

LA LEY *Mediación y Arbitraje*

Julio-Septiembre 2021 | 08

La responsabilidad civil del mediador en insolvencia

*La celebración de audiencias
virtuales en el arbitraje*

DIRECTOR:

JOSÉ CARLOS FERNÁNDEZ ROZAS



Wolters Kluwer

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 Legal & Regulatory España, S.A.

Wolters Kluwer Legal & Regulatory 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 Legal & Regulatory 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 Legal & Regulatory 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 Legal & Regulatory España, S.A.

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

- «*Abogados en tiempos de MASC. Entre la oportunidad y los trenes a ninguna parte*», **José Ignacio Martínez Pallarés**, Abogado. Profesor asociado de Derecho Procesal. Facultad de Derecho, Universidad de Murcia

ESTUDIOS

- «*Nuevas perspectivas de la acción de anulación de los laudos arbitrales*», **Rafael Hinojosa Segovia**, Profesor Titular de Derecho Procesal. Universidad Complutense de Madrid
- «*La responsabilidad civil del mediador en insolvencia*», **Enrique Sanjuán**, Magistrado especialista en mercantil CGPJ. Profesor Asociado Derecho Mercantil Universidad de Málaga
- «*El arbitraje societario en España a 10 años de 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*», **María Inmaculada Rodríguez Roblero**, Profesora Ayudante Doctor de Derecho Internacional Privado. Universidad de Alcalá
- «*Lucky Luke y el juez. Lo que podemos (y no) aprender del ADR tributario en Estados Unidos*», **Irene Suberbiola Garbizu**, Profesora de Derecho Financiero y Tributario. Universidad del País Vasco-Euskal Herriko Unibertsitatea

PRÁCTICA EN MEDIACIÓN Y ARBITRAJE

- «*La celebración de audiencias virtuales en el arbitraje: principales protocolos de actuación emitidos por instituciones nacionales e internacionales*», **Ignacio Santabaya y Paula Fernández**, Socio y Abogada de Litigación y Arbitraje de Pérez-Llorca
- «*La mediación administrativa como especialidad propia en el funcionamiento de los Defensores del Pueblo (Ombudsmen)*», **Gerardo Carballo Martínez**, Técnico del Área de Migraciones e Igualdad de Trato del Defensor del Pueblo
- «*El tercero neutral en mediación o la búsqueda del Grial*», **Amparo Quintana**, Mediadora y abogada

REGULACIÓN

- «*La regulación del tribunal arbitral en Emiratos Árabes Unidos: Ley Federal de Arbitraje 6/2018 vs. Shari'a*», **Fernando de Castro Cardo**, Diplomático

- «Arbitraje y la propiedad industrial en Chile», **Ayllen Gil Seaton**, Profesora de Derecho Procesal y Arbitraje. Universitat Oberta de Catalunya

Textos y materiales recientes

- Remisión a las Cortes del Acuerdo de protección de las inversiones entre la Unión Europea y Vietnam (1 junio 2021)
- Remisión a las Cortes del Acuerdo entre la Unión Europea y Singapur de Protección de las Inversiones (1 junio 2021)
- Acuerdo entre el Reino de España y la República de Colombia para la promoción y protección recíproca de inversiones y su Declaración Interpretativa (15 junio 2021)

JURISPRUDENCIA

Crónicas

- «Sobre la terminación por acuerdo de las partes del proceso de anulación del laudo contrario al orden público», **Faustino Cordón Moreno**, Catedrático de Derecho Procesal. Universidad de Navarra
- «Tres resoluciones del Tribunal Superior de Justicia de Madrid desestimatorias de acciones de anulación de laudos, que traen causa de tres sentencias del Tribunal Constitucional de 2020 y 2021 que anularon sendas resoluciones de aquel Tribunal recurridas en amparo», **Santiago Martínez Lage**, Árbitro internacional
- «La eficacia del acuerdo arbitral y su posible extensión subjetiva en supuestos de sociedades pertenecientes al mismo grupo (Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona 11ª 29 abril 2021)», **María Luisa Palazón Garrido**, Profesora titular de Derecho civil. Universidad de Granada
- «Reconocimiento de laudos arbitrales extranjeros y vulneración del orden público español (Autos del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 19 de enero y de 17 de febrero 2021)», **Javier Izquierdo**, Socio de Litigación y Arbitraje de Pérez-Llorca y **Marta Robles**, Asociada de Litigación y Arbitraje de Pérez-Llorca

Sentencias seleccionadas

- «El mecanismo del incidente de oposición a la ejecución por motivos de fondo como cauce para alegar la existencia de un acuerdo de sumisión a la mediación (Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona de 13 de octubre de 2020)», **M.ª Rosa Gutiérrez Sanz**, Profesora Titular. Acreditada como Catedrática de Derecho Procesal. Universidad de Zaragoza. Árbitro
- «Estimación de la anulación de un laudo arbitral por haber resuelto el árbitro cuestiones no sometibles en un arbitraje testamentario (Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura de 1 de febrero de 2021)», **Rafael Hinojosa Segovia**, Profesor Titular de Derecho Procesal. Universidad Complutense de Madrid
- «La importancia del plazo de caducidad en la interposición de una acción de nulidad de laudo

(Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 2 de febrero de 2021)», **Fabio Virzi y Jose Piñero**, Abogados de Cases & LaCambrá

- «Desestimación de la anulación de un laudo arbitral por no declararse la invalidez de la cláusula arbitral, por no haber resuelto cuestiones no sometidas a la decisión del árbitro y por inexistencia de indefensión. Cuestiones previas sobre la falta de litisconsorcio pasivo necesario y sobre inadecuación de la cuantía (Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid CP 1ª de 2 de marzo de 2021)», **Rafael Hinojosa Segovia**, Profesor Titular de Derecho Procesal. Universidad Complutense de Madrid
- «Improcedencia de la invalidez de la cláusula de sumisión a arbitraje predispuesto en el testamento (Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid CP 1ª 2 de marzo de 2021)», **Ignacio Gomá Lanzón**, Notario de Madrid y árbitro y mediador de la Fundación *Signum*
- «Y el círculo se cerró. La motivación de los laudos arbitrales (Sentencia del Tribunal Constitucional 65/2021, de 15 de marzo)», **Blás Piñar Guzmán**, Abogado, Árbitro y Mediador. *§yndēresis legal*
- «La protección de las garantías procesales en el arbitraje voluntario (Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 20 de mayo de 2021, caso 5312/11 *Beg Spa contra Italia*)», **Josep Maria Julià**, Delegaltesen

Cronología de decisiones

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

ACTUALIDAD INSTITUCIONAL

Corte de Arbitraje del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid

- Especial: Treinta de la Corte de Arbitraje del Ilustre colegio de abogados de Madrid. Entrevistas a los sucesivos Presidentes de la Corte de Arbitraje del ICAM; José María Alonso Puig, Jaime Mairata Laviña, Antonio Albanés Membrillo, Alejandro Alonso Dregi y Begoña Castro Jover

Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional

- Claudia Salomon se convierte en la nueva Presidenta de la Corte de la CCI (11 junio 2021)
- Nuevos Vicepresidentes de la Corte
- Elección de nuevos miembros DE la Corte de la CCI:
- Elección de nuevos miembros suplentes de la Corte de la CCI

Centro Internacional de arreglo de diferencias relativas a inversiones

- El CIADI publica el quinto documento de trabajo sobre enmiendas a las reglas (15 junio 2021)

- Ecuador regresa al el Convenio del CIADI 21 junio 2021)
- El CIADI publica dos nuevos documentos sobre la mediación de inversiones (12 julio 2021)

Institute of the Stockholm Chamber of Commerce

- Kristin Campbell-Wilson nombrada nueva Secretaria General del SCC

International Council for Commercial Arbitration

- ICCA: Guidelines on Standards of Practice in International Arbitration (2021)

NOTICIAS

- «*40 under 40. international arbitration. (2021) (Carlos González-Bueno, ed.)*», **Javier Jiménez-Ugarte**, Of Counsel (Mediación y Arbitraje) de Lupicinio International Law Firm
- «*Arbitraje internacional en una Economía Globalizada, Reflexiones en Homenaje a D. Ramón Mullerat*», **José Carlos Fernández Rozas**, Director de la Revista
- El arbitraje comercial y de inversiones en la clausura de los Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria-Gasteiz (16 julio 2021)
- XV Congreso Internacional del Club Español del Arbitraje (Madrid 12 a 14 septiembre 2021)



Abogados en tiempos de MASC. Entre la oportunidad y los trenes a ninguna parte

Lawyers in times of ADR. Between opportunity and trains to nowhere

La futura Ley de Medidas de Eficiencia Procesal quiere fomentar la avenencia de las partes en conflicto por medio de los sistemas adecuados de solución de controversias (MASC), y acierta al reconocer tanto su pluralidad como el papel de los abogados frente a los fallidos intentos anteriores, centrados en la mediación, que postergaban a unos y otros. Incurre sin embargo en idénticos errores que pueden convertirla en un tren hacia ninguna parte. El impulso de los MASC solo vendrá del reconocimiento sincero de la capacidad de las partes para solucionar sus conflictos y de su libertad para elegir cómo, no de su imposición; de su mayor eficacia y eficiencia para el caso concreto, no de la incapacidad de los tribunales. Procurar las condiciones para el ejercicio de una libertad responsable, formada e informada, los necesarios ajustes en el proceso civil en relación con esos medios, y la formación y transparencia de quienes ofertan sus servicios como terceros neutrales deben ser la única misión del legislador.

Procedimiento civil, MASC, Jueces y terceros neutrales, Abogados, Libertad.

Future Law on Procedural Efficiency Measures aims to promote the compromise of the parties in conflict through the appropriate dispute resolution systems (ADR), and get right in recognize its plurality and the role of lawyers in the face of previous failed attempts, focused on mediation, which postponed both. It does, however, make identical mistakes that can turn it into a train to nowhere. The boost of the ADRs will only come from the sincere recognition of the parties» ability to resolve their conflicts and their freedom to choose how to do it, not of their imposition; of their greater effectiveness and efficiency for the specific case, not of the incapacity of the courts. To ensure the conditions for the exercise of a responsible, trained, and informed freedom, the necessary adjustments in civil proceedings in relation to such means, and the training and transparency of those who offer their services as neutral third parties must be the sole task of the legislator.

Civil procedure, ADR, judges and neutral third parties, lawyers, freedom.



José Ignacio Martínez Pallarés

Abogado

Doctor en Derecho Profesor asociado de Derecho Procesal Facultad de Derecho

Universidad de Murcia

I. INTRODUCCIÓN

En un viejo chiste norteamericano, que trae a colación P.J. Schiltz en relación con la posibilidad de una práctica saludable, feliz y ética del Derecho por los abogados frente a los riesgos y presiones que invitan a otra cosa, se pregunta por la razón por la que los científicos están sustituyendo las ratas de laboratorio por abogados; la respuesta es que hay más abogados que ratas, los científicos pueden llegar a sentir cierto apego emocional por las ratas, y hay cosas que las ratas no están dispuestas a hacer (1).

Pese a su causticidad, o por ella (y porque soy abogado), el chiste no deja de tener su gracia; dejando al margen algunas cualidades que en mayor o menor grado se pueden compartir, como la inteligencia, la astucia, la desconfianza y la curiosidad, está basado en un estereotipo, el de abogado, que ciertamente ha devenido en una especie abundante, por la que nunca se ha tenido especial apego ni interés pese al importante papel que desde antiguo desempeña en nuestras sociedades, y pese a su normal disposición a hacer casi cualquier cosa para conseguir la victoria —no como un fin en sí misma sino como camino para la paz, que es siempre el verdadero objetivo, dando certeza de una u otra forma a las situaciones y derechos controvertidos— en ejercicio de una *zelaus advocacy*, esto es, de la obligación de representar a su cliente celosamente, con diligencia e interés extremo y activo, explorando si es preciso los límites de la ley.

Y es que puede haber otros papeles u objetivos, pero ese es el suyo. La abogacía, lo dice su Estatuto, es una profesión libre e independiente que asegura la efectividad del derecho fundamental de defensa y asistencia letrada, es garantía de derechos y libertades, y sirve al interés de la Justicia velando siempre por los intereses de aquellos cuyos derechos y libertades defiende, con respeto a los principios del Estado social y democrático de Derecho. En ejercicio de esa función los abogados son quienes asumen la dirección en la exploración y búsqueda de soluciones para los asuntos encomendados, y, como encarnan el principio de la desconfianza, no van a permitir que se les conduzca (a sus clientes) a donde no quieren ir, por lo que para optar por un MASC como forma de solución deben estar convencidos tanto de las ventajas que pueda conllevar su uso como de que no supondrá menoscabo alguno de sus opciones si finalmente hay que recurrir a los tribunales. En caso

contrario no funcionará, porque todo se ordenará de nuevo para llegar al proceso judicial, aunque haya que sortear algún trámite por el camino, y no porque los abogados sean en general seres malévolos interesados en pleitear a toda costa, sino porque en la evaluación de las opciones disponibles, eficientes y eficaces, es decir, efectivas para la solución del conflicto concreto, seguirán sin entrar los MASC.

Los abogados, sin embargo, han sido postergados cuando no directamente ignorados por el legislador europeo, y también por el español, a la hora de diseñar cómo implementar sistemas alternativos a la vía jurisdiccional para la solución de conflictos, medios que han tratado de impulsar mediante su promoción primero (confiados en su propia bondad), y mediante su imposición después, dada la pobre respuesta obtenida que se ha querido imputar en buena parte, si no toda, a la falta de cultura de mediación entre los operadores jurídicos.

Y es cierto, podemos convenir en que no existe hoy esa cultura, no ya de mediación sino más en general de avenencia, que requiere de una capacidad de escucha, de argumentación, y de debate sereno y racional que no siempre se imponen frente a la simplicidad de un *speech*, como también podemos convenir en que hay un conocimiento muy limitado de los sistemas alternativos de solución de conflictos. Pero, dicho eso, también es cierto que incluso para quienes cuentan con esas capacidades y conocen esos medios, hay otras causas que se perciben como obstáculos para recurrir a alguno de ellos frente a la relativa certeza de un proceso jurisdiccional.

En primer lugar, el interés del legislador por la mediación u otros ADR/MASC no es el fruto genuino de su generosidad ni de su confianza en los principios de libertad, autonomía y capacidad de las partes para solucionar sus conflictos, como ha puesto de manifiesto casi en cada ocasión en que ha tenido oportunidad, sino de su interés en reducir la carga de trabajo de los tribunales para, si no mejorar la calidad de la justicia, sí al menos tratar de evitar su colapso, por las consecuencias económicas que del mismo se pueden derivar en un contexto de crisis económica, social, de mayor conflictividad y de aumento de la litigación en cantidad y complejidad. Dicho interés, digamos desenfocado, es el que le ha llevado a adoptar estrategias y decisiones erróneas en la búsqueda de soluciones para su implementación, que han producido un efecto neutro si no contrario al pretendido.

En segundo lugar, es importante el factor humano. Se preguntaba M. Storme, en *Best Science, Worst Practise?* (2), por la razón por la que pese al excelente nivel de la literatura jurídica en el campo del derecho procesal no se alcanza con tanta frecuencia ese mismo nivel en la práctica forense, y sugiere que hay que encontrarla en el componente fundamentalmente humano del sistema judicial, con diferentes actores, como el legislador, los autores de esa doctrina jurídica y también, claro está, quienes intervienen en un proceso judicial, como son jueces, abogados y partes litigantes. Y no otra cosa nos podríamos preguntar respecto de lo que podríamos denominar —parafraseando una expresión del informe publicado en 2012 por el Parlamento Europeo, *Rebooting the Mediation Directive*—, la «paradoja de los MASC en España», es decir, por qué no se recurre más a ellos pese a su virtual efectividad; y de nuevo nos encontramos con el componente humano, como son los mediadores, conciliadores, árbitros, peritos u otros terceros neutrales, y en qué medida añaden más

incertidumbres que certezas en el momento de considerar la opción por alguno de los medios en que intervienen.

Last but not least, es relevante examinar todo el conjunto desde la perspectiva de los abogados, que son quienes normalmente elegirán el medio más adecuado para la solución de cada conflicto conforme a los derechos e intereses de su cliente.

La incidencia de dichos factores, y en qué medida han sido adecuadamente valorados en su verdadera dimensión, o no, son las cuestiones a examinar.

II. DE LOS VANOS INTENTOS PARA IMPLEMENTAR LOS ADR/MASCC PARA LA SOLUCIÓN DE CONFLICTOS

1. El conflicto, hipotrofias, hipertrofias, distrofias y excesos discursivos

La existencia de conflictos es inherente a la condición humana, y desde el principio de los tiempos se han tratado de solucionar de diferentes formas, desde las más primitivas como la violencia y la autotutela a las más sofisticadas como los procesos jurisdiccionales, aunque desde determinadas concepciones se considere éstos como otra forma de violencia basada en el monopolio de la fuerza por el Estado que ejerce a través de la Ley y sus funcionarios, y que corre pareja a la privación a la partes de su capacidad de gestionar sus propios conflictos. Son ambas formas extremas de solución de conflictos, y entre ellas se situarían los sistemas generalmente conocidos como *Alternative Dispute Resolution* (ADR), o Métodos Adecuados de Solución de Controversias (MASC), esto es, métodos que se presentan inicialmente como alternativos al judicial, aunque en un proceso de evolución dirigido a su implantación efectiva se haya transitado de la alternatividad a la adecuación y a su complementariedad con la jurisdicción (3).

Como apunta M.A. Fernández-Ballesteros, debemos recordar que «al principio fue la avenencia» en sus muy diferentes formas, y de inmediato el arbitraje en sus también variadas formas (4); es decir, en el principio ya fueron los ADR —acrónimo que termina por significar cualquier sistema de solución de conflictos distinto del jurisdiccional—, esté o no vinculado a los tribunales, que han existido desde siempre, en todas las culturas, por más que el olvido y el anglicismo les dote hoy de una pátina de modernidad, y solo después vino la solución jurisdiccional con la que han coexistido durante siglos hasta que el desarrollo de los Estados sociales y democráticos de Derecho a lo largo del siglo XX, y la necesidad de un poder judicial fuerte capaz de hacer efectivas sus leyes, cada vez más numerosas, extensas y complejas, y también de dar respuesta a los ciudadanos y a una sociedad cada vez más consciente y exigente de sus derechos, condujeron al recurso generalizado a los tribunales para la solución de las controversias frente a esos otros sistemas tradicionales.

Es en este contexto de hipertrofia legislativa y de hipotrofia de recursos propios de ciudadanos, empresas y de la sociedad civil en general frente a la tutela procurada por el Estado que se produce la tormenta perfecta.

Los Estados, pese al exponencial aumento de sus recursos económicos, se ven desbordados e

incapaces de asumir el gasto creciente de una Administración pública hipertrofiada —aunque no precisamente en el ámbito de la Administración de Justicia— y de un Estado de Bienestar cuyos requerimientos no han cesado de aumentar.

Los profundos cambios de la realidad social y económica que se produjeron en Europa durante la segunda mitad del siglo XX, como ya antes en EE UU, y que condujeron al desbordamiento del sistema judicial para afrontar los retos y problemas que planteaban, se han acelerado vertiginosamente durante este primer cuarto del siglo XXI, fruto de una revolución tecnológica y de una globalización que no conoce fronteras, dando lugar a unas sociedades cada vez más complejas, líquidas, consumistas, y tecnológicas, unas sociedades hiper-comunicadas a través de redes sociales que da lugar a individuos cada vez más aislados y enfadados, que tienden a agruparse en enjambres digitales y que actúan a golpe de clic (5) .

Los parámetros de la Justicia han cambiado en estas sociedades, el ciudadano titular de derechos y obligaciones ha dejado de ser el elemento esencial sobre el que pivotaba, y ha sido sustituido por el elemento económico, que tiene como principios básicos la eficacia y la eficiencia, que solo conoce de consumidores, de usuarios y competidores alentados, como dice S. Barona, por una «suerte de manoseo conceptual» de que se tiene derecho a adquirir el mejor producto al mejor precio y a ser posible en tiempo real, con consecuencias en la Justicia que implican no ya un cambio de paradigma sino de modelo por las tensiones a las que está sometido «entre el control y la dejación, entre la seguridad y la libertad, entre el monopolio y la alternatividad o complementariedad, entre el Estado o la sociedad civil o la sociedad internacional manejada desde coordenadas nada claras», que no siempre son neutras (6) .

Es en este contexto en el que en Europa y en España se reconoce la necesidad de asumir conscientemente el recurso a los ADR/MASC, de desarrollarlos y potenciarlos como parte de la búsqueda —o si se quiere de redescubrimiento, actualización y puesta a punto— de soluciones alternativas adecuadas a esa conflictividad.

Así ha sucedido en el ámbito europeo, como se comprueba con los antecedentes que conducen a la elaboración de un Libro Verde sobre las modalidades alternativas de resolución de conflictos en el ámbito civil y mercantil, o la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles (7) ; y así ha sucedido en España, con la abundante y rica actividad legislativa autonómica, con la Ley 15/2005, de 8 de julio, que introdujo la mediación en el ámbito de familia, la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, y más recientemente con el afortunadamente fallido Anteproyecto de Ley de Impulso de la Mediación, aprobado en Consejo de Ministros de 14 de enero de 2019 (en adelante APLIM), que pretendía imponer la mediación de forma «semi-mitigada» (decía) —comprendiendo no solo la ya reconocida como perfectamente inútil sesión informativa sino una sesión exploratoria del conflicto— como presupuesto procesal necesario para acceder a la vía jurisdiccional en un amplio elenco de materias, y ello sin estar garantizada la información y asesoramiento jurídico imprescindibles para una elección informada ni, en consecuencia, una verdadera libertad acerca de cómo gestionar el conflicto (8) .

Se han cometido muchos y graves errores y excesos para tratar de implantar y de fomentar el recurso a los MASC, como han sido que quedara reducido en la práctica a la mediación, desconociendo la negociación y el arbitraje

Que la implantación de la mediación ha fracasado, al menos en la medida de las expectativas en ella depositadas —para solucionar los problemas de la Justicia, conseguir el bienestar planetario o simplemente ganarse la vida, es indiferente y todos son objetivos legítimos— es un hecho incontestable, como ponen de manifiesto los periódicos llamamientos a «impulsar» la mediación desde diferentes instancias europeas y españolas dado el escaso número de asuntos tratados en mediación, que no llega al uno por ciento (9) .

Pero ya no se trata de que se recurra poco a la mediación, es que los resultados en forma de número de avenencias cuando se deriva desde los juzgados tampoco responden, en general, a dichas expectativas, como muestran los datos de mediación intrajudicial publicados por el CGPJ en su página web.

Si examinamos dichos datos, en las series históricas entre 2012 y 2020 es posible comprobar que el porcentaje de éxito en familia ha oscilado entre un mínimo del 9,78% (2015) y un máximo del 13,25% (2016), con un total de cinco mil once avenencias, mientras que en el resto del ámbito civil osciló, en ese mismo período, entre un mínimo del 6,79% (2014) y un máximo del 13,42% (2016), con un total de mil ochenta y una avenencias; en el año 2020 solo doscientos noventa y dos casos de los dos mil setecientos treinta y siete derivados (10,67%) terminaron con avenencia en familia, mientras que en el ámbito civil general solo terminaron así sesenta y cuatro de los setecientos sesenta y cuatro casos derivados (8,38%). Se trata de unos resultados más que modestos, aunque también es cierto que hay unas diferencias tan significativas entre comunidades autónomas y provincias, porque las hay que superan el 40% de avenencias, que merecerían, si no existe ya, un estudio de campo para averiguar las razones (10) .

Por su parte, los datos ofrecidos por la estadística del Consejo General del Notariado, si bien muestran un crecimiento continuo en el número de actas de mediación entre 2015 y 2020 —pasando de ciento veintiocho en 2015 a novecientos treinta y seis en 2020, con un total de dos mil novecientos ochenta y ocho mediaciones en esos seis años— la cifra no deja de ser anecdótica si la ponemos en relación con el número de asuntos civiles tratados en nuestros juzgados (11) .

Se trata de un escenario que coincide con la multiplicación en muy poco tiempo del número de mediadores a consecuencia de la publicación de la Ley 5/2012 y de la profunda crisis que afectó a tantos miles de profesionales, que creyeron ver en la mediación una salida a sus dificultades; una situación que explica el viraje de ciento ochenta grados en el discurso de quienes la propugnan como «el único y verdadero MASC/ADR», dándose la paradoja (que ya se dio antes en otros países con, al

parecer, los mismos problemas culturales) de que formando parte del argumentario para su promoción que el Estado a través del sistema judicial habría hurtado el conflicto y el poder de disposición sobre el mismo a las partes, y que había que devolvérselo, la propuesta es ahora no devolverlo, defendiendo la imposición legal de una mediación obligatoria «mitigada» bajo la idea de que al fin y al cabo se trata de imponerla solo un poco, hasta la sesión exploratoria del conflicto, y que siempre queda el no, que no se acuerda si uno no quiere.

Faltaría más, claro, pero no es suficiente dado lo que la experiencia nos enseña sobre las consecuencias de cesiones, siquiera sean pequeñas, en principios esenciales.

Lo cierto es que se han cometido muchos y graves errores y excesos para tratar de implantar y de fomentar entre los ciudadanos (y los abogados) el recurso a los medios alternativos, como han sido, para empezar, que el interés del legislador por los ADR/MASC quedara reducido en la práctica a la mediación, desconociendo la negociación, dejando fuera al arbitraje, pese a su reforma por Ley 11/2011 que relacionaba con el fomento de los medios alternativos y la futura Ley de mediación, y en el olvido y postergación de la conciliación, porque no de otra cosa se puede tachar su regulación por Ley 15/2015, de 2 de julio, de la jurisdicción voluntaria; la propuesta de la mediación y también del arbitraje como sistemas adecuados para la reducción de la carga de trabajo de los tribunales (12) —lo que sorprendentemente se publicita en algunas webs que ofertan servicios de mediación—, y así garantizar el acceso a la Justicia y el debido proceso en lugar de como manifestaciones de la autonomía de la voluntad de los ciudadanos sobre cómo resolver sus conflictos, es otro error inaceptable (13); y también lo es la necesidad expresada de «racionalizar» el ejercicio de la potestad jurisdiccional, dejando el recurso a los tribunales para quienes reclaman por asuntos verdaderamente «importantes», o la demonización del proceso judicial, identificándolo con una «cultura de la guerra» de la que participan y hasta se ganan la vida los abogados, a los que por la misma razón y por principio se les niega capacidad negociadora, frente a la «cultura de la paz» liderada por los mediadores, con los subsecuentes excesos discursivos de esa visión partisana, que tampoco ayudan.

Las propuestas para implementar y fomentar el uso de MASC no pueden partir de la renuncia a la justicia, a la tutela efectiva de los derechos y libertades en un proceso público y en un plazo razonable seguido ante un tribunal independiente e imparcial (arts. 24 CE y 6 CEDH), y eso no se soluciona culpando a los abogados de falta de colaboración, o de incultura mediadora, ni tampoco afirmando que «todo es justicia» (ni falta que hace) (14), ni descartando o dificultando los «juicios bagatela» porque los tribunales están para otra cosa (¿que impartir justicia?), ni introduciendo trabas o estímulos artificiales de más que dudosa utilidad cuando no contraproducentes, ni tampoco esgrimiendo las sentencias del TJUE —STJUE 4ª 18 marzo 2010, as: C-317/08, C-318/08 y C-320/08, y STJUE 1ª 14 junio 2017, as: C-75/16— que admiten en determinadas condiciones la imposición de la conciliación o la mediación como requisito de procedibilidad porque no infringe el derecho a la tutela judicial efectiva, porque no es tanto esa la cuestión como la eficacia de su imposición para el fin pretendido.

Estamos tratando de conflictos, y ello obliga a remitirse a los diferentes medios para su solución y

también a los diferentes actores que intervienen en ellos, además de las partes en conflicto, como son los jueces en el proceso jurisdiccional, los negociadores profesionales, mediadores, conciliadores, árbitros, peritos u otros terceros neutrales en los MASC, y claro está los abogados, porque son los profesionales encargados del consejo, asesoramiento y defensa técnica de las partes en conflicto, quienes van a interactuar entre ellos y eventualmente con los terceros que vayan a intervenir en su solución o resolución, y quienes están formados y capacitados (o deben, o deberán estarlo) para evaluar y para elegir de entre los disponibles el medio más adecuado para la solución de cada conflicto, incluida por supuesto la vía jurisdiccional, con sus ventajas e inconvenientes, y riesgos y costes implicados.

2. Mediadores, conciliadores y otros terceros neutrales confiados a la mano invisible del mercado

Son numerosos los profesionales que desde distintas ópticas y campos del saber se dedican a la solución de conflictos, pero de entre ellos nos interesan los relacionados con la solución de conflictos judicializados o con potencialidad o en proceso de serlo.

El Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal del Servicio Público de Justicia, aprobado en Consejo de Ministros de 15 de diciembre de 2020 (en adelante APLMEP), coherente con el propósito de fomentar el recurso a los MASC —entendidos éstos de una forma amplia, flexible y libre, como corresponde a la naturaleza propia de estos sistemas— se refiere de forma reiterada al «tercero neutral» como una figura genérica, dotada de un estatuto propio, que sería comprensiva de una amplia variedad de terceros ajenos a las propias partes, que pueden ayudar a las mismas y/o a sus abogados a desarrollar un debate racional (cuando son incapaces de hacerlo por sí mismos), para el planteamiento, mejor conocimiento y evaluación de las respectivas posiciones e intereses en una negociación y, eventualmente, a solucionar la controversia entre ellas.

Con independencia de que existan múltiples ADR/MASC y formas de actuación, el tercero neutral elegido será, normalmente, un mediador, un conciliador, y por supuesto un árbitro o un juez, aunque estos resuelvan el conflicto por medio de una resolución.

A) Mediadores

El mediador puede ser tan difícil de conceptuar como la misma mediación, porque depende de qué estemos hablando al referirnos a ésta podrá serlo de una forma u otra; no es lo mismo la mediación como filosofía de vida vinculada a la pacificación y bienestar de la sociedad, que como gestión en sentido amplio, abarcando casi cualquier tipo de intervención entre dos o más partes, o más particularmente, que es la concepción que nos interesa, como una forma estructurada de negociación asistida por un tercero profesional e imparcial —el mediador— cuyo papel, a diferencia de otros terceros con poder de decisión, consistirá esencialmente en facilitar la comunicación de las partes, dotando a la discusión en torno al conflicto de una racionalidad de la que de otro modo carecería, creando las condiciones para un debate fructífero y eventualmente para una solución que se plasmará en un acuerdo que pondrá fin al mismo (15) .

Se entiende por ello que haya plena coincidencia en que el mediador es el elemento humano clave, sustancial, sobre el que pivota la mediación como MASC (16) , y se entiende por ello perfectamente

la importancia que se ha querido dar a la implantación de códigos de conducta y a la impartición de una formación de calidad como garantía de la correcta prestación del servicio, de protección de los usuarios y, a la postre, de éxito en su implantación como un recurso normalizado para la solución de conflictos.

Dicha importancia no se ha correspondido, sin embargo, con la formación exigida por el legislador estatal con el RD 980/2013, de 27 de diciembre, una norma de compromiso para atender la situación existente y con la esperanza puesta en que la oferta de mediadores crearía la demanda de mediación, cuyas deficiencias fueron pronto puestas de manifiesto por la doctrina (17), y que originó lo que T.B. Griggs calificó como una situación alarmante provocada por un «debate sin virtud» motivado más por razones de tipo crematístico, de protección y captación de clientela en el mercado de formación de mediadores, que de mejora de los modelos pedagógicos, y una explosión como setas de todo tipo de cursos de mediación (18); las campañas de todo tipo de colectivos deseosos de coger posiciones en ese mercado terminaron provocando una burbuja de mediadores para una demanda casi inexistente, una situación que no ha mejorado desde 2014, y que está detrás de la defensa a ultranza de la mediación obligatoria y del comprensible alborozo que creó entre algunos colectivos de mediadores de nuevo cuño el citado APLIM, que pretendía imponerla como requisito para poder presentar una demanda, lo que implicaba la creación *ex lege* para ellos de una carga de trabajo de cientos de miles de casos al año.

En todo caso, una cuestión que ha suscitado y suscita reservas es el hecho de que no se haya exigido una determinada formación de origen vinculada a la resolución de conflictos, como sí hicieron las primeras leyes autonómicas, defendiendo que puesto que se trata de una negociación asistida por un tercero, ese tercero debe ser lo más experto posible en la materia de negociación, o un jurista especializado en la materia jurídica del conflicto; desde otro punto de vista se defiende, sin embargo, que el mediador solo debe ser experto en llevar el proceso de mediación, no en la materia objeto de mediación.

No caben posiciones dogmáticas porque no hay reglas fijas para todos los conflictos. La formación y experiencia profesional que se precisen de un mediador depende de un conjunto de factores relacionados, entre otros, con las partes en conflicto y/o sus asesores, el objeto de la controversia, la información disponible sobre los hechos y el estado del derecho, o las posibilidades de negociación y rangos de posible acuerdo, factores que deben ser evaluados por las partes en conflicto, o por sus abogados, si convienen en utilizar este método. Por ello parece evidente que solo será necesaria esa formación y experiencia —como abogado litigante conocedor de la materia propia del conflicto— cuando se pretenda por las partes una mediación valorativa que precise de un mediador que pueda ayudarles en la mejor evaluación de sus respectivas fortalezas y debilidades ante un eventual proceso judicial, hacer recomendaciones o incluso anticipar un resultado probable. Y lo mismo ocurre si el debate requiere de otro tipo de conocimientos, legales, comerciales, tecnológicos, u otros. En otras circunstancias puede ser manifiestamente preferible un mediador con gran habilidad en el proceso de mediación, aunque no tenga conocimientos específicos ni experiencia en la materia del conflicto, para prevenir la posible inclinación a desarrollar un papel más evaluativo y hasta su posible interferencia con la línea de actuación diseñada por las partes con sus abogados, e incluso en

el desarrollo por las partes de sus propias soluciones.

Pero si es importante el papel del mediador también lo es el método en relación con las partes, a las que sitúa como gestoras de su conflicto y obliga a colaborar activamente y de buena fe para su solución —como ocurre también en la negociación en general o la conciliación— lo que implica, entre otras cosas, compartir la información suficiente y relevante precisa para evaluar correctamente el conflicto, en un ejercicio de transparencia que puede no verse correspondido, porque no hay ninguna garantía de que se vaya a llegar a un acuerdo, como tampoco de que la información facilitada no pueda ser utilizada de una u otra forma en un proceso posterior —ya sea por el fracaso de la mediación o por su utilización instrumental para recabar esa información en lo que se denomina una «expedición de pesca»— pese al deber de confidencialidad.

El papel del abogado asesorando a su cliente a lo largo del proceso de mediación puede adivinarse esencial, y dependerá de una multiplicidad de factores a tener en cuenta y valorar, como si es una mediación voluntaria o no, partes implicadas y características del conflicto; la persona del mediador, su formación y experiencia para su propuesta y designación, o su evaluación si ha sido designado por una entidad; el tipo de mediación a desarrollar, la conducción de la mediación, y la forma de participar en el proceso sin adulterarlo pero sin regalar ventajas, además de seguir la evolución de las sesiones y progresos, la reevaluación de posiciones a resultados de la información compartida, el asesoramiento sobre la posibilidad de acuerdos parciales o la evaluación y en su caso la conformación a derecho de los acuerdos alcanzados para su plena efectividad (19).

Este era precisamente uno de los problemas de la derivación obligatoria a mediación incluyendo una sesión exploratoria del conflicto, prevista por el fenecido APLIM, sin que estuviera garantizada la asistencia jurídica de los mediados derivados.

El problema, claro está, se planteaba con quienes no pudieran pagar su asistencia jurídica o no tuvieran formación e información para valorar su oportunidad —que no puede ser suplida por la información legal que le pudiera proporcionar el mismo mediador o algún funcionario, una información cuyo significado e implicaciones le pueden ser además inasequibles— y asumieran su autodefensa, porque su primer contacto habría sido con el mediador que, claro está, porque no es su función, no le iba a asesorar jurídicamente ni tampoco a valorar sus opciones en relación con las otras posibles vías de solución, incluida la jurisdiccional que fue la que el demandante inició y de la que fue apartado; y caso de continuar el proceso de mediación adelante podría encontrarse en las sucesivas sesiones con un mediador de estilo evaluativo, con su propia visión de cómo solucionar el conflicto, tentado de utilizar la «autoridad» derivada de la remisión del litigio por el tribunal para inducir cuando no ejercer la coacción suficiente para conseguir un acuerdo (20).

El APLEMP trata de corregir este grave error, al menos en parte, y si el artículo primero del APLIM introducía un nuevo ap. 11 en el art. 6 de la Ley 1/1996, de asistencia jurídica gratuita, para comprender entre las prestaciones de ese derecho la intervención del mediador cuando acudir a mediación fuera presupuesto procesal para la admisión de una demanda o resultara de la derivación judicial, la disposición final primera del APLEMP se refiere, en el proyectado nuevo ap. 11 del mismo art. 6, a los honorarios de los abogados que asistan a las partes cuando acudir a un MASC sea

presupuesto procesal para la admisión de una demanda, o sea solicitada por las partes o resulte de derivación judicial, siempre que tal intervención sea legalmente preceptiva o cuando, no siéndolo, su designación sea necesaria para garantizar la igualdad de las partes.

B) Conciliadores

Si es preciso aclarar de qué hablamos al referirnos a un mediador, un esfuerzo superior es necesario cuando nos referimos al conciliador, porque siendo con carácter general un sistema autocompositivo en el que un tercero neutral, imparcial e independiente intenta conciliar, componer, ajustar las pretensiones de las partes en conflicto al objeto de que lleguen a un acuerdo, por la cualidad de esos terceros, que pueden ser muy distintos, y por el tiempo en que se desarrolla, que puede ser previo o coetáneo a un procedimiento judicial, no hablamos de lo mismo en cada caso.

Son coetáneas las conciliaciones que se desarrollan simultáneamente a la celebración de un juicio, ya ante un tercero por derivación judicial ya en presencia del mismo juez que conoce del proceso; los jueces avenidores son conocidos en nuestro ordenamiento histórico, aunque eran terceros al juez del proceso judicial (21), no estando prevista tampoco en nuestra LEC 2000 la posibilidad de que el mismo juez que dirigirá el proceso y dictará sentencia intente avenir a las partes —lo que no quiere decir que no ocurra, especialmente en algunas materias—, sino a través de la invitación a abandonar el proceso, bien para iniciar una negociación o una mediación, bien llegando a un acuerdo que ponga fin al litigio (art. 414, 415 y 428 LEC respecto del juicio ordinario, y arts. 440 y 443 LEC en el juicio verbal). No ocurre así con algunas legislaciones foráneas que contemplan la figura de un juez más activo en orden, no solo a terminar con el procedimiento de una forma rápida, efectiva y en un tiempo razonable (a través de lo que se denomina *case management*), sino también para avenir a las partes en litigio (22), una tendencia que ha sido recogida en los principios transnacionales de procedimiento civil elaborados por ALI/UNIDROIT, que contemplan incluso la posibilidad de que el juez pueda sugerir acuerdos sin que ello tenga por qué afectar a su imparcialidad (23).

Si la conciliación es previa al proceso puede desenvolverse ante cualquier tercero elegido por las partes para ejercer esa función, en cuyo caso estaríamos ante la «conciliación privada» que reconoce el APLMEP, y a la que se refiere en los arts. 12 y 13 para regular los requisitos para intervenir como conciliador privado y sus funciones.

Sobre la regulación proyectada es acertado que el requisito para ser conciliador incluya estar inscrito y en activo en cualquier colegio profesional reconocido legalmente, y que no se limite a profesionales para cuya inscripción se precise ostentar licenciatura o grado en Derecho, como apuntó el Informe del CGPJ al APLMEP. Es posible que el motivo del legislador sea multiplicar la oferta de conciliadores, como se hizo con los mediadores, para que esa oferta atraiga la demanda y dejar el resto confiado a la mano invisible del mercado, pero en cualquier caso se trataría de una exigencia no justificada desde el momento en que hay profesionales dedicados a la solución de conflictos a los que no se exige dicha formación de origen (p. ej. los mediadores), los hay a los que sí se les exige y no forma parte de su quehacer la gestión de conflictos, más allá de su tramitación documental ante el juzgado (p. ej. los procuradores), y también los hay a los que no se exige esa formación para formar parte de un colegio profesional, pero están formados en la materia jurídica

necesaria para su trabajo y la gestión de conflictos es parte de su quehacer diario (*v.gr.*, los administradores de fincas). Hay, sin embargo, otra razón fundamental para justificar esa propuesta del prelegislador, y es que son las partes, en definitiva, las que van a elegir a un abogado, a un mediador, y también en su caso a un conciliador, por sus condiciones particulares en relación con las características del conflicto, y por la confianza en lo que les pueda aportar para su gestión y solución.

Lo que no se ha regulado en el anteproyecto, acertadamente, es cómo el conciliador ha de desarrollar esa función, que se ha dejado a la libre configuración de las partes con el conciliador, y así debe seguir siendo.

La conciliación no es al final sino una negociación, aunque esté asistida por el conciliador, y por ello debe seguir siendo un proceso flexible que requerirá de una programación mínima pactada que se irá ajustando cuantas veces sea necesario a lo largo de todo el proceso, que por supuesto no tiene por qué ni normalmente se desarrollará en un solo acto, ni en puridad requiere siquiera que las partes se reúnan entre ellas, pudiendo utilizar cualesquiera medios para que la información fluya (mensajería instantánea, correos, teléfono, videoconferencia, reuniones, etc.), para despejar los puntos de disputa de hecho o de Derecho que puedan surgir a lo largo del proceso (peritos, laboratorios, dictámenes de expertos en la materia, etc.), y para la realización y enmienda de propuestas de acuerdo.

La conciliación también puede desenvolverse ante un notario o un registrador que, aunque también son profesionales incorporados a un colegio, se trataría de un supuesto distinto a la conciliación privada prevista por el APLEMP, dadas las exigentes condiciones de acceso a dichas profesiones mediante oposición y su naturaleza de funcionarios públicos. Se trata de una interesante posibilidad, intermedia entre la conciliación privada y el acto de conciliación realizado en los juzgados, que fue introducida por la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la jurisdicción voluntaria, y está recogida desde entonces en las leyes del Notariado (artículos 81-83) e Hipotecaria (art. 103 Bis), una opción a la que probablemente no se le está dando el uso que la cualificación, formación y *auctoritas* de unos y otros permitiría (24).

Y por último debemos referirnos al «acto de conciliación», una institución tan tradicional (25) en nuestro ordenamiento como abandonada, cuyas recientes reformas parecen pretender que siga siendo tan inoperante como cuando por dicha razón la Ley 34/1984, de 6 de agosto, la eliminó como requisito de procedibilidad.

Así, la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de Reforma de la Legislación Procesal para la implantación de la Nueva Oficinal Judicial, encomendó la conciliación, que hasta entonces venía atribuida al juez de paz o de primera instancia, al secretario judicial, hoy letrado de la Administración de Justicia, lo que no puede considerarse sino un lamentable error (26); por su parte, la reforma para que todo siga igual introducida por Ley 15/2015, de jurisdicción voluntaria, que la reguló en los arts. 139 a 148, no ha aportado novedad alguna respecto de la regulación previa, salvo un vacuo énfasis en afirmar que su único fin es alcanzar un acuerdo que evite un pleito, sancionando con la inadmisión su utilización para cualquier otro fin cuando implique un manifiesto abuso de derecho o fraude de ley o procesal, *ex art.* 139.1º de la propia ley.

Lo cierto es que el acto de conciliación se sigue utilizando poco (27), y normalmente con fines ajenos a su función de propiciar una comunicación directa entre las partes, realizada ante el juez de paz, o el letrado de la Administración de Justicia y en la sede del tribunal para facilitar un acuerdo entre ellas (28), esto es, una negociación que evite el pleito, porque un solo y breve acto que además es grabado no es un cauce hábil para el desarrollo de una negociación, entre abogados que carecen de los estímulos necesarios para desarrollar ese proceso, que obliga a exponer una información que prefieren reservar para el juicio, y ante un funcionario (juez de paz o LAJ) que no tiene ni formación ni experiencia profesional en la valoración y resolución de litigios, ni goza por tanto de *auctoritas* ante las partes para ejercer esa función conciliadora. Esa es la razón de que se sigan presentando demandas de conciliación con requerimientos genéricos de pago, entrega, cumplimiento o «rendición», con propósitos ajenos a conseguir un acuerdo —interrumpir la prescripción, fundamentar la condena en costas en caso de posterior allanamiento, convencer a la otra parte de la voluntad de demandar, intentar una «expedición de pesca» para conseguir información mientras se gana tiempo, o incluso provocar errores o contradicciones utilizables en el futuro proceso—, y en caso de asistencia de las partes se sobreactúa por algunos abogados como si se tratara de un juicio ante quien no puede juzgar, y en fin, el acto termina como empezó, salvo que las partes hayan negociado antes, llegando a un acuerdo, y utilicen el cauce para plasmarlo y conseguir un título ejecutivo.

La conciliación privada podría con su flexibilidad suplir esa inoperancia (también la celebrada ante un notario, y especialmente ante un registrador por varias razones, fundamentalmente su autoridad e independencia, también económica), pero en cualquier caso, y con independencia de ante quién se lleve a cabo, sería relevante para su utilización por las partes en conflicto, como un recurso útil en el cumplimiento de su verdadera función negocial, que los jueces comenzaran a valorar adecuadamente la actitud preprocesal de las partes, los intentos razonables de debatir las causas del conflicto y sus posibles soluciones para llegar a un acuerdo, y lo reflejaran en los pronunciamientos relativos a las costas procesales en sus resoluciones (29).

C) Árbitros

El arbitraje es una forma clásica de resolución de conflictos que se puede definir como un procedimiento por el que las partes someten la decisión de un conflicto, presente o futuro, a un tercero neutral, el árbitro, cuya decisión es vinculante, irrecurrible y tiene los efectos propios de una sentencia, es decir, cosa juzgada y ejecutabilidad de la resolución, aunque su ejecución forzosa corresponda al poder judicial.

Se trata de una forma de resolución que se excluye por algunos autores de entre los ADR/MASC en atención a su naturaleza cuasi-judicial, que se manifiesta en su configuración «no como una alternativa al proceso, sino como un proceso alternativo, que, en todo caso, se define como una decisión al término de un procedimiento contradictorio» (30), un medio que de hecho no aparece incluido entre los MASC a los que se refiere el APLMEP, y que sin embargo es una verdadera alternativa al proceso judicial y debería poder serlo en mayor medida, recuperando para la generalidad de los ciudadanos, y utilizándolo cuando el caso así lo aconseje, el viejo derecho a solucionar sus disputas mediante árbitros y amigables compondores, con reformas que recuperen

para la institución características propias de los ADR/MASC y le den cierta seguridad (31) .

El arbitraje con su configuración actual se presenta, sin embargo, como un terreno ignoto para la inmensa mayoría de los abogados, y no solo porque no tengan con esta vieja institución la misma familiaridad, conocimiento y relativa seguridad que puedan tener con las vías más transitadas del proceso jurisdiccional, que también, sino porque añade un número no desdeñable de nuevas decisiones a tomar (32) que implican una importante apuesta estratégica difícil de asumir (33) , y de nuevas incertidumbres a las que ya conllevan de por sí tantos conflictos que están en proceso de convertirse en litigios. A ello hay que sumar que las tradicionales ventajas tradicionalmente atribuidas al arbitraje —mayor flexibilidad, sencillez, rapidez y confidencialidad, a un menor coste y ante terceros neutrales cualificados y especializados— que es debido reconocer en supuestos de litigación internacional, en los que concurren grandes corporaciones, multinacionales, Estados, y grandes despachos internacionales por un lado, y múltiples jurisdicciones y leyes procesales y sustantivas eventualmente aplicables por otro, no son fáciles de apreciar en el ámbito de la litigación ordinaria, interna, provincial, en la que prima la relativa certeza y seguridad que se derivan del mayor conocimiento de la jurisdicción y de las leyes aplicables.

Tampoco es fácil que el cliente asuma que además de a su abogado tendrá que pagar a alguien —a un árbitro, cuya formación y especialización no siempre aparecen debidamente justificadas ni acreditadas, y a la institución a la que pertenezca—, para que dicte una resolución vinculante y ejecutiva, como una sentencia pero sin posibilidad de recurso (34) , que tendrá que ser ejecutada en su caso por un juzgado, y ello sin contar con que de no existir un convenio previo de sumisión a arbitraje se requerirá del acuerdo de la otra parte en esa forma de resolución del conflicto y en todo el conjunto de decisiones que ello implica, lo que exigirá una negociación que, de producirse en plena escalada, puede ser muy complicada si no imposible, especialmente si el tiempo (ganar tiempo de todas las formas posibles) forma parte de la estrategia procesal de una de las partes.

Pese a todo hay situaciones que aconsejan acudir a un arbitraje para dar solución a un conflicto, singularmente la necesidad de ambas partes de una resolución rápida que dé seguridad a la situación jurídica resolviendo en derecho (o equidad) sin posibilidad de recurso —siendo una opción a considerar en tal caso acudir a un árbitro-avenidor que intentará avenir las partes, y en defecto de acuerdo dictara un laudo resolviendo la controversia—, pero aun así quedaría por resolver la cuestión primordial: el árbitro.

El papel de los árbitros en el arbitraje es decisivo, al igual que se predica de los mediadores, con la diferencia de que un árbitro va a dictar un laudo cuya calidad, como la del proceso arbitral que le precedió, y la misma credibilidad de la institución como instrumento hábil para la resolución de conflictos, depende en gran medida de la calidad, conocimiento y especialización en la materia del árbitro elegido, por las partes o por la institución arbitral. Pese a ello las condiciones exigidas para ser árbitro son mínimas: ser persona natural en pleno ejercicio de sus derechos civiles, no impedida para ello por la normativa reguladora de su profesión (art. 13 LA), además de tener la condición de jurista (35) en los arbitrajes de derecho, aunque se permite el acuerdo contrario de las partes cuando es un solo árbitro, debiendo haber necesariamente al menos un jurista en los arbitrajes de tres o más

árbitros.

Hay un interesante estudio del Consejo General de la Abogacía Española que examina la situación del arbitraje en España en 2019, y relaciona ochenta y nueve instituciones dedicadas al arbitraje civil y comercial, diecinueve de ellas creadas por Colegios de Abogados

Como es natural, de un árbitro se requerirá honestidad, integridad, imparcialidad e independencia (36), y competencia general en la materia propia de la disputa, y aunque casi siempre habrá, juristas o no, primeras espadas conocidas en las que será posible convenir sobre su capacidad e idoneidad, no siempre será posible recurrir a ellas y habrá que decidir en base a la información disponible de quienes ofrecen sus servicios como árbitros, individualmente o formando parte de una institución arbitral.

Sobre este particular hay un interesante estudio del Consejo General de la Abogacía Española que examina la situación del arbitraje en España en 2019 (37), y relaciona ochenta y nueve instituciones dedicadas al arbitraje civil y comercial, diecinueve de ellas creadas por Colegios de Abogados.

Pues bien, pese a la importancia reconocida que tiene en nuestros días la información y la transparencia, la ofrecida por dichas instituciones —tras un examen aleatorio de las páginas web de aquellas que ha sido posible localizar fácilmente en la red, porque no todas lo son— es, en general, muy pobre, en alguna ocasión aparece distorsionada por la información parcial facilitada en relación con los costes del arbitraje y la litigación, solo algunas de las páginas consultadas ofrecen listados de árbitros, no siempre agrupados por especialidad, en menos todavía aparecen publicados los criterios para su admisión como árbitros, y en ningún caso es posible consultar su currículum.

No es fácil en esas condiciones proponer o elegir a un árbitro, y aunque siempre quedará la posibilidad de pedir la información, o incluso de «googlear», no es suficiente. La información completa y la transparencia, no solo en el proceso de designación de árbitros por la institución arbitral, son una asignatura pendiente.

D) Jueces

Hablar de jueces o magistrados es hablar de las personas que profesionalmente, previo un riguroso proceso de selección y posterior preparación, forman parte del poder judicial y, bajo los principios de independencia, imparcialidad, inamovilidad y sometidos únicamente al imperio de la ley, tienen encomendado el ejercicio de la potestad jurisdiccional del Estado, esto es, la autoridad para juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, resolviendo así los litigios planteados; es hablar también de sistemas, de órdenes jurisdiccionales, de especialización, de proceso civil, del derecho a la acción, y a la tutela judicial efectiva consagrada constitucionalmente; es hablar, en fin, de instancias, de recursos ordinarios o extraordinarios, de jueces que revisan las resoluciones de los LAJ, de tribunales

superiores que revisan y enmiendan o no las resoluciones de tribunales inferiores, que interpretan y reinterpretan el ordenamiento en un proceso continuo de profundización, de depuración y adaptación, y todo ello de forma pública, transparente, sometida al escrutinio continuo de tribunales superiores, nacionales o europeos, de la doctrina científica, de abogados litigantes y otros juristas, todo ello al objeto de garantizar el debido proceso y en definitiva la Justicia.

Pero hablar de jueces o magistrados es hablar también de un «Estado desbordado» por un conjunto de factores, ya apuntados someramente al inicio de estas páginas, que han llevado a las administraciones en general, y por lo que nos afecta a la Administración de Justicia, «a emprender una marcha decidida hacia su "adelgazamiento" a través de múltiples vías, desde la externalización de diversas funciones hasta manifestaciones palmarias de privatización, acoger al máximo instrumentos tecnológicos o simplemente acordar mecanismos que eviten el proceso» (38).

El juez es la piedra angular del ejercicio de la potestad jurisdiccional, y por ello la calidad y eficiencia de la justicia dependen en gran medida de factores como el sistema de selección de jueces, de su formación inicial y continua, de su profesionalidad, del reconocimiento y garantía de su independencia e inamovilidad, y por supuesto de su cantidad, es decir del número de jueces en relación con la población o con la actividad económica, además de otros factores como los medios disponibles y el personal que trabaja en los tribunales en funciones de auxilio a sus funciones (39).

Pues bien, si examinamos los datos facilitados por la Comisión Europea para la Eficiencia de la Justicia (CEPEJ), correspondientes a 2018, relativos al número de jueces y trabajadores de la administración de justicia en España, y los comparamos con la media europea y con lo que ocurre en algunos países de nuestro entorno, debemos convenir que para ser la piedra angular sobre la que descansa el edificio de la Justicia su volumen no parece proporcionado ni a la población ni al número de asuntos entrantes; así, de dichos datos resulta que el número de jueces y magistrados es de 11,5 por cada cien mil habitantes, lo que está muy alejado de la media europea (17) y más todavía de países como Alemania (24,5), aunque sea similar al de Francia e Italia, para atender un número de asuntos entrantes que es de 2,73 por cada cien habitantes en España, frente a la media europea de 2,24, muy por encima de Alemania (1,52), Francia (2,24) y también de Italia (2,55) (40).

Estos datos ponen de manifiesto que el número de jueces y magistrados en España es muy escaso; solo para acercarse a la media europea habría que incrementarlo en un 50%, y no existe voluntad de hacerlo, lo que sin duda influye en decisiones tomadas y propuestas realizadas para tratar de reducir el número de asuntos «judicializados», para desviarlos a otros medios de solución de conflictos, o incluso para eliminar en lo posible las vistas orales —*v.gr.*, dejando la oportunidad de su celebración a la valoración del juzgador, o aumentando el ámbito del juicio verbal eliminando así para muchos procedimientos una fase principal como es la audiencia previa— por el cuello de botella que supone su señalamiento, o para dictar sentencias *in voce* (41), al objeto de ganar tiempo y mejorar por esa vía el tiempo de respuesta de los órganos jurisdiccionales.

Podría pensarse que un aumento del número de jueces y del consecuente gasto lo que provocará será que se quieran resolver por la vía judicial un mayor número de conflictos, por la mejora de los tiempos y de la calidad de las resoluciones, en menoscabo de los MASC que se quieren promover

precisamente para evitar ese gasto, y puede ser cierto si nos quedamos en el corto plazo, pero no en el medio y largo plazo que es el que nos debe interesar, porque esa misma circunstancia de falta de jueces (sus efectos) es la que influye en prácticas que implican un uso estratégico del proceso judicial, es decir, no para que el conflicto se resuelva sino para tratar de obtener ventajas.

Una de esas prácticas es la de negociar a la sombra de los tribunales, interponiendo la demanda u oponiéndose para ganar tiempo, no solo porque de otra forma ni el demandado tiene una motivación para negociar, ni posiblemente el demandante la información suficiente para una correcta evaluación de las respectivas posiciones que le invite a negociar, sino porque el proceso judicial se puede utilizar para tratar de mejorar la posición relativa frente a la contraria, dilatando el proceso, aumentando la apuesta (*v.gr.*, reconviniendo) y/o el grado de incertidumbre de la parte contraria respecto de su propia posición para conseguir una posición de más fuerza en la negociación, que es el verdadero objetivo.

La otra práctica, más perniciosa, es utilizada por la parte que se sabe incumplidora y da origen a una litigiosidad endógena, es decir, provocada por las mismas deficiencias del sistema judicial, como son los retrasos de años para obtener una resolución judicial definitiva ejecutable y la posibilidad de que mientras tanto se produzca un error a su favor, judicial o del demandante, además de las dificultades de la futura ejecución, y todo ello a un coste relativamente moderado, por la limitación legal de las costas procesales, y diferido en el tiempo (42), lo que desincentiva el recurso a un MASC para solucionar un conflicto, salvo para ganar más tiempo todavía y/o tratar de conseguir unas condiciones leoninas para ponerle fin.

En este punto son paradigmáticos los datos facilitados por el CGPJ, en la primera propuesta de Plan de Choque para la Administración de Justicia de 2 de abril de 2020, para justificar (medida 2.2) la reforma de los arts. 247 y 394 LEC para reducir la litigiosidad. Dichos datos ponían de manifiesto que en materia de cláusula suelo, pese a la existencia de criterios consolidados y de que a 21-5-2019 el 96,32% del total de sentencias fue favorable al cliente, a finales del mismo año se registraron 244.036 nuevos asuntos (el total de asuntos fue a esa fecha de 486.078), siendo favorables al cliente el 97,6% de las sentencias dictadas en ese cuarto trimestre (32.032). Afirma el CGPJ que esos datos «evidencian la nula voluntad de las entidades bancarias de alcanzar acuerdos o de la pretensión de determinados despachos en percibir importes derivados de la imposición de costas procesales, soslayando soluciones negociadas».

Si debemos estar de acuerdo en la primera parte de la afirmación, que tiene causas concretas relacionadas con la tipología de las partes desiguales expresada por M. Taruffo y su distinción entre partes ocasionales y habituales (43), que no han sido adecuadamente comprendidas, la segunda parte es desafortunada, y resultaría sorprendente si no fuera porque trae causa y viene a demostrar precisamente esa deficiente comprensión del problema, que impide abordar soluciones adecuadas.

No puede haber equidistancias entre el comportamiento de esas entidades bancarias y el de los consumidores que acuden a esos despachos de abogados. Y no puede haberlas, no solo porque el volumen de algunos de esos despachos no llega a solventar la desigualdad ni el distinto uso del proceso por unos y otros, sino porque dos partes no pueden negociar si una no quiere, y porque es

evidente que las entidades bancarias en general no quieren —cuando lo hacen es por razones comerciales a la medida de algunos clientes, o en condiciones estándar basadas en renunciaciones de derechos— nada hay que reprochar, ni a los consumidores que reclaman lo que es suyo, ni por supuesto a esos despachos, a veces creados *ad hoc*, que les ofertan pleitear gratis y hasta asumir las costas en el improbable caso de perder, ajustando su comportamiento a las leyes reguladoras de las costas procesales, del mercado y de la competencia; y si lo hacen es porque dichas entidades, pese a que pierden la práctica totalidad de los pleitos, se permiten colapsar los juzgados con sus interminables escritos (44) y provocación de sesiones sin fin de vistas, a razón de 5/10 minutos por asunto, porque no hay consecuencias, dada la actitud reacia de los jueces a declarar su temeridad y las propias limitaciones del art. 394 LEC.

Este sería un ejemplo de litigiosidad que está demostrado que no se soluciona obligando a acudir a un MASC, mientras que una notable reducción en los tiempos de respuesta, por razón del incremento del número de jueces, sí que podría tener un impacto muy positivo, al disminuir para las entidades bancarias la rentabilidad del retraso por ellas mismas provocado. También pudiera ser efectiva la nueva redacción prevista por el APLEMP para el ap. 3 del art. 247 LEC, que prevé la imposición de una multa de ciento ochenta a seis mil euros por conculcar las reglas de la buena fe procesal o abuso del servicio público de Justicia, si llegara a aplicarse por los jueces.

En todo caso no cabe dudar, y es lo que nos interesa afirmar, de la efectividad que implicaría un redimensionamiento del personal al servicio de la Administración de Justicia, y muy particularmente el incremento del número de jueces y magistrados hasta alcanzar un nivel adecuado a la población, actividad económica y asuntos entrantes en los juzgados, con la mejora de los tiempos y de la calidad de las resoluciones judiciales que ello supondría, no solo en relación con un equilibrado uso estratégico del proceso y con la reducción de la litigiosidad endógena, sino incluso con el recurso a los MASC cuando así proceda por razón de su pertinencia y utilidad para el caso particular.

III. EL ELEMENTO HUMANO. EL PROBLEMA DESDE LA PERSPECTIVA DEL ABOGADO

En una situación de vorágine legislativa en gran medida reactiva y poco reflexiva, de afán regulador, de crisis económicas sucesivas y superpuestas, que ya son un estado, y de conflictividad social, los Estados, desbordados y exhaustos económicamente, tratan infructuosamente de implementar medidas de solución alternativas que eviten el colapso de sus sistemas judiciales.

A tal fin el prelegislador español se ha acordado en el APLMEP de los abogados, la otra piedra angular hasta ahora olvidada por los arquitectos (45) —salvo para denunciar su falta de implicación en el «éxito de la mediación», y ofrecerles cursos de formación de mediadores—, si no desechada, pese al papel central que juegan en la gestión y solución de conflictos y el protagonismo que de hecho asumen en el asesoramiento, consejo legal y defensa de los derechos e intereses que se les encomiendan, utilizando los instrumentos más adecuados disponibles que reconocen como efectivos, es decir, eficaces y eficientes.

Pero hay factores para tener en cuenta, que pueden tener incidencia en el desarrollo de esa función y elección de entre esos medios.

1. Un número creciente

No se puede afirmar si el número de abogados es excesivo o no, porque se trata de un sector en régimen de libre competencia, sujeto por tanto a las leyes de la oferta y la demanda, y tal apreciación dependerá de la posición de cada cual en el mercado de servicios legales; para los empresarios, no solo de la abogacía, es posible que nunca sean demasiados, porque una mayor oferta de abogados les asegura precios más bajos por sus servicios, mientras que para muchos abogados puede resultar excesivo, porque entre otros puede terminar por generar problemas de agencia la comprobación de que casi siempre hay otro abogado dispuesto a hacer el trabajo por un menor precio, o gratis incluso si existe una posibilidad razonable de generar costas procesales y cobrarse de la parte contraria.

Lo que sí es posible afirmar es que su número ha aumentado exponencialmente en los últimos años, de una forma que no se corresponde con las cifras de crecimiento económico, aunque sí de mayor litigiosidad, de forma que, si el número de abogados ejercientes en 2003 era de 104.162 y en 2010 de 122.182, en 2020 era ya de 154.296, lo que implica un aumento del 48,13% en el período 2003-2020, siendo de un 26,28% entre 2010 y 2020. Si ponemos esas cifras en relación con el número de habitantes resulta que, según datos de la Comisión Europea para la Eficiencia de la Justicia (CEPEJ), hay en España 304,5 abogados por cada cien mil habitantes frente a la media europea que es de 120 abogados, un número muy superior a los 99,5 de Francia o a los 198,9 de Alemania, pero por debajo todavía de los 388,3 de Italia.

Y lo que también se puede reconocer es que la demanda de tutela judicial es una «demanda inducida, esto es, fruto del consejo del experto o asesor jurídico» (46), habiendo autores que constatan una relación entre el número de abogados y el número de pleitos.

En este sentido, por ejemplo, M. Storme se preguntaba en un artículo, «Best Science, worst practise?», si hay demasiados abogados, dado el vínculo directo que existe entre su número y el de procedimientos judiciales, y la constatación de que hay más «hambre de juicio» en áreas donde la profesión jurídica está sobrecargada, como Grecia, Italia y España (47); J. S. Mora-Sanguinety y N. Garoupa, por su parte, en un estudio realizado con referencia al período 2001-2010, con el sugestivo título «*Do lawyers induce litigation?*», constatan que España es uno de los países desarrollados con una tasa de litigios más elevada, tanto en relación con la población como con el PIB, y con mayor número de abogados *per capita*, con una gran competencia entre ellos, lo que explica los en general bajos honorarios, estimando que un incremento de un 1% en el número de abogados se traduce en un incremento de la litigación en un 1,4% (48); y en la misma línea cabe citar a H. Soleto Muñoz, que también relaciona el elevado número de abogados con el elevado recurso a la vía jurisdiccional, si bien lo pone en relación con otros factores educativos, culturales y económicos (49) que tampoco es posible obviar.

2. Una formación insuficiente

Nos hemos referido ya a la importancia que se reconoce a la formación, en relación con los mediadores, para tratar de prestigiar una profesión en buena medida desconocida hasta hace

relativamente muy poco, y a que no ocurre lo mismo respecto de otros operadores jurídicos, a los que, o bien se da por supuesta dicha formación por razón de las condiciones de acceso al ejercicio de su profesión y del papel que pueden jugar como conciliadores, como ocurre con notarios y registradores, o bien simplemente se ha obviado por razón de que son elegidos por las partes directa o indirectamente, como ocurre con los árbitros, para los que la ley de arbitraje no exige una formación específica, y también y por la misma razón con los conciliadores privados, a los que se refiere el art. 12 del APLMEP sin requerir ninguna formación específica (50).

Pues bien, otro tanto es lo que ocurre con los abogados, en lo que se refiere al conocimiento y práctica de los MASC, a los que o bien el legislador les ha presumido (indebidamente) en posesión de esa formación, como a otros operadores jurídicos, o bien ha dado por supuesto que la adquirirían por razón de las campañas de «concienciación y de formación de todos los actores involucrados» y del cambio de cultura por ella propiciado, como señalaba la exposición de motivos del APLIM, de forma que serían los posibles demandantes de mediación —ciudadanos o empresas ante un conflicto con implicaciones jurídicas que no pudieran resolver por sí mismos— lo que acudirían directamente a ella, o a otro MASC, o demandarían de los abogados el recurso a esos medios.

Esa demanda no se ha producido, y lo cierto es que no existe una formación específica de los abogados ni en negociación, ni en mediación ni en otros sistemas alternativos a la vía jurisdiccional, pese a que esa formación es esencial.

Como señala P. Ortuño, es un hecho incontestable que la ciudadanía acude a los abogados para pedir su consejo cuando surge un problema legal, y la mediación —y lo mismo ocurre por extensión con otras formas elaboradas de negociación, arbitraje u otros MASC— no pueden prescribirla (ni deben, para no defraudar el encargo y confianza depositada por sus clientes) si no conocen de forma exhaustiva cómo funcionan, no están convencidos de los resultados prácticos que pueden obtener para sus clientes, y desconocen su papel en ese proceso (51), y por ello en relación con la formación enfatiza que «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» (52).

Universidad y Colegios profesionales pueden y deben desarrollar una importante labor de formación en este ámbito, que es ineludible porque es una carencia de los programas de grado y posgrado, aunque también insuficiente si se no se tiene una visión global de la pluralidad de factores que inciden en la adopción de la decisión de acudir a los tribunales de justicia, pese a sus retrasos y deficiencias.

3. Una estructura de incentivos deficiente

No es necesario llegar a la inaudita desproporción que puede llegar a existir en el proceso inglés entre el importe de la reclamación y los costes legales (53), para apreciar que la estructura de incentivos, esto es, el beneficio que se obtiene en función de las elecciones entre medios disponibles —del abogado, claro está, pero también de las partes en conflicto y hasta del mismo juez— debe ser

adecuada al objeto pretendido.

Se refería S. Pastor al papel del abogado en la toma de decisiones por los clientes sobre reclamar, pleitear y recurrir en su caso o no, a los problemas de asimetría de información entre ambos así como a los generados por la independencia de los honorarios respecto de los resultados en un entorno que estimaba poco competitivo, y al hecho de que cualquier abogado sabe, y cualquier persona puede imaginar fácilmente, que la minuta a cobrar será mayor si se va a juicio que si se llega a un acuerdo previo, y también si se apela o recurre en casación, lo que implica una estructura de incentivos proclive a esas conductas salvo que se disponga de un fuerte estándar ético (54).

No es así, o no del todo al menos, entre otras razones porque el entorno es hoy muy competitivo y porque dichas decisiones no pueden desligarse de los criterios para la imposición de las costas procesales, ni de la propia ética del trabajo y responsabilidad. Pero tampoco es posible negar la existencia e incidencia de esos incentivos, y por eso entre los medios para fomentar el recurso a los MASC se han barajado estímulos fiscales, que *a priori* parecen insuficientes para decantar la decisión, sin perjuicio de aprovecharlos en su caso, se ha sugerido que la actividad negocial de los abogados sea «debidamente remunerada» (así lo dice la Exposición de Motivos del APLMEP, lo que por razones evidentes solo sería posible en relación con el turno de oficio, requiere de la voluntad concurrente de la otra parte y, en todo caso, podría implicar un sesgo de sentido contrario menos recomendable si cabe), y se ha puesto de manifiesto que hay que prestar más atención a la estructura de incentivos de los operadores jurídicos (55).

Y es cierto, existen desequilibrios en la estructura de ingresos y gastos derivados de un eventual proceso judicial que introducen desequilibrios en la elección entre los diferentes sistemas alternativos para la solución de conflictos.

Unos tienen su origen en la institución de las costas procesales y la posibilidad que tiene el justiciable (frente a otros medios) de recuperar lo invertido en un proceso judicial que ponga fin al conflicto a través de esa institución, porque, aun cuando dicho importe recuperable esté limitado a un tercio de la cuantía del proceso por la parte que corresponda a los abogados y demás profesionales no sujetos a tarifa o arancel (art. 394 LEC), dada la elevada competitividad en materia de precios normalmente va a implicar la recuperación íntegra de lo pagado en concepto de provisión de fondos, si es que se llegó a pagar algo. Y lo mismo ocurre desde el punto de vista del abogado, tanto por la posibilidad de ganar clientela ofreciendo bajos precios por su trabajo (incluso ofertándolo gratis), como de obtener una remuneración más elevada de la que por sí podría obtener, cobrándose en costas procesales, dando así satisfacción al cliente en lo que solicita, una solución definitiva al conflicto al menor coste posible en tiempo y dinero (56).

