaciones de apoyo o de control expresamente previstas por la Ley reguladora de la institución (9); es consustancial al arbitraje, por lo tanto, la mínima intervención de los órganos jurisdiccionales por virtud y a favor de la autonomía de la voluntad de las partes, intervención mínima que, tratándose de actuaciones de control, se resume en el de la legalidad del acuerdo de arbitraje, de la arbitrabilidad —entendida en términos de disponibilidad, como precisa la exposición [sic] de Motivos de la Ley 60/2003— de la materia sobre la que ha versado, y de la regularidad del procedimiento de arbitraje; para ello, tal y como asimismo se regula en el Preámbulo [sic (10)] de la vigente Ley de Arbitraje, se contempla un cauce procedimental que satisface las exigencias de rapidez y de mejor defensa, articulando un mecanismo de control a través de una única instancia procesal; esta mínima intervención jurisdiccional explica el hecho de que el art. 42.2º de la vigente Ley de Arbitraje, como también se hacía en el art. 49.2º de su predecesora, se disponga que frente a la sentencia que se dice [sic] en el proceso de anulación de un laudo arbitral no quepa recurso alguno, habiendo entendido el legislador que a través de una única instancia y con una sola fase procesal se satisface suficientemente la necesidad de control jurisdiccional de la resolución arbitral, que, evidentemente, no alcanza al fondo de la controversia, sino únicamente a los presupuestos del arbitraje y su desarrollo» (Auto de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 21 de febrero de 2006)» (11).

Lo que llama la atención es que siendo la Sentencia de 19 de noviembre de 2020 no aluda a la

importante STC 46/2020, de 15 de junio (12) . La relevancia de esta Sentencia radica, en primer lugar, en que se pronuncia claramente respecto a que la acción de anulación contra el laudo arbitral «debe ser entendida como un proceso de control externo sobre la validez del laudo que no permite una revisión del fondo de la decisión de los árbitros»; y, en segundo lugar, que interpreta el concepto de «orden público», como motivo de la acción de anulación contra el laudo, acotándolo en sus justos términos.

Así esta STC, en cuanto al contenido de la acción de anulación, declara, teniendo en cuenta lo que se acaba de señalar, que «es claro que la acción de anulación (...) «al estar tasadas las causas de revisión previstas en el citado art. 45 [según la LA/1988], y limitarse éstas a las garantías formales sin poderse pronunciar el órgano judicial sobre el fondo del asunto, nos hallamos frente a un juicio externo» (SSTC 174/1995, de 23 de noviembre, FJ 3, y 75/1996, de 30 de abril, FJ 2). Por todo ello, ninguna de las causas de anulación previstas en el art. 41.1º LA puede ser interpretada en un sentido que subvierta esta limitación, pues la «finalidad última del arbitraje, que no es otra que la de alcanzar la pronta solución extrajudicial de un conflicto se vería inevitablemente desnaturalizada ante la eventualidad de que la decisión arbitral pudiera ser objeto de revisión en cuanto al fondo» (ATC 231/1994, de 18 de julio, FJ 3). A ello hay que añadir —a diferencia de lo afirmado por el órgano judicial— que es doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea 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 en casos excepcionales» (STJCE de 16 de octubre de 2008, asunto *Mostaza Claro*, C—168/05)» [TJCE\2006\299] (13) .

III. LAUDO CONTRARIO AL ORDEN PÚBLICO

El art. 41.1º.f) LA dispone como motivo de anulación del laudo «que el laudo es contrario al orden público».

Ha de tenerse en cuenta que la LA establece como fundamento del proceso de anulación, la alegación y prueba de ciertos motivos tasados —a lo cual se refiere el art. 41.1º LA con la inequívoca expresión de que el laudo «sólo podrá ser anulado» cuando concorra alguna de las causas que enumera a continuación, en la misma línea de lo dispuesto en la LA/1988—. El carácter tasado de los motivos de anulación es consustancial al sistema de impugnación de los laudos. Así, sigue sin reconocerse la posibilidad de impugnar el laudo cuando se hubiera infringido normas del ordenamiento jurídico material [*vid.* ATC 231/1994, de 18 de julio] (14) .

La Sentencia expone que «en relación con las causas de anulación del laudo arbitral que recoge el art. 42 [*sic*] de la Ley de Arbitraje, la vulneración del orden público, señalada en la letra f) [del art. 41.1º LA], es sin duda la que genera mayor complejidad y desde luego mayor litigiosidad», como no podía ser de otra forma.

Y, prosigue, centrándose en el concepto de orden público, que debe entenderse como «aquel conjunto de principios, normas rectoras generales y derechos fundamentales constitucionalizados en el Ordenamiento Jurídico español, siendo sus normas jurídicas básicas e inderogables por la voluntad de las partes, tanto en lo social como en lo económico (STC 54/1989, de 23 de febrero;

anteriormente en STC 43/1986, de 15 de abril; y posteriormente [sic] 132/1991, de 17 de junio y [sic] 91/2000, de 30 de marzo), y por ende, a los efectos previstos en el citado artículo, debe considerarse contrario al orden público, aquel Laudo que vulnere los derechos y libertades fundamentales reconocidos en el Capítulo II, Título I de la Constitución, garantizados a través de lo dispuesto en términos de generalidad en el art. 24 de la misma, incluyendo la arbitrariedad patente referida en el art. 9.3º CE, y desde luego, quedando fuera de este concepto la posible justicia del Laudo, las deficiencias del fallo o el modo más o menos acertado de resolver la cuestión».

Concluye la Sentencia, que comentamos, estas consideraciones sobre el orden público, expresando que «siendo ello así, es decir, excluyéndose del ámbito de enjuiciamiento de la acción de anulación la valoración del acierto o desacierto de la decisión arbitral, ninguno de los supuestos contenidos en el art. 41.1º LA puede utilizarse como vía para eliminar supuestas injusticias de fondo contenidas en el laudo o el modo más o menos acertado de resolver la cuestión».

Como ya hemos señalado más arriba, la STC 46/2020, de 15 de junio, interpreta el concepto de «orden público», como motivo de la acción de anulación contra el laudo, acotándolo en sus justos términos. Y así declara esta STC que «el ensanchamiento del concepto de «orden público» que realizan las resoluciones impugnadas para llevar a cabo una revisión de fondo del litigio por el órgano judicial, lo que pertenece en esencia sólo a los árbitros, desborda el alcance de la acción de anulación y despreja el poder de disposición o justicia rogada de las partes del proceso».

Como muy bien señala el Tribunal Constitucional en la mencionada Sentencia «puede decirse que el orden público comprende los derechos fundamentales y las libertades garantizados en la Constitución, así como otros principios esenciales indisponibles para el legislador por exigencia constitucional o de la aplicación de principios admitidos internacionalmente». Y continúa, «precisamente porque el concepto de orden público es poco nítido se multiplica el riesgo de que se convierta en un mero pretexto para que el órgano judicial reexamine las cuestiones debatidas en el procedimiento arbitral desnaturalizando la institución arbitral y vulnerando al final la autonomía de la voluntad de las partes. El órgano judicial no puede, con la excusa de una pretendida vulneración del orden público, revisar el fondo del asunto sometido a arbitraje y mostrar lo que es una mera discrepancia con el ejercicio del derecho de desistimiento de las partes».

Como es conocido, tras esta STC 46/2020, de 15 de junio, el Alto Tribunal ha dictado otras tres sentencias en materia de acciones de anulación que han supuesto un evidente y decisivo apoyo al arbitraje, aunque a los efectos que aquí nos interesan sólo tienen relevancia la STC 17/2021, de 15 de febrero, y la STC 65/2021, de 15 de marzo (15) .

La STC 17/2021, de 15 de febrero, que entre otras cuestiones, vuelve a interpretar el concepto de «orden público» como motivo de la acción de anulación contra el laudo acotándolo en el sentido de que la «valoración del órgano judicial competente sobre una posible contradicción del laudo con el orden público, no puede consistir en un nuevo análisis del asunto sometido a arbitraje sustituyendo el papel del árbitro en la solución de la controversia, sino que debe ceñirse al enjuiciamiento respecto a la legalidad del convenio arbitral, la arbitrabilidad de la materia y la regularidad procedimental del desarrollo del arbitraje» (16) .

Y la STC 65/2021, de 15 de marzo, según la cual el Tribunal Constitucional entiende que el «ensanchamiento del concepto de orden público que realiza la resolución impugnada para revisar el fondo del litigio, excede del alcance de la acción de anulación, al margen de desconocer el poder de enjuiciamiento de los árbitros y la autonomía de la voluntad de las partes vulnerando el art. 24.1º CE» (17).

IV. CADUCIDAD DE LA ACCIÓN DE ARBITRAJE EJERCITADA

En el presente asunto, en uno de los procedimientos arbitrales, se planteó por la Cooperativa, parte demandada en ambas actuaciones arbitrales, la caducidad de la acción ejercitada porque a su entender a la fecha de interposición de la demanda de arbitraje por los herederos legales de la fallecida había transcurrido el plazo de caducidad previsto en el art. 28.6º de la Ley de Cooperativas de Castilla—La Mancha, que es de cuarenta días (18). A ello se opusieron los demandantes en el procedimiento arbitral porque «consideran que desde la interposición de la demanda de solicitud de arbitraje por los herederos (...), de la que fueron apartados por la secretaría de Arbitraje, Conciliación y Mediación (...) hasta la presentación de nuevo escrito de solicitud de arbitraje por los herederos legales de dicha señora (...) sólo habían transcurrido 21 días».

El árbitro en su laudo, como se recoge en la Sentencia, consideró que «si bien, como se indica por la demandada, han transcurrido más de los cuarenta días hábiles [entendemos que son naturales] señalados en la norma para recurrir desde la comunicación de la desestimación del recurso de la ex socia, es más que evidente que la caducidad invocada no puede operar, ya que también olvida la Cooperativa que hay motivos obligados que interrumpen el cómputo de los plazos», como se recoge más abajo.

La Cooperativa invoca ahora, como causa de anulación del laudo, «la desestimación de la caducidad de la acción de arbitraje opuesta» en el procedimiento arbitral correspondiente, por entender «que habían [sic] transcurrido el plazo de 40 días de caducidad previsto en el art. 28.6º de la Ley de Cooperativas de Castilla—La Mancha. Alega que tratándose de un plazo de caducidad no admite interrupción, y pese a ello, el laudo arbitral, tras afirmar que habían transcurrido más de los 40 días indicado [sic], consideró que el cómputo del plazo quedó interrumpido por circunstancias concurrentes no caprichosas y que en definitiva tienden a la protección de las personas en situación de incapacidad (solicitud de nombramiento de defensor judicial para la madre de los actores que finalmente no fue necesaria debido al fallecimiento de esta, siguiendo los herederos los trámites inherentes al derecho sucesorio, hasta cuya conclusión —afirma el laudo— quedó interrumpido el plazo de caducidad de cuarenta días hábiles [como ya hemos dicho, entendemos que son naturales] exigidos por la normas [sic]».

No estamos de acuerdo en que se equipare el ejercicio de la acción de derecho material correspondiente en el procedimiento arbitral, con el ejercicio de la acción de anulación contra el laudo

La Sentencia expone que «el plazo de caducidad a que se refiere el art. 54.6º (19) del referido texto legal es de naturaleza sustantiva no procesal, porque la Ley de Arbitraje, a diferencia de la anterior que hablaba de «recurso» de anulación, hace referencia al ejercicio de la «acción» de nulidad, por lo que su cómputo se hace conforme a la legislación civil, no a la procesal; además, así se desprende de la Exposición de Motivos (apartado II) cuando en relación al art. 5 (notificaciones, comunicaciones y cómputo de plazos) explica que el cómputo de los plazos fijados por días, será por días naturales (20) ; de manera que debe ser ejercitado ineludiblemente en el tiempo determinado en la ley; se trata de un plazo «fatal», que implica la extinción de un derecho que nace con un plazo de vida, un derecho de duración limitada y se extingue por el transcurso de [sic] plazo sin necesidad de otro requisito; por ello la caducidad puede y debe ser apreciada de oficio, no siendo susceptible de interrupción».

En nuestra opinión, aunque la conclusión a que llega la Sentencia es la correcta, con lo que no estamos de acuerdo es que equipare el ejercicio de la acción de derecho material correspondiente en el procedimiento arbitral, con el ejercicio de la acción de anulación contra el laudo, que aunque tienen la misma naturaleza en cuanto al cómputo del plazo de ejercicio (arts. 5 Cc y 5 LA, respectivamente, el primero aplicable al ejercicio de la acción en el arbitraje y el segundo aplicable a las actuaciones en el procedimiento arbitral y, por supuesto, al ejercicio de la acción de anulación), son dos acciones diferentes, como se comprueba que ocurría en la legislación de 1988 que al denominarse «recurso de anulación» se consideraba, generalmente, que tenía naturaleza procesal (21) .

Según la Sentencia comentada, «hay que dar la razón a la Cooperativa demandante porque, en efecto, a la fecha de interposición de la demanda de arbitraje por los herederos legales (...) había transcurrido sobradamente el plazo de caducidad de 40 días establecido en el art. 28.6º de la Ley de Cooperativas de Castilla—La Mancha». Así, la Sala entiende que «la demanda de arbitraje no pudo producir efecto alguno sobre el plazo de caducidad, porque es la propia parte representante» de la luego fallecida, «la que declara no continuar el ejercicio de la acción ejercitada al desistir expresamente del procedimiento arbitral». «Las circunstancias motivadoras de esta decisión, que el laudo arbitral (...) considera atendibles para desestimar la caducidad alegada por la parte demandada (fundamentalmente el inicio de expediente de nombramiento de defensor judicial), podrían haber sido alegadas por el representante» de dicha señora «en el procedimiento en orden a permitir la obtención de los requisitos procesales exigidos por la Comisión de Arbitraje, pero resulta obvio que no pueden operar cuando se ha renunciado expresamente a la acción, pues por muy loable que sea el criterio del árbitro al dar cabida a las circunstancias particulares del caso para mantener viva la acción ejercitada, su admisión desdibujaría hasta hacer irreconocible no solo la caducidad de la acción sino la propia figura del desistimiento, al vulnerar normas básicas que afectan a la seguridad jurídica como uno de los pilares del Estado de Derecho (art. 9.2º CE) en la medida que la sumisión a unas reglas de juego jurídico conocidas de antemano por todos facilita la buena fe en el tráfico jurídico y dota a las relaciones jurídicas de la fortaleza necesaria para la armonía social».

La Sentencia, con base en lo anterior, mantiene que «procede la estimación de la caducidad de la

acción de arbitraje ejercitada por los herederos legales» de la fallecida.

V. VULNERACIÓN DEL DERECHO DE CONTRADICCIÓN

La Cooperativa demandante alega la infracción del motivo del art. 41.1º.f) LA, «Que el laudo es contrario al orden público», por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, «concretamente de los derechos de audiencia y contradicción», conforme a los arts. 24 y 30 LA relativos a los «principios de igualdad, audiencia y contradicción» y a la «forma de las actuaciones arbitrales», respectivamente, invocando que el árbitro resolvió «sobre un documento (Estatutos de DCOOP) que no obra en el procedimiento arbitral por lo que no tuvo conocimiento del mismo al objeto de poderlo impugnar».

Como es sabido, el principio de audiencia o contradicción está vinculado al derecho de defensa que se configura como el conjunto de todas las oportunidades de alegación y de prueba que el ordenamiento concede a los litigantes, su privación o la limitación de alguno de dichos medios de defensa se conoce como «indefensión» (22).

Según nuestro criterio, la denuncia de estas infracciones por la parte debería haberse llevado por la vía del motivo b) del art. 41.1º LA «que no ha sido debidamente notificada de la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales o no ha podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos», en concreto por el submotivo segundo, «indefensión provocada por causas distintas a los defectos en la comunicación». Como hemos dicho, «la LA se aparta de la concreción con la previsión de una fórmula abierta, susceptible de ser aplicada a cualquier situación, lo cual es más que razonable habida cuenta la imposibilidad de recoger analíticamente las diversas posibilidades. En cualquier caso, debe advertirse la íntima conexión de este apartado con lo establecido en el art. 24.1º LA, según el cual son principios informadores del procedimiento arbitral los de igualdad, audiencia y contradicción. De manera que también la infracción de cualquiera de esos principios podrá ser denunciada a través de este submotivo, siempre que llevara aparejada indefensión» (23) y, no como lo ha articulado la parte actora a través del art. 41.1º.f) LA, máxime la doctrina del Tribunal Constitucional que interpreta el concepto de «orden público».

Como se recoge en la Sentencia, «a juicio de la Sala (...) el laudo apoya su convicción en la Ley 13/2013 de Fomento de la Integración de Cooperativas, en cuanto impone la obligación de que se haga constar expresamente en los estatutos de las cooperativas la obligación de los productores de entregar la totalidad de su producción para su comercialización en común, lo que supone que no pueda considerarse una mera relación instrumental o de colaboración sino que la integración en una cooperativa de segundo grado afectan [sic] a las actividades cooperativizadas y, por tanto, a la propia gestión de la Cooperativa (...), y en consecuencia a las relaciones ordinarias entre los socios y las cooperativas que se encuentran integradas dentro de DCOOP se han de ver afectadas necesariamente tanto en el momento de la entrada como en el de la salida de la cooperativa de primer grado en la de segundo. El árbitro hubiera llegado a la misma conclusión sin tomar en consideración los Estatutos de DCOOP, únicamente con fundamento en la citada Ley 13/2013».

Y así, la Sala mantiene que «en consecuencia, la ausencia en el procedimiento arbitral del citado

documento, no ha provocado lesión del derecho a la tutela judicial efectiva, no ha producido indefensión a la demandante, al haber resuelto el laudo la cuestión sometida a arbitraje con apoyo en preceptos normativos vigentes, y mediante un argumento en absoluto arbitrario, sobre cuya rectitud jurídica no puede pronunciarse esta Sala en el estrecho margen del presente procedimiento, por lo que procede la desestimación de la alegación objeto del segundo motivo sobre el que la parte actora sostiene la anulación» de este laudo.

VI. INCONGRUENCIA DEL LAUDO

Se alega por la Cooperativa la incongruencia del laudo «al negar la existencia de nuevas o distintas cargas sobre los socios a las suscritas con anterioridad a la salida de la Cooperativa (...) de la DCOOP», «y finalmente calificar como justificada la baja de los socios demandados de aquella entidad».

La Sala parte de que «entendiendo la congruencia como la actuación de la parte dispositiva del laudo con lo sometido a su decisión, en una aplicación analógica del deber de congruencia de las sentencias, la Sala entiende que no concurre causa de anulación ni de la letra f) del art. 41.1º LA, ni de la letra c) del mismo precepto y norma, prevista expresamente para los supuestos en que los árbitros hayan resuelto sobre cuestiones no sometidas a su decisión. El árbitro se pronuncia sobre lo que le ha sido planteada: si es justificada o injustificada la baja de los socios demandados de la Cooperativa «Nuestra Sra. del Egido», considerando que no es injustificada, como había estimado la Cooperativa».

Vuelve a llamar la atención que la demandante articule la «incongruencia» por el motivo f) del art. 41.1º LA, que es el relativo a «que el laudo es contrario al orden público», y no, únicamente, por el motivo c) del mismo precepto «que los árbitros han resuelto sobre cuestiones no sometidas a su decisión».

La Sentencia declara que

«... si lo que se denuncia es una suerte de "incongruencia interna", como contradicción entre los argumentos del cuerpo del laudo y el resultado final, debe hacerse ver que la entidad demandante parte de una premisa incompleta, cual es considerar como tal que el laudo niega la existencia de nuevas o distinta [sic] cargas sobre los socios a las suscritas con anterioridad a la salida de la Cooperativa (...), olvidando que tras esa afirmación sigue explicando que "hay que valorar el grado de compromiso y el contenido obligacional que ha conllevado la inicial incorporación a la entidad de grado superior y las consecuencias derivadas de la posterior salida", por las consideraciones a las que nos referimos en el fundamento de derecho anterior, esto es, por el grado de compromiso que acarrea la integración o la separación de la cooperativa de segundo grado».

Y concluye la Sala que, siendo estimada solamente la causa relativa a la caducidad de la acción de arbitraje ejercitada, procede la estimación parcial de la demanda y en consecuencia la anulación de ese laudo, desestimándose el resto de pretensiones ejercitadas en esa impugnación. Por su parte, la otra demanda de anulación es desestimada al no prosperar ninguno de los motivos de impugnación.

VII. COSTAS

En la Sentencia se invoca el art. 394 LEC, aplicable según la Sala, «ante la falta de disposición expresa en la normativa de arbitraje y la remisión procedimental que allí se efectúa al juicio verbal», y se condena a los demandados (herederos de la fallecida) al pago de las costas causadas a la Cooperativa, aunque al haber sido una estimación parcial, a pesar de que se declara la nulidad total del laudo, en el fallo se lee «estimamos la demanda» sin referencia al carácter parcial, lo acertado hubiera sido que cada parte abonara las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad, de acuerdo al art. 394.2º LEC, a no ser que hubiera méritos para imponerlas a una de ellas por haber litigado con temeridad, lo que no se justifica en la sentencia.

Por el contrario, en el otro proceso de anulación, se condena a la parte demandante, la Cooperativa, al pago de las costas causadas a los demandados al haberse desestimado totalmente la acción de anulación.

BIBLIOGRAFÍA

ARAGONESES MARTÍNEZ, S. y HINOJOSA SEGOVIA, R., *Lecciones de Derecho Procesal Civil. Introducción, parte general, procesos declarativos ordinarios y sus especialidades*, Madrid, Cerasa, 2008.

FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. (cood), «Nuevos derroteros del arbitraje en España a la luz de la doctrina reciente del Tribunal Constitucional», *Especial monográfico, en La Ley Mediación y Arbitraje*, abril, 2021/06, 224 pp. y *El proceso arbitral en España a la luz de la doctrina del Tribunal Constitucional*, Madrid, Corte Civil y Mercantil de Arbitraje, Wolters Kluwer, 2021, 253 pp.

HINOJOSA SEGOVIA, R., «Comentario a la STC 46/2020, de 15 de junio. El Tribunal Constitucional delimita el concepto de "orden público" en la anulación de los laudos arbitrales», en *El Notario del Siglo XXI. Revista del Ilustre Colegio Notarial de Madrid*, n.º 93, septiembre—octubre 2020, pp. 56—63.

HINOJOSA SEGOVIA, R., «Comentario a las SSTC 55/2021 y 65/2021, de 15 de marzo. El Tribunal Constitucional enmienda la plana de nuevo al TSJ de Madrid», en *El Notario del Siglo XXI. Revista del Ilustre Colegio Notarial de Madrid*, n.º 97, mayo—junio 2020, pp. 84—89.

HINOJOSA SEGOVIA, R., «De la anulación y de la revisión del laudo (Arts. 40—43)», en *Comentario a la Ley de Arbitraje* (A. De Martín Muñoz y S. Hierro Anibarro, coods.), Madrid—Barcelona, Marcial Pons, 2006, pp. 507 y ss.

HINOJOSA SEGOVIA, R., *El recurso de anulación contra los laudos arbitrales. (Estudio jurisprudencial)*, Madrid, Edersa, 1991

.....

(1)

Roj: STSJ CLM 2818/2020.

[Ver Texto](#)

(2)

Sobre el proceso de anulación, *vid.* R. Hinojosa Segovia, «De la anulación y de la revisión del laudo (Arts. 40—43)», en *Comentario a la Ley de Arbitraje* (A. De Martín Muñoz y S. Hierro Anibarro, coords.), Madrid—Barcelona, Marcial Pons, 2006, pp. 507 y ss.

[Ver Texto](#)

(3) Es la STSJ CLM 4/2015, de 16 de diciembre [Roj: STSJ CLM 3770/2015].

[Ver Texto](#)

(4) Es la STSJ CLM 3/2016, de 17 de marzo [Roj: STSJ CLM 862/2016].

[Ver Texto](#)

(5)

Es la STSJ CLM 1/2019, de 25 de marzo [Roj: STSJ CLM 931/2019].

[Ver Texto](#)

(6)

En aquél momento, contra los laudos arbitrales de equidad se preveía dicho recurso de nulidad, regulado en el art. 30 LA de 1953.

[Ver Texto](#)

(7) Es la STC 43/1988, de 16 de marzo.

[Ver Texto](#)

(8) Es el ATC 259/1993, de 20 de julio.

[Ver Texto](#)

(9) Hay que tener en cuenta el art. 7 LA sobre «Intervención judicial», según el cual «en los asuntos que se rijan por esta ley no intervendrá ningún tribunal, salvo en los casos en que ésta así lo disponga».

[Ver Texto](#)

(10) Es la Exposición de Motivos de la LA.

[Ver Texto](#)

(11) Recurso de queja 1207/2005. Roj: 4493/2006.

[Ver Texto](#)

- (12) Puede verse nuestro artículo «Comentario a la STC 46/2020, de 15 de junio. El Tribunal Constitucional delimita el concepto de "orden público" en la anulación de los laudos arbitrales», en *El Notario del Siglo XXI. Revista del Ilustre Colegio Notarial de Madrid*, septiembre—octubre 2020, n.º 93, pp. 56—63.
- [Ver Texto](#)
- (13) Puede verse también la STJCE de 1 de junio de 1999, asunto *Eco Swiss* [TJCE\1999\110][Apartado 35] según la cual «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».
- [Ver Texto](#)
- (14) *Vid.* R. Hinojosa Segovia, «De la anulación y de la revisión...», *loc. cit.*, p. 516 y 517.
- [Ver Texto](#)
- (15) La tercera es la STC 55/2021, de 15 de marzo, la cual reafirma que el proceso de anulación puede concluir de forma anticipada en casos de terminación anormal.
- [Ver Texto](#)
- (16) Sobre la STC 17/2021, de 15 de febrero, pueden verse los comentarios recogidos en «Nuevos derroteros del arbitraje en España a la luz de la doctrina reciente del Tribunal Constitucional», *Especial monográfico*, en *La Ley Mediación y Arbitraje*, abril, 2021 /06, 224 pp. y *El proceso arbitral en España a la luz de la doctrina del Tribunal Constitucional*, Coordinador J.C. Fernández Rozas, Corte Civil y Mercantil de Arbitraje, Wolters Kluwer, Madrid, 2021, 253 pp.
- [Ver Texto](#)
- (17) Puede verse nuestro artículo «Comentario a las SSTC 55/2021 y 65/2021, de 15 de marzo. El Tribunal Constitucional enmienda la plana de nuevo al TSJ de Madrid», en *El Notario del Siglo XXI. Revista del Ilustre Colegio Notarial de Madrid*, mayo—junio 2020, n.º 97, pp. 84—89.
- [Ver Texto](#)
- (18) El art. 28 de la Ley 11/2010, de 4 de noviembre, de Cooperativas de Castilla—La Mancha, relativo a la «Baja voluntaria», establece en su párrafo II que «En todo caso, la resolución del recurso podrá ser impugnada ante la jurisdicción competente en el plazo de cuarenta días desde su notificación, de conformidad con lo establecido en esta Ley para la impugnación de acuerdos sociales de la asamblea general».
- [Ver Texto](#)
- (19) El art. 54.6º I *in fine* de la Ley 11/2010, de 4 de noviembre, de Cooperativas de Castilla—La Mancha, relativo a la «Impugnación de acuerdos de la asamblea general», dispone «la acción de impugnación de acuerdos anulables caducará transcurrido cuarenta días, desde su adopción o inscripción».

Este mismo art. 54, en su n.º 7 II, establece que «Siempre que se observaren las distintas formalidades exigidas para poder acudir al arbitraje cooperativo, también podrá utilizarse como un alternativo mecanismo extrajudicial de resolución de conflictos en el caso de impugnación de los acuerdos sociales».

[Ver Texto](#)

(20) La Exposición de Motivos LA (Apartado II, párrafo 11] declara que «El art. 5 establece la regla sobre notificaciones, comunicaciones y cómputo de plazos, que se aplican tanto a las actuaciones tendentes a poner en marcha el arbitraje como al conjunto de su tramitación. Se regula la forma, el lugar y el tiempo de las notificaciones y comunicaciones. Respecto del cómputo de los plazos por días, se dispone que se trata de días naturales. Esta regla no es aplicable en el seno de los procedimientos judiciales de apoyo o control del arbitraje, en que rigen las normas procesales, pero sí a los plazos establecidos, en su caso, para la iniciación de dichos procedimientos, como, por ejemplo, el ejercicio de la acción de anulación». En nuestra opinión, una cosa es el ejercicio de la acción civil correspondiente que se pretende ejercitar en un procedimiento arbitral, sometida a su regulación de derecho material, y otra son las actuaciones tendentes a poner en marcha el arbitraje, las realizadas en el seno del procedimiento arbitral o incluso tendentes a poner en marcha actuaciones jurisdiccionales, en las que se aplica el art. 5 LA, y, por otro, las actuaciones propiamente procesales en las que corresponde aplicar su propia legislación. Como decimos en el texto principal es verdad que coincide la solución pero son acciones diferentes a nuestro juicio.

[Ver Texto](#)

(21) Se puede ver mi monografía *El recurso de anulación contra los laudos arbitrales. (Estudio jurisprudencial)*, Madrid, Edersa, 1991, pp. 509—510.

[Ver Texto](#)

(22) Vid. S. Aragonese Martínez y R. Hinojosa Segovia, *Lecciones de Derecho Procesal Civil. Introducción, parte general, procesos declarativos ordinarios y sus especialidades*, Madrid, Cersa, 2008, p. 33.

[Ver Texto](#)

(23) Vid. R. Hinojosa Segovia, «De la anulación y de la revisión...», *loc. cit.*, pp. 528 y 529.

[Ver Texto](#)

Confirmación de la doctrina del Tribunal Supremo sobre swaps

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 19 de noviembre de 2020

Confirmation of the Supreme Court's doctrine on swaps

La sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid toma su decisión en un caso donde el cliente bancario solicita la anulación del contrato de swap firmado con los bancos, siguiendo escrupulosamente la doctrina que el Tribunal Supremo ha establecido para estos casos, no solo referente al problema de la nulidad del convenio arbitral, sino también en lo tocante a la caducidad de la acción, la inexcusabilidad del error y la renuncia de acciones

Swap, Validez del convenio arbitral, Principio *Kompetenz–Kompetenz*, Caducidad, Error en el consentimiento.

The decision of the Provincial Court of Madrid takes its decision in a case where the bank client requests the annulment of the swap contract signed with the banks, scrupulously following the doctrine that the Supreme Court has established for these cases, not only with regard to the problem of the nullity of the arbitration agreement, but also with regard to the lapse of the action, the inexcusability of the error in consent and the waiver of actions.

Swap, Validity of the arbitration agreement, *Kompetenz–Kompetenz* principle, Lapse of actions, Error in consent.



Francisco G. Prol Pérez

Abogado y Árbitro (f.prol@prol-legal.com)

I. PRECISIÓN PREVIA

La sentencia de la audiencia Provincial de Madrid, número 381/2020, de 19 de noviembre (de aquí en adelante «la Sentencia») objeto de comentario, viene a confirmar la doctrina del Tribunal Supremo sobre los distintos puntos que son tratados en la mencionada sentencia.

La Sentencia resuelve el recurso de apelación interpuesto por Banco de Santander, S.A. y Caixabank, S.A contra la sentencia del Juzgado de Primera Instancia n.º 43 de Madrid que decretaba la nulidad de los contratos de permuta financiera suscritos por Colegio Nova Hispalis, Sociedad Cooperativa Madrileña con Banco Santander y Caixa el 25 de junio de 2009. La Sentencia confirma la sentencia

de Primera Instancia, declarando no haber lugar al recurso.

El objeto de estos comentarios es poner de manifiesto cuál es la doctrina del Tribunal Supremo respecto a los temas tratados por la Sentencia e insistir (desde el profundo respeto que merecen al autor las decisiones de nuestro alto tribunal) en algunos planteamientos alternativos que deberían ser considerados a la hora de mantener la mencionada doctrina.

Antes de pasar al estudio de los temas tratados por la Sentencia, es necesario mencionar que todos los comentarios que se realizan en el mencionado trabajo, se refieren al caso de un swap de tipos de interés.

En numerosas ocasiones las decisiones tanto judiciales como arbitrales relativas a litigios surgidos de los contratos de swap, se refieren a relaciones contractuales que no pueden considerarse como swap, sino, en todo caso, como contratos por diferencias

En numerosas ocasiones, las decisiones tanto judiciales como arbitrales, relativas a litigios surgidos de los contratos de swap, se refieren a relaciones contractuales que no pueden considerarse como swap, sino, en todo caso, como contratos por diferencias. Son fundamentales las diferencias entre ambos tipos de contratos.

Mientras en los contratos de swaps de tipos de interés estamos en presencia de una relación contractual que puede ser considerada sin problemas como de permuta (y posteriormente de compensación), en los contratos por diferencias la situación es totalmente distinta, pues, normalmente, contemplan el pago por una de las partes de una cantidad, consecuencia de realizar los cálculos que se han pactado sobre, por ejemplo, un determinado índice.

En el caso de los contratos por diferencias no encontramos ni la existencia de una relación de permuta ni de una relación compensatoria. En estos tipos contractuales habrá un cierto alias, sí, pero que afectará al pago del montante de las cantidades que deba de ser satisfecho por la parte pagadora, pero que no implica una obligación equivalente (no en el monto, pero si en el carácter) de la otra parte (como ocurre en el swap de tipos de interés).

Pasemos ya al estudio de los distintos temas que son abordados por la sentencia, cuya opinión vamos a tratar de resumir en este artículo.

II. JURISDICCIÓN COMPETENTE

En primer lugar, la sentencia aborda el problema de cuál es la jurisdicción competente, ya que Caixabank había pedido la nulidad de la sentencia de instancia por falta de competencia del juzgado que conoció de ella, en atención a la cláusula de sometimiento arbitraje contenida en el CMOF

(anexo).

Para decidir sobre este tema, la Sentencia busca apoyo en la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 27 de junio de 2017 (1) (de aquí en adelante «la STS»). Esta sentencia, ya comentada (2), se aproxima al estudio de la extensión del control que el juzgador civil debe efectuar sobre la validez del convenio arbitral y a la supuesta independencia contractual entre el CMOF y las confirmaciones de las operaciones financieras cubiertas por el CMOF, desde un punto de vista que merece una seria reflexión.

En punto a decidir cuál es la extensión del enjuiciamiento del convenio arbitral por el órgano jurisdiccional que debe decidir sobre la declinatoria, la STS distingue entre dos criterios a la hora de establecer dicha extensión. El Tribunal Supremo reconoce la existencia y aplicación al arbitraje del principio de *Kompetenz–Kompetenz*. Sin embargo, a la hora de delimitar la aplicación de este principio a un procedimiento distingue entre la tesis «fuerte» (que sostendría que el juez debe realizar un análisis superficial del convenio arbitral a la hora de decidir sobre la declinatoria) y la tesis «débil» (3) (en la que el juez debe proceder al enjuiciamiento completo sobre la validez, eficacia y aplicabilidad del convenio arbitral).

El Tribunal Supremo se declara, sin ningún género de dudas, partidario de utilizar la tesis «débil», de forma que «... *El enjuiciamiento que ha de realizar el órgano judicial sobre la validez y eficacia del convenio arbitral y sobre las cuestiones objeto de la demanda en el ámbito de la materia arbitrable, no está sometido a restricciones y no debe limitarse a una comprobación superficial de la existencia del convenio arbitral* » .

Esta toma de posición del Tribunal Supremo referente a la extensión del control del juez civil sobre la validez del convenio arbitral, desvirtúa notablemente la aplicación del principio *Kompetenz–Kompetenz* antes visto y no se corresponde con el respeto al principio *in favor arbitri* que debería presidir las decisiones que toman los jueces, a la hora de permitir que un litigio determinado sea ventilado en un procedimiento arbitral y no en uno judicial. Por otro lado, la mayor parte de los tribunales de países de nuestro entorno siguen, a la hora de fijar la extensión del control de la validez del laudo por el juez civil, la tesis contraria a la que como hemos visto es secundada por nuestro Tribunal Supremo (4) .

La Sentencia sigue a pie juntillas esta filosofía mantenida por el Tribunal Supremo y, aplicando la tesis débil, no entiende válido el convenio arbitral que aparecía en el CMOF, confirmando la denegación de la declinatoria, decidida por el Juzgado de Primera Instancia, pues estima que el convenio arbitral no es válido por las razones que se apuntan en el cuerpo de la Sentencia.

En resumen, la Sentencia no entiende válido el convenio arbitral por una razón fundamental; las partes no habían hecho constar, de forma indubitada («explícita, clara, terminante e inequívoca» dice la STS), su deseo de someter la resolución de sus diferencias a arbitraje.

Así, y siguiendo siempre la estela de la STS, la Sentencia reconoce como correcta la aplicación de la regla de interpretación *contra preferentem* contenida en los arts. 1288 Cc y 6.2º de la Ley de

Condiciones Generales de la Contratación, ya que, según se dispone en el art. 9.2º LA/2003, si el convenio arbitral está contenido en un contrato de adhesión, la validez de dicho convenio y su interpretación se regirán por lo dispuesto en las normas aplicables a dicho contrato.

La STS no quiere dejar lugar a las dudas de la importancia que otorga al carácter de adhesión del contrato de swap entre el banco y el cliente, cuando dice:

«... la interpretación "elástica" del convenio arbitral a que ha hecho referencia alguna sentencia de esta sala (sentencia 605/2005, de 12 de julio), que permita que el convenio arbitral tenga un efecto expansivo y abarque todas las cuestiones relacionadas con el objeto del arbitraje (sentencia 741/2007, de 2 de julio), puede ser aplicable a aquellos convenios arbitrales concertados por negociación, pero no a los contenidos en contratos de adhesión, puesto que tal interpretación no se compadecería con el fundamento de la institución del arbitraje, que es la voluntad "explícita, clara, terminante e inequívoca" de las partes, pero de ambas partes, de renunciar a la posibilidad de someter las controversias a la jurisdicción».

Al aplicarse la legislación sobre condiciones generales de la contratación y la interpretación estricta de la aplicación del principio *contra preferentem*, se llega fácilmente a la conclusión de que, al estar incluida la cláusula de sometimiento a arbitraje en el CMOF y no en las sucesivas confirmaciones, que sean necesarias para la efectividad de aquel, no se puede entender prestada la conformidad de, al menos una de las partes—el cliente— a la sumisión a arbitraje.

Hablar de que el CMOF y las confirmaciones tienen una sustantividad
negocial diferenciada no se compadece adecuadamente con el
funcionamiento de una operación de swap contratada a través del
CMOF

Y de lo dicho en el párrafo anterior, se deduce otra de las razones para no aceptar la validez del convenio arbitral. La STS (y la Sentencia, que sigue los postulados de ésta) entiende que el CMOF y las necesarias confirmaciones son dos contratos distintos. La STS dice:

«No es suficiente con la suscripción del CMOF para que, en su ejecución, se entiendan concertados el Swap y el put, sino que es necesaria una nueva prestación de consentimiento para la concertación de estos nuevos contratos, mediante la suscripción de las correspondientes "confirmaciones", que tienen una sustantividad negocial diferenciada del contrato de CMOF y de la simple ejecución de este».

En mi opinión, hablar de que el CMOF y las confirmaciones tienen una sustantividad negocial diferenciada, no se compadece adecuadamente con el funcionamiento de una operación de swap contratada a través del CMOF. Este contrato es un contrato marco, es decir contempla las reglas básicas de las relaciones contractuales que pueden entablar el banco y el cliente y la oferta de

aquellos productos susceptibles de ser contratados a través de este contrato marco.

Las operaciones de swaps, una de las que pueden ser acordadas entre el banco y el cliente de acuerdo a las disposiciones del CMOF, necesitan primero la firma de este contrato marco, para saber que dicha operación de swap es la elegida por el banco y el cliente (y no un *put* o un *call*, a las que también se aplican las normas del CMOF) y los parámetros básicos en los que se va a desarrollar dicha operación de swap, esto es; las reglas que van a regir las relaciones de permuta y de compensación de las cantidades que han de ser abonadas por las partes en el momento de las sucesivas liquidaciones.

Como podemos observar, el CMOF es un documento que por sí mismo no sirve para establecer relaciones contractuales entre el banco y el cliente. En el CMOF se ofrece la posibilidad de realizar una serie de operaciones financieras dentro del marco de las reglas que se pactan en dicho contrato marco. Parece difícil aceptar entonces que podamos hablar de la «*simple ejecución del CMOF*», ya que sin la confirmación, en la que se precisen los detalles de la operación financiera contratada entre las partes, el CMOF no es capaz, por sí solo, de generar obligaciones contractuales entre las partes.

Igualmente, Las «confirmaciones» tampoco pueden por sí mismas generar obligaciones contractuales, pues no contienen más que la precisión del detalle de los aspectos financieros de la operación (día de valor, montante, fecha de inicio de la operación, fecha de liquidación, plazo por el que se contrata, etc.), pero carecen de la regulación de la normativa general que las partes acuerdan que sea aplicable al contrato de swap (forma en la que se realiza la permuta, reglas aplicables a la compensación, etc.).

Todo lo anteriormente dicho parece confirmar que el CMOF y las confirmaciones no pueden producir efectos independientemente el uno del otro. Sí se puede predicar de estos dos documentos (el CMOF y las confirmaciones) una cierta unidad «documental», sin la cual la operación de swap no puede producir efectos, pues ambos documentos son necesarios para la adecuada estructuración de este tipo de operaciones.

Así como en aquellos contratos de compraventa, en los que se fija el precio en relación, por ejemplo, con un determinado índice, se admite sin problema alguno que tal fijación se realice a través de un anexo al contrato, que no forma parte del cuerpo del mismo, pero sin el cual es imposible definir con precisión un elemento esencial de dicho contrato, cuál es el precio, en el caso del Swap no parece que tampoco haya muchos problemas en admitir que la confirmación es un elemento necesario para la correcta estructura de la operación de swap, pero sin que dicha confirmación deba considerarse como un contrato independiente del contrato marco, sino como complemento del mismo para la perfecta ejecución de la operación de swap.

Si se admitiese como válida esta teoría de la unidad documental (pero no negocial) del CMOF y las confirmaciones, no parece que habría problemas a la hora de admitir que el convenio arbitral inserto en el contrato marco, expresa la voluntad de las partes de someter la operación de swap a arbitraje.

III. CADUCIDAD DE LA ACCIÓN EJERCITADA POR EL CLIENTE

El Banco Santander alegó la caducidad de la acción ejercitada por el cliente, pues aunque el banco reconoce una evolución de la jurisprudencia del Tribunal Supremo en el sentido de considerar como *dies a quo* (a los efectos de iniciar el cómputo previsto en el art. 1301 Cc) el momento de la consumación o extinción del contrato, sostenía que en el caso que estudia la Sentencia, se habría acreditado el conocimiento por el cliente del funcionamiento del swap, por sus cuentas anuales y por los documentos elaborados en seguimiento del coste financiero.

La Sentencia no comparte esta opinión y citando a la Sentencia del Tribunal Supremo de STS de 19 de febrero de 2018 (5), cuando dice: «... *la doctrina de la sala se dirige a impedir que la consumación del contrato, a efectos de determinar el momento inicial del plazo de ejercicio de la acción de anulación del contrato por error o dolo, quede fijada antes de que el cliente haya podido tener conocimiento de la existencia de dicho error o dolo.*», estima que el cómputo del plazo de ejercicio de la acción no se puede fijar en un momento anterior a la consumación del contrato, por el hecho de que el cliente que padece el error pueda tener conocimiento del mismo, ya que esta fijación violaría el tenor literal del art. 1301. § 4º del Código Civil, que dice que el tiempo para el ejercicio de la acción empieza a correr «desde la consumación del contrato».

En este apartado de caducidad, la Sentencia reconoce el carácter de contrato de tracto sucesivo del swap, al decir: «*En el contrato de swap el cliente no recibe en un momento único y puntual una prestación esencial con la que se pueda identificar la consumación del contrato, a diferencia de lo que sucede en otros contratos de tracto sucesivo (6) como el arrendamiento ...*». Aunque esta opinión trae causa de la doctrina del TS (7), se había producido una cierta discusión sobre la atribución del carácter de tracto sucesivo a los contratos de swap. A partir de la jurisprudencia aquí mencionada no parece que exista duda en no considerar al swap como un contrato de tracto único.

IV. OTRAS CUESTIONES

1. Retraso desleal en que habría incurrido la actora al presentar la demanda

El Banco Santander sostiene que se ha incurrido en tal retraso, ya que el cliente estuvo mucho tiempo sin actuar, pudiendo haberlo hecho (pues era conocedor de las repercusiones económicas del funcionamiento del contrato de swap). La Audiencia que emite la Sentencia no acepta esta petición, en base a la aplicación de la doctrina contenida en la STS de 24 de abril de 2019, a cuyo tenor:

«La regla es que el titular del derecho puede ejercitarlo hasta el último momento hábil del plazo de prescripción, pues es el legislador quien debe valorar en qué plazo se puede ejercitar cada acción. No se puede afirmar que ejercita sus derechos de mala fe quien lo hace dentro del plazo legal, sin que previamente existan hechos, actos o conductas suyos que engendren, rectamente entendidos, en el obligado la confianza de que aquéllos no se actuarán.»

También en este tema, la Sentencia sigue la consolidada jurisprudencia del Tribunal Supremo de extender los plazos para la interposición de acciones hasta el último día hábil en el que finalice el plazo concedido.

2. Existencia o inexistencia del error por parte del cliente

Como no podía ser menos al tratarse de un caso de swap, surge la discusión de si el cliente ha incurrido o no, a la hora de prestar su consentimiento, en un error inexcusable (8), que pueda haber viciado dicho consentimiento, invalidando la eficacia de las obligaciones contractuales derivadas del contrato de swap.

La Sentencia, para decidir que el cliente había cometido un error en el momento de la prestación de su consentimiento, a causa de la deficiente información que el banco le proporcionó sobre el funcionamiento del swap y sus posibles repercusiones económicas, se apoya en la STS de 19 de noviembre de 2019 que trata pormenorizadamente el tema de la necesidad de información, desde la óptica de la Directiva MIFID y del artículo. 79 de la LMV.

Entre la información que el banco debe de dar al cliente, para entender que éste es perfecto conocedor de qué es un swap, como funciona y de las consecuencias económicas que su firma puede comportar, la Sentencia (con cita de jurisprudencia del Tribunal Supremo (9)), señala la obligación de comunicar los datos relativos a la posibilidad de cancelación anticipada del swap y, en tal caso, qué coste puede tener para el cliente.

Sin embargo, es muy difícil cuantificar económicamente la repercusión para el cliente de la cancelación de un contrato de swap, ya que los mismos dependerán, entre otros factores, del momento en el que se produce la cancelación y de las condiciones de la operación de *hedging* que ha sido suscrita por el banco.

3. Excusabilidad del error

La Sentencia se aproxima a este tema respetando de nuevo la opinión del Tribunal Supremo en la materia.

Comienza por exponer la Sentencia que la necesidad de apreciar si el error alegado es o no inexcusable, radica en impedir que el ordenamiento jurídico proteja a quien alega un error, que le resulta imputable por su falta de diligencia exigible, perjudicando a la contraparte, que debe ser, en tales casos, amparada por la confianza infundida por la declaración contractual emitida.

En el caso que nos ocupa, en la apreciación del requisito de la inexcusabilidad, alcanzan especial valor los denominados deberes precontractuales de información, que la Sentencia (citando la STS 542/2019, de 16 de octubre) califica como de clara finalidad tuitiva, a los efectos de facilitar el conocimiento real de lo que efectivamente se está contratando, posibilitando de esta manera la formación de un consentimiento válido sobre el que construir el carácter vinculante de los contratos.

La Sentencia dispone que la carga de la prueba sobre la información dispensada ha de recaer sobre la entidad financiera (STS 6/2019, de 10 de enero). Ello por sendas razones, primera porque, al tratarse de una obligación legal, incumbe al obligado la prueba de su cumplimiento y por el juego del principio de facilidad probatoria, puesto que es el banco quien tiene en su mano demostrar que dicha información fue efectivamente suministrada (10).

También considera la decisión que se comenta que el deber de información constituye una obligación activa y no de mera disponibilidad, no bastando, por tanto, que el banco ponga a disposición del cliente la información relativa al producto financiero contratado, sino que debe asegurarse que éste ha comprendido la estructura y efectos de dicho producto (dándole al cliente cuanta información y explicaciones fuesen necesarias a tal fin).

La Sentencia no toma en consideración, a pesar de que fue alegado por los bancos, que el contratante era una persona jurídica (Alfedel) que recomendó y negoció en nombre del cliente final, la suscripción del swap (que preparó los planes de negocio y buscó financiación de varios colegios), asesoró en varios planes de financiación (en los cuales había swaps, pues eran condiciones de los bancos para conceder los préstamos), entendiéndose que aquella no tenía el conocimiento necesario de los productos de swap, cuando recomendó este tipo de operaciones a sus clientes. Aun así, la Audiencia opina que el posible error del cliente (o de su asesor) en el entendimiento de la operación es excusable.

4. Cumplimiento de las obligaciones de pago que incumben al cliente

La Sentencia mantiene que el hecho de que el cliente hubiese pagado varias liquidaciones (en las que una vez compensadas las cantidades a pagar por las partes, el cliente ha cumplido con su obligación, si así le correspondiese, de pagar el saldo de la compensación al banco) no implica que no haya cometido un error en el momento de la contratación (como es natural el error en el consentimiento debe situarse en el momento de prestación del mismo y no en el momento en que se producen los efectos de la prestación de dicho consentimiento).

La STS de 19 de octubre de 2020 resume con claridad la idea antes vista:

«El error contractual no se convalida ni por la cancelación del swap con objeto de impedir que se generen más pérdidas, ni por la existencia previa de liquidaciones negativas o positivas para el cliente, ni por la realización sucesiva de distintas permutas financieras».

El Tribunal Supremo viene sosteniendo que no concurre confirmación del contrato nulo de swap por el hecho de cancelarlo anticipadamente, entendiéndose que con ello el cliente se limita a paralizar las consecuencias económicas negativas que le producía el swap.

5. Renuncia de acciones

Caixabank sostuvo que al cancelar el swap y refinanciar el préstamo que le dio origen, se produce una transacción y una renuncia al ejercicio de acciones.

La Sala no lo acepta, entendiéndose que de los documentos firmados para cancelar el swap y reestructurar el préstamo no se deduce la existencia de ninguna transacción ni renuncia al ejercicio de acciones.

V. CONSIDERACIONES FINALES

Como se puede observar de todo lo anteriormente expuesto, la Sentencia, al decidir sobre los distintos temas que se han planteado en el caso concreto, resuelve (en una decisión expuesta de forma clara y organizada), en línea con la doctrina del Tribunal Supremo al respecto, lo que provoca que se haga partícipe de aquellas interpretaciones de nuestro alto tribunal sobre las que puede existir controversia.

Se sigue manteniendo, pues, el poder que se le da al juez de realizar un examen profundo de la validez del convenio arbitral (en detrimento de la aplicación del principio *Kompetenz-Kompetenz*), se continúa otorgando al CMOF y a sus confirmaciones el carácter de contratos independientes (lo que influye enormemente en la apreciación de si las partes han manifestado de forma clara y terminante su voluntad de someter sus disputas a arbitraje) y se vuelve a insistir en la consideración del momento en el que se ha liquidado el swap como el *dies a quo* para el inicio del cómputo del plazo de caducidad de la acción.

Madrid, mayo de 2021

.....

(1) STS 409/2017 de 27 de junio.

[Ver Texto](#)

(2) Vid. F.G. Prol Pérez, «La validez de la cláusula arbitral en una operación de swap derivada de un contrato marco de operaciones financieras (CMOF)», *Arbitraje. Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, vol. X, n.º 2, 2017, pp. 487-499.

[Ver Texto](#)

(3) Términos utilizados por la propia STS.

[Ver Texto](#)

(4) Así, la *Cour de Cassation* francesa obliga a los jueces que han de decidir sobre este asunto a emplear normas interpretativas favorables a la posibilidad de que el árbitro pueda estatuir sobre su propia jurisdicción.

[Ver Texto](#)

(5) Vid. En el mismo sentido la reciente STS del 23 de octubre de 2020.

[Ver Texto](#)

(6) El énfasis es del autor.

[Ver Texto](#)

(7) *Vid.* Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª, Sentencia núm. 668/2020 de 11 diciembre. RJ 2020\5427.

[Ver Texto](#)

(8) *Vid. infra*, apartado 3.

[Ver Texto](#)

(9) *Vid.* SSTS 535/2015, de 15 de octubre; 549/2015, de 22 de octubre; 668/2015, de 4 de diciembre, 154/2016, de 11 de marzo y 524/2019, de 8 de octubre.

[Ver Texto](#)

(10) SSTS 668/2015, de 4 de diciembre; 60/2016, de 12 de febrero y 690/2016, de 23 de noviembre, entre otras muchas.

[Ver Texto](#)

La prejudicialidad penal en los procedimientos arbitrales

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 15 de diciembre de 2020

Criminal prejudiciality in arbitration proceedings

El Tribunal Superior de Justicia de Madrid dictó una sentencia el 15 de diciembre de 2020 mediante la que desestimó una demanda de nulidad de un laudo interlocutorio (en el que el árbitro único había rechazado suspender un procedimiento arbitral por prejudicialidad penal) por considerar que no era contrario al orden público.

Arbitraje, Acción de Anulación, Prejudicialidad Penal, Orden Público.

The Madrid's High Court of Justice issued a judgment on December the 15th, 2020, in which it dismissed a request for the annulment of an arbitration award (in which the arbitrator refused to suspend the proceedings because of an issue of criminal prejudiciality) on the grounds that it was not contrary to public order.

Arbitration, Request for Annulment, Criminal Prejudiciality, Public Order.



Fabio Virzi



Natalia Ros

Abogados de Cases & La Cambra

I. INTRODUCCIÓN: RESUMEN DE LA CONTROVERSIA OBJETO DE LA SENTENCIA DICTADA POR EL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID EL DÍA 15 DE DICIEMBRE DE 2020

Portobello Capital Fondo IV, FCR (en adelante, «Portobello») presentó una demanda arbitral contra una persona física (la «Parte Demandada») que versó sobre el incumplimiento de una cláusula contenida en un acuerdo de socios que preveía la obligación de la Parte Demandada de transmitir determinadas participaciones sociales de la citada mercantil. Esa demanda arbitral se tramitó por la Corte Civil y Mercantil de Arbitraje de Madrid (en adelante, «CIMA») y fue resuelta por un árbitro único (el «Procedimiento Arbitral»).

En paralelo a la tramitación del Procedimiento Arbitral, la Parte Demandada presentó una querrela contra Portobello y sus representantes legales por la presunta comisión de un delito de administración desleal pues, según se alega, el socio mayoritario Portobello habría llevado a cabo un aumento de capital, en virtud del cual se habría apropiado de 73 participaciones sociales de la compañía.

Tras la presentación de la citada querrela, la Parte Demandada solicitó la suspensión del Procedimiento Arbitral por la existencia de una supuesta cuestión prejudicial penal alegando que la citada ampliación de capital habría propiciado la redistribución del capital social de Portobello por lo que, hasta que no se tomara una decisión en el marco del procedimiento penal mediante sentencia firme, el arbitraje (que versaba, como vimos, sobre el incumplimiento de un acuerdo de transmisión de participaciones sociales) no podía seguir tramitándose y debía ser suspendido.

Pues bien, el día 17 de enero de 2019, se dictó un laudo interlocutorio en el marco del Procedimiento Arbitral, en virtud del cual se desestimó la cuestión prejudicial penal planteada por la Parte Demandada y se ordenó la continuación del arbitraje por sus trámites correspondientes (el «Laudo Interlocutorio»).

Contra el Laudo Interlocutorio, la Parte Demandada presentó una demanda de anulación ante el Tribunal Superior de Justicia de Madrid (al amparo del art. 41.1 f) de la Ley de Arbitraje), que fue desestimada mediante sentencia de fecha 15 de diciembre de 2020 (la «Sentencia»).

Sentado lo anterior, antes de abordar el Laudo Interlocutorio, la Sentencia y sus razonamientos, analizaremos el marco jurídico de la suspensión de un procedimiento arbitral por prejudicialidad penal.

II. DE LA SUSPENSIÓN DE UN PROCEDIMIENTO ARBITRAL POR PREJUDICIALIDAD PENAL

La Ley de Arbitraje no hace referencia alguna al modo en que deben abordarse en el proceso arbitral las cuestiones prejudiciales penales.

No obstante, nuestra doctrina y jurisprudencia han venido aplicando de forma analógica lo establecido en el art. 40 LEC para las cuestiones prejudiciales penales surgidas en el marco de procedimientos civiles. Y ello, sobre la base de que es una cuestión que afecta directamente al orden público.

A modo de ejemplo, citamos a Manuel Olivencia Ruiz (1), que se ha pronunciado al respecto en los

siguientes términos:

«La prejudicialidad no es sólo un instrumento de regulación de competencias entre órdenes jurisdiccionales diversos, sino que su finalidad última, que es evitar resoluciones contradictorias sobre una misma materia, se ha de aplicar igualmente al arbitraje, muy principalmente cuando se trata de cuestiones de naturaleza jurídico-criminal, que están reservadas al orden jurisdiccional penal, ex arts. 9.3º y 23 LOPJ.

Se entiende, pues, que hay en materia de prejudicialidad principios de orden público que no sólo vinculan a los jueces y tribunales, sino también a los árbitros, cuyos laudos han de respetar esa noción».

Lo determinante radicará en conocer si concurren en el supuesto concreto los requisitos para suspender un procedimiento civil (judicial o arbitral) por la existencia de una cuestión prejudicial penal

En ese mismo sentido se pronuncia nuestra jurisprudencia, siendo buen ejemplo de ello la sentencia dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en su sentencia número 10/2019, de 22 de marzo que concluyó que *«La aplicación y efectos expuestos de la cuestión prejudicial penal al procedimiento arbitral resulta incuestionable».*

De hecho, en esa sentencia se estableció que la desestimación de una cuestión prejudicial penal cuando concurren los requisitos legalmente previstos para su estimación, podría conllevar la nulidad del laudo que se dictase por contravenir el orden público (*ex art. 41.1ºf) LA*)

En ese supuesto (analizado por la citada sentencia 10/2019 de 22 de marzo), la parte demandante solicitó que se anulase un laudo arbitral por vulneración del orden público, por cuanto el árbitro no había apreciado la concurrencia de una cuestión prejudicial penal planteada en el seno del arbitraje, lo cual, a su entender y en aplicación del criterio de la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid expuesto –entre otras– en su sentencia de 16 de febrero de 2016–, debió propiciar que se suspendiera el arbitraje.

Para resolver la cuestión, la Sala analizó, en primer lugar, el concepto de orden público y, a continuación, se refirió al criterio que viene aplicando reiteradamente cuando no se suspende el arbitraje y se aprecia prejudicialidad penal, que no es otro que la anulación del laudo. Por su claridad expositiva, transcribimos a continuación los fragmentos más importantes de su FJ 4º:

«A.- En cuanto a lo que se debe entender por orden público, como ya dijo esta Sala en sentencia de 23 de mayo de 2012, Recurso 12/2011, "... por orden público han de estimarse aquel conjunto de principios, normas rectoras generales y derechos fundamentales constitucionalizados en el Ordenamiento Jurídico espalo, siendo sus normas jurídicas básicas e inderogables por la voluntad

de las partes, tanto en lo social como en lo económico (Sentencia del Tribunal Constitucional, Sala 2ª, n.º 54/1989, de 23-2), y por ende, a los efectos previstos en el citado artículo, debe considerarse contrario al orden público, aquel Laudo que vulnere los derechos y libertades fundamentales reconocidos en el Capítulo II, Título I de la Constitución, garantizados a través de lo dispuesto en términos de generalidad en el artículo 24 de la misma, incluyendo la arbitrariedad patente referida en el art. 9.3 de la Constitución y, desde luego, quedando fuera de éste concepto la posible justicia del Laudo, las deficiencias del fallo o el modo más o menos acertado de resolver la cuestión"

Criterio reiterado en nuestra sentencia de 12 de junio del 2018 y en las más recientes ya citadas.

B.- Como hemos señalado, la parte demandante plantea como base de su pretensión de anulación del Laudo arbitral la concurrencia de prejudicialidad penal, que debió abocar a la suspensión del procedimiento arbitral, citando al efecto el criterio de esta Sala, expuesto en nuestra sentencia de fecha 16 de febrero del dos mil dieciséis:

«No cabe duda de que este alegato puede ser incardinado en el ámbito del art. 41º.1.f) LA. El necesario respeto de la prejudicialidad penal en el seno del proceso civil responde, claro está, a la necesidad de evitar sentencias contradictorias para preservar tanto el principio de seguridad jurídica como el derecho a la tutela judicial efectiva. Por esa razón, la Sala Primera, v.gr., en su Sentencia de 7 de junio de 2012 (ROJ STS 4447/2012) afirma: "las sentencias penales condenatorias que resuelven la problemática civil tienen carácter vinculante para éste orden jurisdiccional, no sólo en cuanto a los hechos declarados probados, sino también respecto de las decisiones en materia de responsabilidad civil —sentencia 1190/1999, de 31 de diciembre"... , "dado que se entiende que puede ser opuesto a la seguridad jurídica la contradicción entre las decisiones de dos órdenes jurisdiccionales que conozcan de un mismo asunto— sentencias 34/2003, de 25 de febrero, del Tribunal Constitucional, 502/2003, de 27 de mayo, y 368/2008, de 5 de mayo, de esta Sala" (FJ 3)»

Tras analizar detalladamente la regulación de la prejudicialidad penal y las circunstancias concurrentes en ese caso, la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en aplicación de su reiterado criterio, procedió a anular el laudo dictado por un árbitro único de la CIMA, al entender que era contrario al orden público.

Asimismo, la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, en su sentencia número 33/2018, de 7 de diciembre, admitió sin ambages la posibilidad de aplicar analógicamente la regulación de la prejudicialidad penal en los procedimientos arbitrales invocando razones de orden público:

«La necesidad de suspensión por prejudicialidad penal encuentra sentido desde el propósito de evitar resoluciones contradictorias. Así lo enseña la Sala 1ª del Tribunal Supremo que en su sentencia 24/2016, de 3 de febrero determina que el fundamento constitucional de la prejudicialidad penal es la evitación resoluciones contradictorias en cuanto las mismas pueden afectar al derecho a la tutela judicial efectiva que se reconoce en el artículo 24 de la Constitución

Española. Desde esa óptica resulta evidente que la posibilidad de que se dicten sentencias o resoluciones contradictorias, con afectación al derecho a la tutela judicial efectiva, integra un principio de orden público y como indica la sentencia del Tribunal Constitucional 54/1989, de 23 de febrero, la vulneración de los derechos reconocidos en el artículo 24 de la Constitución Española supone quebranto del orden público del foro. La conclusión no puede ser otra que, desde la premisa que detalla la posibilidad de aplicar analógicamente al proceso arbitral algunos principios propios de la jurisdicción, admitir que la vulneración de los principios atinentes a la aplicación de la prejudicialidad penal vulnera el orden público procesal.

Así las cosas se estarían vulnerando principios esenciales de orden público si el árbitro no se hubiera pronunciado sobre la suspensión solicitada o si la denegación de suspensión fuera contraria a los principios que se recogen en el artículo 40 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por acreditarse la existencia de causa criminal en la que se investigan hechos de apariencia delictiva sobre los que se apoya alguna de las pretensiones de las partes y que, además, la resolución que dictara al tribunal penal acerca de ese hecho habría de tener influencia decisiva en el proceso civil. Y todo lo anterior con el propósito, se reitera, de evitar resoluciones contradictorias por resultar afectado, para el caso de que confluyeran las mismas, el derecho a la tutela judicial efectiva».

A la vista de lo anterior, resulta evidente que la institución de la prejudicialidad penal puede ser alegada y apreciada en el seno de un procedimiento arbitral siempre que se cumplan los requisitos legalmente previstos, debiendo en esos casos ordenar imperativamente la suspensión de las actuaciones arbitrales, so pena de vulnerar el orden público y viciar de nulidad el laudo que eventualmente se dicte.

Consiguientemente, lo determinante radicará en conocer si concurren en el supuesto concreto los requisitos para suspender un procedimiento civil (judicial o arbitral) por la existencia de una cuestión prejudicialidad penal. Esos requisitos están claramente establecidos en el apartado 2 del art. 40 LEC que reza el siguiente tenor literal:

Artículo 40. Prejudicialidad penal.

(...) 2. En el caso a que se refiere el apartado anterior, no se ordenará la suspensión de las actuaciones del proceso civil sino cuando concurren las siguientes circunstancias:

- 1.ª Que se acredite la existencia de causa criminal en la que se estén investigando, como hechos de apariencia delictiva, alguno o algunos de los que fundamenten las pretensiones de las partes en el proceso civil.*
- 2.ª Que la decisión del tribunal penal acerca del hecho por el que se procede en causa criminal pueda tener influencia decisiva en la resolución sobre el asunto civil.*

Se establece, por tanto, como regla general que no cabe la suspensión del procedimiento civil por prejudicialidad penal a no ser: (i) que exista una causa criminal en la que se estén investigando alguno o algunos de los hechos que fundamenten las pretensiones de las partes en el procedimiento civil (judicial o arbitral) y (ii) que esa causa criminal pueda tener una influencia decisiva en la decisión que deba adoptarse en el asunto civil. De esta manera, tal y como han declarado de forma unánime

nuestros tribunales, la Ley de Enjuiciamiento Civil configura claramente la suspensión por prejudicialidad penal como excepcional, limitándola a aquellos casos en los que la decisión que el tribunal penal pueda adoptar pueda tener influencia decisiva en la resolución del procedimiento civil (judicial o arbitral).

En este sentido se ha pronunciado nuestro Tribunal Supremo en múltiples resoluciones judiciales. Así, a modo de ejemplo citamos el Auto del de 1 octubre 2013 en el que nuestro Alto Tribunal estableció que «el art. 40.2º LEC no sólo exige, en el apartado 1º, la existencia de una causa criminal por unos hechos de apariencia delictiva que fundamenten las pretensión del proceso civil, sino también, en el 2º, que la decisión del tribunal penal acerca del hecho por el que procede la causa criminal pueda tener un influencia decisiva en la resolución sobre el asunto civil (*Sentencia de fecha 4 de abril de 2013, recurso nº 73/2011*)».

A continuación, analizaremos esos requisitos detalladamente.

1. Causa criminal incoada

Por lo que respecta al primer requisito del art. 40 LEC («*que se acredite la existencia de causa criminal*»), la jurisprudencia ha venido exigiendo la admisión de la denuncia o querrela por parte del órgano penal, no siendo suficiente su mera presentación (*vid. SAP Alicante 9ª, nº 258/2014 de 21 mayo*).

2. Existencia de hechos que fundamenten ambos procedimientos

El juez civil o árbitro deberá hacer, asimismo, un ejercicio de comparación de los hechos que son objeto de ambos procedimientos para determinar si, tal y como exige el art. 40.2. 1º LEC, alguno de los hechos que se esté investigando en el procedimiento penal fundamenta alguna de las pretensiones que son objeto del procedimiento civil (judicial o arbitral).

3. Influencia decisiva

Adicionalmente, es necesaria, como vimos, la existencia de una «influencia decisiva» de los hechos investigados en el procedimiento penal para la resolución del procedimiento civil (judicial o arbitral). Dicha «influencia decisiva» ha sido definida por la jurisprudencia como «una relación directa, inmediata, estrecha, y evidente entre los objetos de ambos procesos, de modo tal que la decisión adoptada por el Juez Penal vincule en cierto grado de necesidad al que conoce del proceso civil» (*SAP Zaragoza 5ª nº 506/2015 de 23 noviembre*).

En este mismo sentido se pronunció la Audiencia Provincial de Sevilla (Sección 5ª) en su sentencia de 14 de enero de 2005 [JUR 2005\140454], en la que dispuso que

«... la prejudicialidad penal que origina la suspensión del proceso civil sólo opera cuando existe una íntima conexión entre el objeto de éste y la cuestión penal, bien porque el objeto del pleito civil esté inserto en el proceso penal, bien porque la decisión que ha de adoptarse en el proceso civil dependa directamente de la decisión que adopte la Jurisdicción Penal sobre un determinado hecho

que, sin ser el debatido en aquél, tenga una influencia determinante en el Fallo».

Y lo anterior no es sino consecuencia del art. 10 LOPJ que constituye la norma básica y esencial de la regulación de las cuestiones prejudiciales y que expresamente establece lo siguiente:

«1. A los solos efectos prejudiciales, cada orden jurisdiccional podrá conocer de asuntos que no le estén atribuidos privativamente.

2. No obstante, la existencia de una cuestión prejudicial penal de la que no pueda prescindirse para la debida decisión o que condicione directamente el contenido de ésta determinará la suspensión del procedimiento mientras aquélla no sea resuelta por los órganos penales a quienes corresponda, salvo las excepciones que la ley establezca .»

La carga de probar la concurrencia de todos esos requisitos recae, en todo caso, en la parte solicitante, quien deberá acreditar la existencia del procedimiento penal y fundamentar debidamente la conexión entre los procedimientos en el sentido exigido por el art. 40 LEC. En este sentido, y en relación con la prejudicialidad penal, J. Añón Calvete (2) señala claramente que:

«Evidentemente la carga de la prueba tanto de la existencia de la cuestión prejudicial penal como de la concurrencia de las circunstancias que posibilitan la suspensión del procedimiento civil corresponde al litigante que la solicita».

En cualquier caso, la valoración del nivel de influencia que los hechos objeto del procedimiento penal puedan tener sobre el litigio civil corresponde en todo caso al juez o árbitro que esté enjuiciando la causa civil, sin perjuicio de la valoración jurídico-penal de los hechos que pueda realizar en su momento el órgano penal.