Otros obedecen a una defectuosa comprensión del papel y trabajo del abogado, del que participan incluso algunos sectores pro-mediación y algunos de quienes imparten formación en mediación, a los que es posible oír que si un abogado deriva a mediación es cierto que va a cobrar menos, pero también es cierto que va a trabajar mucho menos que interponiendo una demanda; simplemente no es así, y tal afirmación solo sería cierta si el abogado no hiciera su trabajo y «externalizara» directamente la solución con el recurso a un mediador sin consideración alguna a las características

propias del caso, que tal vez, convencidos de la bondad del método, es lo que pretendían esos formadores.

Es preciso en este punto hacer un importante esfuerzo didáctico para hacer valer el trabajo intelectual que hay detrás del estudio y consejo legal en un conflicto, con independencia los medios que se propongan para su solución

Un proceso de negociación, asistido o no, puede consistir en un simple y eficaz regateo, pero también puede llegar a ser muy complicado, y requiere normalmente de un estudio, preparación, y horas de trabajo mucho mayores del que supone la preparación e interposición de una demanda, y hasta la asistencia a juicio, entre otras muchas razones porque normalmente siempre llevará implicado el estudio previo de las opciones de esa posible demanda ante los tribunales (o contestación en su caso) para hacer una correcta evaluación de la propia posición y de la contraria de cara a esa negociación, o de la elección del medio(s) que mejor se adecue para la solución de la controversia —que en ocasiones pueden ir escalados, lo que implicará un esfuerzo adicional de estudio y de explicación al cliente— así como de los gastos y riesgos implicados en cada una de esas vías, aun cuando no se traduzca en la materialidad de una demanda.

Es preciso en este punto hacer un importante esfuerzo didáctico para hacer valer el trabajo intelectual que hay detrás del estudio y consejo legal en un conflicto, con independencia los medios que se propongan para su solución y de si se interpone o no una demanda, Se trata de un cambio de percepción y de mentalidad de los clientes (ciudadanos, empresas) que acuden en busca de auxilio legal que solo puede ser propiciado por los mismos abogados, pero para ello es imprescindible que se les faciliten los instrumentos adecuados, de forma que sea posible convencer de la utilidad y conveniencia de acudir a un medio alternativo, cuando el caso lo requiera —una labor hoy ardua —, y de que nunca el tiempo habrá sido perdido, aun cuando finalmente haya que recurrir a los tribunales (o a un arbitraje) por no haber sido posible avenirse.

4. Un sistema procesal en la luna de Valencia

Ni la litigación es un mal en sí, ni deben adoptarse medidas para desalentarla, como no hace tanto se intentó con la imposición de tasas judiciales, o con las periódicas propuestas para imponer requisitos de admisibilidad de la demanda, como fue primero el recurso obligatorio previo a la mediación que proponía el APLIM, o más recientemente a un medio adecuado de solución de controversias (MASC) que propone el APLMEP, que, pese a lo positivo que implica el reconocimiento de su pluralidad frente a la dirección única precedente y del papel de las profesiones jurídicas, no quiere sustraerse a la tentación de acudir a un recurso tan fácil como ineficaz —para cualquiera que sea el propósito del prelegislador— como es la obligatoriedad.

No se debe desalentar o impedir artificialmente el acceso a la Justicia, ni tan siquiera el uso

estratégico de la litigación que se pueda hacer en defensa de los derechos e intereses legítimos confiados por las partes, sino tan solo el uso abusivo que se aprovecha las deficiencias y carencias de la Administración de Justicia, que son las que generan la litigiosidad endógena ya referida. Y eso no se soluciona con la imposición de recurrir a un MASC como paso previo al acceso a los tribunales, porque de quedarse ahí será tan solo eso, un paso previo que se despachará con la misma indiferencia con que se despachaba la conciliación previa obligatoria hasta 1984; y tampoco se soluciona con la derivación «cuasi-obligatoria» prevista en los proyectados arts. 429, 443 y 776 LEC a las futuras «Unidades de métodos adecuados de solución de controversias» a que se refiere la DA 4ª del APLMEP; no se trata sino de una copia de los denominados en EE UU *Multi-Door Courthouses*, que ni están exentos de problemas (57) ni son una panacea para la solución de conflictos, entre otras razones porque no cabe esperar, porque ni es posible por su deficiente número ni es el propósito que late tras la idea, que esas unidades estén dotadas con quienes tienen verdadera formación, capacidad y experiencia en el examen, evaluación y resolución de casos judiciales, es decir, con jueces con experiencia, sino con personal funcional dedicado habitualmente a otros trabajos.

El problema es un sistema procesal que, con todas sus virtudes, no deja de estar en la luna de Valencia cuando se enfrenta a la litigación en masa provocada por grandes entidades, que juegan con otros parámetros, o cuando se trata de conseguir una relación equilibrada del proceso jurisdiccional con los MASC, que solo puede existir, no desde la igualdad ni la equivalencia ni la confusión, sino desde el reconocimiento de su posición como poder jurisdiccional del Estado, y de su papel preventivo, estabilizador, nivelador de desigualdades y de pacificación que cumple (cuando cuenta con los medios necesarios) mediante la aplicación de las normas legales en los conflictos individuales (58).

Hemos desgranado algunas pinceladas a lo largo de la exposición: la inexistencia de instrumentos que impidan el alargamiento innecesario de los procesos y los retrasos en su resolución, impidiendo su uso estratégico y la litigación endógena; la falta de garantías de que una actitud pre-procesal activa y cooperativa, que implica compartir de buena fe en la negociación, asistida o no, la información precisa para valorar las respectivas posiciones y llegar si es posible a un acuerdo, sea adecuadamente valorada por el juez en caso de fracasar y, sin embargo, pueda ser utilizada por la otra parte para mejorar su posición procesal relativa (*fishing expedition*); la inexistencia de instrumentos procesales que permitan un conocimiento temprano de los hechos que elimine incertidumbres, unos instrumentos cuya mera existencia podría favorecer que se compartieran en un proceso negociador antes de iniciar acciones judiciales —por qué no compartir antes lo que de todas formas va a haber que compartir después, o en su defecto no se podrá usar— en lugar de incentivar el recurso a la emboscada; la inexistencia de un acto de conciliación eficaz, concebido como un proceso negociador asistido por quien tiene formación, experiencia y *auctoritas* para ello, e incluso contemplar la posibilidad de que en determinados casos pudiera terminar con una resolución no vinculante salvo aceptación de las partes; la rigidez de la audiencia previa, que debería flexibilizarse para permitir al juez una mejor y más ágil gestión del litigio en orden a determinar los puntos realmente controvertidos, una vez que el objeto de debate y su prueba están delimitados, poniendo de manifiesto en su caso la oportunidad de un acuerdo o negociación; la infrutilización de las previsiones legales para el mismo acto de la audiencia previa que termina por convertirla en un

trámite y conducir directamente al juicio, lo que abona su pretendida desaparición por inutilidad, de momento para todos los procesos que el APLMEP quiere que se tramiten por la vía del juicio verbal; el incentivo al proceso que conlleva el sistema de costas procesales para quien tiene los recursos suficientes para afrontar una eventual condena en costas, su carácter desincentivador para quien no los tiene, su inutilidad manifiesta frente a la litigación masiva endógena de grandes entidades, y la nula rentabilidad de alcanzar acuerdos parciales en un proceso negociador, o de limitar el ámbito de debate a lo verdaderamente controvertido, frente a la oportunidad de complicar y dilatar la resolución y conseguir al menos, si no el error, una estimación parcial que evite la condena al pago de esas costas.

Se trata de carencias o defectos básicos, entre otros que se podrían apuntar, que desincentivan el uso de MASC frente al recurso directo a la vía jurisdiccional.

IV. CONCLUYENDO. MASC, PROCESO JUDICIAL Y ABOGADOS EN EL LABERINTO

El prelegislador del APLMEP no quiere tropezar de nuevo con la misma piedra que antes desecharon los arquitectos europeo y español, que se ha revelado piedra angular, y acierta al reconocer explícitamente su protagonismo y papel negociador en la solución de controversias, y al aceptar la existencia de todo un conjunto de medios distintos de la mediación, invitándolos a asumir una nueva cultura de la avenencia y a recurrir a los MASC; al tiempo, sin embargo, muestra su pulsión reguladora y su desconfianza en que así suceda al prever su obligatoriedad como requisito de admisibilidad de una demanda en un amplio elenco de materias, y la derivación en su caso a una oficina judicial en la que algún funcionario querrá decir cómo hay que solucionar el litigio.

Sin duda es preciso recuperar los cauces de diálogo, de racionalidad en el debate, la avenencia como forma habitual de solución de las controversias, sin perjuicio del recurso a los medios que sean necesarios para ello, incluido el judicial, y sin duda los abogados podrían ser los primeros interesados en aceptar esa invitación, pero para ello hay condiciones previas insoslayables —sobre dotación de los juzgados, configuración del proceso, formación y transparencia— y no todas quieren afrontarse desde el APLEMP, que puede terminar por convertirse en un tren a ninguna parte.

Debe dotarse a los juzgados y tribunales de los medios necesarios para su correcto funcionamiento en términos de eficacia y eficiencia, y ello requiere redimensionar el personal a su servicio, aumentando el número de jueces hasta alcanzar una proporción adecuada, como medio de evitar una litigiosidad endógena que no solo no puede ser impedida por la obligatoriedad del recurso previo a los MASC, sino que la alentarán.

Hay que tener en cuenta que, cuando las partes examinan y evalúan los medios más adecuados para solucionar un conflicto, los caminos son múltiples, y su idoneidad para llegar al objetivo pretendido incierta, y no solo porque al menos *a priori* no todos son hábiles a tal fin, y porque en ocasiones unas opciones impiden o dificultan otras, sino porque depende de factores que son variables, como puede serlo el mismo objetivo conforme se avanza en ese proceso. Se puede entender que es complicado, porque para el Estado es *contra natura*, pero si se pretende de verdad que, como dice la exposición de motivos del APLEMP, los ciudadanos «se sientan protagonistas de sus propios problemas y

asuman de forma responsable la solución más adecuada a los mismos», el legislador debe permitir un amplio margen a su libertad y autonomía de voluntad para llevar adelante ese proceso, en lugar de convertirlo en un laberinto, cerrando u obstaculizando puertas para obligar a transitar por caminos no escogidos, que terminarán por ser sorteados.

La libertad requiere de una razonable neutralidad de los medios respecto de cuestiones principales que requieren de reformas del proceso civil.

1. Deben darse las condiciones para que el recurso de las partes a un MASC y su cooperación de buena fe no conlleven un riesgo o menoscabo inasumible de sus posiciones, derechos e intereses en un eventual proceso, si finalmente hay que recurrir a los tribunales; de otro modo la negociación previa obligatoria no pasará de ser un simple trámite que sortear, como antaño ocurrió con la conciliación previa, simplemente porque en la evaluación de opciones disponibles seguirán sin entrar los MASC.
2. Una vez iniciado el proceso jurisdiccional debe alentarse la posibilidad de reevaluar las respectivas posiciones para su continuación o no, o para valorar el recurso a un MASC, en cualquier momento apropiado, permitiendo un papel más activo del juez. La eliminación de la audiencia previa para un elevado número de asuntos que se tramitarían como juicio verbal, como prevé el APLMEP, va justo en sentido contrario.
3. La reforma del sistema de costas procesales debe ser más ambiciosa que la pretendida por el APLEMP, de forma que el vencimiento objetivo sea un elemento más valorar junto a la actividad preprocesal que sea razonable exigir y que haya sido desarrollada por las partes en relación con los hechos y/o el derecho controvertidos y dirigida a conseguir un acuerdo, o en su defecto a una mejor delimitación del verdadero objeto de la controversia, desincentivado el recurso directo a la litigación para generar costas procesales, o la complicación del proceso en orden a evitarlas.

La libertad debe ser informada, y también formada. El APLMEP solo se refiere a la formación en la disposición final tercera, y solo respecto de los mediadores para referirse a la futura determinación de la «duración y contenido mínimo del curso o cursos que con carácter previo habrán de realizar [...] para adquirir la formación necesaria para el desempeño de la mediación, así como la formación continua que deben recibir». Es insuficiente. Hay que impulsar el conocimiento y la formación de todos los operadores jurídicos, especialmente de los abogados, en todos los MASC, y para ello — como preveía el APLIM solo para la mediación— deben modificarse los planes formativos del grado de Derecho para incluirlos como asignatura obligatoria; ello sin perjuicio de programas de posgrado y de formación para quienes quieran ejercer como abogados, y también para quienes ya ejercen como tal, cuyo conocimiento no puede darse por supuesto.

La libertad, en fin, requiere de transparencia, requisito ineludible en un régimen de libre oferta y competencia en el mercado de avenidores y solucionadores de conflictos. Hay que aumentar la transparencia de quienes ofertan sus servicios como mediadores, conciliadores, árbitros u otros terceros neutrales, permitiendo la libre elección de quien se considere más adecuado (por ser especialista en la materia objeto de la controversia, o por ser lego en ella), o conocer las características del elegido por la institución que administre el medio en su caso. La previsión de que

mediador o conciliador informarán a las partes de su formación y experiencia en la sesión constitutiva no tiene sentido ni si siquiera desde la óptica de la derivación judicial, cuánto menos desde la libertad de elección de las partes. Para garantizar esa transparencia es necesario no solo que las instituciones administradoras de cada medio cuenten con el preceptivo registro de mediadores, conciliadores, árbitros u otros terceros neutrales, y con las fichas de éstos en las que consten la formación, características, especialidad y currículum de cada uno, sino que permitan el acceso abierto a esa información.

La libertad, entendida como ausencia de coacción y como capacidad de valorar y elegir la forma de dar solución a los propios conflictos en la forma que mejor estimen conveniente —sin perjuicio de las responsabilidades que conlleve su ejercicio—, no es una opción, y la única obligación del legislador es crear las condiciones para que la posibilidad de optar por un MASC forme parte de las variables de la ecuación a resolver para solucionar un conflicto; el resto se dará por añadidura.

BIBLIOGRAFÍA

ANDREWS, N., *The Three Path Of Justice, Court Proceedings, Arbitration and Mediation in England*, 2ª ed., Springer, 2018.

ARMENTA DEU, T., *Derivas de la justicia. Tutela de derechos y solución de controversias en tiempos de cambios*, Madrid, Marcial Pons, 2021.

BARONA VILAR, S., «'Justicia integral» y «Acces to Justice». Crisis y evolución del «paradigma'», *Mediación, arbitraje y jurisdicción en el actual paradigma de Justicia*, Cizur Menor, Aranzadi, 2016, pp. 31-56.

BARONA VILAR, S., «Psicoanálisis de las ADR. Retos en la sociedad global del siglo XXI», *LA LEY. MEDIACIÓN Y ARBITRAJE*, Nº1, Wolters Kluwer, enero-marzo 2020.

COLE, S.R., BLANKLEY, K.M., «Arbitration», en *The Handbook of Dispute Resolution* (Dirigido M.L. MOFFIT, R.C. Bordone, *A Publication of the Program on Negotiation at Harvard Law School*), San Francisco (EE. UU.), Harvard Law School, 2005.

DONDI, A., ANSANALLI, V., y COMOGLIO, P., *Procesos civiles en Evolución. Una perspectiva comparada*, Proceso y Derecho, Madrid, Marcial Pons, 2017.

ESPLUGUES MOTA, C., *Mediación civil y comercial. Regulación internacional e Iberoamericana*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2019.

FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, M.A., *Avenencia o ADR. Negociación, Mediación, Peritajes, Conciliación, Pactos y Transacciones*, Madrid, Iurium, 2013.

GARCIANDÍA GONZÁLEZ, P.M., *Materiales para la Práctica de la Mediación*, Cizur Menor, Aranzadi, 1ª Edición, 2013.

GRIGGS, T. B., «Calidad y ética en la formación de mediadores: reflexiones sobre el estado actual y cómo podemos mejorar», *Mediación es Justicia. El impacto de la Ley 5/2012, de mediación civil y mercantil* (coord. M. E. LAUROBA LACASA, P. ORTUÑO MUÑOZ), Barcelona, Huygens, 2014.

GUZMÁN FLUJA, V.C., «Un sistema integral de solución de conflictos de Derecho privado (¿Tienen solución los males endémicos de la justicia civil?), *Teoría y Derecho, Revista de pensamiento jurídico*, nº15, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014, pp. 126- 147.

HAN, B. *En el enjambre*, Barcelona, Herder, 2020.

HINOJOSA SEGOVIA, R., «Los medios 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*, n.º 5, Wolters Kluwer, enero-marzo 2021.

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*, N.º 149, 2021.

MARTÍNEZ PALLARÉS, J.I., «El debate sobre las costas procesales, desde la perspectiva ADR», *Práctica de Tribunales*, N.º 131, 2018.

MARTÍNEZ PALLARÉS, J.I., «Voluntariedad versus mandatory mediation. Redireccionando para reiniciar la mediación», *Práctica de Tribunales*, N.º 142, 2020.

MORA-SANGUINETTI, J. S., GAROUPA, N., «Do lawyers induce litigation? Evidence from Spain, 2001-2010», *International Review of Law and Economics*, 44, Elsevier, 2015.

NOLAN-HALEY, J.M., «Mediation, Self-Represented Parties, and Access to Justice: Getting There from Here», *Fordham Law Review Online*, Vol. 87, 2018

ORDEÑANA GIZURAGA, I., «¿Quién le pone el cascabel al gato? O sobre la necesidad de constitucionalizar las técnicas extrajudiciales en nuestro ordenamiento jurídico y una propuesta abierta al debate», *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje*, Vol. 30, Nº3, 2018, pp. 523-552.

ORTUÑO MUÑOZ, P., «Comentarios al Anteproyecto de Ley de Eficacia Procesal», *LA LEY: MEDIACIÓN Y ARBITRAJE*, n.º 7, Wolters Kluwer, enero-marzo 2021.

ORTUÑO MUÑOZ, P., «La Abogacía y la mediación: apuntes críticos al anteproyecto de ley de impulso», *LA LEY: MEDIACIÓN Y ARBITRAJE*, n.º 1, Wolters Kluwer, enero-marzo 2020.

PASTOR PRIETO, S., «Eficiencia y medios alternativos», *Medios Alternativos de Solución de Controversias, Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, nº11 — 2007, Madrid, UAM y BOE, 2008, pp. 49-78.

PELAYO JIMENEZ, R.C., «Aspectos manifiestamente mejorables del arbitraje interno en España», *El*

arbitraje y la buena administración de Justicia, Libro conmemorativo del 30 aniversario de la Corte Civil y Mercantil de Arbitraje (coords. F. RUIZ RISUEÑO y J.C. FERNÁNDEZ ROZAS), Valencia, Tirant Lo Blanch, 2019, pp. 113-125.

POLO MARÍN, R., «Algunas consideraciones sobre la resolución extrajudicial de litigios entre 1808 y 1881», *Mediación en la Administración de Justicia. Implantación y Desarrollo* (dir. F. MARTÍN DIZ, coord. A. CARRIZO GONZÁLEZ-CASTEL), Santiago de Compostela, Andavira, 2017, pp.21-63.

SÁEZ GONZÁLEZ, J., «La negociación como base del acto de conciliación civil y la nueva Ley 15/2015 de la jurisdicción voluntaria», *Revista General de Derecho Procesal*, n.º 37, Madrid, Iustel, 2015.

SCHILTZ, P.J., «On Being a Happy, Healthy, and Ethical Member of an Unhappy, Unhealthy, and Unethical Profession», *Vanderbilt Law Review*, vol. 52, 1999. Disponible en: <https://scholarship.law.vanderbilt.edu/vlr/vol52/iss4/2> (Visitado: 17-7-2021).

SIGÜENZA LÓPEZ, J., «¿ Límites a los escritos procesales de las partes?», en *Aciertos, excesos y carencias en la tramitación del proceso* (Dir. J. F. Herrero Perezagua y J. López Sánchez), Barcelona, Atelier, 2020.

SOLETO MUÑOZ, H., «La mediación, tutela adecuada en los conflictos civiles», *Tratado de Mediación. Mediación en asuntos civiles y mercantiles, Tomo I* (Edit. A. I. BLANCO GARCÍA), Valencia, Tirant Lo Blanch, 2017, pp. 19-48.

STORME, M., «Best Science, worst practise?», *Civil procedure in cross-cultural dialogue: Eurasia contest, Conference Book, World Conference of Civil Procedure*, Moscú, 2012, pp. 17-26. Disponible en; https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2280682 (Visitado: 31-7-2021).

TARUFFO, M., *El proceso civil adversarial en la experiencia americana. El modelo americano del proceso de connotación dispositiva*, Bogotá, Temis, 2008.

WOO, M.Y.K., «Case Management or Case Elimination? A Snapshot from North America», *International Journal of Procedure Law*, vol. 8, 2018, pp. 85-99.

(1)

P. J. Schiltz, «On Being a Happy, Healthy, and Ethical Member of an Unhappy, Unhealthy, and Unethical Profession», *Vanderbilt Law Review*, vol. 52, 1999. Disponible en: <https://scholarship.law.vanderbilt.edu/vlr/vol52/iss4/2> (Visitado: 17-7-2021).

Ver Texto

(2) M. Storme, «Best Science, worst practise?», *Civil procedure in cross-cultural dialogue: Eurasia contest, Conference Book, World Conference of Civil Procedure*, Moscú, 2012, pp. 17-26. Disponible en; https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2280682 (Visitado: 31-7-2021)

[Ver Texto](#)

- (3) Sobre la evolución de los ADR en su relación con la jurisdicción, y los restos y peligros de las ADR/ODR, *vid. S. Barona Vilar, «Psicoanálisis de las ADR. Retos en la sociedad global del siglo XXI», La Ley. Mediación y Arbitraje, n.º 1, Wolters Kluwer, enero-marzo 2020.*

[Ver Texto](#)

- (4) Así lo afirma M. A. Fernández-Ballesteros, señalando respecto de los ADR que su éxito, su «creciente sofisticación y la circunstancia de que el idioma inglés sea hoy al arbitraje lo que el latín al derecho común europeo hasta el siglo XVIII, no autorizan a perder de vista que arbitraje, mediación, conciliación, avenencia o amigable composición son fórmulas de resolución de conflictos de origen muy antiguo. Fueron desarrolladas por el derecho común europeo de la baja edad media y se regularon con detalle en el derecho histórico español y —con muy poco éxito— en el derecho español más reciente. M.A. Fernández-Ballesteros, *Avenencia o ADR. Negociación, Mediación, Peritajes, Conciliación, Pactos y Transacciones*, Madrid, Iurium, 2013, p. 52.

[Ver Texto](#)

- (5) Sobre la forma en que el incremento vertiginoso de medios digitales, internet y las redes sociales transforman la sociedad, con manifestaciones como la erosión de lo comunitario, la totalización del rendimiento y la eficiencia, la sustitución de la 'sociedad de amor al prójimo en la que nos realizamos recíprocamente' por una sociedad del rendimiento que nos aísla, y del ciudadano por el consumidor, o la incapacidad de asumir responsabilidades, entre otras, *vid. B. Han, En el enjambre*, Barcelona, Herder, 2020.

[Ver Texto](#)

- (6) Sobre la crisis del «paradigma de Justicia» como derecho fundamental a la tutela judicial efectiva de jueces y tribunales públicos, S. Barona Vilar, «"Justicia integral" y "Acces to Justice". Crisis y evolución del "paradigma"», *Mediación, arbitraje y jurisdicción en el actual paradigma de Justicia*, Cizur Menor, Aranzadi, 2016, pp. 45-51.

[Ver Texto](#)

- (7) Desde la Recomendación R (86) 12 del Comité de Ministros, sobre medidas para prevenir y reducir la excesiva carga de trabajo en los tribunales, que busca promover la solución amistosa de los conflictos, a la recomendación R (98) 1 del Comité de Ministros, que ya se refiere directamente a la promoción de la mediación en el ámbito familiar, y que se considera por algunos autores como el documento fundacional de la mediación en Europa, hay todo un conjunto de planes de acción, recomendaciones, instrumentos, estudios y convenios, que, como el propio Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (art. 81.2.g), se refieren al desarrollo de métodos alternativos de resolución de conflictos.

[Ver Texto](#)

- (8) Sobre el particular *vid. J.I. Martínez Pallarés, «Voluntariedad versus mandatory mediation. Redireccionando para reiniciar la mediación», Práctica de Tribunales, n.º 142, enero-febrero 2020.*

Ver Texto

(9) Así se pone de manifiesto en el estudio publicado por el Parlamento Europeo en enero de 2012, bajo el título «*Rebooting the mediation directive*», que reconoce lo que denomina la «paradoja de la mediación de la UE», y ésta es que a pesar de sus probados y múltiples beneficios se sigue utilizando en menos del 1% de los casos, lo que se reconoce como un resultado decepcionante, y propone una serie de medidas legales y no legales para «reiniciar» la Directiva. En el mismo sentido, años más tarde, se manifiestan el Informe de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo de 26 de agosto de 2016 y la Resolución del Parlamento Europeo, de 12 de septiembre de 2017, sobre la aplicación de la Directiva 2008/52/CE, que si bien se congratula (el primero) por el impacto en las legislaciones de países miembros, alentando a intensificar los esfuerzos para fomentar el uso de la mediación, la segunda se lamenta de que no lleguen al 1% los conflictos tratados en mediación, y de que prácticamente no exista información estadística fiable y completa sobre el número de asuntos, duración media y tasa de éxito de los procedimientos llevados en mediación. En España también se ha reconocido dicho fracaso tanto en la exposición de motivos del Anteproyecto de Ley de Impulso de la Mediación aprobado en Consejo de Ministros de 14 de enero de 2019, como en la del más reciente Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal del Servicio Público de Justicia, aprobado en Consejo de Ministros de 15 de diciembre de 2020, y son periódicos los llamamientos para impulsar (cuando no para defender activamente) la mediación, especialmente cada 21 de enero, Día Europeo de la Mediación.

Ver Texto

(10) Algo ocurre cuando hay comunidades autónomas que superan el 40% de avenencias en mediación, como Madrid y Navarra, o incluso llegan el 68% como Castilla la Mancha, aunque la totalidad se concentra en Albacete, que es un caso digno de estudio para ver qué se está haciendo, bien o no, mientras que en otras en las que se han derivado muchos casos, como en los casos de Castilla León, Cataluña, Comunidad Valenciana, Andalucía o Murcia, no llegan al 5%, consiguiendo cuarenta y siete avenencias de las mil cuatrocientas sesenta y siete derivaciones realizadas, y eso en familia, porque en el ámbito civil general fue inferior: veintisiete avenencias de quinientas cincuenta y una derivaciones realizadas; Castilla La Mancha (Albacete), sin embargo, también se colocó en este campo a la cabeza con un 33% de éxito. Solo para tener noción de lo que dichas cifras representan, en ese mismo período, entre 2015 y 2020, ingresaron en los juzgados del orden civil doce millones setecientos cuatro mil ciento veinticuatro asuntos, se resolvieron once millones novecientos ochenta y nueve mil novecientos veintinueve, y se dictaron tres millones trescientas sesenta y seis mil doscientas cincuenta y cinco sentencias, según datos del mismo CGPJ.

Ver Texto

(11) Disponible en: <https://www.notariado.org/liferay/web/cien/estadisticas-al-completo> (Visitado: 18-8-2021).

Ver Texto

(12) Así la postulaban los Informes del CGPJ a los Anteproyectos de Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles, y de reforma de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre de arbitraje, ambos con fecha 19 de mayo de 2010; también el Preámbulo de la Ley 5/2012, de 6 de julio, que ve en la mediación civil un

«hábil coadyuvante para la reducción de la carga de trabajo» de los tribunales, como hace también, buena parte de la legislación autonómica reguladora de la mediación, y en igual sentido, pero en relación con el fracaso de tales expectativas, el Anteproyecto de Ley de Impulso de la Mediación, y también, aunque vinculado a la crisis generada por el COVID-19 y el previsible incremento de la litigiosidad, el Anteproyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal del servicio público de Justicia.

[Ver Texto](#)

(13) Como acertadamente apunta C. Esplugues Mota, «el recurso a los ADR/MASC no puede ser entendido como una forma de centrifugar a los ciudadanos de un sistema judicial estatal aproximado, por muchos y en muchos lugares, como ineficiente e insatisfactorio. Sino de una manera de ofrecerles desde su libertad, y en condiciones de igualdad con el recurso a la administración de justicia estatal, un instrumento dirigido a diversificar y enriquecer la «oferta» de justicia, asegurándoles la satisfacción de sus expectativas jurídicas a través de una pluralidad de vías complementarias entre sí. En tal sentido [...] resulta imprescindible focalizarse en los beneficios que el fomento de éstos genera para los ciudadanos, y no tanto en las eventuales ventajas para el Estado. C. Esplugues Mota, *Mediación civil y comercial. Regulación internacional e Iberoamericana*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2019, p. 26.

[Ver Texto](#)

(14) Bebiendo del pragmatismo norteamericano y de la demostrada necesidad de complementariedad de sistemas alternativos y jurisdicción, adaptándolo a la realidad de un ordenamiento constitucionalista y de un proceso basado en el *civil law*, propone I. Ordeñana Gezuraga, sin embargo, la idea de lo que denomina el «derecho jurisdiccional diversificado», como última fase de una evolución del derecho jurisdiccional que llevaría a englobar dentro del mismo «todos los mecanismos, técnicas o procedimientos que ofrece el Estado para resolver los conflictos jurídicos —para hacer justicia, en definitiva, garantizando el orden público, la paz social y el bien común—: la jurisdicción y las técnicas tradicionalmente llamadas alternativas». I. Ordeñana Gezuraga, «¿Quién le pone el cascabel al gato? O sobre la necesidad de constitucionalizar las técnicas extrajurisdiccionales en nuestro ordenamiento jurídico y una propuesta abierta al debate», *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje*, Vol. 30, Nº3, 2018, pp. 534- 535.

[Ver Texto](#)

(15) En este sentido afirma M.A. Fernández-Ballesteros que «sin tercero avenidor (*neutral* o mediador), que tercie entre las partes, no hay mediación sino negociación», y que no es su función resolver las controversias, como sí lo es de la jurisdicción y arbitraje, sino dar una oportunidad a la avenencia o amigable entendimiento entre las partes, creando nuevas oportunidades de las que ambas puedan extraer provecho, cumpliendo su misión aunque no produzca resultado. M.A Fernández-Ballesteros, *op. cit.*, pp. 131-135.

[Ver Texto](#)

(16) Así lo entendió el CGPJ en su informe al Anteproyecto de Ley de Mediación Civil, de 13 de mayo de 2010, cuando al definir la mediación señala que, a diferencia de otros medios de autocomposición, «en la mediación es esencial la intervención de un tercero (el mediador), quien se erige en propiciador o catalizador del acuerdo entre las partes», y también el legislador cuando en el Preámbulo de la Ley 5/2012, señala en el apartado I que «La mediación está construida en torno a la intervención de un

profesional neutral que facilita la resolución del conflicto por las propias partes, de una forma equitativa, permitiendo el mantenimiento de las relaciones subyacentes y conservando el control sobre el final del conflicto».

[Ver Texto](#)

(17) P. M. Garcíendía González, *Materiales para la Práctica de la Mediación*, Pamplona, Aranzadi, 1ª Edición, 2013, p. 153.

[Ver Texto](#)

(18) T. B. Griggs, «Calidad y ética en la formación de mediadores: reflexiones sobre el estado actual y cómo podemos mejorar», *Mediación es Justicia. El impacto de la Ley 5/2012, de mediación civil y mercantil* (Coord. por M. E. Lauroba Lacasa, y P. Ortuño Muñoz), Barcelona, Huygens, 2014, pp. 141-145.

[Ver Texto](#)

(19) Sobre el papel que puede desempeñar un abogado en una mediación, *vid.* P. Ortuño Muñoz, «La Abogacía y la mediación: apuntes críticos al anteproyecto de ley de impulso», *La Ley. Mediación y Arbitraje*, n.º 1, Wolters Kluwer, enero-marzo 2020.

[Ver Texto](#)

(20) Afirma J. M. Nolan-Haley que las partes auto representadas necesitan información sobre el proceso de mediación, que se les facilite la comprensión de en qué se diferencia de un proceso judicial y qué significa dar su consentimiento a la mediación, como también sobre sus derechos y prerrogativas legales como requisito imprescindible para que haya un consentimiento informado a esa mediación [como principio esencial que promueve la dignidad humana, la autonomía y autodeterminación de las partes, algo que no aporta en forma alguna la sesión informativa], señalando que la falta de información puede afectar drásticamente el resultado de la mediación para las partes no representadas, como puede afectar el estilo del mediador, que puede marcar una diferencia en el resultado ante unas partes desprevenidas, representadas por sí mismas y sin asesoramiento legal, si desarrolla comportamientos evaluativos a pesar de que el programa esté etiquetado como de «mediación facilitadora», induciendo cuando no coaccionando para la consecución de determinados resultados. J. M. Nolan-Haley, «Mediation, Self-Represented Parties, and Access to Justice: Getting There from Here», *Fordham Law Review Online*, Vol. 87 (15), 2018.

[Ver Texto](#)

(21) A los jueces avenidores se refería el art. 1.205 del Código de Comercio de 1829, y también los arts. 1 a 27 de la Ley de Enjuiciamiento sobre los negocios y causa de comercio, de 24 de julio de 1830, cuyo art. 22 recogía la posibilidad de que las partes comparecientes pudieran comprometerse al juicio arbitrario del juez avenidor (es decir, lo que hoy en la terminología de los ADR se denomina med-arb, que resulta que ya estaba inventado), en cuyo caso el acta que levantara sería equivalente a un compromiso hecho en escritura pública y con los mismos efectos.

Sobre el desarrollo y regulación de la resolución extrajudicial de litigios en el siglo XIX, con referencia a la conciliación y al juicio de árbitros y de amigables componedores, *vid.* R. Polo Marín, «Algunas consideraciones sobre la resolución extrajudicial de litigios entre 1808 y 1881», *Mediación en la*

Administración de Justicia. Implantación y Desarrollo (dir. F. Martín Diz, Coord. A. Carrizo González-Castel), Santiago de Compostela, Andavira, 2017, pp.21-63.

[Ver Texto](#)

(22) A. Dondi, V. Ansanalli y P. Comoglio se refieren al modelo conciliativo como parámetro de referencia en la nueva cultura del proceso, considerando *emblemática* la evolución de la *pretrial conference* en el proceso federal de EE.UU., a la que se le ha ido atribuyendo paulatinamente una función paraconciliatoria sustancialmente ausente en la versión original de las *Federal Rules of Civil Procedure*, así como la reafirmación progresiva de procedimientos de conciliación paralelos o más bien *anexed al pretrial*. A. Dondi, V. Ansanalli y P. Comoglio, *Procesos civiles en Evolución. Una perspectiva comparada*, Madrid, Marcial Pons, 2017, pp. 85 -86.

[Ver Texto](#)

(23) El art. 24 de dichos principios, además de recoger el deber del tribunal de facilitar a las partes la participación en procesos alternativos de resolución de disputas, y el deber de las partes de cooperar con el juez en orden a desarrollar los esfuerzos razonables para llegar a un acuerdo, en su ap. 1 se refiere a la obligación del tribunal de «fomentar el acuerdo entre las partes cuando sea razonablemente posible», principio que se interpreta en el sentido de que el tribunal no debe obligar a las partes a llegar a un acuerdo mediante coacción, pero sí permite que el tribunal pueda llevar a cabo discusiones informales con las partes para un acuerdo en cualquier momento apropiado del proceso, sin que esa participación activa, incluida la posibilidad de realizar sugerencias de arreglo, suponga menoscabo de su imparcialidad.

[Ver Texto](#)

(24) La estadística de la página web del Notariado recoge quinientas tres escrituras de conciliación entre 2015 y 2020, con una evolución positiva desde las veintiuna otorgadas en 2015 hasta las ciento seis otorgadas en 2020. No he encontrado el dato en la página web de los Registradores, cuya completísima estadística mercantil, registral, concursal y de actividad inmobiliaria, no recoge ningún dato referido a actos de conciliación realizados por Registradores (pese a la amplitud de materias en las que podría intervenir, inmobiliaria, urbanística, mercantil o sobre cualesquiera hechos o actos inscribibles), tal vez porque no he dado con un buscador que me auxilie, o porque no se publican, o porque no se practican. En mi experiencia, que no pasa de anecdótica, lo intenté en relación con una doble inmatriculación, al considerar que era un cauce idóneo para tratar el conflicto con un tercero con *auctoritas* suficiente para tener su juicio en cuenta, y fue rechazado por el Registro por existir un trámite específico —el expediente de subsanación de doble inmatriculación- que ante la oposición de la otra parte, previsible y razón por la que me interesé por una conciliación, terminó con la prevista remisión a ejercer los derechos ante los tribunales.

[Ver Texto](#)

(25) Fue recogida de distintas formas en las Ordenanzas de Burgos y de Sevilla del siglo XVI, en las de Bilbao de 1737, y también en las de Burgos de 1776, cuyo texto fue el que pasó a la Novísima Recopilación, en la que se recogía su carácter obligatorio como requisito previo al ejercicio de una acción judicial; y con el mismo carácter fue recogido en el art. 284 de la CE 1812, en el art. 21 del Reglamento provisional de 1835, en el art. 201 de la LEC 1855, y en el art. 460 de la LEC 1881 que describía el proceso conciliador en

el art. 470 en unos términos que son, básicamente, los que se mantienen desde entonces.

[Ver Texto](#)

(26) En este sentido afirma M. A. Fernández-Ballesteros que frente a su reforma o supresión el legislador de 2009 prefirió degradar el acto de conciliación, entre otras formas, «atribuyendo a los Secretarios la forma más importante de avenencia *apud iudicem*. En el sentir de los ciudadanos (y ellos son los que hay que convencer para que se avengan) los Jueces son Jueces y los Secretarios Secretarios. Ni a sus ojos, ni a los de la LOPJ, son la misma cosa», y el legislador de 2009 pretende «que se concilie como se conciliaba en 1855... pero sin juez». M. A. Fernández-Ballesteros, *op. cit.*, p. 447. Tampoco es lo mismo a los ojos del TJUE, cuya Sala 5ª, en su sentencia de 16 de febrero de 2017 (Asunto C-503/15), sobre el planteamiento de una cuestión prejudicial por un Secretario Judicial, se declara incompetente por no poder considerarse como un órgano jurisdiccional al no ajustarse al criterio de independencia exigido para considerarse como tal, un criterio que exige que no exista ningún vínculo jerárquico o de subordinación respecto de toda entidad que pudiera darle órdenes o instrucciones.

[Ver Texto](#)

(27) Lo datos de los actos de conciliación que se celebran ante los LAJ se incluyen en los datos estadísticos publicados por el CGPJ (Justicia dato a dato) entre los actos de jurisdicción voluntaria desde 2016, pero dada la amplitud de materias que comprende la jurisdicción voluntaria y el número de asuntos resueltos (104.437 en 2020) invita a pensar que es así, mientras que sí consta que los Juzgados de Paz resolvieron 11.829 actos de conciliación en 2020, sin que conste en ninguno de ambos casos el número de acuerdos alcanzados, ni mucho menos el de los logrados por el impulso avenidor de LAJ o jueces de paz.

[Ver Texto](#)

(28) J. Sáez González, «La negociación como base del acto de conciliación civil y la nueva Ley 15/2015 de la jurisdicción voluntaria», *Revista General de Derecho Procesal*, n.º 37, Madrid, Iustel. 2015.

[Ver Texto](#)

(29) En este sentido es interesante la reciente SAP Córdoba 1ª 13 enero 2021, que, pese a desestimar el recurso de apelación contra la sentencia que desestimó en primera instancia la demanda revocó la condena al pago de las costas procesales que se derivaba necesariamente del principio del vencimiento objetivo, por razón de la complejidad de la materia y del silencio de la demandada en el acto de conciliación previo, frente a la completa argumentación con base en una pericial desarrollada por la actora que hubiera requerido, como exigencia de buena fe, un despliegue similar por la demandada que, de no terminar en acuerdo, habría permitido a la actora reevaluar su posición antes de interponer la demanda.

[Ver Texto](#)

(30) A. Dondi, V. Ansanalli y P. Comoglio, *op. cit.*, p. 89.

[Ver Texto](#)

(31) Sobre el particular *vid.* J. I. Martínez Pallarés, «El arbitraje ha muerto, ¡viva el arbitraje! Sobre el necesario replanteamiento del arbitraje ordinario desde la perspectiva de los MASCS», *Práctica de Tribunales*, n.º 149, 2021.

[Ver Texto](#)

(32) En este sentido S.R. Cole y K.M. Blankey afirman respecto del arbitraje en EEUU: «*Parties may negotiate virtually every aspect of the arbitration process, including the number of arbitrators who will hear the case; the location of the hearing; the applicable law; the availability, types, an amount of discovery; the timetable of events; the evidentiary standards; the appropriateness of expert witness; whether or not attorneys will represent the parties; and the use of pre- or post-hearings briefs. Arbitration's flexibility also enables parties to exercise considerable control over arbitrator selection. Thus, parties may select an arbitrator who is an expert in the field in which the dispute has arisen. Moreover, parties can and often do select arbitrators who are not lawyers. Arbitration's flexibility enables parties to tailor the arbitral process for each particular dispute*». S.R. Cole y K.M. Blankey, «Arbitration», *The Handbook of Dispute Resolution* (Dir. M.L. Moffit, R.C. Bordone, *A Publication of the Program on Negotiation at Harvard Law School*), San Francisco (EE. UU.), Harvard Law School, pp. 318-319.

[Ver Texto](#)

(33) N. Andrews señala a este respecto que la decisión sobre la opción entre acudir a la jurisdicción o al arbitraje puede ser una apuesta muy importante, dado el gran número de puntos que deben tomarse en consideración y responsabilidades implicadas: «*A fundamental responsibility, even before the main contract is formed, is that the lawyer should invite a client to look ahead and consider the strategic options of how a dispute will be managed; where and by whom it will be adjudicated; and how judgment or an award will suit the potential judgment-holder or award-holder. The decision is delicate. The stakes can be enormous: the process and outcome might ruin the business*». N. Andrew, *The Three Path of Justice, Court Proceedings, Arbitration and Mediation in England, Second Edition*, Springer, 2018, pp. 350-351.

[Ver Texto](#)

(34) Contra el laudo definitivo solo está prevista la acción de anulación por las limitadas causas previstas en la propia Ley de Arbitraje (art. 41 LA), y restrictivamente interpretadas por los tribunales y por el TC y en su caso solicitar la revisión conforme a lo establecido en la LEC para las sentencias firmes (art. 43 LA), sin que quepa recurso de amparo directo, STC 1ª 17 enero 2005 y STC 1ª 15 febrero 2021.

[Ver Texto](#)

(35) La exigencia de tener la condición de jurista es a partir de la reforma de 2011 de la Ley de Arbitraje, porque antes de ella se requería tener la condición de abogado en ejercicio, es decir, simplemente estar colegiado como tal, pagando las cuotas colegiales y la mutualidad o autónomos.

[Ver Texto](#)

(36) Sobre aspectos manifiestamente mejorables en el arbitraje interno, en relación con la imparcialidad e independencia de los árbitros, los árbitros de parte y la transparencia de las Cortes de Arbitraje, *vid.* R. C. Pelayo Jiménez, «Aspectos manifiestamente mejorables del arbitraje interno en España», *El*

arbitraje y la buena administración de Justicia, Libro conmemorativo del 30 aniversario de la Corte Civil y Mercantil de Arbitraje (coord. F. Ruiz Risueño y J.C. Fernández Rozas), Valencia, Tirant Lo Blanch, 2019, pp. 113-125

Ver Texto

(37) Estudio realizado como soporte para las Jornadas Técnicas de Arbitraje Internacional organizadas, junto con el ICEX y la Oficina Económica y Comercial de España en Miami Disponible en: <https://www.abogacia.es/wp-content/uploads/2019/07/Estudio-El-arbitraje-en-Espana-publicado.pdf> (Visitado: 15/08/2021).

Ver Texto

(38) T. Armenta Deu, *Derivas de la justicia. Tutela de derechos y solución de controversias en tiempos de cambios*, Madrid, Marcial Pons, 2021, pp. 69 y ss.

Ver Texto

(39) Estos son básicamente los aspectos examinados por la Comisión Europea para la Eficiencia de la Justicia (CEPEJ) en el capítulo dedicado a los jueces, además de otros aspectos como el presupuesto dedicado al sistema judicial, la organización de los tribunales, y la eficiencia y calidad de la actividad de los tribunales. Disponible en <https://www.coe.int/en/web/cepej> (visitado 10-8-2021).

Ver Texto

(40) Otros datos relevantes aportados por la CEPEJ, relacionados con el escaso número de jueces, es que el número de funcionarios en Justicia duplica la media europea, siendo de 101,4 por cada cien mil habitantes frente a 50,7 de media europea, una cifra muy superior a los 65,1 de Alemania, 34,1 de Francia y 37,1 de Italia). En cuanto al tiempo teórico de resolución de asuntos en España es, en primera instancia, de 361 días frente a la media europea de 194 días, muy por encima de Alemania que es de 219, pero mejor que Francia o Italia, que son de 420 y 527 días respectivamente. Lo mismo ocurre en segunda instancia, en el que la media en España es de 270 días frente a la media europea de 137, similar a Alemania (262 días), y bastante mejor que la de Francia e Italia, que es de 465 y 863 días respectivamente. Datos disponibles en: https://public.tableau.com/app/profile/cepej/viz/CEPEJ-Overviewv20201_oEN/Overview (visitado 10-8-2021).

Ver Texto

(41) Dichas propuestas formaban parte del Primer Plan de Choque para la Administración de Justicia. La medida 2.6 proponía la modificación de los arts. 208 a 210 LEC para poder dictar sentencias orales en el juicio verbal en el orden civil, no necesariamente en unidad de acto al finalizar la vista, salvo que no fuera preceptiva la intervención de abogado, lo que ha sido acogido por el art. 26 del APLEMP, que propone la modificación del art. 210 LEC en tal sentido; la medida 2.9 —acogida también por los arts. 34 y 35 del APLMEP— se refería a la modificación de los arts. 249 y 250 LEC para encauzar un mayor número de asuntos a través del juicio verbal, tanto por razón de la materia —propiedad horizontal, condiciones generales de la contratación, arrendamientos— como de la cuantía, elevándola a 15.000 €, proponiéndose que la celebración de vista interesada por una sola de las partes se acordara solo si el

juzgador estaba de acuerdo con la petición. La nueva redacción del art. 438 LEC por el art. 57 del APLEMP viene a acoger esta sugerencia, previa solicitud de prueba por escrito. Mientras que las primeras propuestas son desafortunadas esta última podría ser acertada en el fondo (aunque es manifiestamente susceptible de mejora) porque no es infrecuente la solicitud de celebración de vista simplemente para retrasar meses, y a veces uno o varios años, la resolución que se sabe contraria, y estando prevista la posibilidad de recurrir la decisión de no celebrar vista queda a salvo el derecho de defensa.

[Ver Texto](#)

(42) En este sentido afirma S. Pastor Prieto que «A menudo es atractivo para el demandado incumplir sus obligaciones aprovechándose de la lentitud, los costes y la incertidumbre de los procedimientos. Carece de estímulos para llegar a acuerdo alguno antes de que se le demande, y después de interpuesta la demanda. ¿Por qué pagar hoy una cantidad que adeuda si puede posponerlo tres años y con ello, además, abre la posibilidad de no tener que pagar si se produjese algún error judicial (por ejemplo, en la valoración de la prueba), un descuido del demandante (por ejemplo olvidó asistir a algún trámite) o su desánimo ante los costes y lentitud del litigio, motivo por el que muchos demandantes —por ejemplo, consumidores— no demandan. Además, en caso de perder, los demandados declarados culpables casi nunca habrán de pagar el coste real infligido al agraviado y ganador del pleito». S. Pastor Prieto, «Eficiencia y medios alternativos», *Medios Alternativos de Solución de Controversias, Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, nº11 — 2007, Madrid, UAM y BOE, 2008, p. 69.

[Ver Texto](#)

(43) Se refiere M. Taruffo a la tipología de las partes desiguales distinguiendo las partes ocasionales (que suelen ser sujetos individuales) y las partes habituales (que suelen ser organizaciones), y a su influencia en el proceso civil, porque estas últimas prácticamente acaparan el sistema, por las ventajas estratégicas que obtienen de ese uso masivo, y por su capacidad de programar racional y económicamente su actividad en los tribunales, de forma que su cálculo de costos-beneficio no tiene nada que ver con los de una parte ocasional; para ellas ninguna *litis* implica gastos insostenibles, y puede invertir grandes recursos en obtener el precedente que necesita, o en evitarlo, porque los gastos relativos siempre son una buena inversión a la vista de las ventajas relevantes que se puedan obtener, aunque sean diferidas en el tiempo. M. Taruffo, *El proceso civil adversarial en la experiencia americana. El modelo americano del proceso de connotación dispositiva*, Bogotá, Temis, 2008, pp. 75 -86.

[Ver Texto](#)

(44) Sobre los acuerdos del Tribunal Supremo, de la Sala de Gobierno de 20 de abril de 2016, y de la Sala Primera de 27 de enero de 2017, acuerdo de la junta de magistrados de las secciones civiles de la Audiencia Provincial de Madrid, de 19 de septiembre de 2019, y sobre el primer documento de trabajo sobre medidas organizativas y procesales para el plan de choque en la Administración de Justicia tras el estado de alarma, elaborado por el CGPJ, en relación todos ellos con la limitación de los escritos procesales, y el necesario equilibrio entre la brevedad y concisión deseables y la necesaria prudencia para evitar que resulte perjudicado el derecho de defensa, *vid.* J. Sigüenza López, «¿Límites a los escritos procesales de las partes?», en *Aciertos, excesos y carencias en la tramitación del proceso* (dir. J. F. Herrero Perezagua y J. López Sánchez), Barcelona, Atelier, 2020.

[Ver Texto](#)

(45) Se refiere P. Ortuño Muñoz a este olvido del importante papel de la abogacía, no solo a nivel nacional sino europeo, en la recepción en la práctica no solo de la mediación sino también de otros mecanismos como el arbitraje, el Arb.—Med., la negociación asistida por expertos independientes y las ofertas vinculantes, entre otras formas imaginativas que se utilizan en el derecho comparado, confiándola a las campañas publicitarias, a la derivación judicial y hoy, fundamentalmente, a la obligatoriedad. P. Ortuño Muñoz, «La Abogacía...», *loc. cit.* p. 5; y afirma a este respecto que «es un hecho incontestable que la ciudadanía acude a recabar el 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», y por eso «cuando se presenta la inserción de los MASC como un desapoderamiento de la abogacía, el fracaso es seguro». P. Ortuño Muñoz, «Comentarios al Anteproyecto de Ley de Eficacia Procesal», *La Ley. Mediación y Arbitraje*, Nº7, Wolters Kluwer, enero-marzo 2021, p. 9.

[Ver Texto](#)

(46) S. Pastor Prieto, *op. cit.* p. 70.

[Ver Texto](#)

(47) M. Storme, *op. cit.* p. 21.

[Ver Texto](#)

(48) J. S. Mora-Sanguinetti, N. Garoupa, «Do lawyers induce litigation? Evidence from Spain, 2001-2010», *International Review of Law and Economics*, 44, Elsevier, 2015.

[Ver Texto](#)

(49) H. Soleto Muñoz, «La Mediación, tutela adecuada en los conflictos civiles», *Tratado de Mediación. Mediación en asuntos civiles y mercantiles*, Tomo I (Edit. A. I. Blanco García), Valencia, Tirant Lo Blanch, 2017, pp. 20-21.

[Ver Texto](#)

(50) Se refiere R. Hinojosa Segovia a esta falta de exigencia de formación específica a los conciliadores, que entiende obedece a que señala a profesiones jurídicas de reconocido prestigio como posibles conciliadores, y que contrasta con la exigencia de formación a los mediadores. R. Hinojosa Segovia, «Los medios 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, Wolters Kluwer, enero-marzo 2021, pp. 14-15.

[Ver Texto](#)

(51) P. Ortuño Muñoz, «La Abogacía ...», *loc. cit.* p. 3.

[Ver Texto](#)

(52) P. Ortuño Muñoz, «Comentarios...», *loc. cit.* p. 15.

[Ver Texto](#)

(53) Cita N. Andrews el caso Plevin (2017), en el que la cantidad en juego era mínima (daños por 4.500 £), pero los costos recuperables por el demandante después de dos apelaciones fueron 752.000 £, y el caso Chandra v Mayor (2017) una demanda por daños y perjuicios por la que se obtuvo 60.000 £ absorbió al menos 500.000 £ en costos legales, costos que aumentaron incluso cuando el juez hizo notar la deprimente proporción entre la reclamación y el gasto legal. N. Andrews, *The Three Path Of Justice, Court Proceedings, Arbitration and Mediation in England, Second Edition*, Springer, 2018, pp. 228-229.

[Ver Texto](#)

(54) S. Pastor Prieto, *op. cit.* p. 70.

[Ver Texto](#)

(55) P. Ortuño Muñoz se refiere a la negativa repercusión económica que para los operadores jurídicos implica recurrir a la mediación —aunque sería de aplicación general a otros MASC—, no solo a los abogados para los que tradicionalmente las transacciones se han valorado en la cuarta parte del importe de un pleito (aun cuando ahora no hay normas orientadoras que prescriban tal cosa), sino también a los jueces para los que el sistema de módulos retributivos implantados prima las sentencias y resoluciones dictadas en procesos contenciosos con una puntuación que duplica las resoluciones de homologación de acuerdo transaccional o de desistimiento por acuerdo extrajudicial. P. Ortuño Muñoz, «La Abogacía ...», *loc. cit.*, p. 3.

[Ver Texto](#)

(56) Sobre la falta de neutralidad del criterio del vencimiento objetivo para la imposición de costas procesales respecto de la elección sobre la forma de resolverlo, *vid.* J.I. Martínez Pallarés, «El debate sobre las costas procesales, desde la perspectiva ADR», *Práctica de Tribunales*, n.º 131, marzo-abril 2018.

[Ver Texto](#)

(57) Sobre las dificultades que presenta este sistema en la experiencia del derecho comparado (USA, Australia, Canadá, Singapur o Nigeria, entre otros), que demuestra que sigue siendo una asignatura pendiente lograr que la fase de cribado (selección del medio más adecuado para el litigio) funcione adecuadamente se manifiesta V.C. Guzmán Fluja, señalando otros problemas como la degradación de jueces y tribunales en la percepción de los ciudadanos, el carácter coercitivo de la mediación cuando es elegido como sistema más adecuado, el laberinto de confusión que puede conllevar la oferta de todos los medios posibles con independencia del caso concreto, existiendo condicionantes objetivos que hay que ponderar, y subjetivos que requerirían de una mayor implicación de las partes; que el sistema no permite un elevado volumen de casos, salvo que se inviertan muchos más recursos (que no parece que sea una opción considerada), y que no debe activarse exclusivamente para reducir la carga de trabajo de los tribunales. V.C. Guzmán Fluja, «Un sistema integral de solución de conflictos de derecho privado (¿Tienen solución los males endémicos de la justicia civil?)», *Teoría y Derecho, Revista de pensamiento jurídico*, nº15, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014, pp. 138-140.

[Ver Texto](#)

(58) M.Y.K. Woo, «Case Management or Case Elimination? A Snapshot from North America», *International Journal of Procedure Law*, vol. 8, 2018, p. 88.

[Ver Texto](#)



Nuevas perspectivas de la acción de anulación de los laudos arbitrales (1)

New perspectives of the action for annulment of arbitration awards

En el presente artículo el autor realiza un examen de la situación de la acción de anulación de los laudos arbitrales en España a raíz de las últimas Sentencias del Tribunal Constitucional sobre la materia, y cómo esa jurisprudencia ha influido en la configuración de dicho medio de impugnación de los laudos, dando lugar a unas nuevas perspectivas, especialmente en lo que se refiere a la jurisprudencia emanada de la Sala de lo Civil y de lo Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid.

Arbitraje, Tribunal Constitucional, Nuevas perspectivas, Autonomía de la voluntad, Motivación, Orden público, Anulación del laudo, Principio dispositivo, Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Seguridad jurídica.

In this article the author examines the situation of the action for annulment of arbitration awards in Spain as a result of the latest Judgments of the Constitutional Court on the matter, and how that jurisprudence has influenced the configuration of said means of contesting the awards, giving rise to new perspectives, especially with regard to the jurisprudence emanating from the Civil and Criminal Chamber of the Superior Court of Justice from Madrid.

Arbitration, Constitutional Court, New perspectives, Autonomy of the wil. Reasoning. Public order, Annulment of award. Disposition principle, Superior Court of Justice from Madrid, Legal security.



Rafael Hinojosa Segovia

Profesor Titular de Derecho Procesal

I. CONSIDERACIONES GENERALES

Como se dispone en el art. 40 de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje [en adelante, LA], «Contra un laudo definitivo podrá ejercitarse la acción de anulación en los términos previstos en este título», que es el VII, que lleva por rúbrica «De la anulación y de la revisión del laudo», arts. 40-43.

Nosotros en las páginas que siguen, sólo nos referiremos a la primera de ellas, es decir, a la acción de anulación de los laudos, ya que constituye el mecanismo básico a través de la cual se lleva a cabo el control de los laudos.

Pues bien, durante décadas, dicho control del laudo se ejerció sin mayores problemas a través de los medios previstos en las distintas legislaciones sobre arbitraje, lo que hacía que funcionara correctamente el sistema de impugnación de los laudos a efectos, en los casos en que procedía, de depurar posibles infracciones en los procedimientos arbitrales. No obstante, desde hace unos años, en concreto desde principios de 2015, la Sala de lo Civil y de lo Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, tribunal competente para conocer de la acción de anulación del laudo conforme al art. 8.5º LA (2), según redacción dada por la Ley 11/2011, de 20 de mayo (3), había dictado una serie de sentencias anulando determinados laudos (4) generalmente por una interpretación extensiva del concepto de «orden público», que habían generado mucha preocupación en los círculos de arbitraje (5), por las negativas consecuencias que tenía esa línea jurisprudencial para que España, en general, y Madrid, muy en particular, fueran sede de arbitrajes internacionales especialmente iberoamericanos, desiderátum que pretendía el legislador de la LA de 2003, al declarar, en su Exposición de Motivos [Apartado I, párrafo 4], que al inspirarse principalmente la nueva regulación en la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional, elaborada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional el 21 de junio de 1985 [en adelante, LMU], ello produciría una «mayor certidumbre sobre el contenido del régimen jurídico del arbitraje en España, lo que facilitará y aún impulsará que se pacten convenios arbitrales en los que se establezca nuestro país como lugar del arbitraje». En ello vuelve a insistir el legislador en el Preámbulo de 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 [Apartado II, párrafo 3] cuando expone que «Otras modificaciones de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, buscan incrementar tanto la seguridad jurídica como la eficacia de estos procedimientos a la vista de la experiencia de estos últimos años. Con ello se pretende mejorar las condiciones para que definitivamente se asienten en España arbitrajes internacionales, sin desdeñar que al tratarse de una regulación unitaria, también se favorezcan los arbitrajes internos» (6). Pero no sólo ese era el único efecto perjudicial, también iba en detrimento de arbitrajes domésticos en la Comunidad de Madrid, dado el ámbito territorial del mencionado Tribunal Superior de Justicia, y, por más señas, con la ciudad de Madrid al frente.

Como contra la sentencia que dicta la Sala de lo Civil y de lo Penal del Tribunal Superior de Justicia en materia de anulación de laudos arbitrales (ex art. 42.2º LA) no cabe recurso alguno (7), ha tenido

que ser el Tribunal Constitucional (8) en varias sentencias estimatorias, en concreto cuatro, que ha dictado en menos de un año, en nueve meses exactamente, conociendo de recursos de amparo, el que ha venido a clarificar el panorama arbitral (9), lo que ha sido recibido con gran complacencia por la comunidad arbitral española. Es seguro que con la línea jurisprudencial del Tribunal Constitucional derivada de esas Sentencias (10), la aspiración a la que nos referíamos antes sea conseguida (11), máxime con el impulso que se está dando a Madrid, como sede de arbitrajes internacionales, con la creación tan reciente (1 de enero de 2020) del Centro Internacional de Arbitraje de Madrid (CIAM) (12), o, anteriormente (19 de marzo de 2015), con el Centro Iberoamericano de Arbitraje (CIAR), sino también, en paralelo, para que dicha ciudad sea elegida sede de arbitrajes internos teniendo en cuenta además las prestigiosas Cortes arbitrales ubicadas en ella.

Como es sabido, las razones que se arguyen para que un país sea seguro para el desarrollo del arbitraje son: el que la legislación aplicable sea adecuada, lo cual en nuestro caso se cumple sobradamente con la LA de 2003, modificada en 2011, y que España es parte del Convenio sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras, hecho en Nueva York de 10 de junio de 1958; que haya instituciones administradoras de arbitraje que gocen de prestigio, lo que sucede también en España, al igual que muy reconocidos árbitros y abogados de gran reputación en el ámbito arbitral; y que las relaciones entre jurisdicción y arbitraje (13), en apoyo y control del arbitraje, sean fluidas sin obstaculizar el arbitraje, lo que también ocurre, máxime ahora con la doctrina que emana del Tribunal Constitucional tras las Sentencias a las que nos vamos a referir de inmediato (14).

Estas Sentencias del Tribunal Constitucional son la 46/2020, de 15 de junio (15), la 17/2021, de 15 de febrero (16), la 55/2021 (17) y la 65/2021 (18), de 15 de marzo. Estas resoluciones han venido a recuperar el contenido tradicional de la actualmente denominada acción de anulación (19), y con anterioridad recurso de anulación, como ya hemos mencionado, por no remontarnos más allá de la LA/1988, contra el laudo, con lo cual el sistema de impugnación de los laudos ha vuelto a sus cauces ordinarios dejando de lado interpretaciones sui generis de la Sala de lo Civil y de lo Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid que abocaban a un criterio contra la seguridad jurídica del arbitraje con todas las consecuencias perjudiciales para España y para Madrid de forma más específica. Es verdad, que era del Tribunal madrileño del que emanaba esa doctrina jurisprudencial tan perjudicial para el arbitraje, pero ha de tenerse en cuenta que en la plaza de Madrid, incluyendo a dicha Comunidad Autónoma, se sustancian una gran parte de los arbitrajes que se tramitan en España con lo que el perjuicio era más que notable para que España y Madrid, en concreto, fueran considerados un *friendly forum* para sede de arbitrajes internacionales e incluso internos.

En las cuatro Sentencias a las que nos hemos referido anteriormente, las Secciones del Tribunal Constitucional, a las que correspondió conocer del trámite de admisión de los recursos de amparo, admiten los recursos «tras apreciar que concurre en el mismo una especial trascendencia constitucional (art. 50.1º LOTC), porque el recurso plantea un problema o afecta a una faceta de un derecho fundamental sobre el que no hay doctrina de este Tribunal [STC 155/2009, FJ 2, a)]» (SSTC 46/2020, de 15 de junio, y 65/2021, de 15 de marzo); o «así como porque la posible vulneración del

derecho fundamental que se denuncia pudiera traer causa de una reiterada interpretación jurisprudencial de la ley que este Tribunal pudiera considerar lesiva del derecho fundamental [STC 155/2009, FJ 2, d)]» (STC 17/2021, de 15 de febrero), o «así como porque trasciende del caso concreto y plantea una cuestión jurídica de relevante y general repercusión social o económica [STC 155/2009, FJ 2, g)]» (STC 55/2021, de 15 de marzo).

La importancia de la primera de estas Sentencias, la 46/2020, de 20 de junio (20), radica, en primer lugar, en que interpreta el concepto de «orden público», como motivo de la acción de anulación contra el laudo, acotándolo en sus justos términos y no haciendo, como declara la Sentencia, un «ensanchamiento» de él como realizan las resoluciones judiciales impugnadas en amparo; y, en segundo lugar, porque se pronuncia claramente respecto a que la acción de anulación contra el laudo «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» (21).

La relevancia de la segunda de estas Sentencias, la STC 17/2021, de 15 de febrero (22), se basa, fundamentalmente, en primer lugar, en que incardina el arbitraje en el art. 10 Constitución española (en adelante, CE), autonomía de la voluntad de las partes; en segundo lugar, que la expresión «equivalente jurisdiccional» sólo es aplicable al arbitraje en cuanto a la eficacia de cosa juzgada del laudo; en tercer lugar, analiza el requisito de la motivación de los laudos, que deriva en las resoluciones arbitrales del art. 37.4º LA y no del art. 24.1º CE; en cuarto lugar, interpreta 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 de lo sometido a arbitraje sustituyendo el papel del árbitro en la solución de la controversia, sino que debe ceñirse al enjuiciamiento respecto de la legalidad del convenio arbitral, la arbitrabilidad de la materia y la regularidad procedimental del desarrollo del arbitraje»; y, en quinto lugar, se pronuncia respecto a que la acción de anulación «sólo puede tener por objeto el análisis de los posibles errores procesales [mejor procedimentales, según nosotros} en que haya podido incurrir el proceso [mejor procedimiento, en nuestra opinión] arbitral referidos a las garantías fundamentales» (23).

La trascendencia de la tercera Sentencia, la STC 55/2021, de 15 de marzo (24), reside en la «queja relativa a la posible vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1º CE), en su vertiente de derecho a una resolución motivada no incurso en irracionalidad o arbitrariedad por la negativa del órgano judicial a archivar el procedimiento, una vez que las partes alcanzaron un acuerdo sobre la resolución del conflicto» (25).

Y, por último, la repercusión de la cuarta Sentencia, la STC 65/2021, de 15 de marzo (26), radica en que el objeto de la acción de anulación planteada «es determinar si la decisión judicial de anular parcialmente el laudo arbitral sometido a una acción de anulación ha vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1º CE), desde la perspectiva del derecho a la motivación de las resoluciones judiciales, por haber desarrollado un control fundado en una interpretación irrazonable acerca del alcance de la causa de nulidad consistente en ser el laudo contrario al orden público prevista en el art. 41.1º.f) LA» (27).

Dicha trascendencia a la que acabamos de hacer alusión, se ha visto reflejada en la resonancia que han tenido especialmente las dos primeras Sentencias (28), que en cuanto se conoció su existencia se expandió la noticia por la comunidad arbitral, con el refrendo de comentarios muy favorables realizados en diversas publicaciones por especialistas en la materia (29) y por periodistas jurídicos (30), o con la organización de algunos seminarios virtuales para analizarlas (31).

Además, que las Sentencias del Tribunal Constitucional anteriores hayan sido dictadas, por la Sala Primera y por la Sala Segunda, respectivamente, por unanimidad en todas ellas, añade un plus de valor a la doctrina emanada en relación con la acción de anulación del laudo arbitral, ya que viene a corroborar la homogeneidad del Tribunal sobre dicha materia (32), lo que garantiza la seguridad jurídica volviendo a un criterio tradicional. En palabras de Fernández Rozas, «El feliz retorno a la ortodoxia en el control judicial de los laudos arbitrales propiciado por la reciente doctrina del Tribunal Constitucional español, permitirá que la acción de anulación desempeñe el importante papel que le es propio» (33).

No podemos olvidarnos de mencionar también la STC 1/2018, de 11 de enero, del Pleno del Tribunal Constitucional (34), y a la que nos referiremos en su momento, dado que entre los votos particulares que se formularon, en concreto, el del Magistrado D. Juan Antonio Xiol Rius, en relación a la expresión «equivalente jurisdiccional» referida al arbitraje, es muy ilustrativo.

A continuación, a la luz de las Sentencias del Tribunal Constitucional que acabamos de señalar, vamos a examinar sistemáticamente las cuestiones principales en relación con la acción de anulación que nos permiten configurar las nuevas perspectivas de este medio de impugnación contra los laudos arbitrales.

II. CONCEPTO Y NATURALEZA DEL ARBITRAJE

Declara el Tribunal Constitucional en su Sentencia 17/2021, de 15 de febrero, que el arbitraje, remitiéndose a la STC 46/2020, de 15 de junio, «es un mecanismo heterónomo de resolución de conflictos, al que es consustancial la mínima intervención de los órganos jurisdiccionales (35) por el respeto a la autonomía de la voluntad de las partes (art. 10 CE) (36), que han decidido en virtud de un convenio arbitral sustraer de la jurisdicción ordinaria la resolución de sus posibles controversias y deferir a los árbitros su conocimiento y solución, que desde ese momento quedan vedados a la jurisdicción» [FJ 2]. Y añadimos nosotros, en los términos que prevé el art. 7 LA, relativo a la «Intervención judicial» (37), que dispone que «En los asuntos que se rijan por esta ley no intervendrá ningún tribunal, salvo en los casos en que ésta así lo disponga» (38). Estos casos son los relativos al apoyo y control del arbitraje, es decir, nombramiento y remoción judicial de árbitros, asistencia judicial en la práctica de pruebas, adopción judicial de medidas cautelares, ejecución forzosa de laudos o resoluciones arbitrales, conocimiento de la acción de anulación y de la acción de revisión del laudo, y reconocimiento de laudos o resoluciones arbitrales extranjeros (*vid...* arts. 8, donde se establecen los tribunales competentes para las funciones de apoyo y control del arbitraje, y 43 LA, donde se alude tanto a la anulación como a la revisión).

La doctrina del Tribunal Constitucional en la actualidad se decanta por la tesis mixta o ecléctica al abandonar la línea del «equivalente jurisdiccional», como era entendida en sus orígenes. No obstante, la tesis contractualista es la que mejor se compadece con la naturaleza del arbitraje

También el Tribunal Constitucional en la STC 17/2021, de 15 de febrero, se detiene en la expresión «equivalente jurisdiccional» (39), ya acuñada por Carnelutti (40), utilizada por primera vez por el Tribunal Constitucional en la STC 62/1991, de 22 de marzo (41) (s.e.u.o, por nuestra parte), y recogida en el Preámbulo de la reforma de la LA de 2011 [Apartado I, párrafo 3] (42), para señalar que, aunque en «nuestros primeros pronunciamientos» (43) y «luego reiterada en posteriores», la utilización de dicha expresión para referirnos al arbitraje haya podido crear cierta confusión (44), ahora de forma concluyente expone que «si esa fuera la causa, es necesario aclarar desde este momento que tal equivalencia hace referencia especialmente al efecto de cosa juzgada que se produce en ambos tipos de procesos, jurisdiccional y arbitral». Y añade la Sentencia «el arbitraje en cuanto equivalente jurisdiccional, se sustenta en la autonomía de la voluntad de las partes plasmada en el convenio arbitral. Es "un medio heterónomo de arreglo de controversias que se fundamenta en la autonomía de la voluntad de los sujetos privados (art. 1.1º CE)" (STC 176/1996, de 11 de noviembre)». «Es decir, quienes se someten voluntariamente a un procedimiento arbitral tienen derecho claro está, a que las actuaciones arbitrales sean controladas por los motivos de impugnación legítimamente admitidos, pero dicha facultad deriva de la misma configuración legal del arbitraje como forma de heterocomposición de los conflictos entre ellos y no del art. 24 CE "cuyas exigencias sólo rigen [...] en lo que atañe para el proceso —actuaciones jurisdiccionales— en el que se pretende la anulación del laudo y para el órgano judicial que lo resuelve" (STC 9/2005, de 17 de enero, FJ 5)» [FJ 2].

Lo anterior ha llevado a algunos a mantener, en cuanto a la naturaleza del arbitraje, que la doctrina del Tribunal Constitucional en la actualidad se decanta por la tesis mixta o ecléctica (45) al abandonar la línea del «equivalente jurisdiccional», como era entendida en sus orígenes. No obstante lo anterior, nosotros consideramos, como ya manteníamos hace treinta años, que la tesis contractualista es la que mejor se compadece con la naturaleza del arbitraje, con base en el acuerdo privado entre las partes (46), y el Alto Tribunal, con la línea que ha iniciado, viabiliza una tendencia hacia ella.

Como ya habíamos avanzado, es preciso hacer referencia a la STC 1/2018, de 11 de enero, del Pleno, y, especialmente, al voto particular que formula el Magistrado Don Juan Antonio Xiol Ríos en dicha Sentencia.

En ella, el Tribunal Constitucional se manifiesta en el sentido de que «Ha de partirse de la idea de que la configuración del arbitraje como vía extrajudicial de resolución de las controversias existentes entre las partes es un "equivalente jurisdiccional", dado que las partes obtienen los mismos resultados que accediendo a la jurisdicción civil, es decir, una decisión al conflicto con efectos de

cosa juzgada (por todas, SSTC 15/1987, de 6 de febrero (47) , y 62/1991, de 22 de marzo). La exclusividad jurisdiccional a que el alude el art. 117.3 CE no afecta a la validez constitucional del arbitraje, ni vulnera el art. 24 CE. En relación con el sometimiento de controversias al arbitraje, este Tribunal ha reiterado que, si bien el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1º CE) tiene carácter irrenunciable e indisponible, ello no impide que pueda reputarse constitucionalmente legítima la voluntaria y transitoria renuncia al ejercicio de las acciones en pos de unos beneficios cuyo eventual logro es para el interesado más ventajoso que el que pudiera resultar de aquel ejercicio. A esos efectos, se ha incidido en que dicha renuncia debe ser explícita, clara, terminante e inequívoca y si bien, por la protección que se debe dispensar a la buena fe, se ha declarado que la renuncia puede inferirse de la conducta de los titulares del derecho, no es lícito deducirla de una conducta no suficientemente expresiva del ánimo de renunciar (por todas, STC 65/2009, de 9 de marzo, FJ 4)» [FJ 3].

Y prosigue el Tribunal Constitucional, «Hay que subrayar, como se ha hecho en anteriores ocasiones, que el arbitraje, en cuanto equivalente jurisdiccional, se sustenta, en la autonomía de la voluntad de las partes plasmada en el convenio arbitral. Es "un medio heterónomo de arreglo de controversias que se fundamenta en la autonomía de la voluntad de los sujetos privados (art. 1.1º CE)" (STC 176/1996, de 11 de noviembre, FJ 1). Dicha Sentencia, en su fundamento jurídico 4, resalta la importancia de la nota de voluntariedad en el arbitraje "lo que constitucionalmente le vincula con la libertad como valor superior del ordenamiento (art. 1.1º CE). De manera que no cabe entender que, por el hecho de someter voluntariamente determinada cuestión litigiosa al arbitraje de un tercero, quede menoscabado y padezca el derecho a la tutela judicial efectiva que la Constitución reconoce a todos. Una vez elegida dicha vía, ello supone tan sólo que en la misma ha de alcanzarse el arreglo de las cuestiones litigiosas mediante la decisión del árbitro y que el acceso a la jurisdicción —pero no su 'equivalente jurisdiccional' arbitral. SSTC 15/1989 (48) , 62/1991 (49) y 174/1995 (50) — legalmente establecido será sólo el recurso por nulidad del Laudo Arbitral y no cualquier otro proceso ordinario en el que sea posible volver a plantear el fondo del litigio tal y como antes fue debatido en el proceso arbitral. Pues como ha declarado reiteradamente este Tribunal, el derecho a la tutela judicial efectiva no es un derecho de libertad, ejercitable sin más y directamente a partir de la Constitución, sino un derecho prestacional, sólo ejercitable por los cauces procesales existentes y con sujeción a su concreta ordenación legal (SSTC 99/1985, 50/1990 y 149/1995, entre otras)"» [FJ 3] (51) .

Ahora ya, el Magistrado Don Juan Antonio Xiol Ríos, en su voto particular, señala que «1. El arbitraje es un medio alternativo de resolución de controversias, pero no un equivalente jurisdiccional».

Y continúa, «Estoy en desacuerdo con la naturaleza que la sentencia de la que disiento atribuye a la institución del arbitraje. Parece considerar que es simplemente un sucedáneo del ejercicio de la función jurisdiccional, "un equivalente jurisdiccional", como así lo denomina, cuando, a mi juicio, como medio alternativo de resolución de controversias constituye una institución con contenido propio».

En dicho voto particular, dicho Magistrado recoge que

«Es cierto que inicialmente la doctrina constitucional explicó su naturaleza como "equivalente

jurisdiccional" (SSTC 43/1988, 233/1988, 288/1993, 176/1996 (52)), pero posteriormente tan desafortunada expresión se ha ido matizando gracias a una jurisprudencia constitucional que ha ido evolucionando hacia una doctrina mixta, en la que, como elemento esencial, se subraya la naturaleza contractual del arbitraje en sus orígenes, y, como lógica consecuencia, se admite el carácter jurisdiccional en sus efectos. El fundamento del arbitraje radica, pues, en la voluntad de las partes, si bien para su efectividad requiere de la asistencia jurídica, dado que no tendría sentido un mecanismo de resolución de conflictos cuyas decisiones no tuvieran carácter ejecutivo o carácter de valor de cosa juzgada y no pudieran invocarse con tal carácter ante los poderes públicos y ante los tribunales».

Así, el Magistrado Xiol Ríos sostiene: «por consiguiente, que en nuestra Constitución el arbitraje no tiene asiento en el art. 24, que consagra el derecho a la tutela judicial efectiva, sino en el art. 10 CE, que proclama la dignidad y la autonomía de la persona, en relación otros preceptos en los que se desarrolla este principio [por ejemplo, los arts. 33 (derecho de propiedad) y 38 (libertad de empresa) CE (53)] (54) . Esta es, por otro lado, la doctrina sentada en la última jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre la materia, que haríamos bien en no abandonar. Como ejemplo, puede citarse la STC 9/2005, de 17 de enero. En ella se declara que el arbitraje es un medio heterónomo de arreglo de controversias que se fundamenta en la autonomía de la voluntad de los sujetos privados, lo que constitucionalmente lo vincula con la libertad como valor superior del ordenamiento. Este modo de comprender la naturaleza jurídica del arbitraje permite configurar adecuadamente como características esenciales de esta institución la neutralidad, la prevalencia de la autonomía privada y el establecimiento de una intervención judicial limitada y reglada, fundada, a su vez, en el principio *Kompetenz-Kompetenz* y en la presunción en favor de la correcta actuación del órgano arbitral en cuanto a los límites y ejercicio de sus facultades decisorias».

Y dice el Magistrado en su voto particular, «En mi opinión, sin embargo, en el arbitraje no debe verse una suplantación de las decisiones judiciales, sino una institución de rango fundamental en un sistema jurídico basado en la libertad con respecto a la cual la actividad judicial aspira a mantener el mínimo de protagonismo, solo el necesario para garantizar la resolución pacífica de aquellas situaciones de conflicto jurídico que el propio arbitraje no puede resolver por sí mismo (bien por ser necesaria una actividad ejecutiva de restricción de los derechos de las partes no consentida por estas, bien por faltar presupuestos o requisitos básicos para la existencia o validez del arbitraje)» (55)

En la Sentencia 65/2021, de 15 de marzo, el Tribunal Constitucional señala que el Ministerio Fiscal sostiene acertadamente que «hay que advertir que extender la idea de 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» (56) . Y el Tribunal Constitucional declara contundentemente que «esta afirmación es inaceptable, pues ambos tipos de resolución de conflictos descansan sobre preceptos constitucionales distintos» [FJ 4].

Se declara en esta Sentencia que el procedimiento arbitral y los árbitros «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] (57).

III. ARBITRAJE DE EQUIDAD

Por lo que se refiere al arbitraje de equidad, el arbitraje del asunto en la STC 17/2021, de 15 de febrero, era de esa clase. Según la Exposición de Motivos LA [Apartado VII, párrafo 1] «queda limitado a los casos en que las partes lo hayan pactado expresamente, ya sea a través de una remisión literal a la "equidad", o a términos similares como la decisión "en conciencia", *ex aequo et bono*, o que el árbitro actuará como "amigable componedor". Según la STC, "cuando las partes se someten a arbitraje de equidad, aunque ello no excluya necesariamente la posibilidad de que los árbitros refuercen su 'saber y entender' [expresión tradicionalmente utilizada en nuestro Derecho en relación a la forma de resolver en equidad] con conocimientos jurídicos, pueden prescindir de las normas jurídicas y recurrir a un razonamiento diferente al que se desprende de su aplicación, porque lo que se resuelve *ex aequo et bono* debe ser decidido por consideraciones relativas a lo justo y equitativo. Y aquí también 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. El canon de motivación [requisito al que nos referiremos a continuación], en este caso, es más tenue, si bien es imprescindible que se plasme en el laudo los fundamentos —no necesariamente jurídicos— que permitan conocer cuáles son las razones, incluso sucintamente expuestas, por las que el árbitro se ha inclinado por una de las posiciones opuestas de los litigantes"» [FJ 2].

IV. MOTIVACIÓN DEL LAUDO

También la STC 17/2021, de 15 de febrero, analiza el requisito de la motivación del laudo. Con este requisito se cumple una triple finalidad: el conocer las razones de la decisión que se adopta, el evitar la arbitrariedad y el permitir el control de la decisión arbitral a través del ejercicio de la acción de anulación (58).

Como señala S.A. Sánchez Lorenzo,

«la exigencia de motivación del laudo proporciona transparencia a la actuación arbitral y redundante en una mayor calidad del arbitraje, pero sobre todo permite a las partes comprobar que no se han vulnerado sus derechos de defensa y la decisión no es arbitraria. Sin conocer los motivos es imposible saber si los árbitros han considerado argumentos no expuestos ni debatidos por las partes, se han conformado debidamente a la misión encomendada por las partes, respondido a las cuestiones planteadas y, en definitiva, si el laudo se acomoda a los estándares de orden público requeridos» (59).

La motivación de las sentencias es una exigencia constitucional que deriva de manera expresa del art. 120.3º CE y de manera implícita del art. 24.1º CE.

Pues bien, la Sentencia 17/2021, sobre el requisito de la motivación, declara que «desde la perspectiva constitucional, la semejanza entre las resoluciones judiciales y los laudos arbitrales no es absoluta (60) , ello no significa que cuando hablamos del deber de motivación de unas y otras no se puede enjuiciar su cumplimiento con parecido canon de control (61) . Decimos que el deber de motivación no posee la misma naturaleza en ambos tipos de resolución (62) , porque tratándose de resoluciones judiciales es una exigencia inherente al derecho a la tutela judicial efectiva *ex art.* 24 CE. Sin embargo, para las resoluciones arbitrales, dicha obligación aparece recogida en el art. 37.4º LA, siempre con la salvedad de que las partes, además, no hayan alcanzado un pacto sobre los términos en que deba pronunciarse el laudo. En las primeras, la motivación forma parte del contenido del derecho fundamental citado. En las segundas, es un requisito de exclusiva configuración legal, por lo que resulta indudable que podría ser prescindible a instancias del legislador» [FJ 2]. A este respecto, debemos señalar que el art. 32.2º LA/1988 sólo preveía la necesidad de motivación en los laudos de derecho, y la LA actual (art. 37.4º LA) no hace distinción entre laudos de derecho y de equidad por lo que ambos deben cumplir el requisito de la motivación. Sin perjuicio de ello, en su redacción original, permitía que no tuvieran que estar motivados, en el caso de que así lo hubieran acordado las partes, además de los laudos transados en los términos del art. 36 (art. 37.4º LA); lo que en la Reforma de la LA de 2011 quedó reducido a la no necesidad de motivación sólo en los laudos pronunciados en los términos convenidos por las partes del art. 36 (art. 37.4º LA) (63) , aunque en el Preámbulo de la Reforma [Apartado II, párrafo 4] se declara que «se exige siempre la motivación del laudo» (64) .

Si se quisiera que las partes pudieran convenir otra cosa sobre la motivación del laudo, lo que se debería hacer es modificar el art. 37.4º LA retomando la regulación original, es decir, que «El laudo deberá ser motivado, a menos que las partes hayan convenido otra cosa» (65) , además de mantener «o que se trate de un laudo pronunciado en los términos convenidos por las partes conforme» al art. 36 LA, y así se adecuaría el precepto de la Ley española al art. VIII Convenio Europeo sobre Arbitraje Comercial Internacional, hecho en Ginebra el 21 de abril de 1961 (66) , al art. 31.2 LMU (67) , y al art. 34.3 del Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil (versión revisada de 2010 con el nuevo art. 1, párrafo 4, aprobado en 2013) (68) .

Y el Tribunal Constitucional añade en dicha Sentencia que

«... ha de aclararse que tan siquiera se requiere una argumentación exhaustiva y pormenorizada de todos los aspectos y perspectivas que las partes puedan tener de la cuestión que se decide, pues el derecho a obtener una resolución fundada, favorable o adversa, es garantía frente a la arbitrariedad e irrazonabilidad y ello, en materia de arbitraje, implica que la resolución ha de contener los elementos y razones de juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos o de equidad que fundamentan la decisión, que no deben resultar arbitrarios (...). Ahora bien, dado que es imposible construir el Derecho como un sistema lógico puro este Tribunal ha unido a la exigencia de coherencia formal del razonamiento la exigencia de que el mismo, desde la perspectiva jurídica, no puede ser tachado de irrazonable» [FJ 2].

Y el Alto Tribunal afirma, en dicha Sentencia 17/2021, de 15 de febrero, en relación con el tema de la motivación, «que sólo a aquel laudo que sea irrazonable, arbitrario o haya incurrido en error patente podrá imputársele un defecto de motivación vulnerador del art. 37.4 LA (6g) (y reiteramos, no del 24.1 CE)» [FJ 2] (70).

En nuestra opinión, lo anterior tiene una consecuencia muy importante a los efectos de articular la posible infracción de la motivación como causa de la acción de anulación. Y es que como ya también manteníamos hace treinta años (71), dicha infracción sería denunciable al amparo del art. 46.2º LA de 1988, quebrantamiento de las formalidades en el laudo, «cuando en...el desarrollo de la actuación arbitral no se hayan observado las formalidades y principios esenciales establecidos en la Ley», en lo que nos reafirmamos hace quince años con la ya vigente LA (72), dado que sería denunciable al amparo del art. 41.1º d) LA, «1. El laudo sólo podrá ser anulado cuando la parte que solicita la anulación alegue y pruebe: (...) d) Que la designación de los árbitros o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo entre las partes, salvo que dicho acuerdo fuera contrario a una norma imperativa de esta ley, o, a falta de dicho acuerdo, que no se han ajustado a esta ley», es decir, defectos en el procedimiento arbitral, en concreto en el laudo.

Según el Tribunal Constitucional, en la anterior Sentencia,

«... de la regulación legal tan sólo se sigue que el laudo ha de contener la exposición de los fundamentos que sustentan la decisión, pero no que la motivación deba ser convincente o suficiente, o que deba extenderse necesariamente a determinados extremos. No cabe deducir de la previsión legal la necesidad de que el árbitro analice en el laudo todas las pruebas y argumentos de las partes, sino tan sólo que consten las razones de su decisión, sin que tampoco se obligue a que tales razones deban ser correctas, según el criterio del juez que deba resolver su impugnación» [FJ 3].

La STC 65/2021, de 15 de marzo, declara, en relación con el deber de motivación de los laudos, que el Tribunal Constitucional sostiene, como ya se declaraba con anterioridad por dicho Tribunal, que «no surge del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1º CE), que sólo es predicable de las resoluciones emanadas del Poder Judicial, sino de la propia Ley de arbitraje, que en su art. 37.4º lo exige». Y continúa la Sala declarando que «la motivación de los laudos no está prevista en la Constitución ni se integra en el derecho fundamental (art. 24 CE). Es una obligación de configuración legal del que bien podría prescindir el legislador sin alterar la naturaleza del sistema arbitral. Por lo demás, que el art. 37.4 LA disponga que "el laudo deberá ser siempre motivado (...)", no significa que el árbitro deba decidir sobre todos los argumentos presentados por las partes, como tampoco que deba indicar las pruebas en las que se ha basado para tomar su decisión sobre los hechos, o motivar su preferencia por una norma u otra, pues para determinar si se ha cumplido con el deber de motivación, basta con comprobar, simplemente, que el laudo contiene razones, aunque sean consideradas incorrectas por el juez que debe resolver la impugnación (STC 17/2021, de 15 de febrero, FJ 2)» [FJ 5].

Y el Tribunal Constitucional sostiene en dicha Sentencia 65/2021, de 15 de marzo, que

«Asentado, 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 por 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 la prueba, pactar si el laudo debe estar motivado (art. 37.4º LA) y en qué términos. En consecuencia, la motivación de los laudos arbitrales carece de incidencia en el orden público» [FJ 5].

Sorprende que en la Sentencia, como se acaba de recoger, se declare que las propias partes puedan «pactar si el laudo debe estar motivado (art. 37.4º LA) y en qué términos». Parece olvidar el Tribunal Constitucional que el art. 37.4º, según la redacción vigente dada por la Reforma de la LA de 2011, establece la obligación de motivar el laudo siempre [en la redacción original, hablaba del «laudo será motivado»], salvo que se trate de un laudo pronunciado en los términos convenidos por las partes de acuerdo con el art. 36 LA, como ya hemos señalado.

Si la Sentencia del Tribunal Constitucional se refiere al caso del laudo transado (73), única excepción en la que actualmente es posible no motivar un laudo, en nuestra opinión, no tiene mucha razón de ser, dado que en la práctica dicho laudo no se suele motivar, de ahí la singularidad legal, porque no serían los fundamentos o razones en que el árbitro se basa para decidir el asunto, sino que le vendrían dados por las partes, lo que limitaría normalmente su libertad de decisión. En cuanto a si las partes han llegado a un acuerdo que ponga fin total o parcialmente a la controversia, los árbitros darán por terminadas las actuaciones respecto a los puntos acordados. Y, respecto a esos puntos pactados a que han llegado las partes, la LA establece que «si ambas partes lo solicitan y los árbitros no aprecian motivo para oponerse, harán constar ese acuerdo en forma de laudo en los términos convenidos por las partes» (art. 36.1º LA), con todo lo que ello implica. En tal caso, los árbitros realizan un juicio valorativo pudiendo no acoger, o no homologar, el acuerdo entre las partes si hubiera motivo para oponerse a ese pacto.

En esta misma Sentencia se declara que «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 hubiesen pactado unas determinadas exigencias o un contenido específico respecto de 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 (74), 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 hubieran razonado y valorado de diversa manera» [FJ 5].

El Alto Tribunal explica en la mencionada Sentencia que

«... las posibilidades de control judicial sobre la motivación del laudo son en cierto modo similares a las que el Tribunal reconoce cuando revisa en amparo las decisiones judiciales (...) debe controlar únicamente la razonabilidad del discurso que une la actividad probatoria y el relato fáctico que de ella resulta (...). En este caso la Sala de lo Civil y lo Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid no es una tercera instancia y solo debe controlar que se han cumplido las garantías del procedimiento arbitral y el respeto a los derechos y principios de defensa, igualdad, bilateralidad, contradicción y prueba; así como que la resolución arbitral no era arbitraria, irracional o absurda desde un mero control exterior, lo que significa que no lo sea sin entrar a valorar el fondo del asunto» [FJ 5].

Y el Tribunal Constitucional añade que «hay que subrayar que el derecho a la motivación del laudo, cuando sea preceptiva, no comporta la garantía de acierto del colegio arbitral ni de estimación de las pretensiones deducidas, ni un concreto entendimiento del servicio y alcance de la legislación aplicable al caso concreto (como acaece, *mutatis mutandis*, con las resoluciones judiciales y se declara en las SSTC 59/1997, FJ 3, STC [sic] 45/2005, FJ 3, entre otras muchas)» [FJ 6].

V. EL MOTIVO DE QUE EL LAUDO ES 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». Como ya señalamos (75), el orden público es un concepto jurídico indeterminado, flexible, dinámico, de difícil definición. El carácter relativo y dinámico de la noción de orden público permite su actualización y de ahí que se hable hoy en día de un nuevo orden público. En efecto, la CE y la jurisprudencia que la ha interpretado han configurado el denominado «orden constitucional». Esta noción de orden público es la que asumió la LA/1988, en cuya Exposición de Motivos [párrafo 9] se declaraba que el «concepto de orden público habrá de ser interpretado a la luz de los principios de nuestra Constitución» (véase, por todas, la STC 43/1986, de 15 de abril, FJ 4). En principio, la indeterminación y flexibilidad de este concepto llevó a pensar que podría ser el cauce de impugnación de un sinnúmero de decisiones arbitrales (76), como así ha sucedido en la práctica, pero esta idea inicial fue desmentida en sus resultados por la acertada interpretación jurisprudencial relativa a este motivo con carácter general, aunque como consecuencia de la línea doctrinal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, se constató que se impugnaban numerosos laudos por la posibilidad de ver colmadas las expectativas de la parte insatisfecha con la decisión arbitral. Entendemos que con la doctrina emanada del Tribunal Constitucional se pondrá coto a esa práctica criticable.

Dentro del concepto de «orden público constitucional» podríamos diferenciar entre cuestiones de orden público constitucional material y de orden público constitucional procesal.

Como infracciones del orden público constitucional material, a su vez, cabría incluir hipotéticamente, que los árbitros, al decidir, hubieran infringido una norma del ordenamiento jurídico sustantivo, o, que se hubiera vulnerado algún derecho fundamental de la misma naturaleza. Pero, como es sabido, la infracción del ordenamiento jurídico material está excluida como causa de

anulación.

Sólo cabría, pues, la vulneración de los derechos y libertades fundamentales de índole material, tal y como ha declarado la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

En cuanto al orden público constitucional procesal, si se analiza el contenido de las garantías del art. 24 CE resulta que la mayor parte de los derechos reconocidos son de muy difícil aplicación a la institución arbitral, y aquellos que mejor se adecúan al arbitraje podrán ser denunciados al amparo del motivo d) del art. 41.1º LA que recoge fundamentalmente el quebrantamiento procedimental, y del motivo b) del mismo precepto que recoge la vulneración de los principios que se consideran esenciales: audiencia, contradicción e igualdad, e interdicción de la indefensión. Si lo anterior no fuera suficiente, la STC 9/2005, de 17 de enero, FJ 2, como ya se ha señalado, ha declarado que el art. 24 CE sólo es de aplicación a la intervención jurisdiccional en el arbitraje. Con lo cual, a nuestro entender, el concepto de orden público constitucional procesal está prácticamente vacío de contenido.

No hay que olvidar que desde hace unos años, al amparo de un denominado «orden público económico», entendido como los principios de esa naturaleza que se recogen en la Constitución (77), se han anulado determinados laudos, a algunos de los cuales ya nos hemos referido con anterioridad, entrando el Tribunal en el contenido sustantivo del laudo, como si se tratara de un órgano de apelación, que, como hemos dicho, ha provocado preocupación en los círculos de arbitraje (78).

Es necesario traer a colación a J.C. Fernández Rozas quien destaca las características esenciales del orden público a los efectos de configurar la acción de anulación: i) Su contenido taxativo que obliga a interpretar la noción de manera restrictiva y excepcional; ii) Su relatividad en el tiempo, pues la excepción de orden público está afectada decisivamente por el factor tiempo o, si se quiere, la necesidad de imponer el principio de actualidad del orden público en el momento en que el juez debe reconocer y ejecutar el laudo arbitral internacional contrastándolo con los valores fundamentales de su ordenamiento en el momento de efectuar esa operación; iii) Su carácter garantista de la tutela judicial efectiva, pues aunque las partes hayan elegido el arbitraje con la voluntad clara de que el Estado intervenga lo menos posible en sus controversias, el control judicial del laudo no impone un ataque directo a sus pretensiones originarias; iv) Su apreciación de oficio por el juez que conozca de la acción, al margen de la posibilidad de que esta causal sea expresamente alegada y probada por quien interpone la acción, según corresponda; v) La necesidad de alegar y probar las circunstancias en que se sustenta, sin que pueda apreciarse la mera discrepancia en el ejercicio de la acción probatoria; y vi) La imposibilidad para el tribunal que conoce de la solicitud de nulidad, ya afirmada con carácter general, de pronunciarse sobre el fondo de la controversia, para su apreciación (79).

Como muy bien señala el Tribunal Constitucional en su STC 46/2020, de 15 de junio, «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» [FJ 4].

En cuanto a dicho motivo de «Que el laudo es contrario al orden público» [art. 41.1º.f) LA], el Tribunal Constitucional, en su STC 17/2021, de 15 de febrero, viene a declarar que «de nuevo, hemos de reiterar 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 de la legalidad del convenio arbitral, la arbitrabilidad de la materia y la regularidad procedimental del desarrollo del arbitraje. En este orden de ideas, ya hemos dicho que "por orden público material se entiende el conjunto de principios jurídico 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 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. Puede decirse que el orden público comprende los derechos fundamentales y las libertades garantizados por la Constitución, así como los principios esenciales indisponibles para el legislador por exigencia constitucional o de la aplicación de principios admitidos internacionalmente" (STC 46/2020, de 15 de junio, FJ 4)» [FJ 2].

El Tribunal Constitucional, en esta Sentencia, vuelve a referirse a su STC 46/2020, de 15 de junio, al declarar que ya «advertimos de los riesgos del desbordamiento del concepto de orden público como causa de anulación de los laudos arbitrales [art. 41.1º.f) LA] y de la necesidad de llevar a cabo una interpretación restrictiva del mismo (80) , so pena de vulnerar la autonomía de la voluntad de las partes (art. 10 CE) y su renuncia puntual a la tutela jurisdiccional (art. 24 CE)» (81) [FJ 2].

En la STC 65/2021, de 15 de marzo, aunque la Sala del Tribunal Superior de Justicia entiende que la resolución arbitral es contraria al orden público al encajar la pretensión de nulidad en el art. 41.1º.f) LA, por considerarla «como arbitraria y errónea la decisión y, por ello, vulneradora del orden público», 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. 24.1 CE» [FJ 6].

Ya se intentó limitar el contenido de este motivo, «Que el laudo es contrario al orden público» [art. 41.1º.f) LA] en la reforma de la LA de 2011, al pretender que tuviera la redacción de «Que el laudo sea manifiestamente contrario al orden público», que nosotros entendíamos obedecía a la indeterminación y flexibilidad de este concepto (82) , a efectos de una mayor seguridad jurídica,

modificación que no prosperó finalmente, con lo cual se mantuvo la redacción original del motivo.

En esta línea, J.F. Merino Merchán sugiere que «Quizá fuera conveniente —como ya he señalado en otra ocasión— cerrar definitivamente esta cuestión aclarándose en una futura reforma del art. 41.1º f) que este apartado adopte la siguiente redacción o similar: *f) Cuando 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*» (83).

Por su parte, J.A. Xiol Ríos propone que «Parece necesaria una regulación de rango legislativo sobre estos extremos [se refiere al contenido del concepto de orden público] y, por otra parte, dado el carácter indeterminado del concepto de orden público y las distintas perspectivas ofrecidas por la doctrina para su consideración, parece deseable un especial esfuerzo de motivación en las decisiones judiciales que versen sobre este motivo de nulidad, con el fin de evitar excesos derivados de su aplicación acerca de los cuales suele llamarse la atención en las conferencias internacionales sobre arbitraje» (84).

VI. ÁMBITO DE LA ACCIÓN DE ANULACIÓN

La STC 46/2020, de 15 de junio, sobre el contenido de la acción de anulación, declara que «es claro que la acción de anulación 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, "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 28 de octubre de 2008, asunto *Mostaza Claro*, C-168/05» [TJCE\2006\299]» [FJ 4] (85).

El carácter tasado de los motivos de anulación es consustancial al sistema de impugnación de los laudos

Como ya hemos señalado con anterioridad en otro lugar (86), el proceso de anulación puede conceptuarse como un proceso civil declarativo especial, de carácter plenario, que ha de fundarse en un 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 sólo 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 (87). 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 [véase, por todas, la STC 43/1988, de 16 de marzo, FJ 5].

Ha de tenerse en cuenta que la LA establece como fundamento del proceso de anulación, la alegación y la prueba de ciertos motivos tasados —a lo que se refiere el art. 41.1º LA con la inequívoca expresión de que el lado «sólo podrá ser anulado» cuando concorra alguna de las causas que enumera a continuación, en la misma línea de lo dispuesto en la LA de 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.*, el ya citado, ATC 231/1994, de 18 de julio, FJ 3) (88).

Debe incidirse de nuevo que según la STC 9/2005, de 17 de enero, [FJ 2] el art. 24 CE no es de aplicación al procedimiento arbitral, salvo cuando se produce la intervención jurisdiccional en el arbitraje (*v.gr.*, nombramiento judicial de árbitros, acción de anulación, o ejecución del laudo), cuestión distinta es que el fundamento del proceso de anulación sea el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 CE, que se ve colmado por la posibilidad de impugnar el laudo ante los órganos jurisdiccionales del Estado.

En este sentido se manifestaba el legislador en la Exposición de Motivos de la LA/1988 [párrafo 9] cuando se declara que «el convenio arbitral no implica renuncia de las partes a su derecho fundamental de tutela judicial, consagrado en el art. 24 de la Constitución. Por ello, el Título VII regula un recurso de anulación del laudo, a fin de garantizar que el nacimiento, desarrollo y conclusión del procedimiento arbitral se ajusta a lo establecido en la Ley».

Por lo que se refiere a la acción de anulación, el Tribunal Constitucional en su STC 17/2021, de 15 de febrero, se pronuncia en el sentido de que

«... sólo puede tener por objeto el análisis de los posibles errores procesales en que haya podido incurrir el proceso arbitral [en nuestra opinión, como ya hemos señalado, mejor procedimiento], referidos al cumplimiento de las garantías fundamentales, como lo son, por ejemplo, el derecho de defensa, igualdad, bilateralidad, contradicción y prueba, o cuando el laudo carezca de motivación, sea incongruente, infrinja normas legales imperativas o vulnere la intangibilidad de una resolución firme anterior» [FJ 2].

Y añade el Tribunal sobre el particular que

«... el posible control judicial del laudo y su conformidad con el orden público no puede traer como consecuencia que el órgano judicial supla al tribunal arbitral en su función de aplicación del derecho. Tampoco es una segunda instancia revisora de los hechos y los derechos aplicados en el laudo, ni un mecanismo de control de la correcta aplicación de la jurisprudencia. Por consiguiente, debe subrayarse una vez más que si la resolución arbitral no puede tacharse de arbitraria, ilógica,

absurda o irracional, no cabe declarar su nulidad amparándose en la noción de orden público» [FJ 2].

Y como muy bien dice la STC 17/2021,

«... habrá de recordarse que la anulación sólo puede referirse a errores in procedendo, y no puede conducir a revisar la aplicación del derecho sustantivo por los árbitros, es decir, que las resoluciones arbitrales sólo son susceptibles de anularse en función de la inobservancia de las garantías de la instancia arbitral. Igualmente hemos de reiterar que resulta vulnerador del art. 24 CE, por manifiesta irrazonabilidad, extender la noción de orden público como motivo de anulación del laudo, más allá de los límites definidos por los derechos fundamentales, así como que le está vedado al órgano judicial revisar la prueba realizada por los árbitros o la valoración de la misma. Teniendo esto en consideración, resulta manifiestamente irrazonable y claramente arbitrario pretender incluir en la noción orden público ex art. 41.1º.f) LA lo que simplemente consiste en una pura revisión de la valoración de la prueba realizada motivadamente por el árbitro, porque a través de una revisión probatoria lo que se está operando es una auténtica mutación de la acción de anulación, que es un remedio extremo y excepcional que no puede fundarse en infracciones puramente formales, sino que debe servir únicamente para remediar situaciones de indefensión efectiva y real o vulneraciones de derechos fundamentales o salvaguardar el orden público español, lo que excluye que las infracciones de procedimiento, sin afectación material de los derechos o situación jurídica de las partes, puedan servir de excusa para lograr la anulación de laudos» [FJ 3].

El Tribunal Constitucional en su STC 65/2021, de 15 de marzo, con base en sus SSTC 46/2020, de 15 de junio, y 17/2021, de 15 de febrero,

«... reitera 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» [FJ 3].

Según el Alto Tribunal, en la misma Sentencia,

«Quienes se someten libre, expresa y voluntariamente a un arbitraje, como método heterónimo de solución de conflictos, eligen dejar al margen de su controversia las garantías inherentes al art. 24 CE y regirse por las normas establecidas en la LA. De esto se infiere que, si las partes tienen derecho a que las actuaciones arbitrales sean controladas judicialmente, es así porque de este modo está previsto en la norma rectora del procedimiento arbitral y solo por los motivos de

impugnación legalmente admitidos para salvaguardar los principios constitucionales a que se ha hecho referencia (art. 41 LA). En consecuencia, la facultad excepcional de control del procedimiento arbitral y de anulación del laudo deriva de la misma configuración legal del arbitraje como forma de heterocomposición de conflictos y no del art. 24 CE, del derecho a la tutela judicial efectiva, "cuyas exigencias sólo rigen, en lo que atañe para el proceso —actuaciones jurisdiccionales— en el que se pretende la anulación del laudo y para el órgano judicial que lo resuelve (STC 9/2005, de 17 de enero, FJ 5) (89) . El Tribunal reitera, pues, que el control que pueden desplegar los jueces y tribunales que conocen de una pretensión anulatoria del laudo es muy limitado, y que no están legitimados para entrar en la cuestión de fondo ni para valorar la prueba practicada, los razonamientos jurídicos y las conclusiones alcanzadas por el árbitro"» [FJ 4].

VII. CARÁCTER DISPOSITIVO DEL OBJETO DE LA ACCIÓN DE ANULACIÓN

Como es sabido, el proceso civil al tener por objeto, como regla general, la decisión sobre derechos e intereses privados, se inspira en el principio dispositivo [Exposición de Motivos de la LEC, Apartado VI], según el cual las partes son «dueñas» del proceso civil, salvo que haya intereses públicos en él, dejando al tribunal las facultades de dirección y especialmente las decisorias; y en lo que aquí interesa, las partes tienen la facultad de ponerle fin, mediante la renuncia, el desistimiento, el allanamiento, o la transacción, actos de disposición, por no tener ya un interés legítimo en continuarlos, que tienen efectos vinculantes para el tribunal si cumplen determinados requisitos (90) .

Pero según el Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Civil y de lo Penal, Sección 1ª) en el proceso de anulación que da origen a la STC 46/2020, de 15 de junio, en concreto, en el Auto de 4 de abril de 2017 (91) , «una vez que se incoa un proceso de anulación de laudo arbitral, no se puede disponer por las partes de la acción de anulación (92) , sustrayendo al Tribunal el ejercicio de una competencia indeclinable: verificar si concurre o no la lesión de intereses tan generales que la Ley no faculta, sino que impone al Tribunal el deber de salvaguardarlos de oficio» [FD 2º] (93) . Además, la Sala de dicho Tribunal competente, en ese mismo proceso, en la Sentencia 33/2017, de 4 de mayo (94) , declara que «el Laudo no sólo infringe el orden público, sino que..., también se ha de considerar que el convenio arbitral es en sí mismo radicalmente nulo» [FD 7º].

Según el Tribunal Constitucional en la mencionada STC 46/2020, de 15 de junio, «Ha sido, en definitiva una interpretación extensiva e injustificada del concepto de orden público contenido en el art. 41.2 f) LA realizada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid lo que ha impedido a los recurrentes ejercer su derecho de disposición sobre el objeto del proceso de anulación del laudo arbitral» [FJ 2].

A juicio del Tribunal Constitucional

«... la decisión impugnada es, cuando menos irrazonable y vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1º CE). En efecto, las partes en litigio solicitaron de consumo el archivo del procedimiento —con efectos equivalentes al desistimiento, por pérdida sobrevenida de interés en continuar con el mismo—, dado que se había alcanzado un acuerdo de satisfacción

extrajudicial cuya homologación igualmente se solicitó. La sentencia rechaza la solicitud de archivo al entender, primero que no cabe aplicar el art. 22 LEC ["Terminación del proceso por satisfacción extraprocesal..."] en el procedimiento de anulación de laudos arbitrales, dado que el procedimiento concluyó ya con el laudo, siendo el objeto del proceso de anulación del laudo otro distinto al procedimiento arbitral en sentido estricto (que es al que alcanzaría en su caso el pacto logrado entre las partes)» [FJ 4].

El Tribunal Constitucional continúa declarando de forma muy acertada que «con independencia de que la causa de pedir de la anulación afecte al orden público o no, lo cierto es 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 un interés en litigar» [FJ 4].

Así, «El ensanchamiento del concepto de orden público que realizan las resoluciones impugnadas para llevar a cabo una revisión del 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» [FJ 4].

Como se declara en esta misma STC 46/2020, de 15 de junio, «este Tribunal entiende que la decisión del órgano judicial fue contraria al canon constitucional de razonabilidad de las resoluciones judiciales, conclusión que se refuerza además por el comportamiento de la Sala, que no sólo rechazó la petición de archivo, sino que, además, como se pone de relieve en la demanda y subraya el Ministerio Fiscal, ni siquiera dio eficacia a la voluntad tácita de las partes de desistimiento por su no comparecencia al acto del juicio, demostrando con ello una pertinacia en decidir el fondo del asunto que, aparentemente, fue más allá de los límites constitucionales del deber de motivación y congruencia» [FJ 4].

En definitiva, dice el Tribunal Constitucional, «de acuerdo con la doctrina anteriormente reproducida, entiende este Tribunal que debe reputarse contrario al derecho a la tutela judicial efectiva de los recurrentes el razonamiento del órgano judicial que niega virtualidad a un acuerdo basado en el poder dispositivo de las partes sin que medie norma prohibitiva que así lo autorice; imponiendo una decisión que subvierte el sentido del proceso civil y niega los principios en que se basa, en concreto, el principio dispositivo o de justicia rogada» [FJ 4].

En la STC 55/2021, de 15 de marzo, la cuestión central es similar a la de la STC 46/2020, de 15 de junio. Es decir, en el asunto que da lugar a esta STC también las partes llegan a un acuerdo por el cual la actora decide desistir de la acción de anulación arbitral solicitando el archivo del procedimiento judicial al que la parte demandada muestra su conformidad.

El Tribunal Constitucional destaca en esta última Sentencia, respecto a la solicitud de archivo, que la Sala de lo Civil y de lo Penal «afirma con rotundidad que el poder de disposición de las partes sobre el objeto del proceso "se supedita —obvio es decirlo— a que el objeto del juicio, la *res in iudicio deducta* sea disponible, de forma que la actuación de la voluntad de las partes para poner fin al proceso no contravenga una prohibición o limitación legal por razones de interés general o en beneficio de tercero (art. 19.1º LEC)"» [véase FD 1º BIS de la Sentencia de la Sala de lo Civil y de lo

Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid n.º 49/2018, de 13 de diciembre].

Esta Sentencia, la STC 55/2021, de 15 de marzo, reitera lo declarado en la STC 46/2020, de 15 de junio, al decir que «debe reputarse contrario al derecho a la tutela judicial efectiva de los recurrentes el razonamiento del órgano judicial que niega virtualidad a un acuerdo basado en el poder dispositivo de las partes sin que medie norma prohibitiva que así lo autorice, imponiendo una decisión que subvierte el sentido del proceso civil y niega los principios en que se basa, en concreto, el principio dispositivo o de justicia rogada» [FJ 3].

El Tribunal Constitucional mantiene «que la decisión del órgano judicial de no proceder al archivo de la causa fue contraria al canon de razonabilidad de las resoluciones judiciales y, por ello, vulneró el derecho fundamental de la demandante de amparo... a la tutela judicial efectiva del art. 24.1º CE» [FJ 3].

VIII. EFECTOS. ESPECIAL REFERENCIA A LA JURISPRUDENCIA DE LA SALA DE LO CIVIL Y DE LO PENAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID DERIVADA DE LA RECIENTE DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SOBRE LA ACCIÓN DE ANULACIÓN DE LOS LAUDOS ARBITRALES

El Tribunal Constitucional en sus anteriores cuatro Sentencias, STC 46/2020, de 15 de junio, 15/2021, de 15 de febrero, 55/2021 y 65/2021, de 15 de marzo, a las que nos hemos referido principalmente en este trabajo, conceden los respectivos amparos solicitados.

En la STC 46/2020, de 15 de junio, declara que

«En consecuencia, determinado el desajuste de la motivación contenida en las resoluciones impugnadas del canon constitucional exigible, procede otorgar el amparo y reconocer que ha sido lesionado el derecho de los recurrentes a la tutela judicial efectiva sin indefensión garantizado en el art. 24 CE. Así pues, procede la anulación de todas las resoluciones judiciales impugnadas debiendo remontarse la retroacción de las actuaciones al momento anterior a dictarse el auto de 4 de abril de 2017, que rechazó el archivo del procedimiento, por desistimiento, solicitado por las partes demandante y demandada en el procedimiento de anulación de laudo arbitral n.º 63-2016» [FJ 4].

Por su parte, en la STC 17/2021, de 15 de febrero, exponiendo que

«Por consiguiente, una vez determinada la inadecuación de la motivación contenida en la resolución impugnada en relación con los límites propios de la acción de anulación del laudo, procede otorgar el amparo y reconocer el derecho de los recurrentes a la tutela judicial efectiva sin indefensión, por lesión del art. 24 CE, debiéndose retrotraer las actuaciones al momento anterior a dictarse la sentencia de 8 de mayo de 2018, recaída en el procedimiento de anulación de laudo arbitral examinado en la presente resolución, para que por la Sala se proceda a dictar una nueva resolución que resulte respetuosa con el derecho fundamental vulnerado» [FJ 3].

En cuanto a la STC 55/2021, de 15 de marzo, el Tribunal Constitucional manifiesta que

«... procede la anulación de ambas resoluciones judiciales impugnadas, debiendo remontarse la retroacción de las actuaciones al momento anterior a dictarse la sentencia de 13 de diciembre de 2018, que proclamó el archivo del procedimiento por desistimiento de..., solicitado por las partes demandante y demandada en el procedimiento de anulación de laudo arbitral n.º 45-2018» [FJ 3].

Y en la STC 65/2021, de 15 de marzo, entiende el Alto Tribunal

«... que la decisión del órgano judicial de anular el laudo arbitral de la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio, Industria y Servicios de Madrid de 4 de diciembre de 2018 vulneró el derecho fundamental de la demandante de amparo a la tutela judicial efectiva (art. 24.1º CE), desde la perspectiva del deber constitucional de motivación, y, por ello, procede la anulación de la sentencia impugnada de 13 de diciembre de 2018 (sic) [se refiere a la sentencia de 1 de octubre de 2019, como se recoge en el propio fallo de la Sentencia] y de la providencia de 26 de diciembre de 2019. Tal como se ha resuelto en supuestos semejantes (así, SSTC 46/2020 o 17/2021), es procedente la retroacción de actuaciones al pronunciamiento de la sentencia impugnada para que se resuelva el procedimiento de forma respetuosa con el derecho fundamental cuya vulneración se declara» [FJ 6].

Dado que el Tribunal Constitucional en estas cuatro Sentencias retrotrae las actuaciones al pronunciamiento de las Sentencias de la Sala de lo Civil y de lo Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid impugnadas en anulación, es necesario conocer cómo se ha pronunciado este último Tribunal en el reenvío de los asuntos.

Debe tenerse presente que según el art. 5.1º LOPJ «La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico, y vincula a todos los Jueces y Tribunales, quienes interpretarán y aplicarán las leyes y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos».

En el caso de la STC 46/2020, de 15 de junio, la Sala de lo Civil y de lo Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, ha dictado, por unanimidad (95), el Auto de 13 de julio de 2020, del que ha sido Ponente el Presidente, Magistrado Don Celso Rodríguez Padrón, en el que «declarada por el Alto Tribunal [se refiere al Tribunal Constitucional] la lesión de un derecho fundamental en una resolución judicial, procede llevar a cabo las actuaciones que —de acuerdo con el fallo— resulten necesarias para reponer directamente al demandante constitucional en su derecho» [FD 1º].

Y prosigue el Tribunal Autonómico que

«Para otorgar la solución que en Justicia merece la pretensión que en su día fue desestimada resulta inevitable aplicar la doctrina que la propia Sentencia del Tribunal Constitucional resalta en torno al poder dispositivo de las partes sobre el proceso de anulación de los laudos arbitrales. Se ciñe fundamentalmente a esta faceta dicha Sentencia, sin perjuicio de abordar —en menor

intensidad— en algún pasaje la cuestión relativa a las interpretaciones extensivas del concepto de orden público, concepto "poco nítido" (dice la Sentencia en su FJ 4) que no puede dar lugar a que el órgano llamado a conocer de la acción de nulidad invada terrenos de conocimiento propios de un recurso de apelación, ni erigirse en referente que soporte una "pertinacia" en llegar a resolver el fondo del asunto» [FD 2º].

La Sala de lo Civil y de lo Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid declara que «En este caso —dice el TC— el objeto del debate se reduce a determinar si la decisión de la Sala de lo Civil y lo Penal, de no atender la petición de archivo del proceso por pérdida sobrevenida del objeto, y por consiguiente, de entrar en el fondo del asunto de la demanda de anulación del laudo arbitral, vulneró el derecho fundamental de los recurrentes a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) en términos de razonabilidad de las resoluciones combatidas» [FD 2º].

Así, «El Tribunal llega a la conclusión —contraria a la que mantuvo esta Sala— de que las partes (ambas en este caso) sí pueden decidir no continuar con el litigio al haber obtenido un acuerdo sobre las obligaciones reconocidas en el laudo, cuyo carácter de derecho privado patrimonial no se discute. Y añade: "con independencia de que la causa de pedir la anulación afecte al orden público o no, es lo cierto que la cuestión de fondo es jurídico privada y disponible". En consecuencia, negar a las partes esa capacidad dispositiva sobre el proceso, es contrario a la recta interpretación del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva proclamado en el art. 24 de la Constitución, al que se renuncia en un determinado momento sobre el principio de autonomía de la voluntad que inspira el mecanismo arbitral. Imponer —como se hizo— la decisión de la Sala, es una solución forzada, irrazonable y vulneró el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión» [FD 2º].

Para la Sala de lo Civil y de lo Penal «Teniendo en cuenta las consideraciones expuestas, no cabe otorgar otra solución a las actuaciones que atender íntegramente la pretensión que las partes suscribieron de forma conjunta en escrito de 28 (*sic*) de marzo de 2017 [en el Antecedente de Hecho Décimo séptimo de la Sentencia del TSJM n.º 33/2017, de 4 de mayo (96) , se recoge que es de 27 de marzo, e incluso en la parte dispositiva del propio Auto de 13 de julio de 2020], en el que reiteraban la pretensión de "archivo sin más trámite del procedimiento" por haber alcanzado un acuerdo extrajudicial sobre materia que así lo permite de acuerdo con nuestro ordenamiento jurídico» [FD 3º]. Sin hacer imposición de las costas que hubiesen podido causarse.

En cuanto al caso de la STC 17/2021, de 15 de febrero, la Sala de lo Civil y de lo Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sección 1ª) dicta la Sentencia 31/2021, de 21 de mayo (97) , por mayoría, de la que ha sido ponente el Magistrado Don Francisco José Goyena Salgado, que, tras examinar los motivos de anulación articulados, desestima la acción de anulación planteada contra el laudo dictado, con su aclaración y su complemento, y, por tanto, confirma el laudo. Todo ello teniendo muy presente la doctrina que emana de la STC de la que deriva.

Así, expone que «Más recientemente la STC 46/2020, de 15 de junio de 2020, sobre dicho concepto [se refiere al orden público] tiene establecido (...), y más adelante "La reciente sentencia del Tribunal Constitucional, de fecha 15 de febrero (Recurso de amparo 3956-2018, de la que trae causa la presente sentencia, concreta el concepto de orden público en relación al arbitraje". Y añade, "Al

respecto cabe complementar la doctrina ya expuesta con la de la recientísima STC de 15 de marzo de 2021 (recurso de amparo 976/2020), que consolida la línea interpretativa sentada en las anteriores dos sentencias"» [FD 4º] (98) .

En relación con el requisito de la motivación declara específicamente que «La respuesta dada por el Árbitro, desde el punto de vista externo, es decir sin entrar a valorar el mayor o menor acierto de la misma, en lo que la Sala no puede entrar, cumple suficientemente con el deber de motivación, conforme al canon que ha establecido la sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 15 de febrero de 2021 (99) , de la que trae causa la que ahora dicta la Sala, que por otra parte no se revela ni ilógico, ni arbitrario ni absurdo o representativo de una mera apariencia vacua de dicha motivación, por lo que debe ser refrendada por la Sala que ahora se pronuncia en el ámbito del procedimiento en el que nos encontramos» [FD 7º].

La Sala de lo Civil y de lo Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, desestima la demanda de anulación, con lo cual las costas se imponen a la parte actora del proceso de anulación, conforme al art. 394.1 LEC «al haber visto desestimada su pretensión de anulación» [FD 10º].

Lo que deriva del art. 42.1º LA que prevé que «La acción de anulación se sustanciará por los cauces del juicio verbal», sin perjuicio de las especialidades que se recogen en ese mismo artículo, y, por tanto, siendo de aplicación el art. 394 LEC «Condena en las costas de la primera instancia», en concreto su n.º 1, sin aplicar la excepción prevista en él, «salvo que el tribunal aprecie, y así lo razone, que el caso presentaba serias dudas de hecho o de derecho», dados los argumentos tan claros de la Sentencia del Tribunal Constitucional (100) , ahora seguidos por la Sentencia del Tribunal Autonómico.

A esta Sentencia, el Magistrado Don Jesús María Santos Vijande formuló un extensísimo voto particular en el que se manifiesta en el sentido de que

«Creo, en definitiva, que el Laudo, por razones en su día expuestas y por otras que no adujimos y/o no acertamos a expresar, debió ser anulado, pues conculca, a mi juicio de manera patente, el orden público procesal por déficit palmario de motivación en la valoración de la prueba y por arbitrariedad en la motivación de la decisión de fondo; el Laudo también infringe el orden público material tanto por lesionar la libertad de empresa del art. 38 CE —tal y como es entendida por el propio Tribunal Constitucional—, como por permitir, en la práctica, que se lleve a cabo la disolución de una sociedad de capital sin concurrir una causa legal ni estatutaria para ello. Tampoco puedo compartir la argumentación y la conclusión que la mayoría postula en relación con la imparcialidad del árbitro —FJ 9º— y el análisis del quebrantamiento por su parte del deber de revelación de circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas sobre su imparcialidad e independencia» [Preliminar].

Lo que llevaría a estimar la demanda de anulación, con imposición de costas a la parte demandada, según el Magistrado discrepante.

En el asunto de la STC 55/2021, de 15 de marzo, como las resoluciones impugnadas en el recurso de

amparo eran la Sentencia de la Sala de lo Civil y de lo Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid n.º 49/2018, de 13 de diciembre (101), y el auto de 5 de marzo de 2019 (102), este último Tribunal no pudo aplicar la doctrina emanada del Tribunal Constitucional sobre el particular en su STC 46/2020, de 15 de junio, al ser anteriores a ella aquellas resoluciones.

En este caso, la Sala de lo Civil y de lo Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sección 1ª) dicta el Auto n.º 7/2021, de 13 de abril (103), por mayoría, del que ha sido ponente el Magistrado Jesús María Santos Vijande. Es verdad que dicho Magistrado fue el ponente de la Sentencia originaria, la Sentencia de la Sala de lo Civil y de lo Penal (Sección 1ª) n.º 49/2018, de 13 diciembre (104), y también, como acabamos de decir, lo es del Auto que se dicta como consecuencia de la STC 55/2021, de 15 de marzo, cuando el art. 205.5 LOPJ establece que «Corresponderá al ponente, en los pleitos o causas que le hayan sido turnadas: (...) 5. Proponer los autos decisorios de incidentes, las sentencias y las demás resoluciones que hayan de someterse a discusión de la Sala o Sección, y redactarlos definitivamente, si se conformase con lo acordado», pero como no se conforma con lo acordado, como ocurre en el presente caso, ya que formula voto particular, con cual debe tenerse en cuenta el art. 206 LOPJ, que dispone que «1. Cuando el ponente no se conforme con el voto de la mayoría declinará la redacción de la resolución, debiendo formular motivadamente su voto particular. 2. En este caso, el Presidente encomendará la redacción a otro Magistrado y dispondrá la rectificación necesaria en el turno de ponencias para restablecer la igualdad en el mismo».

En el mencionado Auto n.º 7/2021, de 13 de abril (105), la Sala, en relación con la posibilidad de desistimiento en el proceso de anulación, se basa en la fundamentación de la STC 46/2020, de 15 de junio (106), y además «A lo anterior añade la STC de 15 de marzo que el desistimiento bilateral denegado era perfectamente admisible según el art. 20 LEC "al no existir ningún interés público ni privado afectado por el desistimiento" (107). Por la misma razón —no afectación de intereses públicos ni privados— niega la existencia de fraude de ley, que resultaría —al decir de la Sala— del intento de evitar el indeclinable deber de verificar, *ex art. 41.2 LA*, si el Laudo vulnera el orden público. Y es que, según la Sentencia Constitucional, el archivo anticipado del procedimiento "no creaba una situación contraria a la Ley, ni producía perjuicios para intereses públicos ni privados: (...) el Laudo resuelve un conflicto entre particulares y los criterios aplicados en el Laudo, aunque fueran erróneos (...) no crean un precedente de obligado cumplimiento, ni tienen mayor repercusión que entre las partes de este procedimiento"» [FD Único][texto destacado en el propio Auto].

La Sala en virtud a lo expuesto en el fundamento único de su Auto y de conformidad con la parte dispositiva de la STC 55/2021, de 15 de marzo, en aplicación del art. 20 LEC, acuerda sobreseer el procedimiento de nulidad que dio origen a este asunto, tal y como solicitaron las partes en sus correspondientes escritos, sin expresa imposición de las costas.

En su extenso voto particular, el Magistrado Don Jesús María Santos Vijande se manifiesta en el sentido de que lo sustenta

«... en una consideración que anticipo: creo que la Sala de la que formo parte, antes de proceder a dictar el Auto de archivo del procedimiento de nulidad supra referenciado, debió suscitar una cuestión prejudicial al TJUE, a los efectos de que éste determinase si, en las circunstancias del

caso, el desistimiento acordado por las partes es compatible con el principio de primacía del Derecho de la Unión. O, por mejor decir: si la preservación de una de las Libertades Fundamentales de la Unión —la libre competencia—, traducida en normas imperativas tanto de Derecho Primario como de Derecho Derivado a las que luego nos referiremos, consiente el desistimiento acordado por las partes en un procedimiento de anulación de Laudo, de forma tal que el Tribunal Nacional no pueda entrar a analizar si el Laudo vulnera dichas normas imperativas de acuerdo con una norma procesal habilitante al efecto —el art. 41.2 LA— y con lo que una de las partes expresamente suscitaba; o si, por el contrario, la preservación del antedicho principio y del Derecho imperativo de la Unión aludido entraña un interés general prevalente, que justifica la negativa del Tribunal Nacional a archivar la causa y su decisión de resolver sobre extremos como los expresados».

Concluyendo su voto particular con las preguntas que la Sala debió suscitar al TJUE.

En el caso de la STC 65/2021, de 15 de marzo, la Sala de lo Civil y de lo Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, ha dictado, por mayoría, la Sentencia 16/2021, de 21 de abril (108), de la que ha sido Ponente el Presidente, Magistrado Don Celso Rodríguez Padrón, en la que se declara que «Las Sentencias del Tribunal Constitucional 46/2020, de 15 de junio de 2020, 17/2021, de 15 de febrero de 2021; y la 65/2021, de 15 de marzo de 2021 inciden con especial rigor en la correcta delimitación del concepto de orden público, en clara advertencia contra su entendimiento expansivo. Resulta innecesario recordar con arreglo a estos criterios es como debe llevarse a la práctica la interpretación del ordenamiento jurídico a la luz del expreso mandato contenido en el art. 5.1º LOPJ». Y añade, «De la última de las Sentencias citadas —por ser la que ahora nos corresponde ejecutar— extractamos a continuación sus marcadores esenciales, pues es con arreglo a tales directrices como tendremos que abordar el proceso de nulidad que regresa a nuestra competencia de resolución». Estas directrices se refieren a «I. Consecuencias derivadas de la naturaleza del arbitraje» (109) y «II. Sobre el deber legal de motivación de los laudos arbitrales» (110). Y finaliza este Fundamento, «La peculiar naturaleza del arbitraje, de acuerdo con la interpretación que desarrolla el Tribunal Constitucional —y por eso nos vincula— tan solo puede llevar a la Sala a "controlar que se han cumplido las garantías del procedimiento arbitral y el respeto a los derechos y principios de defensa, igualdad, bilateralidad, contradicción y prueba; así como 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". (Último inciso del FJ 5)» [FD 4º].

También se expone en esta Sentencia del Tribunal Autonómico que «Por ello, tan solo podemos concluir que no podemos analizar la valoración decisiva arbitral en términos de coincidencia dada la imposibilidad de afrontar el análisis del laudo como si de una revisión jurisdiccional se tratase; es más: ni siquiera debemos abordar dicha decisión desde la óptica de la corrección jurídica bajo el punto de vista jurisdiccional» [FD 5º].

«En conclusión: una vez verificado que no se han producido infracciones procesales causantes de verdadera indefensión material, y que la motivación responde a un criterio explicado por los árbitros de acuerdo con su visión del problema, la limitación que se ciñe sobre esta Sala dada la

específica naturaleza del cauce arbitral de resolución de conflictos, cierra la posibilidad de invadir más contraste de criterios. Ello tan sólo procedería en los supuestos de advertencia patente de irracionalidad en la deducción de conclusiones, extremo que no resulta diáfano en general, ni —por supuesto— se da en el caso que ahora hemos reexaminado» [FD 5º].

La Sala determina que «Por todo ello, la demanda ha de ser desestimada [con lo que no ha lugar a la declaración de nulidad del laudo arbitral], procediéndose asimismo a la imposición de costas a la parte actora de las costas causadas, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil» [FD 6º].

En el extensísimo voto particular que formula el Magistrado Don Jesús María Santos Vijande manifiesta, como ya dijo en su voto particular formulado a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Civil y de lo Penal, Sección 1ª), n.º 31/2021, de 21 de mayo (111), y al que ya hemos hecho referencia, que «Estimo que la doctrina constitucional —la que se cita y la que en su conjunto ha emitido el TC— no restringe nuestra libertad de enjuiciamiento poco menos que hasta el punto de determinar nuestro fallo y la reconducción de nuestro juicio sobre la causa sometida a nuestra deliberación, tal y como expresa el FJ 5 [*sic*, dado que es el 4] de nuestra Sentencia». Y continúa el Magistrado discrepante

«Por el contrario, creo que el Laudo, si bien por razones que quizá no acertamos plenamente a expresar en su día, debe ser anulado, pues conculca, a mi juicio de manera patente, los principios de primacía y eficacia directa del Derecho de la Unión, en relación con las Directivas MIFID y con las consecuencias contractuales que de ellas se derivan, según jurisprudencia conteste del TJUE en su remisión al Derecho interno, sí, pero con admonición expresa de que ese Derecho interno haya de respetar los principios de eficacia y equivalencia del Derecho de la Unión, pues está en juego una materia que claramente integra el orden público económico de la Unión Europea cuando tutela el principio de buena fe y los derechos irrenunciables de los inversores no profesionales ante las entidades financieras».

Continúa dicho Magistrado indicando que

«Consignaré los parámetros de enjuiciamiento y las razones que expuse a la Sala el día 20 de abril de 2021 y que, a mi juicio, fundan el deber de anular el Laudo. Expondré mi discrepancia con la fundamentación de la Sentencia mayoritaria, que, con todo respeto lo digo, entiendo justifica su decisión en una concepción del orden público que no puedo compartir en su aplicación al caso, pues, en la práctica, convierte en quiméricas o irreales unas premisas de enjuiciamiento que, sin embargo, son invocadas con toda solemnidad no ya por esta Sala sino de un modo general: que el arbitraje, como equivalente jurisdiccional que es, no puede sustraerse a los preceptos, principios y derechos constitucionales, entre ellos los derechos fundamentales que son de inexcusable observancia e insoslayable control, real y efectivo, por parte de los Tribunales llamados a conocer de la acción de anulación; o que el arbitraje ha de respetar el Derecho imperativo de la Unión y/o sus principios esenciales, entre ellos los de eficacia directa y primacía... Tribunales de Justicia que inconcusamente estarían infringiendo el art. 24.1º CE al conocer de la acción de anulación si, verbigracia, no impidiesen mediante la declaración de nulidad que la motivación de un Laudo dé

carta de naturaleza a déficits de motivación constitucionalmente relevantes, pues entonces se desconoce, en la práctica, que el Tribunal de anulación ha de preservar que la fundamentación de los laudos —al igual que la de los órganos jurisdiccionales— responda a su más radical finalidad: garantizar la interdicción de la arbitrariedad».

El Magistrado Santos Vijande en sus «Parámetros de enjuiciamiento» se refiere a los que «delimitan el ámbito de nuestro enjuiciamiento en la acción de anulación cuando se invoca el art. 41.1º.f) LA» (...) «A) Sobre la "infracción del orden público", la "revisión de fondo del Laudo" y el ámbito propio de la acción de anulación concebida como "control formal o externo". Referencia a la infracción del orden público material: vulneración de normas y principios imperativos; orden público económico»; «B) La motivación del laudo, *ex art. 24.1 CE*, puede infringir el orden público procesal —y material—, como causas de anulación; referencia a la jurisprudencia sentada por las SSTC 46/2020, 17/2021, 55/2021 y 65/2021» [texto destacado en el propio voto particular].

Y concluye su voto particular,

«... la motivación del laudo incurre en una violación de los principios de primacía del Derecho de la Unión Europea —en relación esos principios con la aplicación efectiva de las Directivas MFID—, contiene una ratio decidendi que entraña en sí misma una contradictio in natura y que, a la vez, revela una contravención manifiesta de la doctrina de la Sala Primera que se dice aplicar, doctrina que en el caso integra en el Estado nacional, en España, las exigencias de eficacia y primacía del Derecho de la Unión implicado, tal y como expuse en su momento. Y es que "la óptica de la corrección jurídica" de que habla la Sentencia mayoritaria no puede ser obviada cuando están en juego la observancia de reglas y/o de principios imperativos —orden público material—, o cuando se sostienen conclusiones irracionales por sustentarse en doctrina jurisprudencial manifiestamente inaplicable al caso de acuerdo con esa propia doctrina —yerro palmario en la selección del presupuesto jurídico sobre el que se asienta la decisión; motivación patentemente errada, sin necesidad de elucubración alguna, que vulnera también el orden público procesal. Tal sucede, a mi juicio de manera inequívoca, en el presente caso».

Para dicho Magistrado, se debe estimar la demanda de anulación parcial de Laudo arbitral, anulando el Laudo «en lo tocante solo a la desestimación de la acción indemnizatoria... con expresa imposición a la demandada de las costas causadas en este procedimiento».

Además de los casos que traen causa de las SSTC 46/2020, de 15 de junio, 17/2021, de 15 de febrero, 55/2021 y 65/2021, de 15 de marzo, que hemos recogido anteriormente, también la Sala de lo Civil y de lo Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid se ha basado en la doctrina del Tribunal Constitucional en las siguientes Sentencias, entre otras.

En la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Civil y de lo Penal, Sección 1ª) n.º 32/2020, de 15 de diciembre (112), por unanimidad, de la que ha sido Ponente, el Presidente, Don Celso Rodríguez Padrón, ya se sigue la doctrina del Tribunal Constitucional, como no podía ser de otra manera, «en torno a la disponibilidad para las partes del objeto del proceso de anulación». Así, la Sala de lo Civil y lo Penal declara que «Esta sentencia [se refiere a la STC 46/2020, de 15 de junio]

introduce un giro trascendental en lo que había sido la tesis» que seguía aquella Sala [se refiere a la del Tribunal Superior de Justicia] y «que ha quedado reflejada en los precedentes párrafos, en torno a la disponibilidad para las partes del objeto del proceso de anulación» [FD 4º]. Y añade que «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» [FD 4º]. Y prosigue «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» [FD 5º]. Y concluye, «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» [FD 5º]. Por ello, la Sala de lo Civil y de lo Penal falla «Que debemos estimar y estimamos, la demanda interpuesta..., y por lo tanto declaramos que ha lugar a declarar la nulidad del laudo arbitral..., laudo que dejamos sin efecto en virtud del allanamiento del demandado en el presente proceso».

Dicha Sala de lo Civil y de lo Penal, por unanimidad, reitera el anterior criterio con los mismos argumentos en sus Sentencias nºs 1/2021 (113) y 2/2021 (114), de 19 de enero, de las que ha sido Ponente el Magistrado Don Francisco José Goyena Salgado (115).

Lo mismo sucede en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Civil y de lo Penal (Sección 1ª) nº 36/2021, de 26 de mayo (116), que se adopta por unanimidad, de la que ha sido Ponente el Magistrado Don Francisco José Goyena Salgado, en la que se trata de un allanamiento por la parte demandada en una acción de anulación al que se opone la parte actora. «Dicha oposición, negando virtualidad al allanamiento formulado de contrario tiene apoyo en las sentencias que cita de este Tribunal Superior de Justicia». Pues bien, se dice en la Sentencia «Siendo cierta la postura que mantenía al respecto esta Sala, conforme la cita de sentencias que señala la parte demandante, hay que poner de relieve el cambio de criterio, que sobre el tema del allanamiento, se ha producido en resoluciones posteriores de esta Sala». «Representativa del nuevo criterio, al menos mayoritario, de este Tribunal es la STSJM de fecha 15 de diciembre de 2020» [FD 4º].

Trayendo a colación la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 15 de diciembre de 2020 (117), destaca que «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 de acabamos de apuntar» [FD 4º], [también FD 4º de la STSJM de 15 de

diciembre de 2020].

Y añade, siguiendo a la STSJM de 15 de diciembre de 2020, que «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» [FD 4º], [también FD 4º de la STSJM de 15 de diciembre de 2020].

Y el Tribunal Autonómico madrileño, continúa, «Atendida la anterior fundamentación, la citada sentencia de esta Sala concluía [FD 4]:

«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. (...) 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» [FD 4º], [FD 5º de la STSJM de 15 de diciembre].

También la Sala de lo Civil y de lo Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid ha acogido la doctrina derivada de la reciente jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre otras cuestiones que no son la de la terminación anormal del proceso de anulación

Y finaliza la STSJM de 26 de mayo, «Con base en el criterio establecido en la citada STSJM de 15 de diciembre de 2020, resulta procedente la admisión del allanamiento formulado por la parte demandada al apreciarse que se ha realizado en el ejercicio de su libre derecho de autodeterminación, no apreciándose conculcación de las prevenciones establecidas en el art. 21.1º LEC. Con ello se da respuesta a la petición de anulación del laudo planteada por la parte demandante, máxime cuando es el único pronunciamiento, a salvo la desestimación a la nulidad parcial, que cabría dar por parte de la Sala, dado que este procedimiento no tiene por objeto sustituir lo resuelto por el Tribunal Arbitral por otro pronunciamiento de fondo» [FD 5º]. No procediendo hacer expresa imposición de las costas de este procedimiento, conforme al art. 395.1 LEC [FD 6º]. Con lo que la Sala falla que estima la demanda de anulación y en consecuencia anula y deja sin

efecto el laudo impugnado, sin hacer expresa imposición de las costas causadas en este procedimiento. [Destacado añadido en la propia Sentencia].

También la Sala de lo Civil y de lo Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid ha acogido la doctrina derivada de la reciente jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre otras cuestiones que no son la de la terminación anormal del proceso de anulación.

Así la STSJM (Sala de lo Civil y de lo Penal, Sección 1ª) n.º 25/2021, de 28 de abril (118), acoge, por unanimidad, la doctrina del Tribunal Constitucional en cuanto al orden público y la motivación de los laudos, con alguna desviación a la que haremos referencia más adelante, basándose en las SSTC 46/2020, de 15 de junio, 17/2021, de 15 de febrero, y 65/2021, de 15 de marzo, aunque no identifica a esta última por su número, sino por el número de su recurso de amparo.

El Tribunal Autonómico señala que la parte demandante alega como uno de los motivos de su acción de anulación «la imposibilidad de que la demandada [se entiende en el procedimiento arbitral] hiciera valer sus derechos (art. 41.1º.b)), sobre la base de haber incurrido el tribunal arbitral en "error patente en la valoración de la prueba". Y el Tribunal recoge que "A su vez, el desarrollo del motivo se plantea desde la falta de motivación del laudo respecto a la prueba y el citado error en la valoración de la prueba y su afectación a la efectividad judicial (*sic*)". Y destaca la Sala que "El motivo esgrimido, cabe decir ya de antemano, que está absolutamente forzado, ya que el desarrollo argumental basado en la falta de motivación y el error patente en la valoración de la prueba, no tienen encaje en el ap. 1 b) del art. 41 LA"» [FD 5º]. [Destacado añadido en la propia Sentencia].