Finalmente, cabe destacar que, conforme a la literalidad del apartado tercero del art. 40 LEC, la suspensión únicamente se acordará —en su caso— por el juez civil o árbitro una vez el procedimiento esté pendiente de sentencia (pendiente de laudo, en el caso de los arbitrajes): *«3. La suspensión a que se refiere el apartado anterior se acordará, mediante auto, una vez que el proceso esté pendiente sólo de sentencia».*

No obstante, debe tenerse presente, en ese sentido, que el art. 114 LECrim prevé la posibilidad de que el procedimiento civil se suspenda en el estado en que se hallare hasta que recaiga sentencia firme en la causa criminal, si bien, en ese caso, los requisitos que se exigen para apreciar la cuestión prejudicial penal son más restrictivos pues es imprescindible que ambos procedimientos estén basados en los mismos hechos: *«Promovido juicio criminal en averiguación de un delito o falta, no podrá seguirse pleito sobre el mismo hecho; suspendiéndole, si le hubiese, en el estado en que se hallare, hasta que recaiga sentencia firme en la causa criminal».*

III. APLICACIÓN DE LA ANTERIOR DOCTRINA EN EL SUPUESTO ANALIZADO POR EL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID EN LA SENTENCIA

Analizados los requisitos exigidos para el éxito de una solicitud de suspensión de un procedimiento arbitral por prejudicialidad penal, abordaremos los motivos que se esgrimen en el Laudo Interlocutorio y en la Sentencia para denegar la solicitud efectuada en ese sentido por la Parte Demandada.

En ese caso, la existencia de un procedimiento penal no se discutió por las partes, pues la Parte Demandada acreditó haber interpuesto una querrela por la presunta comisión de un delito de administración desleal y probó que ésta fue admitida a trámite por el juzgado de instrucción n.º 13 de Madrid (que incoó las diligencias previas 1744/2019).

Sin embargo, mayores problemas suscitó la concurrencia del requisito de la «influencia decisiva», ya que tal y como afirma el Tribunal Superior de Justicia de Madrid en su Sentencia «para que pueda operar la indicada prejudicialidad, *hemos de hallarnos ante una verdadera y relevante conexión entre la causa penal y la causa civil; una relación de influencia que, en algunos supuestos concretos incluso llega a perfilarse con requisitos propios en la Ley de Enjuiciamiento Civil adicionales a los que ya por sí recoge el art. 40 (v.gr., en el caso del art. 569 LEC)*» (vid. p. 4 de la Sentencia).

Pues bien, en el Laudo Interlocutorio se concluyó que no concurría ese requisito, por cuanto los hechos que son objeto del procedimiento penal instado por la Parte Demandada no guardaban relación alguna con las pretensiones que eran objeto del Procedimiento Arbitral. De esta manera, en dicho Laudo Interlocutorio (p. 5 de la Sentencia) se estableció que «*no se considera que exista, sin género de duda, una causa criminal en la que se esté investigando, como hechos de apariencia delictiva, alguno o algunos de los que fundamenten las pretensiones de las partes en el proceso arbitral*», que versó, como hemos visto, sobre el incumplimiento de una cláusula contenida en un acuerdo de socios que preveía la obligación de la Parte Demandada de transmitir unas determinadas participaciones sociales de Portobello.

De hecho, y tal y como sostiene el Tribunal Superior de Justicia de Madrid en su Sentencia (ap. 3 del fundamento de derecho tercero), únicamente procedería acordar la suspensión del Procedimiento Arbitral por prejudicialidad penal «*si la instrucción versase sobre elementos fácticos idóneos para decidir si, de acuerdo con una cláusula contractual libremente pactada, el demandado arbitral venía obligado a vender un paquete determinado de acciones en fecha concreta*».

Como nada de ello se acreditó en ese supuesto, la solicitud de suspensión del procedimiento arbitral por prejudicialidad penal fue desestimada por el árbitro único del Procedimiento Arbitral, decisión que fue íntegramente ratificada por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid.

IV. CONCLUSIONES

A la vista de todo lo anterior, podemos concluir que es posible alegar una cuestión de prejudicialidad penal en el marco de un procedimiento arbitral, siempre y cuando concurren los requisitos establecidos por el art. 40.2º LEC y la jurisprudencia que lo interpreta.

En particular, se exige la existencia de una causa criminal incoada por un órgano penal cuyos hechos

sean, a su vez, el fundamento de alguna de las pretensiones que son objeto del procedimiento civil. Y, además, el procedimiento penal deberá tener una influencia decisiva en la decisión que deba adoptarse en el litigio civil que deberá ser razonada y acreditada por la parte solicitante.

Partiendo de dichos requisitos, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 15 de diciembre de 2020 desestimó adecuadamente la demanda de anulación del Laudo Interlocutorio por considerar que no era contrario al orden público.

Así, a pesar de existir una causa criminal en curso que enfrentaba a las partes del Procedimiento Arbitral, el árbitro único razonó fundadamente que el procedimiento penal no podía tener una «*influencia decisiva*» para la resolución del arbitraje, por cuanto los hechos que eran objeto de la causa criminal no guardaban relación con las pretensiones que eran objeto del procedimiento arbitral iniciado por Portobello.

Dicho argumento es plenamente acogido por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, lo que le llevó a desestimar la acción de nulidad del laudo arbitral.

Ello evidencia claramente la necesidad de acreditar fehacientemente cada uno de los requisitos exigidos por nuestra Ley de Enjuiciamiento Civil para suspender un procedimiento civil (judicial o arbitral) sobre la base de una cuestión prejudicial penal pues, en caso contrario, «*estaríamos depositando en manos del litigante civil un mecanismo capaz de paralizar a su antojo el transcurso del proceso, consecuencia indeseada e inadmisibles que debe eludirse a través del juicio de ponderación comparativa de efectos, objeto y relación*», tal y como concluye acertadamente el Tribunal Superior de Justicia en la Sentencia.

.....

(1) M. Olivencia, *Comentarios a la Nueva Ley de Arbitraje 60/2003, de 23 de diciembre*, Thomson Aranzadi, pp. 48 y 49.

[Ver Texto](#)

(2) J. Añón Calvete, *Cosa juzgada, prejudicialidad y litispendencia*, Editorial Elderecho.com, 2015.

[Ver Texto](#)

El privilegio de inmunidad estatal frente al ansia por conocer

Auto del Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Madrid de 1 de marzo de 2021

The privilege of state immunity from the *eager to know*

Con ocasión de la declinatoria por falta de jurisdicción esgrimida por la República de Armenia en un incidente concursal, el auto analizado examina diferentes perspectivas de la inmunidad de jurisdicción estatal y sus posibles excepciones, así como la competencia judicial internacional del Juzgado en el marco del Reglamento (UE) 2015/848.

Incidente concursal, Arbitraje, Inmunidad estatal, Inmunidad jurisdiccional, Excepciones a la inmunidad.

On the occasion of the declinatory action for lack of jurisdiction brought by the Republic of Armenia in an insolvency proceeding, the judicial decision under analysis examines different perspectives of State immunity from jurisdiction and its possible exceptions, as well as the international jurisdiction of the Court within the framework of Regulation (EU) 2015/848.

Insolvency proceedings, Arbitration, State immunity, Jurisdictional immunity, Exceptions to immunity.



Javier Ballina Díaz

Profesor asociado de Derecho Internacional Público y Relaciones internacionales. Universidad de Oviedo

I. ANTECEDENTES

El Auto aquí analizado (1) responde al incidente planteado ante el Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Madrid por Corsán Corviam Construcción, S.A. y su administración concursal frente al Ministerio de Administración Territorial e Infraestructuras de la República de Armenia (en adelante, República de Armenia), Bankia, S.A. y Caixabank, S.A. La demanda gira en torno al contrato celebrado por la ahora concursada y el Estado armenio el 27 de abril de 2012 para la construcción de distintos tramos de carretera en aquel país, y se concreta, resumidamente, en la súplica de su resolución en interés del concurso y en la extinción de las gravosas garantías afianzadas por la mercantil.

Frente a esta petición se alza la República de Armenia, esgrimiendo una declinatoria por falta de jurisdicción llamada a protagonizar el Auto, y que motiva, *ad limine*, el libramiento de oficio al Ministerio de Asuntos Exteriores, Unión Europea y Cooperación de cara a la emisión del preceptivo informe (2) . Documento recibido el 17 de febrero de 2021 (3) y que, lacónicamente, concluye:

«que la República de Armenia no goza de inmunidad de jurisdicción en este supuesto, independientemente de si puede considerarse que haya renunciado o no a la misma»

Tras dar por bueno el cauce procesal instado por Armenia, el Auto aborda en sus Fundamentos los motivos en los que aquella sustenta su oposición y que cabría sintetizar en tres: 1) la sumisión de la disputa a arbitraje; 2) la inmunidad de jurisdicción de Armenia, atendida su condición estatal; y 3) la falta de competencia judicial internacional del Juzgado en todo aquello que exceda de la mera resolución del contrato.

II. LA SUMISIÓN DE LA DISPUTA A ARBITRAJE

La alegación armenia en este punto inicial descansa en la literalidad de la cláusula 20.6 de las Condiciones Generales pactadas en el contrato de 27 de abril de 2012, según la cual:

«... toda disputa entre las Partes surgida o relacionada con el Contrato y no resuelta por mutuo acuerdo de conformidad con la Sub-Cláusula 20.5 anterior y en relación con la cual la decisión de la junta de examen de controversias (en su caso) no haya sido firme y vinculante, deberá ser resuelta mediante arbitraje»

El debate es atajado sumariamente por el juzgador, al estimar, en línea con su auto de 27 de enero de 2020 en el que había acordado ya suspender los efectos de las cláusulas de sumisión a arbitraje incluidas en el contrato (4) , agotados en la instancia los «medios de impugnación de la resolución que suspende el convenio arbitral» (5) .

Esta conclusión es adornada, incluso, con un contenido reproche, al indicar que:

«... no puede pretenderse ya que este órgano judicial vuelva a examinar la eficacia del convenio arbitral en el trámite de resolución de la declinatoria que se promueve, recurriendo a nuevos argumentos o motivos de impugnación de aquella decisión. El hecho de que sea distinto el letrado firmante del recurso frente al auto de 27 de enero de 2020 y el que ahora promueve la declinatoria no justifica que el firmante de este segundo escrito pueda reabrir de soslayo un trámite que quedó agotado con el auto de suspensión del convenio arbitral que se dictó y el auto de resolución del recurso de reposición que frente al mismo se interpuso. Ni siquiera es dable en este trámite reintroducir argumentos nuevos que hubieron de ser esgrimidos en el recurso frente al auto de suspensión del convenio arbitral por lo que el juzgador concluye que habiendo sido confirmada dicha suspensión a esta resolución debe estarse, sin que hayan de atenderse, ni menos aún responderse, nuevas alegaciones en apoyo del mantenimiento de la eficacia del convenio arbitral cuyo momento procesal ya ha precluido» (6)

III. LA INMUNIDAD DE JURISDICCIÓN DE ARMENIA EN ATENCIÓN A SU CONDICIÓN ESTATAL

Como segundo motivo, y en lo que supone, *a priori*, un argumento de indudable consistencia, Armenia invoca la inmunidad de jurisdicción inherente a su propia condición estatal. Correlato entre estatalidad e inmunidad que reconoce sin ambages en nuestro derecho la Ley Orgánica 16/2015, de 27 de octubre, sobre privilegios e inmunidades de los Estados extranjeros, las Organizaciones Internacionales con sede u oficina en España y las Conferencias y Reuniones internacionales celebradas en España (7), al señalar en su art. 4 que:

«... todo Estado extranjero y sus bienes disfrutarán de inmunidad de jurisdicción y ejecución ante los órganos españoles, en los términos y condiciones previstos en la presente Ley Orgánica» (8)

A este respecto, el Auto recuerda acertadamente que la inmunidad jurisdiccional de los Estados, trasunto de los principios que informan su estatuto internacional (9), se encuentra plenamente asentada en el Derecho internacional consuetudinario como reflejo de la práctica general observada por los Estados (10).

En la actualidad, la norma reconoce una inmunidad *restringida* o *relativa* que informa ya numerosas convenciones (11), y que, a nivel interno, concreta la Ley Orgánica 16/2015 en un ramillete de *excepciones* a la regla general de la inmunidad.

Más en particular, el Auto identifica como potencialmente relevantes para la resolución del incidente las previstas en los arts. 16 («Procesos relativos a los efectos de un convenio arbitral»), 9 («Procesos relativos a transacciones mercantiles») y 6 («Consentimiento tácito»).

1. Excepción a la inmunidad ante controversias arbitrales

En sintonía con Armenia, el Auto concede que la excepción recogida en el art. 16 de la Ley Orgánica (12) no justifica, por sí sola, el ejercicio de la jurisdicción frente al Estado caucásico. Y ello ante la imposibilidad de reconducir a sus términos un objeto que desborda con holgura la «validez, interpretación o aplicación del convenio arbitral», al demandarse un pronunciamiento relativo:

«... a una disputa contractual concerniente al cumplimiento de obligaciones que inicialmente fueron sometidas a arbitraje» (13).

Conclusión no desvirtuada ni por la *praxis* judicial de interpretar la sumisión a arbitraje incluida en el contrato de Estado como renuncia implícita a la inmunidad (14), ni por la arriesgada opción de considerar al supuesto litigioso mera «aplicación del convenio arbitral» (15).

En todo caso, el razonamiento del juzgador omite un paso lógico fundamental, al presuponer la excepción que el Estado extranjero haya convenido «la sumisión a arbitraje de toda controversia relativa a una *transacción mercantil* [sin cursiva en el original]». Aspecto este, el del carácter mercantil de la transacción, cuyo análisis se solapa, demorándose hasta el examen de la aplicabilidad de la excepción prevista en el art. 9.

2. Excepción a la inmunidad relativa a las transacciones mercantiles

Como «mucho más compleja» estima el juzgador la cuestión de la aplicabilidad de la excepción prevista en el art. 9 de la Ley Orgánica. Según indica su apartado 1:

«El Estado extranjero no podrá hacer valer la inmunidad ante los órganos jurisdiccionales españoles en relación con procesos relativos a transacciones mercantiles celebradas por dicho Estado con personas físicas o jurídicas que no tengan su nacionalidad, salvo en los siguientes supuestos:

- a) Cuando se trate de una transacción mercantil entre Estados; o*
- b) Cuando las partes hayan pactado expresamente otra cosa».*

Lo que facilita al Auto deducir:

«... que no teniendo la concursada la nacionalidad del Estado armenio ni dándose ninguna de las otras circunstancias que impiden la operatividad de la excepción, la cuestión se centra en determinar si el contrato para la reconstrucción y mejora de tres tramos de una carretera en el territorio del Estado demandado puede o no calificarse de transacción mercantil» (16)

Transacción mercantil cuya relevancia justifica la atención de la Ley en sus *definiciones* (17), identificando aquella con:

«... todo contrato o transacción mercantil de compraventa de bienes o prestación de servicios; todo contrato de préstamo u otra transacción de carácter financiero, incluida cualquier obligación de garantía o de indemnización concerniente a ese préstamo o a esa transacción; [y] cualquier otro contrato o transacción de naturaleza mercantil, industrial o de arrendamiento de obra o de servicios, con exclusión de los contratos individuales de trabajo» (18).

Precisando, a su vez, que:

«Para determinar si un contrato o transacción es una "transacción mercantil", se atenderá principalmente a la naturaleza del contrato o de la transacción, pero se tendrá en cuenta también su finalidad si así lo acuerdan las partes en el contrato o la transacción o si, en la práctica del Estado que es parte en uno u otra, tal finalidad es pertinente para la determinación del carácter no mercantil del contrato o de la transacción» (19)

Este planteamiento apremia un examen de la *naturaleza* del contrato entre el Estado armenio y la concursada que el Auto afronta impulsivamente (20), concluyendo, sin suficiente análisis previo, su carácter mercantil en cuanto «contrato de arrendamiento de obra» (21). Esta calificación no pondera ni la influencia de la estatalidad (22), ni las propias estipulaciones de las partes (en especial, la existencia de cláusulas exorbitantes), ni la posible relevancia de la ley nacional armenia en cuanto marco de ley aplicable. Ausencia de fundamentación que, sumada a las desacertadas apreciaciones sobre algunos particulares (23), ha de reputarse, pese a lo señalado por el Auto, insuficiente para desvirtuar la inmunidad de jurisdicción de la que goza el Estado armenio de acuerdo con el art. 4 de

la Ley Orgánica 16/2015.

El Auto busca apuntalar este carácter mercantil de la transacción mediante una lectura original del art. 2 n) de la Ley Orgánica, según la cual:

«Si se atiende al tenor expreso del precepto [el referido artículo 2 n)], parece que la calificación como "transacción mercantil" exige atender a dos rasgos: a) la finalidad "pactada" por las partes; [y] b) la "praxis" en el Estado extranjero que es parte de la transacción y que pretende beneficiarse de la inmunidad» (24)

Sin embargo, esta lectura se aparta de la literalidad del precepto (que exige atender a la *naturaleza* del contrato y, solo subsidiariamente (25), a su *finalidad*) y desliza una perversa *prueba* de la inmunidad del Estado armenio (26), hasta el punto de concluir el Auto que:

«En vista de la insuficiencia de la información facilitada sobre los extremos apuntados, cuya aportación incumbe indudablemente a la parte demandada (que es la que sostiene la inmunidad de jurisdicción), debe desestimarse la declinatoria propuesta» (27)

Estamos aquí ante una larvada amenaza al principio de inmunidad jurisdiccional que desoye el nítido mandato del art. 49 de la Ley Orgánica 16/2015 (28), según el cual:

«Los órganos jurisdiccionales españoles apreciarán de oficio las cuestiones relativas a la inmunidad a las que se refiere la presente Ley Orgánica y se abstendrán de conocer de los asuntos que se les sometan cuando se haya formulado demanda, querrela o se haya iniciado el proceso de cualquier otra forma o cuando se solicite una medida ejecutiva respecto de cualquiera de los entes, personas o bienes que gocen de inmunidad conforme a la presente Ley Orgánica».

3. Excepción a la inmunidad por sumisión tácita

Adicionalmente, el Auto asienta la jurisdicción española en la personación voluntaria de la República de Armenia en el concurso con anterioridad a que fuera emplazada a resultas de la admisión a trámite del incidente (29). Y ello, porque:

«... el proceso concursal es único por lo que la personación en el concurso sin manifestación o reserva de la inmunidad de jurisdicción que posteriormente se alega debe considerarse una renuncia tácita a dicha inmunidad, que impide su posterior invocación en los incidentes que dimanen de dicho procedimiento» (30)

Esta conclusión debe ser analizada cuidadosamente, habida cuenta la necesidad de preservar, en todo caso, una inmunidad de jurisdicción garantizada tanto por la normativa interna como por la internacional. Al respecto, el art. 8 de la Convención de Naciones Unidas sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y sus bienes, aclara que:

«No se entenderá que un Estado ha consentido en que un tribunal de otro Estado ejerza jurisdicción si interviene en un proceso o realiza cualquier otro acto con el solo objeto de: [...]

b) *hacer valer un derecho o interés sobre bienes objeto de litigio en el proceso»*

Sin embargo, esta previsión desaparece de la enumeración de *comportamientos que no constituyen consentimiento a la jurisdicción* contenida en el art. 7 de la Ley Orgánica 16/2015. La omisión es especialmente significativa ante la declarada voluntad de nuestro texto legal de «incorporar» (31) al Ordenamiento aquella Convención, permitiendo deducir la voluntad del legislador de ofrecer un enfoque más flexible sobre la consideración de la personación como sumisión tácita a nuestros tribunales, que avalaría el planteamiento del juzgador afirmando la jurisdicción (32) .

La afirmación de la competencia judicial internacional para conocer de las acciones que excedan de la resolución contractual resulta cuestionable, toda vez que el juzgador efectúa una lectura parcial de los requisitos cumulativos descritos en el art. 6 Reglamento Bruselas I

IV. FALTA DE COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL DEL JUEZ DEL CONCURSO

Finalmente, como motivo subsidiario de apoyo a la declinatoria, la República de Armenia cuestiona la competencia judicial internacional del juzgado para conocer de todas aquellas acciones que excedan de la resolución del contrato en interés del concurso.

Toda vez que el centro de intereses principales de la concursada se halla en España, la precisión de dicha competencia se reconduce con acierto al Reglamento (UE) 2015/848, de 20 de mayo, sobre procedimientos de insolvencia (33) . Según indica su art. 6:

«Los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en cuyo territorio se haya abierto un procedimiento de insolvencia en aplicación del art. 3 serán competentes para cualquier acción que se derive directamente del procedimiento de insolvencia y [sin cursiva en el original] guarde una estrecha vinculación con este, como las acciones revocatorias»

Sin embargo, estos requisitos son transmutados por el juzgador, sorpresivamente, de *cumulativos a alternativos* (34) , concentrando su argumentación en acreditar la «estrecha vinculación» de las acciones ejercitadas con el procedimiento de insolvencia (*vinculación procesal*), pero obviando el necesario fundamento de aquellas en la legislación de insolvencia (*vinculación sustantiva*), huérfano de toda prueba.

V. CONCLUSIONES

Del análisis del Auto se desprende, en sintonía con lo concluido por el juzgador, la jurisdicción de los tribunales españoles para conocer del supuesto litigioso, dado que, si bien las dudas sobre la naturaleza de lo pactado dificultan deducir su naturaleza *mercantil*, la personación de la República de Armenia en el procedimiento concursal resulta plenamente compatible para nuestra legislación

con su sumisión tácita.

Sin embargo, la afirmación de la competencia judicial internacional para conocer de las acciones que excedan de la resolución contractual resulta cuestionable, toda vez que el juzgador efectúa una lectura parcial de los requisitos cumulativos descritos en el art. 6 Reglamento (UE) 2015/848, en el que busca asentar su competencia.

Finalmente, en el Auto parece adivinarse, pese al encomiable esfuerzo del juzgador por desplegar la normativa internacional en toda su complejidad, cierta resistencia a interiorizarla hasta sus últimas consecuencias. Una sutil *ansia por conocer* que no favorece el cumplimiento de unas normas internacionales respecto a las que nuestro país, no lo olvidemos, ha mostrado libremente su consentimiento en obligarse.

BIBLIOGRAFÍA

ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, P., *Sistema de Derecho Internacional Público*, 6.ª ed., Cizur Menor, Civitas-Thomson Reuters, 2020.

GUTIÉRREZ ESPADA, C., «La inmunidad de jurisdicción del Estado: alcance y excepciones», en MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. (dir.), *La Ley Orgánica 16/2015 sobre privilegios e inmunidades: gestación y contenido*, Madrid, Cuadernos de la Escuela Diplomática, n.º 55, 2016, pp. 51 ss.

WEBB, P., *Convención de las Naciones Unidas sobre las Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados y de sus Bienes*, Biblioteca Audiovisual de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, 19 -07326 (S).

.....

(1) AJM n.º 1 de Madrid. 1 de marzo de 2021. NIG: 28.079.00.2-2017/0116403.

[Ver Texto](#)

(2) Llamado a pronunciarse con carácter no vinculante sobre las «cuestiones relativas a la inmunidad de jurisdicción y ejecución» (art. 27.2º de la Ley 29/ 2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil), BOE 31.7.2015.

[Ver Texto](#)

(3) E identificado con la referencia 193136-CR-20.

[Ver Texto](#)

(4) Decisión confirmada en reposición mediante auto de 30 de diciembre de 2020.

[Ver Texto](#)

(5) AJM n.º 1 de Madrid, *cit.*, nota 1, FD 3º, p. 7.

Ver Texto

(6)
Ibid.

Ver Texto

(7) BOE 28.10.2015.

Ver Texto

(8) Surgidas en la práctica judicial estatal, ambas siguen una evolución paralela (de *absoluta* a *relativa*), si bien «de forma más restrictiva [...] en el caso de la inmunidad de jurisdicción». P. Andrés Sáenz de Santa María, *Sistema de Derecho Internacional Público*, 6.ª ed., Cizur Menor, Civitas-Thomson Reuters, 2020, p. 87.

Ver Texto

(9) En particular, el de igualdad, expresándose en un aforismo ampliamente reconocido por la jurisprudencia y la doctrina: *par in parem non habet imperium*. *Ibid.*, nota 7, p. 91.

Ver Texto

(10) *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 1980, vol. II, segunda parte, p. 144. Disponible en [https://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/spanish/ilc_1980_v2_p2.pdf].

Ver Texto

(11) Entre las que destaca la Convención de Naciones Unidas sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y sus bienes, hecha en Nueva York el 2 de diciembre de 2004. Aprobada sin votación por la Asamblea General de la Organización (Resolución 59/38), su texto se inspira en el Convenio Europeo sobre la Inmunidad de los Estados, de 1972, y en la legislación nacional de países como los Estados Unidos de América (*Foreign Sovereign Immunities Act*, de 1976) y el Reino Unido (*State Immunity Act*, de 1978), estableciendo una norma general favorable a la inmunidad que luego se matiza con *excepciones*. P. Webb, *Convención de las Naciones Unidas sobre las Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados y de sus Bienes*, Biblioteca Audiovisual de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, 19-07326 (S), p. 1 [https://legal.un.org/avl/pdf/ha/cjistp/cjistp_s.pdf]. Adviértase, no obstante, que su texto no se encuentra en vigor, toda vez que tan solo han sido depositados 22 de los 30 instrumentos de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión exigidos. Entre ellos, el de España, depositado el 21 de septiembre de 2011. *Vid.* [https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=III-13&chapter=3&clang=_en]. Pese a ello, su influencia se ha dejado sentir en el desarrollo de la materia, considerándose que algunas de sus disposiciones suponen una codificación del derecho internacional consuetudinario.

Ver Texto

(12) Según el cual, «Cuando un Estado extranjero haya convenido con una persona natural o jurídica

nacional de otro Estado la sumisión a arbitraje de toda controversia relativa a una transacción mercantil, salvo acuerdo de las partes en otro sentido en el convenio arbitral o en la cláusula compromisoria, el Estado no podrá hacer valer la inmunidad ante un órgano jurisdiccional español en un proceso relativo a: a) La validez, interpretación o aplicación de la cláusula compromisoria o del convenio arbitral; b) El procedimiento de arbitraje, incluido el nombramiento judicial de los árbitros; c) La confirmación, la anulación o la revisión del laudo arbitral; o d) El reconocimiento de los efectos de los laudos extranjeros».

[Ver Texto](#)

(13) AJM n.º 1 de Madrid, *cit.*, nota 1, FD 4º, b), p. 9.

[Ver Texto](#)

(14) Con cita expresa de las Sentencias de la *Cour de Cassation* francesa de 6 de julio de 2000, *Creighton Limited v. Minister of Finance de Qatar and Minister of Municipal Affairs and Agriculture of Qatar*, y 18 de noviembre de 1986, *Société européenne d'Etudes et d'Entreprise (S.E.E.E) v. République de Yougoslavie*; así como, en el Reino Unido, *Svenska Petroleum Exploration AB v. Lithuania*, NY Convention Guide (EWCA Civ 1529 QB 886, November 13, 2006), Case No. B6/2005/2737; *Gold Reserve Inc. v. The Bolivarian Republic of Venezuela*, Westlaw UK (EWHC 153, Comm, February 2, 2016), Case No. CL2015-000015; y *Pearl Petroleum Co Ltd v. Kurdistan Regional Government of Iraq*, Westlaw UK (EWHC 3361Comm, November 20, 2015). Se argumenta en ellas, con innegable querencia hacia el foro, que la sumisión a arbitraje no puede tener otro efecto que el compromiso de cumplimiento del laudo que se dicte, sin que ello puede quedar al albur de la autoridad extranjera. Esfuerzo en la cita que parece deslizar un sutil mensaje *ad futurum*, proporcionando a los órganos jurisdiccionales nacionales argumentos con los incorporarse a una tendencia que el juzgador saluda como «creciente».

[Ver Texto](#)

(15) Razonamiento que parece original del juzgador y que inmediatamente descarta como «forzado», al reconocer la «ausencia de cualquier precedente o material interpretativo, ni de la normativa internacional ni del reciente régimen español, que abone esta hermenéutica». AJM n.º 1 de Madrid, *cit.*, nota 1, FD 4º b), p. 10.

[Ver Texto](#)

(16) *Ibíd.*

[Ver Texto](#)

(17) Siguiendo la estela de la Convención de las Naciones Unidas sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y sus bienes. Al respecto, adviértase la milimétrica coincidencia entre el art. 2 n) de la Ley Orgánica 16/2015 y el 2.2 de la Convención, según el cual: «Para determinar si un contrato o transacción es una "transacción mercantil" según lo dispuesto en el apartado c) del párrafo 1, se atenderá principalmente a la naturaleza del contrato o de la transacción, pero se tendrá en cuenta también su finalidad si así lo acuerdan las partes en el contrato o la transacción o si, en la práctica del Estado que es parte en uno u otra, tal finalidad es pertinente para la determinación del carácter no mercantil del contrato o de la transacción». No debe olvidarse que ya la memoria justificativa del anteproyecto de

Ley Orgánica sometido a consulta del Consejo de Estado precisaba que el texto buscaba «incorporar» al Ordenamiento español las previsiones de la Convención. Afirmación inteligentemente matizada por el Supremo Órgano Consultivo, al indicar que, toda vez que el texto internacional no se encontraba aún en vigor, su incorporación no puede ser «técnicamente tal, sino [...] únicamente [...] fuente de inspiración e instrumento de referencia en la redacción de la misma». Dictamen del Consejo de Estado 693/2015, 23 de julio de 2015, p 13 [<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=CE-D-2015-693>]. A destacar, asimismo, la acertada cita por el Auto de la doctrina emanada del Supremo Órgano Consultivo.

Ver Texto

(18) Art. 2 n) de la Ley Orgánica 16/2015.

Ver Texto

(19) *Ibíd.*

Ver Texto

(20) Hay que lamentar aquí la parquedad del informe remitido por el Ministerio de Asuntos Exteriores, Unión Europea y Cooperación. Circunstancia advertida, asimismo, por el juzgador.

Ver Texto

(21) AJM n.º 1 de Madrid, *cit.*, nota 1, FD 4º c), p. 11.

Ver Texto

(22) Que puede resultar trascendente en el caso. Así, la diferencia en nuestro sistema entre el contrato de *arrendamiento de obra* y el *contrato de obras*, de naturaleza *no mercantil*, previsto en el art. 13 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, no ha de buscarse en el objeto sino en la conclusión del segundo por un ente del sector público.

Ver Texto

(23)

Como pueden ser, sin ánimo exhaustivo, la equiparación entre bienes de dominio público por naturaleza y por afección al servicio público, o la confusión entre el interés público, que siempre debe perseguir la Administración, con finalidad de lo convenido en el acuerdo, cuya identificación aboca al juzgador a matizar la importancia de esta última nota para evitar concluir, *ad absurdum*, que su operatividad quedaría restringida «a los supuestos patológicos de desviación de poder o aprovechamiento de recursos públicos para fines privados, lo que equivaldría a conductas cuasi delictivas».

Ver Texto

(24) AJM n.º 1 de Madrid, *cit.*, nota 1, FD 4º c), p. 12.

Ver Texto

(25) Como ilustra la Comisión de Derecho Internacional en su informe al Proyecto de artículos sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y sus bienes, «En primer lugar, debe atenderse principalmente a la naturaleza del contrato o de la transacción. Si se demuestra que no tiene naturaleza mercantil o que es un contrato administrativo, no será necesario indagar más allá en lo que concierne a su finalidad». Previsión que parece encaminada a reforzar la regla general de la inmunidad, evitando que se promuevan procesos *inquisitoriales*, tendentes a garantizar la jurisdicción del foro. *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 1991, vol. II, segunda parte, p. 20 [https://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/spanish/ilc_1991_v2_p2.pdf]. El empleo de la *finalidad* aparece así condicionado a la doble circunstancia de que la práctica del Estado parte sea pertinente para la determinación del carácter no mercantil del contrato o a que así lo acuerden las partes. Acuerdo aquí relevante que no se refiere, pues, a la caracterización de lo convenido sino al uso de la finalidad como elemento de calificación.

Ver Texto

(26) Compárese con el proactivo enfoque adoptado por la jueza del JPI n.º 24 de Palma de Mallorca en su recientísimo Auto 180/2021, de 3 de mayo de 2021. Si bien, la naturaleza *imperii* del acto resultaba más clara (Ley de expropiación adoptada por la República de Cuba), beneficiándose además el juzgador de un detallado informe del Ministerio de Asuntos Exteriores, Unión Europea y Cooperación [<https://fernandezrozas.com/2021/05/11/declaracion-de-falta-de-jurisdiccion-y-archivo-la-demanda-por-terrenos-confiscados-en-playa-esmeralda-en-la-que-se-ubican-dos-hoteles-propiedad-cubana-explotados-por-una-entidad-hoteleria-espanol/>>].

Ver Texto

(27) AJM n.º 1 de Madrid, cit., nota 1, FD 4º c), p. 14.

Ver Texto

(28) Que actualiza las previsiones contenidas en los arts. 36 LEC y 21 LOPJ.

Ver Texto

(29) AJM n.º 1 de Madrid, cit., nota 1, FD 4º d), p. 15.

Ver Texto

(30) *Ibid.* Con cita de la jurisprudencia emanada del Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo (Sentencia de 22 de abril de 2010). Todo ello pese a la alegación armenia de que la personación fue «restringida», exclusivamente «a los efectos de defender sus derechos en el procedimiento de insolvencia», y sin que en ningún momento «supusiese renunciar a su inmunidad de jurisdicción en cuanto a las pretensiones de la concursada».

Ver Texto

(31) Recordando aquí las prevenciones señaladas por el Consejo de Estado en relación a la utilización de este término, expuestas más extensamente en la nota 18.

[Ver Texto](#)

(32)

Las (escasas) divergencias entre la Ley Orgánica y el texto de la Convención de Nueva York han motivado que parte de la doctrina haya planteado la necesidad de que nuestro país formule las oportunas *reservas* al texto internacional. En este sentido, aunque la Convención de Viena sobre el Derecho de los tratados, de la que España es parte, parece sugerir (art. 2.1º.d) que el momento procesal de formular reservas a los tratados es el de su autenticación o prestación del consentimiento, la práctica no excluye su formulación por sujetos que ya hayan prestado su consentimiento a un tratado. C. Gutiérrez Espada, «La inmunidad de jurisdicción del Estado: alcance y excepciones», en J. Martín y Pérez de Nanclares (dir.), *La Ley Orgánica 16/2015 sobre privilegios e inmunidades: gestación y contenido*, Madrid, Cuadernos de la Escuela Diplomática, n.º 55, 2016, p. 51. Conviene recordar que España no formuló ninguna declaración ni reserva en el momento de depositar su instrumento de adhesión en 2011.

[Ver Texto](#)

(33) Art. 3.1º Reglamento (UE) 2015/848 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de mayo de 2015 sobre procedimientos de insolvencia (Texto Refundido), DO L 141/19 de 5.6.2015. La aplicación del art. 11 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, alegada por Armenia y vigente en el momento en que se dedujo la declinatoria, se desestima toda vez sus previsiones solo resultarían aplicables «a los residuales supuestos en que los tribunales españoles no funden su competencia en el centro principal de intereses del deudor en España, sino en la existencia de un establecimiento; Y ello diera pie a la apertura de un concurso territorial (lo que no es el caso)». AJM n.º 1 de Madrid, *cit.*, nota 1, FD 5º, p. 16. Afirmación un tanto inexacta, en la medida en que el art. 3.2º del Reglamento condiciona esta aplicación, además, a que «el centro de intereses principales del deudor se encuentre en el territorio de un Estado miembro».

[Ver Texto](#)

(34) "Basándose la competencia de este órgano judicial en el Reglamento (UE) 2015/848, viene en aplicación la norma más laxa contenida en el art. 6, que atribuye al Juez del concurso competencia para las acciones que se deriven directamente de los procedimientos de insolvencia o *guarden una estrecha vinculación con ellos* [cursiva en el original]. AJM n.º 1 de Madrid, *cit.*, nota 1, FD 5º, p. 16.

[Ver Texto](#)

Anulación parcial de laudo en equidad contrario al orden público por falta de motivación: la mal entendida equivalencia jurisdiccional

Sentencia del Tribunal Constitucional 65/2021, de 15 de marzo

Partial annulment of an arbitral award in equity contrary to public policy for lack of reasoning: the misunderstanding of jurisdictional equivalence

La decisión del Tribunal Constitucional comentada confirma una doctrina que tiende a minimizar la intervención judicial en el control del arbitraje y limita los excesos cometidos por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid. El TC reduce a los estrictos límites de la cosa juzgada la equivalencia jurisdiccional del arbitraje, acota el alcance del orden público como causa de anulación, rechaza la aplicación del principio constitucional de tutela judicial efectiva al arbitraje y ajusta la exigencia de motivación del laudo a una exigencia legal, no constitucional. La doctrina del TC requiere, en consecuencia, precisar el alcance y el modo de valoración de la motivación del laudo y, sobre todo, ajustar la falta de motivación a las causales generales de anulación del laudo arbitral.

Anulación de laudos arbitrales, Arbitraje de equidad, Equivalencia jurisdiccional del arbitraje, Motivación del laudo arbitral, Orden público, Tutela judicial y arbitral

The Constitutional Court's decision confirms a doctrine that tends to minimise judicial intervention in the control of arbitration and limits the excesses committed by the Tribunal Superior de Justicia of Madrid. The Constitutional Court reduces the jurisdictional equivalence of arbitration to the strict limits of *res judicata*, limits the scope of public policy as a cause for annulment, rejects the application of the constitutional principle of *due process* before the courts to arbitration and adjusts the requirement of the reasoning of arbitral awards to a legal, not a constitutional requirement. The Constitutional Court's doctrine therefore requires clarification of the scope and method of assessing reasoning of arbitral awards and, above all, to bring the failure to state reasons into line with the general grounds for annulment of the arbitral award.

Annulment of arbitral awards, Arbitration in equity, *Due process* in judicial and arbitral procedures, Jurisdictional equivalence of arbitration, Public policy, Reasoning of arbitral awards.



Sixto A. Sánchez Lorenzo

Catedrático de Derecho internacional privado de la Universidad de Granada

I. ANTECEDENTES DE LA DECISIÓN

1. La sentencia del Tribunal Constitucional n.º 65/2021 de 15 de marzo se alinea con la sentencia n.º 17/2021 de 15 de febrero para consolidar una doctrina constitucional bienvenida, que ayuda a depurar, más allá de las causales de anulación de laudos arbitrales, los principios fundamentales sobre el arbitraje en el Derecho español.
2. En esta ocasión el amparo se refería a una decisión nuevamente del TSJ de Madrid: la sentencia (Sala de lo Civil y Penal, sección 1ª) n.º 36/2019 de 1 de octubre de 2019. En ella, el TSJ anulaba parcialmente un laudo arbitral dictado en equidad en un procedimiento administrado por la CAM. El TSJ estimó la concurrencia de la causal de orden público, al entender que la decisión era arbitraria (art. 9 CE) o, más concretamente, había sido motivada de forma incoherente. El TSJ aplica analógicamente el canon constitucional de la tutela judicial efectiva (art. 24 CE) por lo que se refiere a la motivación de las sentencias judiciales.
3. La controversia versaba sobre una reclamación presentada por la suscriptora de un contrato de confirmación rango bonificado doble euro (swap), interesando el incumplimiento por parte del banco de sus obligaciones legales de información en la fase precontractual y la correspondiente indemnización.

La decisión arbitral, que en buena medida ampara su juicio de equidad en normas jurídicas, estimó que existía dicho incumplimiento, pero no concedió la indemnización por daños al entender que el contrato había cumplido su función con normalidad, que la demandante había planteado su reclamación con un llamativo retraso y que no había acreditado debidamente perjuicio económico alguno.

El TSJ, en su fundamento jurídico sexto, considera incoherente tal decisión, y justifica tal incoherencia de forma abierta en un control de fondo de la corrección jurídica de la decisión. Se permite hacerlo al señalar que los propios árbitros sustentaron su análisis en el Derecho español, convirtiendo de alguna forma lo que era un arbitraje de equidad en un arbitraje de Derecho (fundamento jurídico quinto). La propia coherencia de la decisión del TSJ solo se explica sobre la base de esta criticable conversión, pues a renglón seguido considera incoherente, arbitrario e irracional el laudo al afirmar que *«la entidad bancaria incumplió los deberes que le resultan exigibles en la comercialización del swap, pero a la vez denegar toda consecuencia a tan palmario incumplimiento»*.

Para demostrar tal incoherencia, el TSJ recurre a la jurisprudencia del Tribunal Supremo que establece la procedencia de la indemnización por daños y perjuicios en caso de incumplimiento de los deberes de información impuestos por la normativa en materia de mercado de valores, constituyendo el daño la pérdida de la inversión. Subraya asimismo el TSJ que la tardanza en plantear la reclamación no puede ser retenida si no ha prescrito el plazo para interponer la acción. En suma, el TSJ hace una revisión jurídica de los fundamentos jurídicos de un laudo dictado en equidad, partiendo de la excusa de su arbitrariedad.

II. LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

1. El alcance de la «equivalencia jurisdiccional» del arbitraje

4. En su sentencia n.º 17/2021 de 15 de febrero, el Tribunal Constitucional entonó un «*mea culpa*» al formular la hipótesis de que los excesos en el control judicial del laudo por parte del Tribunal Superior de Justicia de Madrid bien pudieran estar amparados por la propia doctrina del Tribunal Constitucional al erigir el arbitraje como un «equivalente jurisdiccional», expresión que ha dado lugar a malentendidos evidentes. En tal sentido, el TC aclaró que la equivalencia solo se predica de los efectos de la decisión judicial y del laudo arbitral, ambas dotadas de efecto de cosa juzgada. Conforme a esta doctrina, la nueva adjetivación del arbitraje mercería ser más bien la de «alternativa jurisdiccional». Retomando esta idea, en la sentencia comentada el TC une su voz a la del Ministerio Fiscal para señalar que

«... extender la idea del arbitraje como "equivalente jurisdiccional" más allá de su equivalencia en cuanto a sus efectos, es decir, a la cosa juzgada y a su ejecutividad, es tanto como hablar de identidad entre resoluciones judiciales y arbitrales. Esta afirmación es inaceptable, pues ambos tipos de resolución de conflictos descansan sobre preceptos constitucionales distintos» (FJ 4).

La motivación del laudo, desgajada ya del contenido inherente a la tutela judicial efectiva como derecho fundamental, encuentra su propia razón de ser como obligación legal que dimana exclusivamente de la LA y no queda sometida, por *mor* de una falsa equivalencia

5. La nueva concepción sobre las reducidas semejanzas entre el arbitraje y la jurisdicción, lejos de la equivalencia, amparó en tal decisión un tratamiento diferencial de la obligación de motivación del laudo, que trae causa en la circunscripción de la «tutela judicial efectiva» (art. 24 CE) al ámbito jurisdiccional. Tutela judicial y tutela arbitral efectivas son, pues, conceptos diferentes. El TC insiste en esta nueva decisión en tal idea:

«el procedimiento arbitral no se puede ver sometido a las exigencias propias del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE), puesto que no es un procedimiento judicial, como tampoco los árbitros ejercen la jurisdicción, cometido de la competencia exclusiva de quienes integran el Poder Judicial (art. 117 CE). Por tanto, no están sujetos a los deberes y garantías que impone el art. 24 CE. Al contrario: cuando las partes de una controversia, en ejercicio de la autonomía de la libertad (art. 10 CE), deciden acudir al procedimiento arbitral, eligen sustraerse de las normas que rigen el procedimiento judicial (art. 24 CE) y también, claro está, al enjuiciamiento y valoración de los órganos judiciales, a quienes desde ese momento les está vedado el conocimiento del asunto» (FJ 4).

La motivación del laudo, desgajada ya del contenido inherente a la tutela judicial efectiva como derecho fundamental, encuentra su propia razón de ser como obligación legal que dimana

exclusivamente de la Ley de Arbitraje y no queda sometida, por *mor* de una falsa equivalencia, a los cánones constitucionales que rigen la motivación de las decisiones judiciales (art. 24 C.E.): «*el deber de motivación del laudo no surge del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1º CE), que solo es predicable de las resoluciones emanadas del Poder Judicial, sino de la propia Ley de arbitraje, que en su art. 37.4º así lo exige*» (FJ 5). Existe, es más, una lógica menos estricta para el canon arbitral, de manera que en ningún modo el criterio puede ser más riguroso que el que requiere para las sentencias judiciales la tutela judicial efectiva.

6. De forma consecuente, la doctrina del TC en la sentencia de 15 de febrero continuaba una tendencia ya señalada en la Sentencia TC 46/2020 en la acotación del orden público como motivo de anulación de laudos arbitrales, bien circunscrito a las exigencias constitucionales e internacionales, cuya intención a todas luces era atajar los excesos y abusos que, so pretexto del orden público, venían permitiendo al TSJ una revisión en cuanto al fondo de las decisiones arbitrales. La sentencia comentada se enmarca en esta tendencia (fundamento jurídico tercero), concluyendo que

«... excepcionalmente cabe anular una decisión arbitral cuando se hayan incumplido las garantías procedimentales fundamentales como el derecho de defensa, igualdad, bilateralidad, contradicción y prueba; cuando el laudo carezca de motivación o esta sea arbitraria, ilógica, absurda o irracional; cuando se hayan infringido normas legales imperativas; o cuando se haya vulnerado la intangibilidad de una resolución firme anterior. Esto significa que no es lícito anular un laudo arbitral, como máxima expresión de la autonomía de las partes (art. 10 CE) y del ejercicio de su libertad (art. 1 CE) por el solo hecho de que las conclusiones alcanzadas por el árbitro o por el colegio arbitral sean consideradas, a ojos del órgano judicial, erróneas o insuficientes, o, simplemente, porque de haber sido sometida la controversia a su valoración, hubiera llegado a otras bien diferentes».

2. El carácter legal de la obligación de motivación del laudo

7. Reitera el TC su doctrina del mes anterior, indicando que la motivación del laudo no es un imperativo constitucional ni de orden público. Se trata de «*una obligación de configuración legal del que bien podría prescindir el legislador sin alterar la naturaleza del sistema arbitral*» (FJ 5). En otro caso, el reconocimiento en España de laudos arbitrales dictados en países que no requieren legalmente la motivación de los laudos arbitrales quedará seriamente comprometido (1). Como apuntó el Ministerio Fiscal, la gran mayoría de los sistemas aceptan que las partes pueden renunciar expresa o tácitamente a la obligación de motivar el laudo arbitral (v. *gr.* art. 8 del Convenio europeo sobre el arbitraje comercial internacional, hecho en Ginebra el 21 de abril de 1961 o art. 31.2º de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre arbitraje comercial internacional).

En consecuencia, la exigencia de motivación de los laudos arbitrales no trae causa del principio de tutela judicial efectiva (art. 24 CE), como ocurre en el ámbito jurisdiccional, sino de una mera exigencia legal contenida en la legislación arbitral. Ocurre, sin embargo, que en el arbitraje interno y en general en el arbitraje cuya sede sea España, la obligación de motivación del laudo parece configurarse como una obligación irrenunciable para las partes, a la luz del art. 37.4º LA, que solo excluye de la exigencia de motivación los laudos transaccionales, toda vez que en este tipo de laudos

el propio acuerdo de las partes constituye causa y motivación suficiente del laudo. Se trata de un modelo que no es dominante en el Derecho comparado (2), pero que comparten sistemas como el andorrano, el húngaro o el noruego. En consecuencia, cabe precisar o añadir a lo afirmado por el TC, que la exigencia de motivación del laudo arbitral en el sistema español es una exigencia legal imperativa (no disponible) o, si se quiere, de orden público interno, con la excepción de lo dispuesto en el art. 8 del Convenio europeo sobre el arbitraje comercial internacional, hecho en Ginebra el 21 de abril de 1961, en cuanto fuera aplicable (3).

3. La obligada motivación del laudo en equidad

8. No cabe poner en duda que la exigencia legal de motivación del laudo se extiende tanto al arbitraje de Derecho como al arbitraje en equidad (4). Ello es lógico, en primer lugar, porque tanto uno como otro comparten la necesidad de que la decisión se ampare en determinados hechos probados, pues la obligación de motivación requiere generalmente que el árbitro haga mención no solo de las razones de su decisión, sino también de las circunstancias fácticas en las que se funda. La diferencia radica en la motivación en cuanto al fondo, y singularmente no en la necesidad de motivación, sino en el contenido de tal motivación o, si se quiere, en lo adjetivo más que en lo sustantivo. Mientras que la motivación en el laudo de Derecho debe ser jurídica, la propia del arbitraje de equidad se ampara en criterios o valores que apuntan a una concepción vulgar de lo justo (5).

En el arbitraje de equidad el árbitro cumple con acreditar en su laudo cuál es el criterio de justicia que emplea, y el recurso a normas jurídicas se limita a ilustrar ese criterio de equidad que fundamenta su decisión

9. Lo anterior no impide que el arbitraje de equidad pueda recurrir a fuentes jurídicas, pero no requiere que dichas fuentes sean objeto de un debate procesal entre las partes (6). El árbitro, al decidir según su leal saber y entender, puede perfectamente invocar normas jurídicas que, a su juicio, representan o materializan su concepción de lo que es justo y equitativo desde el punto de vista del sentido común. La norma jurídica es traída a colación, por tanto, como *ratio scripta* (7). De ahí que, para algunos autores, la *lex mercatoria*, conformada esencialmente por principios generales del Derecho, pueda presentar un alto índice de compatibilidad con el arbitraje comercial internacional de equidad (8). En suma, en el arbitraje de equidad el árbitro cumple con acreditar en su laudo cuál es el criterio de justicia que emplea, y el recurso a normas jurídicas se limita a ilustrar ese criterio de equidad que fundamenta su decisión (9).

Por otra parte, el árbitro de equidad no es inmune a la consideración de motivos propiamente jurídicos (10). En particular, está obligado a considerar las normas de orden público de la *lex arbitri* y, en el arbitraje comercial internacional, no solo de la *lex arbitri*, sino también de terceros Estados u organizaciones internacionales particularmente vinculadas a la solución del caso. Así, en la hipótesis de que un árbitro tuviera que decidir en equidad sobre un contrato con repercusión o efectos en el

mercado europeo, no podría resolver sin tener en cuenta las normas de orden público de la Unión Europea en materia de libre competencia (11) .

10. En el caso que da lugar al presente recurso de amparo, el TSJ parece no tener claro en su decisión de anulación que el laudo, aunque retenga normas jurídicas y jurisprudencia, sigue siendo decidiendo un arbitraje de equidad. La Sentencia TSJ Madrid (Sala Civil y Penal) n.º 1/2018, de 8 de enero de 2018, que dio lugar a la Sentencia TC n.º 17/2021 de 15 de febrero, ya mostraba una exigencia tal en este sentido que acababa llevando a la desnaturalización del arbitraje de equidad a través un verdadero control de fondo de la razonabilidad «jurídica» del arbitraje de equidad.

Y la afirmación es relevante, pues el criterio de lo que es justo y equitativo puede desconocer algunas normas jurídicas, tales como las que reglan la prescripción, extrayendo consecuencias de la pasividad de una parte, o atribuir a una doctrina como la de los actos propios unos efectos que tal vez no serían predicables en un arbitraje de Derecho. Ello no es óbice para que, en su razonamiento, los árbitros puedan apoyarse en algunas normas jurídicas para sustentar alguno de sus criterios. El hecho de que el resultado final de este razonamiento no se compadezca con la aplicación en bloque y sistemática de los preceptos del Derecho español, tal y como procedería con normalidad en un enjuiciamiento de Derecho, no significa que sea *per se* incoherente, absurdo o irracional , sino simplemente que el juicio en equidad no comparte en todos sus elementos o en bloque un razonamiento o serie de proposiciones estrictamente jurídicos.

4. Causales de anulación del laudo no motivado

11. Descartado el orden público como causal para controlar la motivación del laudo arbitral, conviene analizar cuál es en realidad la condición que justifica dicho control en el proceso de anulación, habida cuenta de que en el sistema español, a diferencia de lo que ocurre en otros ordenamientos jurídicos, minoritarios en todo caso (12) , no existe una causal específica que contemple la anulación del laudo por falta de motivación.

12. Cabe la tentación de entender que el TC sugiere en esta sentencia que la causal adecuada se vincula a la vulneración por los árbitros de la misión encomendada o de las reglas de procedimiento acordadas [art 41.1º letras c) y d)]. En el fundamento jurídico quinto, se señala que

«[a]sentado, por consiguiente, el arbitraje en la autonomía de la voluntad y la libertad de los particulares (arts. 1 y 10 CE), el deber de motivación del laudo no se integra en el orden público exigido en el art. 24 CE para la resolución judicial, sino que se ajusta a un parámetro propio, definido en función del art. 10 CE. Este parámetro deberán configurarlo, ante todo, las propias partes sometidas a arbitraje a las que corresponde, al igual que pactan las normas arbitrales, el número de árbitros, la naturaleza del arbitraje o las reglas de prueba, pactar si el laudo debe estar motivado (art. 37.4º LA) y en qué términos».

En efecto, en aquellos sistemas que admiten la «disponibilidad» o renuncia de la motivación se comprende que, a falta de una causal de anulación específica, el control judicial del laudo no motivado e menudo se oriente, en primer lugar, a considerar la medida en que la ausencia de

motivación implica una vulneración de la misión encomendada por las partes. Si las partes no excluyen expresa o implícitamente la obligación de motivación, un laudo no motivado conculcaría la misión encomendada a los árbitros o las normas sobre procedimiento que resulten aplicables. Al contrario, si la obligación de motivación ha sido objeto de renuncia por las partes, no cabe control de tal motivación.

No parece de recibo, sin embargo, que este planteamiento sea extensible con carácter general al sistema español en el arbitraje doméstico o en el arbitraje comercial internacional sujeto a la *lex arbitri* española, salvo en los casos en que sea de aplicación el art. 8 del Convenio de Ginebra. En el arbitraje interno y en general en el arbitraje cuya sede sea España, la obligación de motivación del laudo parece configurarse como una obligación irrenunciable para las partes, a la luz del art. 37.4º LA, que solo excluye de la exigencia de motivación los laudos transaccionales, toda vez que en este tipo de laudos el propio acuerdo de las partes constituye causa y motivación suficiente del laudo. Se trata de un modelo que no es dominante en el Derecho comparado, pero que comparten algunos sistemas, como ya se ha señalado.

De hecho, no parece que este sea el pensamiento del TC. Antes al contrario, en el mismo fundamento jurídico parece considerar la posibilidad de que las partes acuerden particularidades a las exigencias de motivación, pero no su renuncia:

«De esto se sigue que el órgano judicial que tiene atribuida la facultad de control del laudo arbitral, como resultado del ejercicio de una acción extraordinaria de anulación, no puede examinar la idoneidad, suficiencia o la adecuación de la motivación, sino únicamente comprobar su existencia, porque, salvo que las partes hubieren pactado unas determinadas exigencias o un contenido específico respecto a la motivación, su insuficiencia o inadecuación, el alcance o la suficiencia de la motivación no puede desprenderse de la voluntad de las partes (art. 10 CE). Cabe, pues, exigir la motivación del laudo establecida en el art. 37.4º LA, pues las partes tienen derecho a conocer las razones de la decisión. En consecuencia, en aquellos supuestos en los que el árbitro razona y argumenta su decisión, habrá visto cumplida la exigencia de motivación, sin que el órgano judicial pueda revisar su adecuación al derecho aplicable o entrar a juzgar sobre la correcta valoración de las pruebas, por más que de haber sido él quien tuviera encomendado el enjuiciamiento del asunto, las hubiera razonado y valorado de diversa manera».

13. Como consecuencia de la nueva doctrina del TC, la causal adecuada para impugnar la falta de motivación del laudo es, en el sistema español, que el procedimiento arbitral, en cuyas reglas se integra la forma y el contenido del laudo, no se ha ajustado a las disposiciones de la Ley de Arbitraje que exigen imperativamente la motivación del laudo, con la excepción del laudo transaccional [art. 41.1º letra d)] o de aquellos arbitrajes comerciales internacionales en que resulte de aplicación lo dispuesto en el art. VIII del Convenio de Ginebra de 1961. Esta vía de control es palpable en el ámbito del reconocimiento de laudos extranjeros [art. V.1º d) del Convenio de Nueva York de 1958] por la inobservancia de la obligación de motivación acordada por las partes (13) o resultante de las reglas de jurisdicción primaria o *lex arbitri*, en la medida en que exijan la motivación del laudo (14). Debe notarse que esta posibilidad es más amplia, en la medida en que hace posible tener en cuenta la

motivación requerida por una *lex arbitri* que puede no haber sido elegida ni designada por las partes, sino a través, por ejemplo, de la designación de una sede arbitral por la institución administradora. Por esta razón, en casos en que la *lex arbitri* ha sido determinada por las partes [*ad ex.* sentencia de la *Cour de Cassation* (1^{ère} Ch. Civ.) de 22 de noviembre de 1966 (*Gerstlé*)] cabe plantearse, al menos en los sistemas que admiten la renuncia a la motivación, si la causal tiene más que ver con el mandato de las partes que con la vulneración de la *lex arbitri*, y si la decisión sería semejante si la *lex arbitri* respondiera a una determinación ajena a la voluntad de las partes.

5. La aplicación *mutatis mutandis* del canon sobre motivación de sentencias judiciales

14. El TC formula en el párrafo final del fundamento jurídico quinto una analogía con el control que el propio TC realiza en amparo y el que corresponde al tribunal en el control judicial del laudo, que actúa no como una tercera instancia, sino en virtud de un control restringido a causales específicas y limitadas. En particular, por lo que se refiere a la motivación del laudo, deberá en todo caso comprobar que

«... la resolución arbitral no sea arbitraria, irracional o absurda desde un mero control externo, lo que significa que no lo sea sin entrar a valorar el fondo del asunto».

En consecuencia, el hecho de que la exigencia de motivación del laudo sea legal y no venga determinada por el principio constitucional de tutela judicial efectiva impide el control judicial de dicha motivación por la vía del orden público, pero no a través de la causal relativa al respeto a las reglas procedimentales imperativas de la ley española. Una vez que queda claro que el árbitro debe comprobar que el laudo está motivado, es decir, no es arbitrario, irracional o absurdo, sin entrar en una revisión de la motivación, el canon para interpretar esta cuestión será, *mutatis mutandis*, el mismo que emplea en realidad la justicia constitucional para determinar la ausencia de motivación de una decisión judicial, esto es, un control puramente externo de la existencia y no contradicción de la motivación, de forma que no sea absolutamente irrazonable o arbitraria. El laudo, como la sentencia, debe contener una proposición lógica, debe aportar las razones por las que el intérprete ha llegado a aceptar unos hechos probados y a partir de ellos ha elaborado una respuesta sustantiva, y debe permitir comprender cómo el juez o el árbitro han llegado formalmente a su conclusión, sin poder descender ni poner en tela de juicio la bondad o corrección del razonamiento lógico, sino solo su presencia.

Los jueces de control del arbitraje no puede poner en cuestión la libre apreciación de la prueba por parte del árbitro, ni tampoco se le exige señalar por qué motivos ha dado mayor importancia a una prueba que a otra

En cuanto a la fundamentación fáctica, los jueces de control del arbitraje no puede poner en cuestión la libre apreciación de la prueba por parte del árbitro, ni tampoco se le exige señalar por qué motivos

ha dado mayor importancia a una prueba que a otra. Tampoco pone en entredicho la motivación fáctica el hecho de que el árbitro haya desestimado la admisión de una determinada prueba.

En cuanto al fondo, como establece el TC, es preciso distinguir entre motivación errónea y motivación inexistente. Ciertamente, existe una zona gris entre la irrazonabilidad o arbitrariedad y la incorrección. El carácter arbitrario debe resultar *prima facie* de la motivación expuesta en el laudo. Un laudo incorrecto puede no ser absurdo, en la medida en que los argumentos construyan la *ratio dicendi* con una mínima lógica, de manera que permitan una argumentación o debate *a contrario*. Tampoco es necesario que la motivación sea exhaustiva, sino que puede ser sumaria y sintética, siempre que permita conocer esencialmente la *ratio dicendi* de los árbitros y descartar que los argumentos esenciales de las partes no hayan sido omitidos. Debe permitir que las partes conozcan las principales razones de la decisión de forma que puedan apreciar las posibilidades de recurso, pero el árbitro no tiene por qué dar cuenta de todos y cada uno de los argumentos esgrimidos por las partes, particularmente si no son pertinentes para la solución de la controversia (15). Otra cuestión debatida de forma recurrente es si la motivación contradictoria equivale a ausencia de motivación. Tampoco en este caso es posible una respuesta contundente. Una leve contradicción en los motivos no puede considerarse como una vulneración de la exigencia de motivación, mientras que una contradicción flagrante, al menos sobre los motivos que amparan la parte dispositiva del laudo, que impida conocer en realidad su *ratio dicendi*, equivale a una motivación carente de racionalidad o arbitraria, en la medida en que resulta incomprensible.

15. El Tribunal Constitucional aplica este criterio para concluir, *in casu*, que nada justificaba la apreciación por el TSJ de la falta de motivación del laudo arbitral (fundamento jurídico sexto). A su juicio, el TSJ entra en el fondo del debate de la cuestión controvertida para corregir la interpretación del tribunal arbitral, en tanto que los árbitros expusieron razonadamente los motivos por los que entendían que no procedía la indemnización de daños, esencialmente por un retraso desleal y contrario a la buena fe en el planteamiento de la reclamación contra la entidad bancaria, a través de un razonamiento cuyo hilo argumental era claro.

El laudo era, en efecto, perfectamente comprensible. Aunque el banco había incumplido las obligaciones de información precontractual, el contrato había cumplido su función, las liquidaciones se había ejecutado y liquidado normalmente, y la demandante no hizo objeción ni reclamación alguna hasta pasados once años de la conclusión del contrato y seis desde su terminación, lo que se antojaba una conducta desleal, de forma que los propios actos de la demandante habían generado expectativas legítimas en el banco acerca de la correcta y pacífica terminación de la relación contractual.

Es muy posible que esta decisión dictada —no debe olvidarse— en equidad no fuera igualmente correcta en el marco de un arbitraje de Derecho, pero es asimismo evidente que es posible seguir y comprender la argumentación del tribunal arbitral, por lo que no puede considerarse ni arbitraria, ni irracional ni incoherente. Incluso cuando fuera un arbitraje de Derecho, la incorrección de la motivación no ampara la argumentación de una falta de motivación. Menos aún cuando se trata de un arbitraje de equidad.

III. CONCLUSIÓN

16. La sentencia comentada debe leerse, pues, como un eslabón más de una cadena de decisiones orientadas hacia el mismo fin. Si no hay mal que por bien no venga, habrá que concluir que la ominosa etapa de decisiones judiciales suscritas por el TSJ de Madrid en abierto menoscabo del arbitraje como alternativa jurisdiccional ha tocado a su fin y, a la postre, ha propiciado una doctrina constitucional firme y clara que refuerza la esencia del arbitraje como medio alternativo de solución de controversias. Da la sensación que este viacrucis que amenazaba con señalar a Madrid como sede arbitral *non grata* y ha hecho temblar los cimientos del arbitraje en España, tan trabajosamente erigidos, ha llegado a término y que el Tribunal Constitucional ha escrito el fin de una historia imprimiendo un marchamo de madurez definitiva del arbitraje comercial en el Derecho español, sin visos de vuelta atrás... A buen fin no hay mal principio...

BIBLIOGRAFÍA

AA. VV., *Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (A Global Commentary on the New York Convention)*, Wolters Kluwer, 2010.

ADOLPHSEN, J., «§ 1061», *Münchener Kommentar Zivilprozessordnung*, 3ª ed., Múnich, C.H. Beck, 2008

ANDREWS, M.N., *Arbitration and Contract Law (Common Law Perspectives)*, Cambridge, Springer, 2016.

BERGER, B. & KELLERHALS, F., *International and Domestic Arbitration in Switzerland*, 3ª ed., Berna, Stämpfli Publishers, 2015.

BINGHAM, J., «Reasons and Reasons for Reasons: Differences between a Court Judgment and an Arbitration Award», 4 *Arbitration International*, 1988/2, pp. 141-154.

BORN, G., *International Commercial Arbitration*, 2ª ed., vol. III (*International Arbitral Awards*), Wolters Kluwer, 2014,

CARBONNEAU, E., «Étude historique et comparée de l'arbitrage. Vers un droit matériel de l'arbitrage commercial international fondé sur la motivation des sentences», *Rev. int. dr. comp.*, vol. 36, n.º 4, 1984, pp. 727-781.

CHECA MARTÍNEZ, M., «Arbitraje internacional y ley aplicable por el árbitro», *Estudios sobre arbitraje: los temas clave*, Madrid, La Ley, 2008, pp. 335-371 .

FERNÁNDEZ PÉREZ, A., *El arbitraje entre la autonomía de la voluntad de las partes y el control judicial*, Barcelona, Bosch, 2017.

FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., «Motivación del laudo arbitral en equidad (Sentencia del TSJ Galicia CP 1ª n.º. 18/2012 de 2 de mayo)», *Arbitraje. Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, vol. VI, n.º. 2,

2013, pp. 455-46.

FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., «Motivación del laudo arbitral», *Anuario de Arbitraje 2018*, Cizur Menor, Aranzadi, 2018, pp. 51-106.

FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., SÁNCHEZ LORENZO, S. y STAMPA, G., *Principios generales del arbitraje*, Valencia, Tirant lo blanch, 2018.

GILLIES P. & SELVADURAI, N., «Reasoned Awards: How Extensive Must the Reasoning Be?», *Arbitration*, vol. 74, 2008, pp. 125-132.

JARVIN, S., «La nouvelle loi suédoise sur l'arbitrage», *Rev. arb.*, 2000, pp. 27-84 .

KNOEPFLER, F. & SCHWEIZER, P.H., «Making of Awards and Termination of Proceedings», *Essays on International Commercial Arbitration*, Londres, Graham & Trotman, 1989, pp. 160-176.

POUDRET, J.F. Y BESSON, S., *Droit comparé de l'arbitrage international*, Bruselas, Bruylant, 2002.

SÁNCHEZ LORENZO, S.A., «Un análisis comparado de la motivación del laudo en el arbitraje comercial internacional», *Arbitraje. Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, vol. 11, n.º 3, 2018, pp. 659-701.

SÁNCHEZ LORENZO, S.A., «Derecho aplicable al fondo de la controversia», *Arbitraje comercial internacional (un estudio de Derecho comparado)*, Cizur Menor, Civitas/Thomson-Reuters, 2020, pp. 667-708.

SERAGLINI, Ch. & ORTSCHIEDT, J., *Droit de l'arbitrage interne et international*, París, Montchrestien, 2013.

.....

(1)

En muchos sistemas, singularmente en los EE UU, la motivación del laudo es la excepción, en la medida en que la mayoría de las normativas arbitrales y los reglamentos institucionales en Norteamérica establecen como regla la falta de necesidad de motivación del laudo arbitral. No solo las legislaciones arbitrales (*Federal Arbitration Act, Uniform Arbitration Act*) no recogen la obligación de motivación, sino que el propio Tribunal Supremo ha establecido que los árbitros no están obligados a proporcionar los motivos de su laudo: «*Arbitrators have no obligation to the court to give their reasons for an award*», en *United Steelworkers of America v. Enterprise Wheel Car Corp*, 363 US, 1960, 598; *vid.* También *Michael P. Pfeifle v Chemoil Corporation*, 73 Fed Appx, 720, 722 (5th Cir. 2003); *Gray v. Noteboom*, 159 S.W.3d 750, 754; *Thomas v. Prudential Sec., Inc.*, 921 S.W.2d 847; *Valentine Sugars, Inc. v Donau Corp.*, 981 F.2d 210, 214 (5th Cir. 1993); *Anderman/Smith Operating Co. v Tenn. Gas Pipeline Co.*, 918 F.2d 1215, 1219 n.3 (5th Cir. 1990). Este principio se ha mantenido incluso en buena parte de los pocos Estados de la Unión que han incorporado la Ley Modelo. *Vid.* G. Born, *International Commercial Arbitration*, 2ª ed., vol. III (*International Arbitral Awards*), Wolters Kluwer, 2014, pp. 3045-3046. Este criterio se refleja en reglamentos institucionales particularmente relevantes, como las *Commercial Arbitration Rules* de la

American Arbitration Association, cuya R-46 b) únicamente contempla la motivación del laudo a requerimiento de las partes o si el árbitro lo considerara necesario. Este criterio ha trascendido a otros territorios vinculados política, geográfica o históricamente a los EE UU, de forma que tampoco se recoge la obligación de motivación del laudo en sistemas nacionales como los establecidos en la Ley de Arbitraje de Filipinas, o en el § 314 Ley de Arbitraje de las Islas Marshall. Imponer la motivación como criterio de orden público internacional implicaría una obstrucción importante al reconocimiento de laudos arbitrales dictados en Estados que no exigen dicha motivación como principio. De ahí que muy pronto la jurisprudencia francesa se apresurara a entender que la motivación no era una exigencia de orden público internacional, sino de mero orden público interno (Sentencia del Tribunal Civil de Nancy de 29 de enero de 1958 en el asunto *Elmassian*, confirmada por la sentencia de la *Cour de Cassation* de 14 de junio de 1960).

Este principio de no motivación proviene del Derecho inglés. La ausencia de motivación en los laudos ingleses tenía que ver con la elusión de un recurso de apelación *on a point of law*, característico de estos sistemas, de forma que el árbitro podía comunicar a las partes los motivos de su decisión en un documento separado y confidencial, haciendo bueno el consejo de Lord Mansfield: «*Never give your reasons: for your judgment will probably be right, but your reasons will certainly be wrong*» (vid. Lord J. Bingham, «Reasons and Reasons for Reasons: Differences between a Court Judgment and an Arbitration Award», 4 *Arbitration International*, 1988/2, p. 147). La reforma de la Ley de Arbitraje inglesa en 1979 inició un profundo cambio de perspectiva en el Derecho inglés (vid. para un análisis histórico-comparativo de la evolución del Derecho inglés y norteamericano en relación con el Derecho francés T. E. Carbonneau, «Étude historique et comparée de l'arbitrage. Vers un droit matériel de l'arbitrage commercial international fondé sur la motivation des sentences», *Rev. int. dr. comp.*, vol. 36, n.º 4, 1984, pp. 727-781). La Ley preveía la posibilidad de devolver a los árbitros un laudo insuficientemente motivado con el mandato de enunciar sus motivos. La Ley de Arbitraje de 1996 no solo consagró esa posibilidad [sec. 70 (4)], sino que estableció la obligación general de motivar los laudos [sec. 52 (4)], acompañada de una causal específica de anulación [sec. 68.2 h)]. Semejante cambio de perspectiva venía a reflejar la propia convicción de árbitros y jueces acerca de las ventajas del requerimiento de motivación de los laudos arbitrales, que ya había calado en los sistemas romano-germánicos. Muchos sistemas tributarios del Derecho inglés, particularmente de las viejas colonias, que habían incorporado materialmente las leyes de arbitraje inglesas de 1889, 1959 o 1976, mantienen hoy en día silencio sobre la exigencia de motivación del laudo (Leyes de arbitraje de Dominica, Fiji, Granada, Islas Salomón, Jersey, Kiribati, Lesoto, Malawi, Montserrat, Namibia, Nauru, Niue, Papúa Guinea, San Cristóbal y Nieves, Samoa, Sierra Leona, Sudáfrica, Suazilandia, Tanzania, Trinidad y Tobago). Dicha influencia explica asimismo la ausencia de la exigencia de motivación en la Ley de Arbitraje de Israel.