Más adelante, se declara, en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, que «El citado motivo que puede dar lugar a la anulación del laudo contempla los siguientes supuestos: "Que no ha sido debidamente notificada [la parte] de la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales o no ha podido, por cualquier razón, hacer valer sus derechos". "Concretamente, la parte demandante se refiere al último supuesto del citado precepto, no haber podido hacer valer sus derechos". "Hay que partir de que la vulneración que se denuncia ha de producirse *ex ante* de dictarse el laudo arbitral, pues cuando las partes deben poder hacer valer sus derechos, es con ocasión del procedimiento arbitral: inicio y desarrollo del mismo, en el que deberán 'tratarse a las partes con igualdad y darse a cada una de ellas suficiente oportunidad de hacer valer sus derechos' (art. 24.1º LA)"» [FD 5º].

Y añade el Tribunal «sin que quepa incluir en el citado motivo la denuncia de falta de motivación o error en la valoración de la prueba, que tendría su encaje en otro motivo, el de infracción del orden público» [FD 5º].

En la acción de anulación se alega también la vulneración del orden público [art. 41.1º.f) LA] y en la Sentencia, al tratar de este motivo, cita la STC 46/2020, de 15 de junio, así como la STC 17/2021, de 15 de febrero, llevando a la Sala «a rechazar la denunciada vulneración» [FD 6º].

La Sala vuelve a ratificarse posteriormente que «la falta de motivación del Laudo y el error patente en la valoración de la prueba, que como decíamos, puede tener un mejor encaje en el presente

motivo [se refiere a "Que el laudo es contrario al orden público" —art 41.1º f) LA], cabe complementar la doctrina ya expuesta con la recientísima STC de 15 de marzo de 2021 (recurso de amparo 976/2020), que consolida la línea interpretativa sentada en las dos anteriores sentencias» [FD 6º], [las SSTC 46/2020, de 15 de junio y 17/2021, de 15 de febrero].

Nosotros consideramos sin embargo, que el encaje que realiza la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia no es el correcto, porque la falta de motivación y el error en la apreciación de la prueba al estar basados en el art. 37.4º LA, como se declara y puede deducirse de la reciente doctrina del Tribunal Constitucional, respectivamente, deberían denunciarse por la vía del art. 41.1º.d) LA *in fine* «Que la designación de los árbitros o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo entre las partes, salvo que dicho acuerdo fuera contrario a una norma imperativa de esta ley, o, a falta de dicho acuerdo, que no se han ajustado a esta ley», como ya hemos expuesto al tratar de la motivación del laudo (119), máxime cuando en la propia Sentencia se recoge lo que a continuación sigue de la STC 65/2021, de 15 de marzo, «En relación a la motivación del laudo esta última sentencia establece: "...el deber de motivación del laudo no surge del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1º CE), que sólo 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". "Ahora bien,...la motivación de los laudos no está prevista en la Constitución ni se integra en un derecho fundamental (art. 24 CE). Es una obligación de configuración legal del que bien podría prescindir el legislador sin alterar la naturaleza del sistema arbitral". Para más adelante, recogiendo la misma STC, "Asentado, 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...En consecuencia, la motivación de los laudos arbitrales carece de incidencia en el orden público"» [FD 6º]. [Destacados añadidos en la propia Sentencia].

Para la Sala de lo Civil y de lo Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, «El examen del laudo impugnado lleva a la Sala, a la luz de la doctrina expuesta, a rechazar las objeciones de falta de motivación del laudo, bastando al efecto para comprobar que sí existe la mera lectura del mismo, así como el error patente en la valoración de la prueba, máxime cuando esta alegación se apoya en la mera discrepancia que da la parte demandante al valor de la aportada a la misma». Vuelve a insistir dicho Tribunal en que «A juicio de la Sala no existe falta de motivación, ya sea porque el laudo carezca de ésta, ya por una sustantiva insuficiencia, irrazonabilidad o arbitrariedad», Y en cuanto a la impugnación de la incorrecta valoración de la prueba para la Sala «no llena las exigencias de la infracción del orden público, a los efectos de considerarlo vulnerado, pues no basta la mera alegación de la incorrecta valoración de la prueba, cuando con ello tan solo se plantea la mera discrepancia con la realizado por el órgano arbitral». [FD 6º].

La Sala de lo Civil y de lo Penal resuelve desestimando la demanda de anulación del laudo arbitral y confirmando tanto el laudo originario como el posterior que lo corrige, e imponiendo las costas causadas en este procedimiento a la parte demandante

IX. CONCLUSIÓN

En conclusión, que el Tribunal Constitucional haya precisado que el arbitraje se incardina en el art. 10 CE, en relación con el art. 1 CE; que la expresión equivalente jurisdiccional sólo es aplicable al arbitraje en cuanto a la eficacia de cosa juzgada del laudo; que el arbitraje de equidad debe ser decidido por consideraciones relativas a lo justo y equitativo; el requisito de la motivación de los laudos; el concepto de orden público todavía más; el ámbito de la acción de anulación contra el laudo; y el carácter dispositivo de su objeto, hace que sean más previsibles las resoluciones de nuestros tribunales en materia arbitral, especialmente de la Sala de lo Civil y de lo Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, ganando con ello el arbitraje una mayor seguridad jurídica.

Por tanto, este cuarteto de Sentencias del Tribunal Constitucional, a las que nos hemos referido fundamentalmente, supone un respaldo decidido y claro por el arbitraje y, por tanto, de la consolidación de este medio alternativo (120) de resolución de controversias en España, tanto respecto del arbitraje comercial internacional para que nuestro país sea elegido con más asiduidad sede de arbitrajes de esa naturaleza, como respecto del arbitraje doméstico en cuanto a la Comunidad Autónoma de Madrid, y, en particular, a la ciudad de Madrid, al haber anulado la doctrina que emanaba del Tribunal Superior de Justicia de dicha Comunidad en materia arbitral respecto de las cuestiones sobre las que se ha pronunciado el Alto Tribunal y, de las que, el Tribunal autonómico en las acciones de anulación de las que conoce ya se va haciendo eco, principalmente, dando lugar a la terminación anticipada del proceso de anulación por el carácter dispositivo del objeto del proceso civil con carácter general.

Es un problema resuelto (121), en nuestra opinión, aunque no definitivamente, porque es posible que surjan nuevas cuestiones que se planteen ante los Tribunales Superiores de Justicia que requerirán la correspondiente solución, pero con la aplicación de la doctrina emanada de nuestro Tribunal Constitucional, esencialmente del cuarteto de sentencias a las que nos hemos referido, sin descontar toda la doctrina del Alto Tribunal sobre el arbitraje, con lo que, con esas nuevas perspectivas, los problemas que se puedan plantear serán ocasiones muy contadas (122), lo que nos hace ver un halo de esperanza de cara al futuro, al seguir los órganos competentes en el conocimiento de las acciones de anulación de los laudos los criterios ortodoxos. Eso es lo que prevemos y deseamos.

BIBLIOGRAFÍA

ALBANÉS MEMBRILLO, A., «Arbitraje y Constitución. (Consideraciones en torno a la Sentencia del Tribunal Constitucional 1/2018, de 11 enero 2018)», *Arbitraje. Revista de arbitraje comercial y de inversiones*, vol. XI, n.º 1, 2018, pp. 219-227.

ALONSO PUIG, J.M., «Despejadas las dudas en orden a la seguridad jurídica del arbitraje en España y a su posición como sede internacional», *El proceso arbitral en España a la luz de la doctrina del Tribunal Constitucional*, Coordinador José Carlos Fernández Rozas, CIMA (Corte Civil y Mercantil de Arbitraje) y Wolters Kluwer, Madrid, 2021, pp. 37-41, y en *Nuevos derroteros del arbitraje en España a la luz de la doctrina reciente del Tribunal Constitucional*, en la *Revista La Ley: Mediación y Arbitraje*, Especial Monográfico, n.º 6, abril, 2021, pp. 21-25.

ÁLVAREZ SÁNCHEZ DE MOVELLÁN, P., *La anulación del laudo arbitral. El proceso arbitral y su impugnación*, Comares, Granada, 1996, 438 pp.

ANGELL, J., «A propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional de 15 de febrero de 2021: anulación de laudos con base en el orden público», *Spain Arbitratio Review. Revista del Club Español del Arbitraje*, n.º 40/2021, pp. 173-177.

BARRIGA, A., «España da un paso de gigante y decisivo en su apuesta por el arbitraje tras la sentencia del TC de España del 15 de junio de 2020», en el *Blog de Íscar Abogados*, del 25 de junio de 2020, que se puede consultar en <https://www.iscarbitraje.com/2020/06/25/espana-paso-gigante-decisivo-arbitraje-sentencia-tribunal-constitucional-15-junio-2020/>.

BRAVO ABOLAFIA, L. y CHINI, B., «Arbitraje y orden público en la acción de anulación de laudos arbitrales: Reseña de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 15 de febrero de 2021», en *Gamero & Bravo Abogados*, que puede consultarse en https://www.gamero bravo.com/wp-content/uploads/2021/02/Arbitraje-y-orden-publico_STC-15-febrero-2021.pdf.

BRUNET, J.M., «El Tribunal Constitucional blindo el sistema de arbitraje», en *El País*, del 19 de febrero de 2021, que puede consultarse en <https://elpais.com/economia/2021-02-19/el-tribunal-constitucional-blinda-el-sistema-de-arbitraje.html#:~:text=Los%20jueces%20del%20Constitucional%20sentenciaron,proceso%2C%20pero%20no%20al%20contenido.>

CAINZOS, J.A., «Arbitraje: una sentencia muy oportuna del Tribunal Constitucional», en *Expansión*, del 3 de julio de 2020, que se puede consultar en <https://www.expansion.com/juridico/opinion/2020/07/03/5efe219b468aeb4e238b4629.html>

CAINZOS, J.A., «El Constitucional ha dado un claro espaldarazo al arbitraje», en *Conflegal*, del 8 de marzo de 2021, que puede consultarse en <https://conflegal.com/20210225-opinion-el-constitucional-ha-dado-un-claro-espaldarazo-al-arbitraje/>.

CAMPO VILLEGAS, J., *La anulación del laudo por infracción del orden público*, Thomson Reuters-Aranzadi, Navarra, 2019, 360 pp.

CANALS VAQUER, R., «La falta de motivación del laudo como motivo de su impugnación por infracción del orden público», en *Arbitraje. Revista de arbitraje comercial y de inversiones*, vol. XI, n.º 2, 2018, pp. 547-554.

CARNELUTTI, F., *Sistema de Derecho Procesal Civil, Tomo I, Introducción y función del proceso civil*, trad. Niceto Alcalá Zamora y Castillo y Santiago Sentís Melendo), Uteha, Argentina, Buenos Aires, 1944, 598 pp.

CASANUEVA, I., «El Constitucional anula una sentencia del TSJM que declaró la nulidad de un laudo pese a la petición de archivo de las partes», en *Conflegal*, del 26 de junio de 2020, que puede consultarse en <https://conflegal.com/20200626-el-constitucional-anula-una-sentencia-del-tsjm->

que-declaro-la-nulidad-de-un-laudo-pese-a-la-peticion-de-archivo-de-las-partes/.

CASES & LACAMBRA, «Legal Flash! "Sentencia del Tribunal Constitucional de 15 de febrero de 2021"», que puede consultarse en <https://www.caseslacambra.com/espana/es/legal-flash-sentencia-del-tribunal-constitucional-de-15-de-febrero-de-2021/>.

CLIFFORD CHANCE, «El Tribunal Constitucional delimita de nuevo la noción de orden público para impedir una revisión de la valoración de la prueba en el procedimiento de anulación», que puede consultarse en <https://www.cliffordchance.com/briefings/2021/02/el-tribunal-constitucional-delimita-de-nuevo-la-nocion-de-orden-.html>.

CREMADES, B.M., «El arbitraje, ¿equivalente jurisdiccional?», en *El arbitraje y la buena administración de la Justicia. Libro conmemorativo del 30 Aniversario de la Corte Civil y Mercantil de Arbitraje (CIMA)*, Coordinadores Francisco Ruiz Risueño y José Carlos Fernández Rozas, CIMA-Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 43-50.

CREMADES, B.M., «Firme afianzamiento del arbitraje en la doctrina constitucional española. Comentarios a la Sentencia del Tribunal Constitucional de 15 de febrero de 2021», en *El proceso arbitral en España a la luz de la doctrina del Tribunal Constitucional*, Coordinador José Carlos Fernández Rozas, CIMA (Corte Civil y Mercantil de Arbitraje) y Wolters Kluwer, Madrid, 2021, pp. 81-87, y en *Nuevos derroteros del arbitraje en España a la luz de la doctrina reciente del Tribunal Constitucional*, en la *Revista La Ley: Mediación y Arbitraje*, n.º 6, Especial Monográfico, abril, 2021, pp. 62-68.

DE LOS SANTOS, C., «Regreso a la normalidad arbitral. Sentencias del Tribunal Constitucional de 15 de junio de 2020 y 15 de febrero de 2021», en *El proceso arbitral en España a la luz de la doctrina del Tribunal Constitucional*, Coordinador José Carlos Fernández Rozas, CIMA (Corte Civil y Mercantil de Arbitraje) y Wolters Kluwer, Madrid, 2021, pp. 89-94, y en *Nuevos derroteros del arbitraje en España a la luz de la doctrina reciente del Tribunal Constitucional*, en la *Revista La Ley: Mediación y Arbitraje*, Especial Monográfico, abril, 2021|06, pp. 69-75.

DE PALACIO, U., «El constitucional rescata la autonomía del arbitraje», en *El proceso arbitral en España a la luz de la doctrina del Tribunal Constitucional*, Coordinador José Carlos Fernández Rozas, CIMA (Corte Civil y Mercantil de Arbitraje) y Wolters Kluwer, Madrid, 2021, pp. 99-103, y en *Nuevos derroteros del arbitraje en España a la luz de la doctrina reciente del Tribunal Constitucional*, en la *Revista La Ley: Mediación y Arbitraje*, Especial Monográfico, abril, 2021|06, pp. 79-83.

DEL ROSAL, P., «El Constitucional blinda el arbitraje: tercer fallo contra las anulaciones del TSJ de Madrid», en *El Confidencial*, 26 de marzo de 2021, que puede consultarse en https://www.elconfidencial.com/juridico/2021-03-26/tercer-fallo-del-tc-contra-nulidades-laudos_3008168/.

FERNÁNDEZ PÉREZ, A., *El arbitraje entre la autonomía de la voluntad de las partes y el control judicial*, Barcelona, Bosch Editor, 2017, 302 pp.

FERNÁNDEZ PÉREZ, A., «La acción de anulación de los laudos recupera sus perfiles privativos», en *El proceso arbitral en España a la luz de la doctrina del Tribunal Constitucional*, Coordinador José Carlos Fernández Rozas, CIMA (Corte Civil y Mercantil de Arbitraje) y Wolters Kluwer, Madrid, 2021, pp. 109-115. y en *Nuevos derroteros del arbitraje en España a la luz de la doctrina reciente del Tribunal Constitucional*, en la *Revista La Ley Mediación y Arbitraje*, Especial Monográfico, abril, 2021|06, pp. 91 -94.

FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., «Contravención al orden público como motivo de anulación del laudo arbitral en la reciente jurisprudencia española», en *Arbitraje. Revista de arbitraje comercial y de inversiones*, vol. VIII, n.º 3, 2015, pp. 823-852.

FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., «El ensanchamiento del concepto de "orden público" que realiza el TSJ para llevar a cabo una revisión de fondo del litigio por el órgano judicial, pertenece en esencia sólo a los árbitros, y desborda el alcance de la acción de anulación (STC 15 de junio de 2020)», en *El Blog de José Carlos Fernández Rozas*, del 25 de junio de 2020, que puede consultarse en <https://fernandezrozas.com/2020/06/25/el-ensanchamiento-del-concepto-de-orden-publico-que-realiza-el-tsj-para-llevar-a-cabo-una-revision-de-fondo-del-litigio-por-el-organ-judicial-pertenece-en-esencia-solo-a-los-arbitros-y-desbord/>.

FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., «El Tribunal Constitucional respalda el arbitraje», en *Cinco Días*, del 1 de marzo de 2021, que se puede consultar en https://cincodias.elpais.com/cincodias/2021/02/25/legal/1614251956_981179.html.

FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., «El Tribunal Constitucional restablece la ortodoxia en el control judicial de los laudos arbitrales», en *El proceso arbitral en España a la luz de la doctrina del Tribunal Constitucional*, Coordinador José Carlos Fernández Rozas, CIMA (Corte Civil y Mercantil de Arbitraje) y Wolters Kluwer, Madrid, 2021. pp. 117-123, y en *Nuevos derroteros del arbitraje en España a la luz de la doctrina reciente del Tribunal Constitucional*, en la *Revista La Ley Mediación y Arbitraje*, Especial Monográfico, abril, 2021|06 , pp. 95-100.

FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., «El Tribunal Constitucional se pronuncia contra la doctrina del TSJ de Madrid fijando el ámbito del orden público y el deber de motivación en el sistema arbitral (STC 1ª 15 febrero 2021), en *El Blog de José Carlos Fernández Rozas*, que se puede consultar en <https://fernandezrozas.com/2021/02/18/el-tribunal-constitucional-se-pronuncia-contr-la-doctrina-del-tsj-de-madrid-fijando-el-ambito-del-orden-publico-y-deber-de-motivacion-en-el-sistema-arbitral-stc-1a-15-febrero-2021/>.

FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., «Presentación», en *El proceso arbitral en España a la luz de la doctrina del Tribunal Constitucional*, Coordinador José Carlos Fernández Rozas, CIMA (Corte Civil y Mercantil de Arbitraje) y Wolters Kluwer, Madrid, 2021, pp. 23-25, y «Editorial», en *Nuevos derroteros del arbitraje en España a la luz de la doctrina reciente del Tribunal Constitucional*, en la *Revista La Ley Mediación y Arbitraje*, Especial Monográfico, abril, 2021|06, pp. 10 -12.

FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., «Riesgos de la heterodoxia en el control judicial de los laudos arbitrales»,

en *Diario La Ley*, Año XXXVI — n.º 8537, martes 12 de mayo de 2015, pp. 1-9.

FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., y Fernández Pérez, A., *Diez años de Jurisprudencia Arbitral en España. Tras la modificación de 2011 de la Ley de Arbitraje de 2003*, Thomson Reuters, Aranzadi, Navarra, 2021, 1.642 pp.

FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., SÁNCHEZ LORENZO, S.A., y STAMPA, G., *Principios generales del arbitraje*, Tirant lo Blanch, CIMA, Corte Civil y Mercantil de Arbitraje, Valencia, 2018, pág. 460.

FERNÁNDEZ-ARRESTO, J., y BRIONES MARTÍN, A., «Reflexiones a raíz de la sentencia del Tribunal Constitucional de 15 de febrero de 2021», en *El proceso arbitral en España a la luz de la doctrina del Tribunal Constitucional*, Coordinador José Carlos Fernández Rozas, CIMA (Corte Civil y Mercantil de Arbitraje) y Wolters Kluwer, Madrid, 2021, pp. 105 -110, y en *Nuevos derroteros del arbitraje en España a la luz de la doctrina reciente del Tribunal Constitucional*, en la *Revista La Ley: Mediación y Arbitraje*, n.º 6, Especial Monográfico, abril, 2021, pp. 84-90.

GARCÍA PAREDES, A., «El Arbitraje, ¿tutela judicial o tutela jurídica? (Una visión post-judicial)», en *Spain Arbitration Review. Revista del Club Español del Arbitraje*, n.º 41/2021, pp. 9-19.

GARCÍA TORRES, J., «Paradojas constitucionales del arbitraje: A propósito de la Sentencia del Tribunal Constitucional 1/2018 y sus votos particulares», en *El arbitraje y la buena Administración de Justicia. Libro conmemorativo del 30 Aniversario de la Corte Civil y Mercantil de Arbitraje (CIMA)*, Coordinadores Francisco Ruiz Risueño y José Carlos Fernández Rozas, CIMA (Corte Civil y Mercantil de Arbitraje), Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 63-77.

GOLDSCHMIDT, J., *Derecho Procesal Civil*, traducción de la Segunda edición alemana y del Código Procesal civil alemán, incluido como apéndice por Leonardo Prieto Castro, con anotaciones sobre la doctrina y la legislación española por Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, Editorial Labor, Barcelona, 1956, 916 pp.

GUASP, J., *El arbitraje en el Derecho español*, Bosch, Barcelona, 1956, 171 pp.

HERNÁNDEZ-GIL ÁLVAREZ CIENFUEGOS, A., «Proceso judicial y proceso arbitral», en *El arbitraje y la buena Administración de Justicia. Libro conmemorativo del 30 Aniversario de la Corte Civil y Mercantil de Arbitraje (CIMA)*, Coordinadores Francisco Ruiz Risueño y José Carlos Fernández Rozas, CIMA (Corte Civil y Mercantil de Arbitraje), Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 97-112.

HIERRO, A., «Deber de motivación de los árbitros. A propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional de 15 de febrero de 2021», en *El proceso arbitral en España a la luz de la doctrina del Tribunal Constitucional*, Coordinador José Carlos Fernández Rozas, CIMA (Corte Civil y Mercantil de Arbitraje) y Wolters Kluwer, Madrid, 2021, pp. 139-143, y en *Nuevos derroteros del arbitraje en España a la luz de la doctrina reciente del Tribunal Constitucional*, en la *Revista La Ley: Mediación y Arbitraje*, n.º 6, Especial Monográfico, abril, 2021, pp. 115-119.

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*, septiembre/octubre 2020, n.º 93, pp. 56-63.

HINOJOSA SEGOVIA, R., «Comentario a la STC 17/2021, de 15 de febrero. El Tribunal Constitucional se pronuncia de nuevo concretando el ámbito de la acción de anulación contra los laudos arbitrales», en *El Notario del Siglo XXI. Revista del Ilustre Colegio Notarial de Madrid*, marzo-abril, 2021, n.º 96, pp. 74-80.

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 Tribunal Superior de Justicia de Madrid», en *El Notario del Siglo XXI. Revista del Ilustre Colegio Notarial de Madrid*, mayo-junio, 2021, n.º 97, pp. 82-87.

HINOJOSA SEGOVIA, R., *El recurso de anulación contra los laudos arbitrales. (Estudio jurisprudencial)*, Madrid, Edersa, 1991, 676 pp.

HINOJOSA SEGOVIA, R., «El Tribunal Constitucional pone límites al concepto de "orden público" en la anulación de los laudos arbitrales», en el *Blog Hay Derecho*, del 7 de julio de 2020, que puede consultarse en <https://hayderecho.expansion.com/2020/07/07/el-tribunal-constitucional-pone-limites-al-concepto-de-orden-publico-en-la-anulacion-de-los-laudos-arbitrales/>.

HINOJOSA SEGOVIA, R., Ponencia sobre «El Proyecto de Ley de reforma de la Ley de Arbitraje», en el Encuentro «El Arbitraje y su Problemática Actual», organizado por el Servicio de Formación Continua de la Escuela Judicial del Consejo General del Poder Judicial en Madrid, el 1 de octubre de 2010. Texto inédito.

HINOJOSA SEGOVIA, R., «Precisiones del Tribunal Constitucional sobre el ámbito de acción de anulación contra los laudos arbitrales. Comentario de la Sentencia del Tribunal Constitucional 17/2021, de 15 de febrero», en *El proceso arbitral en España a la luz de la doctrina del Tribunal Constitucional*, Coordinador José Carlos Fernández Rozas, CIMA (Corte Civil y Mercantil de Arbitraje) y Wolters Kluwer, Madrid, 2021, pp. 145-150, y en *Nuevos derroteros del arbitraje en España a la luz de la doctrina reciente del Tribunal Constitucional*, en la *Revista La Ley: Mediación y Arbitraje*, n.º 6, Especial Monográfico, abril, 2021, pp. 120-126.

HINOJOSA SEGOVIA, R., «Título VII. De la anulación y de la revisión del laudo (Arts. 40-43)», en *Comentario a la Ley de Arbitraje* [Coordinadores Alberto de Martín Muñoz y Santiago Hierro Anibarro], Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2006, pp. 507-571.

ÍSCAR DE HOYOS, J., «Detrás de una gran sentencia siempre hay un gran abogado/a», en *El proceso arbitral en España a la luz de la doctrina del Tribunal Constitucional*, *El proceso arbitral en España a la luz de la doctrina del Tribunal Constitucional*, Coordinador José Carlos Fernández Rozas, CIMA (Corte Civil y Mercantil de Arbitraje) y Wolters Kluwer, Madrid, 2021, pp. 157-160, y en *Nuevos derroteros del arbitraje en España a la luz de la doctrina reciente del Tribunal Constitucional*, en la *Revista La Ley: Mediación y Arbitraje*, n.º 6, Especial Monográfico, abril, 2021, pp. 134-137.

JULIÀ INSENSER, J.M., «Un respiro para el arbitraje», en la *Revista La Ley: Mediación y Arbitraje*, n.º 7,

abril-Junio 2021, pp. 258-264.

LALAGUNA, M., «STC de 15 de junio de 2020: una sentencia favorable al principio de voluntad de las partes y a los medios alternativos de solución de controversias», *post jurídico en CMS*, de julio de 2020, puede consultarse en <https://cms.law/es/esp/publication/stc-de-15-de-junio-de-2020-una-sentencia-favorable-al-principio-de-autonomia-de-voluntad-de-las-partes-y-a-los-medios-alternativos-de-solucion-de>.

LORCA NAVARRETE, A.M., «A la búsqueda de la anulación del laudo arbitral por vulneración del orden público económico», *Diario La Ley*, Año XXXVI, n.º 8615, martes, 30 de septiembre de 2015, pp. 1-9.

LORCA NAVARRETE, A.M., en «Con el alborozo. A propósito del superárbitro jurisdiccional», *Boletín de Noticias de la Corte Vasca de Arbitraje*, n.º 177, de 2 de julio de 2021, pp. 1-5.

LORCA NAVARRETE, A. M., «Una vez más el Tribunal Superior de Justicia de Madrid sufre el correctivo del Tribunal Constitucional en su trayectoria de anulaciones de laudos arbitrales», en el *Boletín de Noticias de la Corte Vasca de Arbitraje*, del 19 de febrero de 2021, que se puede consultar en <http://www.cortevascadearbitraje.com/una-vez-mas-tribunal-superior-justicia-madrid-sufre-correctivo-tribunal-constitucional-trayectoria>.

MANZANEDO, F., y TALLÓN, F., «Un respaldo decisivo al arbitraje en España», en *CincoDías*, del 7 de julio de 2020, puede consultarse en https://cincodias.elpais.com/cincodias/2020/07/06/opinion/1594034501_587460.html.

MERINO MERCHÁN, J.F., «Principio dispositivo y acción de anulación», en *Arbitraje. Revista de arbitraje comercial y de inversiones*, vol. X, 2017 (3), pp. 780-798, y también en la Ponencia «La renuncia a la acción de anulación *ex ante* y *ex post* del procedimiento de control », presentada en la Tercera Mesa «Relaciones entre jueces y árbitros», en el «IX Congreso de las Instituciones Arbitrales», celebrado en el Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, el 22 de febrero de 2019. Texto inédito [s.e.u.o., por nuestra parte].

MERINO MERCHÁN, J.F., «Punto final al ejercicio exorbitante del control judicial del laudo. Sentencia del Tribunal Constitucional de 15 de febrero de 2021, en *El proceso arbitral en España a la luz de la doctrina del Tribunal Constitucional*, Coordinador José Carlos Fernández Rozas, CIMA (Corte Civil y Mercantil de Arbitraje) y Wolters Kluwer, Madrid, 2021, pp. 181-184, y en *Nuevos derroteros del arbitraje en España a la luz de la doctrina reciente del Tribunal Constitucional*, en la *Revista La Ley: Mediación y Arbitraje*, n.º 6, Especial Monográfico, abril, 2021, pp. 156-159.

MERINO MERCHÁN, J.F., «Similitud y disimilitudes entre juzgar y laudar: sentencia vs laudo», *Revista La Ley: Mediación y Arbitraje*, n.º 2, abril-Junio 2020, pp. 31-46.

MESONES, J., «Madrid ultima la creación de una Corte de Arbitraje mundial de la construcción», en *El Economista.es*, 28 de septiembre de 2020, que puede consultarse en <https://www.eleconomista.es/empresas-finanzas/noticias/10793723/09/20/Madrid-ultima-la->

creacion-de-una-Corte-de-Arbitraje-mundial-de-la-construccion.html.

PINTÓ SALA, J.J., «Espaldarazo del Tribunal Constitucional al arbitraje en España», en *El proceso arbitral en España a la luz de la doctrina del Tribunal Constitucional*, Coordinador José Carlos Fernández Rozas, CIMA (Corte Civil y Mercantil de Arbitraje) y Wolters Kluwer, Madrid, 2021, pp. 195-198, y en *Nuevos derroteros del arbitraje en España a la luz de la doctrina reciente del Tribunal Constitucional*, en la *Revista La Ley: Mediación y Arbitraje*, n.º 6, Especial Monográfico, abril, 2021, pp. 169-172.

REMÓN, J., «El arbitraje ante el Tribunal Constitucional», en *El arbitraje y la buena Administración de Justicia. Libro conmemorativo del 30 Aniversario de la Corte Civil y Mercantil de Arbitraje (CIMA)*, Coordinadores Francisco Ruiz Risueño y José Carlos Fernández Rozas, CIMA (Corte Civil y Mercantil de Arbitraje), Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 51-62.

REMÓN, J., «El arbitraje en España y su pleno reconocimiento en la doctrina constitucional. A propósito de la Sentencia del Tribunal Constitucional 17/2021, de 15 de febrero», en *El proceso arbitral en España a la luz de la doctrina del Tribunal Constitucional*, Coordinador José Carlos Fernández Rozas, CIMA (Corte Civil y Mercantil de Arbitraje) y Wolters Kluwer, Madrid, 2021, pp. 205-217, y en *Nuevos derroteros del arbitraje en España a la luz de la doctrina reciente del Tribunal Constitucional*, en la *Revista La Ley: Mediación y Arbitraje*, n.º 6, Especial Monográfico, abril, 2021, pp. 179-191.

RUIZ RISUEÑO, F., «Arbitraje y función jurisdiccional», en *Arbitraje. Revista de arbitraje comercial y de inversiones*, vol. XII, n.º 1, 2019, pp. 109-134.

SALA SÁNCHEZ, P., «Analogías y diferencias entre laudos arbitrales y sentencias judiciales», en *El laudo arbitral*, Coordinadores Francisco Ruiz Risueño y José Carlos Fernández Rozas, Tirant lo Blanch, CIMA (Corte Civil y Mercantil de Arbitraje), Valencia 2021, pp. 27-41.

SALA SÁNCHEZ, P., «El principio de mínima intervención judicial en el arbitraje y su terminante reconocimiento en las Sentencias del Tribunal Constitucional 46/2020, de 15 de junio, y 17/2021, de 15 de febrero», en *El proceso arbitral en España a la luz de la doctrina del Tribunal Constitucional*, Coordinador José Carlos Fernández Rozas, CIMA (Corte Civil y Mercantil de Arbitraje) y Wolters Kluwer, Madrid, 2021, pp. 27-35, y en *Nuevos derroteros del arbitraje en España a la luz de la doctrina reciente del Tribunal Constitucional*, en la *Revista La Ley: Mediación y Arbitraje*, n.º 6, Especial Monográfico, abril, 2021, pp. 13-20.

SALA SÁNCHEZ, P., «El principio de mínima intervención judicial en el arbitraje y sus principales manifestaciones», en *Arbitraje. Revista de arbitraje comercial y de inversiones*, vol. IX, n.º 2, 2016, pp. 333-367.

SÁNCHEZ, L.J., «El Constitucional tumba una sentencia del TSJM, que anuló un laudo dictado en equidad, y valida la decisión del tribunal arbitral», en *Confilegal*, del 1 de marzo de 2021, que se puede consultar en <https://confilegal.com/20210219-el-tc-anula-una-sentencia-del-tsjm-sobre-el->

control-judicial-de-los-laudos-y-advierte-que-no-puede-sustituirse-la-labor-del-tribunal-arbitral/#:~:text=El%20Constitucional%20tumba%20una%20sentencia%20del%20TSJM%2C%20que%20anul%3%B3%20un,arbitrales%20opor%20los%20tribunales%20jurisdiccionales.

SÁNCHEZ LORENZO, S.A., «Anulación parcial de un laudo en equidad contrario al orden público por falta de motivación: la mal entendida equivalencia jurisdiccional», en la *Revista La Ley: Mediación y Arbitraje*, n.º 7, abril-Junio, 2021, pp. 350-365.

SÁNCHEZ LORENZO, S.A., «Motivación del laudo», en *El laudo arbitral*, Coordinadores Francisco Ruiz Risueño y José Carlos Fernández Rozas, Tirant lo Blanch, CIMA (Corte Civil y Mercantil de Arbitraje), Valencia 2021, pp. 311-328.

SÁNCHEZ LORENZO, S.A., «La Sentencia del Tribunal Constitucional de 15 de febrero de 2021, o qué hay de verdad en la "equivalencia jurisdiccional" del arbitraje», en *El proceso arbitral en España a la luz de la doctrina del Tribunal Constitucional*, Coordinador José Carlos Fernández Rozas, CIMA (Corte Civil y Mercantil de Arbitraje) y Wolters Kluwer, Madrid, 2021, pp. 227-230, y en *Nuevos derroteros del arbitraje en España a la luz de la doctrina reciente del Tribunal Constitucional*, en la *Revista La Ley: Mediación y Arbitraje*, nº6, Especial Monográfico, abril, 2021, pp. 199-202.

SANDERSON, C., «Spanish ruling curbs judicial review of awards», en *Global Arbitration Review*, del 20 de julio de 2020, que puede consultarse en https://globalarbitrationreview.com/print_article/gar/article/1229088/spanish-ruling-curbs-judicial-review-of-awards?print=true.

SCHUMANN BARRAGÁN, G., «Comentario a la STC 1/2018, de 11 de enero (Pleno), sobre la inconstitucionalidad del art. 73 (sic).E de la Ley del Contrato de Seguro», en *Foro. Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales, Nueva época*, vol. 21, n.º 1/Año 2018, pp. 395-420.

SORIANO HINOJOSA, A., «El arbitraje de nuevo ante el Tribunal Constitucional ¿cambio de fundamento último constitucional?», en *Arbitraje. Revista de arbitraje comercial y de inversiones*, vol. XI, n.º 1, 2018, pp. 229-254.

STAMPA, G., «Comentario a las Sentencias de la Sala de lo Civil y de lo Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 28 de enero de 2015, de 6 de abril de 2015 y de 14 de abril de 2015», en *Diario La Ley*, Año XXXVI — n.º 8537, martes, 12 de mayo de 2015, pp. 14-19.

STAMPA, G., «El Tribunal Constitucional advierte acerca de la incorrección que supone la aplicación maximalista e indiscriminada del concepto de orden público en el desarrollo de la función de control judicial del laudo. Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Constitucional, de 15 de junio de 2020», en la *Revista La Ley: Mediación y Arbitraje*, n.º 3, julio-Septiembre 2020, pp. 21 y 27.

TEJADA, A., y JULIANI, J., «La anulación de los laudos por insuficiencia de motivación (arbitrariedad)», en la página web del Despacho Cremades, 1 de marzo de 2018, 20 pp., que puede consultarse en <https://www.cremades.com/es/publicaciones/la-anulacion-de-los-laudos-por-insuficiencia-de-motivacion-arbitrariedad/>.

VIDAL MONFERRER, R.M., «Con ustedes la Sentencia del Tribunal Constitucional de 15 de febrero de 2021, ¿y ahora qué?», en *El proceso arbitral en España a la luz de la doctrina del Tribunal Constitucional*, Coordinador José Carlos Fernández Rozas, CIMA (Corte Civil y Mercantil de Arbitraje) y Wolters Kluwer, Madrid, 2021, pp. 249-253, y en *Nuevos derroteros del arbitraje en España a la luz de la doctrina reciente del Tribunal Constitucional*, en la *Revista La Ley: Mediación y Arbitraje*, n.º 6, Especial Monográfico, abril, 2021, pp. 220-224.

XIOL RÍOS, J.A., «Comentario al Título VII. De la anulación y de la revisión del laudo», en *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, Coordinado [sic] por Carlos González-Bueno, Consejo General del Notariado, Madrid, 2014, pp. 787-878.

ZARAGOZA TORIBIO, S., «El orden público económico en el arbitraje desde la perspectiva jurisprudencial», en *Arbitraje. Revista de arbitraje comercial y de inversiones*, vol. XI, n.º 2, 2018 pp. 555-574.

ZARZALEJOS, A., «El Constitucional hace historia tras ajustar el control de los jueces sobre los laudos», en *Vozpópuli*, del 26 de junio de 2020, que puede consultarse en https://www.vozpopuli.com/economia-y-finanzas/constitucional-sentencia-arbitraje_o_1367564361.html.

ZARZALEJOS, A., «El Tribunal Constitucional prohíbe a los jueces "rejuzgar" los laudos arbitrales» en *Vozpópuli*, del 18 de febrero de 2021, que se puede consultar en <https://www.vozpopuli.com/espana/tribunal-constitucional-arbitraje.html#:~:text=El%20Tribunal%20Constitucional%20proh%C3%ADbe%20a%20los%20jueces%20'rejuzgar'%20los%20laudos%20arbitrales,-El%20Constitucional%20admite&text=La%20Sala%20Primera%20del%20Tribunal,ser%20considerados%20como%20decisiones%20firmes>.

ZARZALEJOS, A.G., «Las anulaciones del TSJM ponen contra las cuerdas la gran corte de arbitraje de Madrid», en *El Confidencial*, del 16 de junio de 2019, que puede consultarse en https://www.elconfidencial.com/empresas/2019-06-16/corte-arbitraje-espana-anulacion-laudos_2058846/.

SEMINARIOS VIRTUALES

«Arbitraje y Jurisdicción. Debate sobre la Sentencia del TC de 15 de febrero de 2021», celebrado por CIMA Corte Civil y Mercantil de Arbitraje, el 10 de marzo de 2021.

«Consecuencias de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 15 de febrero de 2021 en el desarrollo del arbitraje en España», celebrado por el Ilustre Colegio Notarial de Madrid y su Corte de Arbitraje de la Fundación Notarial *Signum*, el 24 de marzo de 2021.

«Doctrina constitucional y anulación de laudos: ¿Problema resuelto?», organizado por la Cátedra

Pérez-Llorca de Derecho Mercantil y celebrado el 14 de junio de 2021.

«El arbitraje: Tendencias, retos y oportunidades», organizado por el Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, en el marco de las actividades de celebración del 30 aniversario de la Corte de Arbitraje del ICAM, y celebrado el 29 de junio de 2021.

«El Arbitraje y la sentencia del TC del 15 de febrero de 2021. Nos lo cuenta Bernardo M. Cremades», celebrado por la Asociación Europea de Arbitraje, el 2 de marzo de 2021.

«Jornada Virtual sobre las repercusiones de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 15 de febrero de 2021 en la consolidación del arbitraje en España», organizado por la Escuela de Arbitraje de la Corte de Arbitraje del ICAM, el 4 de marzo de 2021.

«La Sentencia del Tribunal Constitucional (STC), de 15 de junio de 2020, recaída en el recurso de amparo 3130/2017, por el que se anula la sentencia del TSJM, de 4 de mayo de 2017», celebrado por la CIMA (Corte Civil y Mercantil de Arbitraje), el 7 de julio de 2020.

«La STC de 15 de febrero de 2021. Reflexiones tras la celebración», organizado por el CEA-40, el 30 de marzo de 2021.

(1)

Ponencia pronunciada en la sesión «Problemas actuales del arbitraje comercial», el 30 de junio de 2021, en el «Curso de verano de la Universidad de Alcalá 2021», sobre «Problemas actuales del arbitraje interno e internacional», celebrado durante los días 28 de junio al 2 de julio de 2021.

Para la preparación de esta ponencia se han tenido muy en cuenta nuestros comentarios sobre las SSTC 46/2020, de 15 de junio; 17/2021, de 15 de febrero; 55/2021 y 65/2021, de 15 de marzo.

[Ver Texto](#)

(2) Nosotros utilizaremos la denominación dada en el art. 8.5 LA de «Sala de lo Civil y de lo Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma» y no la del art. 73.1 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (en adelante, LOPJ) de «Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia, como Sala de lo Civil».

[Ver Texto](#)

(3) Sobre la jurisprudencia dictada por las Salas de lo Civil y de lo Penal de los Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas, puede verse Fernández Rozas, J.C., y Fernández Pérez, A., *Diez años de Jurisprudencia Arbitral en España. Tras la modificación de 2011 de la Ley de Arbitraje de 2003*, Thomson Reuters, Aranzadi, Navarra, 2021, 1.642 pp.

[Ver Texto](#)

- (4) Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Civil y de lo Penal, Sección 1ª), nºs 13/2015, de 28 de enero [Roj: STSJ M 10185/2015], 27/2015, de 6 de abril [Roj: STSJ M 4051/2015], 30/2015, de 14 de abril [Roj: STSJ M 4052/2015], 31/2015, de 14 de abril [Roj: STSJ M 4054/2015]. En las dos últimas Sentencias con voto particular del Presidente, D. Francisco Javier Vieira Morante.

Véase la crítica de Fernández Rozas, J.C., «Riesgos de la heterodoxia en el control judicial de los laudos arbitrales», en *Diario La Ley*, Año XXXVI — Número 8537, martes 12 de mayo de 2015, pp. 1-9. Puede verse también el comentario de Stampa, G., «Comentario a las Sentencias de la Sala de lo Civil y de lo Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 28 de enero de 2015, de 6 de abril de 2015 y de 14 de abril de 2015», en *Diario La Ley*, Año XXXVI — Número 8537, martes, 12 de mayo de 2015, pp. 14-19.

Ver Texto

- (5) Puede verse Zarzalejos, A.G., «Las anulaciones del TSJM ponen contra las cuerdas la gran corte de arbitraje de Madrid», en *El Confidencial*, del 16 de junio de 2019, que puede consultarse en https://www.elconfidencial.com/empresas/2019-06-16/corte-arbitraje-espana-anulacion-laudos_2058846/.

Ver Texto

- (6) En la misma línea se manifiesta nuevamente el legislador en el Preámbulo de la Ley Orgánica 5/2011, de 20 de mayo, complementaria a 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 para la modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial [Párrafo 2]: «con esta reforma de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, se pretende dotar de mayor seguridad y confianza jurídica a esta institución, para acrecentar la celebración de procedimientos arbitrales, sobre todo desde el plano internacional».

Ver Texto

- (7) Por ello, algunos autores, con una laudable intención, propugnan la posibilidad de que se pudiera impugnar la sentencia dictada por la Sala de lo Civil y de lo Penal del Tribunal Superior de Justicia en recurso en interés de la ley, regulado en los arts. 490-493 LEC, cuya vigencia está suspendida por la Disposición final decimosesta.2 LEC, cuando dichos tribunales sostuvieran criterios discrepantes sobre la interpretación de las correspondientes normas a efectos de unificar su doctrina.

Así, De los Santos, C., «Regreso a la normalidad arbitral. Sentencias del Tribunal Constitucional de 15 de junio de 2020 y 15 de febrero de 2021», en *El proceso arbitral en España a la luz de la doctrina del Tribunal Constitucional*, Coordinador José Carlos Fernández Rozas, CIMA (Corte Civil y Mercantil de Arbitraje) y Wolters Kluwer, Madrid, 2021, p. 94, y en *Nuevos derroteros del arbitraje en España a la luz de la doctrina reciente del Tribunal Constitucional*, en la *Revista La Ley: Mediación y Arbitraje*, n.º 6, Especial Monográfico, abril, 2021, p. 74, señala que es el Tribunal Constitucional «el que haya puesto orden en esta deriva *in crescendo* de un único Tribunal Superior de Justicia al no tener establecido en nuestro ordenamiento jurídico un cauce procesal que permita unificar la doctrina emanada por los Tribunales Superiores de Justicia». Este autor se refiere al Club Español del Arbitraje quien, en su «Informe para Promover España como Sede de Arbitraje Internacional», «ya propuso en el año 2019 acudir al mecanismo del "Recurso en interés de Ley" regulado en la LEC, aportando propuestas concretas de modificación del art. 42 LA y de los arts. 490 y 491 LEC para poder incorporarlo a la legislación vigente y evitar situaciones como esta».

También en la misma línea Fernández Rozas, J.C., «Contravención al orden público como motivo de anulación del laudo arbitral en la reciente jurisprudencia española», en *Arbitraje. Revista de arbitraje comercial y de inversiones*, vol. VIII, 2015, n.º 3, pp. 851 y 852, quien se manifiesta en el sentido de que «La reforma de la LA/2003 dio un paso en esa dirección [se refiere a la inexistencia en España de un modelo unificado de control de los laudos que evite posiciones heterodoxas] pero sin resolver la cuestión que nos ocupa. Acaso una suerte de recurso en interés de la ley, para la unidad de doctrina jurisprudencial, como el contemplado en el art. 490 LEC, o de recurso de casación para unificación de doctrina del tenor de los arts. 216 y 217 de la Ley de Procedimiento Laboral pudiera, ser una vía de solución para esta paradójica situación y afrontando el reto de compatibilizar que los Tribunales Superiores culminen la organización judicial por territorios, querido por el art. 152.1º CE. Esta opción no es nueva en el sistema español y tendría la virtud de unificar, sin modificar el contenido de la decisión y sin volver a posiciones periclitadas, ciertas cuestiones conflictivas como el empleo del orden público en el proceso de anulación de los laudos arbitrales. Más concretamente, ante la existencia de decisiones diversas procedentes de los diversos Tribunales Superiores de Justicia, cabría habilitar la posibilidad de que, por ejemplo, el Ministerio Fiscal, una Cámara de comercio, un Colegio de abogados o una Corte de Arbitraje pudieran recurrir ante el Tribunal Supremo, en interés de la ley, y sin que se modifique la decisión a los efectos de los que intervienen en el procedimiento arbitral, para que se pronuncie sobre la doctrina que debe seguirse en el futuro respecto a la materia controvertida. Un mecanismo así establecido debería evitar, por descontado, que se pusiera en peligro la necesaria agilidad de los procesos judiciales en este particular sector. La puesta en marcha del recurso que se propugna debería evitar, en todo caso, la producción de dilaciones indebidas. Si atendemos a que, por ejemplo, la duración de la casación se sitúa en torno a los diez años, quedarían totalmente desvirtuados los propios fines del arbitraje».

Igualmente, Fernández-Armesto, J., y Briones Martín, A., «Reflexiones a raíz de la sentencia del Tribunal Constitucional de 15 de febrero de 2021», en *El proceso arbitral en España a la luz de la doctrina del Tribunal Constitucional*, cit., pp. 109 y 110, y en *Nuevos derroteros del arbitraje en España a la luz de la doctrina reciente del Tribunal Constitucional*, cit., pp. 87 y 88, quienes apuntan que «El Tribunal Constitucional, con encomiable esfuerzo, ha venido a corregir una errónea doctrina adoptada por el Tribunal Superior de Madrid. Pero esto no puede ser la pauta general para el futuro "no podemos convertir el Tribunal Constitucional en una instancia de apelación, al que tengan que acudir los litigantes perjudicados por las decisiones erróneas de los Tribunales Superiores. El amparo constitucional no se debe convertir en una segunda instancia de los procesos de anulación de laudos". Y continúan estos autores, "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 al sistema judicial, hace falta crear un mecanismo de coordinación y unificación de la jurisprudencia de los diferentes Tribunales Superiores de Justicia". Y se refieren también a que "El Club Español del Arbitraje ha propuesto que el ordenamiento jurídico precisa de un 'Recurso en interés de la Ley'", que lógicamente debería estar residenciado en el Tribunal Supremo, que, sin afectar a las situaciones jurídicas particulares resueltas tenga como "sola finalidad [...] la de unificar la doctrina jurisprudencial sobre las cuestiones legales discutidas", para corregir a futuro errores manifiestos y para homogeneizar decisiones de los Tribunales Superiores, sin necesidad de cumplir con los gravosos requisitos en los recursos de amparo constitucional». Y concluyen: «Parece la solución apropiada». Puede consultarse el mencionado «Informe» en la página web del Club Español del Arbitraje, pp. 48 a 51, recogido por esos autores en la nota 12 de la página 110, anteriormente citada, y también en la nota 12 de las pp. 89 y 90, respectivamente.

Por su parte, De Palacio, U., «El constitucional rescata la autonomía del arbitraje», en *El proceso arbitral en España a la luz de la doctrina del Tribunal Constitucional*, cit., p. 102, y en *Nuevos derroteros del arbitraje en España a la luz de la doctrina reciente del Tribunal Constitucional*, cit., p. 83, mantiene que «Si se habilitara un

recurso de casación directo o contra las sentencias en procesos de anulación de laudos arbitrales, cabría esperar una doctrina más completa y específica del Tribunal Supremo, que pudiera dar una interpretación precisa del art. 41 LA, solventase la extremadamente dilatada casuística que se produce en el ámbito de los procesos arbitrales y de su revisión».

Asimismo, Xiol Ríos, J. A., «Comentario al Título VII. De la anulación y de la revisión del laudo», en *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, Coordinado [sic] por Carlos González-Bueno, Consejo General del Notariado, Madrid, 2014, pp. 857 y 858, se inclina por una línea semejante, con apoyo en la doctrina, al manifestar que «En la exposición de motivos de la LA se considera que el traslado de la competencia para conocer del ejercicio de la acción de anulación a los tribunales superiores de justicia garantiza la unidad de doctrina. Sin embargo, es opinión bastante extendida en la dogmática que sería conveniente abrir el paso a la casación, con los efectos limitados que se consideren pertinentes, contra las sentencias dictadas por los tribunales superiores de justicia resolviendo sobre las acciones de nulidad, con el fin de que pueda establecerse jurisprudencia, especialmente necesaria en relación con conceptos tales como la determinación del alcance de la infracción del orden público como motivo de nulidad».

En contra de que se regule la posibilidad de impugnar la sentencia del Tribunal Superior de Justicia, salvo, se supone, lógicamente en recurso de amparo, se mostró partidario el Magistrado del Tribunal Constitucional Conde Pumpido, C., en el Webinar «Doctrina constitucional y anulación de laudos: ¿Problema resuelto?», organizado por la Cátedra Pérez-Llorca de Derecho Mercantil y celebrado el 14 de junio de 2021.

En nuestra opinión, durante bastantes años, desde la entrada en vigor de la LA de 1988, por no remontarnos más atrás en el tiempo, en el que se atribuyó la competencia para conocer del recurso de anulación, denominación dada por el legislador entonces, a las Audiencias Provinciales (art. 46), que se ha mantenido hasta la reforma de la LA en 2011, en que se modificó la competencia para conocer de la acción de anulación a favor de las Salas de lo Civil y de lo Penal de los Tribunales Superiores de Justicia, el sistema ha funcionado relativamente bien, como ya hemos señalado, salvo estos años de aplicación sui generis del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, y que al final ha sido el Tribunal Constitucional quien ha dado la solución. Por eso creemos que articular un recurso en interés de la ley no tiene mucha razón de ser, ya que, como hemos dicho, no está vigente actualmente con carácter general en la LEC, dada su suspensión por la disposición final decimosexta.2 LEC, y los efectos limitados de la sentencia, pues como establece el art. 493 LEC «respetará, en todo caso, las situaciones particulares derivadas de las sentencias alegadas y, cuando fuere estimatoria, fijará el fallo la doctrina jurisprudencial. En este caso, se publicará en el "Boletín Oficial del Estado" y, a partir de su inserción en él, complementará el ordenamiento jurídico, vinculando en tal concepto a todos los jueces y tribunales del orden jurisdiccional civil diferentes al Tribunal Supremo», lo que haría que, generalmente, los interesados que estén disconformes con la sentencia del Tribunal Superior de Justicia, si lo consideran oportuno, formularan recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, para que, en el caso de que sea estimatoria la sentencia dictada por el Tribunal Constitucional, puedan ver sus pretensiones satisfechas por el Tribunal Superior de Justicia autonómico con posterioridad. Y, conforme art. 490.2º LEC, «No procederá el recurso en interés de la ley contra sentencias que hubiesen sido recurridas en amparo ante el Tribunal Constitucional», Por lo anterior, quedaría muy devaluado el recurso en interés de ley, y además, ha de tenerse en cuenta que su instauración para las acciones de anulación, y no para los recursos extraordinarios por infracción procesal, aunque ahora la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo es la competente para conocer de ellos con carácter general, aunque de forma transitoria pero que lleva visos de convertirse en permanente, sería en todo caso muy llamativo, teniendo en cuenta que la LEC lleva veinte más de 20 años y no ha habido intención durante todo este tiempo de atribuir las competencias para conocer de los recursos extraordinarios por infracción procesal a los Tribunales Superiores de Justicia, llevando «congelada» dicha regulación desde la entrada en vigor de la LEC, como hemos señalado.

Ver Texto

- (8) Como se manifiesta Cremades, B.M., «Firme afianzamiento del arbitraje en la doctrina constitucional española. Comentarios a la Sentencia del Tribunal Constitucional de 15 de febrero de 2021», en *El proceso arbitral en España a la luz de la doctrina del Tribunal Constitucional*, cit., p. 81 y en *Nuevos derroteros del arbitraje en España a la luz de la doctrina reciente del Tribunal Constitucional*, cit. p. 62, dado que, «Nuestra vigente Constitución de 1978 no regula específicamente el arbitraje por lo que la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional es de enorme importancia en la materia, ya que supone una incorporación por vía jurisprudencial del arbitraje a nuestra Carta Magna». Y refiriéndose específicamente a la STC 17/2021, de 15 de febrero, «es de enorme importancia ya que supone un claro anclaje del arbitraje en la normativa constitucional».

Ver Texto

- (9) Como apunta Sánchez Lorenzo, S.A., «Anulación parcial de un laudo en equidad contrario al orden público por falta de motivación: la mal entendida equivalencia jurisdiccional», en la *Revista La Ley: Mediación y Arbitraje*, abril-Junio 2021|07, p. 359, «La sentencia comentada [se refiere a la STC 65/2021, de 15 de marzo] 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 *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 al arbitraje comercial en el Derecho español, sin visos de vuelta atrás...A buen fin no hay mal principio...».

Ver Texto

- (10) Puede verse *El proceso arbitral en España a la luz de la doctrina del Tribunal Constitucional*, cit., p. 25, y *Nuevos derroteros del arbitraje en España a la luz de la doctrina reciente del Tribunal Constitucional*, cit. p. 11, en los que en palabras de Fernández Rozas, J. C., en la «Presentación» y en el «Editorial», respectivamente, se dedica «esta monografía al estudio en profundidad del contenido y alcance de la referida doctrina constitucional expresada», y «a dedicar un número especial monográfico de la Revista *La Ley: Mediación y Arbitraje* inclusive del contenido y del alcance de la referida doctrina constitucional».

Ver Texto

- (11) En esa línea se enmarca el Webinar «El arbitraje: Tendencias, retos y oportunidades», organizado por el Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, en el marco de las actividades de celebración del 30 aniversario de la Corte de Arbitraje del ICAM, y celebrado el 29 de junio de 2021.

Ver Texto

- (12) Recientemente el Centro Internacional de Arbitraje de Madrid (CIAM) y la Asociación Madrid Capital Mundial de la Construcción, Ingeniería y Arquitectura (MWCC), proyecto que tuvo su origen en el año 2016 y que ha sido en el año 2020 cuando se ha materializado en Asociación, han acordado promocionar Madrid

como la principal sede del arbitraje internacional en los mencionados sectores. Véase Pintó Sala, J.J., «Espaldarazo del Tribunal Constitucional al arbitraje en España», en *El proceso arbitral en España a la luz de la doctrina del Tribunal Constitucional*, cit., p. 198, y en *Nuevos derroteros del arbitraje en España a la luz de la doctrina reciente del Tribunal Constitucional*, cit., p. 172. Además, ha aparecido la noticia en los medios de comunicación de que Madrid ultima la creación de una Corte de Arbitraje mundial de la construcción, con sede en la mencionada ciudad a cargo de su Ayuntamiento y de dicha Asociación, que según la noticia sería la primera Corte de Arbitraje Internacional especializada en la resolución de conflictos en el sector de infraestructuras, véase Mesones, J., «Madrid ultima la creación de una Corte de Arbitraje mundial de la construcción», en *El Economista.es*, 28 de septiembre de 2020, que puede consultarse en <https://www.economista.es/empresas-finanzas/noticias/10793723/09/20/Madrid-ultima-la-creacion-de-una-Corte-de-Arbitraje-mundial-de-la-construccion.html>.

Ver Texto

- (13) Como pueden ser los ejemplos del «Convenio para la constitución del Observatorio sobre el tratamiento judicial del arbitraje y celebración de un foro anual en dicha materia suscrito entre el Consejo General del Poder Judicial y el Club Español del Arbitraje», de 3 de octubre de 2006, que puede consultarse en <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Consejo-General-del-Poder-Judicial/Actividad-del-CGPJ/Convenios/Todos-los-convenios/Convenio-para-la-constitucion-del-Observatorio-sobre-el-tratamiento-judicial-del-arbitraje-y-celebracion-de-un-foro-anual-en-dicha-materia-suscrito-por-el-Consejo-General-del-Poder-Judicial-y-el-Club-Espanol-de-Arbitraje--2006->, y, más recientemente, del «Convenio de colaboración entre el Consejo General del Poder Judicial y el Club Español del Arbitraje en materia de continuación del observatorio sobre el tratamiento judicial del arbitraje y celebración de un foro anual en esa materia», de 18 de diciembre de 2020, que puede consultarse en <https://www.poderjudicial.es/cgpj/en/Judiciary/General-Council-of-the-Judiciary/Activity-of-the-CGPJ/Accords/All-agreements/Convenio-de-colaboracion-entre-el-Consejo-General-del-Poder-Judicial-y-el-Club-Espanol-del-Arbitraje-en-materia-de-continuacion-del-observatorio-sobre-el-tratamiento-judicial-del-arbitraje-y-celebracion-de-un-foro-anual-en-esa-materia--2020->.

Véase, Alonso Puig, J.M., «Despejadas las dudas en orden a la seguridad jurídica del arbitraje en España y a su posición como sede internacional», en *El proceso arbitral en España a la luz de la doctrina del Tribunal Constitucional*, cit. pp. 38 y 41, y en *Nuevos derroteros del arbitraje en España a la luz de la doctrina reciente del Tribunal Constitucional*, cit. pp. 22 y 25, quien tras la cita de esos Convenios, se manifiesta en el sentido de que «Esperemos que la ansiada renovación del Consejo General permita cumplir los ambiciosos fines contenidos en este instrumento para estimular la necesaria colaboración entre el poder judicial y el mundo del arbitraje dentro de sus ambiciosos objetivos entre los que figuran el estudio en profundidad de la jurisprudencia en la materia».

Ver Texto

- (14) Lo que ha llevado a decir a Íscar de Hoyos, J., «Detrás de una gran sentencia siempre hay un gran abogado/a», en *El proceso arbitral en España a la luz de la doctrina del Tribunal Constitucional*, cit., p. 159, y en *Nuevos derroteros del arbitraje en España a la luz de la doctrina reciente del Tribunal Constitucional*, cit. p. 136, que «desde ahora, y posiblemente para siempre, España estará en el grupo de los elegidos por ofrecer un marco jurídico, una estabilidad política y, por fin, una seguridad jurídica arbitral dignas de ser admiradas en todas las latitudes».

Ver Texto

(15) El Tribunal Constitucional (Sala Primera) por unanimidad, en su Sentencia 46/2020, de 15 de junio, de la que ha sido ponente la Magistrada D.^a María Luisa Balaguer Callejón, ha decidido estimar el recurso de amparo planteado y, en consecuencia: «1º Declarar vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión del art. 24.1 CE de los demandantes de amparo»; «2º Restablecer a los recurrentes en sus derechos y, a tal fin, declarar la nulidad del auto de 4 de abril de 2017 [Roj: ATSJ M 99/2017], del auto de 3 de mayo de 2017 [Roj: ATSJ M 162/2017], de la sentencia de 4 de mayo de 2017 [Roj: STSJ M 4765/2017], y de la providencia de 8 de junio de 2017, todos ellos dictados por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en el procedimiento de nulidad de laudo arbitral n.º 63-2016»; y «3º Retrotraer las actuaciones al momento anterior al dictado de la primera de las resoluciones citadas para que por el órgano judicial se resuelva de forma respetuosa con los derechos fundamentales de los actores cuya vulneración se declara».

[Ver Texto](#)

(16) El Tribunal Constitucional (Sala Primera) por unanimidad, en su Sentencia 17/2021, de 15 de febrero, de la que ha sido ponente también la Magistrada D.^a María Luisa Balaguer Callejón, ha decidido estimar el recurso de amparo planteado y, en consecuencia: «1º Declarar vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE) de las demandantes de amparo»; «2º Restablecer a las recurrentes en sus derechos y, a tal fin, declarar la nulidad de la sentencia de 8 de enero de 2018 [Roj: STSJ M 46/2018] y del auto de 22 de mayo de 2018, ambos de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, dictados en el procedimiento de nulidad de laudo arbitral n.º 52-2017»; y «3º Retrotraer las actuaciones al momento anterior al dictado de la primera resolución citada para que se resuelva de forma respetuosa con los derechos fundamentales reconocidos».

[Ver Texto](#)

(17) El Tribunal Constitucional (Sala Segunda) por unanimidad, en su Sentencia 55/2021, de 15 de marzo, de la que ha sido ponente el Magistrado Don Pedro González-Trevijano Sánchez, ha decidido estimar el recurso de amparo planteado y, en consecuencia: «1º Declarar vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE)»; «2º Restablecer a los recurrentes en sus derechos y, a tal fin, declarar la nulidad de la sentencia de 13 de diciembre de 2018 [Roj: STSJ M 12822/2018] y el auto de 5 de marzo de 2019 [Roj: ATSJ M 158/2019], ambos de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, dictada [sic] en procedimiento de nulidad de laudo arbitral n.º 45/2018»; y «3º Retrotraer las actuaciones al momento anterior al dictado de la primera resolución citada para que se resuelva de forma respetuosa con los derechos fundamentales cuya vulneración se declara».

[Ver Texto](#)

(18) El Tribunal Constitucional (Sala Segunda) por unanimidad, en su Sentencia 65/2021, de 15 de marzo, de la que ha sido ponente el Magistrado Don Juan Antonio Xiol Rios, ha decidido estimar el recurso de amparo planteado y, en consecuencia: «1º Declarar vulnerado el derecho de la demandante de amparo a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE)»; «2º Restablecerle en su derecho y, a tal fin, declarar la nulidad de la sentencia de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 1 de octubre de 2019 [Roj: STSJ M 9201/2019] y la providencia de 26 de diciembre de 2019, pronunciadas en el procedimiento Asunto civil 13-19-Nulidad de laudo arbitral 11-19»; «3º Retrotraer las actuaciones al momento anterior al dictado de la primera de las resoluciones citadas para que por el órgano judicial se resuelva de forma respetuosa con el derecho fundamental reconocido».

[Ver Texto](#)

⁽¹⁹⁾ Como señala Fernández Pérez, A., «La acción de anulación de los laudos recupera sus perfiles privativos», en *El proceso arbitral en España a la luz de la doctrina del Tribunal Constitucional*, cit., p. 114, y en *Nuevos derroteros del arbitraje en España a la luz de la doctrina reciente del Tribunal Constitucional*, cit. p. 94, «Esta doctrina [se refiere a la superación de la "noción de 'equivalente jurisdiccional' del arbitraje y circunscribirla a un medio alternativo de solución de controversias que radica en la voluntad de las partes, aunque para su efectividad requiera la asistencia judicial"] sería aceptada y perfilada por las recientes decisiones del Tribunal Constitucional que 2021 (STC 2ª 55/2021, de 15 de marzo y STC 2ª 65/2021, de 15 de marzo) han supuesto un importante punto de inflexión en el control jurisdiccional de los laudos arbitrales que desde el año 2015, esencialmente en el marco del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, se había caracterizado por una excesiva anulación de laudos en un breve espacio de tiempo, sobre la base de una apreciación constante, mayor de lo deseable, de la quiebra de la causal del orden público durante el desarrollo del procedimiento».

[Ver Texto](#)

⁽²⁰⁾ El asunto que dio lugar a la anulación trae causa de un contrato de arrendamiento de vivienda sometido a un arbitraje institucional ante la Asociación Europea de Arbitraje (AEADE) en el que los arrendadores instaron el arbitraje alegando el impago de varias mensualidades. En el laudo se acordó declarar resuelto el contrato y condenar a los demandados al pago de las rentas más sus intereses, a desalojar la vivienda en el plazo de un mes y al abono del suministro de agua, así como a las costas arbitrales. Contra el laudo los demandados interpusieron anulación ante el Tribunal Superior de Justicia de Madrid. En la tramitación de la impugnación las partes presentaron un escrito conjunto manifestando que habían llegado a un acuerdo para la solución del litigio, solicitando la terminación del procedimiento por desistimiento de ambas partes y el archivo de las actuaciones. La Sala lo rechazó porque entendió «que, sin perjuicio de las facultades de disposición de las partes en el proceso civil, el objeto del procedimiento de anulación de laudos no es disponible, ya que existe un interés general por depurar aquellos que sean contrarios al orden público».

[Ver Texto](#)

La responsabilidad civil del mediador en insolvencia

The Civil Liability of the Insolvency Mediator

Poco se ha hablado de la responsabilidad de los mediadores cuando lo son en supuestos de insolvencia. De hecho, también es escasa la regulación particular que contienen al respecto tanto la norma concursal como la Ley de Mediación de 2012 y su Reglamento. El mediador en insolvencia tiene un estatuto particularizado que además conlleva no solo funciones de mediación sino de negociación, de solicitante en su caso del concurso y de potencial administrador concursal salvo justa causa. Ese régimen conlleva además obligaciones y deberes que pueden ser susceptibles de causar daños y perjuicios tanto por una actuación negligente como por omisión de las mismas. En el presente trabajo se analizan dichas funciones y la posible causa de responsabilidad civil de las mismas.

Mediación, Mediador, Insolvencia, Responsabilidad civil.

Little has been said about the liability of mediators in cases of insolvency. In fact, there is also little specific regulation in this respect in both the insolvency law and the 2012 Mediation Act and its Regulations in Spain. The insolvency mediator has a special status that also entails not only mediation functions but also negotiation, as an applicant in the event of insolvency and as a potential insolvency administrator unless there is just cause. This status also entails obligations and duties that may be susceptible to causing damages both through negligence and omission. This paper analyses these duties and the possible cause of civil liability for this.

Mediation, Mediator, Insolvency, Civil liability.



Enrique Sanjuán

Magistrado especialista en mercantil CGPJ

Profesor Asociado derecho Mercantil

Universidad de Málaga

I. INTRODUCCIÓN: RÉGIMEN LEGAL

Condición esencial, entre otras, para ser mediador concursal es serlo conforme a la normativa general que recoge el Reglamento de 2013 (en adelante RM) (1) que desarrolla la Ley 5/2012, de 6 de

julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles (en adelante, LM) (2) . Aunque la regulación del procedimiento de mediación y nombramiento de mediadores se encuentra en el TRLC 1/2020 de 5 de mayo (3) (en adelante, TRLCon), el Reglamento de Mediación general recogió un apartado específico para mediadores concursales precisamente porque regulaba el registro de todos ellos.

Con la excepción de los mediadores concursales, la inscripción en el registro no se configura con carácter obligatorio sino voluntaria para mediadores e instituciones de mediación. Entre otros, el art. 11.2º RM desarrolla que, no obstante, será requisito previo la inscripción en el Registro para el nombramiento como mediador concursal conforme a lo establecido por el apartado 1 del art. 233 Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (4) . El actual art. 642 TRLCon recoge los requisitos para ser mediador en supuestos de Acuerdos Extrajudiciales de Pago:

«El mediador concursal, sea persona natural o jurídica, deberá tener la condición de mediador en asuntos civiles y mercantiles, y estar inscrito en la lista oficial confeccionada por el Registro de Mediadores e Instituciones de Mediación del Ministerio de Justicia. La lista oficial figurará en el portal correspondiente del "Boletín Oficial del Estado". Cuando el deudor fuera persona natural no empresario, el notario receptor de la solicitud podrá asumir la condición de mediador, salvo oposición del deudor. Reglamentariamente se determinará el régimen de responsabilidad de los notarios que intervengan como mediadores en los acuerdos extrajudiciales de pagos..»

El art. 654 TRLCon añade también que «[e]n todo lo no previsto en esta ley en cuanto al nombramiento y a la aceptación del mediador concursal, se estará a lo dispuesto para el nombramiento de expertos independientes.» Esto nos llevaría, en principio y conforme a una interpretación literal del texto, al art. 203 TRLCon (5) que regula el estatuto de los mismos y que en su apartado segundo dice lo siguiente: «Será de aplicación a los expertos independientes el régimen de incompatibilidades, prohibiciones, recusación y responsabilidad establecido para los administradores concursales y sus representantes.» Exceptuamos, como ya hemos dicho, lo dispuesto en el art. 642.2º TRLCon, en donde el régimen de responsabilidad de los notarios que actúen como mediadores queda pendiente de desarrollo reglamentario.

Considerando todo lo anterior resultaría (insistimos que en un primer análisis literal) que el régimen de nombramiento y aceptación del mediador concursal estaría sujeto, en principio y por esa doble remisión, al régimen de responsabilidad previsto para los administradores concursales (salvo en materia de notarios que hagan dicha función) que se desarrolla en los arts. 94 a 99 TRLCon, como régimen específico y sujeto al conocimiento del juez que conozca o haya conocido del concurso de acreedores. Esta cuestión no está, sin embargo, del todo clara.

Estos últimos preceptos plantean ya de inicio un primer problema de competencia en tanto en cuanto el régimen de responsabilidad que ahí se regula, pues está previsto para el supuesto de que sea declarado el concurso y con competencia, por lo tanto, del Juez que conoce del mismo, siendo así que las funciones del mediador podrán culminar con éxito o sin necesidad de declaración de concurso, en cuyo caso la competencia no podría ser nunca entendida para el juez que tramita el concurso, conforme dice el art. 99 TRLCon.

Lo anterior nos lleva a plantearnos tres posibles soluciones: 1º. Entender que la comunicación hecha al juez que fuera competente para conocer el concurso serviría como atracción de la competencia para conocer de una posible demanda frente al mediador. 2º. Que lo fuera el juez del concurso cuando así se haya declarado o el juez de primera instancia competente cuando no exista declaración. 3º. Que la regla de competencia del art. 99 TRLCon no es aplicable a los supuestos de exigencia de responsabilidad al mediador concursal (6) . Cualquier regla general que intentemos aplicar resulta absurda en algún momento o supuesto, por lo que el hecho de la mediación y la responsabilidad exigible a los administradores concursales debe ser debidamente separada de la de los mediadores concursales, atendiendo a la distinción procesal y sustantiva que dichos preceptos realizan, considerando que cualquier exigencia de responsabilidad a los primeros pasaría por observar un régimen ordinario de competencia y desde ahí el cumplimiento de sus funciones como mediadores, con las matizaciones que respecto de las mismas establece la normativa concursal en su Libro II, que es donde se regula todo ello cuando regula el Acuerdo Extrajudicial de Pagos y el Concurso Consecutivo.

Si damos por válido todo lo anterior podríamos distinguir, en el supuesto de mediadores concursales, una responsabilidad civil derivada del cumplimiento del estatuto del mediador conforme a la regulación general pero complementado con lo previsto en la norma concursal, un incumplimiento de sus funciones en tanto resulten reguladas en la norma de insolvencia, un régimen distinto para el cumplimiento del deber de confidencialidad (art. 709.2 TRLCon) que se libera en tanto exista declaración de concurso y el mediador sea nombrado administrador concursal; y un régimen propio de la retribución (arts. 645,709.3º TRLCon en relación a la DT única del TRLCon (7)) por la que también podrían exigírsele responsabilidades conforme al art. 709.3º TRLCon.

Además, en estos supuestos debemos tener en cuenta que también las Cámaras de Comercio, como institución, podrán prestar dicho servicio. En el art. 644.1º TRLCon se recoge que, si el deudor persona natural empresario o la persona jurídica deudora hubiera presentado la solicitud ante una Cámara Oficial, la propia Cámara asumirá las funciones de mediación. En tal caso el sistema de mediación desarrollado por las Cámaras deberá ser transparente y se deberá garantizar la inexistencia de conflicto de intereses. A tal efecto podrá constituirse una subcomisión de sobreendeudamiento u órgano equivalente, que deberá estar compuesto por, al menos, una persona que reúna los requisitos para ser nombrada mediadora concursal. Y de la misma forma si el deudor fuera una entidad aseguradora o reaseguradora (art. 644.2º TRLCon), deberá ser nombrado mediador el Consorcio de Compensación de Seguros quien asume igualmente dicha responsabilidad (8) .

II. LA COMPETENCIA PARA CONOCER DE LA RESPONSABILIDAD DEL MEDIADOR CONCURSAL

Como hemos señalado el régimen competencial para conocer de la responsabilidad que sean exigibles al mediador en insolvencia, parte de considerar que la mediación puede culminar en éxito y por lo tanto llegar a un acuerdo con los acreedores que por ello terminará el procedimiento de mediación (al menos en principio) y que no llevará a la declaración de concurso, a menos que dicho

acuerdo se incumpla o se dé una nueva situación de insolvencia. El mediador no deja por ello de seguir teniendo funciones en este apartado, sino que, en caso de acuerdo, el art. 693 TRLCon recoge que «El mediador concursal supervisará el cumplimiento del acuerdo», lo que le mantiene en un régimen de competencias que le exigirán (*ex art. 705.1.3*), entre otras, solicitar la declaración de concurso del deudor si el acuerdo extrajudicial de pagos fuera anulado por el juez, en caso de impugnación, o fuera incumplido por el deudor. Pero más allá de ello la función de supervisión, como afirma alguna autora (9), «...no conlleva en sí misma más que una función de control, y es independiente de las funciones del propio deudor o derivadas del acuerdo extrajudicial que pudieran así venir determinadas.» Esta misma autora recoge tres funciones categorizadas en el cumplimiento de su función: control en el cumplimiento, régimen admonitorio al deudor y vigilancia a efectos de incumplimiento.

De conformidad a lo anterior podríamos distinguir dos grupos diferentes de funciones del mediador en insolvencia: por un lado, aquellas que le corresponden por la función de mediación hasta la terminación del procedimiento extrajudicial; y por otro las que le corresponden tras un posible acuerdo que se identifican con funciones de supervisión.

Además de lo anterior también debemos completar las mismas con aquellas que se derivan de un AEP que no haya culminado con éxito. En este caso surgen también para el mediador otra serie de obligaciones a partir de la necesidad, en caso de no hacerlo el deudor, de solicitar el concurso de acreedores y completar los documentos necesarios para ello, de tal forma que lo normal será, salvo excepción, que el mismo mediador se convierta en administrador concursal (10) (art. 709 TRLCon).

En todo este camino debemos considerar dos reglas trascendentales: por un lado el art. 648 TRLCon que recoge que una vez aceptado el cargo el notario, registrador o cámara de comercio deberá comunicar al juzgado competente para la declaración de concurso del solicitante el inicio de dicho procedimiento. Esto nos llevará a considerar que desde ese momento aparece, al menos con esta comunicación, el juzgado de primera instancia o mercantil al que se refieren los arts. 44 ss TRLCon. Pero más allá de ello el art. 689 TRLCon lo hará competente para conocer también sobre la impugnación del citado acuerdo.

Por otro lado, el art. 696 TRLCon en cuanto fija la competencia para declarar el concurso consecutivo en el juez que haya conocido de la posible nulidad, ineficacia, o incumplimiento y en su defecto el que corresponda conforme a las reglas que hemos visto y que son generales.

Si el mediador es finalmente nombrado, por declaración de concurso, administrador concursal, el régimen de responsabilidad exigible lo es, como tal, por su actuación como administrador y no como mediador

Cuando, en virtud de todo ello, el art. 654 TRLCon nos lleva, como hemos visto, al art. 203 del mismo texto, sobre los expertos independientes y este último nos remite al 642.2º TRLCon como régimen

previsto para la responsabilidad de los administradores, en realidad puede estar haciéndolo también al art. 99 TRLCon que en concreto recoge: «Las acciones previstas en esta sección, cuando se dirijan a exigir responsabilidad civil, se sustanciarán ante el juez que conozca o haya conocido del concurso por los trámites del juicio declarativo que corresponda». Pero en realidad y tal y como hemos visto el régimen previsto es para situaciones en donde se está tramitando el concurso de acreedores o bien el mismo ha terminado.

Si el mediador es finalmente nombrado, por declaración de concurso, administrador concursal, el régimen de responsabilidad exigible lo es, como tal, por su actuación como administrador y no como mediador. El ejercicio de la función de mediador debe ser notoriamente diferenciada y en ella podemos distinguir tres apartados diferentes: en primer lugar las propias de la función de mediación conforme se recogen en la norma concursal y que incluirían las de supervisión posterior al acuerdo; por otro lado aquellas funciones preparatorias de la solicitud de declaración de concurso para los supuestos que hemos visto en donde se mantiene la insolvencia y o bien no ha habido acuerdo, este es declarado nulo o es incumplido; y por último las que derivarán de su actuación como administrador concursal en su caso.

Tendremos claro que estas últimas se sujetan al régimen competencial del juez del concurso (*ex art.* 99 TRLCon), pero resultan dudosas las dos anteriores. Es por ello que quizás esa remisión a «expertos independientes» no lo es (o no debe serlo) a los que se refiere el art. 203 TRLCon, que son nombrados para una concreta función de valoración, sino a esos otros que, en supuestos de refinanciación, deben ser nombrados por el Registrador Mercantil (*v.gr.*, art. 600 o 703 TRLCon). Todo ello puede devenir de un régimen regulatorio anterior que ha motivado una confusión de figuras fruto de la mezcla de preceptos y de instituciones que finalmente conllevan todo este proceso complejo.

Antes de la introducción del acuerdo extrajudicial de pagos que se produce por la Ley 14/2003 en el conjunto de normas concursales, el experto independiente aparecía en la última de las normas bien para referirse al experto para el asesoramiento en la valoración de bienes y derechos o al experto para los acuerdos de refinanciación que nombraría, en este último caso, el registrador mercantil. Al introducir la norma referida se incorpora a nuestro derecho concursal un art. 71 bis que posteriormente sería modificado completamente en su contenido. En ese inicial que se introduce (recordemos que al mismo tiempo que la introducción del acuerdo extrajudicial de pagos que recoge la referencia a experto independiente) la referencia es al nombrado por el Registrador Mercantil. Pero más allá de ello incluso se remite a la normativa de auditoría para incompatibilidades y parece estar pensando más en el experto independiente previsto en el Reglamento del Registro Mercantil que en el de asesoramiento para valoración de bienes y derechos que recogían los preceptos referidos. Incluso cuando se refiere al informe del experto designado por el registrador en supuestos de acuerdos de refinanciación, el art. 71.6.2 (11) del anterior texto se remitía al art. 28, que a su vez trataba sobre las incapacidades, incompatibilidades y prohibiciones para ser administrador concursal.

Toda esta mezcla de instituciones y referencias puede no haber sido aclarada suficientemente en el

nuevo texto concursal habiéndose afirmado (12) que la solución pasa por tener en cuenta el art. 600 TRLCon, que recoge, a efectos de valoración del plan de viabilidad, el nombramiento de un experto por el Registrador a quien le será de aplicación el régimen de incompatibilidades y prohibiciones establecidas en el Texto Refundido para ser nombrado administrador concursal, así como el régimen de incompatibilidades establecidas para ser nombrado auditor de cuentas. Se trata de una especie de fusión de los preceptos referidos que finalmente llevan al citado autor al Reglamento del Registro Mercantil (arts. 338 a 349) y que finalmente nos llevaría a considerar que el juez competente para conocer de dicha responsabilidad no sería el juez del concurso en supuestos de mediación, sino el juez ordinario predeterminado por la ley.

III. EL INCUMPLIMIENTO DE LAS FUNCIONES DE LA MEDIACIÓN CONCURSAL

Uno de los apartados que más pueden llamar la atención en esta materia es el régimen de responsabilidad por incumplimiento o defectuoso cumplimiento de las obligaciones del mediador en insolvencia (al margen de su actuación dolosa por tanto) en cuanto a sus funciones. Aunque no existen casos conocidos en España de exigencia de esta responsabilidad civil, es evidente que el mediador debe cumplir una función y que la misma (por muy híbrida que sea (13)) conlleva conocer y aplicar proactivamente un régimen de mediación y no solo, como ha resultado de la práctica, atender los plazos y formalidades previstas en la norma concursal. Es en este régimen que se pueden situar algunos de los supuestos desde donde se podría exigir responsabilidad y que, no limitativamente, exponemos como ejemplos:

- El incumplimiento de los plazos y formalidades previstos en la norma concursal.
- No ejercer realmente como mediador limitándose a cumplir las formalidades previstas en la norma.
- La no remisión de una propuesta conforme al art. 666 TRLCon que pueda ser viable. En tal sentido podríamos citar la STS de 13 de marzo de 2019 (Roj: STS 897/2019) en donde recoge que

«Mientras que la referencia contenida en el ordinal 4º de que se hubiera intentado el acuerdo extrajudicial de pagos para que no sea necesario el previo pago del 25% del pasivo concursal ordinario, se refiere a que hubiera habido un intento efectivo de acuerdo. Esto es, que hubiera habido una propuesta real a los acreedores, al margen de que no fuera aceptada por ellos. Esta referencia pretende incentivar la aceptación por los acreedores de acuerdos extrajudiciales de pagos, a la vista de que en caso contrario el deudor podría obtener la remisión total de sus deudas con el pago de los créditos contra la masa y privilegiados. Pero para esto es necesario que, en la propuesta de acuerdo extrajudicial de pagos, a los acreedores ordinarios se les hubiera ofrecido algo más que la condonación total de sus créditos. En la ratio del ordinal 4º subyace esta idea del incentivo negativo a los acreedores ordinarios para alcanzar el acuerdo extrajudicial de pagos propuesto por el deudor, pues si no lo aceptan, en el concurso consecutivo pueden ver extinguidos totalmente sus créditos. Si, como ocurre en el presente caso, en la práctica no se ofrece nada, pues la propuesta era la extinción o quita del 100% de los créditos, hemos de concluir, como hizo la Audiencia, que no

se había intentado un acuerdo extrajudicial de pagos. Por esta razón, el Sr. Hipolito no podía obtener el beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho por la alternativa del ordinal 4º del art. 178 bis 3 LC, sin que previamente hubiera acreditado haber pagado el 25% del importe de los créditos concursales ordinarios».

La propuesta inicial, que parte también del mediador, de esta forma podría haber conllevado una pérdida del beneficio del pasivo insatisfecho con relación causal en aquella por no haberla planteado atendiendo a parámetros de normalidad.

- La no adecuación a la realidad del plan de pagos (art. 671) o del plan de viabilidad (art. 672 TRLCon) que debe acompañar a la anterior.
- El no ejercicio efectivo de las funciones de supervisión (art. 693 TRLCon) y la falta de constancia notarial del incumplimiento (art. 694 TRLCon).
- La falta de solicitud del concurso consecutivo cuando se den los supuestos del art. 705 TRLCon.
- La inexistencia de justa causa alegada para no ser nombrado administrador concursal conforme al art. 709 TRLCon en cuanto puede generar una doble retribución a quien fue mediador y al nuevo administrador.

Entendemos que ha sido acertada la opinión (14) que a tal efecto ha venido a matizar que la responsabilidad del mediador es tanto una responsabilidad compleja como difícil de determinar y que, por ello, la teoría de la responsabilidad profesional o la mala *praxis*, no parece encajar en el contexto de la mediación sin una necesaria adaptación. En particular, el papel y función del mediador dificulta el análisis tradicional de la responsabilidad por daños porque es difícil discernir exactamente qué norma de atención debe aplicarse al mediador o cómo un mediador puede causar un daño. Para el referido autor podemos distinguir varios tipos de responsabilidad en que se puede incurrir por parte del mediador: 1. Las propias de cualquier actuación profesional. 2. Las que corresponden a la práctica de la mediación con mayor o menor relación causal en cuanto a la facilidad probatoria de la misma. 3. Las que pueden derivar de daños a terceros. A ello se ha añadido (15) un conjunto de teorías que pretenden categorizar la responsabilidad basándose en conceptos jurídicos como el incumplimiento de contrato, el fraude, el incumplimiento de los deberes fiduciarios o la mala *praxis* o negligencia profesional. En nuestro derecho no solo se incluyen estas sino también otras relativas a la falta de inscripción, el ejercicio de la profesión sin habilitación o conocimientos y la derivada de las instituciones de la que forman parte. Entre nuestros autores (16) se ha recogido que la responsabilidad del mediador podrá darse por: 1) contractualmente, por violación del contrato de mediación; 2) civilmente, por malas prácticas, debiendo las partes ejercitar acciones directamente contra el profesional si sufrieran daños resultantes de la conducta del mediador; 3) disciplinariamente, en relación a violaciones de los Códigos Deontológicos aplicables, y 4) penalmente, siempre que cometa un delito (17).

Quizás uno de los puntos trascendentales de discusión es la inmunidad o relativa inmunidad (18) de la que debe gozar el mediador en el ejercicio de su función dado que con ello se garantizaría el

ejercicio de la misma sin la amenaza de una posible demanda (independencia). Y esto conllevaría cierta limitación en dicha responsabilidad de forma similar a como lo establece el art. 21 LA (19). En esta se recoge que «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.» Dado que dicha responsabilidad está limitada a los árbitros por supuestos de mala fe, temeridad o dolo, el argumento de peso es que siendo los mediadores profesionales que no tienen que dictar resolución alguna sino realizar funciones de mediación, estaría más que justificada esa misma limitación (20). No obstante se ha defendido (21) que el paso que supone el cambio de redacción desde la anterior norma (22) hasta la actual, siendo que en aquella sí se recogía esa misma limitación, «...asumiendo que la relación entre las partes y el mediador es de carácter contractual, del art. 14 se derivaría una referencia a una responsabilidad únicamente civil y de base exclusivamente contractual, por obligacional, que se circunscribiría temporalmente al tiempo en que el mediador esté ejerciendo sus funciones de mediación».

Es la referencia a cumplir «fielmente el encargo» que tanto recoge la normativa de mediación como la de arbitraje la que ponga el punto concreto a esa limitación, pues en el fondo y como recoge la sentencia del Tribunal Supremo de 2017 (23),

«La temeridad no se identifica con la intención de perjudicar, o con lo que la sentencia de 26 de abril de 1999 califica de "antijuridicidad dañina intencional", en el marco de una responsabilidad basada exclusivamente en el dolo y la culpa, en el que la temeridad no tiene que ser intencional, especialmente tras la sentencia de 22 de junio de 2009. La temeridad se identifica con una negligencia inexcusable, con un error manifiesto y grave, carente de justificación, que no se anuda a la anulación del laudo, sino a una acción arriesgada por parte de quienes conocen su oficio y debieron aplicarlo en interés de quienes les encomendaron llevar a buen fin el arbitraje. A una conducta de quien ignora con arreglo a una mínima pauta de razonabilidad los derechos de quienes encargaron el arbitraje y las atribuciones propias de los árbitros, desnaturalizando en suma el curso arbitral sin posibilidad de que pudiera salir adelante el laudo correctamente emitido, como así fue, con el consiguiente daño. A una conducta, en definitiva, insólita o insospechada que está al margen del buen juicio de cualquiera».

IV. EL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD DEL MEDIADOR Y SU ADAPTACIÓN A SUPUESTOS DE INSOLVENCIA

En el Estatuto del mediador que recoge la LM en el art. 11 se parte de que el mediador está legalmente capacitado y formado. El mediador concursal tendrá además una capacitación específica para ello. Por tanto, las personas naturales, bien actúen individualmente como a través de una persona jurídica, deben estar en pleno ejercicio de sus derechos civiles, tener título oficial universitario o de formación superior (24) y no estar impedido por el estatuto que regule el ejercicio de su profesión. Junto a ello se exige que tenga una formación específica en la materia que deberá impartirse por instituciones debidamente acreditadas. Los arts. 3 a 7 del RM desarrollan dichos requerimientos.

Aunque la norma recoge un régimen voluntario de inscripción en el Registro que a tal efecto se crea, salvo para los supuestos de mediación en insolvencia, las instituciones de mediación serán responsables no solo de las actuaciones del mediador por ellas designado sino por la que pueda derivar de la designación del mediador conforme al art. 14 LM (25) . Esto es particularmente aplicable a las Cámaras de Comercio en supuestos de mediación, pues el art. 644 TRLCon recoge que, si el deudor persona natural empresario o la persona jurídica deudora hubiera presentado la solicitud ante una Cámara Oficial, la propia Cámara asumirá las funciones de mediación. En tal caso el sistema de mediación desarrollado por las Cámaras deberá ser transparente y se deberá garantizar la inexistencia de conflicto de intereses. A tal efecto podrá constituirse una subcomisión de sobreendeudamiento u órgano equivalente, que deberá estar compuesto por, al menos, una persona que reúna los requisitos para ser nombrada mediadora concursal. Es decir, quiere una actuación colegiada, pero al mismo tiempo necesita de al menos un experto en mediación debidamente inscrito y que reúna los requisitos previstos en la normativa concursal.

Es diferente ese régimen al previsto para otros supuestos de mediación. En estos últimos y para entender hasta donde llega esta responsabilidad por esa designación debemos acudir a lo previsto en los arts. 20 ss RM. En ellos se recoge que la institución podrá inscribirse para realizar mediaciones siempre que realice una declaración responsable que cumpla con los requisitos formales que allí se recogen. La inexactitud, falsedad u omisión, de carácter esencial, en cualquier dato, manifestación o documento que se acompañe o incorpore a la declaración responsable a que se refiere el artículo anterior conllevará su baja en el registro. El art. 21.1º.c) RM recoge que la designación del mediador, dentro de la institución, deberá obedecer a criterios de transparencia y establecer mecanismos de reclamaciones, de evaluación del servicio, de evaluación de los mediadores y procedimientos sancionadores o disciplinarios. Este mismo régimen se ha previsto en el apartado segundo del art. 664.1 TRLCon pero para el sistema de mediación y no para los supuestos de designación que no se prevé.

Podríamos, hipotéticamente, considerar que lo que ha querido el legislador es establecer una responsabilidad por la designación en tanto a cualquier supuesto que conlleve responsabilidad en el mediador

Por tanto, en la designación la responsabilidad civil derivada de la institución podría reducirse a dos supuestos diferentes (26) : 1º. Por un lado, a aquellos en donde se haya designado a una persona natural que no cumpla los requisitos (o los haya perdido) para ser mediador o formar parte de esa subcomisión, en los términos que recoge la norma y que hemos desarrollado; en este caso no se daría el supuesto para la mediación en insolvencia al ser la propia Cámara la que lo prevé. 2º. Y en segundo lugar —en cuanto conectada con una mala *praxis*— dicha designación, en el régimen ordinario no concursal, se hubiere realizado aún cuando debiendo haber actuado en supuestos de

mediación anteriores frente al mediador, no haya activado los procedimientos de evaluación, sancionadores o disciplinarios que le fueren aplicables (27) . Referidos esto al ámbito concursal quedaría limitado a los supuestos en que no se siga el sistema previsto en la norma, exista y no se corrija el conflicto de intereses o quien participe desde la subcomisión (al menos uno de ellos) no sea mediador concursal debidamente inscrito y realmente actúe como tal.

Al margen de lo anterior y sin perjuicio de la posibilidad de reclamación y responsabilidad solidaria, podríamos, hipotéticamente, considerar que lo que ha querido el legislador es establecer una responsabilidad por la designación en tanto a cualquier supuesto que conlleve responsabilidad en el mediador; es decir se trataría de una responsabilidad solidaria de la institución por cualesquiera de los supuestos que dieran lugar a responsabilidad en la mediación y que se activaría en cualquier caso cuando estos se produjeran. Se trataría, como defiende algún autor, de una *culpa in eligendo*, cuando ha de designar en el régimen ordinario, y/o como responsabilidad contractual (28) ; y tiene su razón de ser en el hecho de la desaparición de la responsabilidad subsidiaria que se recogía en el RDL 5/2012 antecedente de la presente (29) .

V. RESPONSABILIDAD DEL MEDIADOR POR INCUMPLIMIENTO ESTATUTARIO: DEBERES FIDUCIARIOS

Podemos distinguir aquellos supuestos que suponen el incumplimiento estatutario de la función del mediador de aquellos que parten de una actuación de sus funciones y otros que lo sean por error profesional. Esta triple distinción se fundamenta en el propio texto de la norma que así lo distingue y que parece acentuar esa clasificación intentando cubrir todas las áreas en donde cualquier tipo de daño se pueda producir. Pero es esencial considerar esa conexión con la actuación pues solo en tanto esto produzca un daño a las partes que son sujetos de mediación y que sea evaluable económicamente se podrá dar esa responsabilidad por daños de la que estamos hablando. De otra forma el incumplimiento estatutario podrá dar lugar a otro tipo de sanciones, pero no a esa responsabilidad civil por daños que la norma parece querer cubrir. El art. 27 del RM, cuando nos habla del seguro, recoge que deberá extenderse a todos los daños y perjuicios, distintos a los resultados esperados de la mediación, que causen por sus actos u omisiones; como los derivados de la infracción de los principios de imparcialidad y confidencialidad, error profesional o la pérdida o extravío de expedientes y documentos de las partes. Al remitirse al estatuto de los administradores concursales debemos tener igualmente en cuenta la exigencia de seguro de responsabilidad civil de estos (30) , aunque se ha matizado que existe una falta de previsión al efecto que nos llevaría al seguro de responsabilidad civil de cualquier mediador (31) .

El mediador está sujeto a un Estatuto que vendrá previsto tanto por la norma como por el contrato de mediación en su caso (32) . En el último supuesto nos encontramos con un incumplimiento contractual. La LM introduce para ello un estatuto propio, fiduciario, en donde resalta la igualdad e imparcialidad (art. 7), la neutralidad (art. 8) y la confidencialidad (art. 9). En el régimen concursal se desnaturaliza por ejemplo este último (709.2º TRLCon (33)).

A lo largo del estudio de estos deberes se han venido a dar dos diferentes teorías. Así algunos

autores (34) han señalado la gran dificultad que ello conlleva y en concreto se resalta (1) el escaso desarrollo judicial (35); (2) existen considerables dificultades para establecer que las «obligaciones de mediación» son «suficientemente fijas» para permitir la aplicación de las mismas con carácter general; (3) existe una dificultad estructural en afirmar que un mediador tiene obligaciones fiduciarias simultáneas con partes con intereses opuestos; y (4) habría una dificultad considerable para demostrar que el mediador ocupaba no sólo una posición de influencia sino de «superioridad» suficiente para justificar la condición de fiduciario. Pero otras posiciones (36) defienden precisamente lo contrario señalando la confidencialidad (aquí luego desnaturalizada), los conflictos de intereses y la buena fe como deberes fiduciarios (37). En este mismo sentido se afirma que los mediadores pueden violar el deber de confianza engañando a las partes en cuanto a sus credenciales o informando erróneamente sobre el tipo de servicio que se prestará (38).

En el asunto *Canada v. Saskatchewan Wheat Pool* (1983 (39)) el Tribunal Supremo de Canadá dictaminó que el incumplimiento de dicho estatuto no es de por sí suficiente para generar una responsabilidad del mediador; para ello- afirma- es necesario probar que dicho incumplimiento ha causado un daño que conecta directamente a la negligencia y no a dicho incumplimiento. El estatuto lo que recoge, señala el órgano jurisdiccional, es un conjunto de deberes que en sí mismos son una prueba práctica («*Handy test*») de lo que es razonable en esas circunstancias, pero que además hay que probar el daño.

Por los principios de igualdad e imparcialidad la norma recoge que «[e]n el procedimiento de mediación se garantizará que las partes intervengan con plena igualdad de oportunidades, manteniendo el equilibrio entre sus posiciones y el respeto hacia los puntos de vista por ellas expresados, sin que el mediador pueda actuar en perjuicio o interés de cualquiera de ellas.» La referencia a «se garantizará» y no a que sea el mediador el que deba garantizar puede resultar inocua en una lectura rápida, pero evidencia una actuación neutral del mediador también en ello. En este sentido es interesante la relación que en esto recoge la norma que fue aprobada en dicho país, en 1990, denominada *Ontario's Business Practices Act* (40). En ella se afirma que si un mediador ha facilitado un acuerdo entre dos partes y se demuestra que una de las partes ha llegado a dicho acuerdo por confiar en la opinión del mediador, éste estaría infringiendo la Ley de Prácticas Comerciales y el acuerdo podría ser anulado y el demandante podría recibir una indemnización por daños y perjuicios por ello. Si además se prueba que el incumplimiento también constituye una prueba de negligencia, el mediador podría ser susceptible de responsabilidad extracontractual. Llevado ello al ámbito de la mediación concursal el carácter híbrido de mediador-negociador no impide tomar en consideración que los citados principios han de cumplirse igualmente, pues en realidad esa actuación debe ser consecuente con el objetivo de la norma, sin que suponga parcialidad a favor del deudor y evidentemente de nadie.

La neutralidad ha sido vista en el asunto *Furia v. Helm* (41) de la Corte de Apelación de California [2003] en donde se recoge que la figura de la neutralidad conlleva que cualesquiera de las partes tomarían una decisión diferente a aquella que habrían aceptado de pensar que el mediador está alineado con la contraria. En estos casos el Tribunal afirmará que la falta de neutralidad conlleva responsabilidad civil por no haber dado toda la información necesaria y existente para que las partes

tomen una decisión en plena igualdad de armas (42) . Es por ello que en el ámbito de la insolvencia se establecen deberes de comprobación (659 y 660) por parte del mediador, supervisión del acuerdo que se pretende adoptar (666) y funciones posteriores de supervisión.

En relación a la confidencialidad el art. 9 desarrolla dicho apartado pero que en líneas generales impide que los mediadores o las personas que participen en el procedimiento de mediación estén obligados a declarar o aportar documentación en un procedimiento judicial o en un arbitraje sobre la información y documentación derivada de un procedimiento de mediación o relacionada con el mismo, excepto: a) Cuando las partes de manera expresa y por escrito les dispensen del deber de confidencialidad. b) Cuando, mediante resolución judicial motivada, sea solicitada por los jueces del orden jurisdiccional penal. La infracción de dicho deber, recoge la norma expresamente, generará responsabilidad en los términos previstos en el ordenamiento jurídico. El momento trascendental de separación se encuentra en el nombramiento del mediador concursal como administrador concursal, pues hasta ese momento rige completamente la confidencialidad, pero la misma se excluye desde ese nombramiento (art. 70.9º.2 TRLCon) en la tramitación del concurso consecutivo al mismo.

En el caso *Martino v. Family Service Agency of Adams County*[1982 (43)] se trató un asunto sobre ruptura de la confidencialidad. En el mismo se contrató a una empresa cuya directora ejecutiva terminó teniendo una relación con el marido de quien sería posteriormente la demandante. En este caso la directora ejecutiva no dijo nada y la relación continuó resolviendo los problemas de ambos, pero aprovechándose de lo que había venido conociendo privadamente por la relación existente con el marido. En este caso la corte vino a recoger que no existía responsabilidad por la sola ruptura de esa confidencialidad dado que era difícil la prueba del daño y que en cualquier caso eran daños menores debidos a la complejidad social que vivíamos. No obstante los autores (44) han señalado, a mi modo de ver de forma exacta, que si bien ello, en sí mismo, no conlleva esa responsabilidad por daños si podría haberse situado perfectamente en el ámbito de la negligencia por el incumplimiento del contrato de mediación.

En el ámbito concursal de la mediación, el régimen debe distinguir los supuestos en donde la misma alcance un acuerdo que conlleve superar la situación de insolvencia de aquellos que finalmente nos lleven a la declaración de concurso, pues como hemos visto el régimen previsto por la norma es el de eliminar esa obligación de confidencialidad que, con los matices que puedan derivarse de ello, se elimina tras la declaración de concurso. Aún así podríamos igualmente distinguir el incumplimiento de ese deber cuando se realiza en el período de mediación de aquel que se deriva de la declaración de concurso en donde ya se hubiera producido el hecho y que quedaría sujeto igualmente a su cumplimiento.

Junto a todo ello debemos tener en cuenta que el art. 24 LM recoge igualmente la obligación de cumplir con todo ello en los supuestos de actuaciones que se realicen en línea, en donde particularmente debemos prestar atención a la protección de datos (45) , al convertirse el mediador en responsable de su tratamiento y especialmente estar acentuado el régimen de confidencialidad (46) . Este régimen se mantiene igualmente en el proceso concursal de mediación y debe sujetarse a las mismas reglas y responsabilidades.

VI. RESPONSABILIDAD POR LA ACTUACIÓN DEL MEDIADOR. INCUMPLIMIENTO DE FUNCIONES

La actuación del mediador podrá dar lugar a daños y perjuicios tanto en el desarrollo del procedimiento como por su actuación profesional derivada de sus conocimientos o *lex artis*.

Debemos diferenciar ambas pues en el fondo lo que determinamos es una responsabilidad diferente por el no cumplimiento (o cumplimiento erróneo) de sus funciones en el expediente de mediación y la que puede derivar de su capacitación profesional.

Ya hemos visto que una de ellas se identifica con el propio estatuto (infracción de los deberes de imparcialidad y confidencialidad) legalmente fijado, pero más allá de ello el propio cumplimiento de sus funciones de mediador podrá dar lugar a daños causados tanto a las partes como a terceros. Una de las que identifica el art. 14 LM es el de la «pérdida de expedientes y documentos de las partes» que han confiado en el mediador entregándole los mismos y que la norma lo dirige a la responsabilidad civil antes que al deber de custodia de una responsabilidad penal. El manejo de esa información en el ámbito concursal es trascendental de igual forma pero se acentúa aún más en tanto la información que se tiene es completa pues con ella además se deberá, en su caso, presentar la solicitud de concurso afirmando la subsistencia de la insolvencia del deudor.

El art. 13 LM recoge en parte cuales son las funciones del mediador en el régimen no concursal (que se completa con los trámites a seguir en los arts. 17 ss) y que nos puede servir para modular las que se desarrollan en el procedimiento de insolvencia y con ello identifica posibles incumplimientos (47) Así:

- a) El mediador facilitará la comunicación entre las partes y velará porque dispongan de la información y el asesoramiento suficientes. En este apartado no solo se pone de manifiesto que no vale simplemente el cumplimiento de los hitos que concursalmente se desarrollan sino la necesaria información sobre los aspectos que se recogen y la utilización de medios, modelos o técnicas de mediación válidos a tal efecto.
- b) El mediador desarrollará una conducta activa (48) tendente a lograr el acercamiento entre las partes, con respeto a los principios recogidos en esta Ley. Esto conlleva el cumplimiento de las funciones previstas para la sesión constitutiva, informaciones a dar y las siguientes que hayan de desarrollarse hasta la terminación.
- c) El mediador podrá renunciar a desarrollar la mediación, con obligación de entregar un acta a las partes en la que conste su renuncia. Este apartado no está previsto en el ámbito concursal salvo para el supuesto de la aceptación pero nada impide que esta se pueda producir, por cualquier razón justificada, y que por lo tanto surja la obligación concreta que desarrolla la norma general.
- d) El mediador no podrá iniciar o deberá abandonar la mediación cuando concurren circunstancias que afecten a su imparcialidad. Antes de iniciar o de continuar su tarea, el mediador deberá revelar cualquier circunstancia que pueda afectar a su imparcialidad o bien generar un conflicto de intereses. Tales circunstancias incluirán, en todo caso:

- Todo tipo de relación personal, contractual o empresarial con una de las partes.
- Cualquier interés directo o indirecto en el resultado de la mediación.
- Que el mediador, o un miembro de su empresa u organización, hayan actuado anteriormente a favor de una o varias de las partes en cualquier circunstancia, con excepción de la mediación.
- En tales casos el mediador sólo podrá aceptar o continuar la mediación cuando asegure poder mediar con total imparcialidad y siempre que las partes lo consientan y lo hagan constar expresamente. El deber de revelar esta información permanece a lo largo de todo el procedimiento de mediación.
- En el ámbito concursal el régimen se complica un poco más pues, como hemos visto, se aplicará el régimen de incompatibilidades de auditores y administradores concursales, en cualquier caso.

Hemos de distinguir la función del mediador en cuanto a su conducta como tal de la que deriva o derivaría de su actividad profesional concreta en donde los límites de una y otra pueden ser inciertos

Incumplimiento de cualesquiera de las obligaciones que hayan pactado en el propio contrato de mediación si existe. En materia concursal el régimen de aceptación y la posterior comunicación a los deudores conlleva que esto pueda igualmente ponerse de manifiesto si bien más referidos a los contenidos obligacionales de la ley que a otros, pero en cualquier caso tomando en consideración aquello que allí se haya recogido.

Una de las razones que se han dado para que surja, además, dicha responsabilidad es cualesquiera de las promesas expresas o implícitas que pudieran derivarse del mediador respecto de la mediación. Así si de ellas se deriva una respuesta favorable a la mediación que hubiera sido sugerida o sugestionada que difiera de lo que finalmente ocurre algunos autores consideran que será susceptible de responsabilidad (49), aunque conforme a nuestra normativa ello supondría igualmente el incumplimiento de la neutralidad que daría lugar a la misma.

VII. LA RESPONSABILIDAD DEL MEDIADOR POR ERROR PROFESIONAL

Debemos distinguir dos supuestos en este apartado. Por un lado la actuación profesional del mediador como tal y por otro la actuación del mediador que utiliza (y hasta donde puede utilizarla) las herramientas propias de su profesión (abogado, economista, trabajador social por ejemplo y en el caso de mediación en insolvencia a partir de los requisitos profesionales exigidos para ser administrador concursal) para asesorar a las partes en una mediación. Hablamos en cualquier caso

de actuaciones por negligencia tanto en uno como en otros supuestos.

Es cierto que debemos considerar que el mediador debe cumplir con un estándar de conducta y que además es nombrado partiendo de su formación y capacitación, sin embargo, hemos de distinguir la función del mediador en cuanto a su conducta como tal de la que deriva o derivaría de su actividad profesional concreta en donde los límites de una y otra pueden ser inciertos. En el *Asunto Tapoohi v Lewenberg* [2003 (50)] la Corte Suprema de Australia analizó dicho supuesto concluyendo que habría que distinguir los casos en que el mediador es buscado precisamente por su especialidad y que en tal caso existiría dentro de la obligación contractual de mediación la de asesorar a ambas partes de igual modo. No parece que esté construida así la mediación de la que hablamos aquí (51) pero en cualquier caso es evidente que una actuación mediadora no solo conlleva los acercamientos sino también las posibilidades jurídico-económicas-sociales que están sobre la mesa y por tanto la experiencia de quien es mediador. Es por ello interesante ver esa posición mixta del mediador en insolvencia que además supervisa el pretendido acuerdo que haya de tomarse.

En cualquier caso, la negligencia en dichas conductas y los supuestos de exceso en dichas funciones podrían conllevar responsabilidad. En ese mismo asunto la reclamación se fundamentó en tres apartados: 1º. Por haber intervenido en la redacción del acuerdo de mediación. 2º. Por haber presionado a las partes para que llegaran a dicho acuerdo. 3º. Por haber asesorado sobre materia fiscal excediendo de sus obligaciones de mediador.

En cualquier caso, para que dé lugar a esa responsabilidad será necesario que exista un daño derivado de ello pues de otra forma es evidente que la infracción, el exceso o la negligencia no conlleven un resultado positivo.

En una de las anteriores obras mencionadas (52) se sugieren diferentes tipos de perjuicios que pueden ser derivadas del ejercicio de la mediación:

- (i) provocar indebidamente que una mediación no dé lugar a un acuerdo (53);
- (ii) provocar indebidamente un acuerdo con términos perjudiciales para una de las partes;
- (iii) perjudicar los intereses de una parte de la mediación cuyo interés el mediador está obligado a proteger;
- (iv) perjudicar los intereses de un tercero (54).

VIII. EXCLUSIÓN DE LA RESPONSABILIDAD DEL MEDIADOR

No existe una responsabilidad por daños derivados del buen o mal resultado de la mediación (55). Esto no solo se recoge expresamente en la norma, sino que además es propio de la institución (56). Utilizando las palabras de la exposición de motivos de la LM se trata de una «*fórmula de autocomposición*» en donde son las partes las que deciden resolver un conflicto a partir de esta herramienta y para ello un mediador acercará posturas entre ambas que son las que en definitiva han de resolver el asunto: una intervención activa orientada a la solución de la controversia por las

propias partes. Esto tendrá bastante importancia a los efectos de la actuación profesional propia de quien sea mediador.

Por lo tanto el resultado, en tanto resultado esperado en la mediación por cada una de las partes, no determina el surgimiento de una responsabilidad en el mediador que simplemente acerca activamente posiciones y no estará cubierto por el seguro obligatorio (art. 17 RM), si bien el mismo hecho del interés directo o indirecto en el resultado de la mediación por parte del mediador supone un incumplimiento derivado de su estatuto y no relacionado con este. La actuación del mediador de forma condicionada, interesada, negligente, no independiente, etc, motivará su responsabilidad por otras razones, pero no por el resultado de la mediación en relación a las expectativas de las partes.

Es interesante traer a colación la resolución *Lange vs. Marshall en 1981* (57), en donde tras la declaración de actuación negligente por el mediador (que había postulado más a favor de una de las partes que de otra en relación a su amistad) la Corte de Apelación de Missouri afirmaríala que no quedaba probado que el resultado, por ser propio de un acuerdo entre las partes, acreditara un daño a quien en su caso había demandado. Por lo tanto aunque reconocía dicha actuación negligente del mediador no condenaba a ningún tipo de daño exigiendo (más allá de lo que tradicionalmente se exige en el derecho de daños —torts— en USA) pruebas evidentes de ese daño en el resultado debidos a la actuación del mediador y no solo por esta sino por la relación causal que allí se exigía y que la demandante no logró probar.

Salvo para el supuesto de confidencialidad (art. 9.2º.a LM) —que en el ámbito concursal se matiza tras el nombramiento del mediador como administrador— el régimen previsto en nuestras normas no recoge nada al respecto de la exclusión contractual o institucional de la responsabilidad del mediador, lo que es normal en otras jurisdicciones (58), atendiendo a la naturaleza de la misma, salvo por una actuación fraudulenta o con culpa grave (art. 1102 CC). En el marco comparado la resolución de la Corte de Apelación de Nueva Zelanda de 2003 (Asunto *McCosh v Williams*) (59) resolvería que la cláusula fijada en el contrato de mediación excluía la responsabilidad del mediador en cuanto a cómo había conducido el procedimiento de mediación pero no de los actos realizados en ejecución de dicho acuerdo en donde parece intervino también el mediador; pero no obstante consideraba que ello era posible en tanto en cuanto se hubiera recogido de manera clara y no ambigua (60). La cláusula recogía lo siguiente:

«The parties jointly and severally release, discharge and indemnify the mediator in respect of all liability whatsoever (whether involving negligence or not) which may be alleged to arise in connection with or to result from or to relate in any way to this mediation».

No suele ser tampoco común la exclusión no razonable de esa responsabilidad. Es esto lo que se ha resuelto el Asunto *Regus (UK) Limited v Epcot Solutions Limited* (61) en donde efectivamente la irrazonabilidad de la cláusula conlleva una limitación a esa libertad de disposición de las partes (62).

En nuestro derecho el juego de los arts. 6.2º Cc y 1255 Cc se hace necesario en tanto permiten fijar todo tipo de cláusulas siempre que no sean contrarias al interés, al orden público o a terceros. Dentro de este tipo de cláusulas podríamos distinguir aquellas que limitan los supuestos de responsabilidad

de aquellas que limitan el *quantum*. La ya vieja STS de 10 de diciembre de 1950 (63) vino a considerar válidos tales pactos «cuando no sobrepasen los límites de las leyes: moral, orden público, precepto prohibido o fraude de ley [...] y si están en armonía con el ámbito de libertad o autonomía de las partes para regular, limitar o exonerarse de las consecuencias de la responsabilidad contractual».

No parece que a la vista del art. 14 LM exista la posibilidad, salvo el supuesto derivado de la confidencialidad y en tanto en cuanto sea utilizado de buena fe, de exclusión de este tipo de responsabilidad del mediador o de la institución; sin embargo entendemos que ello no puede ser óbice para una limitación cuantitativa de la misma que determina el contrato de mediación como tal (64). En este supuesto sería pertinente que si las partes acuerdan sujetar la responsabilidad a un *quantum* máximo derivado de los intereses en juego, incluso en el ámbito concursal, pudieran establecer igualmente una cláusula limitativa en tal sentido, aunque quedarían fuera del mismo las actuaciones dolosas que pudieran dar lugar a dicho evento. Incluso una cláusula *claim made* (65) sobre estos supuestos en donde esa responsabilidad se circunscribe a reclamaciones que se produzcan en un período posterior concreto o a los efectos perjudiciales producidos y limitados durante un concreto período. Algo que evidentemente deberá ir construyendo la jurisprudencia.

IX. EL MEDIADOR CONCURSAL COMO SOLICITANTE DEL CONCURSO

El art. 594 ya recoge que durante el período de negociaciones no se admitirán solicitudes de concurso que no sean del deudor o del mediador concursal en tanto no transcurra el plazo de negociación que se ha iniciado para el acuerdo extrajudicial de pagos. El art. 695 TRLCon atribuye al concurso solicitado por el mediador la naturaleza procesal de concurso consecutivo exigiendo (art. 705) que el mediador solicite (deberá) de inmediato la declaración de concurso de acreedores del deudor que fuera insolvente (insolvencia que ha de considerarse tanto en los supuestos de insolvencia actual como inminente según el art. 705.3º TRLCon) en cuatro casos: 1.º Si, dentro de los diez días naturales a contar desde el envío de la propuesta de acuerdo, acreedores que representen, al menos, la mayoría del pasivo que pueda verse afectada por ese acuerdo decidiesen no iniciar o no continuar las negociaciones. 2.º Si la propuesta de acuerdo extrajudicial de pagos no fuera aceptada por los acreedores. 3.º Si el acuerdo extrajudicial de pagos fuera anulado por el juez o fuera incumplido por el deudor. 4.º Cuando el deudor fuera persona natural que no tenga la condición de empresario, transcurridos dos meses a contar desde la comunicación de la apertura de negociaciones con los acreedores, si el notario o, en su caso, el mediador concursal considerase que no es posible alcanzar un acuerdo, deberá solicitar la declaración de concurso consecutivo dentro de los diez días siguientes. En este último caso exige además un informe explicativo de esa imposibilidad de acordar.

El art. 706 TRLCon recoge además cómo ha de ser esa solicitud y por ello matiza que si la misma es pedida por el mediador requerirá propuesta anticipada de convenio o plan de liquidación que en caso de persona natural no empresario será siempre esta última; informe elaborado por el propio mediador concursal como el previsto para la administración concursal (66); informe (pronunciamiento dice la norma) sobre la concurrencia de los requisitos establecidos para la concesión en su caso del beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho y sobre la apertura de la

sección de calificación. Como hemos visto además será necesario un informe explicativo en determinados supuestos.

Por lo tanto al mediador nombrado le corresponde presentar esa solicitud junto a los documentos necesarios para ella en el régimen general y aquellos en particular que la norma ha previsto y que hemos recogido. El incumplimiento de esta función debe matizarse en tanto en cuanto la solicitud de concurso se presente por el deudor o, en cualquier supuesto podría ponderarse en los previstos en el art. 594 TRLCon, pues puede haber concursos necesarios presentados con anterioridad a la apertura del período de negociación, en cuyo caso habrán seguido adelante según la norma; o puede que existan peticiones posteriores a la terminación del período de negociación y dentro del período de un mes hábil siguiente al mismo en cuyo caso parece recogerse en el párrafo segundo que deberá esperarse por si lo hace el deudor y en ese caso se tramitará esta con anterioridad.

El incumplimiento de todo ello puede generar responsabilidad al mediador por la exigencia final de dicha mediación; eso lo convierte en solicitante igualmente y posiblemente (salvo justa causa) en administrador concursal. De esta forma se conjugan funciones de mediación anteriores, funciones de solicitante del concurso derivado de esa actuación como mediador y posteriores funciones de administrador concursal. Esta última además podrá conllevar un régimen de intervención o de suspensión con la consiguiente afectación de la capacidad administrativa y de disposición del deudor.

Entre las razones de calificación culpable del concurso la falta de presentación de la documentación necesaria (o el cumplimiento del plazo para ello) para solicitar el concurso o la aportación falsa de documentación, se recoge como razón para el deudor pero nunca para el mediador (arts. 443 y 444 TRCLon), por lo que las funciones del mediador lo son como culminación a esa función y no como propias del deudor. Esto derivaría en considerar que la posible responsabilidad que le fuera exigida por ello se sitúa en el ámbito de la mediación y no en otro ámbito distinto. El legislador ni siquiera ha establecido ningún tipo de responsabilidad por ello partiendo de que en cualquier supuesto esto se cumpliría.

No obstante aún más podríamos diferenciar las funciones propias de la mediación de aquellas que pudieran derivar en algún tipo de daño a los interesados (por ejemplo acreedores que vieran reducida su posibilidad de cobro precisamente por no haber presentado en tiempo la solicitud de concurso y se hubiera visto agravado el patrimonio con más deudas o por alzamiento por ejemplo) por no presentar la solicitud de concurso por parte del mediador. En sí misma esto no es una función propia de la institución sino derivada de la exigencia legal de la normativa concursal. Al no estar previsto es evidente que el posible daño que pudiera derivarse tendría más que ver con el incumplimiento del estatuto (en el que creemos se integra) que con la derivada de la misma función de mediación. Y que por ello el ámbito de su exigencia quedaría o debería quedar al margen del concurso y fuera de la competencia del juez del mismo. Sin embargo, la relación entre ese posible daño y el incumplimiento de funciones está tan vinculado que cualquier actuación extraconcursal necesitaría conocer de la situación concursal final a la que se haya llegado y por tanto quedaría prejudicialmente afectada hasta la terminación del concurso de acreedores.

X. CONCLUSIONES

No está clara la figura del mediador concursal en cuanto al régimen de responsabilidad que le es aplicable en su doble y potencial condición de mediador para alcanzar un Acuerdo Extrajudicial de Pagos y posterior administrador concursal (salvo causa justificada) en el supuesto de crisis de aquel expediente y en tanto se mantenga la situación de insolvencia de la persona física o jurídica que ha solicitado dicho nombramiento. Esta doble condición híbrida de mediador-negociador en el primero, solicitante del concurso y administrador concursal, en el segundo, incluye funciones diferentes a las que podemos ver en un mediador en el sentido propio de la institución.

Son precisamente el conjunto de dichas funciones las que nos delimitan, temporalmente, las posibles responsabilidades de dicho mediador (en cuanto a tal), del solicitante del concurso y el de administrador concursal como sistema general.

Junto a lo anterior debemos particularizar los supuestos en que la mediación la realice, cuando sea posible, por el propio notario (sujeto a un régimen pendiente de desarrollo en cuanto a su responsabilidad) o por las Cámaras de Comercio (cuyo régimen también está matizado en su actuación concursal a través de un sistema colectivo y de una subcomisión creada al efecto).

Reseñadas dichas particularidades nada impide tomar en consideración tres ámbitos concretos que pueden generar responsabilidad por su actuación y que se centran en su función de mediador como tal, en su función de mediador en insolvencia en cuanto a las obligaciones que debe asumir para la realización del encargo y en las funciones de administrador concursal una vez nombrado.

La responsabilidad exigible por su actuación no puede ser, a nuestro modo de ver, un régimen conjunto por todas ellas, sino que deben distinguirse según el momento en que se realizan (67). Esto conllevará igualmente considerar que dicha responsabilidad por la mala *praxis* en sus funciones (nunca por el resultado) no se localiza en la competencia del juez del concurso en todos los supuestos, sino que quedará diferenciado igualmente en el juez ordinario para las funciones de mediación en sí mismas y en el régimen del juez que tramite el concurso cuando se hable de funciones de administrador concursal.

No obstante lo anterior, existen funciones atribuidas al mediador, como son la solicitud de concurso en caso de crisis del Acuerdo Extrajudicial de Pagos, que conllevan una intervención mixta que tanto pueden centrarse en el ámbito de las previstas para la mediación (en realidad culmina el procedimiento) o en la misma responsabilidad situada en el régimen concursal. En este caso consideramos que dicho régimen de responsabilidad no puede ser subsumido en el sistema de calificación concursal sino en el de mediación pues se incluyen como tales en el Texto Refundido de la Ley Concursal y se aleja de la prevista para el órgano de administración como garante del deber de solicitud de concurso y de la gestión empresarial o patrimonial que le incumbe.

La ley se ha olvidado de regular claramente ese régimen de responsabilidad para el mediador en insolvencia y las lagunas legales no se pueden resolver con una simple remisión a otras normas. El hecho de que el art. 642.2º TRLCon nos reenvíe, en caso de notario que asuma las funciones del

mediador, a un régimen de responsabilidad pendiente de desarrollo, nos pudiera hacer pensar que la referencia del art. 641.1º TRLCon a la normativa general de mediación pudiera ser la pensada para el mediador en general como régimen de responsabilidad exigible; pero esto dejaría ciertamente en el aire las peculiaridades que hemos recogido para los supuestos de mediación concursal y que necesariamente han de configurarse, analizarse y responsabilizarse desde esa triple perspectiva que hemos matizado.

BIBLIOGRAFÍA

- ALONSO SALGADO, C., «Art. 14», *Comentarios a la Ley 5/2012, de mediación en asuntos civiles y mercantiles* (R.Castillejo, Dir.), Valencia; Tirant lo Blanch. 2013.
- BLANCO CARRASCO, M., *Mediación y sistemas alternativos de resolución de conflictos. Una visión jurídica*, Ed. Reus, 2009.
- CABRERA MERCADO, R., «Comentario al art. 654», *Comentarios al articulado del Texto Refundido de la Ley Concursal*. Peinado/Sanjuán (dirs.) Sepin 2020.
- CANDELARIO MACÍAS, M.I., *El mediador concursal*, Valencia, Tirant lo Blach, 2015.
- CARRETERO MORALES, E., *La mediación civil y mercantil en el sistema de justicia* . Dykinson 2016.
- CAVANILLAS MÚGICA, S., «El mediador y las instituciones de mediación», en *Mediación en materia civil y mercantil. Análisis de la normativa de la UE y española* (Directiva 2008/52/CE, Ley 5/2012 y RD 980/2013), Francisco López Simó Federico F. Garau Sobrino (coord.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2014.
- CHAYKIN, A.A., «The Liabilities and Immunities of Mediators: A Hostile Environment for Model Legislation», *Journal on dispute resolution* , vol. 2, n.º 1, 1986, pp. 46 ss.
- DE VIVERO DE PORRAS, C. *et al*, *La mediación civil y mercantil: ¿una alternativa a la jurisdicción?*, Madrid, Editorial Jurídica Sepin, 2012.
- DE VIVERO DE PORRAS, C., *Los acuerdos extrajudiciales de pago en procesos de insolvencia. Procedimiento y tramitación*, Valencia, Tirant lo Blach, 2017.
- ESPLUGUES MOTA, C., «Mediación civil y mercantil en conflictos transfronterizos en España: de la Directiva 2008/52/CE a la Ley de mediación de 2012» (J.F. Etxeberría Guridi, dir.), *Estudios sobre el Significado e Impacto de la Mediación: ¿Una Respuesta Innovadora en los Diferentes Ámbitos Jurídicos?*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2012 .
- FOLBERG, J. y TAYLOR, A., *Mediation: a comprehensive guide to resolving conflicts without litigation*, John Wiley & Son, 1984.
- HERNÁNDEZ, M.M., *La segunda oportunidad*, Lefebvre. 2015.

- LOVE, L.P. y COOLEY, J.W., «The Intersection of Evaluation by Mediators and Informed Consent: Warning the Unwary», *Ohio St John's Dispute Resolution*, 2005.
- MARQUES CEBOLA, C., *La mediación*, Madrid, Marcial Pons, 2013.
- MOFFAT, M., «Suing Mediators», *Boston University Law Review*, vpl. 83, 2003 pp.147 ss.
- OLESEN, E. J. (1985) «Baar v. Tigerman: An Attack on Absolute Immunity for Arbitrators», *California Western Law Review*, vol. 21, n.º 3 1985, Article 6.
<https://scholarlycommons.law.cwsl.edu/cwlr/vol21/iss3/6>
- PLAZA PENADÉS, J., «Mediación y responsabilidad civil», *La mediación en asuntos mercantiles*. (Carmen Boldó Roda (dir.) y M.ª Mar Andreu Martín (coord.)), Valencia, Tirant lo Blanc, 2015 .
- QUINTANA, A., «La responsabilidad civil de los mediadores», *Diario La Ley*, n.º 8431, 2014.
- REBEKAH, R.C., «Writing on the Wall: The Potential Liability of Mediators as Fiduciaries», *Brigham Young University Law Review*, 2006.
- RODRÍGUEZ, L.F., *Mediación Mecantil en España*, Madrid, Dykinson 2017.
- SANJUÁN Y MUÑOZ, E., «La mediación concursal en supuestos de entidades aseguradoras y reaseguradoras: una nueva (im) posibilidad abierta tras la Ley 20/2015», *Diario La Ley*, n.º 8629, 2015.
- SANJUÁN Y MUÑOZ, E., «La naturaleza jurídica del mediador concursal: sistema alternativo de gestión de los supuestos de insolvencia», *Diario La Ley*, n.º 8230, 2014
- SCHULZ, J.L., «Mediation, Confidentiality, and Settlement Privilege: The Practitioner's Dilemma», *The Man. J. of Counselling*, vol. 26, n.º 1, 1999.
- SCHULZ, J.L., «Mediator liability in Canada: an examination of emerging american and canadian jurisprudence», *Ottawa Law Review/Revue de droit d'Ottawa*, vol 32, n.º 2, 2001.
- TAPIA HERMIDA, A.J., «Los seguros obligatorios de responsabilidad civil de los gestores concursales (mediadores y administradores)», *Revista de responsabilidad civil y seguro*, n.º 10, 2017.

.....

(1) Real Decreto 980/2013, de 13 de diciembre, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles.

[Ver Texto](#)

(2) Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles.

[Ver Texto](#)

- (3) Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley Concursal.

[Ver Texto](#)

- (4) El contenido del precepto, que se haya derogado, recogía: «El nombramiento de mediador concursal habrá de recaer en la persona natural o jurídica a la que de forma secuencial corresponda de entre las que figuren en la lista oficial que se publicará en el portal correspondiente del "Boletín Oficial del Estado", la cual será suministrada por el Registro de Mediadores e Instituciones de Mediación del Ministerio de Justicia. El mediador concursal deberá reunir la condición de mediador de acuerdo con la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, y, para actuar como administrador concursal, las condiciones previstas en el art. 27.»

[Ver Texto](#)

- (5) TRLCon.

[Ver Texto](#)

- (6) Esta última nos llevaría a un nuevo problema como es el hecho de que declarado el concurso el administrador fuera nombrado administrador concursal, como es la regla general del art. 709 TRLCon si reúne las condiciones para ello. En tal caso podríamos distinguir entre la responsabilidad del mediador y la responsabilidad como administrador, pero una de las partes de la mediación estaría representada por el mediador bien en intervención o bien en sustitución lo que resultaría incoherente.

[Ver Texto](#)

- (7) En ella se recoge: El contenido de los arts. 57 a 63, 84 a 89, 560 a 566 y 574.1º todos ellos inclusive, de este Texto Refundido, que corresponda a las modificaciones introducidas en los arts. 27, 34 y 198 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, por la Ley 17/2014, de 30 de septiembre, por la que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial, entrarán en vigor cuando se apruebe el reglamento a que se refiere la disposición transitoria segunda de dicha ley. Entre tanto permanecerán en vigor los arts. 27, 34 y 198 de la Ley Concursal en la redacción anterior a la entrada en vigor de dicha Ley 17/2014, de 30 de septiembre.

[Ver Texto](#)

- (8) *Vid.* E. Sanjuán y Muñoz, «La mediación concursal en supuestos de entidades aseguradoras y reaseguradoras : una nueva (im) posibilidad abierta tras la Ley 20/2015», *Diario La Ley*, n.º 8629, 2015.

[Ver Texto](#)

- (9) *Vid.* C. De Vivero, *Los acuerdos extrajudiciales de pago en procesos de insolvencia. Procedimiento y tramitación*, Valencia, Tirant, 2017, p. 315.

[Ver Texto](#)

- (10) No obstante y por causas justificadas puede no ser nombrado y por tanto quedaría fuera del control

concurstal de que hablamos.

Ver Texto

(11) En el precepto se recogía protección de la reintegración de los acuerdos de refinanciación que posteriormente sería modificada. En el mismo se recoge lo siguiente: «*El acuerdo haya sido informado favorablemente por un experto independiente, que cumpla las condiciones del art. 28, designado por el registrador mercantil del domicilio del deudor.*»

Ver Texto

(12) R. Cabrera Mercado, «Comentario al art. 654», Peinado/Sanjuán (dirs.), Sepin 2020, p. 485.

Ver Texto

(13) E. Sanjuán y Muñoz, «La naturaleza jurídica del mediador concursal: sistema alternativo de gestión de los supuestos de insolvencia», *Diario La Ley*, n.º 8230, 2014.

Ver Texto

(14) A.A. Chaykin, «The Liabilities and Immunities of Mediators: A Hostile Environment for Model Legislation», *Journal on dispute resolution*, Vol. 2, n.º 1, 1986], pp. 46 ss.

Ver Texto

(15) J. Folberg & A. Taylor, *Mediation: a comprehensive guide to resolving conflicts without litigation* 339 (1984).

Ver Texto

(16) C. Marques Cebola, *La mediación*, Madrid, Marcial Pons, 2013, p. 251.

Ver Texto

(17) En este sentido *vid.* L.F. Rodríguez, *Mediación Mercantil en España*, Dykinson 2017. pp. 153 y 154.

Ver Texto

(18) Fundamentalmente esta se ha dado en países anglosajones en materia de arbitraje, si bien la Sentencia del Tribunal de California de 2985 supone un antes y un después en ello. Véase Olesen, Elvi J. (1985) «Baar v. Tigerman: An Attack on Absolute Immunity for Arbitrators», *California Western Law Review*, vol. 21, n.º 3, Article 6. <https://scholarlycommons.law.cwsl.edu/cwlr/vol21/iss3/6>.

Ver Texto

(19) Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje.

Ver Texto

(20)

En este sentido la STS 102/2017 de 15 de febrero vino a recoger que «La Ley de Arbitraje restringe la responsabilidad de los árbitros a "los daños y perjuicios que causaren por mala fe, temeridad o dolo" (art. 21 LA), por considerar que sólo los daños causados intencionalmente o mediando grave negligencia pueden determinar la exigencia de responsabilidad a los árbitros sin amenazar la autonomía de actuación necesaria para el ejercicio de la facultad de resolución heterónoma de conflictos que se les reconoce de acuerdo con la voluntad de las partes. La imputación al árbitro de los daños causados mediante negligencia que no comporte una infracción suficientemente caracterizada de sus deberes se opone a la autonomía funcional amparada en la autonomía de la voluntad de las partes que constituye la base de esta institución (sentencia de 22 de junio 2009).»

[Ver Texto](#)

(21) C. Esplugues Mota, «Mediación civil y mercantil en conflictos transfronterizos en España: de la Directiva 2008/52/CE a la Ley de mediación de 2012» (J.F. Etxeberría Guridi, dir.), *Estudios sobre el Significado e Impacto de la Mediación: ¿Una Respuesta Innovadora en los Diferentes Ámbitos Jurídicos?*, Cizur Menr, Thomson Reuters Aranzadi,, 2012, p. 97 .

[Ver Texto](#)

(22) En el anterior art. 14 del Real Decreto Ley 5/2012, se recogía la responsabilidad de los mediadores por los «daños y perjuicios que causaren por mala fe, temeridad y dolo».

[Ver Texto](#)

(23) *Vid.* también STS, Civil sección 1 del 14 de septiembre de 2018 (ROJ: STS 3142/2018).

[Ver Texto](#)

(24) En el supuesto de mediadores en insolvencia deberán además reunir los requisitos del derogado art. 233.1 LC en cuanto a estar inscritos como administradores concursales.

[Ver Texto](#)

(25) En este sentido C. Alonso Salgado, «art. 14», en *Comentarios a la Ley 5/20212, de mediación en asuntos civiles y mercantiles*. Castillejo R (Dr.), Valencia, Tirant 2013, p. 172.

[Ver Texto](#)

(26) Fuera de estos supuestos y para el caso de mediación que no sea concursal, entendemos que el incumplimiento del resto de los requisitos, formalidades y exigencias (incluida la no designación conforme al orden previamente establecido) solo serían susceptibles de un incumplimiento cuya sanción consecuente sería la exclusión del registro, responsabilidad disciplinaria y no la exigencia de responsabilidad civil.

[Ver Texto](#)

(27) En este caso entendemos que la actuación negligente por parte de la institución se sitúa en el hecho de haber mantenido en las listas para ser mediador a aquel/aquella que debió ser sometido a un

procedimiento sancionador o disciplinario en alguna actuación anterior. No obstante esto solo tendría razón de ser si tenemos en cuenta que debe conectarse a una mala *praxis* lo suficientemente grave antes y ahora para que pudiera conectarse esa actuación negligente.

[Ver Texto](#)

(28)

S. Cavanillas Múgica «El mediador y las instituciones de mediación», *Mediación en materia civil y mercantil Análisis de la normativa de la UE y española (Directiva 2008/52/CE, Ley 5/2012 y RD 980/2013)*, Francisco López Simó Federico F. Garau Sobrino (Coord.) Tirant 2014, pg. 230.

[Ver Texto](#)

(29) Esto se construye de forma diferente al régimen ordinario pues en este último esto conllevaría una responsabilidad automática para cualquier supuesto que creemos es incompatible con un régimen de responsabilidad por daños tal y como la hemos expuesto y que se salva solo por la posibilidad de la acción de reembolso. No obstante, ya anunciamos que es así como ha pretendido construirse.

[Ver Texto](#)

(30) Real Decreto 1333/2012, de 21 de septiembre, por el que se regula el seguro de responsabilidad civil y la garantía equivalente de los administradores concursales.

[Ver Texto](#)

(31) *Vid.* A.J. Tapia Hermida, «Los seguros obligatorios de responsabilidad civil de los gestores concursales (mediadores y administradores)», en *Revista de responsabilidad civil y seguro*, n.º 10, 2017, p. 33.

[Ver Texto](#)

(32) El acta de aceptación y las condiciones y cláusulas que en ella se recogen hacen la misma función tal y como indica A. Quintana «La responsabilidad civil de los mediadores», *Diario La Ley*, n.º 8431, Sección Tribuna, 28 de noviembre de 2014.

[Ver Texto](#)

(33) En el concurso consecutivo no regirá la regla de la confidencialidad del mediador concursal que hubiera sido nombrado administrador concursal.

[Ver Texto](#)

(34) M. Moffat «Suing Mediators», *Boston University Law Review*, vol. 83, 2003, pp. 147-157, esp. p.167.

[Ver Texto](#)

(35) Aunque en nuestro derecho se recogen dichos deberes, como hemos visto, es evidente que también existe un escaso desarrollo judicial del contenido de los mismos más allá de lo normativo.

[Ver Texto](#)

- (36) R.C. Rebekah, «*Writing on the Wall: The Potential Liability of Mediators as Fiduciaries*». *Brigham Young University Law Review*, 2006 .
- Ver Texto
- (37) «*In at least some mediation proceedings a strong argument could be made that mediators owe some degree of fiduciary obligations to the parties — primarily confidentiality, disclosure of conflicts of interest, and good faith. While all mediation relationships will probably not rise to this higher level of duty, the analytical factors discussed provide a guide for determining the likelihood, in particular factual circumstances, that a court might find a mediator liable for fiduciary obligations in the future*».
- Ver Texto
- (38) L.P. Love y J.W. Cooley, «*The Intersection of Evaluation by Mediators and Informed Consent: Warning the Unwary*», *Ohio St John's Dispute Resolution*, 2005.
- Ver Texto
- (39)
Canada v. Saskatchewan Wheat Pool [1983] 1 S.C.R. 205 (1983) 143 D.L.R. (3d)
- Ver Texto
- (40)
R.S.O. 1990, c. B.18.
- Ver Texto
- (41) 4 Cal. Rptr. 3d 357, 363-64 (*Court of Appeal* 2003)
- Ver Texto
- (42) Para C. De Vivero de Porras, *et al.*, «*La mediación civil y mercantil: ¿una alternativa a la jurisdicción?*», Madrid, Editorial Jurídica Sepin , 2012, pp. 54-59, la neutralidad no debe ser entendida como pasividad o falta de implicación.
- Ver Texto
- (43) 445 N.E. 2d 6, 112 Ill. App. 3d 593 (1982)
- Ver Texto
- (44) J.L. Schulz, «*Mediator liability in canada: an examination of emerging american and canadian jurisprudence*», *Ottawa Law Review/Revue de droit d'Ottawa*, vol 32:2, 2001.
- Ver Texto
- (45) Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales.

[Ver Texto](#)

(46) Reglamento (UE) 2016/679.

[Ver Texto](#)

(47) En el mismo sentido aunque refiriendo todas estas funciones, además de las fudicarias y de error profesional se pronuncia E. Carretero Morales E, *La mediación civil y mercantil en el sistema de justicia*. Dykinson 2016. pp. 228 a 233.

[Ver Texto](#)

(48) Ya hemos señalado que ello no supone contradicción con la neutralidad recogiendo lo dicho por C. De Vivero de Porras, et al «*La mediación civil y mercantil: ¿una alternativa a la jurisdicción?*», Madrid, Editorial Jurídica Sepin, 2012, pp. 54-59.

[Ver Texto](#)

(49) J. L. Schulz, «Mediation, Confidentiality, and Settlement Privilege: The Practitioner's Dilemma» *The Man. J. of Counselling*, vol. 26, n.º 1, 1999,

[Ver Texto](#)

(50) *Tapoohi v Lewenberg* [2003] VSC 410

[Ver Texto](#)

(51) En contra de cualquier actuación de este tipo A. Quintana, «La responsabilidad civil de los mediadores», loc. cit., *Diario La Ley*, N.º 8431.

[Ver Texto](#)

(52) M. Moffat, «Suing Mediators», *Boston University Law Review*, vol. 83, 2003 pp. 147-15, esp. 167.

[Ver Texto](#)

(53) Aunque es muy difícil llegar a esta conclusión y probar posteriormente el daño, es evidente que el incumplimiento de las funciones propias del mediador como puede ser el procedimiento podría motivar esta conducta reprochable. M. Moffitt, «Suing mediators...», loc. cit., p. 172, reconoce la dificultad de la prueba en estos supuestos, partiendo de que si las partes no han podido llegar a un acuerdo por sí mismas y han necesitado un mediador que tampoco lo ha logrado lo que se está reconociendo es la dificultad de todo ello.

[Ver Texto](#)

(54) En el Asunto *Kan. Stat. Ann. § 23-604(b)* (1995) se vino a reclamar, ante el Tribunal de Kansas, la decisión del mediador de terminar un procedimiento de mediación si su continuación pudiera causar daños a terceros. Se trataba de un divorcio en donde estaban implicados menores que podrían salir

perjudicados por el acuerdo.

[Ver Texto](#)

(55) En el mismo sentido J. Plaza Penadés, «Mediación y responsabilidad civil», *La mediación en asuntos mercantiles* (C. Boldó Roda (dir.); M.ª Mar Andreu Martín (coord.), Tirant lo Blanc, 2015, pp. 106 y 107.

[Ver Texto](#)

(56) En el mismo sentido M. Blanco Carrasco, *Mediación y sistemas alternativos de resolución de conflictos. Una visión jurídica*, Ed. Reus, 2009, pp. 300 ss .

[Ver Texto](#)

(57) 622 S.W. 2d 237 (Mo. App. 1981).

[Ver Texto](#)

(58) Centre for Effective Dispute Resolution (CEDR) Model Mediation Agreement 2020.

[Ver Texto](#)

(59) McCosh v Williams [2003] NZCA 19

[Ver Texto](#)

(60) En el mismo sentido Pty Ltd v Young 2011 HCA 16 (11 May 2011) en la Corte de Apelación (Australia).

[Ver Texto](#)

(61) [2008] EWCA Civ 361

[Ver Texto](#)

(62) En este caso lo hace partiendo de lo previsto en Unfair Contract Terms Act 1977 (UCTA).

[Ver Texto](#)

(63) *Vid.* también STS 23 de noviembre 1953, STS 12 de marzo 1957, STS 2 de noviembre 1976, STS 16 de julio 1982 , STS 25 de abril 1984, STS 11 de febrero 1991.