Al margen de los sistemas tributarios del *common law*, solo a título excepcional se encuentra alguna legislación arbitral que no contempla expresamente la exigencia de motivación del laudo. Es el caso de las legislaciones arbitrales de Corea del Norte, Cuba, Ecuador, El Salvador, Finlandia, Letonia, Polonia y Suecia. El caso de Suecia es con frecuencia el único reseñado, acaso por la relevancia de Estocolmo como sede arbitral. En dicho sistema, el silencio legislativo ha permitido afirmar que la ausencia de motivación no es una causa de irregularidad del laudo (vid. J. F. Poudret y S. Besson, *Droit comparé de l'arbitrage international*, Bruselas, Bruylant, 2002, p. 709; S. Jarvin, «la nouvelle loi suédoise sur l'arbitrage», *Rev. arbv.*, 2000, p. 69).

[Ver Texto](#)

(2) La opción del sistema español contrasta con la de la mayoría de los sistemas jurídicos, que admiten la

posibilidad de renuncia expresa o tácita por las partes a la exigencia de motivación del laudo. La opción española, empero, no está exenta de sentido, si se tiene en cuenta que la transacción, necesariamente posterior al nacimiento del litigio, no plantea duda alguna acerca de la integridad de la renuncia de las partes a una condición procesal que pone en juego sus garantías procesales si se realiza mediante un acuerdo tácito, o expreso en un acuerdo arbitral que puede estar contenido en un contrato de adhesión o que es en todo caso anterior al nacimiento del litigio. No obstante, el sistema español peca de rígido, en la medida en que no admite una renuncia a la motivación en un acuerdo entre las partes posterior al inicio del arbitraje, por ejemplo en el acta de misión.

[Ver Texto](#)

- (3) La fuerza del principio de motivación del laudo se verifica al analizar la posibilidad de una exclusión por las partes de dicha exigencia, no solo expresamente, sino también mediante un acuerdo tácito. En particular, dicho acuerdo se infiere del hecho de que las partes hayan elegido un procedimiento arbitral o una *lex arbitri*, conforme a la cual no es obligado motivar el laudo. El art. 8 CG limita esta posibilidad, permitiendo que cualquiera de las partes pueda exigir, durante la vista o antes de redactar el laudo, que este sea motivado. En realidad, este precepto permite un desistimiento unilateral por una parte del acuerdo de no motivación implícito en la elección de la *lex arbitri* o en el régimen del procedimiento arbitral. Con todo, algunos sistemas jurídicos y reglamentos institucionales niegan cualquier posibilidad de una renuncia a la motivación del laudo meramente tácita, exigiendo forma expresa y escrita (art. 14.2 de la Ley de Arbitraje Internacional de Yibuti; art. 26.1 del Reglamento de la *London Court of International Arbitration*; art. 43.5º del Reglamento de la CIMA). Otros sistemas precisan que la renuncia a la motivación debe constar en el acuerdo arbitral (art. 35 Ley de Arbitraje de Georgia), y en el sistema holandés se exige acuerdo por escrito y posterior al nacimiento del litigio [art. 1057.4 e) y 5 del Código de Procedimiento Civil de los Países Bajos; arts. 44.1 e) y 44.3 del Reglamento del *Netherlands Arbitration Institute*]. Por otra parte, la renuncia por las partes a la motivación del laudo plantea en qué medida dicha renuncia implica una restricción a los recursos que permiten el control judicial del laudo. En algunos sistemas, dicha renuncia no implica de suyo una renuncia a los recursos judiciales de anulación o revisión del laudo. Así lo estima la sentencia del Tribunal Federal suizo de 14 de diciembre de 2012 (SFT 4A_198/2012 de 14 de diciembre de 2012, E.2.2.), pero resulta difícil de explicar cómo es posible su articulación sin menoscabar el propio acuerdo de las partes a la hora de renunciar a la motivación. No es de extrañar que en determinados sistemas, como el suizo, se haya interpretado que el acuerdo de las partes renunciando a la motivación (art. 189.2 LFDIP) debería seguir las mismas reglas formales que el acuerdo de renuncia al recurso de anulación (art. 192.1 LFDIP), de forma que la renuncia deba hacerse expresa en el propio acuerdo de arbitraje o en un escrito ulterior de las partes (*vid.* B. Berger y F. Kellerhals, *International and Domestic Arbitration in Switzerland*, 3ª ed., Berna, Stämpfli Publishers, 2015, p. 522).

[Ver Texto](#)

- (4) *Vid.* J.C. Fernández Rozas, «Motivación del laudo arbitral en equidad (Sentencia del TSJ Galicia CP 1ª n.º. 18/2012 de 2 de mayo)», *Arbitraje*, vol. VI, n.º. 2, 2013, pp. 455-467; J. C. Fernández Rozas, «Motivación del laudo arbitral», *Anuario de Arbitraje 2018*, Cizur Menor, Aranzadi, 2018, §§ 15-16; A. Fernández Pérez, *El arbitraje entre la autonomía de la voluntad de las partes y el control judicial*, Barcelona, Bosch, 2017, pp. 99-102; J.C. Fernández Rozas, S. Sánchez Lorenzo y G. Stampa, *Principios generales del arbitraje*, Valencia, Tirant lo blanch, 2018, pp. 373-376; S. A. Sánchez Lorenzo, «Un análisis comparado de la motivación del laudo en el arbitraje comercial internacional», *Arbitraje*, vol. 11, n.º 3, 2018, pp. 675-678. La obligación de motivación del arbitraje de equidad se recoge expresamente en

algunas normativas (*ad ex.*, art. 20 del Acuerdo sobre Arbitraje Comercial Internacional de MERCOSUR; art. 23.4 del Reglamento de la *European Court of Arbitration*), pero implícitamente es extensible a la mayoría de sistemas que no diferencian entre un tipo u otro de arbitraje a la hora de exigir la motivación del laudo. Debe recordarse que algunos sistemas introducen matices diferenciales, por ejemplo, en relación con la eficacia de los acuerdos de renuncia a la motivación. Así, en art. 52.4 de la Ley de Arbitraje de Andorra y en el art. 58 Ley de ADR de Costa Rica no se admiten dichos acuerdos salvo para los laudos en equidad. Excepcionalmente, algunos sistemas excluyen de la obligación de motivación al arbitraje de equidad [art. 603.1 e) del Código Procesal Civil de Rumanía], o limitan su obligación de motivación a los aspectos fácticos y a los hechos probados (art. 27.3 Ley de Arbitraje de Angola). De forma harto críptica, el art. 60.4 de la Ley de Arbitraje de El Salvador señala que el laudo debe indicar «[l]a valoración de las pruebas practicadas, si se tratase de arbitraje en derecho o su fundamentación, en caso de arbitraje en equidad».

[Ver Texto](#)

- (5) Sobre la distinción entre «motivación» y «motivación jurídica» en el arbitraje de equidad, *vid.* la sentencia del Tribunal Constitucional español n.º 43/1988, de 16 de marzo (*BOE* n.º 88, de 12 de abril de 1988).

[Ver Texto](#)

- (6) La jurisprudencia francesa subrayó, en particular, la necesidad de que el laudo en equidad motivado exclusivamente en razones jurídicas debe justificar de forma concreta la coincidencia de tales fundamentos jurídicos con las razones de equidad que amparan el laudo [sents. de la *Cour de Cassation* (Civ. 2^{ème} ch.) de 15 de febrero de 2001 (*J.C.P. G* 2002, II, 10038, p. 450 y Nota de G. Chabot), 18 de octubre de 2001 (*Rev. arb.*, 2002, p. 359 con Nota de Ch. Jarrosson) y 2 de julio de 2003 *Rev. arb.*, 2003, p. 1.361 y Nota de J. G. Betto]. No obstante, esta exigencia ha sido atenuada en decisiones posteriores, que han admitido una mera fórmula de referencia al arbitraje de equidad sin necesidad de constatar la realidad de tal fórmula (*vid.* en particular las reflexiones al respecto de Ch. Seraglini y J. Ortscheidt, *Droit de l'arbitrage interne et international*, París, Montchrestien, 2013, pp. 383 ss.). La jurisprudencia más reciente, con mejor criterio, se limita a indicar que el recurso a los motivos de equidad debe evidenciarse de alguna forma en el laudo, aunque sea implícitamente [sents. de la *Cour de Cassation* (Civ. 1^{ère} ch.) de 1 de febrero de 2012 (*Rev. arb.*, 2012, p. 91 y nota de E. Loquin) y de 21 de noviembre de 2012 (N.º. 11-12145 y n.º. 11-12197)].

[Ver Texto](#)

- (7) *Vid.* S. A. Sánchez Lorenzo, «Derecho aplicable al fondo de la controversia», *Arbitraje comercial internacional (un estudio de Derecho comparado)*, Cizur Menor, Civitas/THomson-Reuters, 2020, pp. 671-672.

[Ver Texto](#)

- (8) *Vid.* M. Checa Martínez, «Arbitraje internacional y ley aplicable por el árbitro», *Estudios sobre arbitraje: los temas clave*, Madrid, La Ley, 2008, p. 332, nota 409^a.

[Ver Texto](#)

(9) *V.gr.* sentencia de la *Cour de Cassation* de 20 de julio de 2003.

[Ver Texto](#)

(10) *Vid.* F. Knoepfler y Ph. Schweizer, «Making of Awards and Termination of Proceedings», *Essays on International Commercial Arbitration*, Londres, Graham & Trotman, 1989, p. 166, esp. nota 19^a.

[Ver Texto](#)

(11)

Algunos sistemas recogen expresamente la advertencia relativa a la sujeción del arbitraje de equidad a las reglas jurídicas de orden público [art. 34.1 h) Ley de Arbitraje de Angola; art. 212.2 del Código Procesal Civil de Emiratos Árabes Unidos; art. 777 del Código Procesal Civil del Líbano]. En todo caso, cuando el árbitro de equidad se ve en la tesitura de tener que aplicar normas internacionalmente imperativas, deberá enfrentarse a las mismas limitaciones que el árbitro de Derecho, procurando en especial que exista un adecuado debate entre las partes acerca de la pertinencia, significado y alcance de tales reglas imperativas.

[Ver Texto](#)

(12) Es paradigmática, en este sentido, la regulación del Código de Procedimiento Civil francés, que en materia de arbitraje comercial internacional recoge la obligación de motivación del laudo contemplada en el art. 1482, pero al mismo tiempo excluye del arbitraje internacional la aplicación del art. 1483, que establece como causa de nulidad del laudo la ausencia de motivación, únicamente aplicable al arbitraje interno. Por el contrario, en los sistemas que siguen el modelo inglés, la ausencia de motivación del laudo habilita un mecanismo judicial de devolución si se plantea un recurso de apelación o una apelación sobre aspectos jurídicos (*appeal on point of law*), regulados en los arts. 67 a 69 de la Ley de Arbitraje inglesa (*vid.* sobre estos procedimientos, N. Andrews, *Arbitration and Contract Law (Common Law Perspectives)*, Cambridge, Springer, 2016, pp. 129-142). En estos procedimientos, el art. 70 (4) de la Ley establece que si el tribunal estima que el laudo no contiene motivación o no expone las razones del fallo con suficiente detalle como para permitir al tribunal decidir con propiedad sobre el recurso, puede devolver el laudo a los árbitros con la orden de detallar su motivación. Una regla similar puede hallarse en otras legislaciones tributarias del sistema inglés (*ad ex.* art. 42.3 de la Ley de Arbitraje de Malasia; art. 26A de la Ley de Arbitraje de Paquistán). En otros sistemas, también aparece una causal específica de anulación o no reconocimiento de un laudo arbitral extranjero vinculada a la ausencia de motivación o a la presencia de una motivación defectuosa. Se hace referencia en estos casos a un laudo no motivado (art. 26 del Acta Uniforme sobre Derecho del Arbitraje de la OHADA. art. 1721.a.iv del Código Judicial belga; art. 1065 1 d) del Código de Procedimiento Civil de los Países Bajos); no motivado o con motivos contradictorios (art. 1056.5 del Código de Procedimiento Civil de Argelia; art. 1244.8 y 9 del Código de Procedimiento Civil de Luxemburgo); incomprensible o contradictorio (art. 897.7 del Código de Procedimiento Civil de Grecia); ambiguo, incierto o contradictorio (art. 769.4 el Código de Procedimiento Civil de Libia). En el caso del reconocimiento de decisiones, la ausencia de motivación se limita en ocasiones a aquellos casos en que venga exigida por la ley aplicable al procedimiento arbitral (*ad ex.*, art. 1721.a.iv del Código Judicial belga). Finalmente, algunas legislaciones habilitan la causal específica de manera indirecta, al prever la anulación por no respetar las reglas sobre «forma» del laudo, entre las que se encuentra la obligación de hacer constar la motivación [Secc. 68.2 h) de la Ley de Arbitraje inglesa; art. 829.5 del Código de Procedimiento Civil italiano; art. 769.5 del Código de Procedimiento civil de Libia; art. 90 (2) (h) de la Ley de Arbitraje de Bahamas; sec. 63.2 h) de la Ley de

Arbitraje de Guernsey; art. 26.1 d) de la Ley de Arbitraje de Santo Tomé y Príncipe].

[Ver Texto](#)

(13) En el ámbito del reconocimiento de laudos extranjeros, la inobservancia de la obligación de motivación acordada por las partes ha activado en algunos casos la causa de denegación prevista en el art. V.1º.d) del Convenio de Nueva York (*vid. AA.VV., Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (A Global Commentary on the New York Convention)*, Wolters Kluwer, 2010, pp. 296-297).

[Ver Texto](#)

(14) *Vid. J. Adolphsen, «§ 1061», Münchener Kommentar Zivilprozessordnung, 3ª ed., Múnich, CH Beck, 2008.*

[Ver Texto](#)

(15) Esta tendencia, característica de sistemas como el francés, alemán, italiano o suizo, admite sin embargo matizaciones en otros sistemas jurídicos, algo más exigentes a la hora de requerir a los árbitros una justificación o referencia a cada uno de los argumentos o motivos invocados por las partes. Así se desprende, en particular, del criterio jurisprudencial inglés, consistente en exigir una motivación lo suficientemente detallada como para comprender de forma apropiada la controversia, exigencia que a menudo se resuelve mediante el requerimiento a los árbitros de motivación adicional [*Transcatana De Comercio S.A. v Incobrasa Industrial E Commercial Brasileira S.A.* (1995) 1 *Lloyd's Rep.* 215; *Hayn Roman & Co. S.A. v Cominter (U.K.) Ltd.* [1982] 2 *Lloyd's Rep.* 458; *Halifax Life Limited v The Equitable Life Assurance Society* [2007] EWHC 503 (Comm)]. El mismo criterio de motivación «adecuada» se observa en la jurisprudencia australiana [*Gordon & Gotch* [2007] NSWSC 50108/2007 : *vid. P. Gillies y N. Selvadurai, «Reasoned Awards: How Extensive Must the Reasoning Be?»*, *Arbitration*, vol. 74, 2008, pp. 128-132.

[Ver Texto](#)

Règlement Bruxelles Ibis et compétence internationale pour connaître d'une action en responsabilité civile intentée contre un arbitre

Tribunal judiciaire de Paris, 31 mars 2021, N° RG 19/00795)

Reglamento de Burselas Ibis y competencia internacional para conocer de una acción de responsabilidad civil interpuesta contra un árbitro (Tribunal judiciaire de Paris, 31 de marzo de 2021, N° RG 19/00795)

La sentencia que se examina se pronuncia por primera vez en Francia sobre la competencia internacional para conocer de una acción de responsabilidad interpuesta contra un árbitro. La decisión es muy interesante porque plantea las cuestiones del alcance de la exclusión del arbitraje del Reglamento Ibis de Bruselas y de la calificación de la acción según el derecho judicial europeo.

Acción de responsabilidad contra un árbitro, Reglamento Bruselas Ibis, Exclusión del arbitraje.

The judgment under review rules for the first time in France on the international jurisdiction to hear a liability action brought against an arbitrator. The decision is very interesting in that it raises the questions of the scope of the exclusion of arbitration from the Brussels Ibis Regulation and of the qualification of the action under European judicial law.

Liability action against an arbitrator, Brussels Ibis Regulation, Exclusion of arbitration.



Gilles Cuniberti

Professeur de droit international privé à l'université de Luxembourg

I. INTRODUCTION

Le jugement commenté se prononce pour la première fois en France sur la compétence internationale pour connaître d'une action en responsabilité intentée contre un arbitre. La décision est très intéressante en ce qu'elle pose les questions du domaine de l'exclusion de l'arbitrage du Règlement Bruxelles Ibis et de la qualification de l'action au sens du droit judiciaire européen.

1. La procédure arbitrale

Dans cette affaire, une société émiratie filiale d'un grand groupe allemand avait conclu des accords de distribution de pièces détachées et de véhicules automobiles au Qatar avec une société qatarie. Après que la société émiratie ait annoncé ne pas vouloir renouveler les accords, la société qatarie intenta en 2013 une procédure arbitrale sous l'égide de la Chambre de commerce internationale (CCI) pour rupture abusive des accords. Les deux accords contenaient des clauses compromissoires prévoyant que le siège de l'arbitrage serait à Paris et que le droit allemand serait applicable au fond.

En accord avec le règlement d'arbitrage de la CCI, les parties et les trois arbitres nommés rédigèrent et signèrent un acte de mission confirmant que le siège de l'arbitrage serait à Paris, et affirmant que toute sentence ou ordonnance du tribunal était réputée y être rendue. En revanche, l'acte de mission réservait la possibilité pour le tribunal de tenir audience ou réunion à tout autre endroit. Et effectivement, l'audience de preuve fut tenue à Frankfort, et les arbitres se réunirent et délibérèrent en Allemagne.

Par une sentence arbitrale du 16 mars 2016 (indiquant Paris comme « lieu de l'arbitrage »), le tribunal arbitral débouta la société demanderesse de ses demandes et la condamna à supporter l'ensemble des frais de l'arbitrage ainsi que l'intégralité des frais et honoraires d'avocats exposés par la société défenderesse.

2. La procédure d'annulation

La société demanderesse intenta alors une action en annulation de la sentence arbitrale devant la juridiction parisienne qui fut accueillie favorablement par la Cour de d'appel de Paris (1), puis confirmée par la Cour de cassation (2).

Le motif de l'annulation était le défaut de révélation par le co-arbitre nommé par la partie demanderesse (et ayant succombé à l'arbitrage!) des liens que le cabinet de cet arbitre entretenait avec le groupe de la partie défenderesse. En 2010, c'est-à-dire avant l'initiation de la procédure arbitrale, le cabinet de l'arbitre avait travaillé pour une banque du groupe de la partie défenderesse. Ce fait n'avait pas été révélé, mais il fut finalement considéré par la Cour de cassation comme notoire, car largement diffusé dans la presse spécialisée allemande et connu de tous les cabinets d'affaires du pays. En revanche, la Haute juridiction française considéra que l'arbitre avait failli à son obligation de révélation en négligeant d'indiquer une nouvelle affaire que son cabinet avait traitée pour une autre filiale du groupe après l'initiation de l'arbitrage, que le cabinet avait présentée alors comme l'un des quatre ou cinq dossiers les plus remarquables que le cabinet avait traité en 2014 et en 2015, ce qui soulignait bien évidemment son importance.

Fort de cette annulation, la société ayant succombé à l'arbitrage intenta une action en responsabilité civile à l'encontre de l'arbitre et lui réclama 2,6 millions d'euros au titre des frais d'avocats engagés dans le cadre de la procédure arbitrale, 270 000 euros au titre des frais et honoraires d'arbitres au paiement desquels le tribunal l'avait condamné, et près de 100 000 au titre des frais d'avocats engagés dans le cadre de la procédure d'annulation de la sentence (3).

L'arbitre contesta la compétence de la juridiction française.

II. APPLICABILITÉ DU RÈGLEMENT BRUXELLES IBIS

L'action en responsabilité avait été intentée contre un défendeur, l'arbitre, résidant dans un Etat membre de l'Union européenne, l'Allemagne. Elle relevait donc du champ d'application géographique des règles de compétence internationale posées par le règlement Bruxelles Ibis (4) . Il n'était en revanche pas certain que l'action relevait du champ d'application matériel du Règlement, dans la mesure où celui-ci exclut « l'arbitrage » de son domaine (5) .

Le tribunal judiciaire juge qu'une action recherchant la responsabilité d'un arbitre ne relève pas de l'exception de l'arbitrage. Au soutien de cette solution, il cite les arrêts *Marc Rich* (6) et *West Tankers* (7) de la CJCE, qui ont insisté sur ce que le champ de cette exception est déterminé par la nature des droits dont l'action poursuit l'exécution : les actions ayant pour objet une procédure arbitrale, à l'instar de la nomination d'un arbitre ou d'une injonction anti-suit visant à protéger une procédure arbitrale, relèvent de l'exclusion. Le tribunal judiciaire en déduit qu'une action en responsabilité, en ce qu'elle a pour objet l'exécution d'un contrat, ne relève pas de l'exclusion.

Le Règlement Bruxelles Ibis est applicable à une action en paiement provisoire des droits contractuels faisant par ailleurs l'objet de l'arbitrage

Le tribunal judiciaire ne cite pas l'arrêt *Van Uden* de la CJCE (8) . Il permet pourtant de bien mesurer les termes du débat : si une action parallèle à un arbitrage est intentée devant une juridiction étatique, elle ne relève pas de l'exclusion de l'arbitrage si son objet est la protection des droits substantiels que les parties ont soumis à une convention d'arbitrage. C'est ainsi que le Règlement Bruxelles Ibis est applicable à une action en paiement provisoire des droits contractuels faisant par ailleurs l'objet de l'arbitrage (*kort geding* en droit néerlandais , référé provision en droit français). L'objet d'une telle action est totalement indépendant de l'arbitrage, qui était par ailleurs en cours dans l'affaire *Van Uden*.

Peut-on réellement dire qu'une action recherchant la responsabilité d'un arbitre n'a pas pour objet une procédure arbitrale ? Une telle action est naturellement postérieure à la procédure arbitrale, et elle n'est pas elle-même portée devant des arbitres. Mais elle est étroitement liée à la procédure arbitrale et à la procédure de contrôle de la sentence. L'action en responsabilité sanctionne un vice dans la composition du tribunal arbitral : il est difficile de discerner pourquoi une action en nomination d'un arbitre devant un juge étatique relèverait de l'arbitrage, que certaines actions sanctionnant une nomination viciée (par exemple une action en récusation d'un arbitre) relèverait de l'arbitrage, alors qu'une action en responsabilité, qui sanctionne aussi une nomination viciée, n'en relèverait pas. Par ailleurs, l'action vise encore à tirer toutes les conséquences de l'annulation de la sentence, en mettant à contribution l'arbitre fautif. Le lien avec la procédure d'annulation semble bien étroit pour leur appliquer des régimes différents.

On notera enfin que le jugement commenté est peu cohérent avec la jurisprudence la plus récente de la Cour de cassation, qui a considéré que le contrat d'arbitre ne relevait pas du Règlement Rome I, mais du droit français de l'arbitrage, et du régime remarquable des règles matérielles internationales (9) que la Cour de cassation française applique à la convention d'arbitrage (10). C'est dire que la Cour de cassation a une vision extensive de l'exception d'arbitrage, qui se marie mal avec la vision étroite distinguant entre contrat d'arbitre et convention d'arbitrage (11).

III. MATIÈRE CONTRACTUELLE ?

Si l'on admet qu'une action en responsabilité d'un arbitre relève du domaine du Règlement Bruxelles Ibis, il importe de déterminer, au sein du Règlement, les règles de compétence applicables. En l'absence de clause attributive de juridiction expresse stipulée entre les parties et les arbitres (l'acte de mission type de la CCI n'en contient effectivement aucune), les règles applicables étaient *a priori* celles applicables à défaut de choix. La première est naturellement la règle générale de l'article 4 prévoyant la compétence des tribunaux de l'Etat du domicile du défendeur, qui en l'espèce désignait l'Allemagne. Se posait ensuite et surtout l'existence d'une compétence spéciale au titre de l'article 7 du Règlement.

Le tribunal judiciaire de Paris juge que l'action relevait de la matière contractuelle au sens de l'article 7(1) du Règlement Bruxelles Ibis. L'existence d'un contrat entre les parties à un arbitrage et les membres du tribunal arbitral est débattue en doctrine (12). Il peut en effet être contesté qu'une relation contractuelle naisse entre ces différents acteurs lorsqu'un arbitre est nommé par une institution tierce, ou entre une partie et l'arbitre nommé par l'autre partie (13). En l'espèce, toutefois, l'existence d'un lien contractuel était particulièrement convaincante. D'une part, l'action en responsabilité avait été intentée par une partie à l'égard de l'arbitre qu'elle avait nommé. D'autre part et surtout, les parties et les arbitres avaient signé un acte de mission, ainsi que le règlement d'arbitrage de la CCI le prévoit.

Si l'action devait être qualifiée de contractuelle au sens du Règlement Bruxelles Ibis (14), il semble clair que le contrat pertinent devait être qualifié de fourniture de services au sens de l'article 7(1)(b) du Règlement. Le Tribunal judiciaire de Paris juge donc que la juridiction compétente était celle du lieu où les services devaient être fournis. La CJEU juge de manière constante que, lorsque ce lieu n'est pas prévu par le contrat, il doit être compris comme le lieu où la prestation est effectivement fournie (15). Le lieu de la fourniture de services doit donc être déterminé factuellement, en recherchant le lieu de la fourniture principale des services. En l'espèce, malgré la fixation du siège de l'arbitrage à Paris, le tribunal judiciaire relève que les arbitres avaient tenu l'audience d'examen des preuves à Frankfurt, et qu'ils s'étaient aussi réunis et avaient délibéré en Allemagne, et qu'il s'agissait donc du lieu d'exécution effective de leur prestation.

Finalement, le tribunal examine la portée du choix de la France comme siège de l'arbitrage. La CJUE considère que le lieu d'exécution effective de la prestation ne doit être pris en compte que s'il ne contredit pas le lieu d'exécution prévu par le contrat (16). Le tribunal judiciaire de Paris rejette logiquement l'argument selon lequel la désignation du siège serait un accord sur le lieu d'exécution

effective de la prestation, dans la mesure où l'acte de mission prévoyait expressément que les audiences ou réunions pouvaient être tenues dans tout autre lieu. L'idée selon laquelle le choix du siège aurait pu valoir choix implicite de la juridiction française n'est même pas avancée.

IV. MATIÈRE DÉLICTEUELLE ?

Il semble qu'il soit apparu comme évident au tribunal judiciaire de Paris que, l'action étant qualifiée de contractuelle en droit français, elle devait nécessairement l'être pour les besoins de l'application du Règlement Bruxelles Ibis. La matière contractuelle au sens de l'article 7(1) du Règlement Bruxelles Ibis est pourtant définie de manière autonome par la Cour de Justice de l'Union Européenne (CJUE) (17). Or, la CJUE a jugé qu'il ne suffit pas qu'une action soit fondée sur une obligation juridique librement consentie par une personne à l'égard d'une autre pour relever de la matière contractuelle. Il faut en outre que « le comportement reproché [puisse] être considéré comme un manquement aux obligations contractuelles, telles qu'elles peuvent être déterminées compte tenu de l'objet du contrat » (18), ce qui serait le cas « si l'interprétation du contrat qui lie le défendeur au demandeur apparaît indispensable pour établir le caractère licite ou, au contraire, illicite du comportement reproché au premier par le second » (19). A l'inverse, si les obligations contractuelles ne font que reprendre des obligations légales, l'action serait délictuelle. Or, l'obligation de révélation de l'arbitre trouve incontestablement sa source dans la loi : elle est posée par la loi sur l'arbitrage applicable (20), soit en l'espèce l'article 1456 du Code de procédure civile français. De fait, l'acte de mission type de la CCI mentionne à peine l'obligation de révélation de l'arbitre (21), de sorte que, sauf à ce que les parties aient adopté en l'espèce un acte au contenu différent, il est probable que la consultation du « contrat d'arbitre » ait été totalement inutile pour déterminer les obligations de l'arbitre en la matière. Jusqu'à peu, il semble donc que l'action en responsabilité de l'arbitre eut dû être qualifiée de délictuelle en droit judiciaire européen, et relever en conséquence de l'article 7(2) du Règlement Bruxelles Ibis.

Il semble donc que l'action en responsabilité de l'arbitre eut dû être qualifiée de délictuelle en droit judiciaire européen, et relever en conséquence de l'article 7(2) du Règlement Bruxelles Ibis

Il n'est toutefois pas certain qu'il en soit encore de même depuis l'arrêt rendu par la Grande Chambre de la Cour de Justice dans l'affaire *Wikinghof* (22). Quoique semblant s'appuyer sur sa jurisprudence antérieure, la Cour de Justice a introduit de fortes incertitudes en semblant lier la mise en œuvre des règles de compétence européennes à des qualifications équivalentes nationales en droit substantiel. La Cour pourrait ainsi avoir décidé qu'il serait nécessaire, pour se fonder sur l'article 7(1) ou l'article 7(2) du Règlement Bruxelles Ibis, que l'action soit à la fois contractuelle au sens du droit européen et du droit substantiel, ou à la fois délictuelle au sens du droit européen et du droit substantiel. Ainsi, dans l'affaire *Wikinghof*, une action entre deux cocontractants relevait de l'article 7(2) parce qu'elle pouvait être qualifiée de délictuelle en droit européen (il n'était pas nécessaire d'interpréter le contrat pour établir le manquement) et en droit substantiel (le demandeur

se fondait sur le droit des délits allemand). Il ne sera possible de mesurer toutes les conséquences de cette décision que dans les années à venir, mais l'une d'entre elles se posera peut-être dans une affaire de ce type. En droit français de la responsabilité civile, le demandeur n'a pas le choix entre la responsabilité civile contractuelle et la responsabilité civile délictuelle : si une action relève du domaine d'un contrat, il doit agir sur le fondement contractuel (principe de non-cumul). L'action en responsabilité intentée contre l'arbitre était donc, en droit substantiel français, une action nécessairement contractuelle (à tout le moins si, comme en l'espèce, un contrat liait l'arbitre à la victime). A l'inverse, en droit judiciaire européen, elle était délictuelle. Il n'était donc pas possible d'exercer une action relevant à la fois de la matière contractuelle en droit judiciaire européen et en droit français, ou d'exercer une action relevant à la fois de la matière délictuelle en droit judiciaire européen et en droit français. Si telle est réellement la nouvelle règle posée par la Cour de Justice dans l'arrêt *Wikinghof*, elle mène à une impasse.

Si l'on admet que l'action en responsabilité de l'arbitre doit être détachée de l'arbitrage (23), il se pourrait toutefois que, dans une affaire comme celle de l'espèce, la loi applicable tant au contrat d'arbitre qu'à une éventuelle action délictuelle intentée contre l'arbitre ne soit pas la *lex arbitri*. En matière contractuelle, le Règlement Rome I, dont on rappellera qu'il n'exclut de son domaine que les « conventions d'arbitrage » (24), serait applicable à la détermination de la loi applicable au contrat d'arbitre. Un tel contrat est sans aucun doute un contrat de prestation de service, que l'article 4 du Règlement soumet à « la loi du pays dans lequel le prestataire de services a sa résidence habituelle ». Concernant un tribunal arbitral composé d'une majorité d'arbitres allemands, la loi applicable devrait *a priori* être la loi allemande, le jeu de la clause d'exception étant peu probable pour un arbitrage s'étant déroulé physiquement dans le pays de résidence des arbitres. En matière délictuelle, le Règlement Rome II, qui n'exclut pas l'arbitrage de son domaine, prévoirait l'application de la loi du lieu du dommage. Ce dommage consisterait dans les frais engagés, d'une part, pour plaider sa cause dans un arbitrage biaisé (frais d'avocats, honoraires des arbitres) et, d'autre part, dans les frais engagés pour réparer le dommage causé en recherchant l'annulation de la sentence en résultant (frais d'avocats relatifs à la procédure d'annulation). Or, ces différents aspects du dommage seraient probablement subis dans deux Etats différents : Allemagne pour les frais d'avocats (25), France pour les frais relatifs à la procédure d'annulation (26). Toutefois, le préjudice résultant de la procédure d'annulation pourrait être considéré comme un dommage indirect ne devant pas être pris en compte au stade de la détermination de la loi applicable. Sinon, en vertu du principe de la mosaïque, deux lois différentes seraient applicables à ces deux aspects du dommage.

Si le droit allemand était applicable à l'action en responsabilité, la victime disposerait d'une option entre la responsabilité civile contractuelle et la responsabilité civile délictuelle. Elle pourrait donc, comme dans l'affaire *Wikinghof*, exercer une action pouvant être qualifiée de délictuelle à la fois en droit judiciaire européen et en droit substantiel.

.....

(1)

Paris, 27 mars 2018, n° 16/09386, *Rev. arb.* 2019. 522, note L.-C. Delanoy, 1^{re} esp.; *D.* 2018. 2448, obs. T.

Clay; *Gaz. Pal.* 24 juill. 2018, p. 19, obs. D. Bensaude.

[Ver Texto](#)

- (2) Cass. Fr. Civ. 1^{ère}, 3 octobre 2019, pourvoi n° 18-15.756; *Rev. arb.* 2020, 423 note L. Jaeger. *Voir* le texte de cette décision dans «Selección de las resoluciones destacadas dictadas recientemente por los Tribunales extranjeros», *infra*.

[Ver Texto](#)

- (3) Le montant tient compte de la condamnation de la partie adverse à payer la moitié des frais réellement engagés (200 000 euros), dont cette dernière s'était acquittée.

[Ver Texto](#)

- (4) Règlement n° 1215/2012 (Bruxelles Ibis), art. 4.

[Ver Texto](#)

- (5) Règlement Bruxelles Ibis, art. 1, § 1, d).

[Ver Texto](#)

- (6) CJCE, 25 juillet 1991, *Marc Rich c. Società Italiana Impianti*, aff. C-190/89, EU:C:1991:319.

[Ver Texto](#)

- (7) CJCE, 10 février 2009, *Allianz SpA et Generali Assicurazioni Generali SpA c. West Tankers Inc.*, aff. C-185/07, ECLI:EU:C:2009:69.

[Ver Texto](#)

- (8) CJCE, 17 nov. 1998, *Van Uden Maritime BV*, aff. C-391/95, ECLI:EU:C:1998:543.

[Ver Texto](#)

- (9) Cass. Civ. 1^{ère}, 1^{er} févr. 2017, pourvoi n° 15-25.687, *Rev. Arb.* 2017, p. 486 note Ch. Jarrosson; *JCP*, éd. G. 2017. 339, note S. Bollée.

[Ver Texto](#)

- (10) Depuis Cass. 1^{re} civ., 20 déc. 1993, *Dalico*, *Rev. crit. DIP* 1994, p. 663, note P. Mayer; *JDI* 1994, p. 432, note E. Gaillard.

[Ver Texto](#)

- (11) En ce sens, Ch. Jarrosson, note préc.

[Ver Texto](#)

(12) G. Born, *International Commercial Arbitration*, Kluwer 2^{ème} éd 2014, p. 1981.

[Ver Texto](#)

(13) P. Mayer, « Le mythe du contrat d'arbitre », in *Mélanges en l'Honneur du Professeur Bertrand Ancel*, LGDJ IPROLEX, 2018, p. 1181.

[Ver Texto](#)

(14) Ce qui n'est pas certain : v. *infra*, IV.

[Ver Texto](#)

(15) CJUE, 11 mars 2010, *Wood Floor Solutions*, aff. C-19/09, ECLI:EU:C:2010:137, point 40; CJUE, 8 mars 2018, *Saey Home & Garden*, aff. C-64/17, ECLI:EU:C:2018:173, point 45.

[Ver Texto](#)

(16) *Idem*.

[Ver Texto](#)

(17) *Vid*, parmi une jurisprudence abondante, CJCE, 27 septembre 1988, *Kalfelis*, aff. 189/87, EU:C:1988:459, point 16; CJCE, 17 septembre 2002, *Tacconi*, aff. C-334/00, EU:C:2002:499, point 19.

[Ver Texto](#)

(18) CJUE, 13 mars 2014, *Brogstetter*, C-548/12, EU:C:2014:148, point 24.

[Ver Texto](#)

(19) CJUE, *Brogstetter*, point 25; CJEU, 24 nov. 2020, *Wikinghof*, C-59/19, point 32.

[Ver Texto](#)

(20) La règle de conflit de lois déterminant le droit de l'arbitrage applicable est susceptible de varier. En l'espèce, l'Allemagne et la France avaient des règles de conflit de lois différentes, mais désignant chacune le droit français : le droit allemand, qui a adopté la loi-type CNUDCI, prévoit l'application du droit du siège de l'arbitrage, tandis que le droit français se veut systématiquement applicable en raison de sa position très particulière concernant la délocalisation de l'arbitrage.

[Ver Texto](#)

(21) Certaines versions de l'acte de mission type prévoient : « When a relationship exists between a new party representative and an arbitrator which in the Tribunal's view may create a conflict of interest, the Parties agree that the Tribunal may take appropriate measures to ensure the integrity of the arbitration, including the exclusion of the new party representative from participating in all or part of

the arbitration ».

[Ver Texto](#)

(22) CJEU, 24 nov. 2020, *Wikingehof*, C-59/19.

[Ver Texto](#)

(23) On notera que la Cour de cassation française lui applique le régime de la convention d'arbitrage, en jugeant que le contrat d'arbitre n'est pas soumis à une quelconque loi nationale, mais relève de règles matérielles de droit international systématiquement applicables devant les juridictions françaises (Cass. Civ. 1^{ère}, 1^{er} févr. 2017, pourvoi n° 15-25.687, préc.).

[Ver Texto](#)

(24) Règlement Rome I, art. 1, § 2, e).

[Ver Texto](#)

(25) Si les conseils des parties étaient des avocats allemands, ce qui semble probable compte tenu du droit applicable et de la nomination d'un arbitre allemand par la partie qatarie (idée dont on peine à croire qu'elle lui ait été suggérée par un conseil anglais ou américain).

[Ver Texto](#)

(26) Concernant les honoraires des arbitres, la question était complexe : la victime avait probablement payé la moitié de ceux-ci à la CCI, sur un compte bancaire en France; elle fut ensuite condamnée à payer l'autre moitié à la partie adverse par la sentence arbitrale, qui précisait avoir été rendue en France.

[Ver Texto](#)

NOTAS



La comunidad de propietarios en el ámbito de la propiedad horizontal no tiene la consideración de consumidora

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias de 19 de febrero de 2019

El 19 de febrero de 2019 el Tribunal Superior de Justicia de Asturias declara en su sentencia 1/2019, Sala de lo Civil y Penal (AC 2019/266), haber lugar a las demandas interpuestas y resuelve la procedencia del nombramiento de un árbitro conforme lo previsto en los Estatutos de la comunidad. Es Ponente de la citada sentencia D. Ángel Aznárez Rubio



María Pilar Morgado Freige

Vicedecana de la Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá

I. ANTECEDENTES

Con fecha 20 de abril de 2018 se interpone demanda ante la sala de lo Civil y lo Penal demanda de nombramiento de árbitro por la «Comunidad de propietarios del centro comercial "El Atrio"». En los Estatutos de la citada comunidad, se establecía que: «Art. 28.—Del arbitraje— Para todas las cuestiones derivadas de la interpretación de los presentes Estatutos y de las Normas, Estatutos o Reglamentos de Régimen Interior de las distintas Comunidades particulares, así como para las

cuestiones suscitadas entre los distintos copropietarios o entre estos y la Comunidad, que afecten naturalmente al normal desarrollo de aquélla, es decir, a motivos comunitarios, se someten todos los copropietarios afectados conforme a la Ley de 22 de diciembre de 1953, sobre Arbitraje de Derecho privado o disposiciones legales que la complementen o la sustituya».

La competencia de la Sala Civil y de lo Penal del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias, viene determinada, en el presente caso, por estar situado el domicilio de las partes y del objeto del arbitraje, en el territorio del Principado de Asturias, en aplicación de lo dispuesto en el art. 8 y el art. 7 LA/2003 expresamente señala: «En los asuntos que se rijan por esta ley no intervendrá ningún tribunal, salvo en los casos en que ésta así lo disponga». Son los arts. 8 y 15 de la Ley de Arbitraje los que establecen que, a falta de acuerdo entre las partes sobre designación de árbitro, la designación de este incumbe al Tribunal Superior de Justicia.

II. OBJETO DEL PROCEDIMIENTO

El objeto de este procedimiento fue tramitado con arreglo a las normas procesales del juicio verbal (art. 15.4º LA) es sencillo. Por una parte, «Olivares y Florida S.L.», tal como consta en la Demanda, y la Sub/Comunidad E del Sótano de Avilés solicitaron la designación de árbitro para resolver los conflictos que constan en los respectivos «suplicos» de sus demandas. Por otra parte, la Comunidad General de Propietarios contestó dicha designación arbitral teniendo en cuenta, según ella:

- 1).- Que la cláusula de arbitraje se debe tener por no puesta, pues tiene naturaleza de contrato de adhesión y está afectada por la legislación de Consumidores y Usuarios.
- 2).- Que ha de excluirse del arbitraje los asuntos sometidos a derecho imperativo —*ius cogens*—, tal como ocurre, según la demandada, en materias de Propiedad Horizontal.

III. CRITERIO DE LA SALA

La Sala haciendo suyo el criterio del Ponente sostiene que «la Comunidad de Propietarios y la legitimación de su Presidente no puede extenderse a asuntos que no la afecten, bien entendido que la afectación ha de referirse a asuntos comunitarios, y de ninguna manera a asuntos propios, exclusivos de los propietarios de elementos privativos.

Es preciso no olvidar, en materia de propiedad horizontal la diferenciación manifestada en el art. 3 de la Ley, entre "el derecho singular y exclusivo de propiedad sobre un espacio suficientemente delimitado y susceptible de aprovechamiento independiente..." y "la copropiedad, con los demás dueños de pisos o locales, de los restantes elementos, pertenencias y servicios comunes".

"La Comunidad de Propietarios del edificio de la calle..." de Avilés no tiene la legitimación prevista en el art. 11 LEC, pues no es —no consta que sea— una asociación de Consumidores y Usuarios—.

En este caso, la Comunidad de Propietarios ni es adherente (Condiciones Generales) ni es consumidora.

Sólo queda la legitimación individual, que corresponde únicamente a los adquirentes o sub/adquirentes de elementos privativos, los cuales individualmente, sólo ellos, podrán ejercitar las acciones previstas en la legislación de Condiciones Generales y/o Consumidores y Usuarios. Y sin que los "excesos" competenciales auto-atribuidos a la Comunidad tengan los efectos previstos —no pueden legalmente tenerlos—.

Por todo lo expuesto, el motivo alegado por la "Comunidad de propietarios del edificio de la Calle del ..." de Avilés, de la violación de legislación de Condiciones Generales y de Consumidores y Usuarios por la norma estatutaria, ha de ser desestimada».

La Sala argumenta su fallo en base a criterios tanto legislativos como los derivados de la doctrina de la Dirección de los Registros y del Notariado.

El art. 10 LEC dispone: «Serán considerados partes legítimas quienes comparezcan y actúen en juicio como titulares de la relación jurídica u objeto litigioso».

De manera unánime, en referencia al n.º 5 del art. 6 LEC, se mantiene que las comunidades sometidas al régimen de propiedad horizontal carecen de personalidad jurídica, «pero no de capacidad para ser parte en un proceso de personalidad procesal». Con otras palabras: «Que la comunidad de propietarios carezca de personalidad jurídica no impide reconocerle la capacidad para ser parte en el proceso» (1). A dicho efecto, la ley de Propiedad Horizontal, en el art. 13.3º dispone: «El Presidente ostentará legalmente la representación de la comunidad, en juicio y fuera de él, en todos los asuntos que la afecten».

La STS 8 de enero de 2019, dice lo siguiente:

«1.- Los actos de adquisición y disposición de inmuebles por comunidades de propietarios en régimen de propiedad horizontal han merecido la atención de la doctrina científica, de la doctrina legal así como de la Dirección General de los Registros y el Notariado, a la que le han surgido las interrogantes jurídicas al calificar el título que se pretendía inscribir.

Tradicionalmente se ha entendido que las comunidades de propietarios en régimen de propiedad horizontal, por carecer de personalidad jurídica, no pueden ser titulares registrales de bienes.

Se le ha reconocido la posibilidad de ser titulares de anotaciones preventivas de medidas cautelares y de ejecución, como proyección en el ámbito registral de la capacidad procesal reconocida legalmente a las comunidades de propietarios, pero sin que ello se extienda a la inscripción registral de la adquisición del dominio o de otros derechos reales que son asientos de carácter definitivo y que presuponen el requisito previo de la personalidad jurídica de su titularidad (RDGRN 2 de septiembre de 2013 (2)).

Esta falta de personalidad la ha sostenido la jurisprudencia reiteradamente, con lo que la comunidad no puede ser titular registral ni es posible que sin tal personalidad puede ser propietaria de un bien y, por extensión, ser titular registral del asiento de inscripción

correspondiente (STS 6 de noviembre de 1995 (3) y STC 14 de junio de 1999 (4))».

IV. COMENTARIO A LA SENTENCIA

La presente sentencia plantea la posible consideración de consumidora de una comunidad de propietarios y la posible ejecución de una cláusula de arbitraje inserta en sus Estatutos, en relación con la legitimación procesal de la misma.

La ausencia de personalidad jurídica de la comunidad de propietarios, cuestión totalmente ajena al otorgamiento o no del título constitutivo, tiene como consecuencia que orgánicamente el papel de representación recaiga en el Presidente de la misma (5) . Éste actúa como un auténtico órgano del ente comunitario al que personifica en las relaciones externas del mismo, sustituyendo con su voluntad individual, la auténtica voluntad social o común y viniendo a ser un puro instrumento físico a través de la cual actúa la comunidad, lo cual elimina la distinción y contraposición de sujetos típicos de la representación y permite al propio tiempo considerar todo lo realizado por el Presidente no como hecho «en nombre de la comunidad», sino como si ésta misma fuese quien lo hubiera realizado, sin perjuicio de la relación interna que medie entre dicho Presidente y la Junta de propietarios, ante los que, como es lógico, deberá responder en el caso de que lo llevado a cabo no se hubiera ajustado a las normas legales de orden general o del particular contenidas en los Estatutos que rigen la vida de cada una de estas entidades (6) .

La representación orgánica por el Presidente, en consecuencia, se hace extensiva también a las comunidades de propietarios sin título constitutivo. Criterio mantenido por la STS 11 de diciembre de 1965 (7) y la SAP Barcelona 8 de mayo de 1998 (8) , aunque la sentencia del Alto Tribunal de 27 de junio de 1973 (9) atribuye la representación a todos los propietarios en este tipo de comunidades, apartándose de este modo del criterio general mantenido por la Sala de lo Civil.

A la vista de la ausencia de personalidad jurídica y, en consecuencia, de la posible representación orgánica del Presidente (10) , cabe plantearse quién asume o a quién se le otorga la legitimación tanto para el ejercicio de las acciones judiciales como para la suscripción de contratos dirigidos a la adquisición del dominio y demás derechos reales.

En relativo a la legitimación activa, con carácter general y como hemos señalado, la representación de la comunidad le corresponde al Presidente quien puede interponer acciones tanto en defensa de los intereses de la comunidad como de los individuales de cada propietario (11) . Incluso también se hace extensiva esta representación al Presidente no propietario, pero mandatado a tal efecto, por los propietarios (12) .

Por otra parte, siguiendo la doctrina de la legitimación individual del comunero en beneficio de la comunidad, se puede afirmar que éste está legitimado para ejercitar por sí solo las acciones que competen a la masa común, siempre que al hacerlo exija la prestación para todos los comuneros (13) . Criterio éste último corroborado por las SSTS 28 de abril de 1966 (14) y 23 de abril de 1970 (15) , donde definitivamente reconocen la legitimación de los propietarios para ejercer las correspondientes acciones procesales tanto en representación de la comunidad, como en defensa

de sus intereses individuales como es el caso de la primera resolución. Criterio ratificado tanto por la STS 17 de noviembre de 1997 (16) para una comunidad sin título constitutivo, como por SAP Vizcaya 31 de marzo de 2017 (17) en la que se reconoce legitimación procesal a aquellas subcomunidades que no han sido incluidas en el título constitutivo, cuya consolidación y actuación *de facto* va dirigida a gestionar sus propias determinaciones y cuestiones internas. Incluso la legitimación procesal se amplía a comunidades de propietarios que aún no se hayan constituido, tal y como lo mantiene la sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante de 4 de febrero de 2004 (18). Es más, la legitimación del propietario puede nacer del propio perjuicio que le ocasione el acuerdo adoptado, tal y como establece el Tribunal Supremo en su resolución de 6 de marzo de 2019 (19).

En cuanto a la legitimación pasiva, la cuestión que se plantea es si en una demanda contra una comunidad de propietarios, ésta debe dirigirse exclusivamente contra el Presidente o debe demandarse a todos los propietarios integrantes de la misma.

La respuesta a esta duda ha venido propuesta tanto por la ley como por la jurisprudencia del Tribunal Supremo y la doctrina de las Audiencias Provinciales.

Tanto el art. 7 n.º 7 LEC (20), como el Tribunal Supremo se inclinan por adjudicar la legitimación pasiva al Presidente de la comunidad (21), si bien la STS de 5 de noviembre de 2015 (22) declara la necesidad de un previo acuerdo de la junta de propietarios que autorice expresamente al presidente de la comunidad para ejercitar acciones judiciales en defensa de ésta salvo que los estatutos expresamente dispongan lo contrario o el presidente actúe en calidad de copropietario. En este sentido, cabe citar a modo de ejemplo las STS de 5 de diciembre de 1989 (23) y 18 de marzo de 1994 (24).

Si bien hay que tener en cuenta que cuando no se ha elegido un Presidente en una comunidad en este caso se debe demandar a todos los integrantes de la misma, tal y como establece la AAP Cáceres de 25 de julio de 1997 (25).

En cuanto a las relaciones de la comunidad con los terceros y, en particular con los acreedores de la propia comunidad, éstas siempre se canalizarán a través de la persona o los órganos que ostenten la representación y deberán hacer frente a las deudas con los fondos propios de la comunidad (26), sin perjuicio de que la obligación reclamada sea asumida y distribuida por los propietarios en proporción a su cuota.

BIBLIOGRAFÍA

GONZÁLEZ CARRASCO, C., Representación de la comunidad de propietarios y legitimación individual del comunero en la propiedad horizontal, J.M. Boch, 1997.

MAGRO SERVET, M., «Adquisición de bienes inmuebles por la comunidad y acuerdo de junta para contestar una demanda», *Rev. CAF Madrid*, marzo/abril 2019, p. 44

PÉREZ PÉREZ, E., *El consorcio real en el Derecho Positivo español*, Madrid, MOPU, 1986

-
- (1) STS de 21 de abril de 2004.
- [Ver Texto](#)
- (2) LA LEY 144528/2013.
- [Ver Texto](#)
- (3) Rec. 1243/1992.
- [Ver Texto](#)
- (4) Sentencia 115/1999 de 14 Jun. 1999, Rec. 2289/1998.
- [Ver Texto](#)
- (5) Aunque el art. 13.3 LPH reconoce la representación judicial y extrajudicial de la comunidad en el Presidente, la STS de 19 de noviembre de 1993 amplía ese papel legitimador a cualquiera de los propietarios.
- [Ver Texto](#)
- (6) STS de 19 de junio de 1965. En el mismo sentido, cabe citar las SSTS de 25 de mayo de 1987, 5 de julio de 1995 y 20 de diciembre de 1996. También puede actuar en representación de las subcomunidades, tal y como indica la SAP de Murcia de 9 de noviembre de 2000.
- [Ver Texto](#)
- (7) RJ 1965/5611.
- [Ver Texto](#)
- (8) En este sentido, la Sala sostuvo que «el ente colectivo difuso que representa la comunidad de propietarios, al que, aunque nuestro ordenamiento jurídico no atribuye personalidad jurídica independiente de los miembros que la integran, se desenvuelve en el tráfico jurídico y económico como sujeto activo y pasivo de obligaciones, vinculándose a través de su órgano representativo —el presidente—. Todo lo anterior no impide en modo alguno que por acuerdo mayoritario de sus miembros en relación al cumplimiento de las obligaciones contraídas frente a terceros en interés de la cosa común para su mantenimiento y conservación pueda convenirse su cumplimiento en forma mancomunada, mediante partes alícuotas y proporcionales a la participación de cada uno de los comuneros en la cosa común».
- [Ver Texto](#)
- (9) RJ 1973/2592.

[Ver Texto](#)

(10) La STS de 8 de marzo de 1991 considera que «si la Ley no le atribuye específica condición de persona jurídica, no puede sin ofender a la letra y espíritu de la Ley, negar la posibilidad de contraer derechos y obligaciones...». Para la STS de 29 de mayo de 1984 sólo al Presidente le corresponde ese papel de representación.

[Ver Texto](#)

(11) STS de 16 de junio de 2017 y la más reciente de 8 de enero de 2019.

[Ver Texto](#)

(12) Sirva de ejemplo en este caso la STS de 3 de octubre de 2018.

[Ver Texto](#)

(13) M.C. González Carrasco, «La legitimación individual del propietario en el ámbito de la Propiedad Horizontal», VLEX– 280105, p. 9, en *Representación de la comunidad de propietarios y la legitimación individual del comunero en la propiedad horizontal*, Barcelona, Bosch, 1997. En este sentido también cabe citar la STS de 11 de diciembre de 1965 que ante un supuesto de comunidad de propietarios sin título constitutivo aplica el art. 12 LPH y reconoce su legitimación.

[Ver Texto](#)

(14) En este aspecto, la Sala considera que «todos los que sean titulares de ella, bien en conjunto, o bien aisladamente,– y aun existiendo un Presidente designado– podrán ejercitar toda clase de acciones tendentes al resarcimiento de daños o a la indemnización de perjuicios que se les haya irrogado, lo mismo con relación a sus propiedades exclusivas que con referencia a los elementos comunes, ya que los datos de aquellas o en éstos le afectan a su derecho particular, que requiere necesariamente la utilización de los elementos comunes».

[Ver Texto](#)

(15) RJ 1970/2035.

[Ver Texto](#)

(16) RJ 1997/7897.

[Ver Texto](#)

(17) En el mismo sentido, la SAP de las Islas Baleares 21 de marzo de 2002. Idéntico criterio sostiene la SAP Castellón 7 de mayo de 1998 (AC1998/833), pero en este supuesto relativo a urbanizaciones sin título constitutivo a las que por analogía se les aplica la LPH. Por el contrario, la SAP Pontevedra 7 de noviembre de 2016, mantuvo su oposición a reconocer legitimación procesal a una subcomunidad no reconocida en el título constitutivo.

[Ver Texto](#)

(18) JUR 2004/81758.

[Ver Texto](#)

(19) JUR 2019/84931.

[Ver Texto](#)

(20) «Por las entidades sin personalidad a que se refiere el número 7.º del apartado 1 y el apartado 2 del artículo anterior comparecerán en juicio las personas que, de hecho o en virtud de pactos de la entidad, actúen en su nombre frente a terceros», en relación de con lo dispuesto en el art. 13.3º LPH, conforme al cual «El presidente ostentará legalmente la representación de la comunidad, en juicio y fuera de él, en todos los asuntos que la afecten».

[Ver Texto](#)

(21) STS 3 de febrero 1975. En opinión de V. Magro Servet, «Adquisición de bienes inmuebles por la comunidad y acuerdo de junta para contestar una demanda», *Rev. CAF Madrid*, marzo/abril 2019, p. 44, «el acento debe colocarse en que la defensa no sea inocua y arbitraria sino razonable, con el fin de velar por los intereses de la comunidad, y congruente con los acuerdos adoptados por ella, objeto de impugnación. Por ello, el presupuesto de la intervención pasiva del presidente es que su actuación como órgano de la comunidad no supere el ámbito objetivo del poder de representación que como tal tiene conferido, esto es, en los asuntos que afectan a la comunidad. Y a ésta le interesa que se defienda y recurrir lo que sea positivo para la misma».

[Ver Texto](#)

(22) RJ 2015/4969.

[Ver Texto](#)

(23) RJ 1989/8797.

[Ver Texto](#)

(24) En el mismo sentido, la SAP de Lleida de 11 de octubre de 1999, «ya que cuando ha de ser demandada la comunidad, aunque muchas sentencias admiten que los mismos argumentos que sirven para legitimar activamente a la Comunidad, sirven respecto a la legitimación pasiva, así la sentencia del TS de 14 de mayo de 1992 dice que si es cierto que la comunidad no es un ente que pueda actuar como lo haría una sociedad, lo que no puede pretenderse de este singular régimen de propiedad es que sea una pura entequeia y dad su extensión, la complejísima trama de derechos y obligaciones que comporta y la imposibilidad de que pudiera operar como una comunidad de bienes ordinaria habida cuenta de la propiedad separada que caracteriza a la propiedad horizontal según el art. 396 Cc, hace imprescindible que, aunque sin personalidad jurídica, sea considerada como un ente de proyección jurídica propia que si bien actualmente no puede operar sino a través de su representante en juicio y fuera de él, como es el presidente, tenga una estructura y función propia y relevante en el futuro que se asemeje a las personas jurídicas».

[Ver Texto](#)

⁽²⁵⁾ AC 1997/1507.

[Ver Texto](#)

⁽²⁶⁾ En opinión de E. Pérez Pérez, son los órganos de representación y administración los que tendrán que exigir a los consorciados morosos el cumplimiento de las obligaciones con la comunidad, para poder ellos, a su vez, cumplir los de la comunidad con los terceros; y si, con motivo de esta reclamación previa, se produjese un retraso en el pago definitivo y total del acreedor o, para evitar el retraso, algún consorciado hubiera anticipado voluntariamente el importe de la contribución del moroso, será de cuenta de éste, conforme al art. 1150 Cc, la indemnización de los daños y perjuicios producidos, en su caso al acreedor o a quien hubiera adelantado el pago. *El consorcio real en el Derecho Positivo español*, Madrid, MOPU, 1986, p. 189.

[Ver Texto](#)

La declinatoria para la eficacia de la cláusula de mediación familiar en el Plan de Parentalidad del convenio regulador

Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona de 9 de diciembre de 2020

El presente comentario de jurisprudencia tiene por objeto el examen del Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, emitido el 9 de diciembre de 2020. En él, se analiza la declinatoria como la excepción procesal adecuada para garantizar la eficacia de la cláusula de mediación familiar en el convenio regulador, para la autocomposición de las controversias relativas a la mediación familiar.



Cristina Argelich Comelles

Profesora acreditada a Profesor Contratado Doctor Universidad de Cádiz

I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES ACERCA DE LA MEDIACIÓN FAMILIAR, LA CLÁUSULA DE MEDIACIÓN Y LA PROHIBICIÓN DE INTERPOSICIÓN DE ACCIONES CIVILES

El Auto (1) de la Audiencia Provincial de Barcelona de 9 de diciembre de 2020 versa sobre la sumisión previa a la mediación familiar y su puesta en conocimiento en el proceso civil, en concreto, mediante la excepción procesal de la declinatoria como el instrumento más adecuado. Como consideraciones previas a la sumisión de una futura controversia a la mediación, debemos recordar aquí diversas cuestiones clave en esta materia.

El art. 1 de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles (2) define la mediación civil como el medio de solución de controversias, con independencia de su denominación, en el que dos o más partes persiguen alcanzar un acuerdo con la intervención de un mediador sobre un conflicto jurídico–privado. Sin embargo, existen materias relativas al Derecho civil de disponibilidad limitada de las partes, en particular, aquellas relativas al Derecho de Familia. En este ámbito, la mediación se encuentra limitada por la necesidad de una homologación judicial del acuerdo de mediación cuando afecte a: los hijos menores o incapacitados respecto de las consecuencias de la ruptura de la pareja, pues precisan de una especial protección que en sede

judicial garantiza el Ministerio Fiscal; o los acuerdos gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges. La finalidad de esta actividad judicial es comprobar que los acuerdos alcanzados no entrañan ningún desequilibrio.

Debemos indicar también que, tras la aprobación de la Ley (3) 9/2020, de 31 de julio, de modificación del libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia, y de la Ley 15/2009, de mediación en el ámbito del derecho privado, el legislador catalán pretende potenciar la mediación en el ámbito de los conflictos familiares; en particular, los que afecten a los menores de edad, atendiendo a su interés superior, estableciendo la obligatoriedad (4) de la sesión previa sobre mediación. El legislador catalán ha optado por la mediación familiar previa para fomentar la resolución pactada del conflicto, con carácter voluntario y sin impedir el acceso a la jurisdicción, en lugar de que tenga carácter intrajudicial y que sea propuesta por el juzgado o tribunal competente. Asimismo, la norma indica, en la línea del legislador estatal, que se remitirá a la autoridad judicial la falta de asistencia a la sesión previa.

La mediación familiar presenta algunas características comunes con la mediación (5) en otros ámbitos, así como algunas particularidades. En consecuencia, diversos son los principios que la integran. En primer lugar, la voluntariedad y el libre sometimiento de las partes configuran este instrumento, a diferencia de la jurisdicción. La voluntariedad, conforme al art. 6.3º de la Ley 5/2012, hace que nadie esté obligado a mantenerse en el procedimiento de mediación ni a concluir el acuerdo de mediación, a diferencia del arbitraje.

En segundo lugar, la existencia de un pacto expreso de sometimiento a la mediación. El propio art. 6.2º especifica que, en el caso de que las partes en conflicto hayan pactado por escrito previamente el sometimiento de sus eventuales controversias a la mediación, deberán acudir a esta antes de recurrir a otro ADR o a la jurisdicción, lo que resulta clave en el asunto enjuiciado. Esta cláusula de mediación puede contenerse en un contrato, en un convenio regulador —como en el presente caso—, en un Protocolo Familiar y en un testamento. Además, esta cláusula tendrá efectos incluso cuando la controversia de las partes verse sobre la validez o existencia del contrato en el que se haya incluido la cláusula de mediación. Asimismo, existe la prohibición (6) de interposición de acciones civiles durante la mediación, como consecuencia lógica del anterior principio; durante el tiempo en el que se realice la mediación, a tenor del art. 10.2.2, las partes no podrán interponer entre sí ninguna acción judicial o extrajudicial en relación con su conflicto.

En cuanto al papel de las partes, dos principios regulan su actividad: igualdad y confidencialidad. En cuanto a la igualdad de las partes, y neutralidad e imparcialidad de los mediadores, el mediador es un tercero, ajeno a las partes en conflicto, que debe actuar con imparcialidad, neutralidad e independencia para proponer activamente una solución a la controversia existente, sin obrar en perjuicio o en interés de una de las partes. Asimismo, el art. 7 garantiza que las partes en conflicto intervengan con plena igualdad de oportunidades, equilibrio en sus posiciones y respeto mutuo. Por lo que se refiere a la confidencialidad, dicho deber se extiende a las partes y al mediador, de acuerdo con el art. 9. En consecuencia, ni las partes ni el mediador podrán revelar la información obtenida en el procedimiento de mediación. Asimismo, la documentación utilizada tiene carácter confidencial, y

no están obligados a declarar o aportar la documentación derivada de una mediación ya efectuada en un proceso civil, salvo en dos supuestos: que las partes dispensen por escrito de esta obligación; o que sea solicitada mediante una resolución judicial motivada.

II. LA DECLINATORIA PARA LA SALVAGUARDIA DE LA MEDIACIÓN FAMILIAR EN EL PLAN DE PARENTALIDAD DEL CONVENIO REGULADOR

Entrando en el contenido del Auto objeto del comentario, en la relación de hechos probados se contienen los siguientes: la demandante presentó demanda modificativa de una sentencia de divorcio en marzo de 2019; el demandado planteó incidente de declinatoria (7) por falta de jurisdicción, porque el convenio regulador contenía una cláusula preventiva de mediación. Conforme a la misma, las partes se comprometieron a resolver sus controversias a la mediadora de los Servicios municipales de Casserres o a los que les remita dicha entidad. En este sentido, debemos recordar que, de conformidad con el art. 39 LEC, procede la declinatoria, como excepción procesal por falta de jurisdicción, cuando uno de los suscribientes de una cláusula de mediación haya interpuesto una demanda judicial sin acreditar el intento de mediación; además, ello sirve como módulo ponderador de la temeridad de la demanda interpuesta a los efectos de las costas procesales.

En el Derecho civil catalán, debemos indicar que en el contenido del convenio regulador existe un elemento clave en este ámbito, a la vez que innovador: el Plan de Parentalidad (8), regulado en el art. 233–9 del Código civil de Cataluña. El Plan de Parentalidad, como manifestación de la patria potestad —o responsabilidad parental en la legislación catalana—, supone la concreción del ejercicio de dicha responsabilidad respecto de la guarda, cuidado y educación de los hijos. Las propuestas de Plan de Parentalidad pueden prever la mediación familiar para la autocomposición de las controversias derivadas de su aplicación, así como la modificación de su contenido para amoldarlo a las necesidades de los hijos.

Las propuestas del Plan de Parentalidad deben contener necesariamente diversos elementos: la residencia habitual de los hijos, indicando el progenitor al que le corresponde la guarda en cada momento; las tareas de que debe responsabilizarse cada progenitor respecto de las actividades cotidianas de los hijos; el cambio de guarda y el reparto de los costes; el régimen de relación y comunicación con los hijos durante los períodos en que un progenitor no tenga la guarda; el régimen de estancias vacacionales y en fechas señaladas de los hijos respecto de cada progenitor; el tipo de educación y las actividades extraescolares, formativas y de tiempo libre; la forma de cumplir el deber de compartir toda la información sobre la educación, la salud y el bienestar de los hijos; y, finalmente, la forma de tomar las decisiones relativas al cambio de domicilio y otras cuestiones relevantes para los hijos.

En el supuesto que nos ocupa, el Plan de Parentalidad dispone que, en caso de no llegar a un acuerdo acerca de la toma de decisiones relativas a los hijos en los elementos indicados, se someterán a los Servicios de Mediación Familiar del municipio de la residencia habitual de los menores. Igualmente, indica que se acudirá a los Servicios de Mediación Familiar para mejorar el Plan de Parentalidad, si es

necesario. La progenitora se opuso por entender que, en este caso, no es de aplicación la cláusula de mediación del convenio ni la específica del Plan de Parentalidad, por referirse a dos supuestos concretos: la discrepancia parental necesitada de una solución arbitral, y la plasmación por los servicios de mediación del acuerdo modificativo ya alcanzado por las partes. El Auto recurrido, de 23 de enero de 2020, estimó la declinatoria interpuesta, apreció falta de jurisdicción y acordó el sobreseimiento del procedimiento.

El elemento nuclear del asunto que nos ocupa es el papel de la declinatoria como excepción procesal para la salvaguardia de la sumisión previa a mediación familiar, contenido en el convenio regulador

III. LA CLÁUSULA PREVENTIVA DE MEDIACIÓN COMO BASE DE LA DESESTIMACIÓN DE LA PRETENSIÓN

El elemento nuclear del asunto que nos ocupa es el papel de la declinatoria como excepción procesal para la salvaguardia de la sumisión previa a mediación familiar, contenido en el convenio regulador. En este sentido, el art. 63.1º LEC prevé la falta de jurisdicción por sumisión previa a mediación mediante la declinatoria, lo que en este caso se refiere a una excepción procesal para aludir un impedimento de procedibilidad, en ningún caso relativo a la falta de competencia, objetiva o funcional, ni a la falta de jurisdicción.

Recuerda la resolución que el papel del mediador no es equivalente a un órgano jurisdiccional; por ello, aunque el juez ante el que se haya interpuesto la demanda sea competente, no puede conocer del fondo del asunto por la sumisión previa a la mediación. Además, como hechos que consolidan dicha mediación familiar previa, el tribunal aprecia que la intención de ambos cónyuges al tiempo de firmar el convenio de divorcio es clara, así como sus términos.

Finalmente, en cuanto a la cláusula preventiva de mediación, el tribunal recuerda que el art. 10.2.2 de la Ley 5/2012 obliga a las partes al sometimiento a los principios de lealtad, buena fe y respeto mutuo, indicando expresamente la imposibilidad de ejercer acciones judiciales respecto de la contraparte en esta materia. La parte actora admite en su recurso la falta de intento de mediación, algo que tanto la legislación catalana como la estatal disponen de obligado traslado al tribunal sentenciador. Concluye el tribunal que existe un óbice procesal, ante un requisito de procedibilidad que impide, en este caso, dar curso legal a la demanda modificativa presentada. Por ello, indica que el cauce procesal adecuado para ponerlo de manifiesto es la declinatoria, procede a desestimar el recurso, y decide no imponer costas al respecto.

BIBLIOGRAFÍA

GIABARDO, C.V., «Should Alternative Dispute Resolution Mechanisms Be Mandatory? Rethinking Access to Court and Civil Adjudication in an Age of Austerity», *Exeter Law Review*, vol. 44, 2017, pp. 25–36.

GINEBRA MOLINS, M.E. y TARABAL BOSCH, J., «La obligatoriedad de la mediación derivada de la voluntad de las partes: las cláusulas de mediación», *Indret*, n.º 4, 2013, pp. 1–31.

GUTIÉRREZ SANZ, M.R., «La cuestión declinatoria en el Real Decreto Ley 5/2012, de 5 de marzo, de mediación en asuntos civiles y mercantiles», *Diario La Ley*, n.º 7871, 2012, pp. 1–5.

LAUROBA LACASA, M.E., «Los Planes de parentalidad en el Libro segundo del Código civil de CATALUÑA», *REVISTA JURÍDICA DE CATALUNYA*, VOL. 111, N.º 4, 2012, PP. 887–916.

NAVAS NAVARRO, S., «Menores, guarda compartido y plan de parentalidad (especial referencia al derecho catalán)», *Revista de Derecho de Familia*, n.º 54, 2012, pp. 23–56.

SÁNCHEZ MARTÍN, P., «Incidencia de la mediación en el proceso civil», *Práctica de tribunales: revista de derecho procesal civil y mercantil*, n.º 98–99, 2012, pp. 60–71.