[Ver Texto](#)

(64)

En este sentido J. Plaza Penadés, «Mediación y responsabilidad civil», *loc. cit.*, pp. 82 y 83, recoge que «Cabe la duda de si sería lícita la exoneración de responsabilidad impuesta en contrato de mediación. Evidentemente, como condición general de la contratación determinaría la nulidad relativa de la misma, teniéndose por no puesta. Pero si la cláusula se negocia individualmente, en virtud del propio 14 LMACM y de la necesidad de tener asegurada esa responsabilidad, dicha cláusula de exoneración de responsabilidad sería ineficaz, especialmente en los supuestos de dolo (art. 1102 Cc) mala fe o culpa

grave (1106 y 1107 Cc). Por tanto, lo que se podría admitir, en mi opinión, es un agravamiento (*v.gr.*, mediante cláusulas penales específicas 1152 a 1155 Cc) o una atenuación de la responsabilidad civil del mediador en el contrato (acordando la responsabilidad solo en supuestos de culpa o negligencia), pero sería difícilmente admisible la total exoneración de dicha *responsabilidad, que en todo sería exigible en supuestos de mala fe, temeridad o dolo.*»

[Ver Texto](#)

(65) STS 252/18 del 26 de abril de 2018

[Ver Texto](#)

(66) Se ha señalado que ello obedece a intentar dar una mayor celeridad al procedimiento *Vid.* M.M. Hernández, *La segunda oportunidad*, Lefebvre, 2015, p. 222.

[Ver Texto](#)

(67) Un análisis diferente desde el conjunto formado por la disciplina de la Ley 5/2012, la normativa concursal y la normativa de la Ley de Sociedades de capital, nos la da M.L. Candelario Macías, *El mediador concursal*, Tirant. 2015, p. 81-84.

[Ver Texto](#)

El arbitraje societario en España a 10 años de 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

Company arbitration in Spain 10 years after Law 11/2011, of 20 May, on the reform of Law 60/2003, of 23 December, on Arbitration and the regulation of institutional arbitration in the General State Administration

El arbitraje societario ha evolucionado mucho en estos últimos 10 años. Se ha pasado de una necesidad de impulso de este mecanismo de resolución adecuada de disputas en el ámbito societario, a una utilización frecuente de éste. Se ha avanzado también en la comprensión de su validez legal y se ha demostrado a través de la práctica que resulta eficiente para las sociedades en la consecución de sus objetivos. La tecnología ha venido para ayudar a la eficacia del procedimiento arbitral en el ámbito societario, requiriendo adaptar el procedimiento, algo que ha sido posible gracias a la flexibilidad que caracteriza al arbitraje y al desarrollo y a la consolidación de la cultura arbitral.

Arbitraje, Sociedades, Arbitraje de equidad, Arbitraje de Derecho, Impugnación de acuerdos sociales, Acción de responsabilidad, Cláusula escalonada, Arbitraje *ad hoc*, Arbitraje institucional, tecnología.

Corporate arbitration has evolved a lot in the last 10 years. It has gone from a need to promote this mechanism for the adequate resolution of disputes in the corporate sphere, to a frequent use of arbitration. Progress has also been made in understanding its legal validity and it has been shown in practice that it is efficient for companies in achieving their objectives. Technology has come to help the efficiency of the arbitration procedure in the corporate sphere, requiring the adaptation of the procedure, something that has been possible thanks to the flexibility that characterizes arbitration and the development and consolidation of the arbitration culture.

Arbitration, Companies, Arbitration in equity, Arbitration at law, Challenging corporate agreements, Corporate liability action, Multi-tiered clauses, *Ad hoc* arbitration, Institutional arbitration, Technology.



M.ª Inmaculada Rodríguez Roblero

Profesora Ayudante Doctor Derecho Internacional Privado

Universidad de Alcalá

I. EL ARBITRAJE COMO PROCEDIMIENTO VÁLIDO PARA RESOLVER CONFLICTOS

SOCIETARIOS

1. Aspectos introductorios

El arbitraje societario es un tema actual y práctico, además de necesario para el normal desenvolvimiento de la vida de determinadas sociedades mercantiles que han optado por esta vía para resolver sus conflictos. Precisamente, a 10 años de la reforma a la Ley de Arbitraje 60/2003, de 23 de diciembre (en adelante LA), por la Ley 11/2011, de 20 de mayo, me gustaría realizar un balance de los efectos del reconocimiento expreso de la posibilidad de acudir al arbitraje para resolver las disputas societarias (1).

La Ley 11/2011 elimina los prejuicios antiarbitrales que aún subsistían entre parte de la jurisprudencia y de la doctrina, normalizando el arbitraje como un procedimiento plenamente válido y legalmente reconocido para resolver los conflictos societarios, regulando de forma expresa la arbitrabilidad de la impugnación de acuerdos sociales (2).

Mucho ha pasado ya desde la tan nombrada y analizada resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN) de 19/02/1998 (3), y de la jurisprudencia que la siguió, afirmando la posibilidad de incluir una cláusula arbitral en los estatutos sociales como vía de resolución de sus futuros conflictos, con base en la autonomía de la voluntad, sin que se contara en ese momento con una regulación específica como la actual.

En este sentido merece especial mención la Sentencia del Tribunal Supremo n.º 355/1998, de 18 de abril, en la que se establecía, en su fundamento de Derecho segundo, que

«... la sociedad es un contrato que no se agota con un cumplimiento de prestaciones en forma instantáneas, como ocurre con los contratos de tracto único, sino que nace una relación jurídica contractual duradera, como ocurre con otros contratos de tracto sucesivo. La posibilidad de incluir una cláusula de convenio arbitral en los Estatutos de una sociedad mercantil, los cuales quedan integrados en el contrato, es indudable pese a que, en los últimos tiempos, ciertas posiciones doctrinales lo han discutido. (...) El convenio arbitral inscrito configura la posición de socio, el complejo de derechos y obligaciones que configuran esa posición, en cuyo caso toda novación subjetiva de la posición de socio provoca una subrogación en la del anterior, aunque limitado a las controversias derivadas de la relación societaria» (4).

Asimismo, continuaba afirmando que acudir a la vía arbitral no implica la renuncia a las normas de *ius cogens*, las cuales deberán siempre aplicarse no importa la vía escogida para resolver los conflictos societarios (5). Lo que se está disponiendo es de la vía por medio de la cual los socios quieren resolver los posibles conflictos, no de la normativa aplicable en su caso, porque como se verá, las normas de orden público (6), las normas imperativas y la buena fe (o ética según se prefiera) se deberán respetar siempre, no importa la vía elegida para gestionar la disputa.

Este es un punto muy importante que merece la pena resaltar: el arbitraje no significa que se vaya a obtener un resultado diferente al que se tendría en la vía judicial. El resultado será presumiblemente el mismo, pero mediante otra vía, igualmente válida, legal y constitucional. En este sentido,

recientemente hemos visto como el Tribunal Constitucional ha decidido reivindicar al arbitraje como

«... mecanismo heterónomo de resolución de conflictos, al que es consustancial la mínima intervención de los órganos jurisdiccionales por el respeto a la autonomía de la voluntad de las partes (art. 10 CE), que han decidido en virtud de un convenio arbitral sustraer de la jurisdicción ordinaria la resolución de sus posibles controversias y deferir a los árbitros su conocimiento y solución, que desde ese momento quedan vedados a la jurisdicción» (7) .

Así, el respeto a la libertad de los ciudadanos y a la autonomía de la voluntad es el fundamento de este método adecuado de resolución de conflictos que, como veremos, lo será dentro de unos límites y sin que esto signifique que podrá acudir a él para todos los conflictos que se planteen en todas las posibles sociedades. Será el método adecuado en unos casos, y no lo será en otros, por lo cual el asesoramiento oportuno y el estudio de las circunstancias concretas tendrán un valor relevante.

Estos criterios se han plasmado también en recientes sentencias del Tribunal Superior de Justicia, Sala de lo Civil y de lo Penal, como la n.º 48/2021 que sigue la nueva doctrina constitucional antes citada en la que afirma que «el archivo anticipado del procedimiento» no creaba una situación contraria a la Ley, ni producía perjuicios para intereses públicos ni privados: (...) el Laudo resuelve un conflicto entre particulares y los criterios aplicados en el Laudo, aunque fueran erróneos (...) no crean un precedente de obligado cumplimiento, ni tienen mayor repercusión que entre las partes de este procedimiento» (8) .

Por lo que las partes son perfectamente libres de decidir, y por tanto de disponer del objeto litigioso, con fundamento en su autonomía de la voluntad, sin que un juez pueda coartar esta decisión (art. 10 CE) (9) .

El arbitraje es un mecanismo alternativo a la jurisdicción que brinda a los socios y a la sociedad las mismas garantías que el proceso judicial. Este procedimiento es sumamente atractivo por la celeridad en la resolución de los conflictos, evitando demoras y bloqueos que se pueden eternizar en la vía judicial. Esta ventaja también evita que la resolución llegue en un momento tardío, en el que probablemente ya no tiene la relevancia que tenía o, incluso, la sociedad ya no exista.

Otra gran ventaja, y quizás la más importante desde mi perspectiva, es la especialización de los árbitros en este tipo de conflictos. Sin duda alguna el elemento que le brinda el mayor valor añadido a este procedimiento frente al proceso judicial es la experiencia de los árbitros de la materia sobre la cual se discute, lo que le permitirá resolver adaptándose perfectamente a los requerimientos del conflicto y de sus partes.

Y, por último, es interesante analizar la confidencialidad como ventaja en el arbitraje societario. La vida de una persona jurídica requiere de cierta prudencia o resguardo frente a posibles competidores o terceros que pueden afectar su normal desarrollo. Por este motivo, en caso de tener que solucionar un conflicto sin que terceros se aprovechen de dicha circunstancia, la confidencialidad que brinda el arbitraje sería idónea para salvaguardar su buen nombre, estrategias u oportunidades de negocio. Pero, como el arbitraje también se caracteriza por su flexibilidad, y la confidencialidad tampoco

resulta una característica esencial; las sociedades que no lo quieran o las sociedades cotizadas, en virtud de los principios de información (10) y de transparencia (11) que las rigen, podrán acudir a este mecanismo de resolución de conflictos de forma que sea accesible el procedimiento, compatibilizando la publicidad con «la necesaria confidencialidad y salvaguarda de determinados contenidos que se incluyen en alguno de ellos» (12) .

2. Breve análisis de la evolución histórica del arbitraje societario en España

En la década de los años 50 del siglo pasado, precisamente antes de la Ley de 17 de julio de 1951, de régimen jurídico de las Sociedades Anónimas (13) , en la que se estableció un procedimiento especial para la impugnación de acuerdos sociales (arts. 67 ss), no había especial oposición al arbitraje en materia societaria, sino más bien era un método muy utilizado en la práctica mercantil (14) . Pero, tras esta modificación legislativa hubo cambios en la jurisprudencia y en la doctrina del momento, acrecentados por la promulgación de la Ley de Arbitraje de Derecho Privado de 22 de diciembre de 1953 (15) , en la que se exigía un pacto preliminar de arbitraje (art. 7) y posteriormente consignar en escritura pública el compromiso arbitral (art. 5). En general se afirmaba que no era posible dejar en manos de los socios litigantes los derechos ajenos, considerando que se estaría ante materia inarbitrable (16) .

Posteriormente, tras la reforma del Derecho de Sociedades Anónimas (1989) y de Sociedades Limitadas (1995) y la desaparición del proceso especial para la impugnación de acuerdos sociales, se producía una vuelta al arbitraje como vía válida para resolver cuestiones societarias, y específicamente en cuanto a la impugnación de acuerdos sociales. Se consideró que únicamente serían arbitrables los acuerdos anulables, al no haber afectación a los intereses de terceros y con una legitimación activa para impugnarlos muy limitada. De igual forma se afirmó que sólo serían arbitrables aquellos acuerdos que afectarían los intereses individuales de los socios y no si se perjudicaban los intereses colectivos o de terceros. Y, como último requisito, también se estableció que el arbitraje sería realmente eficaz cuando se tratara de sociedades con características de pequeñas, cerradas o de carácter familiar (17) .

Luego llegaron las resoluciones ya mencionadas de la DGRN (18) y del Tribunal Supremo de 1998, reconociendo la posibilidad indudable «de incluir una cláusula de convenio arbitral en los estatutos de una sociedad mercantil, los cuales quedan integrados en el contrato (...) pese a que en los últimos tiempos, ciertas posiciones doctrinales lo han discutido» (19) .

Y tras esta evolución de la jurisprudencia y de la doctrina fue lógico un nuevo cambio legislativo, lo que llevó a la promulgación de la Ley de Arbitraje 60/2003, de 23 de diciembre, favoreciendo y ratificando la vía arbitral como una vía legal y perfectamente válida para resolver los conflictos societarios que versaran sobre materia de libre disposición. A esta modificación le siguió también la promulgación de la Ley de Sociedades de Capital [Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital (en adelante LSC)] (20) , en la que se clarifica el tema de la disponibilidad de la materia societaria y se simplifican también ciertos procedimientos, como por ejemplo, eliminando la diferencia entre acuerdos nulos y anulables y sus correspondientes plazos de caducidad (art. 204 ss LSC).

A pesar de estos grandes avances fue necesario que se promulgara la Ley 11/2011, de 20 de mayo, de reforma a la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje y de regulación del arbitraje institucional en la Administración General del Estado, en la que sí ya se eliminan definitivamente los prejuicios anti-arbitrales que aún subsistían entre parte de la jurisprudencia y de la doctrina, normalizando el arbitraje como un procedimiento plenamente válido y legalmente reconocido (21); lo que ha llevado a que la jurisprudencia avance también en ese sentido, reforzada por la doctrina constitucional más reciente (22).

A 10 años de estos cambios normativos vemos como cada día el arbitraje crece en su ejercicio, incluso por las sociedades cotizadas con la correspondiente comunicación de sus procedimientos; como una vía eficaz para poner fin a sus conflictos o, incluso, como vía disuasoria o elemento de negociación entre las partes afectadas (23).

3. Regulación expresa en algunos sistemas nacionales

En este punto se realizará un breve recorrido por algunos sistemas de arbitraje nacionales con el fin de comprender la práctica en otros países sobre el tema en estudio. Siempre es importante analizar las experiencias ajenas con espíritu constructivo, ya que puede servirnos de modelo o incluso para evitar cuestiones que consideremos perjudiciales para los objetivos que pretendemos alcanzar.

Se comenzará con Francia, ya que siempre ha sido favorable al arbitraje en su legislación y práctica (24), regulando específicamente esta materia en su Código de Comercio, artículos L721-3 y L721-5 (25). Allí se permite someter a arbitraje las controversias que surjan entre los socios relativas a las sociedades comerciales, facultando a éstos a regular en sus estatutos la posibilidad de someter sus futuros conflictos a arbitraje. Como podemos observar, no existen ningún tipo de limitación o exclusión en cuanto al tipo societario, permitiendo también acudir a un arbitraje de equidad si las partes así lo han determinado (26).

Italia, por su parte, ha sido pionera en la regulación específica del arbitraje societario, ya que desde el año 2003 promulgó una regulación determinada para esta materia. El Decreto Legislativo 5/2003, de 17 de enero (27) (en adelante, D.Leg. 5/2003) se publicó con la idea de acabar con la incertidumbre en este tema, fomentando el arbitraje intrasocietario, aceptando la intervención voluntaria de terceros, aunque limitándolo a las sociedades cerradas (28).

En concreto se regula en los arts. 34 ss del D.Leg. 5/2003, con fundamento en una cláusula arbitral inserta en el pacto constitutivo o en los estatutos sociales. Su finalidad es resolver las controversias relativas a la constitución, modificación o extinción de una relación societaria, además de las acciones de responsabilidad contra los administradores o liquidadores; siempre y cuando no deba intervenir el Ministerio Público (29). Esta regulación nos recuerda el límite siempre presente del orden público, el cuál actúa a modo de marco o barrera dentro del cual debemos mantenernos.

Tres características de esta regulación que merece la pena rescatar son la obligatoriedad de que el Laudo sea dictado conforme a Derecho; la exclusión expresa de que las sociedades cotizadas puedan acudir a esta vía de resolución de disputas; y que el Laudo siempre puede ser impugnado (arts. 34-36

D. Leg. 5/2003).

La obligatoriedad de que el Laudo sea conforme a Derecho, aunque las partes hayan decidido que fuera conforme a criterios de equidad obedece a la necesidad «de evitar la incertidumbre que genera la equidad en esta materia y busca una mayor protección de los intereses sociales, de los socios y de los terceros, lo cual no puede dejarse a la discreción de los árbitros a través de la propia determinación de los criterios de juicio que se aplicarán en cada caso concreto» (30).

Y, en cuanto a la prohibición de las sociedades cotizadas de incluir una cláusula arbitral en sus estatutos sociales, se justifica en que los socios en este tipo de sociedades son vistos como meros inversores, y en muchos casos pequeños inversores, los cuales generalmente no tienen interés en la administración o en el día a día de la sociedad. Por este motivo el legislador italiano ha decidido que deberán tratarse como consumidores, ya que según ellos carecen de la *affectio societatis*, y solamente están interesados en los resultados económicos que puedan obtener. Esto ha sido discutido y sigue en discusión dentro de su doctrina, ya que en realidad esta decisión se ha basado en los prejuicios antiarbitrales, como son el considerar el arbitraje como un mecanismo menos garantista para las partes en comparación con el proceso judicial (31).

En este sentido también se encuentra la normativa alemana, pero por motivos diferentes (32), ya que su ordenamiento lo considera una vía adecuada para comerciantes, y con más recelo para los consumidores. Además, la Ley reguladora de las Sociedades Anónimas (AktG), en su art. 25. 5 expresamente dice que los estatutos sociales tienen una forma rígida y cerrada, y solamente se podrán incluir nuevas cláusulas cuando exista una reglamentación específica al respecto (33). Por lo que a menos que exista una normativa que lo prevea de forma expresa, el tipo social adecuado para incluir una cláusula arbitral en Alemania sería solamente la de las Sociedades de Responsabilidad Limitada (*GmbH*), las cuales cuentan con una gran autonomía y flexibilidad para su gestión y organización (34).

Volviendo a Italia, la obligatoriedad de que el Laudo siempre pueda ser impugnado ante violación o error en la aplicación de las normas imperativas, es algo que ahora no nos extraña, si bien en el momento de promulgarse esta norma podría ser visto con recelo. Su finalidad era la de brindar garantías *extra* a los socios, al entenderse que renunciaban a la vía ordinaria y de mayor protección —la vía judicial—, pero que obedecía claramente a los ya mencionados prejuicios que seguían subsistiendo frente al arbitraje como vía válida y legalmente reconocida para resolver estos conflictos (35).

La legislación peruana de arbitraje siempre es un referente para este tipo de análisis, y en esta materia no podía ser menos. En su Decreto Legislativo que norma el arbitraje n.º 1071/2008 (36), en concreto en la Disposición Modificatoria tercera, se reforma la Ley General de Sociedades, e incluye una nueva redacción del art. 48, afirmando que los socios o accionistas podrán en el pacto social o en sus estatutos adoptar un convenio arbitral para resolver los conflictos intrasocietarios, vinculando a todos los socios, administradores, directivos y representantes presentes y a los que hubieren dejado de serlo. Me ha llamado la atención en concreto la exclusión de la posibilidad de acudir al arbitraje para resolver los conflictos que puedan plantearse sobre la convocatoria de las juntas de socios, al

decir que «el convenio arbitral no alcanza a las convocatorias a juntas de accionistas o socios». Se trata de una limitación legal, parte del marco normativo específico, ya que se ha considerado que no es materia de libre disposición por los socios (37).

Es interesante esta limitación legal en Perú, la cual nosotros no tenemos, pero que se puede comprender desde el punto de vista de que, al existir una disposición legal específica al respecto, no podría tener cabida la intervención arbitral. En nuestro ordenamiento sí que podría acudir a la vía arbitral, ya que en este sentido el art. 169 LSC dice de forma expresa:

- 1. Si la junta general ordinaria o las juntas generales previstas en los estatutos, no fueran convocadas dentro del correspondiente plazo legal o estatutariamente establecido, podrá serlo, a solicitud de cualquier socio, previa audiencia de los administradores, por el Secretario judicial o Registrador mercantil del domicilio social.*
- 2. Si los administradores no atienden oportunamente la solicitud de convocatoria de la junta general efectuada por la minoría, podrá realizarse la convocatoria, previa audiencia de los administradores, por el Secretario judicial o por el Registrador mercantil del domicilio social».*

Con la lectura de este artículo vemos que no hay un imperativo legal para acudir al Secretario judicial o al Registrador Mercantil, sino que es una potestad, por lo que si los socios decidieran en España acudir a un árbitro para que convoque una junta general, sería perfectamente válido.

Otro elemento interesante para resaltar de la regulación peruana es la previsión de una cláusula escalonada para resolver y gestionar estos conflictos societarios, contemplando en el mismo instrumento una conciliación previa con arreglo a la ley de la materia. En la vida societaria, como veremos más adelante, esa primera fase cooperativa puede brindar muchos beneficios a largo plazo, ya que acudir directamente a la fase confrontativa generalmente termina de romper la relación preexistente.

Con el fin de tener una referencia más, analizaremos la postura del *Common Law* al respecto del arbitraje societario. Como es bien sabido, en dicha cultura jurídica el arbitraje siempre ha estado presente y bien considerado como un instrumento útil en la vida de los comerciantes (38). En estos ordenamientos el elemento contractual juega un papel muy importante y no existe ningún límite importante en cuanto a la forma societaria escogida, ya que consideran. En términos generales, que el árbitro, al igual que un juez está capacitado para interpretar y para aplicar la normativa vigente (39).

Por último, en este mismo sentido se encuentra el *Uniform Act on Arbitration*, de 23 de noviembre de 2017, válido para los países miembros de la Organización para la Armonización del Derecho Mercantil en África (OHADA) (40). En él se establece en su artículo segundo que cualquier persona física o jurídica podrá optar por arbitraje como método para resolver sus conflictos sobre materia de libre disposición. Así vemos como de forma genérica se está dando cabida al arbitraje societario entre los miembros de OHADA.

II. TIPOS DE SOCIEDADES Y ARBITRAJE

Una sociedad es la unión de personas físicas y/o jurídicas, que opera en el comercio con el fin de limitar su responsabilidad y separar su patrimonio para dedicarlo a un fin concreto, con un evidente afán de lucro. Su fundamento radica en la autonomía de la voluntad de las partes, que organizan y ponen en común bienes y/o su trabajo para la consecución de ese fin (art. 116 Código de Comercio, en adelante C.Com.).

Actualmente en España no hay una diferenciación en cuanto al tipo de sociedad que puede optar por el arbitraje como mecanismo para resolver los conflictos en su vida social, como hemos visto que sí ocurre en Italia o en Alemania (41). El art. 11 *bis* LA permite, por tanto, a las Sociedades de Responsabilidad Limitada, a las Sociedades Comanditarias por Acciones y a las Sociedades Anónimas (no importa su tamaño) incluir una cláusula arbitral en sus estatutos para resolver los posibles conflictos que se les planteen (art. 1 LSC). Esto es lógico, ya que en las sociedades de capital lo que interesa en primer lugar es la aportación de los socios y no sus características personales.

Asimismo, tampoco hay ninguna limitación para que las sociedades cotizadas puedan acudir al arbitraje societario. De hecho, tal y como se mencionaba, es una práctica habitual y actual. Las sociedades cotizadas cuentan con un gran número de socios en las que los conflictos afectan directamente a sus cotizaciones y a su rentabilidad. Los mecanismos que procuren poner fin de forma rápida y eficaz a dichos conflictos serán siempre bienvenidos.

Se regulan en los arts. 495 ss LSC y serán aquellas sociedades anónimas cuyas acciones están admitidas a negociación en un mercado regulado español. En lo no previsto expresamente en la Ley se regularán por la normativa de las Sociedades Anónimas, por lo que todo lo que se ha comentado en cuanto al arbitraje para ese tipo social será perfectamente trasladable a éstas, ya que no hay impedimento expreso al respecto.

Algo que merece una especial mención para este tipo social es la premura o necesidad de seguridad de sus decisiones. Esto se ve reflejado en el mismo art. 495.2º.c LSC, al establecer que «sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 205.1º para los acuerdos que resultaren contrarios al orden público, la acción de impugnación de los acuerdos sociales caducará en el plazo de tres meses». Esta diferencia nos hace ver como el arbitraje, para este caso concreto, sería no solamente una opción, sino que es el medio más eficaz, e incluso podría ser el único que cumpliría con estos requisitos de celeridad que la misma ley impone.

El convenio arbitral podría incluirse también en los pactos parasociales, pero la falta de publicidad registral sólo vincularía a los socios que lo han suscrito y a sus herederos, sin vincular a la sociedad o al resto de los socios, ni a quienes puedan tener relación con la sociedad

El tema de la publicidad es siempre algo en discusión en este punto del análisis, tal y como hemos adelantado previamente. Así, hay que recomendar que el lugar idóneo para contener la cláusula arbitral son los estatutos sociales, documento esencial que determina «las reglas de juego» de la sociedad, recogiendo sus normas prácticas y de conducta, con el fin de lograr que la relación sea estable y se desarrolle con seguridad para alcanzar el fin perseguido.

Esto no quita que el convenio arbitral pueda incluirse en otros documentos rectores de la vida de una sociedad. Por ejemplo, podría incluirse también en los pactos parasociales, pero la falta de publicidad registral sólo vincularía a los socios que lo han suscrito y a sus herederos, sin vincular a la sociedad o al resto de los socios, ni a quienes puedan tener relación con la sociedad (arts. 29 y 533 LSC).

Si se ha optado por incluir la cláusula arbitral en el Reglamento de la Junta General o en el del Consejo de Administración, se debería realizar mediante una cláusula arbitral por referencia (art. 9.4º LA), es decir, debe contemplarse en los estatutos sociales y remitir a ellos en estos otros documentos, ya que, si no es así, su eficacia subjetiva podría verse limitada (arts. 21 ss LSC).

Analizando otros tipos sociales, cabe recordar que también contamos con regulación específica del arbitraje societario para las sociedades profesionales (42), la sociedad limitada nueva empresa (43) o para las sociedades cooperativas (44). Lo que reafirma la apuesta del legislador por este método adecuado de resolución de conflictos en el ámbito societario.

Y llegados a este punto nos podríamos preguntar si esta normativa sería excluyente o restrictiva para las sociedades personalistas, a lo que quiero responder con un rotundo no. Las sociedades personalistas, pensemos en la sociedad comanditaria simple o la sociedad genérica del comercio, como es la sociedad colectiva, se rigen por la autonomía de la voluntad de las partes. Si bien cuentan con el elemento personal como su razón de ser y se ha escogido asociarse precisamente con determinada persona, por esas características que la hacen única, dicho elemento (principal diferenciador con las sociedades de capital) no es óbice para poder acudir al arbitraje como vía para resolver los conflictos que en ellas se planteen. Los socios deberán responder solidaria e ilimitadamente frente a terceros, lo que hace más acuciante la vía arbitral para poner fin de forma eficaz a estos posibles conflictos, sin que se alarguen en la vía judicial aumentando y alargando el proceso en tiempo y en costes (arts. 116 ss C.Com.).

En el seno de las sociedades personalistas podrán suceder innumerables conflictos que pueden resolverse perfectamente mediante arbitraje, ya que se trata evidentemente de materia disponible y normalmente patrimonial, ayudando este procedimiento a solventar los posibles problemas que puedan surgir.

En este tipo de sociedades también se podría acudir, como veremos más adelante, a cláusulas escalonadas en las que se pase por una fase colaborativa previa, es decir, que se establezca una negociación o una mediación en primer lugar con el fin de preservar la relación, algo esencial en este tipo social, precisamente por las características personales en las que fundamenta, ya sea mediante

una cláusula inserta en su acto constitutivo o mediante un acuerdo arbitral *ad hoc* (art. 119 C.Com.).

III. EFICACIA SUBJETIVA DEL CONVENIO ARBITRAL

El convenio arbitral inserto en los estatutos sociales vincula a la sociedad y a todos los socios, presentes y futuros (art. 11 *bis* LA), siguiendo también los arts. 21 ss LSC en los que se establecen los requisitos y la eficacia de los documentos esenciales para la constitución de una sociedad de capital.

El convenio arbitral podrá constar desde el inicio en los estatutos sociales (art. 28 LSC), o ser introducido posteriormente con una mayoría reforzada de al menos 2/3 de los votos correspondientes a las acciones o participaciones en que se divida el capital social (art. 11.2 *bis* LA).

Esta mayoría reforzada pretende garantizar el derecho de todos los socios, ya que esta modificación de los estatutos sociales (art. 160.c LSC) vinculará a todos los socios, hayan participado o no en la Junta, e incluso a los que han votado en contra (art. 159 LSC), ya que la Junta es un órgano colegiado que se rige según las normas de mayorías (45).

En la Ley de Arbitraje no se ha considerado la introducción sucesiva del convenio arbitral en los estatutos sociales como una modificación de tal relevancia que acredite otorgar a los socios ausentes o disidentes el derecho de separación. Pero, en el art. 347 LSC se permite que, si la sociedad lo ha establecido así en sus estatutos originales, o si lo incluye posteriormente en éstos mediante un acuerdo unánime, se establezca que, en caso de incorporarse un convenio arbitral como mecanismo para resolver los posibles conflictos societarios, los socios ausentes o disidentes puedan separarse de la sociedad y el modo en el que lo han de realizar.

Pasando ahora a analizar los sujetos específicos vinculados por el convenio arbitral, podríamos comenzar por los administradores y los liquidadores, los cuales estarán vinculados a la cláusula arbitral por razón de su cargo, ya que deben cumplir y hacer cumplir los estatutos sociales (arts. 209 ss y 371 ss LSC). Por su parte, los auditores no estarían vinculados a la misma, ya que ellos son terceros cuya función es revisar las cuentas anuales y el informe de la gestión (arts. 263 ss LSC).

Los acreedores pignoratícios estarán vinculados por la cláusula arbitral si pretenden y pueden ejercitar los derechos sociales y políticos, además de los económicos, frente a la sociedad. Si no, salvo disposición contraria de los estatutos, en caso de prenda de participaciones o acciones, será el propietario de éstas quien esté vinculado por el convenio arbitral al ser el titular de los derechos de socio (art. 132 LSC).

Por su parte, los usufructuarios solamente estarán vinculados en la medida en que los estatutos, además de los derechos económicos, les atribuyen los derechos políticos, pero si son terceros y no se subrogan en la posición del socio, no pueden estar vinculados, ya que la cualidad de socio reside en el nudo propietario. En las relaciones entre el usufructuario y el nudo propietario regirá lo que determine el título constitutivo del usufructo y, en su defecto, lo previsto en esta ley y, supletoriamente, lo dispuesto en el Código Civil (art. 127.2 LSC).

Por último, los herederos estarán vinculados por la cláusula arbitral estatutaria por que ostentan un interés legítimo societario que han de hacer valer frente a la sociedad y de acuerdo con sus reglas, aun cuando no adquieran la condición de socio; ya que entran en la misma posición que el causante en todos aquellos asuntos pasivos y activos que no fueran de carácter personalísimo y se extingan por su muerte (art. 110 LSC).

Los terceros no estarán sometidos a la cláusula arbitral, porque no son parte del convenio arbitral y éste solamente vincula a sus partes, por el principio de Derecho contractual de *pacta sunt servanda* (art. 1091 Cc). Otra cosa diferente sería que, una vez surgido un conflicto, por ejemplo, entre un proveedor de la sociedad y ésta, decidan en ese momento acudir al arbitraje para resolver dicho conflicto, o que la sociedad tenga previsto que para todos los contratos que firme con terceros se incluya el pacto arbitral. En dicho caso claro que se podría acudir al arbitraje como mecanismo válido y adecuado de resolución de conflictos sobre materia de libre disposición.

Mención especial merecen los obligacionistas, ya que se consideran terceros con un derecho de crédito frente a la sociedad, por lo que solamente se verán vinculados en la medida en que quieran ejercer sus derechos a través del Comisario en las Juntas Generales (arts. 401 ss LSC).

Unos terceros que merecen especial atención en este estudio serán los grupos de sociedades. Para analizar la situación del convenio arbitral dentro de los grupos de sociedades será necesario estudiar y demostrar, en cada caso concreto, el grado de participación de la matriz o de la filial en la vida y en las acciones de la otra, para así poder determinar si la cláusula arbitral inserta en los estatutos de una sociedad del grupo puede vincular a las demás. «La virtualidad de la extensión de la cláusula en estos supuestos deriva más de la indagación de la existencia de un verdadero consentimiento por parte de los suscriptores de estos contratos de someterse a arbitraje, que de la propia existencia de la forma escrita de la cláusula arbitral afectada» (46) .

Según el art. 42 C.Com.

«(...)

Existe un grupo cuando una sociedad ostente o pueda ostentar, directa o indirectamente, el control de otra u otras. En particular, se presumirá que existe control cuando una sociedad, que se calificará como dominante, se encuentre en relación con otra sociedad, que se calificará como dependiente, en alguna de las siguientes situaciones:

a) Posea la mayoría de los derechos de voto.

b) Tenga la facultad de nombrar o destituir a la mayoría de los miembros del órgano de administración.

c) Pueda disponer, en virtud de acuerdos celebrados con terceros, de la mayoría de los derechos de voto.

d) Haya designado con sus votos a la mayoría de los miembros del órgano de administración, que

desempeñen su cargo en el momento en que deban formularse las cuentas consolidadas y durante los dos ejercicios inmediatamente anteriores. En particular, se presumirá esta circunstancia cuando la mayoría de los miembros del órgano de administración de la sociedad dominada sean miembros del órgano de administración o altos directivos de la sociedad dominante o de otra dominada por ésta. Este supuesto no dará lugar a la consolidación si la sociedad cuyos administradores han sido nombrados, está vinculada a otra en alguno de los casos previstos en las dos primeras letras de este apartado».

De esta forma, podemos constatar que lo que realmente importa es la posibilidad de una sociedad de realizar un control efectivo sobre otra u otras, siendo la sociedad dominante la que realmente ostente dicho control (art. 18 LSC). Así, si se ha presentado la matriz/filial en las negociaciones previas o en la ejecución de un determinado asunto de la sociedad que contenga la cláusula arbitral, se podría considerar vinculada a la misma. Esto se podría ver ratificado por la práctica de ciertas conductas que afirmen dicha vinculación, como sería, por ejemplo, la participación directa de la matriz en la adopción de decisiones (47), el que se personen en el arbitraje (art. 9.5º LA), o desde la otra perspectiva, que insten la declinatoria ante un juez alegando que existe un convenio arbitral que los vincula (art. 11 LA).

El árbitro en estos casos tendrá un papel fundamental, ya que «para que la extensión de la cláusula se produzca es menester que se determine, con claridad que las entidades que no han suscrito el acuerdo arbitral estén plenamente involucradas en la operación económica que trae a causa el arbitraje y que hayan obtenido cualquier ventaja en la referida operación. Con este proceder se intenta evitar que miembros del grupo, directamente implicados en el negocio, consigan evadirse de sus responsabilidades, bajo el manto protector del velo societario» (48).

Otra cuestión diferente sería que exista algún tipo de pacto entre las sociedades pertenecientes de un grupo para resolver los posibles conflictos que entre ellas se planteen mediante arbitraje (art. 11.1 bis LA). En estos casos se regirían por las condiciones establecidas en dicho pacto específico; pero como hemos analizado, solamente vincularía a quienes han sido parte de este, no a los socios futuros ni a terceros.

La modificación introducida a la Ley 60/2003 hace ya 10 años afirmó de forma clara y precisa que los conflictos societarios versan sobre materia de libre disposición y por tanto son arbitrables (art. 11.1º bis LA)

También, estrechamente relacionadas con nuestro análisis tenemos a las *Joint Venture*. Como se sabe existen principalmente dos tipos de *Joint Venture*. Las *Joint Venture* contractuales y las *Joint Venture* corporativas. En las primeras, no se crea ninguna sociedad para afrontar el proyecto que se persigue y se gestiona el proyecto mediante un convenio marco y varios contratos satélite o anexos.

El segundo caso es el que realmente nos interesa, ya que se crea una sociedad para que sea esa nueva persona jurídica la que se «encargue» del proyecto o de los objetivos trazados (49). Estas sociedades se constituyen mediante una serie de contratos y acuerdos específicos, en los cuales puede estar el convenio arbitral, aunque lo ideal es que el mismo se encontrara en la escritura de constitución de la sociedad y específicamente en sus estatutos sociales, ya que solamente así se garantizaría que los posibles conflictos que surjan de la puesta en marcha, interpretación, ejecución o terminación de la relación se podrían resolver mediante arbitraje, pudiendo aprovechar las ventajas que antes hemos mencionado de confidencialidad, especialidad y celeridad. Porque si el convenio arbitral se contuviera en un pacto parasocial, éste solamente vincularía a quienes fueron parte de él, y si se diera un traspaso de las participaciones o acciones a un tercero, éstos nuevos socios no estarían vinculados por él (50).

IV. ASUNTOS ARBITRABLES

La modificación introducida a la Ley 60/2003 hace ya 10 años afirmó de forma clara y precisa que los conflictos societarios versan sobre materia de libre disposición y por tanto son arbitrables (art. 11.1º bis LA). En concreto, se reguló la impugnación de los acuerdos sociales (art. 11.3 bis LA), algo que se ha visto también favorecido por la eliminación de la diferencia que existía entre acuerdos nulos y anulables y sus requisitos específicos.

En la actualidad la Ley solamente habla de acuerdos impugnables, con un plazo de caducidad de 1 año (art. 205 LSC), por lo que nos da una evidente razón de disponibilidad de la materia objeto de la impugnación, ya que las partes podrán impugnar dicho acuerdo en el plazo establecido, o el mismo quedará convalidado, por las características esenciales de la caducidad, que opera de pleno derecho con el mero transcurso del tiempo (51). Si los socios pueden decidir impugnar o no, ya vemos como se trata de materia que no afecta al orden público, porque si no siempre existiría la opción de impugnarlos, ya que la acción en dicho caso no caducará ni prescribirá (art. 205.1º LSC).

Además, la redacción de los requisitos para poder impugnar va encaminada a la eficiencia, ya que, si el acuerdo ha sido dejado sin efecto y sustituido por otro que sí es válido, o si lo que se pretende impugnar no ha causado mayor efecto en el acuerdo, el mismo legislador ha preferido que el acuerdo continúe siendo válido, ya que dar curso al procedimiento lo que lograría sería entorpecer la vida societaria (art. 204 LSC).

En cuanto a las acciones de responsabilidad de los administradores o de los liquidadores (52), vemos como para el ejercicio de la acción social de responsabilidad, es decir aquella que debe adoptar la Junta General (art. 238 LSC), o para el ejercicio de la acción de minoría, la que debe llevar a cabo el 5% de los socios porque no ha sido posible acordar la primera (art. 239 LSC), se trataría de asuntos evidentemente arbitrables, ya que versa sobre conflictos societarios y entre sujetos, la sociedad, sus socios y sus administradores o liquidadores, todos vinculados por el convenio arbitral que conste en los estatutos.

Cuestión distinta se plantea para el caso de la acción subsidiaria de responsabilidad (art. 240 LSC), ya que quienes tienen la legitimación para ejercitarla son los acreedores, en este caso terceros con

respecto al convenio arbitral y por tanto no podrán «aprovechar» esta vía, a menos que expresamente lo pacten para el caso concreto.

En el caso de la acción individual de responsabilidad (art. 241 LSC), dependerá del sujeto que la inste: si se trata de un socio, sí que estará vinculado por el convenio, pero si es un acreedor, no lo estará por los mismos motivos expuestos en el caso de la responsabilidad subsidiaria.

Por último, a modo de ejemplo, se pueden enumerar como posibles conflictos societarios arbitrables los que giren en torno a la constitución de la sociedad, como las acciones de responsabilidad contra quienes actuaron en nombre de la sociedad antes de su inscripción (art. 37 LSC); la responsabilidad de los promotores en caso de fundación sucesiva (art. 54 LSC); o la nulidad de la sociedad, ya que cuenta con una lista de causas tasadas que son las únicas que permiten instar dicha acción (arts. 56 ss LSC). En este caso, el laudo que declare la nulidad de la sociedad se regirá por lo regulado en el art. 57 LSC, abriendo su liquidación, después de seguir el procedimiento previsto para los casos de disolución (arts. 360 ss LSC).

También podrá someterse a la vía arbitral los conflictos que surjan con respecto a las aportaciones dinerarias y no dinerarias y a su desembolso (arts. 58 ss LSC), a los dividendos pasivos (art. 418 LSC) y a las prestaciones accesorias (arts. 86 ss LSC); las impugnaciones de acuerdos del consejo de administración (tal y como ya se ha comentado para los acuerdos de la Junta General, art. 251 LSC); la separación y exclusión de socios (arts. 346 ss LSC); etc.

V. MODALIDADES DE ARBITRAJE

1. ¿Arbitraje de Derecho o equidad?

La Ley 60/2003, tras su modificación en 2011, regula el arbitraje societario, específicamente para la impugnación de acuerdos sociales, pero no hay una indicación expresa si este debe desarrollarse conforme a Derecho o a equidad. Lo que sí existe en la Ley es una presunción de que, si las partes no han manifestado lo contrario, el arbitraje se deberá conducir conforme a Derecho (art. 34.1º LA).

Con esta normativa, no hay impedimento alguno para que, si los socios al incluir en sus Estatutos un convenio arbitral o se pretenda acudir al arbitraje mediante un convenio arbitral *ad hoc*, opten por un arbitraje con base a criterios de equidad, conforme al leal saber y entender de los árbitros, a quienes además pueden escoger por su experiencia, capacidad y conocimientos específicos (art. 15 LA).

Que un arbitraje sea conforme a criterios de equidad no desmerece el laudo, ya que lo que esto implica es que la justificación y el razonamiento del laudo no debe ser exclusivamente conforme a Derecho, sino que también puede razonar suficientemente su decisión con base en las prácticas comunes del sector, las costumbres o los principios generales del Derecho. Esto no es ajeno para el Derecho mercantil, ya que como bien se sabe es un sector en constante evolución. «Además, hay que poner de manifiesto (...), que cuando las partes se someten a un arbitraje de equidad, aunque ello no excluya necesariamente la posibilidad de que los árbitros refuercen «su saber y entender» con conocimientos jurídicos, pueden prescindir de las normas jurídicas y recurrir a un razonamiento

diferente al que se desprende de su aplicación, porque lo que se resuelve *ex aequo et bono* debe ser decidido por consideraciones relativas a lo justo o equitativo. Y aquí también 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. El canon de motivación, en este caso, es más tenue, si bien es imprescindible que se plasmen en el laudo los fundamentos —no necesariamente jurídicos— que permitan conocer cuáles son las razones, incluso sucintamente expuestas, por las que el árbitro se ha inclinado por una de las posiciones opuestas de los litigantes» (53).

Los socios, en uso de su autonomía de la voluntad, cuando acuden al arbitraje pueden decidir que sea, por ejemplo, la *Lex Mercatoria* la que se aplique en la resolución de sus disputas, mediante una mención explícita a ella, tal y como lo prevén, por ejemplo, los Principios UNIDROIT (54), o haciendo una referencia implícita, mencionando a los principios generales del Derecho, las normas del comercio internacional, la posibilidad de resolver con base en criterios de equidad, entre otros. Esto implicará, que sean los mismos árbitros quienes deban realizar el ejercicio de determinar cuáles serán esas normas y procedimientos que regirán el procedimiento, con las consiguientes dificultades que esto también podría acarrear (55). «En conexión con los arbitrajes se crea la ficción de que estas prácticas sociales fueron «siempre» normas, sobre cuya autoridad inmemorial no deba existir ninguna duda. Se argumenta, con base en ciertas decisiones arbitrales en las cuales se ha decidido conforme a «equidad», que históricamente también este orden jurídico transnacional del comercio ha demostrado ser hasta ahora el que más éxitos ha deparado en un mercado mundial independiente y que se encuentra desvinculado del ordenamiento político internacional» (56).

Pero, esto que planteo no significa que la equidad deba ser la norma, sino que tal y como lo regula nuestra Ley, es otra posibilidad con la que cuentan los socios, la cual debe ser analizada en cada caso concreto.

Pero en caso de duda, o si las partes no lo han determinado de forma expresa, se podría afirmar que la forma lógica de resolver los conflictos que se puedan plantear dentro del seno de una sociedad sería la de optar por un arbitraje de Derecho, opción obligatoria en Italia, tal y como hemos analizado previamente, en la que el árbitro aplicará la legislación, en este caso la LSC y el Código de Comercio al igual que lo haría un juez; buscando sacar provecho de las ventajas y beneficios del arbitraje sobre el proceso judicial, pero obteniendo una resolución muy parecida a la que se obtendría en este último.

2. ¿Arbitraje *ad hoc* o institucional?

Los socios podrán escoger, dependiendo de la estructura societaria y del tipo de conflictos a los que podrán enfrentarse, si quieren que sus conflictos sobre impugnaciones de acuerdos sociales sean resueltos por uno o varios árbitros. Pero la Ley de Arbitraje establece que deberán encomendar para la administración del arbitraje y para la designación de los árbitros a una institución arbitral (art. 14 LA).

Este artículo merece ser estudiado con calma. Vemos como habla únicamente de la impugnación de acuerdos sociales, por lo que para el arbitraje de cualquiera de los demás asuntos que hemos ido analizado en este trabajo, no será necesario optar únicamente por el arbitraje institucional, sino que se podrá acudir a un arbitraje *ad hoc*, en el que las partes y los árbitros podrán diseñar todo el procedimiento con base a sus necesidades y requerimientos.

El arbitraje institucional es una garantía de efectividad, en cuanto permite a los árbitros centrarse en la resolución del conflicto y no en temas de gestión u organización que lo distraerían de su cometido. Además, fue la opción escogida en su momento por la Comisión de Arbitraje Societario del Club Español del Arbitraje (57), en el que se propuso de forma expresa que esta era la vía adecuada para resolver los conflictos societarios.

En el momento en que se promulgó la Ley y su reforma, históricamente no había un conocimiento y una «cultura» arbitral tan arraigada como ahora; existían aún ciertos recelos e inquietudes frente a esta «justicia privada», por lo que la opción de un arbitraje institucional era lo que se consideró que aseguraría un mejor resultado y resolución de los conflictos societarios.

Hoy en día esto ha cambiado. Los conocimientos técnicos y prácticos sobre el arbitraje se han extendido. Ya no solamente un pequeño grupo de personas se puede desempeñar como árbitro o ha tenido acceso a formación especializada, lo que hace que si las partes, avezadas conocedoras del arbitraje y los árbitros que éstas escojan así lo deciden, pueden diseñar ellos mismos el procedimiento según lo determinen. Pero teniendo en cuenta que para ello deben ser conocedoras de los fundamentos del arbitraje, ya que, si no es así, el procedimiento no llegará a buen puerto.

Este es uno de los puntos que merecería la pena un análisis mayor de cara a una posible modificación legal, ya que creo que se ha superado la fase de acompañamiento o tutela y es el momento para dar cabida a una mayor autonomía de las partes, específicamente en cuanto a la impugnación de acuerdos sociales.

VI. CLÁUSULAS ESCALONADAS EN EL ARBITRAJE SOCIETARIO

Como ya hemos podido analizar en el Derecho peruano, las cláusulas escalonadas no son ajenas al arbitraje societario. En España también son comunes y presentan muchas ventajas en la vida de las sociedades, principalmente en aquellas en las que el elemento personal es importante, o si no cuentan con este elemento personal, en donde es esencial lograr mantener el vínculo comercial por el bien de la empresa.

Las cláusulas escalonadas son aquellas en las que se va avanzando como a través de una escalera, de ahí su nombre. Se podrá pasar al siguiente escalón una vez cumplidos unos requisitos o plazos concretos. Y cada escalón consiste en un método de resolución adecuada de conflictos diferente.

Se comienza con una primera fase de cooperación, normalmente se establece que las partes intentarán negociar de forma directa durante un plazo concreto. En dicha fase lo que se pretende es que, a través de comunicación efectiva (58), las partes puedan lograr un acuerdo que permita que la

relación se mantenga o incluso que se mejore. También se puede utilizar en estos primeros peldaños la mediación, entendida como la intervención activa de un tercero que ayuda a que las partes se pongan ellas mismas de acuerdo sobre un asunto conflictivo (art. 1 Ley 5/2012, de 6 de julio, de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles, en adelante LM). El resultado de estos métodos facilitativos es meramente contractual, por lo que dependerá de la voluntad de las partes para la solución del conflicto que los origina (art. 23 LM).

Si no se logra un acuerdo con estas características, el siguiente escalón versaría sobre algún método confrontativo, con carácter heterocompositivo, que ponga fin de forma definitiva al conflicto. Dentro de estos métodos, la vía natural de la resolución de estos conflictos sería la judicial, pero también, y con efectos muy beneficiosos para los socios y para la sociedad, se podría establecer que el siguiente escalón sea el arbitraje.

Como hemos venido estudiando, el arbitraje brindaría certeza en un plazo reducido, evitando la publicidad innecesaria y logrando que la sociedad continúe con su actividad sin entorpecer su día a día.

En ciertas instituciones arbitrales cuentan con cláusulas modelo que incorporan esta forma de resolver conflictos, por lo que, si se va a optar por un arbitraje institucional, lo mejor siempre será incluir su cláusula modelo en los estatutos sociales (59) .

Pero si no se va a optar por esta vía, para que esta forma de resolver conflictos sea realmente efectiva y no degenera en una cláusula patológica (60) , es necesario que cumpla con una serie de requisitos.

El primer requisito de redacción de una cláusula arbitral para resolver conflictos societarios mediante una cláusula escalonada deberá ser su sencillez y claridad. Esto no implica simplicidad o falta de detalle. Este requerimiento lo que implica es que las partes involucradas tengan perfectamente claros cuáles son los pasos que deben de dar, o los plazos que deben de cumplir, para poder avanzar al siguiente escalón. Ya que si las partes requieren de un abogado que les traduzca a lo que se están obligando, el contrato no está bien redactado.

Los plazos deben de ser concretos y existir fechas ciertas que nos abran «el portillo» o nos dejen subir al siguiente escalón. Si los plazos son ambiguos u optativos, tendremos un problema más que atender, sin llegar al fondo del asunto que en realidad nos ocupa.

Y, por último, en caso de establecer condiciones para poder avanzar en el proceso de resolución del conflicto, dichas condiciones deberán ser concretas; es decir, que no se podrá avanzar hasta que o bien haya transcurrido el plazo determinado o haya constancia oficial que se ha intentado la mediación/negociación, etc. sin resolver el conflicto.

VII. UTILIZACIÓN DE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS COMO HERRAMIENTA DE EFICACIA EN EL ARBITRAJE SOCIETARIO

Las nuevas tecnologías han venido para servir al arbitraje, para ser una herramienta que permita lograr una resolución de los conflictos societarios de forma más eficiente. No se puede pensar en la virtualización o en la utilización de medios o herramientas informáticas dentro de un arbitraje como un fin en sí mismo, sino como un avance que permite lograr los objetivos planteados a través de una «simplificación» del procedimiento; tal y como lo define D. Bernardo Cremades resumiendo los beneficios obtenidos en tres grandes bloques: escritos más concisos, reducción del tiempo dedicado para las audiencias y la recuperación del contenido sobre la forma en que se presentan las respectivas alegaciones (61).

Este último año nos ha obligado a adecuarnos a una nueva realidad, sin realizar una mera trasposición de las actuaciones físicas a la realidad en línea; ya que no solamente cambia la modalidad en que se desarrolla el procedimiento, sino que también se ha debido de modificar la forma de expresar los hechos y las pretensiones, para que tanto el árbitro como las partes puedan comprenderlos y juzgarlos en este nuevo contexto.

No es lo mismo hablar o presentar nuestro problema de forma directa a un grupo de personas, sean los árbitros, las partes, los testigos, los peritos, etc., que tener delante una o varias pantallas en la que no sabemos si quienes nos oyen y ven están realmente escuchando e intentado comprender nuestras afirmaciones. En esta nueva realidad, se ha visto necesario dominar el medio, los programas o plataformas por todas las partes intervinientes, además de aprender a transmitir el mensaje de una forma atractiva y concisa.

En esta nueva realidad es más fácil distraerse o no ser capaces de seguir un discurso lento o plano, por lo que es esencial presentar la información a un ritmo adecuado, de forma clara y directa, con el fin de lograr mantener la atención y que nuestros interlocutores reciban el mensaje que queremos transmitir. En caso contrario, estaríamos perdiendo nuestro tiempo y haciendo perder el tiempo también a nuestras contrapartes, con los perjuicios que esto también puede conllevar.

Pero el uso de la tecnología no solamente se centra en la realización de las audiencias y en la práctica de la prueba, sino también ha de ser vista como un elemento que reduce los gastos, flexibiliza el procedimiento y acelera los plazos, ya que muchas veces la gestión de las diferentes agendas y los traslados de todas las personas que deben participar en las reuniones ralentiza el procedimiento.

Con la utilización de la tecnología como herramienta de apoyo de los arbitrajes se ha facilitado la gestión de todo el procedimiento, desde sus inicios, acortando los plazos para dictar el Laudo, algo esencial en la vida de una sociedad. Por lo tanto, estos beneficios que hemos logrado «a la fuerza» por las circunstancias, son muy bienvenidos y se debería pensar en la forma de mantenerlos específicamente para la resolución de las disputas societarias.

VIII. CONCLUSIONES

Como es bien sabido, el arbitraje tiene una naturaleza pluridisciplinar y transversal. Abarca cuestiones tanto del Derecho civil, como procesal, mercantil e internacional. No basta con ser

experto en una determinada materia, debe conocerse a fondo el procedimiento arbitral y su fundamento jurídico, además de dominar la normativa y la práctica de las normas aplicables al caso concreto. Es una institución viva, que evoluciona, y debe evolucionar al ritmo del tráfico jurídico, so pena de quedarse desfasada.

En este sentido siempre se ha considerado que la regulación arbitral debe ser de mínimos, dejando suficiente margen para que las partes sean quienes, en uso de su autonomía de la voluntad, determinen y diseñen el procedimiento para que se adapte perfectamente a sus necesidades y expectativas.

El arbitraje es, tal y como hemos podido comprobar, un medio válido y legalmente reconocido para resolver los conflictos societarios, ya que los mismos versan directamente sobre materia disponible, esencialmente patrimonial. A través de este procedimiento se pone fin a una controversia con los mismos efectos jurídicos de una sentencia, es decir, será ejecutable y oponible a la sociedad y a todos los socios, presentes y futuros, hayan o no participado directamente del conflicto; o incluso frente a aquellos que hayan votado en contra en caso de tratarse de una impugnación de acuerdos sociales.

La cláusula arbitral puede estar presente desde el nacimiento de la sociedad en sus estatutos originales, o ser introducida posteriormente mediante un acuerdo con mayorías reforzadas, dando así a la sociedad y los socios la posibilidad de optar por un procedimiento más ágil y especializado para que los conflictos societarios no paralicen la gestión y la consecución de sus objetivos.

El arbitraje cuenta además con un control *a posteriori* a través de la acción de anulación, en caso de que se haya incurrido en alguna de las causales taxativas que establece el art. 41 LA. En todo caso, la publicidad registral será una gran aliada en este procedimiento, brindando certeza a la sociedad, a los socios y a los terceros que pretendan relacionarse con la sociedad, pero no solamente orientado a la publicidad de los efectos sobre los acuerdos inscribibles (art. 11 *ter* LA), sino también sobre la existencia del acuerdo de arbitraje como mecanismo escogido por la sociedad para resolver sus conflictos societarios.

En el estado actual del desarrollo del arbitraje en España, creo que tal vez ya no es necesario que Ley establezca esa «tutela» especial que requiere, para el caso concreto de la impugnación de acuerdos sociales, que el procedimiento arbitral sea conducido únicamente mediante un arbitraje institucional. Hace 10 años esta limitación tal vez era necesaria para ir forjando esa «cultura» y práctica arbitral de la cual actualmente gozamos. Pero hoy en día ya hay numerosos árbitros especializados y los fundamentos teóricos y prácticos ya son ampliamente conocidos, por lo que se podría ir valorando la opción de permitir que, si las partes así lo consideran oportuno, puedan optar por un arbitraje *ad hoc* para resolver cualquier conflicto societario, incluida la impugnación de acuerdos sociales.

BIBLIOGRAFÍA

BOVE, M., «L'arbitrato societario tra disciplina speciale e (nuova) disciplina di diritto comune»,

Rivista di Diritto Processuale, Vol. 63, nº 4/2008, pp. 931-954.

CAPRASSE, O., *Les sociétés et l'arbitrage*, Emile Bruylant, S.A., Bruselas, 2002.

CASTILLO FREYRE, M., et al., «Nueva Ley de arbitraje: ¿Cuáles son las materias arbitrables?», Biblioteca Estudio Mario Castillo Freyre, Disponible en: <http://www.castillofreyre.com/Publicaciones/Arbitraje/1>

COHEN, D., *Arbitrage et société*, París, LGLJ, 1998.

CREMADES, B, «Impacto De La Pandemia Covid19 En El Arbitraje: Simplificación», 9 julio 2021, en: <https://ciarglobal.com/impacto-de-la-pandemia-covid19-en-el-arbitraje-simplificacion-por-bernardo-cremades/>

FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., «Autorregulación y unificación del Derecho de los negocios internacionales», en *Derecho de la regulación económica*, vol. VIII. Comercio exterior (J.V. González García, dir.), Madrid, Iustel, 2009, pp. 83-137.

FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., ARENAS GARCÍA, R., DE MIGUEL ASENSIO, PA., *Derecho de los negocios internacionales*, 6ª ed., Madrid, Iustel, 2020.

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

GUCER, S., «Lex Mercatoria in International Arbitration», *Ankara Bar Review*, vol. 2, n.º 1, January 2009, pp. 30-39.

MERCHÁN ÁLVAREZ, A., *El Arbitraje. Estudio histórico jurídico*, Universidad de Sevilla, Sevilla, 1981.

OLAIZOLA MARTÍNEZ, F., «El arbitraje societario en los tiempos de la globalización», en *Anuario de Justicia Alternativa. Derecho Arbitral*, n.º 7/2006, Tribunal Arbitral de Barcelona, J. M. Bosch Editor, Barcelona, pp. 9-65.

RODRÍGUEZ ROBLERO, M.I., «¿Cómo utilizar el proceso de toma de decisiones para alcanzar un buen acuerdo en una negociación?», *Revista Aranzadi Doctrinal*, n.º 6, junio 2020, pp. 259-277.

RODRÍGUEZ ROBLERO, M.I., «El Arbitraje Societario en la nueva Ley de Arbitraje 11/2011, de 20 de mayo, de reforma a la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje y de regulación del arbitraje institucional en la Administración General del Estado», *Revista de Derecho de Sociedades*, n.º 37, Ed. Aranzadi, 2011, pp. 103-118.

RODRÍGUEZ ROBLERO, M.I., *Impugnación de acuerdos sociales y arbitraje*, Colección Arbitraje Comercial y de Inversión, Vol. II, Ed. Bosch, Barcelona, 2010.

SÁNCHEZ CALERO, F., BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Á., *Propuesta de Código de Sociedades Mercantiles*, Comisión General de Codificación. Sección de Derecho

Mercantil, Ministerio de Justicia, 2002.

SANGIOVANNI, V., «Arbitrato Societario, società di capital e categorie di investitori», *Rivista del Arbitrato*, pp. 313-327.

(1)

La Ley 11/2011 introdujo dos artículos concretos:

«Art. 11 bis. *Arbitraje estatutario*. 1. Las sociedades de capital podrán someter a arbitraje los conflictos que en ellas se planteen.

2. La introducción en los estatutos sociales de una cláusula de sumisión a arbitraje requerirá el voto favorable de, al menos, dos tercios de los votos correspondientes a las acciones o a las participaciones en que se divida el capital social.

3. Los estatutos sociales podrán establecer que la impugnación de los acuerdos sociales por los socios o administradores quede sometida a la decisión de uno o varios árbitros, encomendándose la administración del arbitraje y la designación de los árbitros a una institución arbitral».

Art. 11 ter. Anulación por laudo de acuerdos societarios inscribibles.

1. El laudo que declare la nulidad de un acuerdo inscribible habrá de inscribirse en el Registro Mercantil. El «Boletín Oficial del Registro Mercantil» publicará un extracto.

2. En el caso de que el acuerdo impugnado estuviese inscrito en el Registro Mercantil, el laudo determinará, además, la cancelación de su inscripción, así como la de los asientos posteriores que resulten contradictorios con ella».

[Ver Texto](#)

(2) M.I. Rodríguez Roblero, «El Arbitraje Societario en la nueva Ley de Arbitraje 11/2011, de 20 de mayo, de reforma a la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje y de regulación del arbitraje institucional en la Administración General del Estado», en *Revista de Derecho de Sociedades*, n.º 37, Ed. Aranzadi, 2011, pp. 103 ss.

[Ver Texto](#)

(3) Resolución de 19 de febrero de 1998, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso gubernativo interpuesto por D.ª María Vidal Sanahuja, en nombre de «Julián Sanz Soria, Sociedad Limitada» (Sociedad Unipersonal), contra la negativa del Registrador mercantil de Barcelona número XII, don Jesús González García, a inscribir una escritura de constitución de sociedad de responsabilidad limitada. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1998-5987>.

[Ver Texto](#)

(4) Sentencia del Tribunal Supremo n.º 355/1998, de 18 de abril, Disponible en: <https://notin.es/wp-content/uploads/2011/09/STS-18-Abril-1998.pdf>.

Ver Texto

(5) Sentencia del Tribunal Supremo n.º 355/1998, de 18 de abril, op. cit.

Ver Texto

(6) El Tribunal Constitucional afirma 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. 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.» Sentencia Tribunal Constitucional, Sala Primera n.º 46/20, de 15 de junio, Disponible en: <http://hj.tribunalconstitucional.es/docs/BOE/BOE-A-2020-8130.pdf>.

Ver Texto

(7) Sentencia del Tribunal Constitucional n.º 46/2020, de 15 de junio, op. cit.

Ver Texto

(8) Sentencia del Tribunal Superior de Justicia, Sala de lo Civil y lo Penal de Madrid, n.º 45/2008, disponible en: <https://fernandezrozas.com/wp-content/uploads/2021/07/Arbitraje-ATSJ-Madrid-CP-1a-13-abril-2021-2.pdf>

Ver Texto

(9) Art. 10 Constitución Española: «1. La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social. 2. Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España».

Ver Texto

(10) Por ejemplo, ver Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Mercado de Valores.

Ver Texto

(11) Principio II.2 Código de Buen Gobierno de las sociedades cotizadas, Comisión Nacional del Mercado de Valores, Revisado 2020, p. 13, Disponible en: https://www.cnmv.es/DocPortal/Publicaciones/CodigoGov/CBG_2020.pdf.

Ver Texto

(12) Código de Buen Gobierno de las sociedades cotizadas, op. cit., p. 21.

Ver Texto

(13) Ley de 17 de julio de 1951, de régimen jurídico de las Sociedades Anónimas, Disponible en:
<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1951-7800>

Ver Texto

(14) A. Merchán Álvarez, *El arbitraje. Estudio histórico jurídico*, Universidad de Sevilla, Sevilla, 1981, p. 147; F. Olaizola Martínez, «El arbitraje societario en los tiempos de la globalización», en *Anuario de Justicia Alternativa. Derecho Arbitral*, n.º 7/2006, Tribunal Arbitral de Barcelona, J. M. Bosch Editor, Barcelona, p. 15.

Ver Texto

(15) Ley de Arbitraje de Derecho Privado, de 22 de diciembre de 1953, Disponible en:
<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1953-16398>

Ver Texto

(16) M.I. Rodríguez Roblero, *Impugnación de acuerdos sociales y arbitraje*, Colección Arbitraje Comercial y de Inversión, vol. II, Barcelona, Bosch, 2010, p. 297.

Ver Texto

(17) *Ibíd.*, p. 298.

Ver Texto

(18) La Resolución de 19 de febrero de 1998 DGRN, en su fundamento de Derecho tercero analiza la negativa del registrador a inscribir una cláusula estatutaria en que se sujetaba a arbitraje la solución de determinados conflictos sociales, con base en «la falta de idoneidad de una norma de tal naturaleza como fuente de un convenio arbitral, en cuanto no puede vincular a terceros que no hayan sido parte en el contrato». La DGRN se pronunció en contra de esta afirmación y dijo que un «convenio arbitral inscrito configura la posición de socio, el complejo de derechos y obligaciones que configuran esa posición, en cuyo caso toda novación subjetiva de la posición de socio provoca una subrogación en la del anterior, aunque limitado a las controversias derivadas de la relación societaria. No puede, por último, desconocerse que, en un supuesto con evidentes analogías, el de los conflictos entre las cooperativas y sus miembros, la sumisión estatutaria a arbitraje aparece expresamente prevista por el legislador [art. 163.1º, b) de la Ley de Cooperativas de 2 de abril de 1987]». Resolución de 19 de febrero de 1998.

Ver Texto

(19) Sentencia del Tribunal Supremo n.º 355/1998, de 18 de abril, ob. cit.

Ver Texto

(20) Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2010-10544>.

Ver Texto

(21)

D. Cohen, *Arbitrage et société*, París, LGDJ, 1998, p. 327.

Ver Texto

(22) En este sentido se puede ver la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Civil y de lo Penal nº16/2021, de 21 de abril, en cuanto afirma la independencia del arbitraje y la imposibilidad de los jueces de entrar a conocer el fondo del asunto decidido mediante arbitraje: «la peculiar naturaleza del arbitraje, de acuerdo con la interpretación que desarrolla el Tribunal Constitucional —y por eso nos vincula tan solo puede llevar a la Sala a «controlar que se han cumplido las garantías del procedimiento arbitral y el respeto a los derechos y principios de defensa, igualdad, bilateralidad, contradicción y prueba; así como 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 el mismo sentido puede verse la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia, Sala de lo Civil y lo Penal de Madrid, n.º 45/2008, *cit.*

Ver Texto

(23) Como ejemplo, caso Castellana Norte en el que los socios disidentes pretenden impugnar un acuerdo social en el que se elimina el derecho de suscripción preferente: *Expansión*, «Merlin y SanJosé irán a un arbitraje contra BBVA por Castellana Norte», 22 abril 2021, Disponible en: <https://www.expansion.com/empresas/inmobiliario/2021/04/22/6080953be5fdea156d8b4672.html>

Ver Texto

(24) O. Caprasse, *Les sociétés et l'arbitrage*, Bruselas, Bruylant, 2002, pp. 146 ss.

Ver Texto

(25) Code de Commerce, Disponible en:

https://www.legifrance.gouv.fr/codes/section_lc/LEGITEXT000005634379/LEGISCTA000030994232/#LEGISCTA000030994238

Ver Texto

(26) D. Cohen, *Arbitrage et société*, *op. cit.*, pp. 297 ss; M.I. Rodríguez Roblero, *Impugnación de acuerdos sociales y arbitraje*, *op. cit.*, pp.171 ss.

Ver Texto

(27) Decreto Legislativo 17 gennaio 2003, n. 5 «Definizione dei procedimenti in materia di diritto societario e di intermediazione finanziaria, nonché in materia bancaria e creditizia, in attuazione dell'articolo 12 della legge 3 ottobre 2001, n. 366», publicado nella Gazzetta Ufficiale n. 17 del 22 gennaio 2003 —

Suplemento Ordinario n. 8. Disponible en: <https://www.camera.it/parlam/leggi/deleghe/03005dl.htm>.

Ver Texto

(28) M.I. Rodríguez Roblero, *Impugnación de acuerdos sociales y arbitraje*, op. cit., p. 132.

Ver Texto

(29) *Ibíd.*, pp. 135 ss.

Ver Texto

(30) *Ibíd.*, p. 139.

Ver Texto

(31) V. Sangiovanni, «Arbitrato Societario, società di capital e categorie di investitori», *Rivista del Arbitrato*, pp.319 ss.

Ver Texto

(32) M.I. Rodríguez Roblero, *Impugnación de acuerdos sociales y arbitraje*, op. cit., pp. 187 ss.

Ver Texto

(33) Bundesamt für Justiz, Ley de Sociedades Anónimas, Disponible en: https://www.gesetze-im-internet.de/aktg/_23.html

Ver Texto

(34) M.I. Rodríguez Roblero, *Impugnación de acuerdos sociales y arbitraje*, op. cit., p. 196.

Ver Texto

(35) Bove, M., «L'arbitrato societario tra disciplina speciale e (nuova) disciplina di diritto comune», en: *Rivista di Diritto Processuale*, Vol.63, nº4/2008, pp.931 ss.

Ver Texto

(36) Decreto Legislativo que norma el arbitraje n.º 1071/2008, Perú. Disponible en: https://portal.osce.gob.pe/arbitraje/sites/default/files/Documentos/Legislacion_aplicable/DL-1071-ley-que-norma-el-arbitraje.pdf

Ver Texto

(37) M. Castillo Freyre, et al., «Nueva Ley de arbitraje: ¿Cuáles son las materias arbitrables?», Biblioteca Estudio Mario Castillo Freyre, p. 3. Disponible en: <http://www.castillofreyre.com/Publicaciones/Arbitraje/1>.

Ver Texto

(38) M.I. Rodríguez Roblero, *Impugnación de acuerdos sociales y arbitraje*, op. cit., pp. 205 ss.

Ver Texto

(39) Walton, A, Victoria, M, *Russel on the Law of Arbitration*, 20ª ed., Stevens & Sons, London, 1982, pp. 51 ss.

Ver Texto

(40) OHADA, Uniform Act on Arbitration, 2017, Disponible en:

<http://www.ohadalegis.com/anglais/telAUGB/2017-Ohada-uniform-Act-Arbitration-en.pdf>.

Ver Texto

(41) En la malograda Propuesta de Código Mercantil se proponía una regulación diferente a la que finalmente se aceptó, ya que se seguía el modelo italiano y se excluía el arbitraje para las sociedades cotizadas, limitándolo a las sociedades cerradas y permitiéndola expresamente para las sociedades de personas, pero como hemos podido observar se siguió tal vez un criterio más práctico, pensando principalmente en los beneficios que este procedimiento puede aportar a las empresas, ya que todas ellas se rigen por el principio de autonomía de la voluntad y por tanto de autoorganización. F. Sánchez Calero, F., Bercovitz Rodríguez-Cano, A., Rojo Fernández-Río, Á., *Propuesta de Código de Sociedades Mercantiles*, Comisión General de Codificación. Sección de Derecho Mercantil, Ministerio de Justicia, 2002, p. 58. El art. 109 del citado proyecto establecía: «Cláusula estatutaria de arbitraje. 1. Los estatutos sociales originarios podrán establecer que la impugnación de los acuerdos sociales por los socios o administradores quede sometida a la decisión de uno o varios árbitros de Derecho, encomendándose la administración del arbitraje y la designación de los árbitros a una corporación o asociación. 2. La introducción en los estatutos sociales de una cláusula de sumisión a arbitraje de la impugnación de acuerdos sociales requerirá el acuerdo de todos los socios».