VÁZQUEZ REY, E., «A declinatoria de jurisdicción como recurso dilatorio no proceso mediador», *Cuaderno electrónico de estudios jurídicos*, n.º 4, 2015, pp. 175–180.

(1) ECLI: ES:APB:2020:10442A.

[Ver Texto](#)

(2) BOE 7.7.2012.

[Ver Texto](#)

(3) BOE 15.8.2020.

[Ver Texto](#)

(4) Acerca la eventual obligatoriedad de los ADR y el necesario equilibrio entre la voluntariedad y el acceso a la jurisdicción, atiéndose el trabajo de C.V. Giabardo, «Should Alternative Dispute Resolution Mechanisms Be Mandatory? Rethinking Access to Court and Civil Adjudication in an Age of Austerity», *Exeter Law Review*, vol. 44, 2017, pp. 25–36.

[Ver Texto](#)

(5) M.E. Ginebra Molins y J. Tarabal Bosch, «La obligatoriedad de la mediación derivada de la voluntad de las

partes: las cláusulas de mediación», *Indret*, n.º 4, 2013, pp. 1-31.

[Ver Texto](#)

- (6) P. Sánchez Martín, «Incidencia de la mediación en el proceso civil», *Práctica de tribunales: revista de derecho procesal civil y mercantil*, n.º 98-99, 2012, pp. 60-71.

[Ver Texto](#)

- (7) M. R. Gutiérrez Sanz, «La cuestión declinatoria en el Real Decreto-Ley 5/2012, de 5 de marzo, de mediación en asuntos civiles y mercantiles», *Diario La Ley*, n.º 7871, 2012, pp. 1-5; E. Vázquez Rey, «A declinatoria de jurisdicción como recurso dilatorio no proceso mediador», *Cuaderno electrónico de estudios jurídicos*, n.º 4, 2015, pp. 175-180.

[Ver Texto](#)

- (8) Para un examen completo del Plan de Parentalidad, atiéndanse M. E. Lauroba Lacasa, «Los Planes de parentalidad en el Libro segundo del Código civil de Cataluña», *Revista Jurídica de Catalunya*, vol. 111, n.º 4, 2012, pp. 887-916, y S. Navas Navarro, «Menores, guarda compartido y plan de parentalidad (especial referencia al derecho catalán)», *Revista de Derecho de Familia*, n.º 54, 2012, pp. 23-56.

[Ver Texto](#)

Estimación de declinatoria por falta de competencia territorial del tribunal que conoce de la acción de anulación

Auto del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 15 de diciembre de 2020

El Auto del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª), n.º 15/2020, de 15 de diciembre (Ponente: Ilmo. Sr. D. David Suárez Leoz), estima la declinatoria por falta de competencia territorial del tribunal que conoce de la acción de anulación.



Rafael Hinojosa Segovia

Profesor Titular de Derecho Procesal. Universidad Complutense de Madrid

I. INTRODUCCIÓN

El presente proceso de anulación tiene su origen en un arbitraje que se tramitó ante la Corte Civil y Mercantil de Arbitraje de Madrid (CIMA). En dicho proceso se ejercita una acción de anulación parcial de los laudos recaídos en dicho procedimiento arbitral ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (1) . Admitida la demanda y emplazada la parte demandada, ésta propuso declinatoria «a fin de denunciar la falta de competencia territorial de esta Sala, por considerar que corresponde el conocimiento de la demanda interpuesta por la actora a la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Granada, de conformidad con lo dispuesto en el apartado IV) del Acta de Misión de fecha 12 de abril de 2019 en relación con el art. 8.5º LA».

Como la previsión del art. 8.5º LA es un fuero imperativo para la determinación de la competencia territorial del órgano jurisdiccional y, por tanto, examinable de oficio (2) , la Letrada de la Administración de Justicia al examinar los requisitos de tal naturaleza de la demanda, entre los cuales se encuentra la posible falta de competencia territorial del órgano jurisdiccional elegido por el actor, «previa audiencia del Ministerio Fiscal y de las partes personadas, si entiende que el tribunal

carece de competencia territorial para conocer del asunto, dará cuenta al Juez para que resuelva lo que proceda mediante auto, remitiendo, en su caso, las actuaciones al Tribunal que considere territorialmente competente» (arts. 404.2º en relación con el art. 58, ambos de la LEC), y no haber proveído a la admisión de la demanda y a emplazar a la demandada dictando un Decreto.

Conforme a la regulación legal de la declinatoria que se planteó por la demandada, se suspendió el plazo para contestar la demanda y el curso de las actuaciones (art. 64.1º LEC), dando traslado a la parte demandante, «en la figura del Abogado del Estado y al Ministerio Fiscal», por un plazo de cinco días, «contados desde la notificación de la declinatoria, para alegar y aportar todo lo que consideren conveniente para sostener la jurisdicción o la competencia del tribunal» (art. 65.1 LEC). El Abogado del Estado, en representación de la parte actora en la anulación, se opuso a la «excepción [sobre lo que nos referiremos más adelante] esgrimida de contrario y solicitaba que continuasen ante esta sala los trámites propios del proceso entablado».

El Ministerio Fiscal despachó el traslado conferido e «interesó igualmente (*sic*) que se estimare (*sic*) [sería que se desestimare, dado que la representación de la parte actora se opuso] la declinatoria suscitada».

Se recoge en el Auto que por Acuerdo Gubernativo del Presidente del Tribunal Superior de Justicia, y en aplicación de lo dispuesto en el art. 200 LOPJ, se sustituyó uno de los Magistrados de la Sala de lo Civil y Penal, integrándose por otro Magistrado, el cual actuó como ponente.

II. DECLINATORIA POR FALTA DE COMPETENCIA TERRITORIAL

El Auto vuelve a utilizar el término «excepción» al decir que «la excepción procesal que aduce la entidad demandada y a cuyo acogimiento se ha opuesto su rival en el pleito, descansa en la consideración de que la parte demandante en su demanda sostiene la competencia territorial del TSJ de Madrid para conocer de la acción de anulación a pesar de que, de conformidad con lo establecido en los arts. 8.5º LA y 37.5º LA, y la cláusula IV, aps. 16 y 18, del Acta de Misión se fija como lugar del arbitraje la ciudad de Almería, y por tanto, de conformidad con el art. 8.5º LA para conocer de la acción de anulación del laudo será competente la Sala de lo Civil y de lo Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma donde aquél se hubiere dictado, y que en el caso que aquí nos ocupa, al haberse dictado el laudo arbitral en Almería, sería competente tal Sala de lo Civil y de lo Penal, pero del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en su sede de Granada».

El art. 8.5º LA, como ya hemos visto, es muy claro al señalar que la competencia para conocer del proceso de anulación corresponde a la Sala de lo Civil y de lo Penal del lugar en que se hubiera dictado el laudo, según la redacción dada al precepto por la Ley 11/2011, de 20 de mayo, lugar determinado conforme al art. 26.1º LA (art. 37.5º LA).

Para atribuir tal competencia al mencionado órgano jurisdiccional, se adicionó por la Ley Orgánica 5/2011, de 20 de mayo, complementaria de la Ley 11/2011, al art. 73.1 LOPJ una nueva letra c) con la siguiente redacción: «1. La Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia conocerá como Sala de lo Civil: (...) De las funciones de apoyo y control del arbitraje que se establezcan en la ley...».

Hay que advertir la incorrección de la redacción del art. 8.5º en la Ley 11/2011, de 20 de mayo, al no utilizar la denominación correcta recogida en la Ley Orgánica del Poder Judicial, «Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia, como Sala de lo Civil».

El lugar repercute principalmente en la determinación de los fueros jurisdiccionales, tanto para funciones de apoyo como de control (*vid.* art. 8.4º y 5º LA). Ahora bien, la LA ha incorporado la regla contenida en el art. 31.3º de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional, conforme con la cual, lo que importa no es el lugar en que se hubiese dictado materialmente el laudo, sino el lugar del arbitraje, determinado según el art. 26.1º LA. Así pues, constando en el laudo el lugar del arbitraje «el laudo se considerará dictado en ese lugar» (art. 37.5º *in fine*) (3). Con esta previsión legal se favorece la conservación de los laudos, evitándose que por un requisito formal puedan ser anulados.

Sorprende que en el Auto se utilice el término «excepción» para referirse a la declinatoria. Como es sabido, son dos institutos procesales diferentes. Mediante la declinatoria, el demandado busca que conozca del asunto el órgano competente y que decline de hacerlo el tribunal elegido por el actor. Por declinatoria se puede cuestionar la jurisdicción y la competencia, como es el caso, y se plantea y resuelve con carácter previo a la contestación de la demanda. Mediante excepción, el demandado busca poner de manifiesto la falta de otros requisitos procesales (por ejemplo, falta de capacidad) o la existencia de óbices procesales (*v.gr.*, cosa juzgada). En el juicio ordinario todas las excepciones procesales se plantean en la contestación y se resuelven en la audiencia previa al juicio para evitar, en lo posible, sentencias absolutorias en la instancia. En el juicio verbal, ahora también se plantean en la contestación por escrito, y se resuelven en la vista. También se pretende evitar las sentencias absolutorias en la instancia (4).

Son muy ilustrativas las palabras de la Exposición de Motivos LEC [Apartado VII, párrafos 10 y 11]. «Por lo que respecta a la jurisdicción y a la competencia, la Ley regula la declinatoria como un instrumento único para el control, a instancia de parte, de esos presupuestos procesales, determinando que dicho instrumento haya de emplearse antes de la contestación a la demanda». Y continúa, el legislador «De este modo, se pone fin, por un lado, a lagunas legales que afectaban a la denominada «competencia (o incompetencia) internacional» y, de otro, a una desordenada e inarmónica regulación, en la que declinatoria, inhibitoria y excepción se mezclaban y frecuentemente confundían, con el indeseable resultado, en no pocos casos, de sentencias absolutorias de la instancia por falta de jurisdicción o de competencia, dictadas tras un proceso entero con alegaciones y prueba contradictorias. Lo que esta Ley considera adecuado a la naturaleza de las cosas es que, sin perjuicio de la vigilancia de oficio sobre los presupuestos del proceso relativos al tribunal, la parte pasiva haya de ponerlos de manifiesto con carácter previo, de modo que, si faltaran, el proceso no siga adelante o, en otros casos, prosiga ante el tribunal competente».

Como se recoge en el Auto, la representación de la demandante ya mantenía en su demanda

«... que, sin desconocer tal acuerdo de las partes [se refiere al de determinar Almería como sede del arbitraje], la verdadera voluntad de ambas era que el laudo fuera dictado en Madrid, y no en

Almería, y alega que tal cuestión pivota sobre dos conceptos relacionados entre sí: el del lugar del arbitraje y el lugar donde se dicta el Laudo, y si bien la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje (LA) expresa en su art. 8 que "Para conocer de la acción de anulación del laudo será competente la Sala de lo Civil y de lo Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma donde aquél se hubiere dictado", la norma fija también en otros artículos (37 y 22 —sic—) una presunción de que el Laudo se entiende dictado en el lugar del arbitraje y concluye que, a su juicio, no se designó el lugar del arbitraje mediante un acuerdo voluntario, libre y a iniciativa de las partes —como exige el art. 26.1º LA—, sino que "concurrieron una serie de circunstancias, acreditadas mediante una grabación, que implican que el TSJ deba valorar su competencia territorial atendiendo a la realidad de los hechos y no a la apariencia de los mismos." De esta forma, afirma que las partes fijaron libremente como lugar del arbitraje, en el procedimiento arbitral, la ciudad de Madrid, tal y como lo hizo la actora en tal procedimiento arbitral en su escrito de solicitud de arbitraje (...), y lo confirmó la Abogacía del Estado en su escrito de contestación (...) y de ambos escritos se prevé expresamente como lugar del arbitraje la ciudad de Madrid, y que el planteamiento de la cuestión de cambio de sede de la decisión arbitral a Almería se hizo de forma sorpresiva por parte del Tribunal Arbitral y que incluso las partes mostraron su contrariedad al respecto y las dudas sobre las consecuencias de ello, por lo que concluye que el Tribunal arbitral no informó con transparencia a las partes de las consecuencias que dicho cambio propuesto por él, y en concreto por lo que podría implicar sobre la competencia territorial para conocer de una futura acción de anulación, y alega en el apartado 19 de su escrito que "hasta el momento procesal que nos ocupa no se ha tenido un conocimiento real de la trascendencia de la alteración del lugar del arbitraje designado inicialmente por las partes"».

Es llamativo que la parte demandante de la acción de anulación alegue que no se tenía «conocimiento real de la trascendencia de la alteración del lugar del arbitraje», siendo tan cualificada su dirección letrada.

La Sala señala que

«... la sede del arbitraje, fijada libremente por los interesados, y el Tribunal Arbitral, en el Acta de Misión, fue la ciudad de Almería, y ello con las consecuencias procesales que de ello se derivaran, y que no pueden ser otras que las que dispone el art. 8.5 Ley de Arbitraje, donde se establece [como ya hemos recogido con anterioridad] que 'Para conocer de la acción de anulación del laudo será competente la Sala de lo Civil y de lo Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma donde aquél se hubiere dictado».

Prosigue el Auto recogiendo, a mayor abundamiento, que el art. 37.5º LA dispone que

«Constarán en el laudo (...) el lugar del arbitraje, determinado de conformidad con el apartado 1 del art. 26. El laudo se considerará dictado en ese lugar. Y también el art. 26.1º LA "las partes podrán determinar libremente el lugar del arbitraje. A falta de acuerdo, lo determinarán los árbitros, atendidas las circunstancias del caso y la conveniencia de las partes».

Pues bien, la Sala mantiene, con muy buen criterio, que como

«... las partes firmaron el Acta de Misión, tras un debate sobre las distintas cuestiones que se plantearon en la audiencia para su firma, entre las que se planteó cuál sería la sede del arbitraje, y aun cuando fue a propuesta del Tribunal Arbitral, los representantes de ambas partes acordaron que fuera la ciudad de Almería la sede donde se dictaría el laudo, al considerar CIMA (5) que 'la demandante se encuentra en Sevilla (es evidente que se trataba de la asistencia letrada de la UTE), la demandada (...) en Madrid, y la obra objeto de esta litis en Almería', y reiteramos ambas partes mostraron su acuerdo y así se firmó por las mismas, libre y voluntariamente, el Acta de Misión, en cuya Cláusula IV ap. 18, relativo a la sede del arbitraje dispone que "El Acta de Misión, las órdenes procesales y cualesquiera otras decisiones adoptadas por el Tribunal para la llevanza del procedimiento y cualquier laudo rendido en este arbitraje, se considerarán pronunciados y firmados en la ciudad de Almería. Las Partes se abstendrán de alegar como fundamento de sus pretensiones la invalidez de cualquier laudo y/o decisión procedimental por haber sido firmados en un lugar diferente de la ciudad de Almería." De tal forma que si la voluntad (...) [de la demandada en el procedimiento arbitral y demandante en el proceso de anulación] era que la sede del arbitraje fuera la ciudad de Madrid, tendría que haber puesto de manifiesto su disconformidad con tal decisión sobre la sede del arbitraje en el trámite correspondiente, bien en las conversaciones que se mantuvieron sobre determinados aspectos del Acta de Misión, o en el plazo de tres días concedido a las partes para alegar lo que estimara conveniente sobre el borrador del Acta de Misión antes de su firma, y en todo caso, no haber firmado el Acta de Misión, si es que no se estaba conforme con la citada sede».

Con base en los fundamentos anteriores, como es lógico, el Tribunal declara que

«... deviene, por tanto, ineludible el acogimiento de la falta de competencia territorial de esta Sala para conocer de la acción de anulación interpuesta, al primar la voluntad de las partes en virtud del art. 26.1º LA, manifestada en el Acta de Misión, suscrita con fecha 12 de abril de 2019, por la que ambas partes, fijaron la sede del arbitraje en la ciudad de Almería».

Y, por ello en la Parte Dispositiva del Auto se dispone «Estimar la excepción de declinatoria de jurisdicción que ha interpuesto ante este órgano judicial la representación procesal» de varias empresas agrupadas en una Unión Temporal de Empresas demandada en el proceso de anulación «y, en consecuencia, declarar la falta de jurisdicción de esta sala para conocer del expresado asunto, y se imponen a la parte actora las costas devengadas con motivo de su tramitación».

Como se ve se vuelve a utilizar el término «excepción», ahora en la expresión «excepción de declinatoria de jurisdicción», a lo que ya nos hemos referido con anterioridad, a lo que nos remitimos, y, como hemos visto, no es de jurisdicción sino de competencia territorial.

Además, conforme al art. 65.5º LEC, «El tribunal, al estimar la declinatoria relativa a la competencia territorial, se inhibirá en favor del órgano al que corresponda la competencia y acordará remitirle los autos con emplazamiento de las partes para que comparezcan ante él en el plazo de diez días», lo que no ha sucedido en el presente caso.

También el Tribunal dispone que «Notifíquese esta resolución al Ministerio Fiscal y a las partes y una vez adquiera firmeza, archívense las actuaciones sin ulterior trámite. No se entiende que diga «una vez adquiera firmeza» cuando más tarde mantiene que «Frente a esta resolución no cabe recurso alguno», como veremos más adelante.

III. COSTAS

Según el Auto, «la tramitación de la misma [se refiere a la declinatoria] por el cauce incidental del art. 65 LEC, determina la necesaria presencia de un pronunciamiento en materia de costas, las cuales deben ser impuestas, en atención al criterio del vencimiento, a la parte actora». Aunque no se recoge en dicha Resolución, ello es conforme al art. 394.1º LEC, «condena en costas de la primera instancia».

IV. INFORMACIÓN SOBRE RECURSOS

La Sala declara que «frente a esta resolución no cabe recurso alguno (art. 15.7º LA)». La Sala no se percató de que este precepto de la LA, que se refiere, como se recoge en su leyenda, al «Nombramiento de los árbitros», establece que «Contra las resoluciones definitivas que decidan sobre las cuestiones atribuidas por este artículo al tribunal competente no cabrá recurso alguno». Por lo tanto, dado el contenido del mencionado artículo, no es de aplicación al régimen de impugnación de la declinatoria.

Para la declinatoria se prevé expresamente en el art. 67 LEC que: «1. Contra los autos que resuelvan sobre la competencia territorial no se dará recurso alguno. 2. En los recursos de apelación y extraordinario procesal sólo se admitirán alegaciones de falta de competencia territorial cuando, en el caso de que se trate, fueren de aplicación normas imperativas».

Pues bien, dado que en el caso que nos ocupa es de aplicación una norma imperativa (art. 8.5º LA), en principio, debería poder haberse interpuesto recurso de apelación, siempre que se cumplieran los requisitos para tal recurso. Ello en hipótesis, porque como el tribunal que conoce de la acción de anulación es la Sala de lo Civil y lo Penal del Tribunal Superior de Justicia, contra sus resoluciones no cabe recurso de apelación ante la Sala Primera del Tribunal Supremo (véase art. 56 LOPJ, especialmente su n.º 1º). Y, como ocurre con carácter general, contra el auto que resolviera el recurso de apelación, dado el régimen actual del recurso extraordinario por infracción procesal, no podría impugnarse dicha resolución (*vid.* disposición final decimosexta.1 regla 2ª LEC). Con lo cual se llega a la misma decisión que la Sala del Tribunal Superior de Justicia pero con base a preceptos legales diferentes.

V. DIFUSIÓN DE LA RESOLUCIÓN

En el Auto se recoge finalmente que «La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los

derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda». Y continúa, «Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes», todo ello de acuerdo al art. 235 bis LOPJ al que no se alude en la resolución.

.....

(1)

Roj: ATSJ M 633/2020.

[Ver Texto](#)

(2) Puede verse nuestra monografía sobre *El recurso de anulación contra los laudos arbitrales. (Estudio jurisprudencial)*, Madrid, Edersa, 1991, pp. 91, 92 y 544, que, aunque referida a la anterior LA de 1988, entendemos aplicable en este punto a la regulación actual.

[Ver Texto](#)

(3) *Vid.* M. Olivencia Ruiz, «El laudo: naturaleza, clases y contenido», en *Arbitraje. Revista de arbitraje comercial y de inversiones*, vol. II, n.º 3, 2009, pp. 667-669.

[Ver Texto](#)

(4) S. Aragonese Martínez y R. Hinojosa Segovia, *Lecciones de Derecho Procesal Civil. Introducción, parte general, procesos declarativos ordinarios y sus especialidades*, Madrid, Cersa, Madrid, 2008, pp. 185 y 186.

[Ver Texto](#)

(5) De acuerdo con el art. 26 del Reglamento de la Corte Civil y Mercantil de Arbitraje (CIMA) que entró en vigor el 1 de enero de 2015 para los arbitrajes que entraron en la Corte a partir de esa fecha, según su disposición adicional. porque aunque no se dice en el Auto la fecha de la entrada del procedimiento arbitral en la Corte, se entiende, por otras fechas que constan en el Auto, que fue bajo la vigencia de dicho Reglamento, que en el mencionado art. 26 disponía «Sede del arbitraje 1. Salvo acuerdo en contrario de las partes, la Corte fijará la sede del arbitraje, atendidas las circunstancias del caso y las observaciones de las partes. 2. El Acta de Misión, las órdenes procedimentales, cualesquiera otras decisiones adoptadas por el Tribunal arbitral para la tramitación del procedimiento y cualquier laudo se considerarán pronunciados y firmados en la sede del arbitraje». Artículo que se ha mantenido con la misma numeración y redacción en el vigente Reglamento aprobado por la Asamblea General Extraordinaria celebrada el día 30 de octubre de 2020 y con entrada en vigor el 1 de enero de 2015, entendiéndose 1 de enero de 2021, para los arbitrajes cuya solicitud sea registrada a partir de esa fecha, según su disposición adicional.

[Ver Texto](#)

Desestimación de anulación de un laudo arbitral por inexistencia de indefensión. El derecho de asistencia jurídica gratuita no alcanza al arbitraje. La alegación de deficiencia visual no justifica la indefensión invocada

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 22 de diciembre de 2020

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª), núm. 33/2020, de 22 de diciembre (Ponente: Ilmo. Sr. D. Francisco José Goyena Salgado), desestima la acción de anulación de un laudo arbitral por inexistencia de indefensión, declara que el Derecho de Asistencia Gratuita no alcanza al arbitraje y que la alegación de deficiencia visual de la parte no justifica la indefensión invocada.



Rafael Hinojosa Segovia

Profesor Titular de Derecho Procesal. Universidad Complutense de Madrid

I. INTRODUCCIÓN

El presente proceso de anulación tiene su origen en un arbitraje de carácter arrendaticio en el que las partes «acordaron someter las cuestiones derivadas del cumplimiento e interpretación del contrato a la decisión del Consejo Arbitral para el Alquiler de la Comunidad de Madrid» (1).

Ante la solicitud de arbitraje, formulada por la arrendadora [en la Sentencia se habla en una ocasión de D.ª Teresa, como firmante del contrato, para luego, a lo largo de toda ella referirse a D. Primitivo, sin aclarar ese cambio de sujeto] contra la arrendataria, D.ª Esmeralda, se dicta laudo por el árbitro único, en el que se admite la solicitud de arbitraje formulada; se declara la resolución del contrato de arrendamiento, se estima la solicitud del pago de las rentas debidas por la arrendataria; se condena a esa misma parte al pago de una cantidad de dinero a D. Primitivo en concepto de rentas no

satisfechas derivadas del contrato; declara que D. Primitivo tiene derecho a percibir una cantidad de dinero al mes, o a su parte proporcional, hasta el momento de desalojo efectivo de la vivienda y entrega de llaves o posesión; declara que la arrendataria ha de abonar una cantidad de dinero en concepto de costas del procedimiento, y cada una de las partes deberá soportar sus propios gastos; rechazándose cualquier otra pretensión que pueda estar deducida de forma implícita.

Como se recoge en la Sentencia, también en el laudo se informa a las partes de que este laudo tiene carácter de título ejecutivo, así como que en el plazo de dos meses se podrá ejercitar contra este laudo acción de anulación fundada en los motivos previstos en el art. 41 LA.

Frente a dicha resolución arbitral se insta por la arrendataria demanda de anulación del laudo dictado, solicitando que «se estime la demanda de acción de nulidad de laudo, decretando su anulación, con imposición de las costas que se causen en este procedimiento a la parte demandada».

Si se comprueban las fechas del laudo, 29 de octubre de 2018, de la entrada de la demanda formulada en la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia, 10 de julio de 2019 y del Decreto por el que se admite, 5 de septiembre de 2018, se advierte que hay algún error porque no cuadran. Además, el número del recurso [*sic* proceso] de anulación es 65/2018. En cuanto a la fecha de notificación del laudo, o de las actuaciones complementarias si hubiera habido, en su caso, no se dice nada, lo que es fundamental de cara al cómputo del plazo para que la demanda de anulación se presente dentro del plazo de dos meses previsto en el art. 41.4º LA.

Se alega por la parte demandante, como motivo de nulidad el previsto en el art. 41.1º b) LA, «Que no ha sido debidamente notificada de la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales o no ha podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos». A través de este motivo, como hemos dicho en otro lugar (2), «se pueden poner de manifiesto: por un lado, los defectos de notificación a las partes, tanto del nombramiento de uno o de todos los árbitros, que no es el caso presente, como de cualquiera de las resoluciones arbitrales; y por otro, que, por cualquier tipo de defecto diferente al de la falta de notificación, las partes no hayan podido hacer valer sus derechos durante el procedimiento arbitral», siendo los dos últimos los que entendemos que según la parte actora se entienden producidos en este asunto.

En nuestra opinión, la prosperabilidad de la impugnación por la defectuosa notificación está condicionada a que se produzca una efectiva indefensión; lo anterior, aun cuando de una interpretación literal de este motivo pudiera deducirse que la exigencia de indefensión sólo está referida al caso relativo a que por causas diferentes a los defectos de las notificaciones, las partes no hubieran podido hacer uso de sus derechos.

En cuanto a la

«... indefensión provocada por causas distintas a los defectos en la comunicación», como también hemos dicho (3), «la LA se aparta de la concreción con la previsión de una fórmula abierta, susceptible de ser aplicada a cualquier situación, lo cual es más que razonable habida cuenta la

imposibilidad de recoger analíticamente las diversas posibilidades. En cualquier caso, debe advertirse la íntima conexión de este apartado con lo establecido en el art. 24.1º LA, según el cual son principios informadores del procedimiento arbitral los de igualdad, audiencia y contradicción. De manera que también la infracción de cualquiera de esos principios podrá ser denunciada a través de este submotivo, siempre que llevara aparejada indefensión».

Se señala en la Sentencia que

«Pese a lo que se indica en los antecedentes de hecho de la demanda, la fundamentación de la pretensión actora se limita a transcribir el citado motivo de nulidad y señalar que la Sra. Esmeralda no ha podido hacer valer sus derechos en el procedimiento arbitral, quedando en indefensión, vedada por el art. 24.1º CE».

La Sala destaca que las razones que alega la demandante «no haber obtenido el derecho a la Asistencia Jurídica Gratuita o haber comparecido fuera de plazo al trámite de práctica de prueba, no sólo deben acreditarse, sino además ser relevantes en la producción de las consecuencias perjudiciales que alega, así como no ser imputable a la parte que lo alega».

Admitida la demanda, se dio traslado a la parte demandada emplazándola para contestar, en cuyo escrito de contestación se opuso y solicitó la desestimación del «recurso de nulidad interpuesto» [denominación utilizada en la LA de 1953, para la impugnación de los laudos de equidad, y no en la actual LA], con expresa imposición a la parte demandante de las costas causadas.

Se recoge en la Sentencia que se «acordó recibir el pleito a prueba, admitiendo la documental aportada por la parte demandante y demandada», y también se acordó la designación de un profesional médico-oftalmólogo, para la práctica de la prueba pericial interesada por la parte demandante, señalándose día para la vista, en la que con asistencia de las partes, compareció el perito designado contestando a las preguntas que le formularon ambas partes.

II. NATURALEZA DE LA ACCIÓN DE ANULACIÓN

La Sentencia objeto de nuestro comentario, antes de entrar en las dos cuestiones centrales sobre posible indefensión de la demandada por «la no aplicación del Derecho de Asistencia Jurídica Gratuita al arbitraje» y «por la deficiencia visual que le impidió asistir a la vista», se centra en la naturaleza de la acción de anulación.

Como mantenemos (4), el proceso de anulación puede conceptuarse como un proceso civil declarativo especial, de carácter plenario, que ha de fundarse en algún motivo legal, y por el que se pretende dejar sin efecto un laudo arbitral. Mediante el ejercicio de la acción de anulación (arts. 40 ss LA), se pretende tan solo que el Tribunal se pronuncie acerca de la validez o no del laudo. Conviene precisar que el proceso de anulación tiene carácter rescindente, y no rescisorio, lo cual significa que el Tribunal ni puede sustituir la función arbitral ni, en consecuencia, decidir sobre el fondo de la cuestión. Esto es así porque si se diera este segundo caso se suplantaría la voluntad de las partes de que sean los árbitros quienes decidan la controversia, y no un órgano jurisdiccional (*vid.*, por todas, la

STC 43/1988, de 16 de marzo).

Así, en la Sentencia se declara que

«Con carácter general cabe señalar, como tiene declarado esta Sala, en sentencias de fechas 2, 16, 21 de enero y 22 de marzo de 2019, con cita de nuestras sentencias de fecha 13 de diciembre de 2018 y 4 de julio de 2017: "la acción de anulación no configura una nueva instancia, como si este Tribunal estuviese habilitado por la ley para revisar, con plenitud de jurisdicción, el juicio de hecho y la aplicación del Derecho efectuados por los árbitros al laudar"».

Y continúa la Sentencia,

«En tal sentido, v.gr., las Sentencias de esta Sala de 24 de junio de 2014 (Rec. N.º 70/2013) y de 5 de noviembre de 2013 (Rec. n.º 14/2013), cuando dicen (FFJJ 8 y 4 respectivamente): 'Como ha puesto de manifiesto esta Sala desde la sentencia de 3 de febrero de 2012, la acción de anulación de laudo arbitral diseñada en la Ley de Arbitraje no permite a la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia, a la que ahora se atribuye la competencia para el conocimiento de este proceso, reexaminar las cuestiones debatidas en el procedimiento arbitral. La limitación de las causas de anulación del laudo arbitral a las estrictamente previstas en el art. 41 de esa Ley de Arbitraje, restringe la intervención judicial en este ámbito a determinar si en el procedimiento y la resolución arbitrales se cumplieron las debidas garantías procesales, si el laudo se ajustó a los límites marcados en el convenio arbitral, si éste carece de validez o si la decisión arbitral invade cuestiones no susceptibles de arbitraje. Así lo indica con claridad la Exposición de Motivos de la Ley 60/2003 cuando precisa que 'los motivos de anulación del laudo han de ser tasados y no han de permitir, como regla general, una revisión del fondo de la decisión de los árbitros...'. 'La esencia del arbitraje y el convenio arbitral, en cuanto expresa la voluntad de las partes de sustraerse a la actuación del poder judicial, determinan —como destaca la sentencia del Tribunal Supremo de del [sic] 22 de junio del 2009 (ROJ: STS 5722/2009)— que la intervención judicial en el arbitraje tenga carácter de control extraordinario cuando no se trata de funciones de asistencia, pues la acción de anulación, de carácter limitado a determinados supuestos, es suficiente para la satisfacción del derecho a la tutela judicial efectiva, en su modalidad de acceso a los tribunales (SSTC 9/2005, y 761/1996 y 13/1927 —sic—) y, según la jurisprudencia de esta Sala, tiene como objeto dejar sin efecto lo que pueda constituir un exceso del laudo arbitral, pero no corregir sus deficiencias u omisiones (SSTS 17 de marzo de 1988, 28 de noviembre de 1988, 7 de junio de 1990)».

Y añade, «En igual sentido nuestra sentencia de 12 de junio de 2018».

Prosigue la Sentencia que comentamos,

«Al respecto la STS 15 de diciembre de 2008 establece que 'Como dice el auto de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 21 de febrero de 2006; como punto de partida debe tomarse la especial función de la institución arbitral y el efecto negativo del convenio arbitral, que veta por principio la intervención de los órganos jurisdiccionales para articular un sistema de solución de conflictos extrajudicial, dentro del cual la actuación de los Tribunales se circunscribe a actuaciones de apoyo

o de control expresamente previstas por la Ley reguladora de la institución; es consustancial al arbitraje, por lo tanto, la mínima intervención de los órganos jurisdiccionales por virtud y a favor de la autonomía de la voluntad de las partes, intervención mínima que tratándose de actuaciones de control, se resume en el de la legalidad del acuerdo de arbitraje, de la arbitrabilidad — entendida en términos de disponibilidad, como precisa la exposición [sic] de Motivos de la Ley 60/2003— de la materia sobre la que ha versado, y de la regularidad del procedimiento de arbitraje; para ello, tal y como asimismo se señala en el Preámbulo [sic (5)] de la vigente Ley de Arbitraje, se contempla un cauce procedimental que satisface las exigencias de rapidez y de mejor defensa, articulando el mecanismo de control a través de una única instancia procesal; esta mínima intervención jurisdiccional explica el hecho de que en el art. 42.2º de la vigente Ley de Arbitraje, como también se hacía en el art. 49.2º de su predecesora, se disponga que frente a la sentencia que se dice [sic] en el proceso sobre anulación de un laudo arbitral no quepa recurso alguno, habiendo entendido el legislador que a través de una única instancia y con una sola fase procesal se satisface suficientemente la necesidad de control jurisdiccional de la resolución arbitral, que, evidentemente, no alcanza al fondo de la controversia, sino únicamente a los presupuestos del arbitraje y su desarrollo».

La Sentencia manifiesta que

«En este mismo sentido se ha pronunciado el Tribunal Constitucional en las SSTC 62/1991, de 22 de marzo y 228/93 de 4 de octubre, 259/93 de 23 de julio, 178/96 de 11 de noviembre. En el mismo sentido el Tribunal Constitucional, Sentencia 174/1995, de 23 de noviembre, señala que 'el posible control judicial derivado del artículo 45 de la Ley de Arbitraje —hoy art. 41—, está limitado al aspecto externo del laudo y no al fondo de la cuestión sometida al arbitraje, al estar tasadas las causas de revisión previstas y limitarse éstas a las garantías formales', razón por la cual únicamente procede conocer de las causas de nulidad tasadas que, además dice la STS de 23 de abril de 2001 en su Fundamento Séptimo, con remisión a la de 16-2-68, 'han de ser interpretadas y aplicadas estrictamente a fin de evitar la acusada tendencia de quienes renunciaron a las garantías que les brindaba la severa aplicación del Derecho, de lograr su anulación por los órganos jurisdiccionales de carácter oficial cuando no logran el éxito de sus aspiraciones».

Lo que llama la atención es que siendo la Sentencia de 22 de diciembre de 2020 no aluda a la importante STC 46/2020, de 15 de junio (6). La relevancia de esta Sentencia radica, en primer lugar, en que se pronuncia claramente respecto a que la acción de anulación contra el laudo arbitral «debe ser entendida como un proceso de control externo sobre la validez del laudo que no permite una revisión del fondo de la decisión de los árbitros»; y, en segundo lugar, que interpreta el concepto de «orden público», como motivo de la acción de anulación contra el laudo, acotándolo en sus justos términos.

Así esta STC, en cuanto al contenido de la acción de anulación, declara, teniendo en cuenta lo que se acaba de señalar, que «es claro que la acción de anulación (...) "al estar tasadas las causas de revisión previstas en el citado art. 45 [según la LA de 1988], y limitarse éstas a las garantías formales sin poderse pronunciar el órgano judicial sobre el fondo del asunto, nos hallamos frente a un juicio

externo" (SSTC 174/1995, de 23 de noviembre, FJ 3, y 75/1996, de 30 de abril, FJ 2). Por todo ello, ninguna de las causas de anulación previstas en el art. 41.1 LA puede ser interpretada en un sentido que subvierta esta limitación, pues la "finalidad última del arbitraje, que no es otra que la de alcanzar la pronta solución extrajudicial de un conflicto se vería inevitablemente desnaturalizada ante la eventualidad de que la decisión arbitral pudiera ser objeto de revisión en cuanto al fondo" (ATC 231/1994, de 18 de julio, FJ 3). A ello hay que añadir —a diferencia de lo afirmado por el órgano judicial— que es doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea 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 en casos excepcionales" (STJCE de 16 de octubre de 2008, asunto *Mostaza Claro*, C-168/05)» (7).

III. EL DERECHO DE ASISTENCIA JURÍDICA GRATUITA NO ALCANZA AL ARBITRAJE

La demandante en el proceso de anulación alega que «no ha intervenido de forma efectiva y material en dicho procedimiento arbitral, por causas ajenas a su voluntad, quedando en una abierta indefensión». Y que «Fue efectivamente emplazada para contestar a la demanda arbitral, pero no pudo hacerlo por no contar con conocimientos jurídicos y serle denegada la asistencia letrada por parte de los servicios de la Comisión de Justicia Gratuita, puesto que los procesos arbitrales no están amparados por la Ley de Justicia [sic] Gratuita. Con ello se ha conculcado el art. 24 CE. Dejó, así, transcurrir inadvertidamente el plazo para contestación».

Como se declara en la Sentencia sobre esta alegación, «ciertamente la vocación de asistencia encaminada a la provisión de los medios necesarios, para hacer que el derecho a la tutela judicial sea un derecho real y efectivo, cuando quien desea ejercerlo carezca de recursos económicos, queda circunscrito a los litigios en el ámbito jurisdiccional no alcanzado al arbitraje».

El derecho de asistencia jurídica gratuita se regula en la Ley 1/1996, de 10 de enero, y en el RD 141/2021, de 9 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley.

La LAJG tiene por objeto determinar el contenido y alcance del derecho a la asistencia jurídica gratuita a que se refiere el art. 119 CE y regular el procedimiento para su reconocimiento y efectividad (art. 1.1º LAJG). La LAJG es de aplicación general a todo tipo de procesos judiciales, incluidos los recursos de amparo constitucional, la vía administrativa previa cuando así se establezca en la legislación específica, así como el asesoramiento y orientación previos al proceso (art. 1 III, en relación con el art. 6, ambos LAJG). Por lo tanto, como bien se dice en la Sentencia comentada, no es de aplicación al procedimiento arbitral. Cuestión distinta es en el seno de la acción de anulación, ya que al ser un proceso judicial le serán de aplicación las reglas generales en cuanto al reconocimiento de este derecho, si bien en la práctica la utilización de este instituto será muy poco frecuente, salvo casos como en el presente en que se supone que se habrá pretendido utilizar por lo alegado respecto al procedimiento arbitral, aunque no se dice nada en la Sentencia (8).

La Sala declara sobre este tema que «Con independencia de que *de lege ferenda* puedan considerar dicha posibilidad los órganos del Estado competentes, por sí misma, dicha exclusión, en cuanto no prevista legalmente, la concesión del beneficio, no configura la indefensión que apunta la demanda,

dado que no se le ha impedido comparecer en el procedimiento arbitral y contestar a la demanda, máxime cuando no es preceptiva la asistencia de letrado para ello. En este sentido el art. 30.2º LA establece que: "Las partes serán citadas a todas las audiencias con suficiente antelación y podrán intervenir en ellas directamente o por medio de sus representantes"».

IV. LA ALEGACIÓN DE DEFICIENCIA VISUAL NO JUSTIFICA LA INDEFENSIÓN INVOCADA

Se alega por la demandante que «en cuanto a la audiencia de prueba, celebrada el 29 de octubre de 2018, a la que compareció únicamente el demandante es preciso señalar que la demandada recibió la citación correspondiente, pero debido a su discapacidad visual leyó incorrectamente dicha fecha entendiéndolo que se trataba del día siguiente, 30 de octubre de 2018».

En relación con lo anterior, la Sala se manifiesta en el sentido siguiente: «Por una parte, no se acredita que la confusión de fecha sea fruto de la deficiencia visual que se apunta, sin negar que efectivamente la padezca, a la vista de la prueba aportada», «copia del certificado de reconocimiento del grado de discapacidad» y «extracto de un informe médico, que acredita dicha deficiencia visual».

Hay que señalar que en la Sentencia se desgana con detalle la prueba practicada. Así, «La documentación aportada y el informe pericial practicado, no revelan que la demandante padezca una limitación visual tal, que le impida ver lo suficiente, máxime cuando el [sic] previsible que tendrá la ayuda de gafas de visión acomodadas a dicha limitación».

«Lo anterior queda plenamente avalado por las respuestas dadas por el perito en la vista. A este respecto, tras esclarecer que sus conclusiones se basan en la propia documentación aportada por la parte demandante, añadiendo que por ésta no se interesó que fuera examinada D.ª Esmeralda, no dejó de señalar que ningún dato hay que permita considerar que la citación no era suficientemente legible, a pesar del déficit visual que padece, que pudo informar a la Corte arbitral que padecía tal deficiencia, a fin de que las notificaciones se acomodaran a tales circunstancias. Asimismo a pregunta de la parte demandada, indicó que resulta difícil confundir las cifras "29" y "30". En este sentido no podemos obviar lo que señala la prueba pericial médico-oftalmológica, practicada a instancia de la parte actora, cuando establece como una de las conclusiones la falta de constancia de que el texto que fue enviado fuera de difícil lectura, señalando el perito que: "El documento de acuse de recibo 03/09/2018 debió ser leído correctamente porque lo firmó en el lugar correcto y con una firma legible". Por otra parte, no siendo desconocedora, como no puede ser de otro modo, de la limitación visual que padece, si no pudo ver correctamente la fecha para que se le citaba, debió asegurarse, solicitando, por ejemplo, la ayuda de otra persona o llamando a la sede del arbitraje, para confirmar la fecha. En definitiva, la confusión es el resultado, sustancial, de su falta de diligencia, por lo que no puede invocar indefensión, pues no ha sido provocada por el órgano arbitral».

Y concluye, «En consecuencia, no concurre el motivo de nulidad esgrimido, por lo que debe desestimarse la pretensión de anulación del laudo arbitral y confirmar el mismo».

V. COSTAS

Según la Sentencia, «la desestimación de la demanda determina, conforme al art. 394.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que proceda hacer expresa imposición de costas en este procedimiento a la parte demandante».

VI. INFORMACIÓN SOBRE RECURSOS

La Sala declara que «Frente a esta resolución no cabe recurso alguno (art. 42.2 Ley de Arbitraje).

.....

(1)

Roj: STSJ M 15107/2020.

[Ver Texto](#)

(2)

Vid. R. Hinojosa Segovia, «De la anulación y de la revisión del laudo. (arts. 40-43)», *Comentario a la Ley de Arbitraje* (De Martín Muñoz, A., y Hierro Anibarro, S., coords.), Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2006, pp. 526.

[Ver Texto](#)

(3) *Ibíd.*

[Ver Texto](#)

(4) R. Hinojosa Segovia, «De la anulación y de la revisión...», *loc. cit.*, pp.. 507 ss.

[Ver Texto](#)

(5) Es la Exposición de Motivos de la LA.

[Ver Texto](#)

(6)

Puede verse R. Hinojosa Segovia, «Comentario a la STC 46/2020, de 15 de junio. El Tribunal Constitucional delimita el concepto de "orden público" en la anulación de los laudos arbitrales», en *El Notario del Siglo XXI. Revista del Ilustre Colegio Notarial de Madrid*, septiembre-octubre 2020, n.º 93, pp. 56-63.

[Ver Texto](#)

(7) Puede verse también la STJCE 1 de junio de 1999, asunto *Eco Swiss* según la cual «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».

[Ver Texto](#)

(8) R. Hinojosa Segovia, «De la anulación y de la revisión...», *loc. cit.*, p. 567.

[Ver Texto](#)

El Tribunal Supremo cierra a las comunidades de propietarios la vía de la mediación al adjudicarles la condición de consumidores

Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de abril de 2021

El Tribunal Supremo en su sentencia de 13 de abril de 2021 (n.º 201/2021), Sala de lo Civil (JUR 2021/129929) declara que las comunidades de propietarios dentro del régimen de propiedad horizontal tienen la consideración de consumidores, por lo que no les sería de aplicación la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles en cuyo art. 2.2º, se establece que: «Quedan excluidos, en todo caso, del ámbito de aplicación de esta Ley: ...d) La mediación en materia de consumo».



María Pilar Morgado Freige

Vicedecana de la Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá

I. ANTECEDENTES

El 30 de septiembre de 2007 la actora, ASG10, S.L. (antes Aslezo), suscribió con la comunidad de propietarios del inmueble sito en la calle... de Madrid un contrato de arrendamiento de servicios, cuyo objeto era la prestación de servicios auxiliares de conserjería; la duración inicial del contrato era de un año, prorrogable por periodos iguales; el contrato se prorrogó en anualidades sucesivas hasta que en septiembre de 2014 la comunidad de propietarios demandada comunicó a la actora su voluntad de no prorrogarlo más, por lo que el contrato se extinguió el 31 de diciembre de 2014.

Las partes contratantes suscribieron hasta tres anexos al contrato, de fechas 30 de septiembre de 2007, 10 de mayo de 2010, y 15 de marzo de 2012: en el primero Aslezo se compromete a realizar la instalación de un circuito cerrado de TV, sin coste alguno para la comunidad siempre que el servicio contratado se mantenga durante 24 meses; en el segundo se describen diversos trabajos y suministros de materiales realizados por AGS10, S.L., y como pago del importe correspondiente a los mismos se pacta una prórroga del contrato hasta el 30 de diciembre de 2012; y en el tercero se acuerda que durante 2012 y 2013 no se aplicará la subida del IPC, que a partir del 1 de enero de 2013

se rebajará la factura anual en 3.000 euros, y que ASG10, S.L. sustituirá las cámaras en blanco y negro por otras en color con iluminación de infrarrojos para visionado nocturno, y como contraprestación se pacta que el contrato se prorrogaría hasta el 31 de diciembre de 2014.

En el contrato se pactó, en lo ahora relevante, lo siguiente:

a) Sobre el plazo de duración y prórrogas:

«El plazo de duración del contrato será de un año a contar desde el inicio del servicio. El presente contrato se entenderá tácitamente prorrogado por periodos sucesivos de un año, si ninguna de las partes lo hubiera denunciado con al menos un mes de antelación al vencimiento, del período inicial o cualquiera de sus prórrogas».

c) Sobre la facultad de resolución por parte de la comunidad de propietarios: «No obstante en el caso de que los representantes del *cliente* manifiesten tres quejas sobre la calidad o grado del cumplimiento del servicio de forma fehaciente a Aslezo en un período inferior a tres meses y Aslezo no responda o solucione adecuadamente el servicio, el *cliente* se reserva el derecho de resolver unilateralmente el contrato a partir de un mes desde la última notificación, renunciando Aslezo a cualquier derecho por el tiempo que le quedara de contrato».

d) Sobre el personal (la pretensión de nulidad por abusividad se refiere a su apartado 8):

«3.8.- El cliente se obliga y compromete a no contratar como trabajador por cuenta propia o de terceros, ni laboral ni mercantilmente, directa o indirectamente, al personal que, en virtud de este contrato, preste o haya prestado los servicios objeto del mismo, hasta que transcurra un año desde su extinción, cualquiera que sea la causa de la misma. En caso de incumplimiento, total o parcial, de lo señalado el cliente indemnizará a Aslezo con una cantidad equivalente a lo que hubiere o le habría facturado durante la vigencia del Contrato o del período contratado, por todos los conceptos y servicios».

Como consecuencia de la extinción del contrato de arrendamiento de servicios, se extinguieron los contratos laborales que vinculaban a la actora con los trabajadores contratados por ella para la prestación de los servicios de conserjería.

El 2 de diciembre de 2014, antes de la expiración del plazo de vigencia del arrendamiento de servicios contratado con la actora, la comunidad de propietarios demandada suscribió un nuevo contrato de arrendamiento de servicios con el mismo objeto que el anterior con una empresa distinta (Asitec).

En febrero de 2015 uno de esos trabajadores cuyo contrato había sido extinguido, D. Romualdo, fue contratado por la nueva empresa de servicios para cumplir la misma función de conserje que había venido desempeñando con anterioridad en la comunidad demandada.

ASG10, S.L. presentó una demanda contra la comunidad de propietarios en la que, con fundamento en los arts. 1.258 y 1.152 CC, solicitaba que se condenase a la demandada al pago de la cantidad de

663.508.82 euros por incumplimiento de contrato, al haber infringido la prohibición establecida en la estipulación 3.8 del contrato.

El juzgado de primera instancia desestimó la demanda. En síntesis, sus argumentos fueron los siguientes: la comunidad de propietarios tiene la condición legal de consumidora, pues actuaba como usuario final del servicio, sin finalidad empresarial ni ánimo de lucro. A la luz del examen de la prueba practicada, concluye que la cláusula litigiosa no fue negociada individualmente y que es abusiva por generar un desequilibrio entre las prestaciones de las partes al imponer una indemnización derivada del incumplimiento de una obligación que resulta de imposible cumplimiento, pues el tercero con quien contrata la prestación de los servicios de conserjería (Asitec) tiene plena libertad para contratar al trabajador que estime pertinente, sin que las vinculaciones entre la comunidad y la empresa de servicios anterior sean óbice para ello; por ello considera que la cláusula es nula no sólo por ser abusiva, sino también por ser de cumplimiento imposible, conforme al art. 1.116 Cc, en concordancia con el art. 1.255 Cc, al impedir la libertad de contratación.

Recurrida la sentencia de primera instancia, la Audiencia estimó la apelación y entre otros argumentos: parte de la consideración de la comunidad de propietarios como consumidora.

La comunidad de propietarios demandada interpuso un recurso extraordinario por infracción procesal y otro de casación, que fueron admitidos.

II. CRITERIO DE LA SALA

La Sala en su FJ 5º estableció que «El contrato del que trae causa este procedimiento es un contrato de arrendamiento de servicios entre la empresa ASG10,S.L. y la comunidad de propietarios de la calle.. de Madrid, suscrito el 30 de septiembre de 2007. En el procedimiento ha sido objeto de controversia la calificación de la comunidad de propietarios demandada como consumidora a los efectos de la aplicabilidad al caso de la legislación de protección de los consumidores».

La Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (en adelante, LGDCU), vigente a la fecha de celebración del contrato litigioso, contenía en su art. 1.2 la siguiente definición del concepto de consumidores y usuarios: «A los efectos de esta Ley, son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan como destinatarios finales, bienes muebles o inmuebles, productos, servicios, actividades o funciones, cualquiera que sea la naturaleza pública o privada, individual o colectiva de quienes los producen, facilitan, suministran o expiden».

Posteriormente, el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por la que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (en adelante, TRLGDCU), simplificó la definición del concepto general de consumidor y usuario al establecer como criterio básico el elemento objetivo de la ajenidad al ámbito de una actividad empresarial o profesional. A tal efecto, estableció en su art. 3: «A efectos de esta norma y sin perjuicio de lo dispuesto expresamente en sus libros tercero y cuarto, son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional».

Estas definiciones no hacían referencia alguna a las entidades sin personalidad jurídica. En esta categoría se encuentran las comunidades de propietarios a que se refiere el art. 396 CC, que son objeto de consideración unitaria a determinados efectos legales, como consecuencia de la existencia de un patrimonio separado colectivo (arts. 10.1º, 9.1.f y 22 LPH), aunque carecen de personalidad jurídica independiente. El reconocimiento de un cierto grado de personalidad, a determinados efectos, a dichas comunidades, que incluye también la capacidad procesal para demandar y ser demandada (arts. 13.3º LPH, 7 LOPJ, y 6.1.5º y 544 LEC), ha sido reforzado normativamente durante los últimos años.

Atendiendo a esta realidad legal y social (art. 3.1º Cc), este tribunal había venido reconociendo, bajo la vigencia de la LGDCU, la extensión del ámbito subjetivo de esta norma a las comunidades de propietarios, en relación con los contratos propios de su tráfico jurídico, respecto de diversas cláusulas contractuales, como las relativas a la sumisión a tribunales, duración de contratos de mantenimiento de ascensores, penalizaciones derivadas de su incumplimiento, etc.

Esta doctrina jurisprudencial se vio confirmada al cobrar carta de naturaleza normativa a través de la modificación del TRLGDCU por el apartado uno del artículo único de la Ley 3/2014, de 27 de marzo, que incluyó expresamente a las entidades sin personalidad jurídica en el ámbito subjetivo de los consumidores y usuarios cuando actúan sin ánimo de lucro y al margen de una actividad comercial o empresarial. Para ello introdujo un segundo párrafo en el art. 3 TRLGDCU del siguiente tenor:

«Son también consumidores a efectos de esta norma las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial».

De esta forma, quedaron incluidas en el ámbito de aplicación del TRLGDCU, ahora ya de forma expresa, todas aquellas entidades que carezcan de personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro y en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial, incluidas las comunidades de propietarios, en la medida en que actúen en el tráfico dentro del ámbito de las funciones que legalmente le corresponden, como destinatario final de los bienes o servicios contratados, funciones que, en sí mismas, son ajenas a cualquier actividad empresarial o comercial.

Esta jurisprudencia nacional es plenamente compatible con la normativa comunitaria, según se desprende de la STJUE de 2 de abril de 2020, asunto C-329/19, asunto *Condominio di Milano*. Esta sentencia parte del tenor del art. 2, letra b), de la Directiva 93/13, conforme al cual el concepto de «consumidor» se entenderá referido a «toda persona física que, en los contratos regulados por la presente Directiva, actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional», de donde se desprende que «para que una persona esté comprendida en ese concepto deben cumplirse dos requisitos de modo cumulativo, a saber, que se trate de una persona física y que ejerza su actividad con fines no profesionales».

El recurso no fue estimado, ya que los preceptos que se citan en los motivos no pueden haber sido infringidos por una cláusula (el apartado 8 de la estipulación tercera) que no afecta a la regulación

contractual del plazo de vigencia del contrato y a su finalización, a que se refieren esos preceptos, sino que opera una vez producida ya su extinción; y en las cláusulas que se refieren a esos extremos (duración y finalización del contrato) no se aprecia el desequilibrio prestacional que tipifica la abusividad (arts. 80.1º, 82.1ºRLGDCU y 3.1º Directiva 93/13).

III. COMENTARIO A LA SENTENCIA

La sentencia del Tribunal Supremo, objeto del presente comentario, supone un punto de inflexión tanto en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, como la doctrina de los Tribunales Superiores de Justicia.

La posibilidad de introducir cláusulas de arbitraje o mediación en el régimen jurídico de la propiedad horizontal a través de los Estatutos de comunidad se había visto reforzada y justificada por la posición del Tribunal Supremo a este respecto, tal y como se apreciaba en su resolución de 27 de septiembre de 2006 (1) ya que

«... la normativa especial que rige el régimen de la propiedad horizontal no se limita a establecer reglas orientadas a regular la utilización de los elementos comunes y el conjunto de derechos y deberes de los propietarios con relación a los mismos, sino que trasciende ese limitado ámbito para alcanzar al complejo conjunto de relaciones que surgen de la coexistencia de elementos privativos y elementos comunes, estableciendo un régimen de derechos y obligaciones, y también por tanto, de responsabilidad que recae no solo sobre los elementos comunes, sino también por los privativos, en lo que constituyen verdaderas limitaciones del derecho de propiedad, justificadas por la necesidad de ordenar ya no la mera coexistencia de intereses económicos, sino un auténtica comunidad de vida. Lo que explica por qué los estatutos pueden válidamente contener una cláusula de sumisión a arbitraje...».

Incluso cabía la posibilidad de una sumisión tácita al arbitraje y la mediación, como es el caso de la SAP Madrid de 5 de octubre de 2009 (2) .

En el ámbito de la propiedad horizontal, habrá supuestos que no son susceptibles de conciliación ni de mediación o arbitraje por tratarse de supuestos de Derecho necesario, como por ejemplo la impugnación de acuerdos (3) o todo lo relacionado con la convocatoria y funcionamiento de las juntas de comunidad de propietarios (4) .

Las materias que por no tener la naturaleza de Derecho necesario podían ser objeto de mediación a modo de ejemplo, eran (5) :

- Los conflictos entre los propietarios o entre alguno de ellos y la comunidad por incumplimiento de las obligaciones de adecuado uso y mantenimiento en buen estado de los elementos privativos y comunes impuestas por los artículos 7 y 9 LPH.
- Los conflictos derivados de la reclamación de deudas del art. 21 LPH por incumplimiento de los dueños de su obligación de contribuir al sostenimiento del inmueble y al fondo de reserva.

- Las reclamaciones de los propietarios contra las actuaciones de los órganos de gobierno unipersonales.
- La fijación de la cuota de participación de los diferentes pisos o locales.
- La determinación de la naturaleza de las obras y actuaciones contempladas en los artículos 10 y 17 LPH. En este apartado cabe señalar la posibilidad que tienen aquellos propietarios que argumentando incapacidades o ser mayores de setenta años, solicitan a la comunidad la instalación de ascensores u otros mecanismos en aras de hacer efectiva la accesibilidad del inmueble, al amparo de lo dispuesto en el art. 10,1, b) LPH y ésta no accede a sus pretensiones.

Para F.M. Echeverría Summers, «estos propietarios pueden optar por recurrir al sistema arbitral o de mediación para la resolución de quejas y reclamaciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad por razón de discapacidad, regulado en el RD 1417/2006, de 1 de diciembre, si bien la norma deja bien claro que el sometimiento de las partes a este sistema arbitral deberá ser voluntario y constar expresamente por escrito» (6).

- La mediación ante la imposibilidad de lograr un acuerdo por la Junta de propietarios.
- Las reclamaciones de la comunidad frente a terceros.

En cuanto a la competencia para solicitar la mediación, tanto si la comunidad intentaba la conciliación como si se solicitaba respecto a ella, debía resolverse a quien corresponde el poder de disposición de la comunidad que, como sabemos, no tiene personalidad jurídica: el Presidente la representa en juicio y fuera de él, pero la Junta de Propietarios es el órgano de gobierno colegiado que debe conocer y decidir de los «asuntos de interés general para la comunidad acordando las medidas necesarias o convenientes para el mejor servicio común», según el art. 14,e) LPH. Por tanto, salvo que exista un acuerdo previo de la Junta de Propietarios que facultara al Presidente a negociar o, mejor dicho, a disponer de los intereses en juego hasta determinado punto, parece que lo acordado por el órgano de gobierno unipersonal de la comunidad con la otra parte en conflicto (sea propietario o tercero) está sujeto a la aprobación de la Junta de Propietarios. La transacción de la comunidad necesitaría una manifestación de la voluntad de transigir de la misma, no bastando la voluntad de la persona física que actúa por ella en el acto de conciliación judicial, sino la de la Junta de Propietarios a cuya sesión todos habrán sido convocados para que puedan expresar su parecer sobre la transacción (7).

BIBLIOGRAFÍA

ECHEVERRÍA SUMMERS, F.M., «Comentario al Artículo 10», *Comentarios a la Ley de Propiedad Horizontal* (Bercovitz Rodríguez-Cano, R., coord.), Pamplona, Aranzadi, 2014, pp. 385 ss.

MORGADO FREIGE, M.P., «La resolución de conflictos en el negocio inmobiliario: especial referencia a las controversias en la propiedad horizontal», *Arbitraje: Revista de Arbitraje comercial y de inversiones*, vol. XI, nº 2, 2018, pp. 544 ss.

SERRANO HOYO, G., «Resolución no jurisdiccional de controversias en el ámbito de la propiedad horizontal», *Estudios sobre la propiedad horizontal* (San Cristobal Reales, S., coord.), Wolters Kluwer, 2009, 1019-1098, esp., p. 1158.

(1)

Criterio mantenido por las SSAAPP de Almería de 25 de octubre de 2007 que sostiene que «Las actuaciones que surjan entre propietarios, o entre estos y la Comunidad, se resolverán por medio de arbitraje, de acuerdo con la Ley». Nos encontramos, por tanto, con una disposición que vincula a todos los copropietarios de la Comunidad; «norma» que no está prohibida, por la Ley reguladora de la propiedad horizontal (Ley 49/00 y posteriores reformas), que, antes bien, la contempla expresamente como adecuada forma de resolver los conflictos entre comuneros: (art. 10.3º «En caso de discrepancia sobre la naturaleza de las obras a realizar, resolverá lo procedente la Junta de Propietarios. También podrán los interesados solicitar "arbitraje"; o dictamen técnico en los términos establecidos en la Ley»), Madrid de 28 de enero de 2008 (LA LEY 5839/2008) y de 26 de julio de 2011 que ratifica este criterio al señalar que «Pero de la misma forma que es posible que el título constitutivo de la propiedad establezca el arbitraje también lo es que el mismo pueda ser acordado por los comuneros en cualquier Junta, posibilidad igualmente prevista en la Exposición de Motivos de la misma ley cuando permite que "por obra de la voluntad se especifiquen, completen y hasta se modifiquen ciertos derechos y deberes, siempre que no contravengan las normas de Derecho Necesario, claramente deducibles de los mismos términos de la Ley", y autorizada por lo dispuesto en el art. 396 Cc. que señala que " esta forma de propiedad se rige por las disposiciones legales especiales y, en lo que las mismas permitan, por la voluntad de los interesados " y por el art. 14, c) de la LPH que señala con relación a la competencia de las Juntas de Propietarios, que tienen las de " conocer y decidir en los demás asuntos de interés general para la Comunidad, acordando las medidas necesarias o convenientes para el mejor servicio común". Queda por tanto al arbitrio de los comuneros establecer el arbitraje en los estatutos, o aprobarlo en la junta de propietarios, bastando en este último caso para su establecimiento la mayoría simple del art. 17,3ª de la LPH (mayoría del total de propietarios que, a su vez, representen la mayoría de las cuotas de participación) pues dicho acuerdo no se puede encuadrar en ninguno de los supuestos configurados como acuerdos especiales».

[Ver Texto](#)

(2) JUR 2010/21284.

[Ver Texto](#)

(3) SAP Alicante de 11 de junio de 2002.

[Ver Texto](#)

(4) STS de 29 de octubre de 1993.

[Ver Texto](#)

(5) M.P. Morgado Freige, «La resolución de conflictos en el negocio inmobiliario: especial referencia a las

controversias en la propiedad horizontal», *Arbitraje: Revista de Arbitraje comercial y de inversiones*, vol. XI, nº 2, 2018, pp. 544 y 545.

[Ver Texto](#)

- (6) F.M. Echeverría Summers, «Comentario al Artículo 10», *Comentarios a la Ley de Propiedad Horizontal* (Bercovitz Rodríguez-Cano, R., coord.), Pamplona, Aranzadi, 2014, p. 385.

[Ver Texto](#)

- (7) G. Serrano Hoyo, «Resolución no jurisdiccional de controversias en el ámbito de la propiedad horizontal», *Estudios sobre la propiedad horizontal* (San Cristobal Reales, S., coord.), Wolters Kluwer, 2009, 1019-1098, esp., p. 1158.

[Ver Texto](#)

CRONOLOGÍA DE DECISIONES

Selección de las resoluciones destacadas dictadas recientemente por los Tribunales españoles

EXECUÁTUR DE UN LAUDO ARBITRAL DICTADO EN LONDRES POR LA CORTE INTERNACIONAL DE ARBITRAJE DE LA CCI (AAP VALENCIA 1ª 11 SEPTIEMBRE 2020)

Arbitraje — Reconocimiento y ejecución laudos extranjeros — Convención de Nueva York de 1958 — Convenio europeo sobre arbitraje comercial internacional, hecho en Ginebra el 21 de abril de 1961 — Execuátur: sí.

El Auto del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, Sala Civil y Penal, Sección Primera, de 11 de septiembre de 2020 (ponente: María Pía Cristina Calderón Cuadrado) otorga el execuátur del laudo arbitral dictado en Londres por la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional de París. Dicho Auto razona de la siguiente forma:

«(...) Ya se ha adelantado que la Ley de Arbitraje en su art. 46 establece que el execuátur de los laudos extranjeros, y tienen esta condición los pronunciados fuera del territorio español como es el caso sometido a examen, se regirá por lo dispuesto en el Convenio sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras de Nueva York CNY). 1.1 Dicho Convenio, a cuyo régimen se encuentra sujeta la presente solicitud de homologación atendido que el laudo se dictó en Londres y habida cuenta además de lo ordenado en su art. I.1º y 2º —y toda vez que España no hizo uso de la facultad conferida en el apartado tercero del mismo artículo, por lo que para ella el Convenio presenta carácter universal—, previene: En su art. IV.1º.a) y b), que para obtener el reconocimiento y la ejecución previstos en el art. III la parte que pida el reconocimiento y la ejecución deberá presentar, junto con la demanda, de un lado, el original debidamente autenticado del laudo o una copia de ese original que reúna las condiciones requeridas para su autenticidad, y, de otro, el original del acuerdo a que se refiere el art. II o una copia que reúna las condiciones requeridas para su autenticidad. En su art. II, que cada uno de los Estados contratantes reconocerá el acuerdo por escrito conforme al cual las partes se obliguen a someter a arbitraje todas las diferencias o ciertas diferencias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto a una determinada relación jurídica, contractual o no contractual, concerniente a un asunto que pueda ser resuelto por arbitraje. La expresión "acuerdo por escrito" —continúa diciendo el precepto— denotará una cláusula compromisoria incluida en un contrato o un compromiso, firmados por las partes o contenidos en un canje de cartas o telegramas. Previsión esta última que ha de completarse con las contenidas en el art. I.2º.a) del Convenio Europeo sobre arbitraje comercial

internacional, hecho en Ginebra el 21 de abril de 1961, cuando resulte aplicable material, espacial y temporalmente. 1.2. Es por ello por lo que la presentación por el solicitante de ejecútur del laudo extranjero y del acuerdo a que se refiere el art. II CNY se erige en condición necesaria para poder dictar una resolución de fondo sobre el objeto de este especial procedimiento homologador. 2. La parte actora del ejecútur viene sosteniendo que ha cumplido con el imperativo en interés propio que consiste en aportar con su demanda los documentos exigidos por el art. IV.1º CNY. Y tiene razón. Un examen de la documentación proporcionada permite concluir que dicha carga procesal ha sido observada desde el primer momento del procedimiento. Adjuntándose además traducción certificada de la documentación requerida (art. IV.2º CNY). En consecuencia, se dan todos los requisitos de forma que se contemplan en el referido art. IV CNY y que posibilitan "la prosperidad de la pretensión de la entidad actora" (ATSJC 55/2017, de 22 de febrero) (...).

«(...) Causas de denegación. Inexistencia. 1. No hace falta señalar que el Convenio de 1958, pese a partir de un principio favorable a la homologación, no articula un sistema de reconocimiento automático. El juego de presunciones —de regularidad, validez y eficacia del convenio de arbitraje, de un lado, y de regularidad y eficacia del laudo arbitral, de otro— opera, como no podía ser de otra forma, con carácter iuris tantum. Este planteamiento se traduce, y también es sabido, en la previsión en aquella normativa internacional de un sistema tasado de causas de denegación del ejecútur. Su concurrencia, por tanto, constituye la única razón por la que el órgano judicial competente puede rechazar la solicitud de homologación interesada. Lógicamente será a la parte demandada a la que corresponda introducir, justificar y acreditar la presencia del motivo o motivos que pudieran impedir la eficacia del laudo cuyo reconocimiento se pretende. En este sentido, el art. IV.1º dispone que "sólo se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de la sentencia, a instancia de la parte contra la cual es invocada, si esta parte prueba ante la autoridad competente del país en que se pide el reconocimiento y la ejecución: a) Que las partes en el acuerdo a que se refiere el art. II estaban sujetas a alguna incapacidad en virtud de la ley que les es aplicable o que dicho acuerdo no es válido en virtud de la ley a que las partes lo han sometido, o si nada se hubiera indicado a este respecto, en virtud de la ley del país en que se haya dictado la sentencia; o b) Que la parte contra la cual se invoca la sentencia arbitral no ha sido debidamente notificada de la designación del árbitro o del procedimiento de arbitraje o no ha podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus medios de defensa; o c) Que la sentencia se refiere a una diferencia no prevista en el compromiso o no comprendida en las disposiciones de la cláusula compromisoria, o contiene decisiones que exceden de los términos del compromiso o de la cláusula compromisoria; no obstante, si las disposiciones de la sentencia que se refieren a las cuestiones sometidas al arbitraje pueden separarse de las que no han sido sometidas al arbitraje, se podrá dar reconocimiento y ejecución a las primeras; o d) Que la constitución del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo celebrado entre las partes o, en defecto de tal acuerdo, que la constitución del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado a la ley del país donde se ha efectuado el arbitraje; o e) Que la sentencia no es aún obligatoria para las partes o ha sido anulada o suspendida por una autoridad competente del país en que, o conforme a cuya ley, ha sido dictada esa sentencia". Debe señalarse entonces que la mercantil V. S.A. sujeto pasivo de este procedimiento ni se ha personado, y fue correctamente emplazada, ni ha presentado escrito de oposición frente a la demanda interpuesta por la entidad

IHG H.L. 2. A la vista de lo anterior, esto es, sin que la parte demandada haya hecho uso de la posibilidad brindada por el art. V.1º de la Convención de 1958, esta Sala solo puede verificar de oficio y, llegado el caso, denegar el executur si concurre alguna de las causas que se establecen a continuación en el ap. 2 de ese mismo precepto y que son: "a) Que, según la ley de ese país, el objeto de la diferencia no es susceptible de solución por vía de arbitraje" o "b) Que el reconocimiento o la ejecución de la sentencia serían contrarios al orden público de ese país". Ahora bien, ninguna de ellas se haya presente en este procedimiento. En primer lugar, se trata de una reclamación de cantidad por incumplimiento de determinadas cláusulas de un contrato de franquicia. El laudo condena a la sociedad demandada al pago de las cantidades fijadas por derechos pendientes, por recisión anticipada pendiente y por intereses, así como de las resultantes por costos del arbitraje y honorarios y gastos administrativos. En estas condiciones, el objeto sometido a esta vía de resolución de conflictos se encuadra perfectamente en las materias disponibles conforme a derecho a que se refiere el art. 2 LA. Por ello ha de excluirse la concurrencia de esta causa de denegación respecto de la presente solicitud de executur del laudo emitido por el árbitro designado por la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional de París. En segundo lugar, el reconocimiento interesado por la parte actora del laudo arbitral dictado en Londres el día 16 de mayo de 2019 no es contrario al orden público. No lo es con carácter general y tampoco en especial por lo que se refiere al cumplimiento del principio de audiencia en el procedimiento arbitral; y ello pese a la incomparecencia en el arbitraje de la parte demandada pues consta en la documentación aportada las comunicaciones puntual y oportunamente remitidas por la Corte Arbitral a los efectos de instruirle sobre los distintos trámites del procedimiento y la decisión final adoptada por el árbitro único, lo que aleja cualquier posible situación de indefensión. Así las cosas y teniendo en cuenta que la Sala no puede entrar a revisar el acierto o el yerro de los pronunciamientos arbitrales, solo si se han vulnerado derechos fundamentales, la conclusión de nuevo es considerar ausente esta causa de denegación relativa al orden público.

3. Ni que decir tiene que en el caso analizado y como asimismo ha expuesto el Ministerio Fiscal al evacuar su informe, también concurren los presupuestos de fondo para proceder al reconocimiento del referido laudo arbitral extranjero. Dicho de otro modo, no existe causa alguna para denegar el executur solicitado atendido que: (i) la parte demandada ha guardado silencio y no ha presentado escrito de oposición; (ii) la materia que fue objeto de la controversia resuelta tiene carácter disponible y, en consecuencia, era susceptible de ser sometida a arbitraje; (iii) y el laudo arbitral y su reconocimiento en modo alguno resulta contrario al orden público español (...).».

«(...) Estimación de la demanda. En atención a lo expuesto, la solicitud de reconocimiento de laudo arbitral extranjero presentada por IHG H.L. ha de ser estimada. Y ha de serlo tanto por la concurrencia de todos y cada uno de los presupuestos a los que se ha hecho mención en el fundamento segundo de esta resolución como por la ausencia de causa alguna para su denegación. Y es que, partiendo de que el laudo es obligatorio para las partes y como se ha venido indicando, se ha podido comprobar que la materia es arbitrable, que el reconocimiento llevado a cabo no infringe el orden público y que la solicitud presentada reúne los únicos requisitos formales

exigibles para el reconocimiento de laudos extranjeros —la propia existencia del laudo y la del convenio arbitral que motivó la citada decisión del árbitro único designado por la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional de París. Procede, pues y sin necesidad de mayores consideraciones, dar lugar a la pretensión actora y reconocer la eficacia en España del laudo dictado en Londres por el árbitro nombrado por la citada Corte Internacional de Arbitraje como consecuencia del incumplimiento del contrato de franquicia suscrito entre las partes y donde se condena a la sociedad demandada a abonar a la mercantil demandante las sumas detalladas en la parte dispositiva de la resolución arbitral de 16 de mayo de 2019. Con total estimación de la demanda formulada».

EL CONVENIO ARBITRAL EXISTE REALMENTE Y DEBE DESPLEGAR SUS EFECTOS PUES POCOS SON LOS REQUISITOS FORMALES EXIGIDOS AL EFECTO POR EL ART. 9 LA (AAP SEVILLA 6ª 24 SEPTIEMBRE 2020)

Arbitraje — Declinatoria arbitral — Convenio arbitral: verificación — Principio de *kompetenz—kompetenz* — Estimación de la declinatoria.

El Auto de la Audiencia Provincial de Sevilla, Sala Sexta, de 24 de septiembre de 2020 (ponente: Rosario Marcos Martín) estima parcialmente el recurso contra la decisión de primera instancia que se declaró competente para conocer de la acción entablada y dispone la competencia del Centro Algodonero Nacional (CAN), "institución con más de 100 años de trayectoria creada precisamente para dirimir cuestiones litigiosas en el comercio del algodón que se exporta desde España y su Reglamento contiene una serie de disposiciones tendentes a salvaguardar la imparcialidad de los árbitros". Según la Audiencia:

«(...) Sostiene la apelante, invocando la sentencia de la Sala 1ª del TS de 27 de junio de 2017, que en nuestro ordenamiento jurídico no existen razones para sostener la "tesis fuerte" del principio kompetenz—kompetenz y que, en consecuencia el órgano jurisdiccional al que se opone la falta de jurisdicción por sumisión a arbitraje a través de la declinatoria está facultado para realizar un enjuiciamiento completo sobre la validez, eficacia y aplicabilidad del convenio arbitral, cosa que en este caso no habría hecho la Juez de Primera Instancia. Partiendo de tal premisa considera que no puede entenderse que la parca expresión "CAN Rules and Arbitration (Centro Algodonero Nacional Barcelona)" pueda considerarse un convenio arbitral, pues no es una cláusula redactada de forma clara e inequívoca incluyendo elementos esenciales como la disputa que se somete a arbitraje, el idioma, la sede, el lugar de desarrollo de las vistas, el Derecho aplicable o si se trata de arbitraje de equidad, etc., con lo cual, de entenderse lo contrario se conculcaría el derecho a la Tutela Judicial Efectiva, añadiendo que, además, Algodonera del Sur no pide en realidad la solución de la controversia mediante arbitraje pues lo que sostiene en realidad es que NHA no tiene acción frente a ella. Pues bien, aunque es cierto que la resolución del Juzgado no hace un estudio pormenorizado sobre la existencia en este caso de un auténtico convenio arbitral válido, también lo es que a juicio de la Sala, tras el examen del contrato suscrito entre OTTO, en cuya posición se subroga la aseguradora actora y Algodonera del Sur, llega a la conclusión de que el

convenio existe realmente y debe desplegar sus efectos. Si se examina el documento contractual suscrito entre las partes (...) se aprecia fácilmente que el mismo está redactado en papel que lleva impreso el logotipo de la entidad de OTTO, instrumentándose como una confirmación de contrato de compraventa por dicha entidad, que dirige el documento de confirmación a la vendedora — Algodonera del Sur— indicándole que devuelva una copia firmada, con apercibimiento de que, si no reciben nada diferente sobre lo escrito se entenderá que el contrato se acepta en los términos que contiene. El documento en cuestión está firmado por ambas partes. De ello se deduce que el mismo está redactado por OTTO que en el anverso establece una cláusula que es ciertamente escueta, pero significativa, que traducida al castellano sería "CAN normas y arbitraje (Centro Algodonero Nacional, Barcelona" que ineludiblemente revela la sumisión de las partes a la normativa que desarrolla el Reglamento de dicho centro y en concreto al sistema arbitral que contiene, en cuyo art. 5 se establece expresamente: "Cláusulas tales como "contrato Barcelona", "condiciones y arbitraje Barcelona", o cualquier otra cláusula similar, significan que las partes contratantes se refieren expresamente al Reglamento general en vigor el día de la conclusión del contrato, cuyo Reglamento será considerado como formando parte integrante del mismo".

Estamos por tanto ante una cláusula escrita en un contrato que expresa la voluntad de las partes de someter a arbitraje del Centro Algodonero Nacional de Barcelona las controversias que surjan respecto del mismo y por tanto ante un convenio arbitral, pues ha de tenerse en cuenta que pocos son los requisitos formales exigidos al efecto por el art. 9 LA que en absoluto obliga a la utilización de fórmulas sacramentales, ni a la expresión "convenio arbitral", ni como pretende la apelante a la inclusión de disposiciones sobre el número de árbitros, lugar o idioma del arbitraje. Ha de tenerse en cuenta que en la jurisprudencia de otros Estados aceptan convenios arbitrales sumamente parcos explicitados en expresiones tales como "Arbitrations" y en resoluciones nacionales como el ATSJ Andalucía 28 de octubre de 2014, se considera válido un convenio arbitral inserto en un correo electrónico del siguiente tenor: "ag/arb Londres. Siendo de aplicación la ley inglesa", deduciendo que tal expresión, puesta en relación con el formulario de fletamento correspondiente (al que se remitía el correo electrónico y que preveía un convenio arbitral), hace prueba del consentimiento de someterse a arbitraje, manteniéndose el mismo criterio En sentido similar se pronuncia el TSJ Cataluña en su auto de 6 de mayo de 2016. Ha de tenerse en cuenta además, que conforme a lo establecido en el art. 4 LA en el convenio arbitral se integra el contenido las disposiciones del reglamento de arbitraje al que las partes se hayan sometido, con lo cual la escueta expresión incluida por OTTO en el contrato queda integrado por la norma a que se remite que es el Reglamento ya referido que contiene un regulación extensa sobre las normas del arbitraje, su modalidad (de equidad) y su extensión, que, frente a lo que sostiene la apelante no se circunscribe a la calidad del algodón, estableciendo en concreto su art. 009: "Cláusula de compromiso: Cuando en la interpretación o ejecución de una relación jurídica a las que se refieren las cláusulas 005 y 006 del presente Reglamento, surjan motivos de discrepancia entre las partes, tal diferencia o discrepancia será sometida a un Tribunal Arbitral, designado de conformidad con lo previsto en los arts. 210 al 243 (Parte 3ª Títulos del I al IV) y las partes hacen renuncia expresa a todo recurso a los Tribunales de Justicia, salvo para obtener la efectividad jurídica del laudo arbitral de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje y normas concordantes. A estos efectos las partes sometidas al presente Contrato de Barcelona se obligan a cumplir lo estipulado en este Reglamento y los laudos arbitrales que pudieran dictarse en su

ejecución". Existe pues un convenio arbitral válido que veda el conocimiento de la acción ejercitada por HDA que ejercita por subrogación la acción que correspondería a su asegurada —OTTO— frente a Algodonera del Sur, que corresponde al tribunal arbitral de CAN que será el que haya de dirimir la controversia y la existencia real de acción».

ANTE EL FRACASO DEL INTENTO DE MEDIACIÓN SE COMUNICÓ A LAS PARTES LA REMISIÓN DE LAS ACTUACIONES A UN ÁRBITRO EXTERNO (STSJ CP CATALUÑA 1ª 13 OCTUBRE 2020)

Arbitraje — Acción de anulación — Mediación previa — Orden público — Procedimiento arbitral — Principios rectores — Existencia de un verdadero procedimiento de contradicción — Anulación improcedente

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, Sección Primera, de 13 de octubre de 2020 (ponente: Jordi Seguí Puntas), desestima una demanda de nulidad del laudo arbitral con los siguientes argumentos:

«(...) Debe hacerse notar, en primer lugar, que una hipotética designación del árbitro no ajustada a lo acordado por las partes ha de ser denunciada por medio de la causa letra d) del art. 41.1º LA. En cualquier caso, es indiscutible que las partes ahora en conflicto no solo convinieron la cláusula arbitral contenida en la estipulación tercera del "contrato de colaboración" empresarial de diciembre de 2016, en virtud de la cual acordaban sujetar cualquier controversia relacionada con ese contrato al arbitraje de equidad por un solo árbitro cuya administración se encomendaba al Tribunal Arbitral de Barcelona, sino que tiempo después se adhirieron al "código ético de MLS Ágora" (en el hecho 2º de la demanda se admite que ambas partes estaban inscritas en la asociación Ágora), agrupación de hecho que actúa en el mercado inmobiliario a través de un sistema de contratación múltiple, cuya estipulación 18.1º faculta al propio comité de ética de Ágora para redirigir los conflictos entre sus agrupados a la mediación o a un arbitraje externo, que debe resolver en equidad en atención a lo alegado por las partes. Del documento n.º 8 de la demanda, complementado por los documentos n.ºs 4 y 5 de la demanda y 3 de la contestación, se desprende que en fecha 5 de octubre de 2018 el comité de ética de Ágora MLS, una vez recibidas las alegaciones de una y otra parte acerca de la controversia existente ente Macrofinzas y L"E.G., comunicó a ambas partes en conflicto que "hoy he remitido a la abogada Mar Martí, árbitro externo de Ágora MLS, toda la información y documentación que me habéis remitido", lo que constituye una evidencia de que la designa de la árbitra fue oportunamente notificada a la demandante, con lo que tampoco se incurrió en vulneración alguna del orden público".

«(...) (S)e alega que en las actuaciones arbitrales "no se ha seguido ningún tipo de procedimiento y se incumplen con meridiana claridad los siguientes artículos de la Ley de arbitraje", citándose a continuación los n.ºs 24, 27, 29 y 37. En concreto, la vulneración del art. 24 LA se vincula con la inexistencia de un verdadero "procedimiento de contradicción", ya que las partes se habrían limitado a desarrollar "una disputa desestructurada sobre un problema"; la infracción de los art. 27 y 29 estaría relacionada con la falta de notificación de la demanda iniciadora del procedimiento

arbitral y con la subsiguiente indefensión al desconocer los fundamentos de la pretensión de la adversa; por último, la conculcación del art. 37 derivaría del hecho de que el laudo notificado en noviembre de 2018 adolecía de graves carencias (falta de fecha y firma) (...). Sin más exigencias que las de tratar a las partes con igualdad y dar a cada una de ellas suficiente oportunidad de hacer valer sus derechos (art. 24.1º LA), la ley de arbitraje faculta a las partes para convenir libremente el procedimiento al que hayan de ajustar los árbitros sus actuaciones; a falta de acuerdo, los árbitros pueden, con sujeción a lo dispuesto en la ley, dirigir las actuaciones "del modo que consideren apropiado" (art. 25 LA). Sobre la expresada base de libre configuración del procedimiento arbitral, el ap. 18 del Código ético de Á. MLS estatuye un "sistema de resolución de conflictos", vinculante por todos sus agrupados, cuyas líneas maestras estriban en que el agrupado que tenga algún conflicto con otro debe intentar de modo preferente solucionarlo de "forma privada y confidencial"; agotada esa vía, debe remitir a la gerencia de MLS su reclamación, "debidamente fundamentada y de forma concreta, estructurada y documentada (si es posible)", de la cual MLS da traslado al demandado para que "alegue por escrito todo lo que considere oportuno y aporte la prueba documental correspondiente", con posibilidad incluso de réplica y dúplica, tras lo cual Á. MLS debía remitir toda la documentación "al comité de ética o árbitro externo para que resuelva en un plazo máximo de 7 días hábiles" (...). Los documentos obrantes en las actuaciones (particularmente, los docs. 2 a 5 de la demanda y 3 de la contestación) reflejan que tras una primera reclamación de M. dirigida directamente a L"E.G. en fecha 6 de septiembre de 2018 en reclamación del 50% de los honorarios correspondientes a la intermediación de una compraventa en Olesa de Montserrat, a la que se opuso de inmediato y motivadamente L"E.G., M. trasladó su reclamación a Á. MLS, cuya agrupación por medio de Moisés Ruiz, aparte de remitir a las partes enfrentadas un ejemplar del código ético de MLS y de exhortarles a que "habléis y arregléis [la controversia] de forma amistosa", concedió el siguiente 25 de septiembre un plazo de 7 días hábiles a L "Era" para contestar lo que consideres oportuno", lo que se tradujo en un escrito de alegaciones del mismo día remitido por uno de los socios de L"E. a MSL Á.. A partir de ahí, constatada la existencia de la controversia y fijadas las posiciones de cada una de las partes, el representante de Á. intentó infructuosamente hasta el 1 de octubre de 2018 que las partes enfrentadas se sometieran a una mediación interna o externa; en vista del fracaso de su intento mediador, el día 3 de ese mismo mes comunicó a las partes que remitía las actuaciones al árbitro externo de Á. MLS, no sin antes ofrecerles la posibilidad de "ampliar vuestras alegaciones" y transcribir de nuevo el texto íntegro del "sistema de resolución de conflictos" regulado en el código ético de MLS. El representante de L"E.G. ó nada objetó a la remisión de las actuaciones al árbitro externo acordada por el gerente de Á. el siguiente día 4, ni tampoco a la designación como árbitra de la abogada M.M.. Tal forma de proceder se ajustó por completo a la reglamentación convencional aceptada por las partes y revela un respeto escrupuloso tanto del principio de igualdad como del principio de contradicción, dado que las partes pudieron fijar motivadamente sus respectivas posiciones y apoyarlas en la prueba que tuvieron por conveniente. En último término, en el fundamento jurídico primero de esta resolución ya han quedado establecidas las consecuencias legales de la irregular notificación del laudo llevada a cabo en noviembre de 2018. Por todo lo cual debe asimismo rechazarse el motivo segundo de nulidad del laudo».

[<Vid. B. Alandete Sánchez, "Cláusulas ADR en códigos de conducta (STSJ Cataluña 13 octubre

2020)", en la Sección Sentencia Seleccionada, *supra*>]

A LOS EFECTOS DE LA ANULACIÓN DE UN LAUDO ARBITRAL NO TODA LEY IMPERATIVA FORMA PARTE DEL ORDEN PÚBLICO (STSJ CATALUÑA 1ª 13 OCTUBRE 2020)

Arbitraje — Acción de anulación — Orden público — Normas de Derecho imperativo — Anulación improcedente.

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sección Primera, de 13 de octubre de 2020 (ponente: Jordi Seguí Puntas) desestima una demanda de nulidad contra un laudo arbitral en procedimiento de arbitraje del Tribunal Arbitral de Girona, tras fijar las líneas generales en torno a la naturaleza y finalidad de la institución arbitral, con las siguientes consideraciones:

«(...) denuncia, al amparo del art. 41.1º, f) LA, la vulneración del orden público en que habría incurrido el laudo al resolver "en contra de lo dispuesto en leyes de carácter imperativo para la existencia y eficacia de los contratos, que son la base de nuestra cultura y sociedad", citando entre esas leyes los arts. 1091, 1256 y 1258 Cc. En concreto, se afirma que el laudo es contrario al orden público por cuanto (i) nadie ha alegado nada en contra de la cláusula penal (ii) nunca se ha discutido la cláusula penal ni su razón de ser (iii) no podemos olvidar que estamos ante la autonomía de la voluntad que no va en contra de ninguna ley ni principio. 2. La sentencia de este tribunal 31/2017, de 8 de junio, reproducida en lo esencial por la sentencia 1/2018, de 8 de enero, expuso que "el motivo de nulidad basado en la contravención del orden público encuentra su precedente en la Ley de arbitraje anterior, Ley 36/1988. Según su Exposición de motivos el concepto de orden público "habrá de ser interpretado a la luz de los principios de nuestra Constitución". Y el Tribunal Constitucional ha declarado, en sentencia de 15 abril de 1986, que para que un laudo arbitral sea atentatorio contra el orden público es preciso que vulnere los derechos y libertades fundamentales reconocidos en el capítulo II, título I, de nuestra Constitución por el art. 24 de la misma". A su vez, la STSJ Cataluña 2/2017, de 16 de enero, recordaba, con cita de otras anteriores (SSTSJ Catalunya 45/2012, de 12 de julio, 27/2013, de 2 de abril, 3/2014, de 7 de enero, 50/2014, de 14 de julio y 47/2015, de 15 de junio, entre otras), que "el orden público debe ser entendido como el conjunto de principios y normas esenciales que inspiran la organización política, social y económica de España, con inclusión desde luego de los derechos fundamentales consagrados en la Constitución, pero no sólo de ellos; el orden público opera en consecuencia como un límite necesario e imprescindible a la autonomía de la voluntad, a fin de garantizar la efectividad de los derechos constitucionales de los ciudadanos, el fundamento de las instituciones y la protección de los conceptos y valores inspiradores del sistema de democracia social constitucionalmente consagrado. Por ello, el laudo arbitral no puede traspasar el orden público, y en caso que lo hiciere, aparece la posibilidad del control jurisdiccional de ese límite, a fin de garantizar que las decisiones arbitrales respeten ese conjunto de derechos y valores indisponibles. El TC (entre otras, STC 43/1986 y ATC 116/1992), sostiene que la cláusula de orden público se ha impregnado desde la entrada en vigor de la Constitución con el contenido de su art. 24 CE, lo que igualmente viene a ser recogido en el art. 24 LA que establece la aplicación, para el procedimiento

arbitral, de los principios de igualdad, audiencia y contradicción; así como también el de proscripción de la arbitrariedad patente, referida en el art. 9.3º CE. En este sentido, en la STSJ Cataluña 47/2015, de 15 de junio, se razonaba que "hemos diferenciado en diversas resoluciones de esta Sala en el orden público que es un concepto jurídico indeterminado y a los efectos de afinar su contenido, como se recoge en la STSJ Catalunya 30/2014, de 5 de mayo, con cita de otras resoluciones de esta Sala (SSTSJ Cataluña 2 abril 2012, 10 mayo 2012, 12 julio 2012 y 19 noviembre 2012) que éste puede contemplarse en un doble sentido: material y procesal. En sentido material, la vulneración tiene lugar cuando se infringen los valores consagrados como fundamentales para la sociedad, porque los mismos se entienden como intangibles en un concreto contexto histórico, sociopolítico, económico y cultural. En cambio, desde el punto de vista procesal, se puede atentar contra el orden público cuando en el procedimiento arbitral no se han respetado los principios de contradicción, defensa e igualdad de oportunidades entre las partes litigantes". 3. En orden a la cuestión que nos ocupa, la STSJ Illes Balears 7/2019, de 4 de diciembre, después de recordar que "el orden público opera así como un límite necesario e imprescindible a la autonomía de la voluntad a fin de garantizar la efectividad de los derechos constitucionales de los ciudadanos, el funcionamiento de las instituciones y la protección de los conceptos y valores inspiradores del sistema de democracia social constitucionalmente consagrado, pero en modo alguno puede configurarse a su amparo la acción de nulidad del laudo como una suerte de segunda instancia que produzca el efecto de derivar a la jurisdicción la revisión de todo lo decidido por los árbitros", precisa sin embargo que no cabe confundir el orden público con las normas imperativas. A tal efecto razona que "es cierto que el orden público se manifiesta habitualmente en forma de normas de derecho imperativo, pero no toda ley imperativa forma parte del orden público. Nuestro ordenamiento configura ambos conceptos como límites a la autonomía privada, pero distingue expresamente entre orden público (arts. 1.3º, 6.2º, 12.3º, 594 y 1.255 Cc) y normas imperativas o prohibitivas (arts. 6.3º y 12.4º Cc)", por bien que no deja de mencionar que existen pronunciamientos de otros tribunales que asimilan el orden público con las leyes imperativas (así, la STSJ Madrid de 28 de enero de 2015, seguida las de 23 de octubre y 17 de noviembre del mismo año, estimó una acción de nulidad considerando que "el laudo asienta su decisión sobre la base de la infracción legal patente de normas imperativas" basándose en "unos presupuestos jurídicos que, inequívocamente, contravenían normas imperativas aplicables"). En este orden de cosas, la sentencia 17/2020, de 9 de junio, de este tribunal admite que en el ámbito de la contratación civil puedan considerarse como configuradoras del orden público las reglas que determinan los elementos esenciales del contrato y la nulidad del contrato sin causa o con causa ilícita (arts. 1261 y 1275 Cc). 4. Sobre las bases normativas y jurisprudenciales expuestas, el motivo de nulidad no puede ser acogido ya que el laudo no vulnera el orden público de la contratación civil. Por medio de la aplicación de la facultad moderadora de la pena convencional prevista en el art. 1154 Cc (el juez debe moderar equitativamente la pena convencional cuando la obligación principal hubiera sido en parte o irregularmente cumplida por el deudor"), el laudo no ignoró un principio básico configurador de la contratación civil, como es el de la fuerza de ley entre las partes de la obligaciones que nacen de los contratos (arts. 1091 y 1258 Cc), sino todo lo contrario, puesto que, partiendo expresamente del carácter obligatorio de la cláusula novena del contrato (el FJ 7º del laudo subraya la eficacia inter partes de la cláusula penal y su función cumulativa, no meramente sustitutiva de la indemnización de perjuicios), la árbitra hace uso de la facultad moderadora de la

pena prevista en el art. 1154 Cc ("el juez modificará [...]"), por entenderla aplicable en el supuesto sometido a su decisión, uno de cuyos apartados consistía precisamente en la reclamación de la pena convencional. Descartada la vulneración del orden público, dada la estricta función de control externo del laudo que corresponde a este tribunal en los términos más arriba expuestos, no cabe entrar en el examen del acierto o desacierto de la árbitra al proceder a la moderación equitativa de la pena convencional por considerar trascendente a estos efectos, más allá del incumplimiento total de la transmitente, "la notoria desproporción entre la indemnización pactada y el quebranto real sufrido en el patrimonio de la actora"».

[<Vid. F. Munné Catarina, "El principio de voluntariedad como límite de la acción de nulidad a propósito de recientes decisiones del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña", *supra*>]

CLÁUSULA DE SUMISIÓN A ARBITRAJE DE DERECHO QUE NO ES CLARA, ADMITIENDO LA ALTERNATIVIDAD CON OTRAS JURISDICCIONES (AAP LEÓN 2ª 16 OCTUBRE 2020)

Arbitraje — Convenio arbitral — Cláusula patológica — Declinatoria arbitral — Verificación del convenio arbitral — Desestimación de la declinatoria.

El Auto de la Audiencia Provincial de León, Sección Segunda, de 16 de octubre de 2020 (ponente: Antonio Muñoz Díez) estima un recurso de apelación formulado, contra el Auto del Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Astorga revocando la resolución recurrida en el sentido de acordar la desestimación de la declinatoria planteada en su día por la parte demandada y declarar la competencia jurisdiccional por parte del Juzgado de Primera Instancia. Razona la Audiencia del siguiente modo:

«(...) El art. 9.1º LA, dispone que: "El convenio arbitral, que podrá adoptar la forma de cláusula incorporada a un contrato o de acuerdo independiente, deberá expresar la voluntad de las partes de someter a arbitraje todas o algunas de las controversias que hayan surgido o puedan surgir respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual". Sentado lo anterior, la cláusula de sumisión a arbitraje cuya efectividad se discute en el presente procedimiento, y que está contenida en la cláusula XIX del contrato de arrendamiento para uso distinto de vivienda, de 21 de agosto de 2014, suscrito entre las partes, tiene el siguiente contenido literal: "Sometimiento a arbitraje y, subsidiariamente, a Tribunales: Las partes se someten a arbitraje y, subsidiariamente por imperativo legal a los Juzgados y Tribunales de Astorga". Conforme a ello, tras la lectura de dicha cláusula, es claro que en la misma no se alude en modo alguno a las materias susceptibles de arbitraje, lo que impide considerar que la cuestión ahora planteada sobre la reclamación de rentas pueda someterse al arbitraje habida cuenta la interpretación literal y siempre restrictiva que debe hacerse del alcance de la sumisión. Nos encontramos ante una cláusula de sumisión al arbitraje de derecho que no es clara, además la sumisión a la decisión arbitral no lo es con carácter decisorio y exclusivo sino de forma alternativa con otras jurisdicciones, y desde luego, en la misma no se expresa la voluntad inequívoca de las partes de someter todas o algunas de las cuestiones surgidas o que puedan surgir de relación arrendaticia a la decisión de uno o más árbitros. Una

interpretación extensiva o expansiva de la cláusula arbitral, como la pretendida, choca con la regla hermenéutica del art. 1283 Cc, regla que es aplicable al supuesto que nos ocupa, pues la extensión interpretativa de la cláusula limita la competencia de la jurisdicción ordinaria respecto de supuestos que no están expresamente previstos en el pacto arbitral y las normas sobre competencia judicial son materia de ius cogens que deben ser objeto de una interpretación restrictiva no extensiva, pues en caso contrario se restringiría el derecho de las partes al juez o fuero natural en aquellas materias explícitamente no sometidas a arbitraje. En definitiva, se estima procedente estimar el recurso y acordar la desestimación de la declinatoria planteada en su día por la parte demandada y declarar la competencia jurisdiccional por parte del Juzgado de Primera Instancia».

DETERMINACIÓN DEL PACTO DE SUMISIÓN A ARBITRAJE PARA APRECIAR UNA DECLINATORIA ARBITRAL (AAP VIZCAYA 3ª 19 OCTUBRE 2020)

Arbitraje — Declinatoria arbitral — Verificación del convenio arbitral — Estimación de la declinatoria.

El Auto de la Audiencia Provincial de Vizcaya, Sección Tercera, de 19 de octubre de 2020 (Ponente: Ana Isabel Gutiérrez Gegúndez) confirma la Sentencia de instancia que declaró su falta de jurisdicción para conocer del asunto reseñado, por estar sometido su conocimiento a arbitraje. La Audiencia estima que:

«(...) Debemos dar respuesta al primer motivo de recurso de apelación relativo a la existencia de pacto de sumisión a arbitraje en síntesis y como hemos reflejado la parte apelante sustenta la inexistencia de dicho pacto fundamentalmente en las siguientes premisas y a saber: en primer lugar la cuestión interpretativa desde el contenido de ambos acuerdos, atiende a la posición que de los firmantes de los acuerdos mantienen en cada uno de ellos y la cuestión de la falta de legitimación adjudicada al Sr. G. en sede de las diligencias preliminares seguidas ante el Juzgado de lo Mercantil N.º 1 n.º 315/15 y que fueron resueltas mediante Auto 470/2015. Como es sabido en el Acuerdo de 8 de junio de 2007 entre partes se contiene la cláusula de arbitraje Cláusula n.º 17 se establece "Las partes acuerdan someter a arbitraje del Tribunal de Arbitraje del Colegio de Abogados del Señorío de Bizkaia la resolución definitiva de todas las cuestiones conflictos y discrepancias que se susciten en esta relación jurídica, ya se deban a su interpretación a su cumplimiento, o a cualquier otro extremo. A este respecto, las partes acuerdan, igualmente encomendar a dicho Tribunal la administración del Arbitraje y la designación de sus árbitros, según la normativa reguladora, así como someterse expresamente al laudo arbitral...". El acuerdo del año 2010 no contempla una previsión similar. Para llegar a idéntica conclusión como la preconizada en la resolución recurrida, podemos señalar la propia literalidad; en este sentido, el Acuerdo posterior de 30 de abril del año 2010 expresamente consigna o se intitula "Anexo a Acuerdo de Socios de Bilbao Trucks Logística Portuaria S.L. Transbidenor Servicios S.L. de 8 de junio de 2007". Igualmente en su Exponen I se recoge "Que en virtud del Acuerdo de socios de 8 de junio de 2007 del que este documento es un anexo..." y en virtud de dicho Acuerdo (2007) "... por el

presente Anexo las partes firmantes acuerdan unánimemente que D. Gerónimo a partir de la firma del presente acuerdo traspasa todas sus participaciones...". Por último la estipulación final recoge "... Las partes se comprometen entre ellas a cumplir el presente Anexo al Acuerdo asimismo el Acuerdo mismo y a ejercitar...". Por tanto, no pueden ser ignorados los propios términos recogidos en el documento de 2010 en clara determinación de ser un anexo del acuerdo de 2007. Debe ser señalado que el Acuerdo de 2007 en su cláusula 10/3 preveía expresamente la disolución o extinción de la relación contractual con cualquiera de las partes y como consecuencia de la transmisión de sus participaciones sociales. El propio acuerdo que contiene la cláusula de sumisión a arbitraje está previendo que alguno de los integrantes del mismo pudiera transmitir las participaciones y dejar de ostentar la condición de socio. Señalar y en punto a las diligencias preliminares, que no son propiamente un procedimiento declarativo; y por último expresar que la negación de legitimación por falta del carácter de socio no empece, a nuestro entender, el hecho de que las controversias que precisamente surjan con relación a los acuerdos existentes entre partes deban ser consignados mediante arbitraje. Por demás resulta evidenciado que y no ofrece duda en este caso y al igual que se recoge en la sentencia de la instancia que con posterioridad al Acuerdo del año 2010, se interpuso por el actor una demanda de arbitraje ante la Corte de Arbitraje del Colegio de Abogados de Bizkaia en el año 2014 (noviembre) y en función o determinación del incumplimiento del Anexo de 2010. Este elemento a esta Sala, en su consideración esencial, le parece clave a la cuestión que nos ocupa. La demanda arbitral que, a más de ser como decimos posterior al Acuerdo 2010, en ella igualmente se hace referencia al Acuerdo 2007 y al anexo 2010, y formulando la misma pretensión, básicamente que en la actualidad se formula mediante la demanda iniciadora del presente procedimiento. Por lo que se refiere al motivo del recurso relacionado con la renuncia al sometimiento a arbitraje, la Sala comparte, en conciencia y derecho, las argumentaciones que se refleja en la resolución recurrida. Ante esta cuestión nos encontramos, tal y como resulta del procedimiento, consta la certificación expedida por la Secretaria de la Corte de Arbitraje los siguientes aspectos tales como que se adujo demanda ante la Corte de Arbitraje del Colegio de Abogados del Señorío de Bizkaia en fecha 26 de noviembre de 2014 como se dio traslado de la solicitud a las partes demandadas, quienes contestaron en lo oportuno. Tras considerar el Comité Permanente de la Corte del Colegio de Bizkaia se dictó resolución de fecha 2 de marzo de 2015 estimando la competencia de la citada Corte Arbitral, en su consecuencia emplazó a las partes a una comparecencia para designación de árbitros y se les solicitó a todas las partes la preceptiva provisión de fondos, ninguna de las cuales provisiono. En su consecuencia conforme a lo dispuesto en el art. 11 del Reglamento de esta Corte Arbitral en resolución de fecha 15 de marzo de 2015 se acordó la suspensión de la comparecencia para designar árbitro y el archivo provisional del procedimiento. Como señala la sentencia recurrida no se requirió a ninguna de las partes para suplir la provisión. En este sentido procede hacer incidencia en que en dicho arbitraje fue suspendido provisionalmente no recayó ninguna resolución de fondo, y sin siquiera designación de árbitro. No puede entenderse como un acto concluyente de renuncia a dicha sumisión a arbitraje. Por cuanto antecede y por lo argumentado en la resolución recurrida procede la desestimación del recurso con confirmación de la resolución recurrida».

[<Vid. I. Ordeñana Gezuraga, "Lo que Dios ha unido que no lo separe el hombre... o sobre el

surgimiento y fin del pacto de sumisión a arbitraje (AAP Bizkaia 19 octubre 2020)", *supra*>]

NO HA QUEDADO DEMOSTRADO QUE EL CENTRO ADMINISTRADOR DEL ARBITRAJE SEA UNA CORTE CAUTIVA DE UNA DE LAS PARTES Y MENOS AÚN QUE LOS MOTIVOS INVOCADOS PARA FUNDAR LAS CONJETURAS O SOSPECHAS SEAN SOBREVENIDOS AL LAUDO (STSJ CATALUÑA 1ª 20 OCTUBRE 2020)

Arbitraje — Acción de anulación — Ausencia de independencia de la institución administradora — Incongruencia *extra petita* — Independencia — Orden público.— Anulación impropcedente.

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sección Primera, de 20 de octubre de 2020 (ponente: María Eugenia Alegret Burgues) desestima una demanda de nulidad contra un laudo arbitral, tras fijar las líneas generales en torno a la naturaleza y finalidad de la institución arbitral, con las siguientes consideraciones:

«(...) El primer motivo de nulidad del laudo se formula con el siguiente literal enunciado: "Indefensión de Siemsa por haber sido restringida su capacidad de control de la prueba en cuanto al contrainterrogatorio de los peritos de IPS/Asesora. Incumplimiento de lo pactado, la prueba fue, en la práctica, borrada de autos, generando indefensión" (...). —Examinados los autos se desestima el motivo de nulidad por las razones que a continuación se exponen (...). Dispone el art. 24.1º LA que deberá tratarse a las partes con igualdad y darse a cada una de ellas suficiente oportunidad de hacer valer sus derechos. Y el art. 25.1º que las partes podrán convenir libremente el procedimiento al que se hayan de ajustar los árbitros en sus actuaciones (...). De otro lado, conforme al art. 6 LA, si una parte, conociendo la infracción de alguna norma dispositiva de esta ley o de algún requisito del convenio arbitral, no la denunciare dentro del plazo previsto para ello o, en su defecto, tan pronto como le sea posible, se considerará que renuncia a las facultades de impugnación previstas en esta ley. 14. Pues, bien, ello sentado, vistos los hechos anteriores no se ha vulnerado ninguna norma de procedimiento pactada entre las partes y, en cualquier caso, no fue denunciada en su momento ni ha dado lugar a indefensión (...). Es por ello que la decisión del árbitro de inhabilitar el mes de agosto se adecua a lo pactado y en todo caso, no existiendo mención en el acto de inicio a dicho mes, operaría subsidiariamente el reglamento del TAT, en cuyo art. 5 se excluye la realización de actuaciones arbitrales en el mes de agosto. 39.—Cabe indicar, por último, que aunque así no fuera, tampoco existe indefensión material de clase alguna porque: a) el laudo principal ya había sido dictado y el laudo aclaratorio solo modificó errores aritméticos; b) el escrito de alegaciones de la otra parte no tenía por objeto plantear ninguna nueva pretensión o excepción que pudiera incidir negativamente en los derechos o en la defensa de la actora; y c) no tuvo consecuencias perjudiciales al no imponerse las costas del trámite a ninguna de las partes».

«(...) En el segundo motivo de anulación del laudo se afirma que el laudo no resuelve sobre algunos de los puntos controvertidos esenciales en la disputa, no siendo completado el laudo pese

a la instancia de aclaración presentada. Entendemos —aunque no resulta con claridad— que esta causa la subsume la parte actora en una presunta infracción del orden público procesal (...). el hecho de no pronunciarse el árbitro sobre determinadas cuestiones planteadas no viene contemplado en la ley de Arbitraje como causa de anulación del laudo, a diferencia de la Ley Uniforme en materia de arbitraje propiciada por el Consejo de Europa en el año 1966. La explicación puede encontrarse en que hay que relacionar tal omisión (además de por su similitud con la ley Modelo en la que tampoco se contempla) con lo dispuesto en el art. 39 de la LA que permite a las partes, con notificación a la otra, solicitar a los árbitros: a) La corrección de cualquier error de cálculo, de copia, tipográfico o de naturaleza similar; b) La aclaración de un punto o de una parte concreta del laudo; c) el complemento del laudo respecto de peticiones formuladas y no resueltas en él (...). En todo caso, la omisión de toda consideración sobre una alegación fundamental planteada oportunamente por las partes vulneraría el orden público procesal entendido este como indica la STC 46/2020 de 15 de junio y, desde el punto de vista procesal, como el conjunto de formalidades y principios necesarios de nuestro ordenamiento jurídico procesal aunque solo el arbitraje que contradiga alguno o algunos de tales principios podrá ser tachado de nulo por vulneración del orden público (...). De cualquier manera, no cabe confundir la falta de respuesta del árbitro a la cuestión debidamente planteada con una falta de respuesta expresa, pues los requisitos mínimos constitucionalmente exigibles pueden satisfacerse con una respuesta tácita, que pueda inducirse de la totalidad del razonamiento (...).—Tampoco existe incongruencia omisiva cuando la falta de respuesta se refiere a pretensiones cuyo examen venga subordinado a la decisión que se adopte respecto de otras también planteadas en el proceso que, al ser de enjuiciamiento preferente —por su naturaleza o por conexión procesal—, hacen innecesario un pronunciamiento sobre aquéllas otras (SSTC, 138/2007, de 4 de junio, y 87/2008, de 21 de julio) (...). De la propia exposición que hace el actor en este motivo se deduce que la causa de su formulación son sus discrepancias con la decisión del árbitro respecto de esos puntos, cuando la realidad es que no cabe advertir de los argumentos del árbitro ni arbitrariedad ni lagunas o quiebras en el iter lógico de su razonamiento que impidan la comprensión de lo resuelto. 23.— Advertir, una vez más, que la acción entablada no permite una revisión a modo de segunda instancia del fondo del litigio ni el concepto de orden público puede ensancharse como indica la STC 46/2020 de 15 de junio para llevar a cabo una revisión de fondo del litigio por el órgano judicial, lo que pertenece en esencia solo a los árbitros».

«(...) El tercer motivo de anulación el laudo se centra en lo que el instante entiende como falta grave de motivación con vulneración del orden público procesal (...). Si como decimos el canon de motivación de las resoluciones judiciales según la doctrina constitucional puede ser exigible a la motivación de los laudos arbitrales en la medida en que los árbitros tienen la obligación legal de motivar ex art. 37.4º LA, sin distinción en nuestro derecho entre los arbitrajes nacionales, internacionales, de derecho o de equidad, su examen no puede limitarse al control exclusivo de la falta de razones sino que ha de abarcar también el examen externo de su coherencia y su suficiencia. Pero solo cuando el razonamiento que la funda (la decisión) incurre en tal grado de arbitrariedad, irrazonabilidad o error que, por su evidencia y contenido, sean tan manifiestos y graves que para cualquier observador resulte patente que la resolución de hecho carece de toda motivación o razonamiento (STC 46/2020) será posible anular el laudo. 9.—Serán pues los

tribunales al analizar la acción de anulación los que deberán distinguir entre los defectos graves de motivación y un pretendido —pero inexistente— derecho al acierto en la selección, interpretación y aplicación de las disposiciones legales, cuidando también de preservar la integridad del laudo ante la simple discrepancia de las partes con la resolución fundada en otras interpretaciones posibles de la legalidad ordinaria, por plausibles que estas pudieran ser (STC 27/2013, de 11 de febrero, FJ 5). 10.— Pues bien, ello expuesto el motivo, como los dos anteriores, decae (...). No se observa la irracionalidad denunciada sino la discrepancia de la demandante con la decisión del árbitro de imputar objetivamente la responsabilidad de los retrasos a Siemens. 21.—Recordar que la motivación no incluye tampoco un pretendido derecho al acierto en la selección, interpretación y aplicación de las disposiciones legales, salvo que con ellas se afecte al contenido de otros derechos fundamentales no contemplados en el art. 24 CE (...). Y conforme a la misma jurisprudencia para que el error sea apreciable habría de ser manifiesto o evidente para cualquier observador neutral, e inmediatamente verificable, de forma clara e incontrovertible, a partir del resultado de las pruebas practicadas en el propio procedimiento arbitral, sin necesidad de recurrir a conjeturas o elucubraciones».

«(...) El motivo se introduce del siguiente modo: "El temor fundado de Siemens de haber sido víctima de una corte cautiva. Falta de independencia e imparcialidad del Tribunal Arbitral de Tarragona que favorece a SH" (...). Para la mejor resolución de la cuestión planteada conviene recordar el marco normativo en el que nos movemos (...) —De la regulación legal indicada podemos extraer ya algunas consecuencias. a) Que el principio de voluntariedad y autonomía de la voluntad en que se basa el arbitraje impide que los motivos de abstención o recusación de los árbitros sean equiparables a los motivos de abstención o recusación de los jueces o magistrado/as, cuya regulación difiere notablemente (Exposición de motivos de la LA). b) Que la ley solo regula la abstención y recusación de los árbitros. c) Que las partes tienen el deber de poner de manifiesto cualquier causa de abstención o recusación del árbitro de la que se quieran hacer valer en un breve plazo de tiempo y que no lo pueden hacer cuando el árbitro haya sido nombrado por ellas o en cuyo nombramiento haya participado salvo por causas de las que hayan tenido conocimiento después de su designación. 8.—Sentado lo anterior, dada la importante función que las instituciones arbitrales tienen encomendadas, cual es la designación de los árbitros y la administración del arbitraje y porque la institución debe velar por el respeto al principio de igualdad, parece obvio que debe actuar con neutralidad respecto de ellas y con desinterés respecto del tema concreto que se ventile. No resulta extraño así que el Código de buenas prácticas arbitrales elaborado por el Club Español del arbitraje en el año 2019, después de insistir en el importante rol que juegan las instituciones Arbitrales en el fomento, desarrollo y legitimidad del arbitraje como prestadoras de servicios en su administración, coadyuvando en la labor arbitral y velando por el debido proceso y la justicia de los laudos, recomiende que en sus reglamentos se incluya un código deontológico, vinculante para los miembros de los diferentes órganos y para los empleados de la institución, en el que se regulen sus deberes de independencia e imparcialidad y los supuestos de incompatibilidad. 9.—Podremos dudar de que se respetan estas condiciones cuando la institución arbitral encargada de la designación del árbitro y del control de la administración del arbitraje ha asesorado previamente a alguna de las partes o cuando una de las partes tiene o puede tener un control efectivo sobre quienes dirigen la institución arbitral y así lo

hemos declarado en nuestra Sentencia de 10 de mayo 2012 y en el Auto de 25 marzo 2013. 10.— Quiere ello decir que para que la jurisdicción pueda anular un laudo por imparcialidad o falta de independencia, no ya del árbitro, sino de la institución arbitral que lo designa, será necesario acreditación bastante de que la Corte no ha respetado o estado en condiciones de respetar el principio de igualdad y la imparcialidad que en principio se le presume, debiendo actuar los tribunales de manera cautelosa y no basándose en meras sospechas o conjeturas o aun en apreciaciones subjetivas de las partes, máxime cuando el apartamiento de la institución arbitral supone de facto imposibilitar el arbitraje institucional pactado. 11.—Al propio tiempo, el principio de buena fe impone a las partes que las circunstancias de falta de imparcialidad e independencia que pretendan invocar sean puestas de manifiesto en el plazo más breve posible. Como recuerda la doctrina del TC en relación con los jueces "... es lícito que se imponga a la parte la carga de formular la recusación con premura y que, en consecuencia, se limite o excluya la posibilidad de la invocación tardía de la causa de recusación, singularmente cuando ésta se dirija, no ya a apartar al iudex suspectus del conocimiento del proceso, sino a anular lo ya decidido definitivamente por él" (STC 140/2004, de 13 de septiembre, FJ 5). 12.— Ello expuesto el motivo de nulidad que se invoca debe ser desestimado. Por último, tampoco podemos admitir, coincidiendo con la tesis del TSJ de Madrid expuesta en la STSJM de 4 de noviembre de 2016 que el solo hecho de que una persona física o jurídica haya sido anteriormente cliente, incluso asiduo, de una Corte de Arbitraje pueda sustentar sin más una sospecha fundada de parcialidad en la administración de tales arbitrajes. Sobre todo cuando, en este caso, no se ha acreditado tampoco esa asiduidad. La demandante solo interesó la prueba sobre los arbitrajes administrados por el TAT durante los años 2017 y 2018, resultando que se gestionaron 9 procedimientos arbitrales de los cuales en tres casos SH Construcciones Metálicas SA, esto es la hoy demandada, fue parte. En otro lo fue otra empresa que por la coincidencia del primer nombre podemos presuponer no es ajena a SH demandada. En total, cuatro de nueve arbitrajes. 20.—También es cierto que por el volumen económico que manejan estas empresas las tasas de esos arbitrajes —satisfechas por las dos partes que concurren al mismo— han representado un porcentaje muy importante de los ingresos del TAT durante estos dos años (61,98% en el caso de los tres arbitrajes de SH Construcciones Metálicas SA y el 30,80 % del arbitraje en el que fue parte SH Ingeniería y Comercial SA). Sin embargo, debemos tener en cuenta igualmente que: a) dos años no son significativos a los efectos pretendidos; b) uno de los arbitrajes es el que hoy nos ocupa y las tasas ya representaron 72.660 euros de los 180.629 recaudados en estos dos años por el TAT; c) como mínimo otro de los arbitrajes en los que SH fue parte, iniciado en el año 2017, fue debido a los problemas que se generaron en la misma obra con otro subcontratista, según reconoce la actora en el párr. 219 de la demanda. 21.—No ha quedado demostrado, en suma, que el TAT sea una corte cautiva de SH y menos aún que los motivos ahora invocados para fundar las conjeturas o sospechas sean sobrevenidos al laudo, aunque Siemens no conociera la cuantía exacta de las tasas arbitrales que representaban los procedimientos en los que SH era parte. Más bien parece que son ahora esgrimidos a la vista de que la hoy instante no vio satisfechas todas sus pretensiones en el arbitraje».

[<Vid. F. Munné Catarina, "El principio de voluntariedad como límite de la acción de nulidad a propósito de recientes decisiones del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña", *supra*>]

DEL CONVENIO SE DEDUCE QUE LAS CONTROVERSIAS QUE SURGIERAN ENTRE LAS PARTES POR LA ASISTENCIA PRESTADA A UN LESIONADO EN UN ACCIDENTE DE TRÁFICO DEBEN SER SOMETIDAS A ARBITRAJE (AAP LEÓN 2ª 28 OCTUBRE 2020)

Arbitraje — Declinatoria arbitral — Verificación del convenio arbitral — Estimación de la declinatoria.

El Auto de la Audiencia Provincial de León, Sección Segunda, de 28 de octubre de 2020 (ponente: Alberto Francisco Álvarez Rodríguez) confirma la decisión de instancia que estimó una declinatoria arbitral declarándose la falta de jurisdicción por sometimiento de la cuestión a arbitraje, debiendo este órgano de abstenerse de conocer del presente asunto, sobreseyéndose el procedimiento; sin imposición de costas. De acuerdo con la Audiencia:

«(...) No discutida la vinculación de las partes a lo dispuesto en el Convenio Marco de Asistencia Sanitaria derivada de accidentes de tráfico, según su Estipulación 2.2.B, al intervenir en el siniestro más de un vehículo, la obligada al abono de la asistencia sanitaria no era la aseguradora del vehículo causante del siniestro (CASER), sino la aseguradora del vehículo ocupado por la víctima. Según su Estipulación Cuarta, las partes suscriptoras del Convenio, más los representantes de la Sanidad Pública, constituirán una Comisión de Vigilancia y Arbitraje de carácter nacional, "como órgano para resolver cuantas situaciones puedan suscitarse en el seguimiento o interpretación de este Convenio, otorgando a dicha Comisión plena competencia sobre toda cuestión que se someta a su conocimiento por cualquiera de las partes adheridas al Convenio". Asimismo, se constituirán Subcomisiones del ámbito territorial correspondiente a cada servicio de salud firmante, siendo de obligado cumplimiento para las partes tanto las resoluciones de la Comisión como las de las Subcomisiones. Encontrándose entre las funciones de aquélla y de éstas, éstas por delegación de la Comisión, el dirimir los desacuerdos surgidos entre las entidades aseguradoras y los centros sanitarios. Según el ap. 3 de dicha Estipulación, "las partes firmantes de este Convenio y sus respectivos representados se obligan a someter las diferencias que en el ámbito del mismo puedan surgir, la falta de acuerdo sobre el contenido e importe de las facturas, así como la negativas o demoras en el pago de las mismas, a la Subcomisión Territorial, la cual resolverá o dará traslado del asunto a la Comisión Nacional para que resuelva..." Añadiendo en el párrafo siguiente del mismo apartado que "No se podrá acudir a procedimientos administrativos o judiciales de ejecución hasta que no exista un pronunciamiento expreso de la Comisión o Subcomisión correspondiente; las cuales adoptarán los acuerdos pertinentes en un plazo de seis meses desde la fecha en que fueron recepcionados los asuntos que se les sometan. Transcurrido este plazo sin el citado pronunciamiento expreso, las partes representadas quedarán liberadas de la prohibición expresada al principio de este párrafo, al objeto de que se inicien cuantas acciones consideren oportunas en defensa de sus derechos". Por último, "las resoluciones serán de obligado cumplimiento en el plazo de treinta días naturales desde su comunicación, tendrán la consideración de laudo y serán finalizadoras del procedimiento a los efectos de la legislación vigente" (...). Como ya hemos anticipado, sostiene la recurrente que, en realidad, no existe

controversia en la aplicación del Convenio, puesto que la aseguradora rechazó su aplicación, no existiendo por tanto controversia que someter a arbitraje. El argumento impugnatorio de la resolución recurrida no puede ser más desacertado. Rechazado el pago de las facturas del Hospital por la aseguradora en principio obligada a su pago, entra en juego el ap. 3 de la Estipulación del Convenio antes transcrito, puesto que estamos ante un supuesto de negativa al pago con independencia de las causas a que obedezca la misma. Sostiene también la recurrente, para defender la competencia de los tribunales civiles para conocer de su reclamación, que la misma no se basa en un derecho propio, sino que actúa en virtud de la cesión que de su derecho le realizó el paciente al que prestó asistencia sanitaria, lo cual constituye un verdadero subterfugio para eludir la aplicación del Convenio y la sumisión al arbitraje en el mismo estipulada, proscrito por nuestro Derecho (art. 6.4º y 7 Cc). Por último, denuncia la infracción de las normas (arts. 1281 ss) que nuestro Código Civil contiene en materia de interpretación de los contratos, infracción que no se da, puesto que de las estipulaciones del Convenio a que nos referimos y que en algún caso transcribimos en el FD 2º se deduce, sin ningún género de dudas, que las controversias que surgieran entre las partes que los suscribieron (Centros Asistenciales, Entidades Aseguradoras y Consorcio de Compensación de Seguros) sobre la aplicación e interpretación del mismo, incluido por supuesto la negativa de una aseguradora hacerse cargo del pago de una factura a un hospital por la asistencia prestada a un lesionado en un accidente de tráfico, deben ser sometidas a arbitraje».

DESESTIMACIÓN DE UNA DECLINATORIA POR TENER LA DEMANDA SU REAL Y VERDADERO FUNDAMENTO, O SU CAUSA, EN UNA RESOLUCIÓN QUE NO INCLUYE CLÁUSULA ARBITRAL (AAP CIUDAD REAL 2ª 2 NOVIEMBRE 2020)

Arbitraje — Declinatoria arbitral — Verificación del convenio arbitral — Desestimación de la declinatoria.

El Auto de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, Sección Segunda, de 2 de noviembre de 2020 (ponente: Carmen Pilar Catalán Martín de Bernardo) confirma una decisión del Juzgado que desestimó una declinatoria arbitral con los siguientes argumentos:

«(...) Como principio general es de señalar que, la sumisión a arbitraje no puede sostenerse que genere, por sí, perjuicios o indefensión a las partes, al tratarse, el arbitraje, de un sistema legal reconocido y regulado en derecho, que no puede presumirse genere desequilibrio entre las partes, siendo que desde la óptica constitucional, no hay ningún problema en admitir la cláusula arbitral. El poder de disposición de las partes para la exclusión de los órganos jurisdiccionales del Estado en las materias de derecho disponibles es total: la STC 136/2010 trata la relación de esa facultad con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, diciendo que el convenio arbitral es apto para expresar "la voluntad de las partes de someter a arbitraje todas o algunas de las controversias que hayan surgido o puedan surgir respecto de una determinada relación, contractual o no contractual". Quiere ello decir que las partes están legitimadas para incorporar las cláusulas de sumisión que estimen oportunas, incluida la sumisión a arbitraje conforme al art. 11 LA/2003».

«(...) En la Declinatoria formulada en su día por la Cooperativa, lo fue con fundamento en la Disposición Final de los Estatutos, la cual contiene efectivamente una cláusula de sumisión al arbitraje para solucionar las controversias que pudieran surgir en la Cooperativa, y entre los socios y la Cooperativa, y la problemática aquí suscitada, se plantea por el hecho alegado por el demandante, de que el acuerdo que solicita sea anulado, es el adoptado por la Asamblea General de fecha 23 de agosto del año 2017, o subsidiariamente el acuerdo de fecha 8 de mayo del mismo año, acuerdos adoptados cuando a dicho demandante, ya se le había concedido la baja voluntaria, la cual según consta documentalmente acreditado, le fue concedida en resolución de fecha 10 de junio del año 2016, resolución esta, y ello, es de suma importancia, en la que a su vez se calificó dicha baja voluntaria como "injustificada". La demanda presentada, la cual tiene como fondo de la misma, la liquidación realizada por el Consejo Rector al demandante, con fecha 8 de mayo del año 2017 (acuerdo que se solicita sea anulado), es una liquidación realizada por el Consejo Rector de acuerdo con la calificación de baja voluntaria "injustificada", siendo por ello, cierto que la presente demanda tiene su real y verdadero fundamento, o su causa, en aquella calificación realizada por resolución de fecha 10 de junio del año 2016, y derivada de la cualidad de cooperativista del actor. Con base en lo expuesto, el recurso ha de ser desestimado, confirmándose íntegramente el Auto recurrido».

[<Vid. en el mismo sentido Auto de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, Sección Primera, de 5 de noviembre de 2020>].

PARA ANULAR UN LAUDO POR IMPARCIALIDAD O FALTA DE INDEPENDENCIA DE LA INSTITUCIÓN ARBITRAL QUE LO DESIGNA, SERÁ NECESARIO ACREDITACIÓN BASTANTE DE QUE ÉSTA NO HA RESPETADO EL PRINCIPIO DE IGUALDAD Y LA IMPARCIALIDAD (STSJ CATALUÑA 1ª 4 NOVIEMBRE 2020)

Arbitraje — Acción de anulación — Árbitros: independencia — Motivación irracional — Orden público — Valoración irracional de la prueba — Anulación improcedente

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. Sección Primera, de 4 de noviembre de 2020 (ponente: Jordi Seguí Puntas) desestima una demanda de nulidad contra un laudo arbitral, tras fijar las líneas generales en torno a la naturaleza y finalidad de la institución arbitral, con las siguientes consideraciones:

«(...) Sin más exigencia que la de respetar el principio de igualdad y de dar a cada parte suficiente oportunidad de hacer valer sus derechos, el art. 25 LA sanciona la libertad de las partes para convenir el procedimiento al que hayan de sujetar los árbitros sus actuaciones. A falta de acuerdo, los árbitros podrán, con sujeción a lo dispuesto en la ley, dirigir las actuaciones del modo que consideren apropiado. Esta potestad, concluye el mismo artículo, comprende la de "decidir sobre admisibilidad, pertinencia y utilidad de las pruebas, sobre su práctica, incluso de oficio, y sobre su valoración". Acerca del derecho a la prueba en general este tribunal se ha pronunciado en las

sentencias 46/2016, de 13 de junio, 54/2016, de 30 de junio, 74/2016, de 29 de septiembre, y 47/2018, de 17 de mayo. Esta última recuerda las circunstancias que deben concurrir para que se produzca la violación del derecho fundamental a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa: a) tratándose de un derecho de configuración legal, la garantía que incorpora el derecho a la prueba ha de realizarse en el marco legal establecido en el ordenamiento jurídico respecto a su ejercicio. Es preciso, por un lado, que la parte legitimada haya solicitado la prueba en la forma y momento legalmente establecido y que el medio de prueba esté autorizado por el ordenamiento; y, por otro, que la falta de práctica de los medios de prueba admitidos sea imputable al órgano jurisdiccional; b) el alcance de este derecho está sujeto al cumplimiento de la carga que se impone a las partes en el proceso de actuar con diligencia en defensa de sus derechos. No puede alegar indefensión quien se sitúa en ella por pasividad, impericia o negligencia; c) es exigible que se acredite por la parte recurrente, a quien corresponde la carga procesal correspondiente, la existencia de una indefensión constitucionalmente relevante. Esto se traduce en la necesidad de demostrar que la actividad probatoria que no fue admitida o practicada era decisiva en términos de defensa, esto es, que hubiera podido tener una influencia decisiva en la resolución del pleito, al ser susceptible de alterar el fallo en favor del recurrente. Una aplicación de esa doctrina al procedimiento arbitral se contiene en las sentencias de este tribunal 6/2014, de 23 de enero, 37/2014, de 22 de mayo, y 61/2015, de 27 de julio (...). 3. A fin de resolver el submotivo de nulidad debemos partir de dos premisas fácticas ineludibles. En primer lugar, la constatación de que los contratos de compraventa mercantil suscritos en febrero y junio de 2017 entre Cargill Cotton y COALSA incluían sendas cláusulas de sumisión al arbitraje regulado por el denominado "contrato Barcelona". Con esa expresión se aludía al "Reglamento general para el comercio de los algodones en rama vendidos de conformidad con el contrato Barcelona", aprobado por la asamblea general del Centro Algodonero Nacional en junio de 1984 (doc. 3 demanda). El precitado Reglamento destina los arts. 232 a 239 a regular de modo pormenorizado un específico procedimiento arbitral aplicable a las diferencias entre los contratantes relativas a las condiciones contractuales y comerciales, como es el caso. En lo que aquí interesa, el art. 232, a) establece que en el escrito inicial la parte interesada debe exponer "los hechos, los fundamentos de derecho y el contenido del fallo que se pretenda", debiendo acompañar a ese escrito el contrato que contenga la cláusula de sumisión a arbitraje y "los demás documentos que considere de interés para la resolución de la divergencia o hacer referencia a los documentos u otras pruebas que vaya a presentar o proponer" (...). 4. Sobre las bases expresadas el submotivo no puede ser acogido. La declaración de impertinencia o inutilidad de la prueba propuesta por CHUBB tras los escritos iniciales de las partes efectuada por los árbitros en su segunda orden procesal, es coherente con el carácter estrictamente complementario de los medios de prueba que se permitía proponer a ambas partes tras la presentación de los respectivos escritos alegatorios iniciales (...). En consecuencia, tampoco la denegación de ese medio de prueba constituye una vulneración del orden público».

«(...) El tercer submotivo de nulidad aducido en la demanda con apoyo en el art. 41.1º, f) LA descansa en la afirmación de que el laudo "contiene una argumentación irracional, ilógica y no fundamentada en las pruebas practicadas". 2. La sentencia de este tribunal 53/2014, de 24 de julio, subrayó la trascendencia incluso constitucional de la motivación de los laudos, cualesquiera que fuese su naturaleza, con mención de la doctrina contenida en la sentencia de 2 de mayo de

2012 del TSJ de Galicia, a cuyo tenor "los arts. 37.4º y 41 no se encuadran en el mentado Título V de la Ley de arbitraje y constituyen normas imperativas, por lo que debemos entender que la motivación es necesaria y obligada en todo caso, salvo la excepción a la que se refiere el último inciso del primero de los preceptos citados (...). El propio Tribunal Constitucional —entre otras, STC 9/2015— ha precisado que "el deber de motivación que pesa sobre los órganos judiciales no exige un razonamiento exhaustivo y pormenorizado de todos los aspectos y perspectivas que las partes puedan tener de la cuestión que se debate, sino que deben considerarse suficientemente motivadas aquellas resoluciones judiciales que vengan apoyadas en razones que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales fundamentadores de la decisión o, lo que es lo mismo, la ratio decidendi, de manera que no existe un derecho fundamental del justiciable a una determinada extensión de la motivación judicial". Traslada esa doctrina a las resoluciones arbitrales fundadas solo en equidad, habrán de considerarse motivadas aquellas que trasluzcan los criterios esenciales que fundamentan la decisión".

«(...) La Ley de arbitraje enuncia la función de las instituciones arbitrales diciendo que las partes podrán encomendarles la administración del arbitraje y la designación de los árbitros (art. 14.1º) y su responsabilidad la define el número 3 del mismo art. en el sentido de que "Las instituciones arbitrales velarán por el cumplimiento de las condiciones de capacidad de los árbitros y por la transparencia en su designación, así como su independencia". Ello debe ponerse en relación con el art. 21.1º, a cuyo tenor "La aceptación obliga a los árbitros y, en su caso, a la institución arbitral, a cumplir fielmente el encargo, incurriendo, si no lo hicieren, en responsabilidad por los daños y perjuicios que causaren por mala fe, temeridad o dolo. En los arbitrajes encomendados a una institución, el perjudicado tendrá acción directa contra la misma, con independencia de las acciones de resarcimiento que asistan a aquélla contra los árbitros". En cuanto a los árbitros, el art. 17.1º LA establece que "todo árbitro debe ser y permanecer durante el arbitraje independiente e imparcial. En todo caso, no podrá mantener con las partes relación personal, profesional o comercial". A tal efecto, el punto 2 del propio art. 17 impone a toda persona propuesta para ser árbitro que revele todas las circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas sobre su imparcialidad e independencia, obligación que alcanza también a cualquier circunstancia sobrevenida. Un árbitro —concluye el art. 17.3º LA— podrá ser recusado por las partes si concurren en él circunstancias que den lugar a dudas justificadas sobre su imparcialidad o independencia, o si no posee las cualificaciones convenidas por las partes. La ley regula el procedimiento de recusación del árbitro en el art. 18, siendo el mismo árbitro quien decide en primer término sobre la misma. En caso de no prosperar, la parte recusante puede hacerla valer al impugnar el laudo. 6. Conforme hemos expuesto recientemente en la sentencia 32/2020, de 20 de octubre, de la regulación legal indicada cabe extraer algunas consecuencias. Así, a) que el principio de voluntariedad y autonomía de la voluntad en que se basa el arbitraje impide que los motivos de abstención o recusación de los árbitros sean equiparables a los motivos de abstención o recusación de los jueces o magistrados, cuya regulación difiere notablemente (la exposición de motivos de la propia ley explica que se ha evitado deliberadamente un reenvío a las causas orgánicas de recusación de jueces y magistrados por considerarlas no siempre adecuadas en materia de arbitraje); b) que la ley solo regula la abstención y recusación de los árbitros; c) que las partes tienen el deber de poner de manifiesto cualquier causa de abstención o recusación del

árbíto de la que se quieran hacer valer en un breve plazo de tiempo y que no lo pueden hacer cuando el árbitro haya sido nombrado por ellas o en cuyo en cuyo nombramiento haya participado, salvo por causas de las que hayan tenido conocimiento después de su designación. Asimismo, la mencionada STSJ 32/2020 enfatiza que, "dada la importante función que las instituciones arbitrales tienen encomendadas, cual es la designación de los árbitros y la administración del arbitraje y porque la institución debe velar por el respeto al principio de igualdad, parece obvio que debe actuar con neutralidad respecto de ellas y con desinterés respecto del tema concreto que se ventile. No resulta extraño así que el Código de buenas prácticas arbitrales elaborado por el Club español del arbitraje en el año 2019, después de insistir en el importante rol que juegan las instituciones arbitrales en el fomento, desarrollo y legitimidad del arbitraje como prestadoras de servicios en su administración, coadyuvando en la labor arbitral y velando por el debido proceso y la justicia de los laudos, recomiende que en sus reglamentos se incluya un código deontológico, vinculante para los miembros de los diferentes órganos y para los empleados de la institución, en el que se regulen sus deberes de independencia e imparcialidad y los supuestos de incompatibilidad. Podemos dudar de que se respetan estas condiciones cuando la institución arbitral encargada de la designación del árbitro y del control de la administración del arbitraje ha asesorado previamente a alguna de las partes o cuando una de las partes tiene o puede tener un control efectivo sobre quienes dirigen la institución arbitral y así lo hemos declarado en nuestra Sentencia 10 mayo 2012 y en el Auto 25 marzo 2013. Quiere ello decir que para que la jurisdicción pueda anular un laudo por imparcialidad o falta de independencia, no ya del árbitro, sino de la institución arbitral que lo designa, será necesario acreditación bastante de que la Corte no ha respetado o estado en condiciones de respetar el principio de igualdad y la imparcialidad que en principio se le presume, debiendo actuar los tribunales de manera cautelosa y no basándose en meras sospechas o conjeturas o aun en apreciaciones subjetivas de las partes, máxime cuando el apartamiento de la institución arbitral supone de facto imposibilitar el arbitraje institucional pactado (...). La afirmación de un desequilibrio estructural que derivaría del hecho de que la institución a quien se encomienda el arbitraje y también los propios árbitros mantuvieran una estrecha relación con una de las partes en conflicto determinante de su falta de imparcialidad, se desvanece en atención a lo que sigue (...). En definitiva, no hay base para sostener la invalidez de la atribución del arbitraje al CAN o de la configuración del tribunal arbitral por razón de la falta de imparcialidad de uno u otro en detrimento de la posición de CHUBB».

[<Vid. F. Munné Catarina, "El principio de voluntariedad como límite de la acción de nulidad a propósito de recientes decisiones del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña", *supra*>]

EL CONVENIO ARBITRAL CONTENIDO EN EL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO NO HA SIDO FIRMADO POR LA DEMANDANTE, EN LA CONDICIÓN DE INQUILINA O ARRENDATARIA, POR LO CUAL SE DESESTIMA LA ACCIÓN DE ANULACIÓN (STSJ MADRID CP 1ª 10 NOVIEMBRE 2020)

Arbitraje — Arbitraje de alquileres — Convenio arbitral — Acción de anulación — Laudo arbitral — Anulación total.

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Civil y Penal, Sección Primera, de 10 de noviembre de 2020 (ponente: Francisco José Goyena Salgado) estima una acción de anulación frente a un Laudo arbitral dictado por un árbitro único, con los siguientes argumentos

«(...) La sumisión a arbitraje requiere que las partes, en el ejercicio de su autonomía de la voluntad, presten su voluntad, libre y clara, a tal efecto, lo que deberá constar por escrito. Así lo establece el art. 8 LA, a cuyo tenor: "1. El convenio arbitral, que podrá adoptar la forma de cláusula incorporada a un contrato o de acuerdo independiente, deberá expresar la voluntad de las partes de someter a arbitraje todas o algunas de las controversias que hayan surgido o puedan surgir respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual. 3. El convenio arbitral deberá constar por escrito...". El resultado de la prueba pericial caligráfica es contundente, y acredita, sin prueba que la desvirtúe, que el convenio arbitral contenido en el documento suscrito como "Activación de la póliza", de la misma fecha que el contrato de arrendamiento al que se refiere, no ha sido firmado y por lo tanto suscrito por la demandante, en la condición de inquilina o arrendataria. De lo anterior se deriva, sin mayor necesidad argumental, la inexistencia de una voluntad conjunta de las partes, por inexistencia de la de una de ellas, de someter las controversias derivadas del contrato de arrendamiento suscrito, a arbitraje. Concorre así el motivo de anulación previsto en el art. 41.1º.a) LA: "Que el convenio arbitral no existe." Lo anterior da lugar a la estimación de la demanda y la declaración de nulidad del laudo arbitral impugnado, sin necesidad de entrar en el análisis de los demás motivos de nulidad apuntado en la demanda».

PROCEDE EL NOMBRAMIENTO DE ÁRBITRO, PUES NO EXISTE DUDA ALGUNA DE QUE AMBAS PARTES ACORDARON UN CONVENIO ARBITRAL PARA DIRIMIR SUS CONTROVERSIAS (STSJ MADRID CP 1ª 11 NOVIEMBRE 2020)

Arbitraje — Árbitros — Designación judicial — Examen del convenio arbitral — Formalización judicial — Procedencia.