Ver Texto

(42) La Ley 2/2007, de 15 de marzo de sociedades profesionales, permite el arbitraje en su art. 18, al decir: «El contrato social podrá establecer que las controversias derivadas del mismo que surjan entre los socios, entre socios y administradores, y entre cualesquiera de éstos y la sociedad, incluidas las relativas a separación, exclusión y determinación de la cuota de liquidación, sean sometidas a arbitraje, de acuerdo con las normas reguladoras de la institución». Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2007-5584>.

Ver Texto

(43) La Orden JUS/1445/2003, 4 de junio, por la que se aprueban los Estatutos orientativos de la sociedad limitada Nueva Empresa, en su art. 15 permite optar por el arbitraje de la siguiente manera: «Toda cuestión que se suscite entre socios, o entre éstos y la sociedad, con motivo de las relaciones sociales, y sin perjuicio de las normas de procedimiento que sean legalmente de preferente aplicación, será resuelta... (a elegir ante los Juzgados o Tribunales correspondientes al domicilio social o mediante arbitraje formalizado con arreglo a las prescripciones legales)». Disponible en:

<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2003-11262>.

Ver Texto

(44) La disposición adicional décima de la Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas, regula «1. Las discrepancias o controversias que puedan plantearse en las cooperativas, entre el Consejo Rector o los apoderados, el Comité de Recursos y los socios, incluso en el período de liquidación, podrán ser sometidas a arbitraje de derecho regulado por la Ley 36/1988, de 5 de diciembre; no obstante, si la disputa afectase principalmente a los principios cooperativos podrá acudir al arbitraje de equidad.

2. Dado el carácter negocial y dispositivo de los acuerdos sociales, no quedan excluidas de la posibilidad anterior ni las pretensiones de nulidad de la Asamblea General, ni la impugnación de acuerdos asamblearios o rectores; pero el árbitro no podrá pronunciarse sobre aquellos extremos que, en su caso, estén fuera del poder de disposición de las partes». Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1999-15681>.

Ver Texto

(45) M.I. Rodríguez Roblero, «El Arbitraje Societario en la nueva Ley de Arbitraje 11/2011, de 20 de mayo, de reforma a la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje y de regulación del arbitraje institucional en la Administración General del Estado», *loc. cit.*, p. 113.

Ver Texto

(46) J.C. Fernández Rozas, S.A. Sánchez Lorenzo y G. Stampa, *Principios generales del arbitraje*, Tirant lo blanch, Valencia, 2018, p. 47.

Ver Texto

(47) R. Arenas García, «Capítulo 3. Sociedades», en *Derecho de los Negocios Internacionales*, 6ª ed., Madrid, lustel, 2020, pp. 236 ss.

Ver Texto

(48) J.C. Fernández Rozas, S.A. Sánchez Lorenzo, G. Stampa, *Principios generales del arbitraje*, op. cit. , p. 49.

Ver Texto

(49) R. Arenas García, *loc. cit.*, pp..241 ss.

Ver Texto

(50) *Ibíd.*, p. 243 .

Ver Texto

(51) La caducidad, según el Diccionario Panhispánico de español jurídico es la: «decadencia de derechos por

su falta de ejercicio en el término establecido en la ley o determinado por la voluntad de las partes contractuales. La caducidad implica la pérdida de fuerza de una ley o un derecho por transcurso del plazo para su ejercicio. Tiene el efecto de extinguir el derecho de forma automática. La caducidad no se puede renunciar. Se aprecia de oficio, no hace falta alegarla». Disponible en: <https://dpej.rae.es/lema/caducidad>.

Ver Texto

(52) Arts. 375 LSC en el que se establece que se le aplicará a los liquidadores el mismo régimen que a los administradores que no se opongan a su regulación específica; y 397 LSC en el que se establece la posibilidad de exigirles responsabilidad por los perjuicios causados.

Ver Texto

(53) Sentencia nº17/2021 del Tribunal Constitucional, de 15 de febrero de 2021, Fundamento jurídico segundo, Disponible en: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2021-4492.

Ver Texto

(54) En su preámbulo dice: «Estos Principios establecen reglas generales aplicables a los contratos mercantiles internacionales. Estos Principios deberán aplicarse cuando las partes hayan acordado que su contrato se rija por ellos. Estos Principios pueden aplicarse cuando las partes hayan acordado que su contrato se rija por principios generales del derecho, la *lex mercatoria* o expresiones semejantes. Estos Principios pueden aplicarse cuando las partes no han escogido el derecho aplicable al contrato. Estos Principios pueden ser utilizados para interpretar o complementar instrumentos internacionales de derecho uniforme. Estos Principios pueden ser utilizados para interpretar o complementar el derecho nacional. Estos Principios pueden servir como modelo para los legisladores nacionales e internacionales», Principios unidrot sobre los contratos comerciales internacionales 2010, <https://www.unidroit.org/spanish/principles/contracts/principles2010/blackletter2010-spanish.pdf>

Ver Texto

(55) GUCER, Sulun, «*Lex Mercatoria in International Arbitration*», *Ankara Bar Review*, vol.2, no. 1, January 2009, pp. 36 ss.

Ver Texto

(56) J.C. Fernández Rozas, José Carlos, «Autorregulación y unificación del Derecho de los negocios internacionales», en *Derecho de la regulación económica*, vol. VIII. Comercio exterior (J.V. González García, dir.), Madrid, Iustel, 2009, pp. 83-137.

Ver Texto

(57) Club Español del Arbitraje, «Informe sobre el arbitraje societario en España», 2013, Disponible en: <https://www.clubarbitraje.com/comisiones/>.

Ver Texto

(58) M.I. Rodríguez Roblero, «¿Cómo utilizar el proceso de toma de decisiones para alcanzar un buen

acuerdo en una negociación?», en *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº6, junio 2020, pp. 259 ss.

Ver Texto

(59) Como sería, por ejemplo, la cláusula modelo escalonada (D) de la Cámara de Comercio Internacional (CCI) que dice: «En caso de controversias derivadas del presente contrato o relacionadas con él, las partes se comprometen a someterlas en primer lugar al procedimiento con arreglo al Reglamento de Mediación de la CCI. A falta de resolución de las controversias según dicho Reglamento dentro de los [45] días siguientes a la presentación de la solicitud de Mediación, o al vencimiento de otro plazo que hubiera sido acordado por escrito por las partes, tales controversias deberán ser resueltas definitivamente de acuerdo con el Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional por uno o más árbitros nombrados conforme a este Reglamento de Arbitraje». Disponible en: <https://iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2016/12/Suggested-ICC-Mediation-clause-in-SPANISH-1.pdf>.

Ver Texto

(60) Una cláusula patológica será aquella que, si bien existe, no llegará a producir los efectos para los cual fue introducida en un contrato concreto, ya que adolece de problemas de redacción o previsión que la hacen ineficaz. En este sentido ver también J.C. Fernández Rozas, S.A. Sánchez Lorenzo y G. Stampa, *Principios generales del arbitraje*, op. cit., pp. 170 ss.

Ver Texto

(61) Cremades, B, «Impacto De La Pandemia Covid19 En El Arbitraje: Simplificación», 9 julio 2021, en: <https://ciarglobal.com/impacto-de-la-pandemia-covid19-en-el-arbitraje-simplificacion-por-bernardo-cremades/>.

Ver Texto

Lucky Luke y el juez. Lo que podemos (y no) aprender del ADR tributario en Estados Unidos

Lucky Luke and the Judge. What we Can (and Cannot) Learn from Tax ADR in the United States

El derecho anglosajón, y dentro de éste el ordenamiento norteamericano, como paradigma del ADR, nos ofrece múltiples figuras de resolución y prevención de conflictos en cualquier esfera jurídica, también en el ámbito tributario. En efecto la mediación e incluso el arbitraje en materia fiscal están fuertemente enraizados en un sistema que institucionaliza diversos instrumentos de resolución alternativa de conflictos, tanto en sede administrativa como en el terreno judicial. El presente trabajo, analiza estos mecanismos que, si bien institucionalizados, dotan de cierta libertad a las partes para que puedan acomodarlos a sus específicas circunstancias, salvando las distancias, tal y como en su día hiciera el legendario Roy Bean, tan cómicamente retratado en una de las primeras colaboraciones entre Goscinnny y Morris, *Lucky Luke y el Juez*.

ADR tributario, Oficina de Apelaciones, Procedimientos de liquidación, Arreglos por vía rápida, Mediación por vía rápida, Remisión anticipada.

Anglo-Saxon law, and within it the North American legal system, as a paradigm of ADR, offers us multiple figures for the resolution and prevention of conflicts in any legal sphere, also in the tax field. In fact, mediation and even arbitration in tax matters are strongly rooted in a system that institutionalizes various instruments of this nature, both at the administrative and judicial levels. The present work analyzes these mechanisms that, although institutionalized, give the parties a certain freedom so that they can accommodate them to their specific circumstances, saving distances, just as the legendary Roy Bean did in his day, so comically portrayed in one of the early collaborations between Goscinnny and Morris, *Lucky Luke and the Judge*.

Tax ADRs, Appeals Office, Settlement procedures, Fast Track Settlements, Fast Track, Mediation, Early Referral.



Irune Suberbiola Garbizu

Profesora de Derecho Financiero y Tributario

Universidad del País Vasco-Euskal Herriko Unibertsitatea

I. CONTEXTUALIZACIÓN: SOBRE CÓMO PUEDE HACERSE UN USO IMAGINATIVO DEL DERECHO (TRIBUTARIO) SIN SALIRSE DE SUS CONTORNOS

1. Notas previas

En la década de los 50 del siglo pasado, fruto de una primera etapa de colaboración entre el gran Goscinny y Morris (Maurice de Bévère), nace *Lucky Luke y el Juez*, un cómic en el que el guionista francés introduce personajes reales cernidos por un tamiz que destila humor, desenfado y parodia. En la historia, a orillas del río Grande, en la ciudad de Langtry, Lucky Luke custodia de forma pacífica una partida de ganado, pero es detenido y juzgado por un juez que aplica la ley, por decirlo de alguna manera, de una forma un tanto heterodoxa, haciendo interpretaciones que, en ocasiones, no son del todo escrupulosas en la aplicación de la norma. Pues bien, el juez Roy Bean (1825-1903) existió en realidad, y tuvo una vida digna de ser novelada. De hecho su historia, además de ser retratada por el inefable dúo franco-belga, fue también llevada al cine en 1940, con *The Westerner* (El forastero), y en 1972 con *The Life and Times of Judge Roy Bean* (El juez de la horca), donde Paul Newman encarna a tan peculiar personaje. Obviamente, no estamos ni en el siglo XIX, ni en el *Far West*; no pretendemos tomarnos la justicia por nuestra mano, ni adoptar las dudosas prácticas del juez Bean. Sin embargo, la litigiosidad, el conflicto de aquella época, como consustancial a la esencia humana, sigue estando vigente, y las soluciones adoptadas por el ordenamiento norteamericano deben servirnos de ejemplo del que aprender de experiencias certeras e ignorar lecciones fallidas. Estas líneas pretenden ilustrarnos sobre las figuras ADR que de forma desacomplejada utiliza el *Internal Revenue Service* (IRS) y la *Tax Court* norteamericanas.

2. Breve repaso de la figuras ADR utilizadas en el Derecho norteamericano

Con el mencionado objetivo, una de las principales aportaciones con las que el derecho anglosajón puede ilustrarnos es su eminente pragmatismo en el uso del ADR en la solución de conflictos de distinta índole (civil, mercantil, administrativa...), de diversas formas, con técnicas heterocompositivas y autocompositivas, y en distintas esferas, tanto en el plano no jurisdiccional, como en el que atañe a jueces y magistrados en fases iniciales del proceso. En efecto, en el ordenamiento norteamericano, la utilización de las técnicas ADR se extiende por todas las ramas del derecho, también la tributaria, tanto en sede jurisdiccional como administrativa, y se desarrolla, según veremos, mediante figuras auto y heterocompositivas, como la mediación o el arbitraje, con distintas modulaciones.

En este sentido, podríamos señalar, como un primer ejemplo de técnica autocompositiva, la *early neutral evaluation* (ENE), una técnica de resolución temprana de conflictos o *Early Dispute Resolution* (EDR) en la que tan pronto el conflicto se ha suscitado, en sus primeros estadios, las partes acuden a un tercero neutral para que emita un informe en el que se evalúe cómo decidiría un juez en el supuesto de que se presentara ante él el objeto de litigio. Ese tercero neutral, que normalmente suele ser un abogado o un juez retirado elegido por las partes, o por el propio juez, si nos encontramos ante un ENE realizado por orden de un juez (lo que en el entorno anglosajón se conoce como *court-annexed ADR*), ofrece, pues, un primer elemento para la negociación de las partes (1). La ventaja de estos procedimientos es que pretenden que las partes lleguen a un acuerdo que termine la disputa; permiten evaluar las fortalezas y debilidades de cada una de las partes, y ofrecen una suerte de anticipo de lo que sería el resultado en un juicio real si mantuvieran sus posiciones sin cambios significativos. Otra ventaja es que suelen ser muy dinámicos en los tiempos: tras presentarse las

alegaciones de forma escrita, o incluso oral, ante el tercero, éste suele concertar una reunión para aclarar cuestiones tras la que otorga una recomendación no vinculante (*advisory assessment*) en la que, como decíamos, conmina a las partes a negociar mostrándoles cómo actuaría un juez en su caso, lo que, llegado el extremo, puede hacer decaer el interés de acudir a la vía jurisdiccional cuando se detectan en las partes esperanzas infundadas de que un magistrado les fuera a dar la razón. Al respecto de esta técnica hay que realizar dos puntualizaciones: la primera es que si bien las *early neutral evaluation* (*early referral* en el ámbito tributario) son voluntarias en cuanto a su adopción (las partes deciden si utilizan esta técnica o no), cuando se utilizan el acuerdo alcanzado suele ser vinculante; la segunda es que frecuentemente el tercero neutral deviene en mediador o incluso árbitro en la solución del conflicto. Pues bien, según veremos, en breve, en el campo que nos ocupa, el fiscal, el *Internal Revenue Service* (IRN) ha puesto también en marcha un servicio de *fast track mediation*, o mediación de vía rápida que recoge las características de la técnica descrita.

Ligadas con la anterior, el *mini-trial* y el *summary jury trial* permiten a las partes «hacerse una idea» del resultado del litigio si fuera analizado, respectivamente, por un juez (que no tiene por qué ser tal), o un jurado, en este último supuesto, exponiendo el caso a un jurado real al que no se le indica que su decisión forma parte de un ADR, ya que no es vinculante sino meramente consultiva (*advisory jury verdict*). La intención es la misma que en el ENE: conocer la eventual reacción ante el conflicto, en este caso, la reacción de un jurado (2).

Otra técnica frecuentemente utilizada (3) es la que se conoce como *fact-finding* o «determinación de hechos», llamada así porque las partes recurren a un tercero (el *fact-finder*, determinador de hechos) que, tras fijar cómo se desarrollaron los acontecimientos en lid (por ejemplo, aquellos que configuran el hecho imponible), proponga una recomendación de solución no vinculante y que, al igual que el ENE, también puede ser *court-annexed*.

Finalmente, aunque no nos extenderemos sobre ello por tener una figura similar en nuestro ordenamiento, el Consejo de Defensa del Contribuyente, sólo nos quedaría mencionar dentro de las técnicas autocompositivas al *Ombudsman*, tercero que si bien aconseja, informa y sobre todo defiende al ciudadano frente a una concreta Administración, no tiene la potestad de dirimir sobre el objeto de litigio (4).

Por su parte, junto con esas técnicas autocompositivas, el derecho norteamericano nos ofrece, igualmente, técnicas heterocompositivas incluso en un ámbito tributario. Al respecto, la primera de las técnicas heterocompositivas que vamos a mencionar, el *private judge*, o «juez privado», sin duda causa extrañeza desde nuestra perspectiva continental, donde el derecho al ejercicio de la tutela judicial efectiva (art. 24 CE) está intrínsecamente ligado al servicio público de los poderes del Estado y a su gratuidad. Por ello, el *private judge*, también conocido como *rent a judge* (alquila un juez) causa cierto prurito en nuestros lares. A través de este medio, las partes acuden a un juez o magistrado para que resuelva su conflicto. Previamente habrán decidido si su decisión es o no vinculante. En este último caso la decisión que adopte tendrá el mismo objeto que en el ENE, el *mini-trial* o el *summary jury trial*: apreciar las debilidades y fortalezas de los argumentos de las partes y hacer ver el recorrido de sus postulados. En caso contrario, cuando la decisión es vinculante en algunos estados

americanos, como California, tiene el mismo valor que una resolución judicial al uso. Esta figura, que se suele utilizar en casos que requieren una especial privacidad y confidencialidad, permite a las partes pactar sobre la aplicación de las normas procesales, sus tiempos... (5) . Pero, si hay una figura paradigmática dentro del ADR heterocompositivo ésta es, sin duda, la figura del arbitraje. El concepto de arbitraje en el derecho de los Estados Unidos es análogo al que encontramos en nuestro ordenamiento: el árbitro ostenta poderes resolutorios sobre el conflicto, de forma que la resolución (el laudo) que emita tiene fuerza vinculante para las partes, a quienes obliga en sus términos.

Como venimos indicando todas estas figuras tienen acomodo dentro del ordenamiento tributario norteamericano. Para comprender mejor el alcance y arraigo de su incardinación en su sistema fiscal, pasaremos, a continuación, a perfilar sus notas más características entre las que, como veremos, destaca el trabajo colaborativo entre Administración y contribuyente a la hora de determinar la cuantía de sus obligaciones.

3. Notas sobre el sistema tributario norteamericano

Como en la mayoría de las jurisdicciones anglosajonas, la gestión del sistema tributario norteamericano se asienta en la autoliquidación formulada por el contribuyente, quien proporciona la información pertinente al IRS a través del formulario habilitado para cada impuesto (6) . La autoliquidación pudiera ser, en principio, fuente de múltiples errores en la determinación de la cuantía de la deuda del obligado tributario, y por ende, ser igualmente origen de conflictos en este ámbito. Sin embargo, pese a que en apariencia el número de conflictos potenciales debiera ser mayor que en los ordenamientos asentados sobre las liquidaciones efectuadas por la Administración, lo cierto es que en este país son muy escasos los litigios que llegan al contencioso, no sólo por los elevados costos que implica la vía judicial en Estados Unidos sino, sobre todo, por las múltiples opciones de las que dispone el contribuyente para llegar a acuerdos con la Administración en la fase administrativa del litigio.

Así las cosas, dado que la Administración no se ocupa, *a priori*, de recabar la información tributaria relevante (pues la proporciona el contribuyente) ni recae sobre ella la responsabilidad de cumplir con los plazos y formalidades previstos para estas obligaciones declarativas, su labor se limita a fiscalizar el cumplimiento voluntario de sus obligaciones por parte del contribuyente. Lo hace, en cualquier caso, de una forma particular. Como en toda tradición jurídica anglosajona, la relación entre la Administración (en este caso tributaria) y el administrado se rige por los principios de confianza y colaboración, unos principios que ubican al obligado tributario en una posición (más) paritaria respecto de la primera, gracias a la articulación de todo un conjunto de derechos y garantías recogidas en una serie de sucesivas declaraciones y cartas de derechos que, en la actualidad, se circunscriben al *Taxpayer Bill of Rights* (7) , un documento basilar que destaca los 10 derechos fundamentales que tienen los contribuyentes al tratar con el IRS, entre los que, a los efectos que nos interesan destacamos el «Derecho a apelar una decisión del IRS en un Foro Autónomo». En virtud de este derecho los contribuyentes tienen la facultad de solicitar y recibir una audiencia de apelación administrativa justa e imparcial de la mayoría de las acciones tomadas por el IRS, así como a recibir una respuesta escrita que explique la decisión de la Oficina de Apelaciones del IRS y el derecho de presentar su caso ante el foro judicial apropiado.

El marco normativo del ordenamiento tributario estadounidense viene encuadrado en el *Internal Revenue Code* (8), una suerte de compilación de todo tipo de normas tributarias con independencia de su naturaleza, material o procesal, que, dada su complejidad, no está exenta de generar confusiones interpretativas. Para sortearlas el contribuyente debe tener en cuenta, no solo las interpretaciones realizadas por el propio IRS a través, por ejemplo, de sus *revenue rulings* (9), sino también las realizadas por los jueces ya que, como sabemos, salvo *overruling*, el precedente judicial es fundamental en la cultura jurídica anglosajona.

Cualquiera que sea la forma que adopta la inspección, el inspector responsable de la misma dispone de una gran libertad para llegar a acuerdos con el contribuyente a través de entrevistas que se formalizan en distintos formularios

Según comentábamos, el IRS se encarga de fiscalizar los documentos e informaciones comunicadas por el contribuyente para lo que dispone de una pléyade de facultades que incluyen, con el objetivo de medir su grado de exactitud, la revisión de las declaraciones efectuadas y la solicitud de información adicional. Así, cuando se comprueba cualquier irregularidad, falsedad o ausencia de declaración, se inicia un procedimiento de inspección que puede revestir distintas modalidades, por un lado, lo que se conoce como *correspondence audit* (auditoría por correspondencia), por otro, el denominado *office examination* y, finalmente el *field examination*. La primera, la auditoría de correspondencia (10), tiene un alcance relativamente limitado, es el nivel más bajo de inspección del IRS y, generalmente, se centra en errores simples o relativamente anodinos en la declaración del contribuyente. Se realiza mediante cartas y llamadas telefónicas, y eventualmente, si el supuesto se complica, puede expandirse y convertirse en una *office examination*. En éstas, como su nombre indica, la actividad inspectora se realiza en las oficinas del IRS y el contribuyente se reúne con un agente tributario previa notificación del día y de los documentos a presentar. Finalmente, la *field examination*, o inspección de campo, se realiza cuando el agente tributario responsable se desplaza al domicilio (social) del obligado tributario para comprobar la actividad económica o rendimiento a fiscalizar. Cualquiera que sea la forma que adopta la inspección, el inspector responsable de la misma dispone de una gran libertad para llegar a acuerdos con el contribuyente, una libertad que se instrumenta a través de entrevistas que se formalizan en distintos formularios según sea el contenido de esos acuerdos.

El inspector responsable del procedimiento terminará el mismo:

1. Mediante una *non charge letter*, aceptando la situación tributaria comunicada por el contribuyente, cuando se acredite la veracidad de los datos referidos, el contribuyente acepte su propuesta, porque está de acuerdo con la obligación tributaria adicional derivada del procedimiento de inspección o solo en parte con algunas de las modificaciones a su declaración (11);

2. Reconociendo que se ha abonado una cantidad superior a la realmente debida, con lo que se suscita el derecho a su devolución;
3. Advirtiéndole que la cuantía de la obligación tributaria es superior a la derivada de lo declarado en la autoliquidación pertinente por el contribuyente.

En este último caso, estaríamos ante lo que se conoce como *deficiency*, un momento en el que, si bien se reconoce esa deuda adicional, en la práctica, ésta solo se materializa con el envío de la liquidación final, la *90 days letter*. En efecto, esta fase de procedimiento de liquidación adicional no es definitiva, el inspector responsable se limita a efectuar propuestas, salvo que llegue a un acuerdo con el contribuyente, en cuyo caso, la declaración se modifica en los términos de dicho acuerdo, o en el supuesto de que no disponga de competencias suficientes, tras pasar los filtros pertinentes, a través del superior jerárquico del *Examination Division Office*.

Cuando no sea posible llegar a un acuerdo con el contribuyente, el inspector calificará el procedimiento como *unagreed*, es decir, no acordado, y deberá indicar expresamente los aspectos controvertidos de la declaración presentada por el obligado tributario y la propuesta de alteraciones sobre la misma. El contribuyente tendrá conocimiento de las modificaciones propuestas a través del *30 days letter* o *preliminary* y, si está de acuerdo, deberá rellenar un formulario mostrando su conformidad dentro del plazo de 30 días. De no hacerlo, o no estando de acuerdo, será notificado de *deficiency*. Pasado ese tiempo es notificado con la *90 days letter* o *Statutory Notice of Deficiency*, la liquidación que recoge las modificaciones propuestas de forma definitiva, salvo que se interponga recurso en la *Appeals Office* o en la vía judicial (12). En caso de que asista a esta vía, tenemos que tener en cuenta que el contribuyente puede acudir, en primera instancia, a tres tribunales para contrariar la liquidación formulada por el IRS: el *United States Tax Court*, los *United States District Court* y el *United States Court of Federal Claims*. Volveremos a ellos con ocasión del análisis del arbitraje dentro de los *settlement procedures* del *Tax Court*. Si no acude al contencioso, y no abona la cantidad adeudada, comenzará un procedimiento ejecutivo (*enforcement*) destinado al cobro efectivo del crédito tributario y orientado a que se creen las condiciones para que el sujeto pasivo pueda pagar su deuda (13).

Como decíamos, en caso de mantener ese desacuerdo, otra opción para el contribuyente es acudir al *Appeals Office*, la oficina de recursos (14), con el objetivo de revisar los fundamentos de hecho y de derecho que subyacen en su caso (15). Si no lo hace, el *deficiency* puede traer consigo la aplicación de una sanción, por lo que el recurso (valga la redundancia) a la *Appeals Office* antes de la vía judicial se presenta como un paso «obligatorio» que coadyuva en la obtención de un acuerdo entre contribuyente e IRS.

Los recursos presentados en la *Appeals Office* a través de la pertinente *Protest letter* traen consigo la convocatoria de una primera reunión «informal» (que no tiene por qué ser presencial y puede ir seguida de otras posteriores) del *appeals officer* con las partes implicadas. Este funcionario tomará una decisión de acuerdo con los hechos relatados por el inspector de la oficina de distrito que ha llevado el caso, con los fundamentos invocados por el contribuyente y los argumentos esgrimidos en

las distintas reuniones mantenidas. Obviamente, el *appeals officer* también tendrá en mente el coste de que el litigio llegue al contencioso por lo extremadamente onerosa que es esta vía en la jurisdicción norteamericana.

La decisión adoptada por este funcionario, que debe ser aprobada por el *reviewing officer* u oficial revisor, se basa en dos figuras clave reguladas en el Título 26, Subtítulo F, Capítulo 74, sección 7121-7214 del IRC: los *closing agreements* y los *offers in compromise*. Los primeros, los *closing agreements*, consisten en una transacción entre Administración y contribuyente que, como su nombre indica, cierra de forma definitiva el conflicto sobre la deuda tributaria de este último. Para ello, las partes se efectúan concesiones recíprocas con el objeto de no llegar al contencioso. El único límite para la adopción de este tipo de acuerdos es que no pueden utilizarse en caso fraude o simulación en la declaración de los hechos con relevancia tributaria. Los segundos, los *offers in compromise*, implican un acuerdo que permite el pago del impuesto por un valor inferior a la deuda tributaria cuando ésta es líquida y cierta, en otras palabras, buscan una reducción de su importe en base a un doble fundamento: por un lado, dudas sobre la responsabilidad del contribuyente, *doubts as to liability* (16), y, por otro, dudas en cuanto a su recaudación, *doubts as to collectivity* (cuando las dudas se refieren a la capacidad de pago, la solvencia del contribuyente).

En este contexto, la oficina de recursos hace uso, como es obvio, de distintas técnicas de negociación en las que el ADR goza de un papel primordial. Como el juez Roy Bean, hace un uso imaginativo del derecho, esta vez, no sólo en beneficio propio sino en beneficio común, en el entendimiento de que una terminación consensuada del conflicto supone una reducción de los tiempos y de los costos en el procedimiento, y, sobre todo, el impulso de una cultura más colaborativa en el despliegue de las funciones de la Hacienda que acerca su cometido al contribuyente. Pasemos, pues, a analizar el rol que desempeñan estas técnicas primero en sede administrativa, dentro del *Appeals Office* del IRS y en un estadio ulterior, fuera ya del *Internal Revenue Service*, dentro de la *Tax Court*.

II. LA MEDIACIÓN EN LA APPEALS OFFICE DEL IRS

En el último apartado del epígrafe precedente hemos visto cómo el sistema tributario estadounidense contempla múltiples vías para que no se susciten conflictos tributarios o para que, llegado el caso, si llegan a originarse, no terminen en los tribunales. En efecto, el IRS, y más concretamente la *Appeals Office*, viene desde hace lustros desarrollando distintos programas piloto para la implementación de mecanismos alternativos de resolución de conflictos (17).

Los primeros a los que haremos referencia son los *fast track*, que responden a un programa de mediación voluntaria que pretende resolver disputas de forma más rápida que una apelación tradicional. Se pueden solicitar para la mayoría de las disputas de inspecciones, casos de *offers in compromise* y supuestos de penalización por recuperación de fondos fiduciarios, una vez que el examinador o el oficial recaudador del el IRS haya completado su trabajo, y haya problemas que permanezcan sin resolver. El *Fast Track* es voluntario, el mediador de apelaciones no puede impeler al contribuyente a participar o aceptar un acuerdo propuesto, por lo que éste conserva el control

sobre las decisiones que toma sobre su caso ya que, si no puede resolver su disputa a través de *Fast Track*, aún tendrá derecho a solicitar una apelación tradicional o una reunión con un gerente del IRS. En este sentido, los beneficios de este programa consisten en su mayor flexibilidad, menores costes y rápida resolución.

Existen hasta cinco programas de *Fast Track*, en función de las características del litigio y del contribuyente: cuatro *Fast Track Settlements* (para pequeñas empresas, autónomos y particulares; para grandes empresas o negocios con intereses internacionales; para personas con intereses internacionales y para organizaciones exentas de impuestos y entidades gubernamentales) y una *Fast Track mediation* para contribuyentes con problemas de recaudación. Del mismo modo, estas técnicas de mediación se utilizan en lo que se conocen como remisión temprana a apelaciones (*Early referral to appeals*) y el proceso de Apelación Rápida (*Rapid Appeals Process*).

Pasemos, a continuación, a examinar, someramente, las figuras ADR más importantes utilizadas en el Appeals.

1. Acuerdos acelerados, *Fast track settlements* (FTS) (18)

A) Objeto y características

Con el objeto de resolver controversias fiscales sobre una base justa e imparcial para ambas partes, Administración tributaria y contribuyente, el IRS implementó un programa piloto de resolución rápida de disputas en el Notice 2001-67, 2001-2 C.B.544, que, con el tiempo, ha venido a demostrar que este servicio puede utilizar con éxito el ADR para promover la resolución de problemas en etapas tempranas, y disminuir el tiempo total de «espera» que transcurre desde la presentación de la autoliquidación hasta la resolución final de la controversia suscitada. Con este objetivo, el programa FTS se estructura para promover la resolución del conflicto en 120 días desde su inicio (60 si se trata de un FTS para pequeños contribuyentes o particulares), y es opcional para el contribuyente. En cualquier caso, como opción que es, el FTS no elimina ni reemplaza las posibles vías de resolución existentes (incluido el derecho de solicitar una audiencia antes Apelaciones).

El Oficial de Apelaciones de FTS, que actúa como participante neutral en el procedimiento, ayuda al contribuyente a comprender la naturaleza de la disputa y a llegar a una solución mutuamente satisfactoria de acuerdo con ley aplicable. El contribuyente puede retirarse del proceso FTS en cualquier momento, notificando por escrito su decisión, pero, igualmente, puede suspenderse el proceso si el funcionario de apelaciones de FTS determina que no hay un avance en las negociaciones.

Aunque el FTS suponga un ADR, está sujeto a los procedimientos que serían aplicables si el problema estuviera siendo considerado por la *Appeals Office*, no crea una autoridad especial para la resolución por parte del Oficial de Apelaciones. En consecuencia, si, por ejemplo, el problema de FTS se coordina en el Programa de Asesores Técnicos o en el Programa de Orientación Técnica de Apelaciones, el arreglo propuesto está sujeto a los procedimientos establecidos, incluida la presentación de la solución consensuada al Coordinador de Apelaciones para su revisión y aprobación.

Las partes deben iniciar el FTS solo después de que el Servicio emita el Formulario 5701 (Aviso de Ajuste Propuesto) y el contribuyente proporcione una respuesta por escrito, pero antes de la fecha en que el Servicio emita la *30 days letter*, lo que le da al contribuyente una oportunidad para la revisión administrativa en la Oficina de Apelaciones. No obstante, los Gerentes del Programa de Apelaciones y TFS solo aceptarán resolver el conflicto dentro del programa si están convencidos de que está suficientemente desarrollado para permitir la resolución en el marco del mismo.

El programa FTS está generalmente disponible para todos los casos dentro de la jurisdicción de Cumplimiento de *Large Medium Size Business* (en el caso de que se trate de un FTS para grandes y medianas empresas, LMSB). Además, los gerentes del programa *Fast Track* pueden acordar incluir un contribuyente o asunto que no esté bajo esta jurisdicción, según las circunstancias y necesidades operativas del caso. Sin embargo, FTS no es adecuado para todos los casos, por lo que deben evaluarse sus circunstancias particulares para determinar si el programa FTS satisface sus necesidades, por ejemplo, si el número de problemas es manejable dentro de un plazo de 120/60 días. Los asuntos excluidos del programa FTS, son aquellos que ya han entrado en litigio judicial o estén en situación pre-litigiosa; asuntos para los cuales el contribuyente ha presentado una solicitud de asistencia a la autoridad competente; cuestiones para las que el contribuyente haya solicitado el procedimiento simultáneo de Apelación/Autoridad Competente; los asuntos de *whipsaw*, es decir, los asuntos cuya resolución con respecto a una de las partes podría dar lugar a un tratamiento incoherente en ausencia de la participación de otra parte; cuestiones para las que la mediación no sería coherente con la buena administración fiscal, por ejemplo, las regidas por acuerdos de cierre, por *res judicata*, o por precedentes de control; y cuestiones que han sido identificadas en una notificación del Consejo General, o en una publicación equivalente, como excluidas del proceso de solución rápida.

B) Procedimiento

El contribuyente o el director del equipo LMSB (o en su caso del de personas físicas y pequeños contribuyentes) pueden sugerir la participación en el programa FTS y, si la otra parte está de acuerdo, pueden ponerse en contacto con los gestores del programa de *fast track* de la LMSB o de la *Appeals Office*, que ayudarán a las partes a determinar si el asunto es apropiado para el programa FTS. Si las partes determinan que el asunto es apropiado para el FTS, deben solicitar el programa completando y ejecutando un formulario, con el ajuste propuesto, que incluya la respuesta escrita del contribuyente.

Todas las solicitudes del programa FTS requieren la aprobación de los Gestores del Programa de *Fast Track* antes de ser aceptadas en el mismo. Si los Administradores del Programa aprueban la solicitud, el Funcionario de Apelaciones del FTS notifica al contribuyente y al Gerente del Equipo LMSB (o el equipo pertinente en función de las circunstancias del contribuyente) su decisión, y si no la aprueban lo comunicará igualmente dentro de los diez días siguientes a la recepción de la solicitud, y el director del equipo IRS correspondiente lo notificará, a su vez, al contribuyente. La decisión de no aprobar una solicitud para el programa FTS es definitiva y no está sujeta a recurso administrativo ni a revisión judicial.

Tras la aceptación para su estudio en un FTS, las partes y el Funcionario de Apelaciones del FTS acordarán y documentarán una fecha de finalización prevista en el formulario del Acuerdo de Vía Rápida que, como referíamos en párrafos precedentes debiera ser completado en aproximadamente 120 días (60 para particulares).

El FTS emplea diversas técnicas alternativas de resolución de conflictos para promover el acuerdo. Un funcionario de apelación del FTS actuará como parte neutral. El Oficial de Apelación de FTS no desempeñará un papel tradicional de la *Appeals Office*, sino que utilizará técnicas de resolución de conflictos para facilitar el acuerdo entre las partes, por lo que personal de la Administración tributaria que participa en el procedimiento tiene que tener conocimientos en el ámbito de la mediación.

Durante el FTS, el contribuyente y los representantes del IRS, se reunirán con el Funcionario de Apelaciones designado. Entre los representantes del contribuyente y de la IRS deben figurar personas con la información y los conocimientos necesarios para ayudar a las partes y al funcionario de recursos del FTS durante el proceso de resolución. En cualquier caso, el funcionario de recursos del FTS puede pedir a las partes que limiten el número de participantes para facilitar el proceso. El Oficial de Apelaciones del FTS celebrará la sesión del FTS en la fecha y lugar acordados por ambas partes. Antes de la sesión de FTS informará a los participantes sobre el procedimiento y establecerá sus reglas básicas, pero podrá modificarlas durante la sesión para adaptarse a los cambios de circunstancias sobrevenidas. La sesión del FTS podrá incluir sesiones conjuntas con todas las partes, reuniones separadas o ambas, según lo que considere apropiado el funcionario de apelaciones del FTS. El funcionario de apelaciones utilizará un informe de la sesión del FTS para ayudar a planificar la sesión del FTS y para informar sobre los acontecimientos que se produzcan durante la sesión. El informe incluirá una lista de todos los asuntos aprobados para el programa FTS, una descripción de los asuntos, los importes en litigio, las fechas de las reuniones mantenidas, un plan de acción para la sesión FTS así como cualquier otra información útil para el proceso según determinen las partes y el funcionario de apelaciones. El funcionario de recursos del FTS también preparará y actualizará un orden del día, para orientar la comunicación entre las partes, establecer el orden de discusión de los asuntos, plantear preguntas para aclarar el conflicto y guiar las reuniones (19). Por lo general, el Funcionario de Apelaciones del FTS considerará únicamente las cuestiones expuestas en el informe de la sesión del FTS, salvo acuerdo mutuo de las partes. Si el contribuyente presenta información durante la sesión que no había presentado previamente durante la inspección, el funcionario de apelaciones del FTS ajustará la fecha de finalización prevista para dar tiempo a los funcionarios del Servicio correspondiente a evaluar la información/documentación aportada.

Durante la sesión, el funcionario de recursos del FTS puede proponer condiciones de conciliación para cualquiera de las cuestiones o para todas ellas. Si el contribuyente acepta la propuesta de acuerdo del funcionario de apelaciones del FTS, pero el director del equipo de la pertinente la rechaza, el director territorial deberá revisarla o aceptar la propuesta de liquidación en nombre del IRS. En este sentido, si el director territorial está rechaza igualmente la propuesta de acuerdo y no se puede llegar a un acuerdo alternativo aceptable, el asunto se cerrará en el programa FTS como no acordado. Por su parte, si las partes resuelven alguna de las cuestiones controvertidas al término de

la sesión, firmarán el informe de la sesión del FTS reconociendo la aceptación de los términos del acuerdo a efectos de la preparación de los cómputos temporales. En cualquier caso, la firma de las partes en el informe de la sesión del FTS no constituye un acuerdo definitivo, ni supone la renuncia a las restricciones en materia de evaluación, o la terminación de los consentimientos para ampliar los plazos de prescripción, ni el inicio del cómputo de los plazos de prescripción, ni constituye un acuerdo para cerrar el caso. Si procede, el Servicio informará de una propuesta de acuerdo alcanzada como resultado del FTS al *Joint Committee on Taxation* (Comité Conjunto sobre Fiscalidad) (20). Para estos casos, con la aceptación del FTS, el contribuyente reconoce que el Servicio puede reconsiderar una propuesta de acuerdo tras recibir los comentarios sobre la propuesta de acuerdo del Comité Conjunto de Fiscalidad. En consecuencia, si el contribuyente se niega a aceptar cualquier cambio realizado por el Servicio tras la reconsideración, el IRS cerrará el caso sin acuerdo y el obligado tributario conservará todos los derechos habituales para solicitar la consideración por parte de la *Appeals Office* de cualquier cuestión no acordada. Igualmente, si las partes no logran resolver alguna cuestión en el FTS, el contribuyente conserva la opción de solicitar que la cuestión sea examinada a través del proceso tradicional de Apelación.

Por su parte, las comunicaciones realizadas durante las sesiones de FTS son confidenciales y esta confidencialidad afecta tanto a los funcionarios y empleados del servicio, como al contribuyente y a los invitados al proceso (21).

Una vez el acuerdo se ha alcanzado, a menos que haya condiciones específicas que justifiquen su modificación, por ejemplo, una decisión autorizada posterior que altere materialmente sus fundamentos, la base del acuerdo no se modificará después de la firma del informe de la sesión del FTS. Por ello, ningún afectado podrá plantear una nueva cuestión para su consideración por el FTS después de suscripción del informe de la sesión, a menos que ambas partes y el funcionario de apelaciones del FTS estén de acuerdo. Las nuevas cuestiones que no hayan sido aceptadas para su consideración en el marco del FTS podrán seguir siendo planteadas y consideradas fuera del programa FTS.

Así, después de que las partes y el funcionario de apelaciones del FTS firmen el informe de la sesión del FTS en el que se reconocen las bases de la conciliación, el funcionario de apelaciones del FTS redactará el documento de conciliación adecuado para reflejar el tratamiento acordado de la cuestión. Con este objetivo, el funcionario de apelaciones puede utilizar la autoridad delegada de conciliación para celebrar y aprobar cualquier acuerdo de conciliación por vía rápida. Finalmente, si a la conclusión del FTS, quedan una o más cuestiones sin resolver, el funcionario de recursos del FTS enviará una carta tanto al contribuyente como al IRS, en la que se indicará quién ha participado en el programa, se enumerarán las cuestiones sin resolver y se explicará el derecho del contribuyente a recurrir las cuestiones no resueltas.

2. Mediación acelerada en la recaudación, *Fast track mediation collection* (FTMC)

A) Objeto y características

En consonancia con los objetivos del IRS de mejorar el servicio a los obligados tributarios, en junio de 2000, el IRS comenzó a probar los procedimientos de mediación rápida (FTM) para los

contribuyentes que tenían casos en la División de Pequeñas Empresas/Autónomos (SB/SE). En concreto, los participantes en la FTM eran contribuyentes cuyos casos se estaban tramitando en la División de Inspección o de Recaudación, dos de las unidades operativas del servicio. El FTM permitía a los de acelerar la resolución de sus casos a través de la mediación de sus disputas con un mediador de Apelaciones que actuaba como parte neutral. Un bienio más tarde el FTM se implantó en todo el país el 26 de junio de 2002.

No todos los conflictos tributarios pueden ser objeto de mediación acelerada, entre los supuestos que se excluyen encontramos, por diversas razones, los siguientes:

- La evaluación de los riesgos de litigio, que requeriría que el mediador de los recursos mantuviera la autoridad de resolución.
- Casos remitidos al Departamento de Justicia.
- Cuestiones para las que la mediación sería incompatible con la buena administración fiscal.
- Casos en los que el contribuyente no ha respondido a las comunicaciones del IRS o no ha presentado la documentación a Recaudación para su consideración.
- Casos de debido proceso de recaudación.
- Casos del Programa de Apelación de Cobros
- Casos trabajados en un Campus de Recaudación
- Asuntos frívolos.

B) Procedimiento

Como no podía ser de otra forma, la tramitación del procedimiento es bien sencilla. Se inicia a solicitud del interesado cuando no estando de acuerdo con alguna o todas las conclusiones del IRS, requiere un encuentro con el responsable de la persona que emitió las conclusiones. Si sigue sin estar de acuerdo, puede apelar su caso o, en los supuestos en los que se reúnan los requisitos, participar en una mediación. Para ello, para poder acogerse al proceso de mediación, el interesado deberá facilitar al órgano de recaudación toda la documentación que considere oportuna para su caso. Además del contribuyente, la propia Administración tributaria puede iniciar una solicitud de mediación, pero para ello el contribuyente deberá aceptar participar en el proceso y firmar un acuerdo de mediación antes de asistir a la sesión de mediación. Por lo general, en el plazo de una semana tras recibir el acuerdo de mediación firmado, el mediador se pone en contacto con las partes para programarla, explicarles brevemente el proceso y fijar cuándo y dónde celebrar la sesión de mediación.

En todo el proceso participa un funcionario de recursos que, como en el FTS, ha recibido formación en mediación. Su papel es facilitar la comunicación, obtener la información necesaria para entender la naturaleza de la disputa (el objeto de la misma y la posición de las partes al respecto). Para ello se

reunirá tantas veces sea necesaria con las partes por separado y de forma conjunta. El propósito es ayudar a ambas a alcanzar una solución mutuamente satisfactoria que sea compatible con la legislación aplicable. El mediador no tiene autoridad para exigir a ninguna de las partes que acepte ninguna resolución.

Para concurrir a las sesiones, el contribuyente puede hacerlo por sí mismo o a través de una representante, en cuyo caso deberá tener el poder suficiente para tomar la decisión oportuna. Igualmente, las partes pueden llevar a personas de distinta índole que pueden, a modo de peritos, apoyar su posición. En cualquier caso, el mediador de apelaciones puede limitar el número de participantes para facilitar la sesión de mediación.

El mediador de Apelaciones está específicamente formado en técnicas de mediación y es independiente del empleado de Apelaciones que haya instruido el expediente contra el contribuyente

Las partes pueden retirarse del proceso de mediación en cualquier momento y si alguna cuestión queda sin resolver, conservarán todos los derechos de apelación habituales. EL plazo para llegar a un acuerdo entre las partes es breve y puede extenderse de los 3 a los 40 días.

3. Mediación post-apelación, *post appeals mediation* (PAM)

La mediación post apelación (22) es aplicable en aquellos casos en los que las negociaciones ante el *Appeals Office* han fracasado o tienen cuestiones pendientes de resolución. Su objetivo es claro, obtener una resolución en un plazo de 60-90 días desde que se admite la solicitud, lo cual exige, de alguna manera, cierto trabajo cooperativo previo entre Administración y administrado. En esta técnica de ADR aplicada al ámbito tributario, el mediador intenta conciliar posturas pero no dispone de autoridad para imponer un acuerdo, lo que permite a las partes mantener el control total sobre cada decisión que se tome durante el procedimiento y, eventualmente, renunciar a la mediación. Con la PAM, se asigna un mediador capacitado de la Oficina de Apelaciones del IRS para ayudar al contribuyente y a su Oficial de Apelaciones o Funcionario de Liquidación a llegar a un acuerdo sobre la(s) cuestión(es) en disputa. Si el contribuyente estuviera interesado en este tipo de mediación debe enviar a su Oficial de Apelaciones o al Oficial de Liquidación una declaración escrita que contenga una solicitud específica de Mediación Post-Apelación así como una declaración (también escrita) detallando su posición sobre la(s) cuestión(es) en disputa.

El mediador de Apelaciones está específicamente formado en técnicas de mediación y es independiente del empleado de Apelaciones que haya instruido el expediente contra el contribuyente. Su independencia queda acreditada entre otros medios por los propios contribuyentes que optan por el sistema, ya que en las encuestas anuales de satisfacción realizadas anualmente por una empresa no gubernamental, los contribuyentes han dado sistemáticamente a la independencia e imparcialidad del mediador de Apelaciones la calificación más alta de entre todas

las preguntas de la encuesta (23) . Como nota característica del PAM, además del mediador de Apelaciones, el contribuyente puede optar por utilizar un co-mediador no perteneciente al IRS siempre que no tenga un conflicto de intereses oficial, financiero o personal en el supuesto en cuestión, a menos que dicho interés se revele completamente por escrito al contribuyente y al equipo de apelaciones y las partes estén de acuerdo en que el mediador pueda actuar. En el caso de que se opte por un mediador ajeno al servicio, el contribuyente y el director del equipo de apelaciones deben hacer la selección de entre cualquier organización local o nacional que ofrezca una lista de posibles mediadores. En este caso, el contribuyente pagará los gastos asociados al co-mediador no perteneciente al IRS. Los criterios para la selección de un co-mediador no perteneciente al IRS pueden incluir la finalización de la formación en materia de mediación experiencia previa en mediación; un conocimiento sustantivo de la legislación fiscal; o conocimiento de las prácticas del sector.

En cualquiera de los supuestos, sea un mediador del servicio o un co-mediador, para que ninguna de las partes esté en posición de ejercer una influencia indebida sobre el mismo, se prohíben las comunicaciones y contactos no solicitados con el mediador por parte del contribuyente o de los recursos fuera de la sesión de mediación. Esta prohibición se aplica únicamente a los contactos no solicitados con el mediador por una de las partes fuera de la sesión de mediación y garantiza que el mediador no reciba información o pruebas que la otra parte desconozca y no pueda responder o rebatir. Ello no obstante, no se impide que el mediador se ponga en contacto con una parte fuera de la sesión de mediación, o que una parte responda a una pregunta o solicitud planteada por el mediador fuera de la sesión de mediación, siempre que la información proporcionada al mediador se ponga a disposición de ambas partes de manera que ninguna de ellas desconozca o no pueda responder o refutar la información.

Pueden ser objeto de PAM distintas cuestiones, jurídicas y de hecho; cuestiones de cumplimiento coordinado [antes Programa de Especialización en la Industria y cuestiones de coordinación de recursos; cuestiones de remisión anticipada cuando no se llegue a un acuerdo, siempre que cumplan los requisitos para la mediación; cuestiones para las que el contribuyente tiene intención de solicitar la asistencia de la autoridad competente, siempre que el contribuyente no haya presentado aún una solicitud de asistencia de la autoridad competente; intentos infructuosos de llegar a un acuerdo de cierre en virtud del art. 7121 del IRC; y *offers in compromise* y sanciones de recuperación de fondos fiduciarios teniendo en cuenta el Procedimiento de Ingresos 2014-63 (24) .

Por su parte, quedan fuera de su alcance los *offer in compromise* cuya exclusión está delimitada por el propio IRS; los asuntos registrados en cualquier tribunal; cuestiones «whipsaw», aquellos para los cuales la resolución con respecto a una parte podría resultar en un tratamiento inconsistente sin la participación de la otra parte; supuestos que estén inmersos en el procedimiento de recaudación, con excepción de ciertos casos de *offers in compromise* y de sanciones por recuperación de fondos fiduciarios, según lo dispuesto en el referido Procedimiento de Ingresos 2014-63, un procedimiento de ingresos en el que, de forma específica, también se enumeran otras cuestiones fuera del alcance del PAM. Del mismo modo quedan fuera del PAM aquellos casos que ya han sido mediados a través de un programa diferente de resolución alternativa de disputas dentro de la Oficina de Apelaciones;

y, finalmente, aquellos otros en los que el contribuyente no haya actuado de buena fe durante las negociaciones de conciliación (25) .

A pesar de su nombre, este procedimiento de mediación intentará resolver las cuestiones de los mientras se encuentren en la jurisdicción de Apelaciones y sólo después de que las discusiones para llegar a un acuerdo en Apelaciones no hayan tenido éxito y, en general, cuando todas las demás cuestiones se hayan resuelto excepto la(s) cuestión(es) para la(s) que se solicita la mediación. Ninguna de las partes estará obligada por su(s) posición(es) u oferta(s) de conciliación anterior(es) con respecto a la(s) cuestión(es) objeto de la mediación. En cualquier caso, la PAM no es el procedimiento para la presentación y consideración de cualquier cuestión no tratada con anterioridad, esto es, todo fundamento, todo hecho o argumento nuevo debe ser presentado por cualquiera de las partes antes del comienzo de la sesión de mediación. Si cualquiera de las partes intenta presentar nuevos hechos o argumentos una vez iniciada la sesión de mediación, ésta se dará por terminada y los nuevos hechos o argumentos se tratarán a través del proceso regular de Apelación. Por su parte, una vez el caso haya sido cerrado por Apelaciones con la emisión de una Notificación de legal *deficiency*, la emisión de una Notificación de Rechazo de Reclamación Legal o la emisión de cualquier otra carta de cierre bajo los procedimientos de cierre establecidos, el caso ya no está en la jurisdicción de la *Appeals Office* y, en consecuencia, ya no es elegible para los procedimientos de mediación de la Oficina de Apelaciones. En otras palabras, el momento procesal para la acudir a este tipo de mediación es el de *Appeals*, ninguno posterior.

En cuanto a las eventuales limitaciones de mediación por cuantía del objeto del litigio, la norma IRC 6405 obliga a informar al *Joint Committee on Taxation* (JCT) del contenido de determinados acuerdos que se concretan en devoluciones y créditos que superen los 2.000.000 de dólares (5.000.000 de dólares para las empresas). En este sentido, cuando el resultado final de un acuerdo de mediación posterior a la apelación pueda dar lugar a una devolución que cumpla el requisito jurisdiccional y otros criterios, los procedimientos del Comité Mixto deben tenerse en cuenta durante todo el proceso de mediación.

Como vemos, al igual que en los instrumentos ADR hasta ahora expuestos, los beneficios de la conciliación sobre el litigio mediante el PAM incluyen su rapidez, su bajo coste y flexibilidad, el mayor control por las partes, así como la consiguiente reducción de riesgos para ambas.

Si la Oficina de Apelaciones y el contribuyente llegan a un acuerdo sobre algunas o todas las cuestiones a través del proceso de mediación, la *Appeals Office* utilizará los procedimientos de cierre establecidos, incluyendo, en su caso, la preparación del formulario 906, Acuerdo de cierre sobre la determinación final que cubre asuntos específicos. Si, por el contrario, no llegan a un acuerdo sobre una cuestión que se está mediando, la Oficina de Apelaciones no reconsiderará la(s) cuestión(es) mediada(s), y se emitirá una notificación legal de deficiencia con respecto a todas las cuestiones no acordadas, o el caso se procesará utilizando los procedimientos de cierre establecidos si no hay deficiencia. En todo caso, independientemente del resultado y al concluir el proceso de mediación, el mediador preparará un breve informe escrito y presentará una copia a cada parte y al analista.

4. Remisión temprana a la Oficina de Apelaciones (*Early referral to appeals, ER*)

A) Objeto y características

Gracias a este programa (26), los contribuyentes pueden acudir antes de la finalización del procedimiento de inspección o de recaudación a la *Appeals Office* para que ésta inste a formalizar un acuerdo sobre el asunto objeto de conflicto.

Como ha quedado expuesto en párrafos precedentes, el objetivo primordial de la utilización de técnicas ADR por parte del servicio de apelaciones es el de resolver controversias fiscales al nivel más bajo sin sacrificar la calidad e integridad sus actuaciones. En este sentido, dentro de los programas de resolución alternativa de conflictos que se desarrollaron para la consecución de este objetivo, la finalidad primordial de la remisión temprana es que los órganos de inspección/recaudación trabajen simultáneamente con Apelaciones para resolver los casos de manera más expedita.

Para ello, el Programa de ER permite a los contribuyentes sometidos a examen solicitar la transferencia a la Oficina de Apelaciones de una cuestión desarrollada, pero no acordada, mientras las demás cuestiones del caso siguen desarrollándose ante los órganos de aplicación de los tributos (Inspección o Recaudación).

Están legitimados para solicitar el ER tanto el contribuyente como los órganos de inspección o recaudación. Cuando el contribuyente inicia el proceso, debe presentar una solicitud por escrito al Administrador del Equipo del Servicio de Apelaciones. Dado que el proceso de ER es opcional, el Servicio considera que el contribuyente cooperará plenamente y presentará a tiempo la información solicitada. El hecho de que el contribuyente no coopere o no responda a las solicitudes a tiempo es motivo para poner fin a la ER. Hay que tener en cuenta que no hay apelación formal si la solicitud de ER es denegada en su totalidad o en parte.

La solicitud de ER debe identificar al contribuyente y a todas las personas relacionadas con los asuntos litigiosos; indicar cada uno de los periodos impositivos y las cuestiones a las que se refiere la solicitud de ER; describir su posición y proporcionar una breve descripción de los hechos materiales y un análisis fáctico y jurídico de los mismos; así como una sugerencia de aplicación de ER a cada cuestión controvertida.

El contribuyente puede solicitar la remisión anticipada a Apelaciones de cualquier cuestión desarrollada y no acordada que se haya propuesto durante una auditoría, pero el asunto debe seguir siendo competencia de Examen o Recaudación. Los asuntos apropiados para la ER se limitan a aquellos que, si se resuelven, puede esperarse razonablemente que den lugar a una resolución más rápida de todo el caso, por ello tanto el contribuyente como el Servicio de Inspección o Recaudación deben estar de acuerdo en la remisión a Apelación. Normalmente los temas remitidos al ER son cuestiones relacionadas con criterios y métodos contables en los que el IRC y el contribuyente no se ponen de acuerdo. Igualmente, el IR se utiliza en cuestiones relativas al impuesto sobre el trabajo (clasificación de los trabajadores, incluyendo si un trabajador es un empleado o un contratista independiente y si un trabajador es un empleado legal o un no-empleado legal, responsabilidad, u otras cuestiones, incluyendo si ciertos pagos están exceptuados de la definición de «salario», y si

ciertos servicios están exceptuados de la definición de «empleo». También se pueden llevar a ER asuntos incluidos en el ámbito estricto de la recaudación, como los derechos de apelación en materia de cobros, las notificaciones de embargos de impuestos federales, embargos, denegaciones o rescisiones de acuerdos de pago a plazos. Como en otros casos de ADR tributario, también hay asuntos que no pueden ser objeto de remisión temprana, como las cuestiones incluidas en una 30 *days letter* ya emitida; aquellas que no están completamente desarrolladas; aquellas otras que no pueden ser resueltas por Apelaciones antes de que el resto de las cuestiones del caso sean completadas por la Inspección; las designadas por la Oficina del Asesor Jurídico Principal; aquellas en las que las que el contribuyente solicitó o pretende solicitar la asistencia de la Autoridad Competente; o, como en otras ocasiones las que forman parte de una operación de «whipsaw».

B) Procedimiento

Una vez hecha la solicitud, el Gestor de Grupo de Inspección o Recaudación notifica al contribuyente la decisión de aceptar o rechazar una cuestión en la solicitud de ER dentro de los 14 días siguientes a su recepción. El contribuyente no puede recurrir la denegación de la solicitud de ER, pero, sin embargo, puede solicitar una reunión con el gestor de grupo que denegó la solicitud para tratar el tema. Si el gestor de grupo no aprueba la solicitud de ER con respecto a alguna cuestión, el contribuyente conserva el derecho a seguir el procedimiento interponiendo el recurso tradicional para esa cuestión. Tras la recepción de la solicitud, los órganos de inspección o recaudación completan la conocida como Notificación de Ajuste Propuesto, o su equivalente referido como «El Formulario de Notificación» para cada cuestión de ER aprobada. El formulario se envía al contribuyente dentro de los 30 días siguientes a la fecha en que se aceptó la solicitud de ER, y, después de que el contribuyente lo responda se remite a Apelaciones.

El contribuyente debe responder por escrito a cada ajuste propuesto con una explicación de su posición respecto a las cuestiones que suscitan controversia. La respuesta se presenta al Administrador del Grupo en un plazo de 30 días (salvo prórroga) a partir de la fecha de envío del «Formulario de Notificación» al contribuyente. Si no se recibe en ese plazo, la solicitud de RE del contribuyente se considera retirada.

Recibida y aprobada la posibilidad de someter la cuestión a ER, se genera el conocido como «Paquete ER», que debe incluir copias de las partes aplicables de las declaraciones de impuestos y los papeles de trabajo; la solicitud de ER aprobada; el «Formulario de Notificación»; la respuesta escrita del contribuyente; respuesta del IRS respecto a la posición del contribuyente; y, finalmente, una estimación del posible efecto fiscal del ajuste propuesto. Recibido el Paquete ER, se revisa en la Oficina de Apelaciones para ver si está completo y si es admisible. Si se aprueba, el caso se asigna y el «Paquete ER», incluyendo el nombre del Oficial de Apelaciones, se envía a Apoyo de Cuentas y Procesamiento (APS).

Admitido a trámite, cuando se llega a un acuerdo en un asunto de remisión temprana, generalmente se prepara un «Acuerdo de cierre sobre la determinación final» que abarca asuntos específicos y que se utilizar para determinar la corrección del impuesto como un acuerdo parcial antes o de forma coetánea a la resolución de cualquier otro asunto en el caso. Si una cuestión de ER da lugar a un

reembolso o crédito fiscal que requiere un informe al Comité Conjunto de Impuestos, el informe debe incluir una copia del acuerdo de cierre propuesto firmado por el contribuyente, pero no firmado por o en nombre del Comisionado, quien lo firmará tras su revisión por el Comité Mixto. Por el contrario, si las negociaciones de remisión anticipada son infructuosas y no se alcanza un acuerdo, los contribuyentes pueden solicitar la mediación para el asunto, siempre que el asunto de ER cumpla con los requisitos para la mediación. Si no se solicita la mediación, la Oficina de Apelaciones cierra y devuelve el expediente de ER, con una copia del Memorandum del Caso de Apelaciones a los órganos de *Compliance*, bajo cuya jurisdicción queda el asunto. Cabe indicar que la *Appeals Office* no reconsiderará una cuestión de ER no acordada si todo el caso se recurre posteriormente ante este mismo órgano, a menos que haya habido un cambio sustancial en las circunstancias relativas a la cuestión, en cuyo caso sí podrá revisarse. Por su parte, si un contribuyente retira una solicitud de remisión anticipada después de que Apelaciones haya asumido la competencia sobre las cuestiones objeto de conflicto, la retirada se tratará como si no se hubiera alcanzado ningún acuerdo. La solicitud de desistimiento debe comunicarse por escrito al funcionario de recursos asignado a la ER.

Respecto a las cuestiones no tratadas en ER, cuando la Inspección o Recaudación concluyen el examen de las cuestiones no remitidas como parte del proceso de ER, se emite una *30 days letter* con respecto a las mismas incluyendo todas las cuestiones remitidas en el marco del proceso de ER que aún están pendientes. Si las únicas cuestiones no acordadas en el caso en el momento en que se concluye el examen son cuestiones que fueron consideradas por la Oficina de Apelaciones en el marco de la ER, no se emite una carta de 30 días. En su lugar, se emite una *deficiency notice* o una *90 days letter*. Por su parte, si la *Appeals Office* asume el examen de las cuestiones restantes en el caso después de que se emita una *30 days letter*, todas las cuestiones, incluidas las de la ER que siguen abiertas, se examinan de acuerdo con los procedimientos de Apelaciones establecidos de forma tradicional.

5. Proceso de Apelación Rápida (*Rapid Appeals Process, RAP*)

A) Objeto y características

El RAP se introdujo dentro de los mecanismos ADR efectuado por Apelaciones en 2005 y, de manera más uniforme, en 2012. Se trata de una herramienta utilizada para mejorar la eficiencia y la puntualidad de las resoluciones de la Oficina de Apelación utilizando técnicas de mediación. Tiene lugar mientras el caso está en el ámbito competencial de la *Appeals Office* y está diseñado para ser completado en un único encuentro.

Durante la sesión de RAP, las discusiones previas de resolución entre el contribuyente y el examen deben ser presentadas al *Appeals Officer* (AO) para su consideración. Sin embargo, la Oficina de Apelaciones realizará una evaluación independiente de los eventuales riesgos que este procedimiento pueda acarrear y no ejecutará un acuerdo si no entra dentro de sus parámetros o de las directrices de acuerdo establecidas para el asunto. De esta suerte, si el AO no acepta una liquidación propuesta por el contribuyente y la Inspección, explicará por qué no es aceptable para ambas partes.

Existen diferencias entre los procesos RAP y FTS antes analizados:

- En el RAP, el caso es competencia de la Oficina de Apelaciones, y en el FTS lo es de los órganos de Inspección.
- En el RAP, si se determina que un asunto no es de su competencia, los asuntos restantes pueden seguir siendo elegibles para el RAP. En el caso del FTS, si se determina que una cuestión no es elegible, todas las demás cuestiones controvertidas en el caso devienen no elegibles para el FTS.
- La consideración de las cuestiones de hecho y de derecho en el RAP permiten a las partes considerar los riesgos relativos a los hechos, si los hay, que aceptará un tribunal y los riesgos relativos a las ventajas de las diferentes interpretaciones jurídicas posibles de la ley para resolver los litigios.
- El RAP no crea ninguna autoridad especial para la resolución por parte de los funcionarios de apelación.

Según comentábamos la Oficina de Apelaciones gestiona y administra el programa RAP y permite a los contribuyentes y a los órganos de inspección trabajar colaborativamente juntos para acelerar la resolución de cuestiones no acordadas en fase de apelaciones con el objetivo de que sus disputas sean dirimidas con un AO, quien utiliza habilidades y técnicas de mediación para centrar las cuestiones y guiar a las partes para que determinen por sí mismos el resultado de la disputa. En este sentido, está diseñado para reforzar las eficiencias existentes, mejorar la satisfacción de los usuarios, introducir técnicas de mediación para resolver los problemas con mayor rapidez; reducir la carga administrativa para el contribuyente y el IRS, ayudar a la Oficina de Apelaciones a comprender sus posiciones, y, en definitiva, para reducir el tiempo de duración del procedimiento tributario.

La característica de este ADR es su carácter optativo y no elimina ni sustituye las opciones de resolución de conflictos existentes, incluida la oportunidad de ser examinada mediante el proceso tradicional

La celeridad del procedimiento exige que la cuestión no acordada esté totalmente desarrollada y lista para su consideración y resolución inmediatas, lo que requiere que el IRS y el contribuyente ya hayan articulado previamente sus puntos de desacuerdo específicos sobre la cuestión en lid. Para considerar que se ha llegado a este estadio en el desarrollo del conflicto, deben haberse realizado todas las remisiones necesarias, el asesoramiento técnico, el asesoramiento de los abogados, los informes de valoración y la revisión de cualquier otra documentación pertinente.

Si en algún momento el AO determina que el proceso de RAP no facilita la resolución de la cuestión no acordada, el proceso de RAP se da por terminado, y el AO continúa el examen de la cuestión o cuestiones utilizando el proceso de apelación tradicional.

Como características de este ADR podemos indicar que es optativo (tanto el contribuyente como la

Inspección deben estar de acuerdo en participar en el proceso y cualquiera de las partes puede retirarse del mismo en cualquier momento) y que no elimina ni sustituye las opciones de resolución de conflictos existentes, incluida la oportunidad de ser examinada mediante el proceso tradicional.

El RAP está disponible para casi todos los casos analizados por la División de Grandes Empresas e Internacional (27) así como para aquellos relacionados con el Impuesto sobre el Patrimonio y el Impuesto sobre Sucesiones. Sin embargo se excluyen de su tratamiento asuntos constitucionales, asuntos designados para litigio o registrados en cualquier tribunal, aquellos que se estén estudiando para su designación para el litigio, cuestiones para las que un contribuyente solicita el procedimiento de Recursos Simultáneos/Autoridad Competente descrito en la sección 6 del Rev. Proc. 2015-40, cuestiones que forman parte de una operación de whipsaw, o aquellas en las que la mediación no es coherente con la buena administración tributaria, las que estén identificadas en una Notificación del Consejero Jefe, o en un Consejo, como excluidas del RAP.

B) Procedimiento

Como en los mecanismos anteriores el procedimiento es sencillo. Tras la asignación del caso, si todas las partes están de acuerdo, el AO se pone en contacto con el contribuyente y con el director del equipo de inspección para iniciar el proceso de planificación del RAP, envía la carta 5248, «Introducción al proceso de apelación rápida» y procede a documentar la finalización de las acciones en el registro de actividad del caso. Para asegurarse de que el contribuyente y la inspección tienen una comprensión básica del RAP, el AO se pone en contacto con ambas partes para explicar el procedimiento y los beneficios, esboza un plan para asegurarse de que ambas comprenden el alcance de las actuaciones y programa una fecha para una reunión conjunta, limitando, en su caso, el número de participantes en la sesión (28).

El Especialista Técnico de Apelaciones puede actuar como miembro del equipo o consultor y participar en la sesión de RAP con el contribuyente y la Inspección. Si el Especialista Técnico de Apelaciones no forma parte del equipo RAP, la resolución de la cuestión coordinada queda sujeta a la revisión y al acuerdo del Especialista Técnico de Apelaciones (29).

A lo largo del procedimiento son tres los sujetos que participan: la Inspección, el contribuyente (a quien se anima a participar a través de aquellos con poderes suficientes para adoptar decisiones y estar acompañados a sus expertos) y la Oficina de Apelaciones. Entre los miembros de la Inspección que toman parte en el RAP se encuentran el director del equipo, agentes de la Administración tributaria, así como cualquier otra persona que tenga conocimientos y experiencia para contribuir en la resolución del problema. El director del equipo de inspección, en consulta con el AO asignado, determina los miembros de su equipo que van a participar, miembros entre los que también se incluyen a los especialistas técnicos, pues en aquellos casos en los que las cuestiones son específicas del sector o existe un puesto de especialista técnico establecido para la cuestión, se recomienda encarecidamente la participación de los peritos especialistas.

En el RAP, el AO actúa como mediador además de ejercer su función tradicional. En cuanto a la planificación de la sesión RAP comienza cuando el AO, la Inspección y el contribuyente acuerdan participar en una sesión RAP. Cuando se lleve a cabo la sesión, el primero proporcionará a todos los

participantes un orden del día (que podrá ser adaptado a medida que avanza la sesión), indicando, a su vez, la prelación de los temas a discutir y las preguntas para aclarar cada tema. La sesión de RAP está dirigida por la Oficina de Apelaciones, pero las tres partes participan activamente.

El RAP emplea diversas técnicas alternativas de resolución de conflictos para proponer soluciones aplicando un enfoque basado en los intereses para que las partes lleguen a una resolución mutua de los problemas durante la sesión. Tras una sesión inicial conjunta, el *Appeals Office* puede llevar a cabo toda la sesión de RAP de forma conjunta, o reunirse con las partes por separado. Si después de un tiempo razonable, es evidente que no se obtendrán más beneficios del proceso, cualquiera de las partes puede dar por terminado el proceso de forma conjunta o por separado. Si se llega a un acuerdo en la sesión de RAP, la Oficina de Apelaciones proporcionará una copia del Cronograma de Ajustes con las bases del acuerdo y todas las partes firmarán el Programa de Ajustes para indicar su conformidad con el acuerdo alcanzado durante el RAP. Igualmente el AO puede hacer un seguimiento con un breve Memorando de Entendimiento para que las partes lo reconozcan, o que las partes proporcionen una carta o un correo electrónico confirmando la naturaleza del acuerdo. Dado que el caso se encuentra en la jurisdicción del *Appeals Office*, se aplican los procedimientos normales de cierre de Apelaciones, incluidos los relativos a la revisión del Comité Conjunto. Si, finalmente, el caso no se resuelve utilizando el RAP, el contribuyente tiene derecho a la consideración tradicional de Apelaciones en todas las cuestiones restantes no acordadas. Igualmente, el AO que facilitó el RAP también considerará la apelación tradicional de las cuestiones no acordadas.