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Civil y Penal, Sección Primera, de 11 de noviembre de 2020 (ponente: David Suarez Leoz), procede al nombramiento de árbitro afirmando que:

«(...) Establecida la competencia territorial para conocer de la presente demanda, en virtud de lo resuelto en el Decreto de fecha 16 de junio de 2020, y comprobada la existencia de un convenio arbitral, en virtud del cual las partes, prima facie se comprometen y sujetan a resolver las discrepancias e interpretación de la cuestión litigiosa a través de dicha institución, a la vista de la cláusula vigésimo novena del contrato de fecha 23 de agosto de 2019, aportado con la demanda como documento n.º 1, procede analizar si, de la redacción del mismo, y del motivo de oposición planteado por el demandado, se desprende que era necesario un acuerdo de ambas partes para que la cuestión se sometiera a una decisión arbitral, o por el contrario, el acuerdo sería necesario para evitar que el arbitraje se llevara a cabo. Y así, tenemos que aseverar que la conclusión a la

que llega la parte demandada no se compadece con la interpretación literal de la cláusula que constituye el convenio arbitral suscrito entre ambas partes, ya que tal cláusula se refiere clara y específicamente a los conflictos que pueden surgir en relación con la interpretación o ejecución del contrato, al recoger literalmente que "las Partes acuerdan se someterán expresamente, y con renuncia a su propio fuero, a arbitraje de derecho, con un solo árbitro nombrado por el tribunal competente a petición de cualquiera de ellas..." y que sólo en el caso de que el arbitraje no llegara a realizarse se someterían a la jurisdicción de los Juzgados y Tribunales competentes, y ello por dos únicos motivos, como son "por mutuo acuerdo o fuese declarado nulo". Conforme al art. 1281 Cc, "Si los términos de un contrato son claros y no dejan duda sobre la intención de los contratantes, se estará al sentido literal de sus cláusulas." Y en este sentido, no existe duda alguna de que ambas partes acordaron un convenio arbitral para dirimir sus controversias, y sólo en el caso de que ambas partes, de común acuerdo, decidieran no someterlas a la decisión arbitral, se someterían a la decisión de la Jurisdicción ordinaria. La interpretación literal del convenio muestra claramente que la controversia estaba sometida a la decisión arbitral, y sólo en el caso de que existiera mutuo acuerdo para que no se sometiera a tal decisión arbitral, sería competente la jurisdicción ordinaria para conocer de la controversia que surgiera entre ambas partes. No podemos atender, por ello, a la pretensión de la parte demandada en cuanto a lo que manifiesta en el acto de la vista, en cuanto a que no ha existido mutuo acuerdo para el sometimiento de la controversia a la decisión de un árbitro, porque precisamente es tal falta de acuerdo en el nombramiento de un árbitro lo que ha motivado que la parte actora deba interponer la presente demanda, ya que, para este Tribunal ninguna duda existe en cuanto a que la cuestión litigiosa planteada ha de ser sometida a la tan citada decisión arbitral. Por todo ello, procede la estimación de la demanda con todos los pronunciamientos favorables (...). Siendo procedente, pues, el nombramiento de un árbitro que decida, como árbitro en derecho, la controversia anunciada en la demanda, esta Sala, tal y como dispone el art. 15.6º LA, atendiendo a la naturaleza de la contienda que se pretende dirimir, acude para tal designación al Listado de la Corte de Arbitraje del ICAM, en cuanto que Corte idónea para ello y, en concreto, de los árbitros especializados en Derecho contractual civil y mercantil. A tal fin, y partiendo de la letra comenzando por la letra B — según Resolución de 21 de julio de 2020, de la Secretaría de Estado de Política Territorial y Función Pública, por la que se publica el resultado del sorteo a que se refiere el Reglamento General de Ingreso del Personal al Servicio de la Administración del Estado. BOE n.º 201, de 24 de julio de 2020, página 56755 —, continúa de forma rigurosa, desde el último designado por este Tribunal, el orden de la lista remitida por el Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, ordenada alfabéticamente, y confecciona el siguiente elenco de árbitros, especializados en Derecho contractual civil, para su posterior sorteo entre ellos de un árbitro titular y dos suplentes, a presencia de las partes y de la Letrado de la Administración de Justicia de esta Sala, de conformidad con lo dispuesto en el art. 15.6º LA/2003».

PROCEDE EL NOMBRAMIENTO DE ÁRBITRO, PUES NO CABE DUDA ACERCA DE LA NATURALEZA ARBITRAL DE LA PRETENSIÓN QUE YACE EN EL FONDO DEL ASUNTO (STSJ MADRID CP 1ª 18 NOVIEMBRE 2020)

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Civil y Penal, Sección Primera, de 18 de noviembre de 2020 (ponente: David Suárez Leoz), procede a la designación de árbitro razonando del siguiente modo:

«(...) De conformidad con lo dispuesto en el art. 15.2º.a) LA, ante la falta de acuerdo de las partes concernidas por un convenio arbitral, en el arbitraje con un solo árbitro, éste será nombrado por el Tribunal competente a petición de cualquiera de aquellas. El art. 15 de la vigente Ley de Arbitraje dispone en su ap. 3 que, si no resultare posible designar árbitros a través del procedimiento acordado por las partes, cualquiera de ellas podrá solicitar al Tribunal competente el nombramiento de los árbitros o, en su caso, la adopción de las medidas necesarias para ello. Asimismo, el apartado 5 de este artículo establece que el Tribunal únicamente podrá rechazar la petición formulada cuando aprecie que, de los documentos aportados, no resulta la existencia de un convenio arbitral. En este sentido, en la Exposición de Motivos de la Ley de Arbitraje se especifica el alcance de dicha previsión legal del siguiente modo: "... debe destacarse que el juez no está llamado en este procedimiento a realizar, ni de oficio ni a instancia de parte, un control de validez del convenio arbitral o una verificación de la arbitrabilidad de la controversia, lo que, de permitirse, ralentizaría indebidamente la designación y vaciaría de contenido la regla de que son los árbitros los llamados a pronunciarse, en primer término, sobre su propia competencia. Por ello el juez solo debe desestimar la petición de nombramiento de árbitros en el caso excepcional de inexistencia de convenio arbitral, esto es, cuando prima facie pueda estimar que realmente no existe un convenio arbitral; pero el juez no está llamado en este procedimiento a realizar un control de los requisitos de validez del convenio" (ap. IV, segundo párrafo, in fine). Expuestas las anteriores consideraciones legales que atribuyen a esta Sala únicamente la competencia para el nombramiento de árbitros cuando no pudiera realizarse por acuerdo de las partes, debemos limitarnos a comprobar, mediante el examen de la documentación aportada junto con la demanda, la existencia o no del convenio arbitral pactado entre las partes y, en su caso, que se ha realizado el requerimiento a la parte contraria para la designación de árbitros, la negativa a realizar tal designación por la parte requerida y el transcurso del plazo pactado o legalmente establecido para la designación (...). De conformidad con el art. 21.1º LEC, aplicable al procedimiento en el que nos encontramos, dada la remisión del art. 15.4º LA a los trámites del juicio verbal y por tanto a las normas de general aplicación de la LEC, "Cuando el demandado se allane a todas las pretensiones del actor, el tribunal dictará sentencia condenatoria de acuerdo con lo solicitado por éste, pero si el allanamiento se hiciera en fraude de ley o supusiera renuncia contra el interés general o perjuicio de tercero, se dictará auto rechazándolo y seguirá el proceso adelante." Sobre este marco podemos añadir cuanto se refiere a la verificación de los requisitos exigibles para culminar el procedimiento con el pronunciamiento al que se aquieta la demandada. No cabe duda acerca de la naturaleza arbitral de la pretensión que yace en el fondo del asunto (la delimitación del ámbito de cobertura del seguro suscrito por la hoy demandante con la entidad aseguradora hoy demandada). La propia parte demandada así vino a reconocerlo, y por otra parte, también resulta acreditada la falta de acuerdo entre las partes en un primer momento, por

el deseo de la demandada de que fuera un tribunal arbitral y por un procedimiento ad hoc pactado, frente a la pretensión de la actora de que se tratara de un solo arbitro y con sometimiento a arbitraje institucional (...). En virtud de todo lo anterior, y siguiendo las pautas establecidas para el procedimiento de designación de árbitro en el art. 15.6º LA, procede disponer el nombramiento de un árbitro para la resolución de la controversia suscitada entre las partes».

DENEGACIÓN DEL EXECUÁTUR DE UN LAUDO EXTRANJERO, POR FALTA DE LA DEBIDA APOSTILLA NO SUBSANADA POR EL DEMANDANTE EN EL PLAZO PARA ELLO (ATSJ MADRID CP 1ª 18 NOVIEMBRE 2020)

Arbitraje — Laudo pronunciado en el extranjero — Reconocimiento y ejecución — Convención de Nueva York de 1958 — Traducción — Autenticidad del laudo — Apostilla — Execuátur: no.

El Auto del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Civil y Penal, Sección Primera, de 18 de noviembre de 2020 (ponente: David Suarez Leoz), inadmite una solicitud de execuátur de un laudo extranjero por defecto formal en la presentación de la misma. Entre otras consideraciones jurídicas afirma que:

«(...) El examen de la petición deducida ante esta Sala por la parte demandante, requiere comprobar si resultan o no cumplidos los requisitos formales que exige el art. IV del Convenio de Nueva York, de 10 de junio de 1958, sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales — aplicable por expresa referencia del art. 46.2º LA— que dispone que: "1. Para obtener el reconocimiento y la ejecución previstos en el artículo anterior, la parte que pida el reconocimiento y la ejecución deberá presentar, junto con la demanda : a) El original debidamente autenticado de la sentencia o una copia de ese original que reúna las condiciones requeridas para su autenticidad. b) El original del acuerdo a que se refiere el art. II, o una copia que reúna las condiciones requeridas para su autenticidad. 2. Si esa sentencia o ese acuerdo no estuvieran en un idioma oficial del país en que se invoca la sentencia, la parte que pida el reconocimiento y la ejecución de esta última deberá presentar una traducción a ese idioma de dichos documentos. La traducción deberá ser certificada por un traductor oficial o un traductor jurado, o por un agente diplomático o consular." También la LCJL, 29/2015, de 30 de julio, en su art. 54.4.º a), exige que, en el proceso de execuátur, que a la demanda se acompañe el original o copia auténtica de la resolución extranjera, debidamente legalizados o apostillados. En el presente caso, no se han cumplido los citados requisitos, como cabe comprobar en las actuaciones, ya que ni el laudo, ni su adendum, han sido presentados debidamente apostillados por el demandante, en el plazo legalmente concedido para subsanar tal defecto procesal. Procede, en consecuencia, desestimar la demanda de execuátur formulada por la mercantil actora».

ANULACIÓN DE UN LAUDO ARBITRAL AL APRECIARSE LA CADUCIDAD DE LA ACCIÓN (STSJ CASTILLA—LA MANCHA CP 1ª 19 NOVIEMBRE 2020)

Arbitraje — Acción de anulación — Caducidad de la acción — Incongruencia *extra petita* — Orden público.

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia Castilla—La Mancha, Sala de lo Civil y Penal, Sección Primera, de 19 de noviembre de 2020 (ponente: María del Carmen Piqueras Piqueras) estima una acción de anulación frente a un laudo arbitral en el expediente arbitral del Consejo Regional de Economía Social de Castilla—La Mancha. Razona, para ello, del siguiente modo:

«(...) La Cooperativa "Nuestra Señora del Egido" alega como causa de anulación de laudo arbitral n.º 9/2019, dictado en AR—12/2019, la desestimación de la caducidad de la acción de arbitraje opuesta por la Cooperativa en el procedimiento frente a los herederos de D.ª Isabel, por entender que desde la notificación (7 marzo 2019) del Acuerdo de la Asamblea General de la Cooperativa desestimatoria de la reclamación formulada por los socios de la Cooperativa, ahora parte demandada, frente a la calificación de baja injustificada declarada por el Consejo Rector, hasta la fecha que esa parte formuló la demanda arbitral, el día 5 de septiembre de 2019, habían transcurrido el plazo de 40 días de caducidad previsto en el art. 28.6º de la Ley de Cooperativas de Castilla—La Mancha. Alega que, tratándose de un plazo de caducidad, no admite interrupción; y que pese a ello, el laudo arbitral, tras afirmar que habían transcurrido más de los 40 días indicado, consideró que el cómputo del plazo quedó interrumpido por circunstancias concurrentes no caprichosas y que en definitiva tienden a la protección de las personas en situación de incapacidad (solicitud de nombramiento de defensor judicial para la madre de los actores que finalmente no fue necesaria debido al fallecimiento de esta, siguiendo los herederos los trámites inherentes al derecho sucesorio, hasta cuya conclusión —afirma el laudo— quedó interrumpido el plazo de caducidad de cuarenta días hábiles exigido por la normas). El plazo de caducidad a que se refiere el art. 54.6º del referido texto legal es de naturaleza sustantiva no procesal, porque la Ley de Arbitraje, a diferencia de la anterior que hablaba de "recurso" de anulación, hace referencia al ejercicio de la "acción" de nulidad, por lo que su cómputo se hace conforme a la legislación civil, no a la procesal; además, así se desprende de la Exposición de Motivos (ap. II) cuando en relación al art. 5 (notificaciones, comunicaciones y cómputo de plazos) explica que el cómputo de los plazos fijados por días, será por días naturales; de manera que debe ser ejercitado ineludiblemente en el tiempo determinado en la ley; se trata de un "plazo fatal", que implica la extinción de un derecho que nace con un plazo de vida, un derecho de duración limitada y se extingue por el transcurso de plazo sin necesidad de otro requisito; por ello la caducidad puede y debe ser apreciada de oficio, no siendo susceptible de interrupción. En este caso, hay que dar la razón a la Cooperativa demandante porque, en efecto, a la fecha de interposición de la demanda de arbitraje por los herederos legales de D.ª Isabel (5 septiembre 2019) había transcurrido sobradamente el plazo de caducidad de 40 días establecido en el art. 28.6º de la Ley de Cooperativas de Castilla—La Mancha, supuesto que el cómputo de dicho plazo se inició el 13 de marzo de 2019 (fecha de la notificación del acuerdo de la Asamblea General desestimatoria de la reclamación formulada por los socios de la Cooperativa, ahora parte demandada, frente a la calificación de baja injustificada declarada por el Consejo Rector). La demanda de arbitraje formulada el 20 de marzo de 2019 no pudo producir efecto alguno sobre el plazo de caducidad, porque es la propia parte representante

de D.^a Isabel la que declara no continuar el ejercicio de la acción ejercitada al desistir expresamente del procedimiento arbitral el 23 de abril de 2019. Las circunstancias motivadoras de esta decisión, que el laudo arbitral 9/19 considera atendibles para desestimar la caducidad alegada por la parte demandada (fundamentalmente el inicio de expediente de nombramiento de defensor judicial), podrían haber sido alegadas por el representante de la Sra. Isabel en el procedimiento en orden a permitir la obtención de los requisitos procesales exigidos por la Comisión de Arbitraje, pero resulta obvio que no pueden operar cuando se ha renunciado expresamente a la acción, pues por muy loable que sea el criterio del árbitro al dar cabida a las circunstancias particulares del caso para mantener viva la acción ejercitada, su admisión desdibujaría hasta hacer irreconocibles no solo la caducidad de la acción sino la propia figura del desistimiento, al vulnerar normas básicas que afectan a la seguridad jurídica como uno de los pilares del Estado de Derecho (art. 9.2º CE) en la medida que la sumisión a unas reglas de juego jurídico conocidas de antemano por todos facilita la buena fe en el tráfico jurídico y dota a las relaciones jurídicas de la fortaleza necesaria para la armonía social. Por todo ello, procede la estimación de la caducidad de la acción de arbitraje ejercitada por los herederos legales de la Sra. Isabel. En consecuencia, el análisis del resto de alegaciones y su resolución por la Sala solo serán aplicable, obviamente, al resto de los demandados (a los que así denominaremos)».

«(...) Sobre la vulneración del derecho de contradicción. La Cooperativa demandante se ampara en el art. 41.1º.f) LA para procurar la anulación del laudo arbitral 8/19, por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, concretamente de los derechos de audiencia y contradicción, a su vez exigidos por los arts. 24 y 30 LA, porque entiende que la cuestión debatida en el arbitraje (carácter justificado o injustificado de la baja de los socios demandantes del arbitraje —ahora demandados en el procedimiento de anulación de laudo— se resolvió por el árbitro sobre un documento (Estatutos de DCOOP) que no obra en el procedimiento arbitral, por lo que no tuvo conocimiento del mismo al objeto de haberlo podido impugnar. A juicio de la Sala, los Estatutos de DCOOP (ausentes del procedimiento arbitral, es cierto) no constituyen ni la única ni la principal prueba sobre la que el árbitro llega a la convicción de que la salida de la Cooperativa "nuestra señora..." de DCOOP generaba obligaciones o cargas a los socios de aquella, entendidos estos conceptos en sentido más amplio que el puramente económico, sino que el laudo apoya su convicción en la Ley 13/2013 de Fomento de la Integración de Cooperativas, en cuanto impone la obligación de que se haga constar expresamente en los estatutos de las cooperativas la obligación de los productores de entregar la totalidad de su producción para su comercialización en común, lo que supone que no pueda considerarse una mera relación instrumental o de colaboración sino que la integración en una cooperativa de segundo grado afectan a las actividades cooperativizadas y, por tanto, a la propia gestión de la Cooperativa "Nuestra Sra. del Egido", y en consecuencia a las relaciones ordinarias entre los socios y las cooperativas que se encuentran integradas dentro de DCOOP se han de ver afectadas necesariamente tanto en el momento de la entrada como en el de la salida de la cooperativa de primer grado en la de segundo. El árbitro hubiera llegado a la misma conclusión sin tomar en consideración los Estatutos de DCOOP, únicamente con fundamento en la citada Ley 13/2013. En consecuencia, la ausencia en el procedimiento arbitral del citado documento, no ha provocado lesión del derecho a la tutela judicial efectiva, no ha producido indefensión a la demandante, al haber resuelto el laudo la cuestión sometida a arbitraje con apoyo

en preceptos normativos vigentes, y mediante un argumento en absoluto arbitrario, sobre cuya rectitud jurídica no puede pronunciarse esta Sala en el estrecho margen del presente procedimiento, por lo que procede la desestimación de la alegación objeto del segundo motivo sobre el que la parte actora sostiene la anulación del laudo arbitral 8/19».

«(...) Sobre la incongruencia del laudo La última causa de anulación alegada es la incongruencia del laudo al negar la existencia de nuevas o distintas cargas sobre los socios a las suscritas con anterioridad a la salida de la Cooperativa "Nuestra de la DCOOP cargas, y finalmente calificar como justificada la baja de los socios demandados de aquella entidad. Entendiendo la congruencia como la adecuación de la parte dispositiva del laudo con lo sometido a su decisión, en una aplicación analógica del deber de congruencia de las sentencias, la Sala entiende que no concurre causa de anulación ni de la letra f) del art. 41.1º LA, ni de la letra c) del mismo precepto y norma, prevista expresamente para los supuestos en que los árbitros hayan resuelto sobre cuestiones no sometidas a su decisión. El árbitro se pronuncia sobre lo que le ha sido planteado: si es justificada o injustificada la baja de los socios demandados de la Cooperativa "Nuestra Sra. del Egido", considerando que no es injustificada, como había estimado la Cooperativa. Si lo que se denuncia es una suerte de "incongruencia interna", como contradicción entre los argumentos del cuerpo del laudo y el resultado final, debe hacerse ver que la entidad demandante parte de una premisa incompleta, cual es considerar como tal que el laudo niega la existencia de nuevas o distinta cargas sobre los socios a las suscritas con anterioridad a la salida de la Cooperativa "Nuestra Sra. del Egido" de la DCOOP, olvidando que tras esa afirmación sigue explicando que "hay que valorar el grado de compromiso y el contenido obligacional que ha conllevado la inicial incorporación a la entidad de grado superior y las consecuencias derivadas de la posterior salida", por las consideraciones a las que nos referimos en el fundamento de derecho anterior, esto es, por el grado de compromiso que acarrea la integración o la separación de la cooperativa de segundo grado. Por ello, partiendo de la constatación de que la separación de la Cooperativa "Nuestra Sra. del Egido" de la DCOOP ocasionaba obligaciones o cargas a los socios de aquella distintos a los suscritos con anterioridad a dicha separación (en el sentido expuesto), no es incongruente concluir que la baja de los socios no es injustificada; procediendo en consecuencia la desestimación de la última causa de anulación alegada por el demandante".

«(...) Recapitulando. Habiendo prosperado únicamente la primera causa de anulación alegada, esto es, la caducidad de la acción de arbitraje formulada por la representación de D.ª Isabel, procede la estimación parcial de la demanda y en consecuencia la anulación del laudo arbitral n.º 9/2019, de 23 de diciembre de 2019, dictado en el expediente arbitral AR—12/2019; y la desestimación del resto de pretensiones ejercitadas en la misma».

[<Vid. R. Hinojosa Segovia, "Anulación de un laudo arbitral por caducidad de la acción de arbitraje ejercitada (STSJ Castilla—La Mancha CP 1ª 19 noviembre 2020)", *supra*>],

DENTRO DE LOS PRINCIPIOS QUE CONFIGURAN EL ORDEN PÚBLICO, PARA LA ANULACIÓN DEL LAUDO SE ENCUENTRA EL PODER DE DISPOSICIÓN DE LAS PARTES REGIR SUS RELACIONES PRIVADAS (STSJ MADRID CP 1ª 19 NOVIEMBRE 2020)

Arbitraje — Arbitraje de alquileres — Autonomía de la voluntad convenio arbitral — Acción de anulación — Orden público — Laudo arbitral — Anulación.

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª de 19 de noviembre de 2020 (ponente: Francisco José Goyena Salgado) estima una acción de anulación frente al Laudo arbitral que dicta una árbitra única designada por la AEADE. Según esta sentencia:

«(...) La acción de anulación se ejercita al amparo de los motivos de nulidad contemplados en el art. 41.1º.c) y f) LA (...). A.— Se plantea en la presente demanda, como primer motivo de nulidad, el previsto en el ap. c) del art. 41.1º LA, que (...), se refiere a que el árbitro haya resuelto sobre cuestiones no sometidas a su decisión. En concreto se señala que la arrendadora en su demanda no solicita el pago de la cantidad de 191,01 euros, y, sin embargo, el laudo declara la resolución por el adeudo de la citada cantidad. El Laudo, tras el examen de la prueba practicada y que oportunamente detalla, considera acreditado que, por el concepto de deducciones indebidas, como es el caso de reparaciones menores, la arrendataria debe la cantidad de 91 €, y por el concepto de cantidades debidas (facturas de agua), tras la compensación que realiza con un pago de renta superior al pactado, resulta una deuda final de 100.01 €. En total 191,01 €. Ciertamente, señala que "la arrendataria sería deudora por la cifra de 191,01 €, con la peculiaridad de que su abono no se solicita en la demanda por la actora, aunque fundamente la resolución contractual." Al respecto hay que señalar las siguientes consideraciones: a) El examen de la demanda de arbitraje, que consta en las actuaciones y que no ha sido cuestionado, establece en el apartado primero, relativo a los hechos: "El contrato de arrendamiento ha resultado incumplido por el motivo siguiente: —Impago enero 2019. —Deducción de gastos no justificados — Pagos atrasados, pagados a través de denuncia. Y solicita que el árbitro se pronuncie sobre: —Resolución del contrato de arrendamiento suscrito. — El desalojo y, en su caso, el lanzamiento del inquilino del inmueble. — El importe de las rentas debidas y las que se adeuden hasta la fecha de la efectiva toma de posesión del inmueble. — Que se condene al pago de las costas arbitrales al demandado. — Otros: necesidad propia. b) Aun cuando no se reclamara, expresamente, la cantidad que establece el Laudo como debida, lo que no deja de reconocer la parte demandada en este procedimiento, al manifestar que no se reprodujo dicha petición de condena en el suplico, al no estar asesorada —la demanda se configura sobre la base de un modelo—, lo cierto es que eran cantidades debidas en cuanto impagadas al tiempo de formular la demanda. c) Lo anterior, si bien justificaría que la árbitra entrara en el examen de la cuestión, puesto que a tenor de la demanda arbitral estaba en el debate por haber sido introducida en los hechos, sin embargo, al no ser una de las peticiones del suplico, sobre las que se solicitaba un pronunciamiento, ya que quedaba limitado al impago de rentas debidas y de las que se adeuden hasta la fecha de la efectiva toma de posesión del inmueble, sin embargo, no puede servir, por tanto, para decretar el efecto resolutorio del contrato de arrendamiento, por el impago de dichos 191.01 €, en cuanto no reclamados, con lo que claramente se excede del alcance del compromiso arbitral pactado. B.— Como segundo motivo de nulidad se alega ser el laudo contrario al orden público y ello en relación a dos circunstancias: el no posibilitar el ejercicio de la facultad de enervar el desahucio,

procediendo al pago de las cantidades debidas, al haberse procedido a una compensación de deudas, y la no acreditación de la necesidad esgrimida por la arrendadora, para dar lugar a la expiración del plazo y consiguiente resolución el contrato de arrendamiento. En relación a la segunda cuestión cabe hacer las siguientes consideraciones: a) La facultad de resolver el contrato de arrendamiento, por causa de necesitar la vivienda arrendada la parte arrendadora, como ya exponíamos, está contemplada en la ley de Arrendamientos Urbanos y expresamente se preveía en el contrato locativo, en su cláusula tercera, párrafo tercero, tal como se recoge en el laudo, con el siguiente contenido que reproducimos: "... la arrendadora tendrá derecho a ocupar la vivienda arrendada a partir del primer año de celebración del presente contrato, para destinarla a vivienda permanente para sí o sus familiares en primer grado de consanguinidad o por adopción o para su cónyuge en los supuestos de sentencia firme de separación, divorcio o nulidad matrimonial (art. 9.3º Ley Arrendamientos Urbanos). Dicha comunicación deberá hacerse con al menos dos meses de antelación a la fecha en la que la vivienda se vaya a necesitar a (sic) la arrendataria estará obligada a entregar la finca arrendada en dicho plazo si las partes no llegan a un acuerdo distinto." La cláusula contractual reproduce el precepto legal citado. Son requisitos para el válido ejercicio de dicha causa de extinción del contrato de arrendamiento: La existencia de una causa en la arrendadora o en las personas que se relacionan en la norma, que determine la necesidad de ocupar la vivienda arrendada; que haya transcurrido el plazo de un año desde la formalización del arriendo y la comunicación de dicha necesidad y la consecuencia de la extinción del contrato, con al menos dos meses de antelación a la fecha en que la vivienda se vaya a necesitar. En el caso presente, no obra en nuestras actuaciones la correspondiente prueba practicada en el procedimiento arbitral, pero, no obstante, partiendo precisamente de la valoración de la prueba que hace la árbitra y que plasma en el laudo, va a resultar procedente la estimación del motivo. Contiene el laudo, en su fundamento tercero, párrafo 5º, el siguiente razonamiento: "La alegación de que lo necesitaba la arrendadora por encontrarse en situación de incapacidad física, aparte de que tal circunstancia no ha sido acreditada por la mera petición de su reconocimiento por la Comunidad de Madrid, de la que no consta si lo ha otorgado o no, resulta intrascendente por innecesaria a la luz del contrato, basta la mera manifestación de la voluntad de ocuparlo por la propietaria pasada la primera anualidad del contrato en los términos del contrato". En definitiva, el laudo estima la concurrencia de la causa de extinción, con base en la simple y pura comunicación, transcurrido el plazo de la primera anualidad, de necesitar la arrendadora la vivienda para sí, a pesar de que la propia árbitra considera que no está acreditada la alegada causa de necesidad. Dicho razonamiento no es admisible, ya que el presupuesto para el éxito de la acción de extinción del contrato de arrendamiento, por la causa prevista en el art. 9.3º LAU, — como para cualquier otra—, por necesitar la vivienda para sí o las personas descritas en el precepto, y que tiene su correlato en la correspondiente cláusula contractual pactada, además del transcurso de la primera anualidad del arriendo y del cumplimiento del preaviso previsto, es la acreditación de la causa que motiva la necesidad. No basta con la mera comunicación de necesitar la vivienda por parte del arrendador, sino que debe acreditarlo si se impugna por la parte arrendataria, como es el caso presente. Lo anterior es consecuencia de lo previsto en el art. 217.2º LEC, así como de lo que disponen los arts. 1091, 1256 y 1258 todos del Código Civil. No cabe duda que la falta de acreditación de la causa de extinción del contrato que se alega, determina que no pueda darse por concurrente y en definitiva, de estimarse con base en la mera notificación de

necesitar la vivienda, como indica el laudo, equivaldría a convertirse en una mera manifestación de voluntad unilateral, sin eficacia jurídica para dejar sin efecto el contrato suscrito y las obligaciones que de él se derivan. No entra la Sala a examinar la valoración de la prueba realizada por la árbitra, sino que, partiendo de la que hace, que supone la afirmación de la falta de acreditación de la necesidad alegada por la arrendadora, establecer la aplicación errónea del precepto y la consecuencia anudada a ello, esto es la extinción del contrato arrendaticio. La voluntad de las partes que suscribieron el contrato de arrendamiento, fue la de pactar una determinada duración, que debe respetarse, pues rige el principio de autonomía de la voluntad, sin perjuicio de que pueda ser excepcionado en los casos y por las causas legalmente previstas. Siendo la autonomía de la voluntad, uno de los principios rectores del derecho civil, en cuanto que es una de las fuentes de las obligaciones y de los contratos, con valor de ley entre las partes, debe mantenerse y respetarse, y en el caso presente, la incorrecta interpretación de la norma legal y contractual aplicada por el laudo, dando lugar a la resolución del contrato arrendaticio y en definitiva a su extinción, vulnera el orden público al resultar contrario a dichos principios por ser arbitraria la conclusión que se alcanza. En su reciente sentencia de fecha 15 de junio de 2020, el Tribunal Constitucional ha señalado: Es jurisprudencia reiterada de este Tribunal la de que por orden público material se entiende el conjunto de principios jurídicos públicos, privados, políticos, morales y económicos, que son absolutamente obligatorios para la conservación de la sociedad en un pueblo y en una época determinada (SSTC 15/1987, de 11 de febrero; 116/1988, de 20 de junio; y 54/1989, de 23 de febrero), y, desde el punto de vista procesal, el orden público se configura como el conjunto de formalidades y principio necesarios de nuestro ordenamiento jurídico procesal, y solo el arbitraje que contradiga alguno o algunos de tales principios podrá ser tachado de nulo por vulneración del orden público. Puede decirse que el orden público comprende los derechos fundamentales y las libertades garantizados por la Constitución, así como otros principios esenciales indisponibles para el legislador por exigencia constitucional o de la aplicación de principios admitidos internacionalmente". Dentro de estos principios que configuran el orden público, se encuentra el poder de disposición de las partes para, conforme a la autonomía de la voluntad, regir sus relaciones privadas, con el límite, no obstante, de que no se contravenga las leyes, la moral ni otros principios de orden público superiores. Procede, en consecuencia, como avanzábamos, estimar este segundo motivo de oposición. Con ello, a juicio de la Sala, deben rechazarse las dos razones por las que el Laudo examinado resuelve el contrato de arrendamiento litigioso, sin necesidad de entrar en el examen del tercer motivo de nulidad, anudado a la facultad de enervación de las rentas impagadas. Como corolario de lo anterior, procede declarar la nulidad del laudo arbitral dictado».

LA CLÁUSULA ARBITRAL QUE SE EXAMINA NO ES INCOMPATIBLE CON LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 27 DE JUNIO DE 2017 (SAP MADRID 11ª 19 NOVIEMBRE 2020)

Arbitraje — Convenio arbitral — interpretación, cumplimiento y ejecución de las cláusulas del CMOF — Jurisprudencia sobre los swap.

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección Decimoprimera, de 19 de noviembre de 2020 (ponente: Cesáreo Francisco Duro Ventura) confirma la sentencia de instancia que estimó íntegramente la demanda interpuesta por la entidad Colegio Nova Hispalis, Sociedad Cooperativa Madrileña declarando la anulabilidad de la confirmación de los contratos de permuta financiera de tipos de interés suscritos con Banco Santander S.A. y Caixabank S.A. el 25 de junio de 2009, condenando a Banco Santander a restituir a la actora la cantidad de 2.347.409 euros con intereses desde la fecha de cada pago de las liquidaciones y cancelación de la permuta financiera, y con condena a Caixabank a restituir a la actora la cantidad de 2.347.409 euros con intereses desde la fecha de cada pago de las liquidaciones y cancelación de la permuta financiera, y con imposición de costas a las demandadas. Entre otras cosas la Audiencia afirma que:

«(...) Por una cuestión de sistemática la Sala ha de abordar en primer lugar la alegación hecha por Caixabank S.A. en petición de nulidad de la sentencia por falta de competencia del juzgado de instancia en atención a la cláusula de sometimiento a arbitraje contenida en el CMOF y anexo. La juez de instancia resolvió esta cuestión al desestimarla declinatoria interpuesta por auto de 26 de octubre de 2018 (...), confirmado por otro de 27 de noviembre de 2018 desestimatorio del recurso de reposición interpuesto por la parte (...) fundamentalmente con invocación de la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de junio de 2017, argumento que rechaza ahora la recurrente Caixabank S.A. al mantener la excepción; en el criterio de la parte recurrente aquella sentencia del Alto Tribunal no comparte similitud con la cláusula que aquí nos ocupa toda vez que en aquel supuesto la cláusula arbitral se refería a la interpretación, cumplimiento y ejecución de las cláusulas del CMOF, limitación esencial en el criterio de la decisión del Tribunal Supremo que aquí no concurre, siendo así que en la estipulación primera del CMOF se establece que "las operaciones financieras que se convengan a su amparo mediante el correspondiente documento de confirmación se entenderán integradas en el objeto del presente contrato marco...", de modo que "el presente contrato marco y las operaciones se integran en una relación comercial única entre las partes, regida por el Contrato Marco...", y la estipulación 17ª del anexo 1 del propio CMOF dispone como cláusula compromisoria que "para la solución de cualquier cuestión litigiosa derivada de este contrato las partes se someten al arbitraje de derecho del Tribunal Arbitral de Barcelona, de la Asociación Catalana para el Arbitraje, a quien se le encomienda la designación del árbitro o árbitros y administración del arbitraje", cláusula por tanto omnicomprendiva que no limita las cuestiones sometidas a arbitraje, como habrían entendido las sentencias de Audiencias Provinciales que invoca en el recurso. La Sala no comparte el criterio de la recurrente, ni desde luego la aseveración de que la cláusula que aquí examinamos y que antes hemos extractado sea "incompatible con la sentencia del Tribunal Supremo" antes referida (...).

De modo que no es lo relevante solo el hecho de que la redacción dada al CMOF en este caso intente ser omnicomprendiva, pues también lo era en el supuesto examinado por el Tribunal Supremo aun cuando tras la expresión genérica a toda controversia o conflicto que se derive del Contrato Marco se añadiesen las referencias a la interpretación, cumplimiento y ejecución, sino que lo esencial es que la cláusula arbitral se incluye en ese CMOF (anexo) y no en la confirmación del producto finalmente contratado y que nos ocupa al pedirse su anulación, los swap, inclusión a la que es perfectamente aplicable en el criterio del Tribunal lo expresado en la sentencia del

Tribunal Supremo sobre la inclusión del convenio arbitral en un contrato de adhesión, su interpretación e insuficiencia para extenderse más allá del Contrato Marco en que se inserta. Así lo expresa la sentencia que extractamos en términos que se nos antojan claros: "... La anulación de los contratos de swap y put por error que vicia el consentimiento no puede ser considerado propiamente una controversia o conflicto que derive del contrato marco, su interpretación, cumplimiento y ejecución. Por tal razón, no puede entenderse comprendida entre las materias sometidas a arbitraje en el convenio arbitral contenido en dicha condición general. La cuestión a decidir no es, por tanto, si Banco Popular, cuando predispuso la cláusula, tuvo la intención de que las acciones de nulidad de los contratos de swap o put concertados mediante confirmaciones del CMOF se sometieran a arbitraje. Lo decisivo es, a la vista de la redacción que se dio a la cláusula y de las cuestiones a las que se hacía expresa referencia en la misma, si puede considerarse que el adherente ha aceptado de manera clara e inequívoca la sumisión de determinadas cuestiones a arbitraje y la correlativa renuncia a que las controversias que puedan surgir sobre las mismas sean decididas por un tribunal de justicia. Y, como razona correctamente la Audiencia Provincial, no puede aceptarse que en este caso Agrumexport, al prestar su consentimiento al contrato de adhesión que le fue propuesto por Banco Popular, hubiera aceptado clara e inequívocamente someter a arbitraje cuestiones que distintas de la interpretación, cumplimiento y ejecución de las cláusulas del CMOF y, en concreto, la anulación por error vicio del contrato swap y del contrato put concertados en el ámbito de dicho contrato marco." Y ello no considera la sala que haya de cambiar su sentido por el hecho de que se suprimiese la referencia a la interpretación, cumplimiento y ejecución del CMOF, pues lo esencial es que la anulación por error del contrato swap no es cuestión que deriva del contrato marco y hace quebrar la aceptación clara e inequívoca del convenio arbitral».

[<Vid. F.G. ProI, "Confirmación de la doctrina del Tribunal Supremo sobre swaps: SAP Madrid de 19 noviembre 2020", en la Sección Sentencia seleccionada, *supra*>]

LAS CAUSAS DE ANULACIÓN QUE SE CONTIENEN EN EL ART. 41.1º LA NO PUEDEN SER INTERPRETADAS EN EL SENTIDO DE PERMITIR UN CONTROL SOBRE EL FONDO (STSJ GALICIA CP 1º 24 NOVIEMBRE 2020)

Arbitraje — Acción de anulación — Juntas arbitrales de transportes — Orden público. — Revisión del fondo — Anulación improcedente.

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, Sala de lo Civil y Penal, Sección Primera, de 24 de noviembre de 2020 (ponente: Fernando Alañón Olmedo) desestima la demanda formulada por la Sociedad Estatal Correos y Telégrafos S.A., contra A.C., S.L., y en consecuencia absuelve a la parte demandada de la pretensión deducida contra la misma, cifrada en la nulidad del laudo dictado por la Junta Arbitral de Transportes de Galicia. Las consideraciones jurídicas son las siguientes:

«(...) Como primer motivo de impugnación del laudo cuya anulación se pretende, se invoca por la demandante, al amparo del art. 40.1º.c) LA/2003, que los árbitros han resuelto sobre cuestiones

no sometidas a su decisión. Razona la demandante que se omiten en el laudo razonamientos que pudieran justificar la no aplicación de la Ley 15/2009 del Contrato de Transporte Terrestre de Mercancías en cuanto a la limitación de la indemnización decidiendo exclusivamente en relación al dolo civil, concepto que no fue invocado por la demandante en su pretensión. El dolo civil se acoge en el entendimiento de que no ha tenido lugar una gestión diligente en la localización del envío. En definitiva, no cabe resolver sobre aspectos no aducidos sin que, en consecuencia, se haya dado a la Sociedad Estatal de Correos y Telégrafos S.A. la oportunidad de aportar elementos de prueba que hubieran impedido acoger la tesis de la demandante. Como ya dijimos en nuestra sentencia 60/2015, del 3 de diciembre, con cita de las de 2 de mayo y 23 de octubre de 2012 y 4 de febrero de 2013, lo que el art. 41.1º,c) contempla no es sino la presencia de un laudo incongruente (...). Es incuestionable que la respuesta que da el laudo arbitral, ceñida a la estricta pretensión deducida, es congruente pues otorga la indemnización solicitada. En realidad, lo que sostiene la demandante es que la resolución arbitral se apartó de la causa de pedir esgrimida en la demanda arbitral, acogiendo una institución no expresamente aducida por la demandante en aquel proceso privado. Una sentencia será incongruente si concede más de lo pedido (ultra petita) "o se pronuncia sobre determinados extremos al margen de lo suplicado por las partes (extra petita)", situación esta última en la que parece ubica la demandante su pretensión anulatoria. La causa de pedir se conforma por el conjunto de hechos con trascendencia jurídica invocados por la demandante para el logro de la consecuencia jurídica pretendida. La causa de pedir no puede identificarse con el nombre de la institución cuya intervención se pretende pues sobre la base de los hechos aducidos por las partes corresponde al órgano judicial la aplicación del derecho pertinente, imperativo el anterior al que responde el brocardo iura novit curia y en consecuencia acudir a la figura o institución jurídica pertinente. Pues bien, desde la propia consideración de la demanda rectora de la presente litis no podemos sino descartar aquella posibilidad. La demanda arbitral se apoyaba en un incumplimiento contractual de la contratista, esa es la causa de pedir que integra la pretensión de la demandante en aquel procedimiento. La consideración del dolo civil no es más que la calificación jurídica de aquel comportamiento incumplidor, no integra per se la causa de pedir. Los hechos sirven de base para aquella calificación, acertada o no, pero en modo alguno pueden entenderse alterados. Es la falta de entrega de la mercancía lo que integra la causa de pedir de la demanda arbitral así como las circunstancias de la prestación de la demandada en aquel proceso privado, extremos detallados, en la medida que lo fueron, en la demanda arbitral. Consecuencia de lo razonado es la inviable consideración de que el laudo pueda ser incongruente y, correlativamente, pueda ser anulado sobre la base de la causa invocada por la demandante (...). La consecuencia no puede ser otra que declarar que este momento procesal, esta instancia de revisión del laudo, no es apta para debatir esa cuestión pues de otro modo carecería de sentido la dicción del citado art. 39 cuya finalidad última no es otra que "agilizar el proceso arbitral y evitar actuaciones judiciales, por cuanto la demanda de impugnación por motivos de nulidad es un remedio excepcional en nuestras leyes procesales que exige el agotamiento de los recursos pertinentes, entre los que se encuentra su denuncia antes de recaer resolución definitiva a efectos de previa subsanación o, en este caso, rectificación por el mismo órgano que dicta la resolución y por eso el art. 40 LA prevé la demanda de nulidad sólo frente al laudo definitivo, una vez intentado el complemento, aclaración o corrección", tal y como indicábamos en la resolución señalada. Asimismo se añadía que "Este principio procesal se encuentra recogido con carácter general

también, entre otros, en el art. 241.1º LOJ y en el art. 228.1º LEC, que constituyen el contexto integrador de la Ley de Arbitraje." Con arreglo a lo anterior, ni nos hallamos ante una situación de incongruencia ni, en el caso de que así fuera, la demandante ha utilizado los cauces precisos para su corrección, lo que supone el rechazo de la primera de las posiciones utilizadas para la declaración de nulidad del laudo cuestionado».

«(...) Como segundo motivo, al amparo de lo dispuesto en el art. 40.1º.f) LA/2003, se denuncia que el laudo es contrario al orden público. Tras dar el concepto de orden público sostiene que el laudo provoca una indefensión real y material constitucionalmente relevante, constitutiva de vulneración del orden público, por dos motivos, el primero referente a la falta de motivación para no aplicar la normativa adecuada, el segundo por haber acogido la figura del dolo civil, no invocada por la contraria. Integra la demandante la figura del orden público con el art. 24.1º CE en relación con la necesidad de que las resoluciones judiciales aparezcan debidamente motivadas y no supongan una apreciación arbitraria de la legalidad, o inaplicación del mismo carácter de la propia legalidad. Se sostiene que el laudo impugnado presenta una deficiente motivación, soslayando la aplicación de la normativa correspondiente que dibuja una limitación de la responsabilidad del transportista. En cuanto a la apreciación del dolo civil, considera que no se ha acreditado su existencia. La resolución de la cuestión pasa por traer a colación la reciente sentencia 46/2020, de 15 de junio, del Tribunal Constitucional. En esta resolución se cuestiona el ensanchamiento del concepto de "orden público" que lleva a permitir una revisión del fondo del litigio por el órgano judicial, lo que supone invadir indebidamente el cometido que pertenece con carácter exclusivo a los árbitros. Esa invasión del fondo del asunto, continúa diciendo la sentencia, desborda el ámbito de la acción de anulación y desprecia "el poder de disposición o justicia rogada de las partes del proceso". Con cita de la sentencia del mismo Tribunal 1/2018, de 11 de enero, se recuerda que en el arbitraje se produce una renuncia al ejercicio de un derecho fundamental en la actuación de la legítima autonomía de la voluntad. El derecho renunciado es el reconocido en el art. 24 CE y no podemos sino entender que se está ante una renuncia puntual, para el caso y circunstancias concretas, sin que por ello se quebrante derecho constitucional alguno ni suponga renuncia general más allá de la concretamente deducida. Sobre la revisión que los órganos jurisdiccionales pueden llevar a cabo del laudo, se afirma en la resolución que se glosa, que solo es de contenido formal, sin que quepa valorar el acierto o equivocación de la decisión que se contiene en el laudo. Es así por cuanto las causas de anulación que se contienen en el art. 41.1º LA no pueden ser interpretadas en el sentido de permitir un control sobre el fondo pues de esa manera el arbitraje quedaría desnaturalizado al contar con los mismos cauces que cualquier proceso, con pérdida de las ventajas que en el tráfico ofrece, fundamentalmente la celeridad en la decisión y la inmediata consecución de la firmeza y ejecutividad. Item más y siguiendo a la misma sentencia que cita jurisprudencia del Tribunal de Justicia (STJCE de 26 de octubre de 2008, asunto Mostaza Claro, C—168/05), la anulación del laudo solo puede obtenerse en casos excepcionales, lo que da idea de la necesidad de interpretación no extensiva sino restrictiva del concepto de orden público en el momento de entrar a verificar la regularidad del laudo desde la perspectiva del análisis de la acción de anulación. En cuanto al concepto de orden público, se recuerda que por "orden público material se entiende el conjunto de principios jurídicos públicos, privados, políticos, morales y económicos, que son absolutamente obligatorios para la conservación de la sociedad en un pueblo

*y en una época determinada (SSTC 15/1987, de 11 febrero; 116/1988, de 20 junio, y 54/1989, de 23 febrero), y, desde el punto de vista procesal, el orden público se configura como el conjunto de formalidades y principios necesarios de nuestro ordenamiento jurídico procesal, y solo el arbitraje que contradiga alguno o algunos de tales principios podrá ser tachado de nulo por vulneración del orden público" (...). Sentado que la vulneración del principio de orden público la centra la demandante en la ausencia absoluta de motivación y que conforme a lo indicado, la interpretación de aquel concepto deberá hacerse de manera restrictiva pues solo cabe apreciar su quebranto en situaciones excepcionales, no podemos coincidir con la demandante en su apreciación de vulneración de su derecho a obtener una resolución motivada. La explicación de la situación, al margen del acierto de la resolución que se combate, pasa necesariamente por atender a la normativa especial cuya aplicación es pertinente para la resolución del litigio. Y efectivamente, como señala el art. 57 de la Ley 15/2009, de 11 de noviembre, del contrato de transporte terrestre de mercancías, la indemnización por pérdida o avería no podrá exceder de un tercio del Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples/día por cada kilogramo de peso bruto de mercancía perdida o averiada, pero también dice el art. 62 del mismo texto legal que "no se aplicarán las normas del presente capítulo que excluyan o limiten la responsabilidad del porteador o que inviertan la carga de la prueba, cuando el daño o perjuicio haya sido causado por él o por sus auxiliares, dependientes o independientes, con actuación dolosa o con una infracción consciente y voluntaria del deber jurídico asumido que produzca daños que, sin ser directamente queridos, sean consecuencia necesaria de la acción". Pues bien, la motivación del laudo es, a juicio de la Sala, suficiente. La alusión al concepto de dolo civil, ante la alegación de la demandada en el procedimiento arbitral de la limitación de la responsabilidad de la transportista, puede ser interpretada, sin necesidad de especial esfuerzo de argumentación, que lo que el laudo acoge es la excepción del art. 62 a la regla general contenida en el art. 57 de la ley citada. Así las cosas, no podemos considerar, en modo alguno, que la resolución arbitral no esté motivada pues, reiteramos, integrando su contenido con las alegaciones de las partes y la consideración de la normativa aplicable, claramente se induce cuál ha sido la posición del colegio arbitral para resolver la controversia, al margen de la valoración de su acierto. Por consiguiente y siguiendo con la argumentación contenida en la demanda, el laudo sí da respuesta, implícitamente, a la posición de la demandada en el procedimiento arbitral pues la consideración del dolo viene a suponer, de facto, la aplicación de la excepción del régimen general de limitación de la responsabilidad del transportista y, en segundo lugar, el acierto o equivocación en la apreciación del dolo sobre la base de las alegaciones fácticas efectuadas por la demandante en aquel proceso, es cuestión que queda extramuros del ámbito de conocimiento permitido a la acción de anulación del laudo arbitral, conforme se argumentó *ut supra*, porque, en definitiva, la demandante lo que pretende es que por parte de esta Sala se revalore la prueba y se acoja una decisión acorde con la posición mantenida en el proceso arbitral por la transportista. Con arreglo a lo indicado no cabe sino rechazar la argumentación de la demandante y, en consecuencia, desestimar la demanda rectora de litis».*

LAS CUESTIONES PLANTEADAS POR LA PARTE EJECUTADA NO PUEDEN TENER RESPUESTA DENTRO DEL INCIDENTE DE OPOSICIÓN AL DESPACHO DE EJECUCIÓN DEL LAUDO ARBITRAL (AAP MADRID 14ª 27 NOVIEMBRE 2020)

Arbitraje — Laudo arbitral — Despacho de ejecución — Estimación.

El Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección Decimocuarta, de 27 de noviembre de 2020 (ponente: Juan Lucas Uceda Ojeda) confirma la decisión del Juzgado de Primera Instancia n.º 101 de Madrid que desestimó la oposición a la demanda ejecución de un laudo arbitral. Afirma, entre otras cosas que:

«(...) La oposición se concretó en los dos siguientes motivos, en primer lugar un defecto procesal, art. 559.4º LEC, ya que nos encontramos ante un laudo no protocolizado notarialmente por lo que no es posible apreciar su autenticidad, y en segundo lugar aludió a la precaria situación económica en que se encontraba, la carencia de ingresos, rentas u otro tipo de bienes para hacer pago a la cantidad por la que se ha despachado ejecución y la situación de vulnerabilidad de la familia, entre la que se encuentra D.ª Casilda, hija de la ejecutada, que se encuentra afectada por un grado de discapacidad del 67%. En la resolución apelada el Juzgado de Instancia manifestó que la falta de protocolización del laudo no es un requisito, sine que non, para la admisión de la demanda de ejecución forzosa. La ley de arbitraje establece una facultad, así el art. 37.8º dispone que El laudo podrá ser protocolizado notarialmente. Cualquiera de las partes, a su costa, podrá instar de los árbitros, antes de la notificación, que el laudo sea protocolizado`" y que el art. 556 LEC no regulaba entre las causas de oposición la mala situación económica de la parte ejecutada o su situación de vulnerabilidad».

«(...) El auto del Juzgado ha sido apelado invocándose como un único motivo el error en la apreciación y valoración de la prueba, habiéndose sustentado el recurso en los siguientes términos que pasamos a transcribir, sin ocuparse del defecto relacionado con la protocolización del laudo arbitral, aceptando, en consecuencia, la decisión del juzgado de instancia en esa materia. "De la prueba practicada, el Juzgado a quo entiende que al no ser causa de oposición a la ejecución en virtud del art. 556 LEC, la situación de vulnerabilidad y exclusión social no es causa suficiente para suspender la ejecución del laudo arbitral, acordando la continuación de la ejecución, sin perjuicio de que, según el propio auto; "Se informará al demandado de la posibilidad de que acuda a los servicios sociales, y en su caso, de la posibilidad de autorizar la cesión de sus datos a estos, a efectos de que puedan apreciar la posible situación de vulnerabilidad". En este sentido debemos mostrar nuestra más absoluta disconformidad con la conclusión a la que se ha llegado la resolución de instancia, pues si bien es cierto que la "vulnerabilidad y exclusión social" no es una causa contemplada como motivo de oposición a la ejecución si lo es para acordar la suspensión de la misma, en tanto en cuanto se adopten las medidas que los servicios sociales estimen oportunas. Si bien, de conformidad con el Auto de fecha 18 de marzo de 2019, se acuerda librar oficio a los servicios sociales del Ayuntamiento para que estos apreciaran la situación de vulnerabilidad de conformidad con el art. 441.5º LEC, no obrante en Autos informe alguno al respecto por lo procede acordar la suspensión de la ejecución del Auto de fecha 18 de marzo de 2.019, en tanto en cuanto no se adopten las medidas que los servicios sociales estimen oportunas" (...). Si analizamos las normas que regulan el proceso de ejecución de título judicial, debemos diferenciar entre las causas de oposición, reguladas en capítulo IV del título III del Libro III arts. 556 y siguientes, que,

por regla general y en caso de ser estimadas, impiden que pueda seguirse adelante con la ejecución, ordenando el archivo del procedimiento y el levantamiento de los embargos y demás medidas de garantía que pudieran haberse adoptado, de la suspensión del procedimiento (Capítulo V del mismo Título y Libro, art. 565 ss) que, en principio, no afecta a la validez y legitimidad del título aportado que ha servido de base al procedimiento de ejecución seguido, pero que, por distintas razones, considera el legislador que temporalmente debe quedar en suspenso el proceso. Evidentemente el magistrado de instancia al resolver la oposición al despacho de ejecución ha tenido que explicar que los motivos y razones alegados por la parte ejecutada no encuentran encaje en las normas que regulan la materia, pero, de ningún modo, ha indicado que no se vayan a tener en cuenta las normas vigentes aprobadas para paliar y atender situaciones de vulnerabilidad social y económica que pudieran dar lugar a una suspensión temporal de la ejecución y, en consecuencia, a paralizar el lanzamiento de la vivienda que fue arrendada, lo que estamos seguro que analizará en su momento, pues ya lo ha dado a entender en la resolución que ha sido apelada pues acuerda remitir el auto dictado y la documentación oportuna a los servicios sociales del Ayuntamiento de Madrid a los efectos procedentes. En definitiva no nos cabe duda que se tendrán en cuenta las normas de los Reales Decretos Ley 7/2019 de 1 de marzo que modificó el procedimiento de desahucio de vivienda y, en su caso si fuera de aplicación, el Real Decreto—ley 11/2020, de 31 de marzo, de medidas urgentes en el ámbito social y económico frente al Covid—19, y las prórrogas del mismo acordadas en el Real D—Ley 30/2020 de 29 de septiembre de 2020. En definitiva, tal como se ha planteado el debate solo podemos confirmar la decisión de instancia pues resulta evidente que las cuestiones planteadas por la parte ejecutada no pueden tener respuesta dentro del incidente de oposición al auto despachando ejecución».

NO CABE PLANTEAR LA EXTRALIMITACIÓN COMO MOTIVO DE ANULACIÓN CUANDO EL ACTUAL ACTOR NO INTENTÓ LA CORRECCIÓN DEL LAUDO A TRAVÉS DE LA VÍA DEL ART. 39 LA (STSJ GALICIA CP 1ª 1 DICIEMBRE 2020)

Arbitraje — Arbitraje de consumo — Acción de anulación — Cuestiones no susceptibles de arbitraje — Junta Arbitral de Consumo de Galicia — Laudo arbitral — Solicitud de rectificación de la extralimitación — Anulación improcedente.

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, Sala de lo Civil y Penal, Sección Primera, de 1 de diciembre de 2020 (ponente: Lorena López Mourelle) desestima una demanda de anulación de un laudo dictado por la Xunta Arbitral de Consumo de Galicia, confirmando dicho laudo e imponiendo las costas a la parte actora. Dicha decisión razona del siguiente modo:

«(...) Con arreglo a lo indicado no cabe sino entender que no concurre el motivo de anulación del laudo arbitral por no ser cierto que los árbitros hubieran resuelto sobre materia no sometida a arbitraje, de conformidad con la interpretación de la cláusula de exclusión expuesta en este fundamento". Ya con anterioridad habíamos dicho en sentencia n.º 45, de 10 noviembre 2015 lo siguiente: "...".

«(E)n relación con esta misma razón invocada como fundamento de la nulidad del laudo dictado (art. 41.1º.e, LA, "el laudo solo podrá ser anulado cuando la parte que solicita la anulación alegue y pruebe que los árbitros han resuelto sobre cuestiones no susceptibles de arbitraje"), si bien en el caso de existir una supuesta extralimitación parcial, se ha de poner de manifiesto el proceder de la parte que hoy ejercita la demanda quien no utilizó el trámite que le permite el art. 39.1º.d) LA que prevé que cualquiera de las partes dentro de los diez días siguientes a la notificación del laudo pueda solicitar a los árbitros la rectificación de la extralimitación parcial de este, cuando se haya resuelto sobre cuestiones no sometidas a su decisión o sobre cuestiones no susceptibles de arbitraje constituyendo reiterada doctrina de esta Sala (ya se dijo en la sentencia n.º 4, de 13 febrero 2020) la que establece que no cabe en sede jurisdiccional plantear este motivo cuando el actual actor no intentó la corrección del laudo a través de esta vía del art. 39 "siendo la demanda de nulidad un remedio excepcional que exige el agotamiento de los incidentes pertinentes, tal cual el mencionado de corrección, y de ahí que el art. 40 LA prevea que dicha demanda pueda ejercitarse sólo contra "un laudo definitivo", esto es, una vez intentado su complemento, aclaración o corrección"».

«(...) Fuerza mayor. Indicó el laudo objeto de impugnación que no ha quedado acreditado que la empresa reclamada hubiera cumplido las exigencias y requisitos reglamentariamente establecidos y los demás cuidados y diligencias que exige la naturaleza del servicio por lo que ha de considerársela como responsable de los daños causados y resolvió que los daños se causaron por una mala reposición en el domicilio del consumidor del servicio de suministro de energía eléctrica al entrar la corriente a una tensión superior a la debida. Dijimos a este respecto en sentencia de esta Sala n.º 33 de 17 diciembre 2019, y reproducimos en esta, lo siguiente "...". Así, no cabe en este momento procesal reevaluar o revalorar los hechos considerados probados por el árbitro en su decisión o darle un sentido distinto a la apreciación de la prueba que bajo su albergo tuvo lugar para, como pretende el actor en este procedimiento, eximirle de responsabilidad al entender que cumplió con sus obligaciones siendo los daños provocados al ahora demandado ocasionados por una fuerza mayor extraña a su gestión y al cumplimiento del contrato por su parte. Procede, de acuerdo con lo expuesto, la desestimación de la demanda».

EL JUEZ NO ESTÁ LLAMADO EN EL PROCEDIMIENTO DE FORMALIZACIÓN JUDICIAL A REALIZAR UN CONTROL DE LOS REQUISITOS DE VALIDEZ DEL CONVENIO (STSJ MURCIA CP 1ª 4 DICIEMBRE 2020)

Arbitraje — Árbitros — Designación judicial — Examen del convenio arbitral — Formalización judicial — Procedencia

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, Sala de lo Civil y Penal, Sección Primera, de 4 de diciembre de 2020 (ponente: Miguel Alfonso Pasqual del Riquelme Herrero) procede al nombramiento judicial de un árbitro, razonando del siguiente modo:

«(...) Competencia objetiva y territorial. La competencia de la Sala lo Civil y de lo Penal del

Tribunal Superior de Justicia de la Región de Murcia, en el presente caso, se determina, en aplicación de lo dispuesto en el art. 8.1º de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, tras la reforma producida por la Ley 11/2011, de 20 de mayo (BOE 21.5.2011) en relación con el art. 73—c LOPJ, que dispone: "Para el nombramiento y remoción judicial de árbitros será competente la Sala de lo Civil y de lo Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma donde tenga lugar el arbitraje; de no estar este aun determinado, la que corresponda al domicilio o residencia habitual de cualquiera de los demandados; si ninguno de ellos tuviere domicilio o residencia habitual en España, la del domicilio o residencia habitual del actor, y si este tampoco los tuviere en España, la de su elección". En el presente caso, la competencia de esta Sala viene determinada por la libre elección de fuero territorial deducida en la solicitud presentada de manera conjunta por los dos socios de la mercantil Rabafruits, S.L, actuando respectivamente en nombre propio y como socios de la totalidad del capital social y administradores solidarios de la compañía».

«(...) Procedimiento. El art. 15.2º.a) LA, relativo al nombramiento de los árbitros, dispone que a falta de acuerdo de las partes para designar árbitro que resuelva sus controversias, éste será nombrado por el tribunal competente a petición de cualquiera de las partes cuando el arbitraje sea de un solo árbitro. Aunque el mismo art. 15, en su n.º 4, remite la tramitación de tales pretensiones al cauce del juicio verbal, la presentación —como ya se ha dicho— de una solicitud conjunta de todas las partes interesadas, determina la innecesariedad de los trámites previos al dictado de sentencia en la que se dé respuesta a la procedencia de atender o no la solicitud formulada y, en caso afirmativo, se establezca por el tribunal el procedimiento para la concreta designación del árbitro».

«(...) Existencia de convenio arbitral. El art. 15.5º LA establece que "el tribunal únicamente podrá rechazar la petición formulada cuando aprecie que, de los documentos aportados, no resulte la existencia de un convenio arbitral". Y en el art. 9 se regulan los elementos esenciales del convenio arbitral al disponer que "...deberá expresar la voluntad de las partes de someter a arbitraje todas o algunas de las controversias que hayan surgido o puedan surgir respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual". Por tanto, la Sala no está llamada en este procedimiento a realizar, ni de oficio ni a instancia de parte, un genuino control de validez del convenio arbitral o una verificación de la arbitrabilidad de la controversia, lo que de permitirse, ralentizaría indebidamente la designación de los árbitros, que es la principal pretensión del actor, y vaciaría de contenido la regla de que son los árbitros los llamados a pronunciarse, en primer término, sobre su propia competencia. En consecuencia, el órgano judicial sólo debe desestimar la petición de nombramiento de árbitro en el caso excepcional de inexistencia de convenio arbitral, cuando prima facie pueda concluir que realmente no existe un convenio arbitral, sin que esté llamado en este procedimiento a realizar un control de los requisitos de validez del convenio. Y sin que esta decisión prejuzgue la decisión que el árbitro pueda adoptar sobre su propia competencia, e incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o a la validez del convenio arbitral o cualesquiera otras cuya estimación le impida entrar en el fondo de la controversia (art. 22.1º LA). En el presente caso, el art. 46 de los estatutos sociales de la mercantil Rabafruits, S.L, que se acompañan a la solicitud que da origen a este procedimiento, contiene una expresa previsión de solución por vía arbitral de todas las cuestiones que se susciten entre la sociedad y los accionistas.

Los términos de dicha cláusula no ofrecen duda interpretativa sobre su alcance, de conformidad con el art. 1281 Cc, pues sus términos son claros y precisos y revelan la inequívoca voluntad de las partes de someterse a arbitraje. Consecuencia de ello es el acogimiento y estimación por la Sala de la solicitud formulada».

«(...) Mecanismo de designación de árbitros. En este punto, mediando petición conjunta sobre la necesidad de nombramiento de árbitro para resolver en equidad, así como que éste sea único y tenga la condición de abogado, la Sala se vale de la lista de árbitros remitida por el Ilustre Colegio de Abogados de Murcia, ordenada alfabéticamente, dentro de los especializados en materia contractual —contratación civil y mercantil—, comenzando por la letra B — de acuerdo con la Resolución de 21 de julio de 2020, de la Secretaría de Estado de Política Territorial y Función Pública (BOE n.º 201 del año 2020) y en riguroso orden alfabético, para su posterior sorteo entre ellos, a presencia de las partes y de la letrada de la Administración de Justicia de esta Sala, de conformidad con lo dispuesto en el art. 15.6º de la vigente Ley de Arbitraje, hasta determinar, tanto la terna de elegibles, como el orden por el que los no designados habrán de sustituir al primeramente nombrado en caso de no aceptación o renuncia. Comunicado el nombramiento habrá de advertirse al designado sobre la obligación de abstenerse en caso de considerar comprometida su imparcialidad o independencia».

EL CAUCE PROCESAL PARA DENUNCIAR QUE EXISTE UNA SUMISIÓN A MEDIACIÓN UNA VEZ ADMITIDA A TRÁMITE LA DEMANDA ES LA DECLINATORIA (AAP BARCELONA 18ª 9 DICIEMBRE 2020)

ADR — Declinatoria — Mediación — Mediación familiar.

El Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Decimoctava, de 9 de diciembre de 2020 (ponente: Myriam Sambola Cabrer), declara lo siguiente:

«(...) Vemos que la falta de jurisdicción por sumisión está contemplada en la ley procesal sin embargo cuando se formula declinatoria por sumisión a mediación no es que el juez no tenga jurisdicción sino que materialmente o en puridad lo que existe es un impedimento de procedibilidad, únicamente. El mediador por otra parte no es ningún órgano jurisdiccional al que se le atribuyan funciones o características de esta naturaleza y el juez ante el que se ha presentado el asunto es, en este caso, competente pero no puede conocer de él, precisamente, porque las partes se han sometido previamente a mediación. En este caso y como indica el auto apelado, la intención de ambos cónyuges al tiempo de firmar el convenio de divorcio es clara y sus términos también los son por lo que no apreciamos infracción del art. 1281 Cc que consagra el principio in claris non fit interpretatio. La cláusula preventiva establece de forma concreta la sumisión de las partes a la Ley de Mediación, con expresa referencia a la Ley 5/2012, de 6 de julio y al procedimiento que esta norma regula. Y el art. 10.2 2º de la citada ley establece que "las partes sujetas a mediación actuarán entre sí conforme a los principios de la lealtad, buena fe y respeto mutuo. Durante el tiempo en que se desarrolle la mediación las partes no podrán ejercitar contra

las otras partes ninguna acción judicial o extrajudicial en relación con su objeto con excepción de la solicitud de medidas cautelares u otras medidas urgentes imprescindibles para evitar la pérdida irreversible de bienes y derechos. El compromiso del sometimiento a mediación y la iniciación de ésta impide a los tribunales conocer de las controversias sometidas a mediación durante el tiempo en que se desarrolle ésta, siempre que la parte a quien interese lo invoque mediante declinatoria". La parte actora admite en su recurso no haber intentado con carácter previo la mediación en los términos y en la forma prevista en la cláusula preventiva contenida en el Convenio. Estamos pues ante la existencia de un óbice procesal, ante un requisito de procedibilidad que impide, en este caso, dar curso legal a la demanda modificativa presentada. Y conforme a la ley el cauce procesal para denunciar que existe una sumisión a mediación una vez admitida a trámite la demanda es la declinatoria».

[<Vid. C. Argelich Comelles, "La declinatoria para la eficacia de la cláusula de mediación familiar en el Plan de Parentalidad del convenio regulador (Auto AP Barcelona de 9 diciembre 2020)", en la Sección Notas de jurisprudencia, *supra*>]

DEBE APLICARSE AL LAUDO ARBITRAL EL EFECTO DE COSA JUZGADA MATERIAL QUE EL ART. 222 LEC RECONOCE A LAS SENTENCIAS JUDICIALES (SAP NAVARRA 3ª 9 DICIEMBRE 2020)

Arbitraje — Laudo arbitral — Cosa juzgada — Efecto de cosa juzgada material.

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra, Sección Tercera, de 9 de diciembre de 2020 (ponente: Edorta Josu Echarandio Herrera) declara que al laudo arbitral debe aplicarse el efecto de cosa juzgada material que el art. 222 LEC reconoce a las sentencias judiciales. De acuerdo con esta decisión:

«(...) Es una realidad incontrovertida que una cifra de rentas de los contratos del caso, de vivienda y local de negocio, que no ha pagado la demandada, de 2009 a junio de 2012, fueron objeto de una reclamación en procedimiento de arbitraje del que resultó un laudo arbitral firme, que condena a la arrendataria al pago de una cantidad, exactamente la misma, que a la misma Sra. Maite, le reclama otra vez la parte propietaria arrendadora, en el presente juicio declarativo verbal. Por un lado, la parte demandada aduce la parcial cosa juzgada negativa, por otro, la incongruencia extra petitem, además, la infracción del principio de legalidad procesal, y en fin, la inexistencia de una negación de tutela judicial efectiva. Empezando por lo último, el derecho a la efectiva tutela judicial es de configuración legal, por lo que no puede vulnerarse si se aplica la ley en cuanto a las condiciones objetivas para que se ejerza el derecho de acción en un proceso civil, bien de declaración del derecho, con el límite de la cosa juzgada, bien de ejecución del derecho declarado, con el límite de la caducidad. En cuanto a la legalidad procesal, se sostiene por la defensa de la recurrente que si la pretensión se dirige a reclamar el cumplimiento de lo ya establecido en una sentencia firme, el procedimiento adecuado es el de la ejecución, sin que haya lugar a formular la reclamación a través de un nuevo proceso declarativo de condena, porque no hay nada que

declarar, sino que el pronunciamiento de condena ya existe, con lo que se vulneraría el art. 248 LEC, que define las contiendas que tienen por objeto los procesos declarativos civiles. Y ello es rigurosamente correcto, la pretensión de que el "deber ser" contenido en un fallo firme se lleve al "ser" es una pretensión ejecutiva, y no el objeto de una pretensión declarativa, de condena o de creación, extinción o modificación de relación jurídica material extrajudicial alguna. Lo discutible es que pueda acudir a uno y otro vehículo consecutivamente mientras el deber ser no haya terminado en su ser. En cuanto al tercer argumento, no hay incongruencia en la sentencia apelada, como vicio procesal de la estructura de la misma (cf. art. 218 LEC), puesto que existe completa coherencia entre lo pedido en la demanda y la resistencia de la contestación, y los pronunciamientos del fallo dictado. De la cantidad reclamada se retira, por expresa oposición, que es acogida, lo debitado como gastos de propiedad horizontal asimilados a renta, pero no se concede nada distinto, ni por encima de lo postulado. Ciertamente, se motiva desde normas, como el art. 518 LEC, en cuanto a la caducidad de la acción ejecutiva, que no se exponían en la demanda, pero ello, se ampara en la regla iura novit curia, en cuanto que no se alteran los elementos fácticos de la causa de pedir, y nunca es incongruencia por error. En fin, lo primero es lo que debe detener el examen de la apelación, esto es, reproduciendo lo aducido en primera instancia, si opera la cosa juzgada material negativa proyectada sobre una porción del objeto del proceso, esa pretensión de condena al pago de las rentas devengadas desde 2009 hasta junio de 2012, por importe de 9.470,52 euros, en tanto que ya fue pronunciada en firme en los dos laudos arbitrales de 2 de junio de 2012, que precisamente es la demanda quien ha alegado en el proceso. El art. 43 LA, afirma, según recuerda la STS 573/2014, de 16 de octubre, en términos contundentes y de forma decidida: "El laudo firme produce efectos de cosa juzgada y frente a él sólo cabrá solicitar la revisión conforme a lo establecido en la Ley de Enjuiciamiento Civil para las sentencias firmes", como ya lo hacía el art. 37 de la vieja Ley 36/1988, de 5 de diciembre. Por consiguiente, al laudo arbitral debe aplicarse el efecto que el art. 222 LEC reconoce a las sentencias judiciales. La sentencia apelada, en realidad, aprecia un efecto semejante a la cosa juzgada positiva, puesto que parte como indiscutido de la obligación establecida en los laudos arbitrales, expresando que no cabe discutirla. Pero si existe la famosa triple identidad, subjetiva, objetiva y causal, esto es, personas, hechos y causa de pedir, es la cosa juzgada negativa del primer apartado de art. 222 LEC la que debe operar. Es el vínculo de Derecho público que veda que se dispense por segunda o ulterior ocasión la tutela judicial ya dispensada con anterioridad en resolución definitiva firme (en el supuesto, arbitral, equivalente a jurisdiccional). Aunque puede simplemente considerarse que el juzgadora quo tiene por probado el derecho a las rentas, su cuantificación, y la obligación incumplida de su pago, puesto que viene documentada en los laudos, y no ha sido algo controvertido».

LA CLÁUSULA CONTROVERTIDA ES DIÁFANA Y PERMITE CONCLUIR QUE SE DECIDE SOMETER EL LITIGIO A ARBITRAJE (AAP VALLADOLID 1ª 14 DICIEMBRE 2020)

Arbitraje — Arbitraje de consumo — Declinatoria arbitral — Verificación del convenio arbitral — Estimación de la declinatoria.

El Auto de la Audiencia Provincial de Valladolid, Sala Primera, de 14 de diciembre de 2020 (ponente: José Ramón Alonso—Mañero Pardo) confirma la decisión del Juzgado que estimó la excepción por declinatoria de jurisdicción planteada por la entidad demandada U.B. SA, declarando la falta de jurisdicción de este orden jurisdiccional para conocer de la demanda promovida por D. E., por estar sometida la cuestión a arbitraje, al que deberá acudir la parte actora si así le conviniera ejercitar su derecho, sin hacer especial pronunciamiento sobre las costas causadas. La Audiencia razona del siguiente modo:

«(...) El recurso de apelación interpuesto no puede ser estimado por este Tribunal. En primer lugar, porque denunciándose en el escrito impugnatorio la incongruencia del auto por falta de exhaustividad al haber omitido la Juzgadora a quo pronunciarse sobre cuestiones jurídicas suscitadas al contestarse la excepción de sumisión a arbitraje, debe recordarse que es el art. 215.2º LEC el que otorga a las partes una vía para intentar subsanar la incongruencia de la resolución judicial ante el mismo juez que la dictó. Su utilización es requisito ineludible para denunciar la incongruencia de la resolución en el recurso de apelación conforme a lo dispuesto en el art. 469 LEC, de forma que la falta de ejercicio de la petición de complemento —tal y como acontece en este supuesto—, impide a la parte plantear en el recurso devolutivo la incongruencia omisiva (SSTS de 28 de junio de 2010 y 12 de noviembre y 16 de diciembre de 2008 entre otras). En segundo lugar, porque la sola sugerencia de una declaración de nulidad de actuaciones para retrotraer las mismas al momento del dictado de la resolución cuestionada no es factible legalmente al prohibirlo expresamente el art. 465.3º LEC que dispone que cuando la infracción procesal denunciada se hubiera cometido al dictarse sentencia (o auto) en la primera instancia, será el Tribunal de Apelación, tras revocar la sentencia (o auto) quien resolverá sobre las cuestiones que fueran objeto del proceso».

«(...) En todo caso, y al solo objeto de agotar argumentalmente la cuestión controvertida procede en esta resolución referirse a las dos cuestiones que suscitaba el ahora apelante para oponerse a la excepción de sumisión a arbitraje que no fueron examinadas por la Juzgadora de Instancia en la resolución recurrida. La primera de ellas suscitaba la necesaria vinculación de la entidad mercantil demandada a "sus propios actos" al haberse admitido la jurisdicción de los Juzgados de esta capital en algún procedimiento anterior, análogo al presente, en relación con otros asuntos incluidos también en la regulación del mismo contrato marco concertado entre el Sr. Estanislao y la entidad bancaria. A este respecto cabe señalar que el contrato de prestación de servicios suscrito por el Sr. Estanislao en su condición profesional de Procurador de los Tribunales y la mercantil "C.E." (hoy U.) con fecha 30 de junio de 2013, contiene una cláusula (cláusula novena) de sumisión a arbitraje, cuyos términos son claros e inequívocos, para dirimir cualesquiera disputas sobre la interpretación y ejecución del referido contrato. Sobre esta premisa, el allanamiento a la demanda por parte de la entidad bancaria y, consiguientemente, la no invocación en anteriores procedimientos seguidos entre las mismas partes de la excepción de falta de jurisdicción por sumisión a arbitraje (o, simplemente, excepción de arbitraje), no implica la concurrencia de "Acto Propio" alguno de renuncia a hacer valer tal excepción en posteriores procedimientos, no solo porque no hay un acto claro e inequívoco que implique tal renuncia, sino, sobre todo, porque la posibilidad de hacer valer o no tal excepción constituye una facultad de la parte contratante que

puede ejercitarse o no en función de su propio interés o conveniencia. No se constata por tanto en ningún momento en la entidad bancaria una actuación vinculante, que causase estado y definiese inalterablemente la situación jurídica de su autor. El hecho de que en algún procedimiento anterior se allanase la mercantil allí demandada a las pretensiones del Sr. Estanislao, en modo alguno puede entenderse como la explícita manifestación de una forma de modificar o extinguir definitivamente algún derecho opuesto a dicho actuar, como es precisamente la posibilidad de alegar en cada procedimiento judicial la sumisión a arbitraje expresamente convenida entre las partes contratantes en el contrato—marco de 30 de junio de 2013 ya referido. En dichos términos resultó además el acuerdo alcanzado en el Pleno Jurisdiccional de Magistrados de las Secciones Civiles de esta Audiencia Provincial de Valladolid reunido para unificación de criterios el pasado día 6 de noviembre de 2020».

«(...) El segundo motivo de oposición a la excepción de sumisión a arbitraje no resuelto por la Juzgadora de Instancia es la pretendida extralimitación del ámbito del convenio arbitral y su inaplicación como arma procesal para eludir obligaciones no controvertidas, pues para el apelante el solo hecho de haber incluido el convenio arbitral en un contrato—marco de los denominados de adhesión, no permite interpretar que su eficacia se despliegue de manera omnicomprendensiva para todas las acciones provenientes de la prestación de los servicios profesionales del procurador adherido al mismo, sino solo de manera restringida respecto a las controversias suscitadas con las condiciones del propio contrato, sin incluir por ello la mera morosidad, que es lo que propiamente se reprocha por el ahora apelante a la entidad bancaria que no discute la deuda pero retrasa su pago. En relación con esta segunda cuestión es necesario poner de relieve que no puede darse al contrato marco firmado por el sr. Estanislao con la entidad bancaria demandada para su contratación como procurador de la misma ante los tribunales de justicia en los procedimientos judiciales en que esta tuviera que intervenir, el carácter de contrato de "adhesión" con todas sus connotaciones que se desliza en el recurso, y ello dada la condición de profesional del derecho que reconocidamente ostenta el sr. Estanislao, quien está lejos de la condición de consumidor a los efectos de la regulación de su relación mercantil con la entidad bancaria —que tiene por objeto precisamente su contratación como profesional del derecho para representar a la misma—, sin que por tanto le alcance, a los efectos aquí examinados, la condición de consumidor merecedor de la especial tutela dispuesta por la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios, y otras leyes complementarias. Es por ello que no siéndole de aplicación lo dispuesto en el art. 82.2º del Texto Refundido de la Ley General para Defensa de Consumidores y Usuarios, correspondía al apelante la probanza acerca de la ausencia de buena fe en el actuar negociador de la mercantil demandada. Por otra parte, la cláusula controvertida es para este Tribunal de Apelación diáfana y desde luego permite concluir que se decide someter a arbitraje, excluyendo así el conocimiento de los tribunales de justicia, también las desavenencias en cuanto al ámbito puramente económico de la relación negocial entre ambos contratantes, pues lo que se dispone textualmente es la renuncia a cualquier otro foro que pudiera corresponderles, "... incluyendo la renuncia expresa a acudir al procedimiento de jura de cuentas o de similar naturaleza, sometiéndose expresa e irrevocablemente a arbitraje de derecho... para que dirima la resolución de cualesquiera disputas que pudieran surgir en relación con la ejecución e interpretación del presente pliego y la prestación del servicio...". Si se alude expresamente en el convenio al procedimiento de jura de cuentas, y

otros de similar naturaleza, las partes están previendo precisamente excluir del fuero de los tribunales de justicia cualquier controversia sobre el resarcimiento económico del servicio prestado por el procurador en su condición de tal a la entidad bancaria. Es por todo lo indicado que el recurso de apelación interpuesto no puede ser estimado".

ESTIMACIÓN DE UNA DECLINATORIA TERRITORIAL PARA EL CONOCIMIENTO DE UNA DEMANDA DE NULIDAD DE UN LAUDO ARBITRAL (ATSI MADRID CP 1ª15 DICIEMBRE 2021)

Arbitraje — Acta de Misión — Acción de anulación — Procedimiento — Competencia territorial — Declinatoria territorial — Estimación.

El Auto del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Civil y Penal, Sección Primera, de 15 de diciembre de 2020 (ponente: David Suárez Leoz, en sustitución de Jesús María Santos Vijande, por enfermedad) estima una declinatoria de competencia territorial por considerar que corresponde el conocimiento de la demanda de nulidad de laudo arbitral interpuesta por la actora a la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Granada, de conformidad con lo dispuesto en el apartado IV) del Acta de Misión de fecha 12 de abril de 2019, en relación con el art. 8.5º de la Ley de Arbitraje. De acuerdo con esta decisión:

«(...) La excepción procesal que aduce la entidad demandada y a cuyo acogimiento se ha opuesto su rival en el pleito, descansa en la consideración de que la parte demandante en su demanda sostiene la competencia territorial del TSJ de Madrid para conocer de la acción de anulación a pesar de que, de conformidad con lo establecido en los arts. 8.5º LA y 37.5º LA, y la cláusula IV, aps. 16 y 18, del Acta de Misión, se fija como lugar del arbitraje la ciudad de Almería, y por tanto, de conformidad con el art. 8.5 LA, para conocer de la acción de anulación del laudo será competente la Sala de lo Civil y de lo Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma donde aquél se hubiere dictado, y que en el caso que aquí nos ocupa, al haberse dictado el laudo arbitral en Almería, sería competente tal Sala de lo Civil y de lo Penal, pero del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en su sede de Granada. Frente a ello, ya en su demanda mantenía la representación de A. que, sin desconocer tal acuerdo de las partes, la verdadera voluntad de ambas era que el laudo fuera dictado en Madrid, y no en Almería, y alega que tal cuestión pivota sobre dos conceptos relacionados entre sí: el del lugar del arbitraje y el del lugar donde se dicta el Laudo, y si bien la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje (LA) expresa en su art. 8 que "Para conocer de la acción de anulación del laudo será competente la Sala de lo Civil y de lo Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma donde aquél se hubiere dictado", la norma fija también en otros artículos (37 y 22) una presunción de que el Laudo se entiende dictado en el lugar del arbitraje, y concluye que, a su juicio, no se designó el lugar del arbitraje mediante un acuerdo voluntario, libre y a iniciativa de las partes — como exige el art. 26.1º LA — sino que "concurrieron una serie de circunstancias, acreditadas mediante una grabación, que implican que el TSJ deba valorar su competencia territorial atendiendo a la realidad de los hechos y no a la apariencia de los mismos." De esta forma, afirma que las partes fijaron libremente como lugar del arbitraje, en el procedimiento arbitral, la ciudad de Madrid, tal y

como lo hizo la actora en tal procedimiento arbitral en su escrito de solicitud de arbitraje de 22 de octubre de 2018, y lo confirmó la Abogacía del Estado en su escrito de contestación de 14 de noviembre siguiente, y de ambos escritos se prevé expresamente como lugar del arbitraje la ciudad de Madrid, y que el planteamiento de la cuestión de cambio de sede de la decisión arbitral a Almería se hizo de forma sorpresiva por parte del Tribunal Arbitral, y que incluso las partes manifestaron su contrariedad al respecto y las dudas sobre las consecuencias de ello, por lo que concluye que el Tribunal arbitral no informó con transparencia a las partes de las consecuencias que dicho cambio, propuesto por él, y en concreto por lo que podría implicar sobre la competencia territorial para conocer de una futura acción de anulación, y alega en el ap. 19 de su escrito que "hasta el momento procesal que nos ocupa no se ha tenido un conocimiento real de la trascendencia de la alteración del lugar del arbitraje designado inicialmente por las partes" (...). Planteada así la cuestión, tenemos que comenzar señalando que la sede del arbitraje, fijada libremente por los interesados, y el Tribunal Arbitral, en el Acta de Misión, fue la ciudad de Almería, y ello con las consecuencias procesales que de ello se derivaran, y que no pueden ser otras que las que dispone el art. 8.5 Ley de Arbitraje, donde se establece que "Para conocer de la acción de anulación del laudo será competente la Sala de lo Civil y de lo Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma donde aquél se hubiere dictado". Así, el art. 37.5º LA establece: "Constarán en el laudo (...) el lugar del arbitraje, determinado de conformidad con el ap. 1 del art. 26. El laudo se considerará dictado en ese lugar." Y el citado apartado del art. 26 indica que "las partes podrán determinar libremente el lugar del arbitraje. A falta de acuerdo, lo determinarán los árbitros, atendidas las circunstancias del caso y la conveniencia de las partes". En el presente caso, las partes firmaron el Acta de Misión, tras un debate sobre las distintas cuestiones que se plantearon en la audiencia para su firma, entre las que se planteó cual sería la sede del arbitraje, y aun cuando fue a propuesta del Tribunal Arbitral, los representantes de ambas partes acordaron que fuera la ciudad de Almería la sede donde se dictaría el laudo, al considerar CIMA que "la demandante se encuentra en Sevilla (es evidente que se trataba de la asistencia letrada de la UTE), la demandada (A.) en Madrid, y la obra objeto de esta litis está en Almería", y reiteramos, ambas partes mostraron su acuerdo y así se firmó por las mismas, libre y voluntariamente, el Acta de Misión, en cuya Clausula IV ap. 18, relativo a la sede del arbitraje dispone que "El Acta de Misión, las órdenes procesales y cualesquiera otras decisiones adoptadas por el Tribunal para la llevanza del procedimiento y cualquier laudo rendido en este arbitraje, se considerarán pronunciados y firmados en la ciudad de Almería. Las Partes se abstendrán de alegar como fundamento de sus pretensiones la invalidez de cualquier laudo y/o decisión procedimental por haber sido firmados en un lugar diferente de la ciudad de Almería." De tal forma que si la voluntad de A. era que la sede del arbitraje fuera la ciudad de Madrid, tendría que haber puesto de manifiesto su disconformidad con tal decisión sobre la sede del arbitraje en el trámite correspondiente, bien en las conversaciones que se mantuvieron sobre determinados aspectos del Acta de Misión, o en el plazo de tres días concedido a las partes para alegar lo que estimara conveniente sobre el borrador del Acta de Misión antes de su firma, y en todo caso, no haber firmado tal Acta de Misión, si es que no estaba conforme con la citada sede. Deviene, por tanto, ineludible el acogimiento de la falta de competencia territorial de esta Sala para conocer de la acción de nulidad interpuesta, al primar la voluntad de las partes en virtud del art. 26.1º LA, manifestada en el Acta de Misión, suscrita con fecha 12 de abril de 2019, por la que ambas partes,

fijaron la sede del arbitraje en la ciudad de Almería. La tramitación de la misma por el cauce incidental del art. 65 LEC, determina la necesaria presencia de un pronunciamiento en materia de costas, las cuales deben ser impuestas, en atención al criterio del vencimiento, a la parte actora".

[<Vid. R. Hinojosa Segovia, "Estimación de declinatoria por falta de competencia territorial del Tribunal que conoce de la acción de anulación (ATSJ Madrid CP 1ª15 diciembre 2020)", *supra*>]

DESESTIMACIÓN DE UNA PRETENSIÓN DE NULIDAD DE UN LAUDO POR FALTA DE UNA RESOLUCIÓN INMEDIATA SOBRE LA TACHA DE UN TESTIGO Y DE UN PERITO ECONÓMICO (STSJ MADRID CP 1ª 15 DICIEMBRE 2020)

Arbitraje — Procedimiento arbitral — Prueba testifical — Dictamen pericial — Acción de anulación — Orden público — Incongruencia — Prejudicialidad penal — Anulación improcedente.

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Civil y Penal, Sección Primera, de 15 de diciembre de 2020 (ponente: Celso Rodríguez Padrón) declara no haber lugar a una acción de nulidad de un laudo arbitral dictado por árbitro único de la Corte Civil y Mercantil de Madrid. para ello inserta las siguientes consideraciones legales:

«(...) La simple lectura de la parte dispositiva del laudo cuya nulidad pretende el demandante evidencia que ningún alejamiento presenta de la resolución concreta del objeto del procedimiento, ni llega más lejos de lo discutido por las partes, sino que se centra escrupulosamente en la decisión que corresponde otorgar a la cuestión debatida (...). No conviene, por último, ignorar que la causa alegada por el actor, de incongruencia extra—petita, en cuanto resulte incardinable en el supuesto del art. 41.1º.c, nunca daría lugar a la nulidad total del laudo en el que concurriese, sino esestimación de una pretensión de nulidad de un laudo por falta de una resolución inmediata sobre la tachada de un testigo y de un perito económico—en su caso— a una nulidad parcial que invalidase los pronunciamientos (decisiones) de la resolución arbitral que resultasen excesivos. El motivo, en conclusión, carece de todo fundamento y no puede verse acogido».

«(...) El siguiente bloque de alegaciones sobre las que se construye la demanda es la falta de atención — indebida a su juicio— que prestó la Sra. Árbitro a la tachada formulada en relación con un testigo y con un perito que habían sido propuestos por la parte demandada (...). 1.— Antes de abordar con mayor concreción la causa de nulidad que se nos presenta, hemos de recordar que la vulneración de la tutela judicial efectiva no puede afirmarse en cuanto una parte, en un litigio, no obtenga un pronunciamiento "acorde" a lo que esa parte considere que en realidad es "su" visión del Derecho. El derecho fundamental que se proclama en el art. 24 CE no garantiza la respuesta jurídica que se desea o concibe por quien acude a una instancia —judicial o en este caso arbitral— en defensa de sus derechos e intereses legítimos. Muy al contrario, lo único que garantiza el artículo citado es una respuesta fundada en Derecho (...). 2.— Dado que, en todo caso, nos movemos en el ámbito de la denuncia de contradicción con el orden público, podemos recordar

algunos de los ya numerosos pronunciamientos emitidos en torno a la delimitación que debe otorgarse a la causa prevista en el art. 41.1º.f) LA. Una Jurisprudencia constante, nacida ya en el seno de las Audiencias Provinciales cuando detentaban la competencia para conocer de cuestiones como la que hoy nos ocupa, y aquilatada por el Tribunal Supremo en sucesivas sentencias, vino ocupándose del desarrollo del concepto jurídico indeterminado en que consiste el orden público, tanto en su vertiente material como desde el enfoque procesal. Si la primera vertiente se relaciona directamente con la infracción de los derechos y libertades fundamentales contemplados en la Constitución, el orden público procesal se centra en los derechos que proyecta el art. 24 del texto fundamental y la tutela efectiva. El arbitraje, no por su condición de institución sustitutiva del proceso judicial puede obviar el cumplimiento de las garantías esenciales que la Constitución reconoce en el ámbito citado. El carácter flexible del procedimiento arbitral no puede desligarse, por ejemplo, de la consecuencia de cosa juzgada que resulta inherente al laudo que le pone fin de acuerdo con lo establecido en el art. 43 LA (...). La pretensión de nulidad alegada carece del más remoto fundamento. Se supone que —dada una relación profesional posterior de contrario que no se concreta en absoluto— el testigo podría adolecer de falta de imparcialidad y por ello se cuestiona su testimonio, a modo de reprobación anticipada de cuanto pueda manifestar al órgano de enjuiciamiento. Se pone el acento —sin mucho detalle, por cierto— en que el testigo trabaja para una consultora que prestó servicios a una sociedad del grupo contrario, pero se omite clamorosamente que fue asesora del demandante en el pacto de venta de acciones cuyo cumplimiento se le reclama. En extremo casi podríamos hablar de concurrencia de la causa 3ª del artículo citado (tener interés directo o indirecto en el pleito) al haber sido asesor del propio demandante; pero concurriría esta causa en sentido imposible, pues tendría que haber sido invocada por el propio actor contra sí mismo. En todo caso, la decisión de la Arbitro fue correcta: la formulación de una tacha no comporta inexorablemente su resolución inmediata, sino que se inserta al procedimiento a modo de llamada de atención, de advertencia sobre un posible déficit de imparcialidad del testigo, que el juzgador ha de considerar y analizar en el momento de examen y valoración de la prueba, cuando habrá de calibrarse la eficacia del medio testifical sobre el que se haya promovido la tacha. Así resulta con nitidez de lo establecido en el art. 376 LEC, que reserva al momento de la valoración probatoria el juicio que merece la advertencia formulada. Pero es más: una ya tradicional doctrina jurisprudencial, de la que —por ejemplo— podemos citar como ejemplo la STS de 30 de marzo de 2007, sostiene que: "La doctrina de esta Sala va dirigida, desde antiguo, en la dirección de que la concurrencia de una tacha, en el aspecto en que así se entienda, en un testigo o en un Perito, no impide al Tribunal el poder tener en cuenta, por su razón de ciencia, y en conjunción con otras pruebas, su dictamen o testimonio; y, en sentido inverso, puede el Tribunal no tenerlo en cuenta, aunque no se admita la recusación o tacha". 4.— Si destinada al fracaso está la pretensión de nulidad por falta de una resolución inmediata sobre la tacha del testigo, idéntico destino ha de otorgarse a la alegación que —sobre fundamento similar— se refiere a la tacha del perito económico. Los mismos argumentos de orden procesal que constan en el punto anterior pueden ser reproducidos a propósito de la tacha dirigida contra la intervención del perito. El laudo impugnado se hace eco de esta incidencia en los epígrafes 58, 72 y 184, y no puede sostenerse que —como tampoco sucedía en el caso anteriormente analizado— las consideraciones arbitrales derivadas de esta prueba hayan sido nucleares, sustanciales o esenciales a la hora de alcanzar la decisión que pone fin a la controversia. La manifiesta

inconsistencia de la exigencia del demandante, de que la tacha fuese resuelta de inmediato y específicamente, choca con la regulación que hemos referido en la LEC y con la correcta decisión de la Arbitro, que no ha vulnerado en consecuencia, absolutamente ningún derecho fundamental del actor al reservarse la valoración del alcance de la tacha para el laudo final. Ni entonces se quebrantó la ortodoxia procesal ni ahora puede invocarse el sentido de la decisión arbitral como contraria a la ley. Ninguna contradicción con las normas imperativas (por lo tanto de orden público) presenta el tratamiento concedido al capítulo de tachas en la resolución arbitral, por lo que esta causa de pedir ha de declararse inviable».

«(...) Por razones de coherencia reproducimos aquí —dado que reitera su motivo el demandante— la fundamentación que sustenta la Sentencia dictada en el Asunto Civil 20/2020 (Nulidad Laudo Arbitral interlocutorio 12/2020) (...)».

IMPROCEDENCIA DE UNA ACCIÓN DE ANULACIÓN CONTRA UN LAUDO INTERLOCUTORIO QUE DESESTIMÓ UNA EXCEPCIÓN DE PREJUDICIALIDAD PENAL Y ORDENÓ SEGUIR EL PROCEDIMIENTO (STSJ MADRID CP 1ª 15 DICIEMBRE 2020)

Arbitraje — Corte Civil y Mercantil de Arbitraje (CIMA) — Acción de anulación arbitraje — Laudo arbitral — Laudo interlocutorio — Prejudicialidad penal — Anulación improcedente.

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala Civil y Penal, Sección Primera, de 15 de diciembre de 2020 (ponente: Francisco José Goyena Salgado) desestima una demanda de anulación formulada frente a un Laudo interlocutorio arbitral con dictada por una árbitra única designada por la Corte Civil y Mercantil de Arbitraje, con el siguiente razonamiento:

«(...) El laudo interlocutorio que es objeto del presente procedimiento de anulación, como hemos puesto de relieve, desestima la excepción de prejudicialidad penal y ordena seguir el procedimiento, dictando, como consta a la Sala, laudo final, objeto, igualmente, de una acción de anulación por la misma parte demandante que la presente. En síntesis el laudo interlocutorio impugnado desestima la excepción planteada, tras examinar la información contenida en los escritos presentados por las partes, así como la doctrina jurisprudencial consolidada, al no apreciar, en el momento procesal en que examina la cuestión, la existencia de conexión alguna entre el procedimiento penal (Diligencias previas 1744/2019) y el presente procedimiento, a los efectos de acordar la suspensión interesada por la demandada —reconviniente—, por prejudicialidad penal. (...). La acción de anulación se ejercita al amparo de los motivos de nulidad contemplados en el art. 41.1º f) LA. Establece el art. 41.1º L A: "El laudo sólo podrá ser anulado cuando la parte que solicita la anulación alegue y pruebe: f) Que el laudo es contrario al orden público" (...) A la vista de la prueba practicada, cabe hacer las siguientes consideraciones: 1.— La figura de la prejudicialidad penal hace referencia a la existencia de cuestión —en este orden jurisdiccional cuya resolución se convierte en presupuesto determinante del contenido de la sentencia de fondo que haya de dictarse en otra jurisdicción. No se trata de una cuestión meramente incidental, puesto que la íntima relación, la ligazón directa y la repercusión de la

cuestión penal con el objeto del otro proceso se erige en auténtico *prius lógico*, sin cuyo esclarecimiento o resolución no debe ser resuelto el proceso que ha de verse afectado. El art. 40 LEC regula la prejudicialidad penal, estableciendo que: "1. Cuando en un proceso civil se ponga de manifiesto un hecho que ofrezca apariencia de delito o falta —ahora delito leve perseguible de oficio, el tribunal civil, ..., lo pondrá en conocimiento del Ministerio Fiscal, por si hubiere lugar al ejercicio de la acción penal." Será procedente ordenar la suspensión del procedimiento civil, señala el ap. 2, cuando: "1ª Que se acredite la existencia de causa criminal en la que se estén investigando, como hechos de apariencia delictiva, alguno o algunos de los que fundamenten las pretensiones de las partes en el proceso civil. 2ª Que la decisión del tribunal penal acerca del hecho por el que se procede en la causa criminal pueda tener influencia decisiva en la resolución sobre el asunto civil." La suspensión, indica el ap. 3 del citado precepto, se acordará una vez el proceso esté pendiente solo de sentencia. Con mayor precisión en la redacción señala el art. 10.2º LOPJ que "la existencia de una cuestión prejudicial penal de la que no pueda prescindirse para la debida decisión o que condicione directamente el contenido de ésta determinará la suspensión del procedimiento mientras aquélla no sea resuelta por los órganos penales a quienes corresponda, salvo las excepciones que la ley establezca". Como de modo preciso recuerda el laudo impugnado en sus razonamientos esta Sala abordó la incidencia que la prejudicialidad penal puede tener a la hora de examinar la validez de un laudo arbitral en su STSJM de 16 de febrero de 2016 incardinando dicha valoración en la posible vulneración de las normas de orden público que aparece contemplada como causa de nulidad en el art. 41.1º.f LA. Se dijo entonces (FJ 4º) que: "...". En el supuesto al que nos enfrentamos, ninguna duda cabe acerca de la pendencia (estado de tramitación) de las Diligencias Previas que invoca el demandante de nulidad, ante el Juzgado de Instrucción de Madrid. Ahora bien: ha de añadirse a este requisito "de actualidad" otros que permitan perfilar la conexión de relevancia, el valor condicionante (que titula, por ejemplo el ATS 16 junio 2020), en suma, la influencia decisiva de la que habla la LEC entre cuanto se investiga en el proceso penal y el objeto del procedimiento que se tramita en el ámbito civil; en este caso, en sede arbitral. La mera interposición de una querrela o una denuncia ante el Juzgado de Instrucción correspondiente sobre unos hechos relacionados con los que son objeto de discusión en un proceso civil no lleva aparejado, por sí sola, el efecto suspensivo que acarrea la llamada prejudicialidad penal. Ni siquiera la admisión a trámite de la iniciativa penal y la incoación por tanto de las oportunas Diligencias Previas. Resultaría contrario a Derecho y de injusta proyección cuando menos dilatoria esta concepción automaticista. De aceptarse la virtualidad de la mera existencia de una causa penal para lograr la suspensión por prejudicialidad del proceso civil en curso, estaríamos depositando en manos del litigante civil un mecanismo capaz de paralizar a su antojo el transcurso del proceso, consecuencia indeseada e inadmisibles que debe eludirse a través del juicio de ponderación comparativa de efectos, objeto y relación. En este sentido, para que pueda operar la indicada prejudicialidad, hemos de hallarnos ante una verdadera y relevante conexión entre la causa penal y la causa civil; una relación de influencia que, en algunos supuestos concretos incluso llega a perfilarse con requisitos propios en la LEC adicionales a los que ya por sí recoge el art. 40 (por ejemplo en el caso del art. 569 LEC) (...). La relación existente —a la luz de los escasos documentos que se han aportado al proceso entre las causas penales que se siguen en virtud de sendas querrelas del Sr. Carlos Antonio, y el acuerdo/ compromiso de venta de sus 777 acciones en torno al que giró el litigio arbitral, no justifica —dada su falta de intensidad concreta—

que se hubiese procedido a suspender el curso de las actuaciones arbitrales por tiempo tan dilatado como adivina —y cree necesario— el actor. En el escrito de ampliación de prueba, que presenta el demandante ante la Sala el día 21 de octubre de 2020 tras la contestación a la demanda se insiste en el efecto necesariamente suspensivo de la tramitación de las dos causas penales. No podemos acoger el argumento. Lo razonado en el laudo acerca de la falta de influencia decisiva de la querrela por delito de administración desleal que se sigue ante el Juzgado de Instrucción n.º 14 es adecuado y conforme a Derecho. Sin perjuicio de cuanto resulte de la causa penal (en este momento nada perfilado según la escasa documentación que se nos ha aportado como prueba) solamente procedería apreciar la necesidad de suspensión por prejudicialidad penal si la instrucción versase sobre elementos fácticos idóneos para decidir si, de acuerdo con una cláusula contractual libremente pactada, el demandado arbitral venía obligado a vender un paquete determinado de acciones en fecha concreta. No se puede pretender una superposición de reproches desconectados para lograr la parálisis del procedimiento civil, ni para resolver adecuadamente el que nos ocupa resulta imprescindible analizar otros ámbitos de la gestión de la empresa que son los que se investigan en sede penal. Por otra parte (y por cuanto se refiere al otro proceso penal que se sigue ante el Juzgado de Instrucción n.º 13 de Madrid), no se puede tachar de nulidad un laudo basándose en una resolución judicial posterior a la fecha de aquél, puesto que el contenido de esta resolución judicial (penal en este caso) resultaba de imposible conocimiento para el árbitro, por mucho que sí se conociese la existencia de una causa en trámite. Insistimos una vez más: esta mera existencia no es suficiente para lograr la paralización del asunto civil si no se acredita —como no sucedió— esa íntima y directa relación e influencia de los hechos indiciariamente constitutivos de delito sobre la resolución del litigio civil en función de lo que concretamente se ventila en éste. Es más: ni siquiera resulta propio de este momento procesal afirmar con la contundencia que lo hace el Sr. Carlos Antonio, que sin que recaiga sentencia penal (no sabemos en cuál de las dos causas) es imposible ejecutar el laudo arbitral)».

[< Vid. F. Virzi y N. Ros, "La prejudicialidad penal en los procedimientos arbitrales (STSJ Madrid CP 1ª 15 diciembre 2020)", *supra* >]

EL TSJ DE MADRID ADMITE LA POSIBILIDAD DE TERMINACIÓN ANTICIPADA DEL PROCESO DE ANULACIÓN RECONOCIENDO VIRTUALIDAD AL ALLANAMIENTO DE ACUERDO A LA STC 46/2020 (STSJ MADRID CP 1ª 15 DICIEMBRE 2020)

Arbitraje — Arbitraje de consumo — Junta Nacional de Consumo — Laudo arbitral — Acción de anulación — Allanamiento — Orden público — Anulación total.

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Civil y Penal, Sección Primera, de 15 de diciembre de 2020 (ponente: Celso Rodríguez Padrón) anula un laudo arbitral pronunciado a Junta Nacional de Consumo con relación a la reclamación que deja sin efecto en virtud de allanamiento del demandado en el presente proceso. Según esta decisión:

«(...) A la vista de las causas alegadas por la parte demandante como fundamento de la pretensión de nulidad, es evidente que cobra protagonismo (pese a que no todas sistemáticamente se hayan encuadrado en la demanda adecuadamente bajo el mismo rótulo) la argumentación que sostiene la contrariedad del laudo impugnado con relación al orden público, causa tan frecuente como a veces expansiva para sostener la viabilidad de las demandas de nulidad de los laudos arbitrales. Son numerosos ya los pronunciamientos emitidos en torno a la delimitación que debe otorgarse a la causa aludida, prevista en el art. 41.1º.f) LA. Una Jurisprudencia constante, nacida ya en el seno de las Audiencias Provinciales cuando detentaban la competencia para conocer de cuestiones como la que hoy nos ocupa, y aquilatada por el Tribunal Supremo en sucesivas sentencias, vino ocupándose del desarrollo del concepto jurídico indeterminado en que consiste el orden público, tanto en su vertiente material como desde el enfoque procesal. Si la primera vertiente se relaciona directamente con la infracción de los derechos y libertades fundamentales contemplados en la Constitución, el orden público procesal se centra en los derechos que proyecta el art. 24 del texto fundamental y la tutela efectiva. El arbitraje, no por su condición de institución sustitutiva del proceso judicial puede obviar el cumplimiento de las garantías esenciales que la Constitución reconoce en el ámbito citado. El carácter flexible del procedimiento arbitral no puede desligarse, por ejemplo, de la consecuencia de cosa juzgada que resulta inherente al laudo que le pone fin de acuerdo con lo establecido en el art. 43 LA. Desarrollando estos conceptos, esta misma Sala de lo Civil y Penal, entre otras muchas en la Sentencia antes citada, vino a resumir cuanto dijo ya en pronunciamientos anteriores (por ejemplo SS de 6 de noviembre de 2013 — Recurso de anulación n.º 5/2013; 13 febrero de 2013 — Recurso de anulación n.º 31/2012; y 23 mayo de 2012 — Recurso n.º 12/2011), en los siguientes términos: "por orden público han de estimarse aquel conjunto de principios, normas rectoras generales y derechos fundamentales constitucionalizados en el Ordenamiento Jurídico español, siendo sus normas jurídicas básicas e inderogables por la voluntad de las partes, tanto en lo social como en lo económico (STC 54/1989, de 23 de febrero), y por ende, a los efectos previstos en el citado artículo, debe considerarse contrario al orden público, aquel Laudo que vulnere los derechos y libertades fundamentales reconocidos en el Capítulo II, Título I de la Constitución, garantizados a través de lo dispuesto en términos de generalidad en el art. 24 de la misma, incluyendo la arbitrariedad patente referida en el art. 9.3º CE, y desde luego, quedando fuera de éste concepto la posible justicia del Laudo, las deficiencias del fallo o el modo más o menos acertado de resolver la cuestión"».

"(...) imprescindible resulta traer a colación que el Tribunal Constitucional, en su importante STC 46/2020, de 6 (sic) (15) de junio de 2020, introdujo relevantes consideraciones en torno a la tesis que había venido manteniéndose por la Sala, que distinguía entre la disponibilidad para las partes del objeto del procedimiento arbitral en sentido estricto, y el objeto del proceso de anulación (el laudo y su conformidad al orden público). Esta Sentencia introduce un giro trascendental en lo que había sido la tesis que ha quedado reflejada en los precedentes párrafos, en torno a la disponibilidad para las partes del objeto del proceso de anulación. Concretamente, al referirse a la distinción que acabamos de apuntar, señala el Tribunal Constitucional: "Con este razonamiento, que no se basa en norma procesal alguna, la sala evita entrar a decidir una cuestión que, a priori, es perfectamente admisible en este tipo de procedimientos. A diferencia de lo razonado, la petición de archivo pretende poner de relieve la pérdida de interés en proseguir con el

procedimiento de anulación, como consecuencia del acuerdo alcanzado; la conclusión de los autos recurridos es forzada dado que, en efecto, el objeto del arbitraje fue decidido ya en el laudo, pero lo que parece incontrovertible es que es la voluntad de evitar la ejecución del laudo y de obtener su revocación lo que justifica el procedimiento de anulación. En consecuencia, no se puede afirmar de manera tan categórica que las partes no puedan alcanzar un acuerdo posterior al laudo ni que, de dicho acuerdo, no se pueda entender que tanto demandante como demandada decaigan en su interés en seguir litigando. Mediante tal línea argumentativa se llega a negar el carácter subjetivo de los derechos que se ejercen en el proceso de anulación de laudos, otorgando a las partes tan solo el poder de desencadenar el proceso, pero sin poder hacer valer, a posteriori, los cambios sobrevinidos que afecten a su interés para obtener la sentencia. Por el contrario, ha de entenderse que ello entra dentro del terreno del poder de disposición de las partes en un proceso civil, como lo es el proceso de anulación del laudo arbitral, sin que exista norma legal prohibitiva a dicho respecto. En tal sentido recordemos que el proceso civil regulado en la Ley 1/2000, de 7 de enero, se inspira en el principio básico de disposición de las partes para regular sus intereses privados o, lo que es lo mismo, para iniciar la actividad jurisdiccional, determinar el objeto del proceso y ponerle fin en el momento que estimen conveniente, sin necesidad de esperar a la sentencia y siempre que la relación jurídica discutida responda únicamente a una naturaleza subjetiva—privada. A este principio dispositivo hace referencia el art. 19 LEC, que se encuadra dentro del capítulo IV, cuyo título, "Del poder de disposición de las partes sobre el proceso y sobre sus pretensiones", pone ya de relieve cuál es la clave sustancial sobre la que gira el proceso civil". Aunque la citada STC se refiere a la figura del desistimiento, entendemos que resulta igualmente concluyente en torno a la figura del allanamiento, contemplada en el mismo Capítulo de la Ley procesal civil dentro de lo que la doctrina denominó las crisis procesales, por cuanto significan una terminación diferente a la que, de ordinario, resulta con la sentencia dimanante de la contradicción y la prueba. La más genuina manifestación del derecho fundamental a la obtención de la tutela judicial efectiva pasa por la obligación de Juzgados y Tribunales de resolver motivadamente y en Derecho los litigios de los que conocen dentro de su respectiva competencia. Esta obligación suele materializarse en el pronunciamiento de una resolución sobre el fondo del asunto tras el desarrollo del oportuno debate procesal. Las denominadas "crisis procesales" se apartan de dicho esquema, al provocar la terminación del proceso debido a otras causas. Muy resumidamente podemos recordar que tanto el desistimiento como el allanamiento son manifestaciones procesales del principio dispositivo que inspira al proceso civil. El primero—previsto en los arts. 19 y 20 LEC— es aquella actuación de una parte que manifiesta su voluntad de poner fin anticipado al proceso, ejercitando el poder de disposición sobre el mismo cuando se trata de materias en las que puede predicarse un dominio sobre el derecho material que se discute, un dominio sobre las pretensiones debatidas (existen algunas excepciones, como por ejemplo las contenidas en el art. 751 LEC). El allanamiento (art. 21) entraña el reconocimiento y aceptación por el demandado de las pretensiones del actor, que encuentra solo como limitación en la ley la existencia de prohibiciones, que se haga en fraude de ley, o suponga renuncia contra el interés general o perjuicio para terceros. De acuerdo con lo señalado, por ejemplo, en la STS (Sala Primera) de 15 junio 2020: "Conforme a reiterada jurisprudencia (por todas, sentencias 11/2012, de 19 de enero, 571/2018, de 15 de octubre, y 173/2020, de 11 de marzo), el allanamiento es una manifestación de conformidad con la petición contenida en la demanda, hecha por el demandado al contestar a

ella, o en otro momento procesal, y constitutivo de un medio de extinción del proceso a virtud del reconocimiento y conformidad del demandado, que puede comprender todas las materias de carácter privado que sean objeto de pretensión por las partes y que sean disponibles por ellas, porque no es lícito, dentro del orden jurídico, oponerse a que los interesados hagan de lo suyo lo que a bien tengan." En igual sentido la STS 11 marzo 2020. A estos efectos queremos resaltar la conclusión expresada en el FJ 4 de la STC ya citada: "con independencia de que la causa de pedir de la anulación afecte al orden público o no, es lo cierto que la cuestión de fondo es jurídico—privada y disponible, por lo que, en nuestro sistema procesal civil, para que haya una decisión, se requiere que las partes acrediten su interés en litigar". Admite a continuación el Tribunal Constitucional que la cuestión podría ser discutible (tampoco avanza ninguna solución definitiva) "en caso de petición unilateral de una de las partes, controvertida por la contraria", pero esta relación de controversia no es la que se presenta en el supuesto que ahora nos compete resolver. Ya en su parte final, la misma Sentencia, al referirse a la tesis de esta Sala que se había visto recurrida en amparo, señala: "A mayor abundamiento, debemos advertir que, con la doctrina que emana de la decisión que se recurre, la interposición de la demanda de anulación generaría una suerte de "efecto dominó" que impediría a las partes ejercer su poder de disposición sobre el proceso. Dicha solución podría ser admisible de basarse la petición de anulación en que el objeto del laudo (en el caso, el contrato) regula una materia que no era susceptible de ser sometida a arbitraje por afectar al orden público...».

«(...) Aplicadas las anteriores consideraciones al supuesto analizado, hemos de admitir la posibilidad de terminación anticipada del proceso reconociendo virtualidad al allanamiento expresado sin matices por parte del demandado. La cuestión que se ventila, en el fondo, no es otra que la regularidad en la que se llevó a cabo la adquisición por este comprador de un teléfono móvil a la entidad comercial que sostiene que se produjo un error manifiesto en la indicación del precio. Nos hallamos ante una relación contractual entre las partes, ante una mera compraventa cuya materialización —y por ello su frustración basada en las explicaciones de la vendedora— ha de calificarse como una cuestión perfectamente disponible y que además no afecta al interés general. Tampoco la posición personal expresada por el demandado, de allanarse a las pretensiones de la actora y concluir sin ninguna otra consecuencia el presente proceso se produce en perjuicio de tercero, puesto que la admisión del allanamiento que ha formalizado renunciando a contestar a la demanda en cuanto al fondo, solamente le concierne a él y es ejercicio de su libre poder de disposición sobre el objeto del litigio. En suma, siguiendo las pautas claramente establecidas por el Tribunal Constitucional en la resolución antes expuesta, ningún obstáculo puede existir para que, concurriendo los presupuestos de libre disposición del objeto del proceso además de la ausencia de los límites establecidos en el art. 21.1º LEC, ha de admitirse sin reparos el allanamiento del demandado, lo que hace innecesario abordar toda cuestión que pudiera adentrarnos en los argumentos de fondo expuestos por la entidad demandante».

[<Vid. J.M. Julià, "Un respiro para el arbitraje", en el apartado de Cónica de decisiones de la Sección de Jurisprudencia, *supra*>]

LA ACTORA CARECE EN EL CONTRATO DE SEGURO DE LA CONDICIÓN DE CONSUMIDOR,

POR LO QUE LA VALIDEZ DEL CONVENIO ARBITRAL SOLO PUEDE SER ENJUICIADA AL AMPARO DE LA LCGC (AAP OURENSE 1ª 16 DICIEMBRE 2020)

Arbitraje — Arbitraje de consumo — Arbitraje de seguros — Declinatoria arbitral — Directiva 93/13/CEE— Verificación del convenio arbitral — Estimación de la declinatoria.

El Auto de la Audiencia Provincial de Ourense, Sala Primera, de 16 de diciembre de 2020 (ponente: María del Pilar Dominguez Comesaña) comparte íntegramente los razonamientos de la Juzgadora *a quo* que declaró la falta de jurisdicción de este Juzgado conforme a la cláusula 10ª.2 del contrato que vincula a las partes, acordándose el sobreseimiento del proceso y sin perjuicio del derecho de las partes de acudir al arbitraje. De acuerdo con la Audiencia:

*«(...) Razona la juzgadora que la cláusula de sumisión a arbitraje cumple las condiciones de incorporación y transparencia a las que se refiere el art. 7 LCGC y el arbitraje hace referencia a una materia de libre disposición conforme a derecho tal y como exige el art. 2 LA. La parte actora recurre en apelación, reiterando los motivos de oposición ya formulados en la instancia. La aseguradora demanda se opone al recurso y solicita su desestimación con imposición de las costas del recurso al apelante (...). La Sala comparte íntegramente los razonamientos de la Juzgadora *a quo*. El art. 11 LA/2003, dispone que el convenio arbitral obliga a las partes a cumplir lo estipulado e impide a los tribunales conocer de las controversias sometidas a arbitraje, siempre que la parte a quien interese lo invoque mediante declinatoria. Conforme al art. 9 LA, el convenio arbitral podrá adoptar la forma de cláusula incorporada a un contrato o de acuerdo independiente. Lo relevante es que exprese la voluntad de las partes de someter a arbitraje, todas o algunas de las controversias que hayan surgido o puedan surgir respecto de una determinada relación jurídica contractual o no contractual. En su párrafo segundo se refiere expresamente al convenio arbitral que esté contenido en un contrato de adhesión, cuya validez e interpretación se regirá por lo dispuesto en las normas aplicables a este tipo de contrato. El art. 9.3º LA. únicamente exige como requisito formal que se deje constancia del convenio arbitral por escrito, en un documento firmado por las partes, o a través de alguno de los medios allí indicados. Son susceptibles de arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho (art 2 LA) y el art. 97.4º Ley 20/2015, de 14 de julio de ordenación, supervisión y solvencia de entidades aseguradoras y reaseguradoras prevé expresamente la posibilidad de someter a arbitraje los conflictos que puedan surgir entre tomadores de seguro, asegurados (...) y entidades aseguradoras, en materia de libre disposición. Como bien indica el Auto recurrido, la actora carece, en el contrato de seguro objeto de litigio, de la condición de consumidor, por lo que la validez del convenio arbitral solo puede ser enjuiciada al amparo de la Ley 7/1998 de 13 de abril, de Condiciones Generales de la Contratación. No resulta de aplicación ni la Directiva 93/13/CEE del Consejo de Europa ni el RDL 1/2007, Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios, que traspuso la citada Directiva a nuestro Ordenamiento Jurídico. No procede pues, enjuiciar la validez del convenio arbitral desde la perspectiva del control de abusividad ni del control cualificado de transparencia, que son controles que nacen de la Directiva y en consecuencia reservados a la contratación entre profesionales y consumidores. El único control que resulta aplicable al convenio arbitral que figura en un contrato*

de adhesión en un contrato celebrado entre profesionales, es el control de incorporación ordinario al que hace referencia el art. 5 y el art. 7 de la LCGC. El art. 5 de la Ley 7/1998 dispone que las condiciones generales pasarán a formar parte del contrato, cuando se acepte por el adherente su incorporación al mismo y sea firmado por todos los contratantes. Por su parte el art. 7 dice que no quedarán incorporadas al contrato las condiciones generales que el adherente no haya tenido oportunidad real de conocer de manera completa al tiempo de la celebración del contrato o cuando no hayan sido firmadas, cuando sea necesario, en los términos resultantes del art. 5, y las que sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles, salvo, en cuanto a estas últimas, que hubieren sido expresamente aceptadas por escrito por el adherente y se ajusten a la normativa específica que discipline en su ámbito la necesaria transparencia de las cláusulas contenidas en el contrato. En el supuesto aquí examinado no hay duda de que la cláusula 10.2 de las Condiciones generales de la póliza suscrita por la actora, que contiene el convenio arbitral, supera el control de incorporación ordinario. La cláusula figura incorporada al contrato firmado por la actora y es comprensible desde una perspectiva gramaticalmente. Indica la recurrente que la cláusula no fue ni informada ni consentida. No se comparte dicha afirmación. El art. 5.1º LCGC únicamente exige que el predisponente entregue al adherente un ejemplar de las condiciones general y que el adherente acepte el contrato con las citadas condiciones generales. No se exige una aceptación específica y expresa de la citada cláusula. Basta la aceptación genérica de las condiciones generales y, en el supuesto de autos, dicha aceptación existe. La actora firmó la póliza y aceptó las condiciones particulares, generales y especiales que figuran en la misma. Alega la apelante que existió un abuso de posición dominante por parte de la entidad aseguradora, al incluir el convenio arbitral de forma sorpresiva en las condiciones generales de la póliza. Es cierto que la exposición de motivos de la Ley 7/1998, de condiciones generales de la contratación, indica que el predisponente hace un mal uso de su capacidad de imposición de las condiciones generales, cuando de forma sorpresiva y en contra de la buena fe introduce cláusulas que desnaturalizan el contenido del contrato. No obstante, es cuestionable que el seguro contratado por la actora pueda calificarse de contrato de adhesión propiamente dicho en el que las cláusulas han sido predispuestas e impuestas por una de las partes a la otra, sin que ésta tenga posibilidad de negociarlas, hacer contraofertas o de modificarlas, debiendo simplemente aceptarlas o no contratar. En los seguros de crédito los tomadores de seguro son empresas con capacidad para negociar con las aseguradoras, bien directamente, bien a través de sus corredores; en cualquier caso, y aun admitiendo que estemos en presencia de un contrato de adhesión, al carecer la actora de la condición de consumidor rigen las normas generales sobre carga de la prueba, por lo que incumbe al adherente que pretenda la nulidad de una condición general desde el punto de vista de la buena fe, alegando su introducción de forma sorpresiva, acreditar en qué medida la cláusula le fue impuesta de forma abusiva, la inexistencia de información y su actuación diligente, en cuanto dichas circunstancias pueden excluir el "factor sorpresivo"; circunstancias que en el supuesto de autos no constan».

«(...) Finalmente invoca la apelante que la cláusula supone una renuncia al fuero imperativo del art. 24 LCS. El motivo ha de ser desestimado. El seguro de crédito está incluido entre los seguros de grandes riesgos (art. 11 de la vigente Ley 20/2015, de 14 de julio, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradora; antiguo art. 107.2º, ap. b LCS). A tenor

del art. 44 LCS, no será de aplicación a los contratos de seguros por grandes riesgos, tal como se delimitan en esta Ley, el mandato contenido en el art. 2 de la misma. Este artículo establece que las distintas modalidades del contrato de seguro, en defecto de Ley que les sea aplicable, se regirán por la presente Ley, cuyos preceptos tienen carácter imperativo, a no ser que en ellos se disponga otra cosa. Al no ser de aplicación a este tipo de seguros el mandato del art. 2, los preceptos de la LCS no son aplicables de forma imperativa. En este sentido el art. 10.3º de la póliza, establece que la LCS es aplicable únicamente con carácter supletorio en cuanto no se oponga a lo expresamente pactado y expresamente se excluye, entre otros preceptos, la aplicación del art. 3 en relación con las exigencias de forma para la validez de las cláusulas limitativas. En base a ello, el razonamiento de la parte apelante no es de recibo. Ni el art. 24 resulta imperativo ni la cláusula de sumisión a arbitraje sería nula por no revestir los requisitos que el art. 3 LCS exige para la validez de las cláusulas limitativas de derechos (aceptación específica por escrito), ya que el art. 3 no resulta de aplicación, al haber sido expresamente excluido. En cualquier caso, el art. 24 LCS, lo mismo que el art. 52.2º LEC, se refiere exclusivamente a la competencia de los órganos jurisdiccionales en función del territorio, sin que afecte para nada a la posibilidad de que las partes puedan acudir al arbitraje como mecanismo de solución de conflictos, que como ya se indicó expresamente está previsto en el art. 97.4º Ley 20/2015, al igual que estaba previsto en el art. 61 de la anterior Ley 6/2004 de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados. En conclusión, la cláusula de sumisión a arbitraje contenida en el art. 10.2º de las condiciones generales de la póliza es válida, vincula a las partes e impide a los tribunales conocer de las controversias que surgen en torno a las vicisitudes del contrato, por lo que el recurso de apelación ha de ser desestimado».

EL TRIBUNAL HA DE PROCEDER AL NOMBRAMIENTO IMPARCIAL DE LOS ÁRBITROS, SIN QUE ESTA DECISIÓN PREJUZGUE LO QUE EL ÁRBITRO PUEDA ADOPTAR SOBRE SU PROPIA COMPETENCIA (STSJ MADRID CP 1ª 22 DICIEMBRE 2020)

Arbitraje — Árbitros — Designación judicial — Formalización judicial — Convenio arbitral — Principio de *Kompetenz—kompetenz*.

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Civil y Penal, Sección Primera de 22 de diciembre de 2020 (ponente Francisco José Goyena Salgado) procede a la designación de árbitro único con el siguiente razonamiento:

Selección de las resoluciones destacadas dictadas recientemente por los Tribunales extranjeros

FRANCIA

Deber de revelación del coárbitro designado por el demandante de los vínculos que su despacho tenía con el grupo del demandado (Cour de cassation, Chambre civile 1, 3 octobre 2019)

Arbitraje — Deber de revelación del árbitro — Hechos notorios fácilmente accesibles — Duda razonable de las partes en cuanto a la imparcialidad e independencia del árbitro.

Saad Buzwair Automotive Co (SBA) inició un procedimiento de arbitraje ante la Cámara de Comercio Internacional, sobre la base de una cláusula de arbitraje estipulada en los compromisos contractuales suscritos con Audi Volkswagen Middle East Fze (AVME). El tribunal arbitral, del que formaba parte el Sr. Q... (H & M), árbitro designado por SBA, dictó un laudo en marzo de 2016 desestimando las pretensiones de SBA. Esta última entidad, tras conocer que el despacho de abogados Haver & Mailänder (H & M), al que pertenece el Sr. Q..., había realizado varios encargos, antes y durante el arbitraje, para entidades del grupo Volkswagen, entre ellas Porsche, interpuso un recurso de anulación. En la presente decisión el Alto Tribunal francés consideró que el árbitro había incumplido su deber de información, afirmando lo siguiente:.

«Sur les première, troisième, quatrième et cinquième branches du moyen :

Attendu que la société AVME fait grief à l'arrêt d'annuler la sentence, alors, selon le moyen :

1º que l'arbitre n'a pas à révéler aux parties les faits notoires ou aisément accessibles, ni avant d'accepter sa mission, ni ensuite en cours d'arbitrage; qu'en se prononçant comme elle l'a fait après avoir constaté qu'une information publiée dans l'annuaire professionnel JUVE, édition 2010/2011, devait être regardée comme notoire dès lors que cet annuaire professionnel est connu « de tous les cabinets d'avocats d'affaires allemands », ce dont il résultait qu'était également notoire l'information parue dans le même annuaire professionnel, édition 2015/2016, publié au mois d'octobre 2015, avant que la sentence ne soit rendue, mentionnant la représentation de la société Porsche, entité du groupe Volkswagen, dans le cadre d'un litige en cours par le département arbitrage et médiation du cabinet d'avocat H & M, de sorte que l'arbitre n'avait pas à la révéler, la cour d'appel, qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses constatations, a violé les articles 1456, alinéa 2, 1506 et 1520, 2º, du code de procédure civile;

2º qu'en toute hypothèse, une sentence ne peut être annulée pour manquement de l'arbitre à son

obligation de révélation que lorsque les circonstances non révélées étaient de nature à provoquer dans l'esprit des parties un doute raisonnable quant à l'impartialité et l'indépendance de cet arbitre; qu'en statuant comme elle l'a fait, motifs pris que l'arbitre, M. Q..., n'avait pas révélé en cours d'arbitrage qu'entre 2014 et 2015, la société Porsche, entité du groupe Volkswagen, avait été cliente du cabinet H & M pour une mission « suffisamment notable pour que ce cabinet en fasse un élément de sa communication et la fasse figurer dans le top 5 de ses dossiers les plus remarquables » et qu'il s'agissait d'une « circonstance de nature à créer un doute raisonnable quant à l'indépendance et l'impartialité de cet arbitre, étant au surplus observé qu'il résulte de l'attestation précitée de M. G... qu'en 2010, une mission avait été confiée par Porsche à H & M mission certes de faible importance, mais non déclarée par l'arbitre et non rendue publique par le cabinet », sans vérifier, comme elle y était invitée, s'il n'était pas exclu que de telles circonstances créent un doute raisonnable quant à l'indépendance et l'impartialité de l'arbitre dans l'esprit de la société SBA dès lors que celle-ci n'avait exprimé aucune réticence, ni a fortiori sollicité la récusation de ce même arbitre, lorsqu'il avait révélé en début d'arbitrage, le 30 octobre 2013, avoir été nommé en qualité d'arbitre par une autre société du groupe Volkswagen dans une autre procédure d'arbitrage, la cour d'appel n'a pas légalement justifié sa décision au regard de l'article 1520, 2°, du code de procédure civile;

3°/ qu'en toute hypothèse, une sentence ne peut être annulée pour manquement de l'arbitre à son obligation de révélation que lorsque les circonstances non révélées étaient de nature à provoquer dans l'esprit des parties un doute raisonnable quant à l'impartialité et l'indépendance de cet arbitre; qu'en relevant que la mission confiée par la société Porsche, entité du groupe Volkswagen, au cabinet H & M auquel appartient l'arbitre était « suffisamment notable pour que ce cabinet en fasse un élément de sa communication et la fasse figurer dans le top 5 de ses dossiers les plus remarquables » et qu'elle avait « une incontestable importance aux yeux du cabinet auquel appartient l'arbitre », motifs inopérants à expliquer en quoi cette circonstance était de nature à provoquer dans l'esprit de la société SBA un doute raisonnable quant à l'impartialité et l'indépendance de cet arbitre, la cour d'appel n'a pas légalement justifié sa décision au regard de l'article 1520, 2°, du code de procédure civile;

4°/ qu'en toute hypothèse, une sentence ne peut être annulée pour manquement de l'arbitre à son obligation de révélation que lorsque les circonstances non révélées étaient de nature à provoquer dans l'esprit des parties un doute raisonnable quant à l'impartialité et l'indépendance de cet arbitre; qu'en relevant qu'il est « au surplus observé qu'il résulte de l'attestation précitée de M. G... qu'en 2010, une mission avait été confiée par Porsche à H & M, mission certes de faible importance, mais non déclarée par l'arbitre et non rendue publique par le cabinet », sans expliquer en quoi cette circonstance était de nature à provoquer dans l'esprit de la société SBA un doute raisonnable quant à l'impartialité et l'indépendance de cet arbitre, la cour d'appel n'a pas légalement justifié sa décision au regard de l'article 1520, 2°, du code de procédure civile; Mais attendu d'abord, que la cour d'appel a exactement décidé que si l'existence d'un contrat exécuté en 2010 par le cabinet H & M pour la Volkswagen Bank devait être regardée comme notoire du fait de sa publication avant le début de l'arbitrage dans un annuaire professionnel connu de tous les cabinets d'avocats d'affaires allemands, en revanche, AVME n'était pas tenue de poursuivre ses

recherches après le début des opérations d'arbitrage et il incombait à l'arbitre d'informer les parties de toute circonstance susceptible d'affecter son indépendance ou son impartialité survenant après l'acceptation de sa mission;

Attendu, ensuite, que l'arrêt relève que la mission confiée pendant l'arbitrage par la société Porsche au cabinet H & M, revêtait une incontestable importance aux yeux de ce dernier, pour figurer, comme suffisamment notable, au titre de sa communication, dans le « top 5 » en 2014 et 2015 de ses dossiers les plus remarquables; que par ces énonciations, qui procèdent de son pouvoir souverain d'appréciation, la cour d'appel, qui n'était pas tenue de procéder à des recherches que ces constatations rendaient inopérantes, a légalement justifié sa décision sur l'existence d'un doute raisonnable quant à l'indépendance et à l'impartialité de M. Q...;

D'où il suit que le moyen, dont la cinquième branche critique des motifs surabondants, n'est pas fondé;

Par ces motifs : rejette le pourvoi;

Constitución irregular del tribunal arbitral por comprobarse que dos de los cinco árbitros no eran independientes (Chambre commerciale internationale à la Cour d'appel de Paris, 26 de enero de 2021)

Arbitraje internacional — Irregularidad en la constitución del tribunal arbitral — Principio de igualdad de las partes en el litigio — Independencia de los árbitros — Alcance de la renuncia del art. 1466 del código de procedimiento civil.

(Resumen del caso)

Dans cette affaire, la CCIP–CA était saisie d'un moyen unique d'annulation d'une sentence tiré de la constitution irrégulière du tribunal arbitral. Il était reproché d'une part, le non respect par la cour d'arbitrage des règles applicables à la constitution du tribunal arbitral et d'autre part le défaut d'indépendance de deux des cinq arbitres.

Sur les premier point, la CCIP–CA rejette chacun des griefs après avoir constaté notamment qu'un différend opposait les parties quant aux modalités de constitution du tribunal arbitral, et qu'il « incombait donc bien à la CCI, en tant que centre chargé d'organiser l'arbitrage, compte tenu de l'opposition des parties, d'organiser les modalités de désignation des arbitres conformément à son Règlement, et ce dans des conditions telles qu'elles permettait de satisfaire au principe d'ordre public de l'égalité des parties dans la désignation des arbitres, qui suppose la possibilité pour chaque partie de pouvoir participer de manière égale à la constitution d'un tribunal arbitral » (§ 63). La CCIP–CA a considéré à cet égard que le principe de l'égalité des parties devait s'apprécier différemment au jour de la conclusion de la clause compromissoire et au jour du litige, ce principe devant alors s'apprécier « au regard des prétentions et des intérêts de chacune des parties au litige » (§64).

Saisi d'un moyen tiré de l'irrecevabilité de l'un des griefs, sur le fondement de l'article 1466, la CCIP–CA a

rappelé que « la renonciation présumée par l'article 1466 précité du code de procédure civile vise des griefs précisément et concrètement articulés et non des catégories de moyens » (§72) cantonnant l'exclusion de cette règle au seul moyen tiré de la compétence ou l'incompétence du tribunal arbitral, pour lequel les parties ne sont pas privées du droit d'invoquer sur cette question, devant le juge de l'annulation, de nouveaux moyens et arguments relatifs à la compétence et à faire état, à cet effet, de nouveaux éléments de preuve (§73 et 74).

S'agissant des griefs tiré du défaut d'indépendance de deux des cinq arbitres, la CCIP-CA a en premier lieu considéré que la fin de non recevoir tirée de l'article 1466 du code de procédure civile ne pouvait être opposée au recourant dès lors que la dispense tirée de la notoriété des faits n'était pas opérante lorsque les faits allégués sont survenus au cours de l'instance arbitrale (§111 et 112).

Pour considérer que les faits de l'espèce ne justifiaient pas un complément de déclaration des arbitres, la CCIP-CA s'est appuyée sur les recommandations de la CCI qui caractérisent des « causes réputées objectives » et a ensuite apprécié si les arbitres étaient tenus de déclarer ces circonstances « qui, bien que non visées dans cette liste, peuvent être de nature à créer, dans l'esprit des parties, un doute raisonnable sur son indépendance, c'est à dire un doute qui peut naître chez une personne placée dans la même situation et ayant accès aux mêmes éléments d'information raisonnablement accessibles » (§118). A cet égard, la CCIP-CA indique que le doute raisonnable « doit résulter d'un potentiel conflit d'intérêts dans la personne de l'arbitre, qui peut être soit direct parce qu'il concerne un lien avec une partie, soit indirect parce qu'il vise un lien d'un arbitre avec un tiers intéressé à l'arbitrage. A cet égard, lorsque le potentiel conflit d'intérêts est seulement indirect, l'appréciation du doute raisonnable dépendra notamment de l'intensité et la proximité du lien entre l'arbitre, le tiers intéressé et l'une des parties à l'arbitrage » (§ 119).

[<Vid. A. Idjeri, «Principio de igualdad y deber de revelación de los árbitros: Nuevas contribuciones de la Chambre Commerciale Internationale à la Cour d'Appel de Paris», *supra*>]

Incumplimiento del principio de contradicción y la falta de independencia e imparcialidad del árbitro (Chambre commerciale internationale à la cour d'appel de Paris de 16 febrero 2021).

Arbitraje internacional — Recurso de Anulación — Independencia e imparcialidad del árbitro — Incumplimiento del principio de contradicción.

(Resumen del caso)

Dans cette affaire la CCIP-CA était saisie d'un recours en annulation d'une sentence fondé sur un le non respect du principe de la contradiction et le défaut d'indépendance et d'impartialité de l'arbitre. Statuant en premier lieu sur la recevabilité de ces moyens, la cour a rappelé que l'article 1466 du code de procédure civile « ne vise pas les seules irrégularités procédurales mais tous les griefs qui constituent des cas d'ouverture du recours en annulation des sentences, à l'exception des moyens fondés sur l'article 1520, 5° du code de procédure civile et tirés de ce que la reconnaissance ou l'exécution de la sentence violerait l'ordre public international » (§27) et que « la renonciation présumée par l'article 1466 précité du code de procédure civile vise des griefs précisément et concrètement articulés et non des catégories de moyens »

(§29). Elle a déclaré irrecevable le moyen tiré du défaut de respect du principe de la contradiction faute pour la recourante d'avoir au cours de la procédure formulé aucun grief à ce titre. La cour a en revanche considéré que les griefs portant sur le défaut d'indépendance et d'impartialité de l'arbitre, en ce qu'ils reposent sur des faits postérieurs à la clôture des débats qui n'auraient été révélés qu'une fois la sentence arbitrale rendue, sont recevables (§43). Elle juge ce moyen cependant infondé. D'une part, la cour constate que le défaut d'indépendance, qui doit procéder d'une approche objective « consistant à caractériser des facteurs précis et vérifiables externes à l'arbitre susceptibles d'affecter sa liberté de jugement, tels que des liens personnels, professionnels et/ou économiques avec l'une des parties » n'est pas établi en l'espèce (§ 53 o 55). D'autre part, s'agissant de l'impartialité, la cour expose que celle-ci « suppose l'absence de préjugés ou de partis pris susceptibles d'affecter le jugement de l'arbitre, lesquels peuvent résulter de multiples facteurs tels que la nationalité de l'arbitre, son environnement social, culturel ou juridique » (§56). Elle ajoute que « Toutefois pour être pris en compte ces éléments doivent créer, dans l'esprit des parties, un doute raisonnable sur son impartialité de telle sorte que l'appréciation de ce défaut doit procéder d'une démarche objective » (§57) et que « Si un tel doute peut le cas échéant résulter de la sentence elle-même, encore faut-il, dès lors que le contenu de la motivation de la sentence arbitrale échappe au contrôle du juge de l'annulation, que ce doute soit fondé sur des éléments précis quant à la structure de la sentence ou ses termes mêmes, qui laisseraient supposer que l'attitude de l'arbitre a été partielle ou à tout le moins seraient de nature à donner le sentiment qu'elle l'a été » (§ 58). La cour considère que ces conditions ne sont pas réunies en l'espèce.

[<Vid. A. Idjeri, «Principio de igualdad y deber de revelación de los árbitros: Nuevas contribuciones de la Chambre Commerciale Internationale à la Cour d'Appel de Paris», *supra*>]

Aplicación del reglamento de bruselas i bis a las reclamaciones de responsabilidad contra los arbitros (Tribunal Judiciaire de París 31 marzo 2021

Arbitraje — Cámara de comercio Internacional — Árbitros — Deber de revelación — Responsabilidad Derecho internacional privado — Competencia judicial internacional. Reglamento Bruselas I.

(Resumen del caso)

El 31 de marzo de 2021, el principal tribunal de primera instancia de París (tribunal judiciaire, anteriormente tribunal de grande instance) se pronunció en torno a la competencia judicial internacional de los tribunales franceses para determinar la responsabilidad de los árbitros, considerando que se trataba de una reclamación contractual en el sentido del art. 7, ap. 1, letra b), del Reglamento Bruselas I bis. En consecuencia declinó su competencia sobre la base de que el árbitro había prestado sus servicios en Alemania.

El asunto se refería a los contratos de distribución en la industria del automóvil que insertaban cláusulas que preveían el arbitraje de la CCI en París de conformidad con la legislación alemana. Tras rescindir dos contratos, se inició un arbitraje acordando las partes que las audiencias se celebrarían en Alemania.

Con posterioridad el laudo resultante fue impugnado ante los tribunales franceses y finalmente anulado por el hecho de que un árbitro no había revelado ciertas relaciones entre su bufete de abogados y una de las partes del arbitraje.

La cuestión central debatida fue la aplicación al supuesto del El Reglamento de Bruselas I bis.

En su fallo, el tribunal declara que

1º) La acción de responsabilidad del árbitro basada en la ejecución indebida de los compromisos contraídos en el marco del contrato de arbitraje, al tener un objeto distinto del arbitraje, no está comprendida en la exclusión (del arbitraje) prevista en el art. 1, ap. 2, letra d), del Reglamento (CE) n.º 1215/2012, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (Bruselas I bis);

2º) El tribunal competente para conocer de este recurso es, de conformidad con el art. 7, ap. 1, letra b), de dicho Reglamento, según la interpretación del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, el del lugar en el que el árbitro haya ejercido efectiva y predominantemente su actividad como tal.

Considera el Tribunal, en primer lugar, que las declaraciones del contrato en el sentido de que 'la sede del arbitraje es París' y el 'laudo y las resoluciones procesales del tribunal arbitral se considerarán dictadas en la sede del arbitraje, es decir, París', tienen por objeto determinar el tribunal competente para conocer de cualquier recurso de anulación. Por consiguiente no puede considerarse aquí que establezca la intención común de las partes de hacer de este lugar el lugar de prestación efectiva de los servicios del árbitro, con todas las consecuencias que de ello se derivan, sobre todo porque las partes, en este caso concreto, habían acordado expresamente que las audiencias tendrían lugar en Alemania, donde también se habían celebrado todas las deliberaciones.

A continuación, tras buscar los elementos concretos que permitieran caracterizar el lugar de prestación efectiva del servicio realizado por el árbitro, el tribunal consideró que éste se encontraba en Alemania y, por tanto, se declaró incompetente para conocer de la acción de responsabilidad del árbitro que se le había planteado.

[<Vid. G. Cuniberti, «Règlement Bruxelles Ibis et compétence internationale pour connaître d'une action en responsabilité civile intentée contre un arbitre (Tribunal judiciaire de Paris, 31 mars 2021)», *supra*>]

SUIZA

El Tribunal Federal suizo confirma el principio de *Kompetenz–Kompetenz* como norma de prioridad cronológica (Sentencia del Tribunal Federal, Primera Sala de Derecho Civil, de 2 de noviembre de 2020

Arbitraje de Inversiones — Arbitraje CCI — Anulación del laudo ante la jurisdicción suiza — Anulación improcedente.

Entre 1994 y 2005, una empresa constructora turca intentó que se le pagaran las facturas pendientes de los proyectos de obras públicas en los que había participado en el territorio del Estado de Libia. En 2012, obtuvo una sentencia de un tribunal de primera instancia de Beida, por la que se declaraba al Estado responsable del pago, más los intereses y los daños y, así las cosas, en diciembre de 2013, las partes negociaron un «acuerdo transaccional» que fijaba una cantidad final a pagar y ponía fin a cualquier controversia legal en curso relacionada con las facturas. Sin embargo en 2018, el Estado demandó a la empresa, solicitando que se declarara nulo el referido acuerdo, y obtuvo del Tribunal de Trípoli una decisión favorable.

Ahora bien, con anterioridad, concretamente en 2016, la empresa turca había puesto en marcha un arbitraje en virtud del Reglamento de la CCI, de conformidad con el TBI entre Turquía y Libia, para que se cumpliese con lo previsto en «acuerdo transaccional», fijándose la sede del tribunal arbitral en Ginebra. Tras el oportuno procedimiento el tribunal arbitral emitió un laudo declarando la validez del referido acuerdo al entender que incluía una reclamación pecuniaria en relación con una inversión según el art. 12º del TBI y que, por lo tanto, era una «inversión protegida». También determinó que la controversia que había dado inicio al procedimiento derivaba del supuesto incumplimiento del acuerdo producida tras la entrada en vigor del TBI en 2011. Por lo tanto, el Tribunal Arbitral también se declaró competente a pesar de que el propio Acuerdo de Conciliación no contenía ninguna cláusula de arbitraje.

El Estado libio recurrió ante el Tribunal Federal para que anulara el laudo, alegando que el tribunal arbitral carecía de competencia, pero el recurso no prosperó. Alegó, alegó entre otras cosas que el tribunal arbitral había aplicado erróneamente el principio de *kompetenz-kompetenz* al no considerar la decisión de los tribunales de Trípoli, pero el Tribunal Supremo desestima estos los argumentos del recurrente .

En la presente decisión el Tribunal Supremo confirma que una parte no puede torpedear un procedimiento de arbitraje en curso con sede en Suiza iniciando un procedimiento extranjero.

i) La simple prioridad en el tiempo evidenció que el tribunal arbitral no tenía la obligación de tener en cuenta una sentencia posterior del tribunal libio en su determinación de la *kompetenz-kompetenz*. El Tribunal también señaló que una decisión emitida en el extranjero no será reconocida en Suiza si se aportan pruebas que demuestren que el litigio entre las mismas partes y sobre el mismo asunto se inició primero en Suiza, incluso si el procedimiento suizo tarda más en concluir que el extranjero.

This objection fails, as well. First, the Federal Tribunal is unable to see how the Arbitral Tribunal would have been able to take account of the Tripoli Judgement, as the Appellant did not in fact introduce that judgment during the arbitration at all. The Appellant claims that the Tripoli Judgement was issued on January 15, 2019, after the close of proceedings, and that it was validly served on the Respondent in certified form, in addition to diplomatic service, on September 20, 2019. Although this may be true, it does not change the fact that the Arbitral Tribunal was unable to give any consideration to the judgment because it was unaware of it. Second, the objection

also misses the point, irrespective of whether the Arbitral Tribunal was aware of the Tripoli Judgement. This is because, apart from the fact that the Appellant has not furnished any evidence of the res judicata status of the Tripoli Judgement (which the Respondent correctly raises in its defence), under Art. 27(2)(c) PILA a decision issued abroad will not be recognised in Switzerland if one party furnishes evidence that litigation between the same parties on the same subject matter was first initiated in Switzerland, even if the Swiss proceedings take longer than the foreign proceedings initiated subsequently (Däppen/Mabillard, in: Basler Kommentar Internationales Privatrecht, 4th Ed. 2020, N. 66 to Art. 27 PILA; see also Markus Müller–Chen, in: Zürcher Kommentar zum IPRG, Band I, 3rd Ed. 2018, N. 104 to Art. 27 PILA).

ii) Frente a la alegación del recurrente según la cual el tribunal arbitral carecía de competencia *rationae materiae* ya que el «acuerdo de transacción» no era válido y no podía constituir una inversión en el sentido del TBI, el Tribunal Federal procedió a su rechazo, señalando que dicha alegación estaba centrada en gran parte en una mera crítica a la valoración de las pruebas realizada por el tribunal arbitral.

(iii) Frente a la alegación de la recurrente de que el «acuerdo transaccional» no estaba dentro del ámbito temporal del TBI, el Tribunal Federal confirmó el razonamiento del Tribunal Arbitral en la medida en que consideró que la controversia había surgido en este caso concreto porque el «Acuerdo transaccional», había sido incumplido, impugnándose, además se validez y que dicha controversia estaba comprendida en el ámbito de aplicación del TBI y, dado que el «Acuerdo transaccional» dejaba claro que su conclusión ponía fin a todas las controversias anteriores, ya no había ninguna controversia pendiente desde antes de la entrada en vigor del TBI en 2011. Según el Tribunal Federal

The reference to the meaning and purpose of the BIT pursuant to its Preamble likewise does not help the Appellant. With this argument, it appears to be trying to assert that only investments which were solicited and then made after the entry into force of the BIT would fall under the scope of its protection. However, this argumentation conflicts with the wording of Art. 10 BIT, which expressly speaks of «investments [...] before or after the entry into force of this Agreement». Furthermore, the BIT, as well as the «non-exclusive» list of assets which are protected as «investments» in Art. 1(1) BIT, is based on a broad property-oriented perspective, which does not rely on any particular act (transaction) occurring. Thus, the Treaty envisages both the promotion and the mutual protection of investments (as to this distinction between a transaction-based and property-based approach, see BGE 144 III 55920 at 4.4.2 and 4.4.3, pp. 570–571). Thus, the Arbitral Tribunal correctly assumed that the BIT was also applicable in terms of its temporal scope. The Appellant's argument referring to the ICSID decisions it submitted in evidence is likewise incapable of changing this result in any way. It is already the case that such decisions in the realm of international BIT law do not constitute actual sources of law which the Arbitral Tribunal is bound to follow (BGE 144 III 559 at 4.4.2, p. 569). It will thus not be necessary for the Federal Tribunal to delve into the alternative justification that was put forward by the Respondent before the Arbitral Tribunal and then again in these appellate proceedings, arguing that jurisdiction is present irrespective of the validity of the Settlement Agreement because its

activities in Libya in the 1980s and 1990s were investments within the meaning of Art. 8 BIT and the actions of the Appellant in connection with the conclusion of the Settlement Agreement and its dispute of the validity of the Settlement Agreement constituted a violation of the principle of «fair and equitable treatment» guaranteed by the BIT («fair and equitable treatment», FET; see also BGE 141 III 495 at 3, pp. 496 ff.).

[<Vid. Y.Dautaj, «Etrak v. Libya: The long story told short (Judgment of the Swiss Federal Tribunal, First Civil Law Chamber of 2 November 2020)», *supra*>]

COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL



CIADI y CNUDMI publican la Segunda Versión del Proyecto de Código de Conducta para Decisores en Controversias Internacionales Relativas a Inversiones

El 19 de abril de 2021 los Secretariados del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) y la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) publicaron una actualización del proyecto de Código de Conducta para Decisores en Controversias Internacionales relativas a Inversiones.

El Proyecto de Código fue desarrollado de forma conjunta por los Secretariados del CIADI y la CNUDMI en el contexto del Grupo de Trabajo III CNUDMI (reforma del Sistema de Solución de Controversias entre Inversionistas y Estados) y el proceso en marcha para enmendar las reglas de procedimiento del CIADI. El proyecto incluye principios aplicables y disposiciones detalladas en relación con cuestiones como la independencia e imparcialidad y el deber de conducir procedimientos con integridad, justicia, eficiencia y cortesía. Se basa en un estudio comparativo de los estándares existentes en los códigos de conducta en los tratados de inversión, reglas de arbitraje aplicables a controversias inversor-Estado y de tribunales internacionales.

La segunda versión del proyecto de Código de Conducta refleja el amplio debate y los comentarios sobre el proyecto de Código original, que fue publicado en mayo de 2020.

Entre los cambios de la segunda versión está la reorganización de ciertos artículos en base a las recomendaciones de los representantes de los Estados y otras partes interesadas. También se ha hecho un esfuerzo por simplificar el texto. El proyecto incluye una explicación de los cambios propuestos.

La CNUDMI y el CIADI están también preparando un documento que aborde los posibles métodos de aplicación del Código de Conducta, que se publicará por separado.



CORTE CIVIL Y MERCANTIL DE ARBITRAJE



La Corte Civil y Mercantil de Arbitraje pone en marcha un Servicio de Mediación

La mediación como método de resolución de conflictos está ganando terreno a raíz de la pandemia ocasionada por la COVID-19, que ha incidido en el colapso de los tribunales y está propiciando la necesidad de renegociar contratos de manera rápida, económica y amistosa para las partes. En ese contexto, la Corte Civil y Mercantil de Arbitraje (CIMA), institución pionera en el ámbito del arbitraje comercial en España con más de 30 años de andadura, ha decidido poner en marcha un Servicio de Mediación poniendo en valor toda su experiencia en el ámbito de la resolución de controversias. Como coordinador del Servicio ha sido nombrado el árbitro y mediador José Carlos Fernández Rozas.



EL SERVICIO DE MEDIACIÓN DE CIMA

- nace con la vocación de administrar procedimientos de mediación para la resolución de controversias empresariales. Dicho es independiente de la administración de procedimientos de arbitraje, gozando de plena autonomía funcional y se rige por el ordenamiento en materia de mediación civil y mercantil.
- administra procedimientos de mediación para la resolución de controversias civiles y mercantiles de libre disposición de las partes. El Reglamento establece el procedimiento, siendo competencia del Servicio la designación del mediador, la asistencia a las partes, la determinación de los costes y

la garantía de su calidad.

- es independiente de la administración de procedimientos de arbitraje. Para asegurar la separación entre ambas funciones, CIMA posee una arquitectura institucional que salvaguarda la estricta autonomía funcional de la actividad de mediación. Los órganos de CIMA exclusivos del Servicio de Mediación son el Coordinador y el Comité de Designaciones.

COMITÉ DE DESIGNACIONES

El Comité de Designaciones está integrado por cinco miembros. Lo preside **Juan Serrada Hierro** en calidad de Presidente de CIMA, cuenta con **Pascual Sala Sánchez** (ex Presidente del Tribunal Constitucional, del Tribunal Supremo y CGPJ y del Tribunal de Cuentas) como Vicepresidente. Son Vocales **Juan Cadarso Palau**, **María Luisa García Blanco** y **Rafael García-Palencia Cebrián**.

COORDINADOR

El Coordinador es el órgano unipersonal encargado de dirigir y coordinar el Servicio de Mediación, actuando con plena autonomía respecto de los demás órganos de CIMA. El Coordinador no puede formar parte del listado de mediadores de CIMA. Entre sus funciones, destacan: a) El impulso de los procedimientos de mediación, velando por la celeridad del procedimiento y el respeto a los principios informadores de la mediación. b) El apoyo a los mediadores y la orientación a las partes. c) La liquidación de los costes del procedimiento. d) La evaluación de la actuación de los mediadores y de la calidad del Servicio. Desempeña esta función el árbitro y mediador **José Carlos Fernández Rozas**.

REGLAMENTO

El Reglamento Mediación CIMA 2020 está plenamente adaptado a las exigencias de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles. Contempla la confidencialidad un pilar inamovible y prevé unos innovadores y optativos servicios de post-mediación con los que no cuenta ninguna otra institución de mediación en España: la opinión no vinculante, el seguimiento del eventual acuerdo resultante de la mediación y el apoyo en la protocolización de dicho acuerdo.

MEDIADORES DE CIMA

El Servicio de Mediación de CIMA dispone de un listado de mediadores, para cuyo acceso debe cumplirse una serie de requisitos. Entre ellos, ser jurista de reconocida competencia y probidad con al menos diez años de probada experiencia profesional en el ámbito jurídico o empresarial, estar inscrito en el Registro de Mediadores del Ministerio de Justicia, o adherirse al Código de

APLICACIÓN DEL CÓDIGO CONDUCTA EUROPEO PARA MEDIADORES.

El Servicio de Mediación de CIMA incorpora el Código Conducta Europeo para Mediadores.

Ni los integrantes de la Comisión de Gobierno de CIMA ni el Coordinador del Servicio de Mediación pueden formar parte del listado de mediadores. Los miembros del Comité de Designaciones distintos del Presidente pueden formar parte del listado de mediadores de CIMA, pero no pueden ser designados mediadores por el propio Comité sino únicamente por las partes del procedimiento.

El Comité de Designaciones procede a designar, de entre los que integran el listado, al mediador en cada procedimiento. Dicho mediador puede venir propuesto por las partes de común acuerdo, o en su defecto ser propuesto por el propio Comité. A la hora hacer esa designación, el Comité tiene en consideración factores como su independencia, imparcialidad y disponibilidad; su conocimiento técnico, experiencia y competencia lingüística; o la naturaleza, complejidad y otras circunstancias de la controversia.

Como regla general se nombra un solo mediador por cada procedimiento. Pueden ser nombrados dos o más mediadores si las partes están de acuerdo, a iniciativa de alguna de ellas o a sugerencia del Servicio de Mediación atendidas las características de la controversia. En caso de pluralidad de mediadores, todos ellos deben actuar de forma coordinada.

CLÁUSULAS TIPO

Cláusula de mediación recomendada

Toda controversia derivada o relacionada con este contrato —incluida cualquier cuestión sobre su existencia, validez, interpretación, alcance, cumplimiento o terminación— queda sometida a un procedimiento de mediación administrado por la Corte Civil y Mercantil de Arbitraje (CIMA), de conformidad con sus Estatutos y su Reglamento de Mediación vigente a la fecha de presentación de la solicitud de inicio de la mediación. El lugar de la mediación será [Ciudad (País)] y el idioma será el [idioma]. [Se designará un mediador único / dos mediadores].

Cláusula de mediación con posibilidad de arbitraje consecutivo

Toda controversia derivada o relacionada con este contrato —incluida cualquier cuestión sobre su existencia, validez, interpretación, alcance, cumplimiento o terminación— queda sometida, en primer lugar, a un procedimiento de mediación administrado por la Corte Civil y Mercantil de Arbitraje (CIMA), de conformidad con sus Estatutos y su Reglamento de Mediación vigente a la fecha de presentación de la solicitud de inicio de la mediación. La mediación se llevará a cabo por [un mediador único/ dos mediadores]. El lugar de la mediación será [ciudad (País)] y el idioma será el [idioma]. A falta de resolución de la disputa dentro de los [60] días naturales siguientes desde la fecha del acta de sesión constitutiva de la mediación, la disputa quedará sometida a un arbitraje [de derecho/equidad], administrado por la Corte Civil y Mercantil de Arbitraje (CIMA), de conformidad con sus Estatutos y su Reglamento de Arbitraje vigente a la fecha de presentación de la solicitud de arbitraje. El tribunal arbitral que se designe a tal efecto estará compuesto por [un árbitro/ tres árbitros] y el idioma del arbitraje será el [idioma]. La sede del arbitraje será [Ciudad (País)].

CORTE DE ARBITRAJE DEL ILUSTRE COLEGIO DE ABOGADOS DE MADRID



El Ilustre Colegio de Abogados de Madrid celebra el 30 aniversario de su Corte de Arbitraje

Creada en 1990, la Corte de Arbitraje se incorporó a los servicios que presta el Ilustre Colegio de Abogados de Madrid. Desde entonces la Corte ha contribuido eficazmente a convertir el arbitraje en una vía alternativa a los tribunales para resolver las controversias que le fueran sometidas bajo el desempeño eficaz, durante los últimos años, de las funciones de secretario a cargo de Ignacio Coloma.



Renovada en su lista de árbitros en 2018, y agrupados éstos por especialidades, el impulso dado por la Junta de Gobierno encabezada por el decano José María Alonso parte del pleno convencimiento de que sus miembros, de reconocido prestigio nacional e internacional, ayudarán a visibilizar el arbitraje no sólo medio plenamente conocido y reconocido, sino como método eficaz que puede constituir una solución más al estado de saturación en que se encuentra la Justicia.

Como pusiera de relieve la actual Presidenta Begoña Castro Jover, la Corte aspira en esta nueva etapa a situarse al mismo nivel que las cortes más avanzadas del mundo, contando en paralelo con

un procedimiento ágil y sencillo, con el elemento diferenciador que supone administrar arbitrajes comerciales y no comerciales, y apostando siempre por la función el servicio público que tiene encomendada. Aunque la crisis sanitaria y sus derivadas económica y social interrumpieron temporalmente una trayectoria ascendente, la Corte del Colegio afronta con optimismo un futuro que los expertos vaticinan favorable para la resolución de conflictos a ella encomendados. Gracias a una serie de reformas impulsadas en 2018, a la creación de una escuela pionera para la formación de árbitros y a la implantación de un innovador procedimiento de urgencia que aplica los medios telemáticos para reducir los plazos procesales, la Corte del ICAM se dispone a capitalizar estos esfuerzos en la postpandemia.

Sin duda, el bloqueo del coronavirus ha tenido un impacto masivo en el sistema judicial, lo que hace que el arbitraje sean una opción atractiva para las partes que buscan resolver su litigio de manera eficaz. En la actualidad, la Corte del ICAM se presenta como una instancia en la que en un breve plazo y con el concurso de profesionales especializados se obtienen laudos definitivos, firmes, irrecurribles que, al producir efectos de cosa juzgada, tienen semejante eficacia que una sentencia emanada de los jueces.

VOCACIÓN DE SERVICIO PÚBLICO

Con una vocación de servicio público, la Corte del Colegio nació dispuesta a administrar cualquier tipo de arbitraje, fuera o no comercial. Si bien los primeros procedimientos sometidos a arbitraje fueron conflictos procedentes de la Comisión de Honorarios, el ámbito de materias se ha ampliado considerablemente: contratos de patrocinio deportivo, de préstamo, de compraventa de inmuebles, de franquicia, de transporte, de seguro, de explotación forestal, en materia societaria o sobre derechos audiovisuales, entre otros asuntos en el campo comercial. Pero los litigios considerados por la Corte no han tenido únicamente este carácter. Han sido frecuentes casos de arrendamientos urbanos de viviendas y locales, conflictos surgidos en comunidades de propietarios, honorarios profesionales, controversias en liquidación de sociedad de gananciales o en la división de herencias.

En este tiempo, la Corte del Colegio ha administrado un total de 808 arbitrajes, con una cuantía total superior a los 400 millones de euros. El asunto de menor cuantía fue un arbitraje sobre una minuta de honorarios de 31.000 pesetas, mientras que el de mayor importe, 108 millones de euros, fue una controversia sobre derechos audiovisuales del fútbol. Para la Corte nunca ha importado si el asunto era muy pequeño y siempre ha procurado que el coste de esos asuntos pequeños no disuadiera a nadie de iniciar un procedimiento de arbitraje en la Corte»



ESCUELA DE ARBITRAJE

A las enseñanzas impartidas por la Escuela de arbitraje de la Corte se han ido incorporando nuevas generaciones de árbitro/as, que están aportando una renovada fisonomía a las soluciones derivadas de esta nueva conflictividad, caracterizadas por una reducción de plazos y de costes gracias al eficaz manejo de las nuevas tecnologías. Los cursos de la Escuela están abiertos personas graduadas o licenciadas en derecho, árbitros/os, y, en general, a profesionales de la abogacía que deseen adquirir una visión en profundidad del papel del árbitro en el proceso arbitral ampliado al potencial que proporciona la abogacía internacional en su aplicación efectiva en la empresa. Se han organizado varias ediciones presenciales y virtuales del Curso de Formación de Árbitros/os, con un seguimiento masivo por cerca de 300 personas colegiadas. En junio tendrá lugar la cuarta edición con el patrocinio de la editorial Wolters Kluwer.

ACTO CONMEMORATIVO



En el marco del 30 aniversario de la Corte de Arbitraje del ICAM, expertos y representantes del mundo jurídico e institucional se dieron cita el 12 de mayo de 2021 en el Colegio de Abogados de Madrid para debatir sobre el potencial de este medio alternativo de resolución de controversias para impulsar la actividad económica y fortalecer la proyección internacional de España.

Presentado y conducido por el decano José María Alonso, en el acto han participado el presidente del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Celso Rodríguez Padrón; la viceconsejera de Justicia de la Comunidad de Madrid, Yolanda Ibarrola; la presidenta de la Corte de Arbitraje de Madrid, Urquiola de Palacio; el presidente del Centro Internacional de Arbitraje de Madrid, José Antonio Caínzos; y el

presidente del Club Español del Arbitraje, Carlos de los Santos. En sus palabras iniciales, el decano del colegio madrileño ha destacado que el ICAM ha procurado «que la Corte del Colegio sea moderna, eficaz, competitiva y que cuente con un reglamento ajustado a las mejores prácticas nacionales e internacionales». Para Alonso, la pandemia ha demostrado que «mientras que los plazos judiciales se pararon por el decreto del estado de alarma, los arbitrajes siguieron funcionando». Desde el Colegio, ha concluido, «tenemos que convencer a los abogados de las ventajas del arbitraje en tiempo y en costes. El arbitraje tiene que continuar adelante para potenciar la marca España».

Estas declaraciones fueron compartidas por el presidente del alto tribunal madrileño, Celso Rodríguez, que animó «a todas las instituciones a luchar no solo por potenciar el arbitraje, si no por convertir a Madrid en la capital de este instrumento jurídico. La credibilidad, la formación y la calidad de los laudos arbitrales son la base para que entre todos vayamos potenciando el arbitraje como un sistema de absolutas garantías». Por su parte, Yolanda Ibarrola ha expresado el «apoyo inequívoco» del Gobierno de la Comunidad de Madrid a la institución del arbitraje en sus dos dimensiones, interna e internacional, un respaldo que se ha materializado a través de iniciativas como el Observatorio de Justicia y Competitividad, puesto en marcha en mayo de 2020. «El arbitraje es bueno *per se*, no como método para aliviar la carga de trabajo de los tribunales», ha recalcado la viceconsejera, recordando que la solución de conflictos está íntimamente vinculada a la ciudadanía y a la actividad económica y que, por tanto, «todo lo que sea bueno para la justicia y las empresas redundará en beneficio de la sociedad y la economía».

Desde el Club Español del Arbitraje, su presidente ha desglosado las claves para para que Madrid aspire de verdad a posicionarse como un referente del arbitraje internacional. En este sentido, además de la necesidad de actualizar la normativa vigente, Carlos de los Santos ha destacado el impacto internacional que está teniendo la reciente sentencia del Tribunal Constitucional, «que ha venido a delimitar el campo de juego entre el sistema arbitral y el sistema judicial, engarzando ambos sistemas dentro de la Constitución», así como la creación del Centro Internacional del Arbitraje de Madrid (CIAM). Para el presidente del CIAM, José Antonio Caínzos, la puesta en marcha de este centro «es uno de los tres hitos fundamentales para el arbitraje con proyección internacional desde España», junto con la Ley de 2003 y la creación del Club Español de Arbitraje, logrando gracias a la generosidad de las entidades fundadoras que «España tenga una sola voz en el arbitraje internacional». Finalmente, la presidenta de la Corte de Arbitraje de Madrid, Urquiola de Palacio, se ha referido a la ausencia del arbitraje en la tradición jurídica española como el principal obstáculo para el despegue definitivo de este medio en su esfera doméstica. La receta para subsanar el problema pasaría por impulsar la formación, en particular mediante la incorporación de esta materia en los programas universitarios, y por potenciar la divulgación de las virtudes y ventajas del arbitraje entre sus principales prescriptores, los profesionales de la abogacía.

LA CORTE DEL ICAM, EN 12 CLAVES

En el transcurso del acto, el Colegio de Abogados de Madrid ha presentado un vídeo conmemorativo que recoge en 12 claves las principales características de su Corte de Arbitraje, creada en 1990 al

calor de la Ley Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de Arbitraje. Son las siguientes:

1. Universal. En primer lugar, y a diferencia de otras instituciones arbitrales, la Corte de Arbitraje del Colegio de Abogados de Madrid fue creada con vocación de servicio público, de manera que administra arbitrajes de todo tipo y no solamente comerciales, sin importar la cuantía.
2. Reputación Cuenta con la profesionalidad, la experiencia y el prestigio del mayor Colegio profesional de Europa, una institución con más de 400 años de historia.
3. Experiencia Acumula 30 años de experiencia, en los que ha administrado más de 800 arbitrajes con una cuantía total superior a los 400 millones de euros.
4. Confianza Dispone de un reglamento avanzado y moderno, que incorpora las mejores prácticas nacionales e internacionales
5. Evolución Incluye tres procedimientos distintos para resolver cualquier tipo de controversia: un procedimiento ordinario, un procedimiento abreviado para los asuntos que no excedan la cuantía de 100.000 euros, y un procedimiento especial para cuestiones relativas a arrendamientos urbanos y honorarios profesionales. Además, para resolver los nuevos conflictos generados desde el estallido de la pandemia, la Corte ha implementado un innovador procedimiento de urgencia. A través de este mecanismo, que incorpora el uso de las nuevas tecnologías, las partes pueden ver resueltas sus controversias en un breve plazo y a un coste razonable.
6. Formación Bajo la dirección académica de José Carlos Fernández Rozas, la Corte del ICAM ha puesto en marcha una novedosa escuela de arbitraje para formar tanto a árbitros como a juristas.
7. Prestigio Cuenta con una lista de árbitros, clasificados por especialidades, en la que reúne a los más prestigiosos árbitros tanto a nivel nacional como internacional. Un comité de evaluación integrado por árbitros de reconocido prestigio avala la profesionalidad e independencia de las candidaturas.
8. Paridad En línea con el compromiso de la institución colegial para impulsar la igualdad en el ámbito de la abogacía, la Corte del ICAM ha logrado casi equiparar la participación de hombres y mujeres en los arbitrajes. Así, aunque el porcentaje en la lista de árbitros es del 75% de hombres y del 25% de mujeres, en las designaciones que realiza la Corte el porcentaje es del 55% de hombres y del 45% de mujeres.
9. Internacional En el ámbito internacional, la Corte del ICAM está asociada al nuevo Centro Internacional de Arbitraje de Madrid, con el que se pretende convertir a Madrid en una capital del arbitraje internacional.
10. Tarifas competitivas Para garantizar su vocación de servicio público, los honorarios de los árbitros y los derechos de Corte son de los más ajustados del mercado, evitando que sean un elemento disuasorio o un obstáculo para el arbitraje.
11. Profesional Cuenta con un procedimiento propio para la resolución de controversias en el ámbito

de la actuación profesional de los abogados, de carácter gratuito para las partes.

12. Especialización Es una de las instituciones arbitrales vinculadas al Consejo Arbitral para el alquiler de la Comunidad de Madrid, para el cual tramita los arbitrajes en materia de arrendamientos a través de una lista de árbitros especialistas en la materia.

CORTE INTERNACIONAL DE ARBITRAJE DE LA CÁMARA DE COMERCIO INTERNACIONAL



La CCI es el instituto arbitral preferido en el mundo, según una encuesta internacional

Según anuncia la CCI el 6 de mayo de 2021, la reputación de la CCI como el instituto arbitral más preferido del mundo ha sido confirmada en una importante encuesta realizada a profesionales y usuarios del arbitraje en todo el mundo. La Encuesta 2020, realizada por la Universidad Queen Mary de Londres en colaboración con el bufete de abogados White & Case, revela que de todas las nominaciones recibidas, la CCI destaca una vez más como la institución más preferida entre los proveedores de arbitraje, incluidos los líderes del mercado que figuran en la clasificación y que han liderado el sector durante más de una década.

Las clasificaciones de la encuesta reflejan la posición de la CCI como una institución verdaderamente global e independiente con cerca de 100 años de experiencia en la resolución de disputas comerciales, y un propósito contemporáneo de aprovechar la resolución de disputas para asegurar una paz y prosperidad más amplias.

La Corte Internacional de Arbitraje de la CCI, ha registrado cifras récord en materia de arbitraje y ADR en 2020, lo que refleja sus continuos esfuerzos de expansión mundial. Para facilitar la gestión de los casos y asegurar la facilidad de acceso a los servicios confiables y reputados de la institución, la CCI gestiona hoy en día su creciente carga de casos de arbitraje a través de 12 equipos de gestión de casos ubicados en los cinco continentes — incluyendo más recientemente a través de una nueva oficina de gestión de casos en Abu Dhabi Global Market, establecida en abril de 2020.

El Presidente de la Corte de la CCI, Alexis Mourre, manifestó que: «La reputación global de la CCI como el instituto arbitral preferido en el mundo puede atribuirse a la amplia experiencia que hemos acumulado como resultado de la resolución de más de 26.000 casos hasta la fecha, combinada con una capacidad y agilidad para liderar el cambio en línea con las necesidades de las partes, así como con los desarrollos legislativos y tecnológicos.» Como único foro arbitral realmente independiente de cualquier cultura o tradición jurídica singular, la CCI permite a las partes y a otros usuarios del arbitraje resolver con confianza sus controversias a través de una gama de servicios diversa y complementaria. Habiendo cerrado el año 2020 con una carga de casos pendientes que asciende a un monto total en disputa de 258 mil millones de dólares — con un monto promedio en disputa en los casos de la CCI de 145 millones de dólares — la CCI también se ha ganado una reputación como el principal proveedor de arbitraje para casos grandes, complejos, con múltiples partes y múltiples

contratos, al mismo tiempo que continúa proporcionando servicios líderes en el mercado cuando hay sumas más pequeñas en disputa. El Sr. Mourre concluyó: «Nuestra reputación global como la institución arbitral preferida en el mundo refleja los comentarios recibidos de los usuarios del arbitraje en todo el mundo y, por lo tanto, aprovechamos esta oportunidad para agradecer a aquellos que confían la resolución de su controversia a la CCI. Nuestra clasificación no sería posible sin el liderazgo y la dedicación ejemplares de los miembros de la Corte de la CCI, la Comisión de Arbitraje y ADR de la CCI, nuestro Instituto de Derecho Mercantil Mundial y nuestros grupos y representantes regionales. Por lo tanto, les agradecemos su duro trabajo y su apoyo para garantizar que los Servicios de Solución de Controversias de la CCI sigan alcanzando nuevas cotas y cumplan su misión de hacer que la solución de controversias funcione para todos, en todas partes».

INSTITUTO DE ARBITRAJE DE LA CÁMARA DE COMERCIO DE ESTOCOLMO



El Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo (SCC) presenta el Reglamento de SCC para la resolución exprés de controversias (SCC Express) (26 mayo 2021)

SCC Express es una nueva herramienta de resolución de controversias diseñada para ayudar a los socios comerciales a resolver desacuerdos sobre cuestiones que deben resolverse rápidamente o cuando se desea evitar un arbitraje o un procedimiento judicial de larga duración. SCC Express es una forma rápida y eficiente de obtener una evaluación legal neutral del asunto en disputa, lo que permite a las partes avanzar más rápido.



Las controversias son de todas formas y tamaños. Algunas controversias pueden resolverse sin pasar por un arbitraje completo o un procedimiento judicial, y es posible que no sea necesario un laudo ejecutable. Hoy, el Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo (SCC) presenta el Reglamento de SCC para la evaluación exprés de controversias — SCC Express — en respuesta a la necesidad de la comunidad empresarial de rapidez y rentabilidad en la resolución de controversias.

La evaluación es realizada por un experto legal neutral (el Neutral) que maneja el proceso de cerca y juega un papel activo en el proceso. Los resultados de la evaluación incluyen la posición y el razonamiento del Neutral sobre los temas presentados por las partes. Las partes pueden acordar hacer que la evaluación sea contractualmente vinculante o utilizar los resultados no vinculantes para guiar las discusiones sobre el acuerdo u otras formas de avanzar. El propósito es ayudar a las partes a poner fin a la disputa mientras se reducen el tiempo y los costos.

SCC Express permite salir de la controversia más rápido y dedicar su tiempo y recursos a otros aspectos de su negocio.

- SCC Express es un procedimiento voluntario, lo que significa que ambas partes acuerdan usarlo. Si la controversia involucra a más de dos partes, al menos dos partes deben acordar utilizar el procedimiento entre las dos. Puede aceptarlo en el contrato original o en un momento posterior, por ejemplo, cuando haya surgido la disputa.
- La evaluación la realiza un experto neutral y experimentado que realiza una evaluación después de haber escuchado los argumentos de ambas partes.
- La evaluación se lleva a cabo en un plazo de tres semanas con una tasa fija de 29.000 EUR. A diferencia del resultado de un procedimiento judicial o de arbitraje, las conclusiones de la evaluación no son vinculantes para las partes a menos que acuerden explícitamente hacerlo vinculante. Los procedimientos son confidenciales.

SCC Express fue diseñado para llenar un vacío en el espectro de resolución de controversias. Algunas de sus características son compartidas por arbitraje y mediación, mientras que otras son únicas. Por ejemplo, el SCC Express da lugar a una evaluación legal (o a una decisión si las partes han acordado que las conclusiones sean vinculantes) en lugar del compromiso mutuamente aceptable alcanzado en una mediación exitosa. Y comparado con el tribunal en un arbitraje típico, el Tercero en un procedimiento SCC Express puede jugar un papel más inquisitivo, involucrándose activamente con las partes y proporcionando direcciones en cuanto a los hechos y asuntos que deben ser abordados por ellas.



Ha visto la luz la obra sobre el arbitraje laboral que necesitábamos titulado *Las muletas del arbitraje laboral*

Maria Marcos González Lecuona



La doctrina jurídica en general, y la procesalista en particular, se ve en estos días notablemente enriquecida con la publicación de la décima monografía de D. Ixusko Ordeñana Gezuraga, Profesor Titular de Derecho Procesal de la Universidad del País Vasco-Euskal Herriko Unibertsitatea, que lleva por título *Las muletas del arbitraje laboral* (367 páginas) y está dividida en cinco capítulos de los que hablaremos.

Tanto la actualidad del tema como el rigor jurídico que caracteriza al autor serían de por sí suficientes para resaltar la relevancia de esta monografía, pero si a ambos aspectos añadimos el complejo momento que vivimos —que está requiriendo de soluciones específicas también en el ámbito de la resolución de conflictos— concluiremos que esta publicación está llamada a constituirse en guía procesal imprescindible para transitar por los interrogantes que en la actualidad tiene planteado el arbitraje laboral como mecanismo de acceso a la Justicia.

Unos breves apuntes sobre la trayectoria investigadora del profesor Ordeñana nos permitirán comprender el carácter genuino de sus aportaciones científicas y la consiguiente relevancia jurídica de las mismas.

Formado inicialmente en la Universidad de Deusto, realizó su Doctorado en la Universidad del País

Vasco. Dotado con una fuerte vocación docente e investigadora, tempranamente advirtió la importancia de la resolución alternativa de conflictos (*Alternative Dispute Resolution o ADR*) para sorpresa de su entorno cercano: suele contar que, cuando mostró a sus colegas procesalistas de ambas universidades su interés por estos mecanismos extrajudiciales, encontró bastantes resistencias ya que la mayoría ponía en tela de juicio que instituciones como la mediación o el arbitraje fueran mecanismos adecuados para la realización de la justicia. Situación que, a día de hoy, aún se mantiene en algunos ambientes.

Lejos de sucumbir —reacción que, por fortuna, no le caracteriza— centró su Tesis Doctoral, bajo la dirección de los profesores Esparza Leibar y Manrique López, en la resolución alternativa de conflictos en el ámbito laboral comparando la solución del conflicto laboral en vía jurisdiccional y extrajurisdiccional (*Solución jurisdiccional del conflicto laboral vs. Solución extrajurisdiccional*). Realizó una concienzuda consulta de la más autorizada doctrina nacional, destacando la influencia de la profesora Barona Vilar de la Universidad de Valencia y también abordó las obras de los más destacados autores internacionales, en particular, del profesor Sander de la Harvard Law School, padre del movimiento mundial ADR, de quien además pudo aprender personalmente los fundamentos y la práctica de su teoría.

El interés por el conocimiento de los ordenamientos jurídicos más avanzados en estos mecanismos le llevó, sin escatimar esfuerzos, a realizar otras estancias de investigación en instituciones de prestigio internacional como las Universidades de Oxford y de Melbourne, tras las cuales comprobó que su intuición inicial no era errónea por lo que la justicia debía ser reforzada con mecanismos «alternativos» como la mediación o el arbitraje.

Con esta convicción, el profesor Ordeñana ha seguido trabajando a lo largo de los años en la aplicación de las técnicas ADR a la mayoría de los campos del Derecho: civil y mercantil (mediación familiar, mediación empresarial, mediación concursal, arbitraje de consumo, arbitraje testamentario, arbitraje de propiedad intelectual e industrial, arbitraje de inversiones, entre otros,) penal (mediación penal, con mayores y menores; mediación policial, mediación penitenciaria), administrativa (mediación administrativa, en general, y otras en particular, de salud, escolar) y laboral (conciliación, mediación y arbitraje).

El variado contenido de sus abundantes artículos, libros y capítulos de libros da cuenta de la amplitud de su ámbito de investigación y además muestra su permanente compromiso con una Administración de Justicia responsable, accesible, eficiente y de alta calidad, en cuyo centro está el ciudadano. Desde esta óptica, no ha dudado en modificar su criterio a medida que la madurez en los argumentos científicos o las nuevas necesidades jurídicas lo iban precisando, lo que manifiesta la honestidad de su contribución a la transferencia de conocimientos desde la Universidad a la Sociedad.

Esta flexibilidad intelectual, o evolución, la podemos apreciar desde una primera aproximación a los mecanismos extrajurisdiccionales en la que muestra cierta desconfianza hasta una defensa clara de los mismos como forma de mejorar la actuación del Poder Judicial. Al respecto, desde hace un par de años, viene proclamando la evolución de nuestra disciplina, sugiriendo una nueva de nominación

bajo el concepto de «Derecho jurisdiccional diversificado», que define como la materia o ámbito del Derecho que estudia el sistema estatal de resolución de conflictos o de realización de justicia, integrado por la jurisdicción o Poder Judicial y los mecanismos extrajurisdiccionales, en el que el rol central lo ocupa el Poder Judicial y en el que no hay justicia sin ley y sin control y auxilio judicial, siguiendo los postulados de la doctrina norteamericana. También ha defendido su constitucionalización, justificando su postura en argumentos rigurosos y coherentes que han enriquecido el debate doctrinal.

Reflejo también de esta evolución es su última monografía, *Las muletas del arbitraje laboral*, que llega cuando se cumple más de una década de la publicación de otra monografía sobre este mecanismo extrajurisdiccional (*Análisis crítico de arbitraje laboral y su entorno en el ordenamiento jurídico español*). Como explica el propio autor, en su primer estudio crítico completo sobre el arbitraje laboral «deslumbrados por la potencialidad de esta técnica, aunque abordamos la importancia de la jurisdicción en su configuración y desarrollo, no ahondamos en la cuestión» (p. 21). Ahora, sin embargo, parte de que el arbitraje, en general, y el laboral, en particular, no se puede entender sin la jurisdicción, que es la que le dota de garantías, contribuyendo a su seguridad jurídica.

Como ya hemos señalado, la obra consta de cinco capítulos en los que despliega una sistemática ordenada, un estilo claro y una fundamentación doctrinal considerable, tanto nacional como extranjera.

En el primer capítulo muestra su teoría sobre el sistema de resolución de conflictos jurídicos, acreditando que «la solución de los conflictos jurídicos gira en torno a la jurisdicción». Contextualiza, de este modo, el arbitraje laboral en el sistema estatal de resolución de conflictos jurídicos, mostrando su configuración del Derecho jurisdiccional diversificado y la necesidad de su constitucionalización. En relación a este último elemento, el autor no solo explica sus fundamentos, sino que también aporta *de lege ferenda* un texto para el artículo 24 de la Constitución Española. Propone, asimismo, las líneas principales de una futura regulación del Título VI de la Carta Magna. A nuestro juicio, este primer capítulo supone un avance en nuestra disciplina al aportar valiosos argumentos para un debate riguroso relativo a la reforma y mejora de la justicia.

En el segundo, el autor identifica el arbitraje laboral y sus vínculos con el Poder Judicial partiendo de que «solo se puede configurar y entender a partir de la jurisdicción» (Título del Capítulo II). Tras el análisis de sus elementos básicos (el propio conflicto laboral y las fuentes, instrumentos o soportes en los que se ordena el arbitraje laboral), explica sus modalidades y elementos principales, presentando la tesis que centra esta obra: si la jurisdicción es fundamental para dotar de garantías a todos los mecanismos extrajurisdiccionales, deviene aún más importante, en relación al arbitraje laboral, principalmente, por la falta de ordenación completa y sistemática del mismo. En palabras del autor: «la diversificación de las modalidades de este último y la atomización de su regulación, la marginación por parte de la LA de su ordenación (art. 1.4) y la falta de una ley unitaria en la materia, convierten a la jurisdicción laboral en pieza esencial de la justicia ofrecida y obtenida mediante el arbitraje laboral: es su fuente de seguridad jurídica gracias a la ordenación que recoge, principalmente, la LJS» (p. 207).

A partir de este punto, el investigador acredita su tesis mostrando la importancia del apoyo judicial («las muletas» a las que se refiere en el título), abordando en los siguientes capítulos la aplicación al arbitraje laboral de la tutela judicial declarativa (Capítulo III), ejecutiva (Capítulo IV) y cautelar (Capítulo V).

Sin ánimo de exhaustividad, nos parece crucial, en relación a la tutela declarativa judicial, el cuestionamiento que el autor hace sobre si el arbitraje laboral es un mecanismo peor que el arbitraje en general, debido a que el Poder Judicial le asiste o auxilia menos que a este. Solventa la cuestión enfatizando la trascendencia de la jurisdicción para el arbitraje laboral a través de la exposición crítica de la acción de anulación y el recurso de revisión, en cuanto formas de control jurisdiccional que le dotan de seguridad jurídica.

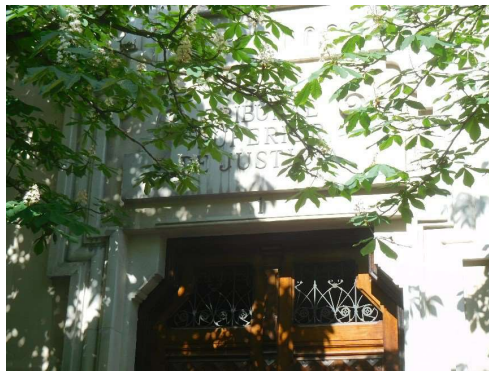
En el capítulo cuarto, a partir de la esencialidad de la tutela ejecutiva judicial para la eficacia del laudo arbitral laboral, y constatada la regulación limitada de la materia en la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de Jurisdicción Social, el autor hace una reconstrucción del sistema judicial para la ejecución forzosa del laudo arbitral, ahondando en el laudo arbitral como título ejecutivo, en el órgano judicial competente para la ejecución, en los principios e ideas básicas del proceso ejecutivo del laudo arbitral laboral y en sus modalidades de tramitación, entre otras cuestiones.

Culmina su trabajo el profesor Ordeñana, en el capítulo quinto, abordando la tutela cautelar en el arbitraje laboral a través de un estudio completo que abarca los elementos personales del proceso cautelar, las medidas cautelares, la caución sustitutoria, los principios y el proceso cautelar, entre otros aspectos. Destacamos la actual defensa que el autor hace de la potestad del órgano arbitral de adoptar medidas cautelares, no de ejecutarlas, tal y como permite la Ley 60/2003 de, 23 de diciembre, de Arbitraje, ya que supone un cambio de criterio del propio autor.

Terminamos, reiterando la notable aportación que, a nuestro juicio, supone esta obra a la doctrina española, con numerosas «reconstrucciones» y acertadas consideraciones *de lege ferenda*, no sólo en el ámbito de las denominadas por el autor «muletas del arbitraje laboral» sino en todo el panorama del arbitraje que es una materia jurídica compleja y relevante no solo desde la perspectiva teórica sino también, y principalmente, en la práctica.

Los profesores José Carlos Fernández Rozas y Ana Fernández Pérez han publicado en febrero de 2021 el repertorio Diez años de Jurisprudencia Arbitral. Tras la modificación de 2011 de la Ley de Arbitraje de 2003

Con el patrocinio de la Corte Civil y Arbitraje, e incorporando las decisiones del Tribunal Constitucional de 15 de febrero de 2021, los compiladores han realizado una selección rigurosa de varios miles de decisiones, en un afán de aportar la doctrina más relevante de nuestros tribunales, procediéndose a una sistematización que incluye unos 1.400 extractos clasificados en seis rúbricas: 1) Configuración del arbitraje en el Ordenamiento español; 2) Apoyo judicial al arbitraje; 3) Convenio arbitral, 4) Instituciones arbitrales y árbitros; 5) Anulación del laudo arbitral y 6) Execuátur de laudos extranjeros.



Uno de los índices más expresivos para comprobar el verdadero progreso del arbitraje en un particular sistema jurídico es la actitud de los tribunales estatales respecto a la institución, cuestión ésta que, paradójicamente, no suele ser abordada en toda su intensidad y que prescinde del conocimiento global de las decisiones emitidas en este específico contexto. En el espíritu de la preparación del presente repertorio los compiladores, suficientemente conocidos en el mundo del arbitraje, han tenido como objetivo esencial ofrecer al operador jurídico del arbitraje, en el sentido más amplio de la expresión (abogados, árbitros, jueces...), un material de consulta sistematizado y de fácil acceso para respaldar su labor en el desarrollo de este concreto procedimiento de arreglo de controversias y este es el resultado que ahora se presenta. Una sistematización de la doctrina de nuestros tribunales, tanto de la justicia constitucional como ordinaria, de los últimos diez años con un especial énfasis en la reforma de la LA/ 2003 efectuada por la Ley 11/2011.

Cualquier sistema estatal de arbitraje precisa, junto a un marco legal apropiado, una jurisprudencia que lo aplique e interprete adecuadamente. En España, a partir de una serie de directrices fijadas por el Tribunal Constitucional, esta función corresponde esencialmente a los Tribunales Superiores de

Justicia que desde el año 2011 ejercen importantes funciones en el nombramiento de los árbitros y en el control de los laudos arbitrales, resolviendo las eventuales acciones de anulación respecto de los laudos pronunciados en España y respecto de los laudos pronunciados en el extranjero a través del execuátur. Las Audiencia Provinciales también tienen un cierto papel en lo que atañe a la resolución de los recursos relativos a la denominada «declinatoria» arbitral y a los despachos de ejecución de los laudos firmes. El período cubierto por la presente obra parte de la reforma que sobre la Ley de Arbitraje de 2003 se realizó en 2011, confiriendo gran protagonismo a los Tribunales Superiores de Justicia. Es cierto que en los dos últimos años la acción de los tribunales se ha reducido sensiblemente, pero la jurisprudencia en materia arbitral sigue siendo una constante que supera más de 500 decisiones anuales.

Puede considerarse la presente compilación de jurisprudencia una continuación del libro editado en el año 2013 realizado en el marco del Centro Internacional de Arbitraje, Mediación y Negociación sobre «Jurisprudencia española de arbitraje (60 años de aplicación del arbitraje en España)» que cubrió un espacio comprensivo de tres reglamentaciones diversas; la Ley de Arbitraje Privado del año 1953 dónde el Tribunal Supremo tenía un papel determinante, dentro del escaso margen que dicha disposición permitía para el desarrollo del arbitraje, habida cuenta de qué estaba prohibida la práctica del arbitraje institucional; la Ley de Arbitraje de 1988 que confirió el protagonismo a las Audiencias Provinciales, en un marco normativo mucho más moderno, pero que contenía numerosas insuficiencias precisadas de un labor creativa; y, por último, la Ley de Arbitraje de 2003, que implicó la incorporación de nuestro país al modelo Uncitral de 1985, modificada por la Ley 11/2011, de 20 de mayo, de reforma de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje y de regulación del arbitraje institucional en la Administración General del Estado.

A lo largo de los últimos diez años de doctrina jurisprudencial cubiertos por el presente repertorio se han dictado más de 7.000 decisiones que afectan a la institución arbitral. Ante la reiteración de muchas fundamentaciones jurídicas o por no aportarse especiales consideraciones relevantes se ha procedido a una selección de las mismas, lo que ha dado como resultado la inclusión de unas 1.000 sentencias o autos. La gran mayoría de ellas provienen de los Tribunales Superiores de Justicia, que han resuelto esencialmente, en virtud de las competencias que le otorga el art. 8, 1º, 5º y 6º LA/2003, demandas de nombramiento y remoción judicial de árbitros y acciones de anulación, y en menor medida, execuátur de laudos extranjeros. Este es el bloque esencial de las decisiones que aquí se incluyen. Con un volumen mucho menor figuran las decisiones de las Audiencias Provinciales que resuelven recursos sobre las declinatorias arbitrales suscitadas ante los Juzgados de Primera instancia, o sobre acciones de responsabilidad por la actuación de los árbitros o de las instituciones arbitrales, llegando, en un número reducido casos, al conocimiento del Tribunal Supremo. En tercer lugar, nos encontramos con el módulo relativo a la ejecución forzosa de los laudos integrados por decisiones de las Audiencias Provinciales resolutorias de recursos contra decisiones de los Juzgados de Primera Instancia del lugar donde se ha dictado en laudo (art. 8.4º LA/2003). Llama la atención, por último, el reducido número de decisiones concernientes a recursos contra decisiones de los Juzgados relativas a la asistencia judicial en la práctica de pruebas o a la adopción de medidas cautelares, lo cual evidencia que estas posibilidades de colaboración judicial al servicio de la sustanciación de las actuaciones arbitrales no han sido utilizadas más que mínimamente por los

árbitros.

Evidencia la consulta de este meritorio libro que la cadencia de las decisiones ha sido bastante regular a lo largo de la última década, con una media de 60 decisiones mensuales, mostrando un importante incremento en los años 2015 a 2017 y una acentuada disminución a lo largo de 2020, cuyas razones no se han determinado aún, pudiendo obedecer a la situación creada por el Covid-19 o a una mengua de la práctica arbitral en nuestro país originada por otros factores. En todo caso, el índice de decisiones que se incluye al final de la obra muestra una evolución jurisprudencial vinculada especialmente a determinadas Comunidades Autónomas. Exteriorizando una cierta armonización las decisiones emanadas de las Audiencias Provinciales, pese a su dispersión geográfica, esta circunstancia no concurre con los fallos procedentes de los Tribunales Superiores de Justicia. La mayor parte provienen del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, sumando cerca de la mitad de los dictadas en todo el territorio nacional; a ellos les siguen los originados en Cataluña y en la Comunidad Valenciana y, con un volumen menor, los procedentes del País Vasco o de Galicia. A su lado, existen algunas jurisdicciones autonómicas que apenas han tenido pronunciamientos como Aragón, Extremadura, Cantabria o La Rioja. Es cierto que el balance expuesto está centrado en decisiones judiciales pero, indudablemente, es expresivo de un hipotético mapa del arbitraje en España.

Muy sumariamente puede realizarse un balance de los fallos recopilados en esta importante compilación jurisprudencial y obtenerse, a partir del mismo, los siguientes datos

- i) La referencia a la doctrina emanada de los Tribunales Superiores de Justicia, en el ámbito de la anulación de los laudos arbitrales, está individualizada por una correcta delimitación del ámbito del control, por un pronunciamiento expreso acerca de la imposibilidad de revisión del fondo del laudo y por una manifestación explícita del carácter tasado de los motivos de anulación. Al lado de esta corriente mayoría se ha producido una línea jurisprudencia, muy localizada, que, tomando como base esencial la redacción del art. 41 LA/2003 (no similar a la del art. 34 de La Ley Modelo Uncitral, seguida en numerosas legislaciones estatales, que separa claramente los motivos de anulación que corresponde alegar a las partes a los privativos del tribunal arbitral), considera, a grandes rasgos, que el juez de la anulación tiene un deber, respaldado en una determinada consideración del orden público, de revisar lo actuado por los árbitros entrando a valorar el fondo de la decisión adoptada por ellos. Esta tendencia controladora maximalista que se inició en el año 2015, ha dado lugar a un cierto número de decisiones anulatorias de laudos donde se entendió que el deber de motivación del laudo poseía un alcance similar al de motivación de las sentencias judiciales, siendo un elemento vinculado a la noción de orden público, lo que abría la vía de la revisión del laudo arbitral por motivos de fondo. Dicha tendencia se caracterizó por la reiteración del mismo razonamiento, apoyado en extensísimas consideraciones de la doctrina emanada del Tribunal Constitucional y por la falta de unanimidad de los miembros del Tribunal de anulación, con la consiguiente existencia de votos particulares. No es el momento de apuntar a las decenas de estudios y notas que han criticado este proceder, centrado en un concreto Tribunal y en un determinado período. Pero sí es importante señalar que la STC 1ª 46/2020, de 15 de junio y, con carácter mucho más contundente, la STC 1ª de 15 febrero 2021 han cortado de una vez por todas la referida tendencia maximalista, volviendo la

acción de anulación de los laudos a recuperar sus perfiles habituales en este concreto Tribunal madrileño y, por ende, en todo el territorio español.

- ii) Afortunadamente, la descrita doctrina maximalista en el marco de la anulación de los laudos no se extendió a la otra dimensión del control judicial referida a los laudos extranjeros, donde a unanimidad en la apreciación de las causales ha sido la nota dominante. La incorporación por referencia del Convenio de Nueva York de 1958, operada por el art. 46.2.º LA/2003 ha resuelto muchas cuestiones derivadas del ámbito de aplicación del ejecutivo de los laudos extranjeros, por lo cual la doctrina en este sector es muy reducida limitándose los Tribunales Superiores de Justicia a aplicar mecánicamente las disposiciones del texto convencional referido, aunque con una peligrosa a tendencia involucrar disposiciones de la Ley de Cooperación Jurídica internacional, que recuerda épocas pasadas cuando estaba vigente la LA/1988. La denegación del ejecutivo ha sido excepcional y siempre ha respondido a argumentos dignos de consideración. En cualquier caso, la consulta de este libro muestra que el desarrollo del arbitraje internacional en nuestro país, ha contado con menores decisiones que en períodos anteriores.
- iii) Durante la etapa cubierta por el este catálogo de decisiones ha ocupado un papel importante la cuestión de la verificación del convenio arbitral, desplazándose en buena medida de su espacio habitual, la anulación de los laudos (art. 41.1.º a LA/2003), a otros ámbitos, señaladamente el del nombramiento y remoción judicial de árbitros o al despacho de ejecución de los laudos arbitrales. Los resultados a la doctrina de los Tribunales Superiores de Justicia, a la que se ha añadido la procedente de las Audiencias Provinciales y, con carácter más limitado, del Tribunal Supremo, han sido muy positivos y han aportado sólidos argumentos en este complejo sector, sobre todo en la determinación del alcance del postulado de la *kompetenz-kompetenz* y del de la separabilidad de la cláusula arbitral respecto del contrato principal. Al mismo tiempo se han resuelto muchos problemas inherentes al sector como los derivados de la existencia de contratos de adhesión o de cláusulas predispuestas o abusivas, o los inherentes a las particularidades de las cláusulas en arbitrajes societarios, que han contado con un importante incremento tras la reforma de la LA/2003 de 2011. Si en etapas anteriores dominaba el control de la arbitrabilidad, en la cubierta por el presente repertorio dicho control se ha ido diluyendo y lo propio puede predicarse en lo que concierne al control del convenio arbitral. Y a ello debe añadirse que la jurisprudencia española muestra el alejamiento de los principios de formalismo estricto y su orientación hacia la búsqueda de la voluntad inequívoca de las partes de someterse a arbitraje. Precisamente en vez de detenerse en los aspectos formales, *v.gr.*, la inexistencia de firma, la verificación la autonomía de la voluntad de las partes para sentar la ineficacia del convenio arbitral, la tendencia apunta a una superación de los argumentos puramente formales.
- iv) Al radicar una de las consecuencias principales del convenio arbitral en el llamado «efecto negativo», la parte contra la que se dirige una demanda en vía judicial puede oponerse a participar en dicho procedimiento, solicitando al juez que remita el conocimiento de las reclamaciones al arbitraje pactado. La declinatoria es el instrumento procesal que permite al demandado denunciar ante el Tribunal su falta de competencia o jurisdicción para conocer de un asunto. Un demandado puede considerar que el Tribunal ante el que se ha presentado la demanda no es competente por haber acordado las partes someter las controversias a arbitraje (arts. 63 LEC y 39 LEC), y decidir por ello presentar una declinatoria. La misma posibilidad se

recoge en el art. 11 LA/2003 al disponer que «El convenio arbitral (...) impide a los tribunales conocer de las controversias sometidas a arbitraje, siempre que la parte a quien interese lo invoque mediante declinatoria». Si el convenio arbitral alegado por el demandado en la declinatoria es válido, el Juzgado queda imposibilitado para conocer de la controversia planteada por el demandante de conformidad con el art. 11.1.º LA. Esto es lo que se conoce como «principio impeditivo de actuación de los tribunales», corolario del principio de competencia-competencia. Ahora bien, la puesta en marcha de este postulado cuando existe convenio arbitral no opera de manera automática, ya que los Juzgados no aprecian de oficio la sumisión a arbitraje, debiendo la parte demandada plantear la existencia de la sumisión a arbitraje mediante la declinatoria (arts. 39 y 49 LEC). Precisamente la articulación de la declinatoria arbitral en el art. 11.1.º LA/2003 suscita una de cuestiones que han quedado resueltas en gran parte por la jurisprudencia que cubre la última década, como la imposibilidad de apreciación de oficio, el momento de interposición, el marco de tramitación, la carga de la prueba y el ámbito de los recursos.

- v) La apreciación positiva derivada del estudio del libro que se comenta también se extiende al capítulo relativo a los árbitros y específicamente a las cuestiones éticas. La jurisprudencia de este período ha sido sensible a cuestiones derivadas del deber de revelación, independencia e imparcialidad de los árbitros, empleando sobre todo en los últimos tiempos las directrices de ciertas entidades promotoras del arbitraje como la *International Bar Association* o el Club Español del Arbitraje contribuyendo paralelamente a las operaciones conducentes a la elaboración del laudo arbitral y se ha pronunciado en ciertas ocasiones en el alcance de la responsabilidad de los árbitros, incluso con cierta contundencia
- vi) Orilladas en buena medida en el período anterior a 2011, las funciones de las instituciones administradoras del arbitraje han sido objeto en los últimos años de un tratamiento mucho más pormenorizado, poniéndose el acento en cuestiones importantes como las relativas a la necesidad de observar la debida neutralidad e independencia, las incompatibilidades de sus miembros o su eventual responsabilidad. La lectura de las decisiones que integran este sector muestran, por un lado, que ciertos centros de arbitraje españoles se han consolidado (principalmente la Corte Civil y Mercantil de Arbitraje, la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bilbao, la Corte de Arbitraje del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, la Corte de Arbitraje de Madrid, la Corte de Arbitraje en Derecho para el Fomento del Alquiler, la Corte Española de Arbitraje o el Tribunal Arbitral de Barcelona, entre otras entidades operativas que no superan el número de veinte), que otros siguen ofreciendo inconvenientes debido esencialmente a insuficiencias inherentes a su estructura interna o a su reglamento, y, por último, que un tercer grupo está a punto de desaparecer, ante un abultado número de decisiones que han fustigado su incorrecto proceder y su falta de ética: las organizaciones de arbitraje no pueden actuar con total impunidad y las partes que se han sometido a las mismas deben contar con una serie de garantías tanto a lo largo del desarrollo del procedimiento arbitral como respecto al laudo final. Con la reforma de la Ley 11/2011 a la LA 60/2003, se pretendió por el legislador incrementar la seguridad jurídica y la eficacia de los procedimientos arbitrales, pero no se establecieron disposiciones que impidiesen las malas prácticas a través de un procedimiento sancionador. La jurisprudencia que figura en la obra de los profesores J.C. Fernández Rozas y A. Fernández Pérez

muestra que nuestros tribunales ha contribuido en buena medida a cubrir este importante vacío. Dicha lectura evidencia que las instituciones, al publicar sus reglamentos y cláusulas modelo, hacen una oferta permanente para administrar los arbitrajes y que las partes cada vez se incorporan en mayor medida a esa oferta. Con ello muchos centros de arbitraje están en disposición de suministrar a los árbitros una importante asistencia, en sentido muy amplio y, en algunos casos, un prestigio ganado tras una meritoria trayectoria profesional. En esta cuestión los propios centros tienen mucho que decir, debiendo ganarse, con su comportamiento, el respeto y la confianza de los operadores jurídicos con su quehacer diario, evitando desvirtuar el procedimiento arbitral con malas prácticas.

Como puede apreciarse la valoración global que acaba de realizarse de la jurisprudencia española relativa al arbitraje inventariada en el presente libro evidencia un balance claramente favorable a la institución, sobre todo tras haberse superado por completo, merced a la reciente doctrina del Tribunal Constitucional, la tendencia maximalista en la anulación de laudos arbitrales practicada durante un período por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, o una discutible consideración del ámbito de la prejudicialidad penal en el marco del arbitraje. No puede negarse que en la última década los tribunales españoles han consolidado la práctica del arbitraje en España. Por el momento los avances del sistema vienen de las aportaciones de los tribunales que se incluyen en el presente repertorio y no puede negarse que deben apreciarse, en términos generales, muy positivamente, sobre todo al reconocer el Tribunal Constitucional, que el arbitraje, como mecanismo heterónomo de resolución de conflictos, tiene su fundamento en la autonomía de la voluntad de las partes (art. 10 CE) y no en el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 CE.

El extraordinario esfuerzo compilador realizado por los profesores José Carlos Fernández Rozas y Ana Fernández Pérez quedará suficientemente compensado por el empleo masivo que se realizará de esta cuidado y sistematizado repertorio jurisprudencial. Posee esta obra una pretensión de generalidad y un objetivo de utilidad para distintos operadores jurídicos que entran de alguna manera en contacto con el arbitraje. Por ejemplo, para la presentación por parte de los abogados de acciones judiciales relativas a la declinatoria arbitral, al nombramiento judicial de árbitros, al despacho de ejecución de laudos, o para oponerse a las mismas. También, para la articulación y/o oposición de las correspondientes acciones de anulación contra los laudos pronunciados. Resulta de gran utilidad, asimismo, para desarrollo diario de las actividades de las instituciones administradoras del arbitraje y, por supuesto, para los árbitros a la hora del ejercicio de sus complejas funciones.

Fallece el profesor francés Emmanuel Gaillard: una gran figura del arbitraje transnacional (1 de abril de 2021)

Emmanuel Gaillard falleció el 1 de abril de 2021, a la edad de 69 años, apenas dos meses después de la creación de la firma Gaillard Banifatemi Shelbaya Disputes. Con anterioridad había sido durante más de veinte años socio gerente de la oficina de París del bufete de abogados de negocios internacionales Shearman & Sterling.



El comunicado de prensa de Gaillard Banifatemi Shelbaya Disputes que anuncia su muerte describe a Emmanuel Gaillard como «un tótem en el mundo del arbitraje internacional y una fuente de inspiración para los abogados de todo el mundo». El profesor Gaillard fue emblemático del desarrollo de un sistema transnacional de justicia internacional. Su visión y aportes intelectuales han enmarcado el desarrollo del arbitraje internacional en su estado actual. Continuarán influyendo en los profesionales y académicos durante los próximos años.

Emmanuel Gaillard obtuvo la plaza de Catedrático en 1982, tras desempeñar la agregación en Derecho privado. Desde entonces, el profesor Gaillard impartió docencia en numerosas universidades: Fue profesor de Derecho en la Université Paris XII, profesor invitado en la Facultad de Derecho de Harvard (Tratados Comerciales Internacionales, Derecho Internacional Privado Comparado) en 1984. Asimismo fue profesor en el Máster de Solución de Controversias Internacionales (MIDS), un programa dirigido por la Universidad de Ginebra y el Instituto de Graduados de Estudios Internacionales y del Desarrollo.

Cofundó y presidió la Academia de Arbitraje de 2010 a 2013, creada para abordar la creciente demanda de enseñanza especializada en arbitraje internacional.

En septiembre de 2012, el profesor Gaillard accedió a la Cátedra de Derecho en la Facultad de Derecho de Sciences Po (SPLS), donde impartió enseñanzas de Arbitraje Internacional y Derecho

Internacional Privado.

Dentro de su labor investigadora destacó por su contribución al Derecho internacional de arbitraje, especialmente en los temas relacionados con Derecho de Inversiones y Arbitraje (CIADI), Tratado sobre la Carta de la Energía (TCE) y *anti-suit injunctions*. Sus principales aportaciones fueron la defensa de la existencia de un orden jurídico arbitral autónomo, surgido pero distinto de las leyes de los Estados nacionales y la articulación de la denominada sociología del arbitraje comercial internacional. Muchos de sus libros y artículos, señaladamente su adaptación y actualización de la obra colectiva Fouchard Gaillard Goldman sobre *International Commercial Arbitration* , publicado en 1999 constituyen una referencia obligada para el estudio del arbitraje.

Actuó como presidente, árbitro único o miembro del tribunal en numerosos procedimientos de arbitraje internacional (bajo las reglas del CIADI, ICC, LCIA, AAA, IACAC, etc.) así como en procedimientos de arbitraje *ad hoc* (CNUDMI). En 2005, llamó la atención de la comunidad jurídica mundial al representar a los accionistas mayoritarios de Yukos Oil Company contra la Federación de Rusia, por una compensación de hasta 50.000 millones de dólares, el mayor arbitraje internacional de la historia.

Fallece el jurista australiano James Crawford, árbitro internacional y Juez de la Corte Internacional de Justicia

El 31 de mayo de 2021 falleció James Crawford SC, a la edad de 72 años. El profesor Crawford fue el primer miembro australiano de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas y, como tal, responsable de los trabajos de la CDI sobre la Corte Penal Internacional (1994) y de la segunda lectura de los artículos de la CDI sobre la responsabilidad del Estado (2001).



Nacido en Adelaida, Australia, el 14 de noviembre de 1948, obtuvo un doctorado en la Universidad de Oxford bajo la dirección del profesor Ian Brownlie. Regresó a Australia, donde fue Profesor de Derecho internacional desde 1986 a 1992 y Decano de la Sydney Law School de 1990 a 1992. Posteriormente, obtuvo la Cátedra de Derecho Internacional y fue nombrado Director del Centro Lauterpacht de Derecho Internacional (Cambridge, Reino Unido). Miembro de la Comisión de Derecho Internacional de 1992 a 2001, elaboró, como Relator, el monumental trabajo de la CDI sobre la responsabilidad de los Estados. Combinó perfectamente el trabajo académico con sus cualidades de profesional, como consejero y abogado ante numerosos tribunales internacionales y como árbitro. Concluyó su vida académica como Juez de la Corte Internacional de Justicia, donde fue elegido en 2015. Se convirtió en miembro asociado del *Institut de Droit International* en 1985, siendo en ese momento el miembro más joven del Instituto, y miembro titular en 1991. Su contribución más reciente fue un capítulo para el libro en preparación de la conmemoración del 150 aniversario del Instituto.

Además de sus trabajos académicos sobre la condición de Estado, los derechos colectivos, el derecho de las inversiones y la responsabilidad internacional, ha intervenido en más de 40 casos ante la Corte Internacional de Justicia y otros tribunales internacionales, y participa como experto, asesor y árbitro en arbitrajes internacionales. En 2012 recibió la medalla Hudson de la Sociedad Americana de Derecho Internacional. Entre sus obras recientes figuran *The International Law of Responsibility* (coeditado, OUP, 2010), *The Cambridge Companion to International Law* (coeditado,

CUP, 2012) y *Brownlie's Principles of Public International Law* (editor, OUP, 2012).

Los Informes del CIADI constituyen la única recopilación exhaustiva de los laudos y decisiones arbitrales dictados bajo los auspicios del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones del Banco Mundial o en virtud de otros tratados multilaterales o bilaterales de inversión, incluido en particular el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN). Junto con Karen Lee publicó en 2015 el volumen 10 de los «*ICSID Reports*». que supusieron una importante contribución al creciente cuerpo de jurisprudencia sobre inversiones internacionales. Los Informes del CIADI son una herramienta inestimable tanto para los profesionales como para los académicos que trabajan en el ámbito del arbitraje comercial internacional o que asesoran a los inversores extranjeros.

PARTICIPACIÓN EN PROCEDIMIENTOS ANTE EL CIADI

Blusun S.A., Jean-Pierre Lecorcier and Michael Stein v. Italian Republic, President; Sudapet Company Limited v. Republic of South Sudan, Counsel (Cl.) Philip Morris Brand Sàrl (Switzerland), Philip Morris Products S.A. (Switzerland) and Abal Hermanos S.A. (Uruguay) v. Oriental Republic of Uruguay, Co-arbitrator (Resp.); Deutsche Bank AG v. Democratic Socialist Republic of Sri Lanka, Counsel (Resp.) ConocoPhillips Petrozuata B.V.; ConocoPhillips Hamaca B.V. and ConocoPhillips Gulf of Paria B.V. v. Bolivarian Republic of Venezuela, Counsel (Cl.); Trans-Global Petroleum, Inc. v. Hashemite Kingdom of Jordan, Co-arbitrator (Resp.); Railroad Development Corporation v. Republic of Guatemala, Co-arbitrator (Resp.); Liman Caspian Oil BV and NCL Dutch Investment BV v. Republic of Kazakhstan, Co-arbitrator (Resp.); Jan de Nul N.V. and Dredging International N.V. v. Arab Republic of Egypt, Expert (Resp.); JacobsGibb Limited v. Hashemite Kingdom of Jordan, Co-arbitrator (Resp.); SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Republic of the Philippines, Co-arbitrator (Resp.); CMS Gas Transmission Company v. Argentine Republic, Annulment Committee Member; MTD Equity Sdn. Bhd. and MTD Chile S.A. v. Republic of Chile, Annulment Committee Member; World Duty Free Company Limited v. Republic of Kenya, Co-arbitrator (Resp.); Waste Management, Inc. v. United Mexican States, President (Secretary General); Mondev International Ltd. v. United States of America, Co-arbitrator (Cl.); Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal S.A. v. Argentine Republic, Committee Member Tradex Hellas S.A. v. Republic of Albania, Counsel (Resp.)