6. Conclusiones previas

La mediación como técnica ADR está fuertemente arraigada en la cultura tributaria del norteamericano medio y, por ende, del propio IRS, donde, además de impulsarse el trabajo cooperativo entre contribuyente y órganos de aplicación de los tributos, el *Appeals Office* desarrolla, desde hace lustros, distintos programas de mediación con diferente alcance en función de los tributos y tipo de sujetos afectados. Existen, en todos ellos, una serie de notas comunes como son su voluntariedad, su flexibilidad, celeridad, bajo coste y la posibilidad que existe de renunciar a su continuidad en cualquier momento del procedimiento.

Es destacable que el IRS, a través del *Appeals Office*, cuente con tributaristas que, a su vez, son especialistas en mediación por formación y por bagaje profesional (30). Igualmente, desde un punto de vista continental, llaman la atención las reiteradas oportunidades que se dan a los lugares de encuentro entre Administración y administrados, para llegar a acuerdos que solventen las controversias que eventualmente surjan en el camino. Si en Europa todos los caminos conducen a Roma, parece que en el *Far West* todos los caminos conducen a la mediación y a evitar que el conflicto llegue a un ámbito judicial. Veamos, en cualquier caso, cómo incluso llegando al contencioso, no se renuncia a las técnicas ADR para solventar los litigios tributarios que se encuentren en sede judicial, centrándonos, por su importancia, en la figura del arbitraje dentro de los *settlement procedures* del *Tax Court* o Tribunal Fiscal.

III. ARBITRAJE DENTRO DE LOS SETTLEMENT PROCEDURES DEL TAX COURT LITIGATION (31)

1. Experiencias previas en el ámbito del arbitraje tributario en el seno del *Appeals Office*

Además de los mencionados mecanismos ADR, en 2000 el IRS estableció (32), por dos años, un programa de arbitraje de apelaciones a través del cual, tanto el contribuyente, como el propio IRS, podían solicitar conjuntamente un arbitraje vinculante sobre cualquier asunto que quedara sin resolver al concluir los procedimientos de apelación o en un *closing agreement*. El programa piloto se amplió por un año más en 2002. Casi un lustro después de que fuera introducido, el 30 de octubre de 2006, el IRS publicó el *Revenue Procedure 2006-44, 2006-2 CB 800* (33), que estableció formalmente el programa de arbitraje de apelaciones, no como experiencia piloto, sino con voluntad de permanencia. Bajo este procedimiento, el arbitraje estuvo disponible en sede administrativa para conflictos relacionados con un número limitado de cuestiones fácticas que permanecieran sin resolver en las fases anteriormente mencionadas. Dos años más tarde, en 2008, el IRS implantó otro proyecto piloto para extender el arbitraje a ciertos supuestos en el procedimiento de recaudación. Bajo este nuevo programa, los contribuyentes de determinadas ciudades podían hacer uso de este mecanismo ADR para resolver problemas con algunas *offers in compromise* y *Trust Fund Recovery Penalties* (multas de recuperación de fondos fiduciarios).

En el procedimiento arbitral establecido, cualquiera de las partes, el contribuyente o el IRS (representado por el *Appeals Office*), podía solicitar el arbitraje, se trataba de un arbitraje voluntario y, al estar circunscrito en la Oficina de Apelaciones, de un arbitraje intra-administrativo que, a grandes rasgos, en cuanto a su mecánica, compartía lo que luego veremos en relación con el arbitraje dentro de los *settlement procedures* del *Tax Court*, gracias a que indirectamente también le era de aplicación su norma 124. En el caso de que la solicitud viniera del primero, la *Appeals Office* podía denegarlo. De admitirlo debía firmarse, como paso previo, un acuerdo de sometimiento a arbitraje, con indicación de los participantes (abogados, testigos, peritos...) en el proceso tras cuya firma la «vista» debía celebrarse antes del transcurso de 90 días. Los interesados podían modificar la lista de participantes inicial con antelación a la celebración de la vista, y se les permitía designar un observador del proceso (34). Las partes, de mutuo acuerdo, podían seleccionar un árbitro del *Appeals Office* o de cualquier organización local o nacional que proporcionara una lista de personas neutrales (35). En el primer caso, el árbitro debía ser un *appeals officer* de una oficina distinta a aquella que estudió el procedimiento en inicio; en el segundo, las partes corrían con los gastos de sus honorarios. En ambos supuestos los criterios para seleccionar los árbitros eran, entre otros, su capacitación en arbitraje, experiencia previa en el mismo, conocimiento de la legislación fiscal y las prácticas económicas y que no tuviera ningún conflicto de intereses.

Cada parte preparaba un resumen de su posición para que lo considerara el árbitro enviándoselo al Administrador, a más tardar, treinta días antes de la sesión de arbitraje programada. El árbitro debía fijarse únicamente en los fundamentos de derecho u orientación legal que le hubieran sido identificados. El proceso de arbitraje era confidencial y con el *arbitration agreement* las partes acordaban que no habría comunicaciones *ex parte* con el árbitro, cualquiera de sus agentes o los participantes en el proceso fuera de la sesión. De mutuo acuerdo, las partes podían retirarse del proceso de arbitraje para llegar a un acuerdo final de apelaciones (*final appeals agreement*) en cualquier momento antes de la fecha de la sesión de arbitraje.

En principio, el árbitro debía preparar un informe escrito con copia al Administrador, a lo sumo treinta días después de la finalización de las sesiones. Debido a que el árbitro se tenía que limitar únicamente a la tarea de fijar los hechos, el informe no debía proporcionar ninguna decisión o razonamiento que representara una interpretación de la ley. La decisión del árbitro era inapelable, no se podía impugnar en ningún procedimiento judicial ante los tribunales que normalmente conocen de recursos contencioso-tributarios en primera instancia. Finalmente, una vez que el árbitro tomara una decisión sobre todos o algunos asuntos a través del arbitraje, la *Appeals Office* utilizaría los procedimientos establecidos para cerrar el caso, incluyendo preparación de un *specific matters closing agreement*, un acuerdo de cierre de asuntos específicos.

Como podemos observar, si bien el procedimiento arbitral descrito poseía características que, en principio, podían hacerlo atractivo (36), lo cierto es que también gozaba de ciertas particularidades que lo hacían «poco agradable» para el contribuyente, principalmente el hecho de que la *Appeals Office* adoptara la posición del IRS, es decir, se convirtiera en la parte contrincante, siendo además que el árbitro (salvo acuerdo en contrario para que fuera una persona externa al *Internal Revenue Service*) pertenecía a ese cuerpo (aunque fuera de otro distrito). Tal vez, por ello, el programa instaurado en 2006 y desarrollado en 2008 tuvo poco impacto práctico. Durante el período de 14 años en el que estuvo disponible, desde la prueba establecida en 2000, solo dos casos se resolvieron mediante arbitraje de apelación (*appeals arbitration*). En consecuencia, y siguiendo el pragmatismo propio de las jurisdicciones anglosajonas, en septiembre de 2015, el IRS aprueba la *Revenue Procedure 2015-44* (37) que elimina el arbitraje de apelaciones, lo que nos hace cuestionarnos si el ejemplo norteamericano sirve de paradigma a imitar, pues invita a los contribuyentes a solicitar, preferiblemente, la mediación en los términos descritos en el epígrafe precedente (38).

2. La jurisdicción tributaria en el sistema judicial norteamericano

La supresión del *appeals arbitration* no ha implicado, empero, la eliminación del arbitraje como medio para resolver disputas tributarias entre la Administración y el contribuyente. Como no podía ser de otra forma, en una jurisdicción como la norteamericana, cuna del ADR, la cultura de la transacción está también arraigada en lo contencioso, incluso, cuando el objeto de litigio es materia tributaria. Como adelantábamos en epígrafes precedentes, una vez se termina el procedimiento tributario (el procedimiento inspector, pero, principalmente, la revisión realizada ante la *Appeals Office*), el contribuyente tiene la opción de recurrir en primera instancia al *Tax Court* (39), o Tribunal Tributario, aunque también puede hacerlo de forma alternativa ante los *District Courts* (Tribunales de Distrito) o ante el *United States Court of Federal Claims* (Tribunal Federal de Reclamaciones).

El primero de ellos, el *Tax Court*, es un tribunal especializado en el ámbito tributario. Si el contribuyente opta por acudir a él (como cerca del 90% de los obligados tributarios que deciden ir al contencioso para resolver su conflicto), no está obligado a abonar el importe de la liquidación que pretende contrariar hasta que el litigio se resuelva. Sus miembros son elegidos entre especialistas de la materia por periodos de 15 años y designados directamente por el Presidente de Estados Unidos. Sus decisiones pueden revertir dos formas, pueden ser sentencias (las que refieren nuevas cuestiones no dirimidas previamente por el tribunal) o memorándums (cuando refieren pequeñas variaciones

fácticas sobre cuestiones jurídicas previamente dirimidas). Cuando el montante de la deuda objeto de litigio no excede de 50.000 dólares y el tribunal no se oponga a la petición del contribuyente, la tramitación puede ser simplificada, es informal (el obligado tributario no requiere de representación por especialista) y flexible y la decisión del juez no puede ser objeto de recurso.

En cuanto a los *District Courts*, también pueden conocer en primera instancia conflictos tributarios, pero, para ello, el contribuyente deberá proceder al pago de la cantidad requerida como paso previo al recurso. Este segundo tipo de tribunal no es especialista, además de temas tributarios conoce también de asuntos penales y civiles. Para suplir esa falta de conocimientos técnicos específicos en lugar de un juez las decisiones se adoptan por un tribunal compuesto por dos jueces. En cualquier caso si el contribuyente lo solicita las cuestiones de hecho pueden ser dirimidas por un jurado. Sus decisiones tienen el mismo valor que las adoptadas por el *Tax Court*.

Por último, también puede conocer litigios tributarios en primera instancia el *United States Court of Federal Claims*. Al igual que en el caso anterior, el contribuyente que desee recurrir la liquidación pertinente debe abonar previamente su importe, pero a diferencia de lo que ocurre en los *District Courts* las cuestiones de hecho no pueden ser decididas por un jurado. Cualquiera que sea el tribunal que ha conocido del conflicto en primera instancia, existe siempre la posibilidad de recurrir la decisión adoptada para que una segunda instancia resuelva sobre las cuestiones de derecho (40). Pues bien, la *Tax Court Rule 124* (41) introduce la posibilidad de acudir al arbitraje incluso cuando el asunto se encuentra ya en sede judicial. Así, las partes pueden proponer que cualquier cuestión de hecho en controversia se resuelva mediante arbitraje vinculante. La moción puede presentarse antes del juicio o en cualquier momento después de que el caso esté en discusión. Tras la presentación de la moción, el juez superior asignará el caso a un juez o a un *special trial judge* (42) para que resuelva la moción y supervise cualquier arbitraje posterior. El uso del procedimiento, en los casos apropiados, puede resultar en un aprovechamiento más eficiente de los recursos judiciales y del Servicio, y ayudar a reducir la carga de trabajo del Tribunal Fiscal. En este sentido, se cumple con el mandato de la Orden Ejecutiva 12988 sobre Reforma de la Justicia Civil, que fomenta el uso de todas las técnicas alternativas de resolución de disputas, incluido el arbitraje vinculante, antes de utilizar cualquier procedimiento judicial formal (43). Lo que se pretende es evitar ir a juicio y tratar de negociar un acuerdo, *settlement*, antes de que llegue a ese punto, de ahí que ubiquemos este arbitraje dentro de los *settlement procedures* del *Tax Court*.

Comoquiera que en la actualidad el único arbitraje tributario existente en la materia es en sede judicial en esos procedimientos en los que se pretende llegar a un acuerdo, en las siguientes líneas nos centraremos en analizar sus características obviando las referidas al derogado *appeals arbitration*.

3. Naturaleza y características del arbitraje dentro de los *settlement procedures*

A) Litigios objeto de resolución

En esta tesitura, la posibilidad de utilizar el arbitraje como medio para solventar los conflictos suscitados entre el IRS y el contribuyente no se extiende a todos los supuestos. La regla 124 los limita a aquellos que involucren cuestiones fácticas como la valoración, la compensación razonable o la

asignación de ingresos y deducciones entre contribuyentes (regulada en el IRC § 482). Se entiende, así, que el arbitraje puede ser apropiado si el caso involucra únicamente una cuestión de hecho o múltiples cuestiones en las que el estudio de la cuestión de hecho se puede escindir, de forma que el arbitraje verse exclusivamente sobre ella y el procedimiento judicial avance con el resto de la disputa.

El IRS explicita en su IRM (44) que el arbitraje no es apropiado para casos que involucren la justificación de gastos regulados en el IRC §162 y § 274, esto es, para dirimir conflictos sobre gastos comerciales (*trade and business expenses*) o gastos relacionados con el entretenimiento, liberalidades,... Además, señala que el uso del procedimiento de arbitraje puede no ser apropiado, por ejemplo, si un acuerdo parece inminente, ya se han consumido recursos sustanciales para la preparación del juicio, o se ha tomado la decisión de que el Servicio debe litigar el caso debido a su importancia. Igualmente, hay que tener en cuenta que el IRC § 572.2 limita la utilización de cualquier medio ADR en supuestos relacionados con políticas gubernamentales esenciales, aquellos que puedan afectar a terceros que no son parte del proceso...

B) Composición del tribunal arbitral

Las partes podrán designar un árbitro (§577 IRC) de una lista (*roster*) de personas neutrales de acuerdo con lo dispuesto en el artículo § 573 IRC (45). Por neutral, debemos entender a aquella persona que, con respecto a un tema en controversia, funciona específicamente para ayudar a las partes a resolver el conflicto, y puede ser bien un funcionario o empleado permanente o temporal del Gobierno Federal (46), u otra persona que sea aceptable para las partes en un procedimiento de resolución de disputas. Esta última opción será usualmente la más elegida, lo cual no quiere decir que no puedan elegirse como árbitros antiguos trabajadores del IRS, magistrados jubilados...

Lo preceptivo, en cualquier caso, es que la persona designada tenga unos requisitos previos de honorabilidad y conocimientos técnicos acordes con lo específico de la materia tributaria y que, en ningún caso, tenga conflicto de interés alguno con las partes, a menos que dicho interés sea completamente revelado por escrito a las mismas y acuerden que puede actuar. Por ello, las calificaciones del árbitro y el sesgo potencial a favor del contribuyente deben explorarse a fondo antes de su contratación.

Las partes deben estipular un procedimiento para la selección conjunta del árbitro y cada una de ellas acordará pagar la mitad de su compensación, gastos, honorarios y los costos relacionados. Igualmente, se estipularán una serie de limitaciones con respecto a la actuación del árbitro con el objeto de enfocar su tarea en la fijación de los hechos relevantes en un cuerpo de información previamente señalado; preservar la integridad de su trabajo; y controlar y minimizar el contacto innecesario con el *Tax Court* o las partes, al menos, hasta que haya redactado o presentado las determinaciones de hecho (47). Por ello, también debieran especificar las condiciones bajo las cuales pueden contactar al árbitro, así como las condiciones bajo las cuales el árbitro puede contactar con las partes o al tribunal para obtener alguna aclaración.

En este contexto, las funciones del árbitro son regular el curso y conducir las audiencias arbitrales; administrar la formulación de juramentos y declaraciones; obligar la asistencia de testigos y la

presentación pruebas en la audiencia; y, obviamente resolver la disputa mediante un laudo.

C) Características

De lo hasta ahora expuesto podemos inferir que el arbitraje tributario jurisdiccional en el ordenamiento americano, a pesar de circunscribirse «dentro» de la *Tax Court*, no está institucionalizado, no existe una suerte de «tribunal arbitral» estable que solvente los conflictos que se le presentan. Precisamente por ello, y gracias a la tradición anglosajona en materia de ADR, hacen que el proceso *tax arbitration* sea mucho más «libre» y que esté sujeto, con los límites expuestos en cuanto al objeto del litigio, a las estipulaciones acordadas por las partes. Como se ha podido inferir, el arbitraje en los *settlement procedures* es voluntario pero vinculante: las partes deciden someterse a los designios del árbitro, sin que sea posible apartarse, después, de la decisión adoptada, es decir, el laudo tiene efectos de cosa juzgada.

A diferencia de lo que ocurre con otros arbitrajes tributarios en el ámbito internacional, como el realizado por las comisiones mixtas en Francia (48), el arbitraje que ahora nos ocupa no es gratuito, es más, en ocasiones, puede resultar bastante oneroso, dado el carácter eminentemente técnico de quienes lo conducen y en él participan, lo que ha propiciado que exista toda una «industria» que ofrece todo tipo de servicios arbitrales en cualquier ámbito, también el tributario.

Otra característica significativa es que, en consonancia con la cultura anglosajona, el arbitraje puede ser, tanto de derecho, como de equidad, algo como hemos visto proscrito en el arbitraje portugués. Además, y puesto que este tipo de arbitraje se da, según comentábamos, de forma paralela a la vía judicial, puede examinar el objeto de litigio en su totalidad, o sólo en aquellas partes que acuerden los interesados y que deberán ser luego tenidas en cuenta por los jueces del *Tax Court* a la hora de dictar sentencia. En este sentido, hay que subrayar que el hecho de que se trate de un arbitraje no institucionalizado no significa que no deba desarrollarse bajo la supervisión de la *Tax Court*, que será quien, a la postre, oficialice el laudo (49).

4. Funcionamiento del arbitraje dentro de los *settlement procedures*

El que se trate de un arbitraje no institucionalizado, y que las partes sometan los cauces de la actuación de árbitro a las estipulaciones previas, hace que no podamos dar más que unas pinceladas genéricas del procedimiento arbitral, pues, serán esas estipulaciones las que marquen la actividad del árbitro en cuanto al concreto objeto del litigio, al camino a seguir en la audiencia de las partes, testigos, práctica de la prueba, plazos...

De igual modo, las estipulaciones normalmente deberían, también, reflejar que el árbitro no está autorizado a realizar conclusiones o proporcionar un razonamiento que represente una interpretación de la ley, pues, como adelantábamos, su cometido se limita a la tarea de encontrar hechos (50). Igualmente, cualquier orientación legal aplicable debe estipularse de antemano, o en casos extraordinarios, cuando alguna orientación se haya pasado por alto o no se haya contemplado de antemano, las partes pueden, previo acuerdo, estipular la provisión de orientación legal adicional al árbitro y la manera en que ésta se le comunicará. Finalmente, la estipulación también puede indicar el tratamiento fiscal de las conclusiones del árbitro o aclarar cualquier problema que pueda

surgir al calcular la deficiencia resultante de la determinación de hechos formulada por el árbitro.

En este contexto, cuando el conflicto llega al contencioso, si las partes desean someter una cuestión fáctica a arbitraje, el abogado debe presentar primero una solicitud para la contratación de un árbitro por memorando al Asesor Jurídico de Área (*Area Counsel*). Una vez aprobada la solicitud, puede preparar una moción conjunta para resolver el problema o los problemas a través de arbitraje obligatorio voluntario. La moción debe ir acompañada de las estipulaciones a las que venimos haciendo referencia, aquellas por las que se registrará el procedimiento arbitral, el objeto del litigio (51) y la selección del árbitro.

Tras la selección del árbitro, las partes notificarán al Tribunal la identidad del árbitro complementando la estipulación, de forma que esta nueva estipulación suplementaria incluirá el nombre, la dirección y el número de teléfono del árbitro, para que el *Tax Court* pueda emitir una orden apropiada bajo la antes referida Regla 124. Una vez se han acordado las estipulaciones, las partes presentarán una moción conjunta solicitando al Tribunal Fiscal de los Estados Unidos que emita una orden obligando a las partes proceder bajo los términos de estas estipulaciones (52).

Con ello, tras el desarrollo del procedimiento arbitral en los términos recogidos de forma particular en cada caso, una vez el árbitro haya emitido un laudo, las partes informarán, sin demora, al *Tax Court* sobre las conclusiones realizadas por el árbitro y adjuntarán al informe cualquier dossier escrito o resumen que haya preparado. Tras ello, el juez supervisor del caso legalizará el laudo, dando por cerrado el conflicto en los términos estipulados por las partes y concluidos por el árbitro.

5. Conclusiones previas

Pese a que el *appeals arbitration* fue suprimido de entre los mecanismos ADR ofrecidos por el *Appeals Office*, el arbitraje no ha dejado de estar presente en la resolución de conflictos tributarios. En efecto, aunque no existe un arbitraje institucionalizado en el ámbito tributario creado *ad hoc* para solventar conflictos de esta índole (53), lo cierto es que el pragmatismo anglosajón a la hora de resolver conflictos permite que, incluso en sede judicial, el *Tax Court* contemple este instrumento heterocompositivo en términos que permiten, sobre todo, ahorrar los elevados costes que implica el acceso a los tribunales en el ordenamiento jurídico norteamericano, y ello aunque el propio procedimiento pueda llegar a ser bastante oneroso.

Por otro lado, la existencia de una Corte Fiscal compuesta por magistrados expertos en la materia permite señalar que el *tax arbitration* no asegura por parte de los árbitros una *expertise* diferente a la que puedan aportar aquellos, aunque sí cierta especialización en determinadas cuestiones cuyo conocimiento técnico preciso puede serles ajeno, lo cual puede ser otra de las razones que decanten la balanza a favor de este tipo de ADR.

IV. CONCLUSIONES FINALES

En el *Far West*, el autoproclamado juez Roy Bean se hacía llamar la «ley al Oeste del Pecos». El imaginario popular lo ha retratado como un personaje que hacía un uso espurio de esa ley para

utilizarla en beneficio propio, pues sus formas de administrar justicia eran, según se perfila en *Lucky Luke* y *el Juez*, cuando menos, cómicas o extravagantes. Existe, sin embargo, una parte positiva en esa extravagancia, la originalidad y la utilización imaginativa del ordenamiento para solventar conflictos, clara muestra del talante pragmático anglosajón.

Este pragmatismo se extiende a todas las ramas del derecho y a cualquier situación en la que pueda florecer un conflicto, cualquiera que sea su naturaleza. En el ámbito tributario se materializa en una clara cultura cooperativa entre Administración (IRS) y administrado que busca lugares de encuentro para solventar desencuentros, conflictos tributarios cualquiera que sea su origen, alcance o cuantía. Como hemos podido observar, el ordenamiento tributario norteamericano ofrece múltiples oportunidades para llegar al acuerdo, incluso en aquellos supuestos en los que ese desencuentro se haya materializado en distintas instancias, en los procedimientos de aplicación de los tributos, en la Oficina de Apelaciones o en una fase ulterior, en sede jurisdiccional.

De entre los mecanismos ADR introducidos por el IRS, la mediación se ha demostrado como el instrumento más efectivo. La desaparición del *appeals arbitration*, y el coste del *tax court arbitration* (ya en la fase contenciosa) ensalzan el valor y utilidad de un instrumento que además de gratuito, opcional y flexible, reduce ostensiblemente los plazos en la resolución de los conflictos que se hayan podido suscitar. La adopción de sucesivos programas de mediación en el *Appeals Office* pone de manifiesto su efectividad desde un punto de vista práctico, así como la implantación de una filosofía colaborativa en la propia Administración tributaria, una IRS que se ha preocupado por formar a sus técnicos en herramientas de resolución de conflictos y por llegar a acuerdos con unos contribuyentes dentro de unos procedimientos tributarios con una clara tendencia conciliadora.

Al igual que en Estados Unidos, la Ley General Tributaria (LGT) de 2003 generalizó en el ordenamiento patrio un modelo de gestión en el que la cuantía de las obligaciones tributarias, en la mayoría de los impuestos, es determinada a través de una autoliquidación. Esta circunstancia exige que sea el propio obligado tributario quien interprete y aplique la norma requeriría una Administración tributaria no solo más colaborativa en las labores de información y asistencia que le son consustanciales sino, también, en la función de control que le es impuesta en la propia LGT. Cuando esta función de control, principalmente mediante los órganos de inspección, o de forma extensiva, cuando cualquier procedimiento de aplicación de tributos (también el procedimiento de gestión o el de recaudación) genere controversias entre Administración tributaria y administrado, el trabajo colaborativo entre las partes se ha demostrado como fundamental en la conclusión de esos desencuentros. Nuestra LGT ya contempla algunas técnicas de ADR en la resolución de conflictos; la tasación pericial contradictoria, las actas con acuerdo, los acuerdos previos de valoración... son clara muestra de ello. Sin embargo queda aún mucho camino por recorrer. El ordenamiento tributario estadounidense da claros ejemplos de cómo los mecanismos de resolución alternativa de conflictos introducidos en la aplicación de los tributos, tanto en fase administrativa como en la contenciosa, reducen ostensiblemente el número de casos con contenido tributario que llega a los tribunales. Por el contrario, en nuestro país, las cifras recogidas por las últimas Memorias de los Tribunales Económico Administrativos (54) nos indican justo lo contrario: un incremento de la litigiosidad en la materia, lo cual nos obliga, como al Juez Bean, a ser creativos y a buscar fórmulas que coadyuven en

la consecución de una reducción de esa conflictividad en el ámbito tributario. La utilización de la mediación en sede administrativa y del arbitraje en una fase ulterior son, en este sentido, las enseñanzas que debiéramos extraer del ejemplo norteamericano (55) .

BIBLIOGRAFÍA

- ALFORD, H.J., KAUFMAN, K.C., «Alternative Dispute Resolution: what is it?», *Federation of Insurance and Corporate Counsel Quarterly*, N.º Verano 1999.
- ANDRÉS AUCEJO, E., «La jurisdicción fiscal norteamericana» en ALONSO GONZÁLEZ, L.M. y ANDRÉS AUCEJO, E. (Dirs.), *Resolución alternativa de conflictos (ADR) en Derecho Tributario comparado*, Marcial Pons, Barcelona, 2017, pp. 350 ss.
- CLOKE, K., *Mediation. Revenge and the magic of forgiveness*, Santa Monica Center for Dispute Resolution, EEUU, 1994.
- FORMAN J.B. y MANN R.F., «Making the Internal Revenue Service Work», *Florida Tax Review*, Vol. 17, N.º 10, 2015, pp. 725-815.
- GOLDBERG, S.B., GREEN, E.D., SANDER, F.E.A., *Dispute Resolution*, Little Brown and Company, Boston, 1985.
- JONE, M., «The Internal Revenue Service's Future State initiative and its impact on the tax dispute resolution system of the United States: a dispute systems design perspective», *eJournal of Tax Research*, vol. 16, n.º 3, 2019, pp.824-851.
- JONES K.C., CULLINAM, C.A. y DEPEW, J.M., «Practice Notice: Post Appeal Mediation», *Tax Executive*, n.º 64, 2012, pp. 311 ss.
- LANCKEN, S., «Out of court: a guide to Alternative Dispute Resolution», *Australian accountant*, N.º abril. 1996.
- LEVIN-EPSTEIN, PAWLOW, J., BREEN, J. & ABNEY, G., «The Evolving Dynamic in IRS Appeals: There's a Blurring of the Lines between Exam and Appeals», *Tax Executive*, N.º 72, 2020, pp. 46 ss.
- MACKIE, K.J., «Alternative Dispute Resolution: an emerging international business practice», *Business Ethics*, N.º 3, 1996.
- MATHEWS, G.P. «Using Negotiation, Mediation, and Arbitration to Resolve IRS-Taxpayer Disputes», *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, n.º 19, 2004.
- MUSTILL, L., «Judicial processes and Alternative Dispute Resolution», *Israel Law Review*, n.º 3-4, 1996.
- MOSE, D., KLEINER, B.H., «The emergence of Alternative Dispute Resolution in Business today»,

Equal Opportunities International, nº 5-6, 1999.

PALOU LOVERDOS, J., «Alternativas a la resolución judicial de los conflictos existentes en el ámbito de las organizaciones», *Anuario de justicia alternativa*, nº 4, 2003, pp. 251-265.

PARSLY D., «The Internal Revenue Service and Alternative dispute resolution: Moving from infancy To legitimacy», *Cardozo Journal of Conflict Resolution*, nº 8.2, 2007, pp. 677-716.

SABATINO, J.M. «ADR as "Litigation lite": procedural and evidentiary norms embedded within Alternative Dispute Resolution», *Emory Law Journal*, vol. 47, 1998.

SHEROWSKI, E., «Hot coffee, cold cash: making the most of Alternative Dispute Resolution in high-stakes personal injury lawsuits», *Ohio State Journal On Dispute Resolution*, vol. 11, 1996.

SUBERBIOLA GARBIZU, I. (2021) «Asterix, el caldero y el consejo de la aldea, o sobre el ejemplo galo de las comisiones mixtas como fórmula arbitral de resolución de conflictos tributarios», *LA LEY: MEDIACIÓN Y ARBITRAJE*, nº 5, 2021.

VINYAMATA CAMP, E., *Guerra y paz en el trabajo. Conflictos y conflictología en las organizaciones*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

WARMBROD, M.L., «Could an attorney face disciplinary actions or even legal malpractice liability for failure to inform clients of Alternative Dispute Resolution?», *Cumberland Law Review*, vol. 27, 1997.

.....

(1) *Vid.* el estudio de estos elementos realizado por J.M. Sabatino (1998), «ADR as "Litigation lite": procedural and evidentiary norms embedded within Alternative Dispute Resolution», *Emory Law Journal*, vol. 47.

[Ver Texto](#)

(2) Sobre el mini-trial, L. Mustill (1996), «Judicial processes and Alternative Dispute Resolution», *Israel Law Review*, N.º 3-4 y K.J. Mackie (1996), «Alternative Dispute Resolution: an emerging international business practice», *Business Ethics*, N.º 3. En relación al summary jury trial, destacando que los elevados costes de esta técnica, y lo complicado de su infraestructura hacen que únicamente se utilice para solventar conflictos cuyo periplo judicial se antoja excesivamente largo y gravoso, E. Sherowski (1996), «Hot coffee, cold cash: making the most of Alternative Dispute Resolution in high-stakes personal injury lawsuits», *Ohio State Journal On Dispute Resolution*, vol. 11.

[Ver Texto](#)

(3) De forma parecida a los *tatsächliche Verständigung* de Alemania.

[Ver Texto](#)

- (4) Nos referimos a diversas aplicaciones de una figura clásica, cuyo origen se encuentra en el defensor del pueblo sueco («justitieombudsmän») y cuya configuración y funcionamiento en aplicación a distintas ramas del Derecho, diferentes a la relación entre la Administración y el Administrado, ha sido objeto de análisis por S.B. Goldberg, E.D. Green y F.E.A. Sander (1985), *Dispute Resolution*, Little, Brown and Company, Boston, pp. 9 y 10, remarcando que envuelve mediación e investigación, K. Cloke (1994), *Mediation. Revenge and the magic of forgiveness*, Santa Monica Center for Dispute Resolution, EEUU, p. 41 y S. Lancken (1996), «Out of court: a guide to Alternative Dispute Resolution», *Australian accountant*, N.º abril. En el mismo sentido, J. Palou Loverdos (2004), «Alternativas a la resolución judicial de los conflictos existentes en el ámbito de las organizaciones», E. Vinyamata Camp, *Guerra y paz en el trabajo. Conflictos y conflictología en las organizaciones*, Tirant lo Blanch, Valencia, p. 213.

En este sentido, M.L. Warmbrod (1997), «Could an attorney face disciplinary actions or even legal malpractice liability for failure to inform clients of Alternative Dispute Resolution?», *Cumberland Law Review*, vol. 27, D. Mose y B.H. Kleiner (1999), «The emergence of Alternative Dispute Resolution in Business today», *Equal Opportunities International*, N.º 5-6, y H.J. Alford y K.C. Kaufman (1999), «Alternative Dispute Resolution: what is it?», *Federation of Insurance and Corporate Counsel Quarterly*, N.º Verano.

Ver Texto

- (5) En este sentido, M.L. Warmbrod (1997), «Could an attorney face disciplinary actions or even legal malpractice liability for failure to inform clients of Alternative Dispute Resolution?», *Cumberland Law Review*, vol. 27, D. Mose y B.H. Kleiner (1999), «The emergence of Alternative Dispute Resolution in Business today», *Equal Opportunities International*, N.º 5-6, y H.J. Alford y K.C. Kaufman (1999), «Alternative Dispute Resolution: what is it?», *Federation of Insurance and Corporate Counsel Quarterly*, N.º Verano.

Ver Texto

- (6) La obligación se considera cumplida cuando la declaración se envió utilizando el formulario correcto antes de la fecha límite para su presentación conteniendo la información suficiente para el cálculo del importe a abonar al erario público.

Ver Texto

- (7) Disponible en su versión castellana en <https://www.irs.gov/es/taxpayer-bill-of-rights>.

Ver Texto

- (8) Disponible también en <https://www.irs.gov/privacy-disclosure/tax-code-regulations-and-official-guidance#irc>.

Ver Texto

- (9) Se trata de una especie de guías en las que se señalan los criterios de aplicación de las normas tributarias a un problema de hecho o a un supuesto hipotético. *Vid.* como ejemplo los recogidos en <https://www.irs.gov/retirement-plans/revenue-rulings>.

Ver Texto

(10) Para una visión esquemática del desarrollo de este procedimiento *vid.* https://www.irs.gov/pub/irs-tege/eo_ocep_examination_flow_chart.pdf.

Ver Texto

(11) En todo caso se exige la firma de un formulario de aceptación aunque el modelo de aceptación es diferente en cada supuesto.

Ver Texto

(12) En caso de que acuda a esta vía tenemos que tener en cuenta que el contribuyente puede acudir, en primera instancia a tres tribunales para contrariar la liquidación formulada por el IRS: el *United States Tax Court*, los *United States District Court* y el *United States Court of Federal Claims*. Volveremos a ellos con ocasión del análisis del arbitraje dentro de los *settlement procedures* del *Tax Court*.

Ver Texto

(13) En otras palabras, no tiene una vocación sancionadora sino que sigue manteniéndose el espíritu cooperativo en la relación Administración Tributaria y Contribuyente para intentar 1) cobrar el crédito en el mayor importe posible 2) minimizar los gastos para su obtención y 3) que este proceso sea rápido.

Ver Texto

(14) *Vid.* el manual que sobre su funcionamiento ofrece el IRS en la parte 8 de su *Internal Revenue Manual*, IRM, disponible en <https://www.irs.gov/irm/part8>.

Ver Texto

(15) El contribuyente dispone, además, de otro instrumento para defender sus derechos, el *Tax Advocate Service*, TAS, en sus distintas vertientes territoriales, un instituto que tiene un papel fundamental a la hora de informarle sobre las opciones de las que dispone con la finalidad de defender sus derechos y obtener un acuerdo con el IRS. Junto con estas funciones el TAS realiza, también estudios, propuestas normativas, divulgaciones sobre materia tributaria y el fomento de la resolución concertada de los conflictos entre el contribuyente y el IRS.

Ver Texto

(16) Cuando los términos de realización del hecho imponible son confusos o no está clara la interpretación de las normas jurídicas aplicables al caso, cuando hay dudas sobre la legalidad de la liquidación.

Ver Texto

(17) Para un mayor conocimiento de las mismas *vid.* ap. 8.26 del *Internal Revenue Manual* del IRS, disponible en <https://www.irs.gov/irm/part8>. *Vid.* también el resumen que realiza D. Parsly (2007) «The Internal Revenue Service and Alternative dispute resolution: Moving from infancy To legitimacy», *Cardozo Journal of Conflict Resolution*, N.º 8.2, pp. 677-716.

Ver Texto

(18) Regulada por la *Revenue Procedure* 2003-40, <https://www.irs.gov/pub/irs-drop/rp-03-40.pdf>.

Ver Texto

(19)

Durante la sesión, el funcionario de apelaciones del FTS proporcionará a los responsables de ambas partes copias del orden del día y del informe de la sesión del FTS.

Ver Texto

(20) El JCT o Comité Conjunto de Impuestos, es un comité no partidista del Congreso de los Estados Unidos, creado originalmente en virtud de la Ley de Ingresos de 1926. Funciona con un equipo profesional experimentado de economistas, abogados y contables, que ayudan a los miembros de los partidos mayoritarios y minoritarios de ambas cámaras del Congreso en la legislación fiscal. Se trata de un comité mixto está presidido de forma rotativa por el presidente de la Comisión de Finanzas del Senado y el presidente de la Comisión de Medios y Arbitrios de la Cámara de Representantes. Durante la primera sesión de cada Congreso, la Cámara de Representantes ocupa la presidencia y el Senado la vicepresidencia; durante la segunda sesión, los papeles se invierten.

Ver Texto

(21) En cualquier caso, la prohibición de las comunicaciones *ex parte* entre los funcionarios de Apelación y otros empleados del Servicio prevista en la sección 1001(a) de la Ley de Reestructuración y Reforma del Servicio de Impuestos Internos de 1998 no se aplica a las comunicaciones que surgen en el FTS porque el personal de Apelación, al facilitar un acuerdo entre el contribuyente y la LMSB, no está actuando en su función tradicional de resolución de Apelación.

Ver Texto

(22) Regulada por la *Revenue Procedure* 2014-63, <https://www.irs.gov/pub/irs-drop/rp-14-63.pdf>.

Ver Texto

(23)

Para tener una visión práctica del PAM y del alcance real de esa independencia del mediador *vid.* K.C. Jones, C.A. Cullinam y J.M. Depew (2012), Practice Notice: Post Appeal Mediation, *Tax Executive*, n.º 64, pp. 311 y ss.

Ver Texto

(24) Disponible en https://www.irs.gov/irb/2014-53_IRB.

Ver Texto

(25) Se entiende que existe mala fe cuando no se responde a tiempo a las solicitudes de documentos o a las ofertas de transacción; cuando no se presenta oferta o contraoferta genuina o con entidad suficiente para llegar a un acuerdo; cuando se presentan ofertas «molestas» o de minimus; o cuando se adolece

de una la falta de respuesta a los argumentos y precedentes planteados por las Apelaciones.

Ver Texto

(26) Regulado por la *Revenue Procedure* 99-28 <https://www.irs.gov/pub/irs-drop/rp-99-28.pdf>.

Ver Texto

(27) La División de Grandes Empresas e Internacional (LB&I) es responsable de las actividades de administración fiscal para las empresas nacionales y extranjeras con obligación de declarar impuestos en Estados Unidos y con activos iguales o superiores a 10 millones de dólares, así como de los programas de Cumplimiento Global de Grandes Patrimonios e Internacional de Particulares.

Ver Texto

(28) Cuando un asunto es coordinado, el AO sigue los procedimientos de la IRM 8.7.3.2, «Asuntos Emergentes Coordinados y de Apelación».

Ver Texto

(29) Esto puede llevarse a cabo mediante una discusión telefónica.

Ver Texto

(30) De hecho, aunque formalmente la Inspección y el Appeals Office estén separados, la relación colaborativa a la que venimos haciendo referencia hace que cada son cada vez sean más difusas las líneas que los separan. Ver al respecto Levin-Epstein, J. Pawlow, J. Breen y G. Abney (2020), «The Evolving Dynamic in IRS Appeals: There's a Blurring of the Lines between Exam and Appeals», *Tax Executive*, n.º 72, pp. 46 ss.

Ver Texto

(31) Nos hemos limitado en estas líneas a describir el arbitraje tributario jurisdiccional realizado de forma paralela a los litigios que se sustancian en la *Tax Court* por ser este el tribunal que de forma específica estudia asuntos tributarios. Ello no significa que en términos similares, pero adaptados a las circunstancias que les son propias, el arbitraje tributario no pueda realizarse en el resto de los tribunales que analizan en primera instancia asuntos fiscales. En este sentido, y siempre que la actuación arbitral se circunscriba al estudio de cuestiones de hecho, el arbitraje tributario puede, de paralelamente a esas sedes, adoptar cualquiera de las formas usuales en esos lares.

Ver Texto

(32) En la sección 7121 y 7122 del IRC.

Ver Texto

(33) <https://www.irs.gov/pub/irs-drop/rp-06-44.pdf>, en el que, además de recogerse la regulación específica de este arbitraje en sede administrativa, se facilita un modelo-formulario de acuerdo de arbitraje.

Ver Texto

(34) En el caso de que el contribuyente no aceptara el observador del *Appeals Office*, está podía denegar la celebración del arbitraje.

Ver Texto

(35) En el caso de que organización local o nacional proporcionara el árbitro, también podía proporcionar el Administrador del arbitraje, en lugar del Administrador habitual, esto es, el Jefe de Apelaciones de la Oficina de Política y Procedimiento Tributario, el *Chief, Appeals — Office of Tax Policy and Procedure*.

Ver Texto

(36) Sobre todo su celeridad y la especialización de los árbitros.

Ver Texto

(37) Disponible en <https://www.irs.gov/pub/irs-drop/rp-15-44.pdf>.

Ver Texto

(38) La escasa utilización de este arbitraje tributario intra-administrativo debido a sus características venía ya apuntándose por distintos autores años antes de su supresión. Por todos ver G.P. Mathews, G.P. (2004) «Using Negotiation, Mediation, and Arbitration to Resolve IRS-Taxpayer Disputes», *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, n.º 19, p. 722 y las propuestas de reforma que se recogen por J.B. Forman y R.F. Mann (2015), «Making the Internal Revenue Service Work», *Florida Tax Review*, Vol. 17, N.º 10, pp. 725-815.

Ver Texto

(39) <https://www.ustaxcourt.gov/>.

Ver Texto

(40) Para más información sobre las notas más características del contencioso en Estados Unidos ver E. Andrés Aucejo (2017) «La jurisdicción fiscal norteamericana» en L.M. Alonso González y E. Andrés Aucejo (dirs.), *Resolución alternativa de conflictos (ADR) en Derecho Tributario comparado, op. cit.*, y la bibliografía allí citada.

Ver Texto

(41) <https://www.ustaxcourt.gov/resources/ropp/Rule-124.pdf>.

Ver Texto

(42) Jueces que dentro del *Tax Court* analizan únicamente determinado tipo de casos (*Unites States Code* § 7443A).

[Ver Texto](#)

(43) *Vid.* también la *Administrative Dispute Resolution Act* de 1996, y el IRC § 571 y ss.

[Ver Texto](#)

(44) Parte 35.5.5.

[Ver Texto](#)

(45) Como hemos indicado, aun cuando se trate de un arbitraje que se desarrolla ya en un estadio ulterior al administrativo, la definición de lo que debe entenderse por «*neutral*» viene recogida en el capítulo referido al procedimiento administrativo .

[Ver Texto](#)

(46) Aunque esto no sea lo normal y sea más que probable que el contribuyente intente acudir a un árbitro ajeno a la Administración.

[Ver Texto](#)

(47) La estipulación de las partes debe describir con precisión el tipo de información y cualquier limitación relacionada con la misma que el árbitro deba considerar igualmente se puede fijar una fecha límite para que las partes le proporcionen al árbitro la información que pueda requerir.

[Ver Texto](#)

(48)

Vid. al respecto nuestro trabajo en I. Suberbiola Garbizu (2021) «*Asterix, el caldero y el consejo de la aldea, o sobre el ejemplo galo de las comisiones mixtas como fórmula arbitral de resolución de conflictos tributarios*», *LA LEY Mediación y Arbitraje*, n.º 5.

[Ver Texto](#)

(49) Las partes deben estipular los poderes generales de supervisión del tribunal. La estipulación debe tener en cuenta que el caso será asignado a un juez en particular o un juez de juicio especial que tendrá jurisdicción continua sobre el caso con carácter de supervisorio.

[Ver Texto](#)

(50) Los abogados de campo pueden considerar estipular que el árbitro debe encontrar un valor mínimo (por ejemplo, la cantidad declarada en la declaración de impuestos sobre el patrimonio) para que el árbitro no pueda seleccionar un valor que resulte en una devolución al contribuyente, o, al contrario un valor máximo para el árbitro (por ejemplo, la cantidad indicada en el aviso legal enviado por el IRS).

[Ver Texto](#)

(51) Que, recordemos, ha de ser de naturaleza fáctica y no presentar ningún problema de derecho o requerir que el árbitro se pronuncie sobre alguna cuestión jurídica.

Ver Texto

(52) Dicha moción conjunta se basa en el entendimiento mutuo de que la orden del Tribunal exigirá al árbitro la realización de sus actividades de acuerdo con los términos y procedimientos establecidos en las estipulaciones acordadas.

Ver Texto

(53) Como en el caso del *arbitragem tributaria* portugués.

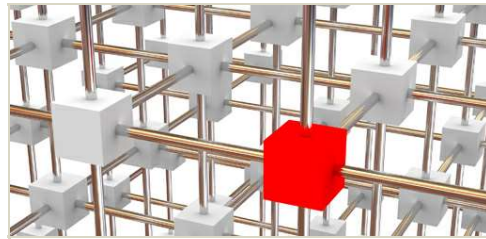
Ver Texto

(54) Disponibles en la página web del Ministerio de Hacienda, <https://www.hacienda.gob.es/es-ES/GobiernoAbierto/Transparencia/Paginas/Impuestos%20TEAC.aspx>.

Ver Texto

(55) *Vid.* como ejemplos sobre el diseño de sistema de resolución disputas tributarias M. Jone (2019), « The Internal Revenue Service's Future State initiative and its impact on the tax dispute resolution system of the United States: a dispute systems design perspective», *eJournal of Tax Research*, vol. 16, n.º 3, pp. 824-851.

Ver Texto



La celebración de audiencias virtuales en el arbitraje: principales protocolos de actuación emitidos por instituciones nacionales e internacionales

Virtual hearings in arbitration: main protocols issued by national and international institutions

Desde marzo del pasado año, y como consecuencia de la crisis sanitaria del COVID-19, las audiencias virtuales en el marco del procedimiento arbitral se han manifestado como la única alternativa posible a las limitaciones de desplazamiento impuestas. En este sentido, y a fin de establecer un marco de regulación mínima, orientativa y de libre disposición para las partes, diferentes instituciones arbitrales a nivel mundial han aprobado protocolos, guías y checklists que buscan dar seguridad a los operadores jurídicos en la realización de las audiencias de modo virtual. Este artículo pretende sintetizar y comparar los principales aspectos tratados por dichos protocolos, para recopilar en un solo documento las principales medidas publicadas al respecto hasta el momento.

Arbitraje, Audiencia virtual, Audiencia remota, Protocolo virtual, Centro de Arbitraje, ALArb, Resolución de conflictos, Arbitraje internacional.

Since March last year, because of the COVID-19 health crisis, virtual hearings held within arbitration proceedings have emerged as the only possible alternative to the restrictions placed on free movement. Taking this into consideration, and in order to establish a minimum regulatory framework, indicative and freely available to the parties, different arbitration institutions worldwide have approved protocols, guides and checklists that seek to provide security to legal operators who rely on virtual hearings. This article aims to synthesize and compare the main aspects covered by these protocols, in order to compile in a single document the main measures published in this regard so far.

Arbitration, Virtual Hearing, Remote Hearing, Virtual Protocol, Arbitration Centre, ALArb, Dispute Resolution, International Arbitration.



Ignacio Santabaya

Socio de Litigación y Arbitraje de Pérez-Llorca



Paula Fernández

Abogada de Litigación y Arbitraje de Pérez-Llorca

I. INTRODUCCIÓN. LA CELEBRACIÓN DE AUDIENCIAS VIRTUALES COMO RESPUESTA A LA PANDEMIA DEL COVID-19

El arbitraje nacional e internacional se ha visto obligado, como muchos otros sectores, a adaptarse a la nueva realidad social, originada por la crisis sanitaria del Covid-19. Las limitaciones a los desplazamientos y el riesgo para la salud asociado a éstos han incentivado un significativo aumento de la celebración de audiencias por medios virtuales y la constatación de algunas de sus ventajas, que nos hacen pensar que las audiencias virtuales han llegado para quedarse.

Si bien el componente internacional presente en muchos arbitrajes explica que ya existiera cierta implantación de las telecomunicaciones y los encuentros virtuales con anterioridad —como en casos de interrogatorio de testigos y expertos, cuando razones de distancia obligaban a ello—, la pandemia ha provocado la generalización de este tipo de sistemas para el desarrollo de las audiencias.

La celebración de audiencias virtuales cuenta con muchos partidarios, que destacan entre sus ventajas la mayor rapidez en la tramitación de los procedimientos, dado que facilita la logística y disminuye los desplazamientos; y la consiguiente disminución del coste de los mismos, lo que reduce los desembolsos a realizar por las partes. A estas consideraciones, que pueden calificarse de objetivas, algunos usuarios han añadido otras más cuestionables, como el hecho de que el formato virtual podría ayudar a que las audiencias se celebren de forma más ordenada, con menos interrupciones entre los intervinientes. Asimismo, se ha apuntado como ventaja —frente a las alegaciones planteadas sobre que el formato virtual pudiera dificultar la percepción del lenguaje no verbal de los declarantes— el mayor nivel de detalle que las cámaras pueden ofrecer sobre las

expresiones del declarante, así como que las grabaciones están más centradas en los rostros de los intervinientes. Este formato también permite registrar a la vez las reacciones del declarante y de los demás intervinientes.

Entre las desventajas, sin embargo, se podría destacar la posibilidad de que se den situaciones en las que el acceso a medios telemáticos sea un inconveniente para alguna de las partes del procedimiento; la posibilidad de ruptura de la confidencialidad; o la existencia de problemas en las plataformas que pudieran afectar al derecho de defensa de las partes. Adicionalmente, se pueden plantear riesgos respecto de la eficacia del laudo si la ley y los tribunales del foro donde se pretende su ejecución se muestran hostiles a las audiencias virtuales, lo cual puede suceder si hay afectación a los derechos procesales de las partes. Tal riesgo de eficacia será diferente en función de si la *lex loci arbitri* prevé, prohíbe o no hace referencia a la posibilidad de celebrar audiencias virtuales, cuestión que, como veremos, deberá ser analizada por el Tribunal Arbitral a la hora de decidir la celebración telemática.

II. LA PUBLICACIÓN DE PROTOCOLOS SOBRE LA REALIZACIÓN DE VISTAS TELEMÁTICAS A NIVEL NACIONAL E INTERNACIONAL

A la vista de la situación que acabamos de describir, las principales instituciones arbitrales, tanto nacionales como internacionales, han publicado en los últimos meses una serie de protocolos o recomendaciones para la celebración de vistas telemáticas. Estos protocolos buscan dotar de un marco orientativo para árbitros y abogados, incluyendo una regulación (en algunos de ellos muy exhaustiva) de todos los aspectos a tener en cuenta, tanto en la preparación como en el desarrollo de las audiencias.

Estas guías no son vinculantes para las partes y su aplicación puede ser pactada por las mismas, en caso de desearlo, en todo o en parte. Así, tienen el carácter de recomendaciones, pensadas para facilitar a los integrantes del procedimiento arbitral (partes, árbitros e instituciones arbitrales) una guía de actuación que debe adaptarse al caso en concreto y a las necesidades de las partes.

Entre los aspectos regulados en estos protocolos se incluyen la preparación de las audiencias, la elección de las plataformas de comunicación, y los requisitos de confidencialidad y seguridad de la información. Algunos de ellos recogen una serie de recomendaciones genéricas, mientras que otros son mucho más específicos y regulan, con gran detalle, la mayoría de los aspectos a tener en cuenta en la preparación y el desarrollo de las audiencias, con el fin de evitar inconvenientes (técnicos, de seguridad o de cualquier otro tipo) en la medida de lo posible. También es frecuente la inclusión de cláusulas modelo u órdenes procesales modelo, que recogen todos estos aspectos, para ser adaptadas e incluidas con mayor facilidad en cada caso concreto.

Destacan, por su exhaustividad, los siguientes protocolos: la guía publicada por la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI (el «Protocolo CCI»); el protocolo publicado por el *Viena International Arbitration Centre* (el «Protocolo de Viena»); el protocolo publicado por el *Singapore International Arbitration Centre* (el «Protocolo de Singapur»); el protocolo publicado por el *Korean Commercial Arbitration Board* (el «Protocolo de Seul»); la Guía publicada por el *Netherlands Arbitrage*

Instituut y la *Dutch Arbitration Association* (el «Protocolo de la Haya»); y, finalmente, el protocolo publicado por el *Abu Dhabi Global Market Arbitration Centre* (el «Protocolo de Abu Dabi»). A ellos se une el recientemente publicado protocolo de la Asociación Latinoamericana de Arbitraje (el «Protocolo ALArb»), al que nos referiremos a continuación.

Hemos de destacar, asimismo, que en esta labor de recopilación de las mejores prácticas y en la redacción de estas guías han participado no solo instituciones arbitrales, sino otros actores y expertos de la comunidad arbitral; y que los diversos protocolos reconocen en muchos casos que han tomado como referencia otros protocolos anteriores.

III. LA PUBLICACIÓN DEL PROTOCOLO ALARB COMO GUÍA PARA LOS ARBITRAJES EN LATINOAMÉRICA

El pasado 18 de mayo de 2021 se publicó el «*Protocolo para la celebración de audiencias arbitrales en forma remota o virtual*» elaborado por el Observatorio Permanente sobre el Estado del Arbitraje en América Latina, instituto creado por la Asociación Latinoamericana del Arbitraje.

Comenzamos nuestro análisis por este protocolo por su novedad y porque, quizá por publicarse después de que otras instituciones hayan dado ya a conocer textos sobre la misma materia, destaca por su exhaustividad. El objetivo del Protocolo ALArb, según afirma su texto, es consolidar las mejores prácticas en la celebración de las audiencias virtuales hasta el momento y servir de guía unificadora, que garantice el buen funcionamiento de las mismas en el marco del arbitraje. Ello con la finalidad de brindar una mayor seguridad a los participantes en el procedimiento, dada la disparidad de experiencias en la región de América Latina, en función de los centros de arbitraje reguladores del mismo.

El Protocolo ALArb podrá ser adoptado por las partes y árbitros de cada procedimiento, no siendo sus disposiciones vinculantes. Así, en cada procedimiento arbitral, las partes y los árbitros decidirán libremente si adoptan el Protocolo ALArb para la celebración de sus audiencias virtuales, y, en su caso, si lo adoptan completamente o excluyendo alguna de sus previsiones. Deberá tenerse en cuenta, además, si las previsiones del Protocolo ALArb pueden ser adoptadas en su totalidad o no, en función de las normas y reglamentos que rijan el arbitraje en cuestión.

Entre las materias reguladas en el Protocolo ALArb, que describiremos en más detalle en la sección IV de este artículo, podemos destacar las siguientes:

- En relación con la preparación de la audiencia virtual, se incluye una relación de los aspectos a regular por las partes, tales como las características técnicas que debe reunir la plataforma elegida y los aspectos relacionados con la confidencialidad, la privacidad y la seguridad de la audiencia, entre otros.
- En relación con el desarrollo de la audiencia, se regulan aspectos como la moderación de la misma, la presencia de los participantes y los requisitos para las declaraciones de testigos y peritos.

- Se incluyen asimismo una serie de consejos adicionales (en su Anexo III), tales como el uso de varios dispositivos informáticos, varias conexiones a internet accesibles, y la necesidad de contar con las últimas actualizaciones o versiones de la plataforma seleccionada, entre otros.

A las citadas recomendaciones se acompaña, como Anexo I al protocolo, una *checklis* » que permitirá a las partes en el arbitraje confirmar el cumplimiento de los aspectos más relevantes en la celebración de la misma.

Se presenta un resumen, una recopilación de las principales recomendaciones publicadas hasta el momento y una una descripción de las materias reguladas en los protocolos publicados, así como de los puntos en común de las diferentes guías

Asimismo, como Anexo II, se incluye una cláusula modelo mediante la cual las partes acuerdan la celebración telemática de la audiencia arbitral y se comprometen a no solicitar la anulación del eventual laudo que se dicte sobre la base de que la audiencia no se realizó de manera presencial.

IV. PRINCIPALES ASPECTOS REGULADOS POR LOS PROTOCOLOS EN RELACIÓN CON LAS AUDIENCIAS VIRTUALES

De un análisis de los principales protocolos publicados en la materia se desprende la existencia de puntos comunes entre ellos, que la generalidad de los operadores del mundo del arbitraje coinciden en considerar como materias que deben ser tenidas en cuenta y reguladas a la hora de realizar una audiencia virtual.

Por ello, y con el fin de presentar un resumen y recopilar las principales recomendaciones publicadas hasta el momento, se incluye a continuación una descripción de las materias reguladas en los protocolos publicados, así como de los puntos en común de las diferentes guías (1) . Ello partiendo, como referencia, del contenido del recientemente publicado Protocolo ALArb.

1. Decisión sobre la celebración virtual de la audiencia y regulación de la misma por las partes

Los protocolos dedican una primera sección a regular los aspectos que deben ser tenidos en cuenta por los árbitros a la hora de decidir sobre la conveniencia o no, en cada caso, de la celebración de la audiencia de forma virtual (2) .

En primer lugar, deben analizarse las disposiciones de la *lex arbitri* y las reglas de arbitraje aplicables (3) , así como el acuerdo de arbitraje suscrito entre las partes, a fin de comprobar que no existen requisitos de orden público, pactados por las partes, o de cualquier otro tipo, que impidan la realización de audiencias de modo virtual.

De igual modo, deben ser tenidos en cuenta los posibles impedimentos para la validez y ejecución posterior del laudo arbitral, en el caso de celebración telemática de la audiencia, cuestión de vital importancia a la hora de decidir sobre su celebración (4).

En caso de que, analizadas estas cuestiones, no exista impedimento alguno para la realización telemática de la audiencia, se deberá valorar por parte del Tribunal Arbitral las circunstancias concretas del caso, a fin de comprobar la pertinencia o no de la misma.

En especial, los árbitros deberán valorar las siguientes cuestiones (5) :

- i) El objeto de la audiencia, a fin de valorar el impacto de que la misma se realice de modo virtual. En este sentido, la afección a los derechos de las partes no será la misma si, por ejemplo, la audiencia está pensada para la formulación de conclusiones o si se trata de una audiencia de prueba, en la que se van a practicar interrogatorios de testigos y peritos.
- ii) La duración de la audiencia y el número de participantes en la misma, así como la disponibilidad de éstos para viajar y sus ubicaciones geográficas —especialmente, en casos en los que los participantes en la audiencia se encuentren en diferentes zonas horarias—.
- iii) El impacto que tendría en el calendario procesal la decisión de posponer la celebración de la audiencia hasta que ésta pudiera realizarse de forma presencial. En este sentido, deberá valorarse en especial si la complejidad del caso u otras circunstancias recomiendan que la audiencia sea celebrada de forma presencial, cuando sea posible, o si la espera implicaría demoras injustificadas o excesivas, o existen razones de urgencia que aconsejen la tramitación sin retraso. También deberá valorarse la posibilidad de dividir la audiencia en varias sesiones, tanto virtuales como presenciales, si el caso así lo aconseja.
- iv) La existencia de garantías para la participación adecuada de ambas partes en las audiencias virtuales, salvaguardando la privacidad y confidencialidad.

Una vez que, teniendo en cuenta estas circunstancias, se acuerde por los árbitros proceder a la celebración de la audiencia de forma telemática, se planificarán con las partes las características especiales del procedimiento. Se recomienda que estos aspectos se incluyan en un documento que regule las cuestiones necesarias para la celebración de la audiencia.

En este sentido, algunos de los protocolos dictados hacen un esfuerzo en señalar los elementos que necesariamente han de tratarse en las ordenes procesales que los árbitros dicten en la preparación de la audiencia. El Protocolo ALArb y el Protocolo CCI coinciden en que las órdenes procesales deben incluir, entre otros puntos: un listado de las personas que intervendrán en la audiencia; la plataforma elegida; las especificaciones, tanto de los equipos, como de la conexión; cuestiones protocolarias (desde la intransferibilidad de las invitaciones hasta el desarrollo de las intervenciones); y una referencia a la posible grabación y transcripción de la audiencia, aclarando su eventual valor en el procedimiento arbitral. Como veremos, pese a que coinciden en gran parte del contenido mínimo a tratar en las ordenes procesales, los protocolos difieren en las concretas recomendaciones que realizan.

Otros protocolos (notablemente el del CIAM, el Protocolo de Viena, el de Seúl o el de Abu Dabi), a pesar de que incluyen en su clausulado recomendaciones muy similares a las de los protocolos ya expuestos, no cuentan con un listado del contenido que se aconseja que se trate en las órdenes procesales de preparación de la audiencia virtual.

Hemos de destacar, asimismo, la amplia discrecionalidad con la que cuentan los árbitros para decidir sobre la celebración telemática de las audiencias, si lo consideran como la mejor alternativa para el procedimiento. En este sentido, varios protocolos como el Protocolo ALArb, el de Viena o el de la Haya, regulan expresamente la posibilidad de acordar por los árbitros la celebración de la audiencia de forma telemática, incluso frente a la oposición de una de las partes (6). Esta práctica ha sido refrendada por los tribunales de ciertas jurisdicciones (7).

2. Preparación de la audiencia virtual

Una vez que se ha acordado la realización de la audiencia en modo virtual, atendiendo a las particularidades del caso en concreto, los protocolos dictados incluyen una serie de recomendaciones en relación con la preparación de la misma. Entre éstas podemos destacar las siguientes:

A) Elección de la plataforma adecuada

La elección de la plataforma para la realización de la conferencia es uno de los aspectos más importantes y que se encuentran más regulados en todos los protocolos. La plataforma seleccionada debe garantizar no sólo una calidad mínima de imagen y sonido, sino que debe permitir la grabación de la videoconferencia, la posibilidad de compartir documentos durante la misma, así como la posible transcripción de la audiencia, entre otros aspectos.

Algunas cortes arbitrales ofrecen la utilización de su propia plataforma, como es el caso del *Hong Kong International Arbitration Centre* (HKIAC) o la *China International Economic and Trade Arbitration Commission* (CIETAC) (8), u ofrecen la utilización de sus cuentas ya suscritas con otras plataformas (9). La gran mayoría, sin embargo, ofrecen un listado de posibles opciones de plataforma, dejando a la libre elección de las partes el seleccionar la plataforma adecuada al caso concreto. La Corte administradora del arbitraje no asume ninguna responsabilidad en relación con los posibles problemas técnicos o de confidencialidad de la plataforma (10).

Si bien la regla general es la autonomía de la voluntad de las partes en la elección de la plataforma, un gran número de protocolos, como el propio ALArb, dispone unas especificaciones mínimas que la plataforma elegida debe proporcionar. Otros, como el de Viena, también expone características técnicas que la plataforma debe presentar, pero lo hacen a modo de recomendación.

Algunas de las características más repetidas en los protocolos son la posibilidad de realizar una grabación simultánea a la audiencia, la posibilidad de abrir salas de espera o salas de reunión privadas (*break-out rooms*), la de silenciar a los intervinientes o la de compartir documentos.

Adicionalmente, algunos protocolos, como el de Seúl y el de la Haya, regulan también el lugar desde

el que los intervinientes se deberán conectar a la plataforma (*hearing venue*), estableciendo una serie de estándares mínimos sobre sonido de fondo, visibilidad o la presencia de asistencia técnica, entre otros.

Sea cual sea la plataforma finalmente elegida, todos los participantes en el procedimiento (incluidos testigos y expertos), deberán estar familiarizados con el uso de la misma, por lo que se tendrá que considerar el proveer a los intervinientes de tutoriales en relación con el uso de la plataforma (11) .

Por último, en relación con los costes de la plataforma, algunos protocolos sugieren que éstos sean abonados por las partes en igual proporción, siendo considerados como costes del arbitraje, de cara a un posterior reparto tras el laudo arbitral dictado (12) , mientras que otros dejan esta decisión al total arbitrio de las partes (13) .

B) Requisitos de conexión y otros requisitos técnicos de la plataforma

El nivel de detalle alcanzado al establecer los requisitos de conexión y requisitos técnicos varía mucho entre los protocolos de cada institución de arbitraje. Tanto es así que, mientras unos protocolos dedican una sección concreta a establecer tales requisitos, en otros protocolos los requisitos se encuentran vagamente articulados a lo largo de distintas secciones.

Destaca por su exhaustividad el Protocolo de Seúl, que en su artículo cinco enumera el conjunto de requisitos técnicos mínimos que deben cumplirse. Ello se concreta aún más en el Anexo I del mismo protocolo, que establece en detalle los requisitos de video, manejo de datos, audio, imagen, canales de conexión y ancho de banda, entre otros.

En el otro lado del espectro, algunos protocolos como el del CIAM o el de Viena, apenas aluden a requisitos técnicos o de conexión. El primero menciona ciertas exigencias en su apartado segundo, relativo a la sesión de prueba y logística, como la conexión a internet por cable en vez de inalámbrica o el correcto posicionamiento e iluminación de la cámara. El segundo no menciona requisitos técnicos o de conexión y se remite para ello al Protocolo de Seúl.

C) Requisitos de privacidad, confidencialidad y seguridad

Todos los protocolos tratan el tema de la confidencialidad de las actuaciones y la seguridad de la plataforma virtual. Es habitual el uso de cláusulas por las que las partes se comprometen a guardar el deber de confidencialidad y a tomar medidas tendentes a garantizar la seguridad y privacidad. Así, por ejemplo, el Protocolo del CIAM incluye una cláusula por la que las partes, entre otras medidas, se comprometen a no acceder a la audiencia virtual a través de una red pública.

Junto a la inclusión de cláusulas, otros protocolos, como el Protocolo de la Haya o el de Abu Dabi, optan por establecer obligaciones a las partes, con objeto de asegurar la confidencialidad. Algunos, como el de Viena, simplemente recomiendan ciertas medidas para garantizar la confidencialidad durante el procedimiento.

Independientemente de la fórmula empleada, algunas de las medidas más comunes son la posibilidad de grabación de la audiencia sólo con la autorización del Tribunal, la no asistencia de

terceros no incluidos en las listas de asistentes, la obligación de conectarse a la plataforma desde redes privadas (14) y a través de contraseñas de acceso, o el compromiso de todos los intervinientes en la audiencia de respetar el deber de confidencialidad.

Algunos protocolos, como el del CEPANI, establece la necesidad de firma por las partes de un ciber-protocolo que regule todos estos aspectos.

D) Necesidad de personal técnico o de apoyo y mecanismo de resolución de problemas en el marco de la audiencia

Bajo este epígrafe englobamos una serie de medidas incluidas en los protocolos con vistas a prevenir posibles problemas técnicos y a dar solución a los que puedan llegar a surgir durante la celebración de la audiencia.

La mayoría de los protocolos prevén la asistencia o presencia durante la audiencia de personal técnico especializado, designado por las partes, para solventar los problemas que pudieran surgir con la plataforma o con la conexión a internet (15). Además, algunas instituciones arbitrales ponen a disposición de las partes un servicio de asistencia técnica propio de la institución, sin perjuicio de la asistencia técnica de la plataforma en concreto (16).

El Protocolo ALArb también prevé algunas medidas de contingencia concretas que, tanto el Tribunal, como las partes, podrán adoptar en caso de que se den interrupciones en la conexión, como contar con una red alternativa de internet o el acceso a una línea telefónica para continuar en la audiencia por vía telefónica. Otros protocolos, como el del CIAM o el de Abu Dabi, contienen previsiones similares. El Protocolo CCI también insta a las partes a que, junto con el Tribunal, establezcan las medidas de contingencia que consideren adecuadas, en caso de que se den problemas de comunicación o conexión.

La mayoría de los protocolos establecen que es responsabilidad de las partes fijar de antemano si se requerirán o no servicios de traducción, dejando a su autonomía la reglamentación de los mismos

A fin de evitar la aparición de problemas técnicos que deban ser solventados y de facilitar su pronta resolución, el Protocolo ACICA incluso menciona la posibilidad de contratar un «*third party online arbitration provider*» (17), si el caso así lo aconseja, que ayudará a las partes del procedimiento con todos los temas técnicos del desarrollo de la audiencia, eliminando esta preocupación adicional.

E) Previsiones en caso de necesidad de traducción simultánea

No es infrecuente que, en los arbitrajes, particularmente en los internacionales, intervengan personas de distintas nacionalidades, ya sea como partes, testigos o peritos. Por ello, algunos protocolos incorporan previsiones sobre los servicios de traducción que puedan ser necesarios en el marco de las audiencias virtuales.

La mayoría de los protocolos establecen que es responsabilidad de las partes fijar de antemano si se requerirán o no servicios de traducción, dejando a su autonomía la reglamentación de los mismos. En concreto, se establece que deberá acordarse necesariamente si la traducción será consecutiva o simultánea. A pesar de dejarse a la libre elección de las partes, algunos protocolos recomiendan o muestran preferencia por una u otra. Así, el Protocolo ALArb recomienda la traducción simultánea, mientras que el de Seúl o el de la Haya prefieren la consecutiva. Éste último, además, señala que será preferible que el intérprete y el testigo que requiera la traducción se encuentren en la misma localización durante la celebración de la audiencia.

Otros protocolos, como el de la CAM, no hacen mención alguna de los servicios de traducción o, como en el caso del CIAM, simplemente mencionan la posible existencia de intérpretes entre los participantes en la audiencia.

F) Realización de conferencia de prueba y realización de otras gestiones previas

Por último, una de las previsiones más comunes en todos los protocolos en lo que a la preparación de la audiencia se refiere es la necesidad de organizar de una sesión virtual de prueba, a través de la plataforma seleccionada, en la que deberán intervenir todos aquellos cuya participación se prevea en la audiencia (partes, árbitros, peritos, testigos, etc.). El objetivo de estas conferencias es doble: por un lado, prevenir o adelantarse a cualquier fallo técnico que se pueda producir en los equipos, la plataforma o la conexión; y, por otro lado, establecer cuestiones protocolarias como el orden de intervención de los participantes o las pautas de actuación respecto del silenciamiento de los micrófonos.

Casi todos los protocolos recomiendan u obligan a celebrar sesiones virtuales de prueba, diferenciándose en el número de sesiones recomendadas y la antelación de la celebración de estas. Así, el Protocolo CCI, por ejemplo, regula que se realicen un mínimo de dos conferencias, mientras que otros, como el Protocolo ALARB y el de Abu Dabi, disponen que la sesión de prueba se realice con al menos siete días de antelación respecto de la audiencia. El Protocolo del CIAM, en cambio, simplemente prevé que se celebre con «suficiente antelación».

Además, los protocolos suelen incluir un listado o enumeración, con niveles de detalle variados, sobre gestiones previas a la audiencia, algunas de las cuales deben tratarse en la conferencia de prueba. Se incluyen, entre otras, cuestiones de práctica de la prueba, la lista de participantes, la utilización de salas paralelas (*break out rooms*), el orden de intervenciones, la fecha y horario de la audiencia, las cuestiones de protocolo y etiqueta, la presentación de los documentos, etc.

3. Desarrollo de la audiencia virtual

Una vez que la audiencia se encuentra correctamente preparada y se cumplen todos los requisitos técnicos necesarios, el desarrollo de la audiencia deberá también seguir una serie de recomendaciones que pueden ser agrupadas en los siguientes apartados:

A) Participación en la audiencia

Si bien el grado de exhaustividad difiere de un protocolo a otro, prácticamente todos regulan la participación durante el desarrollo de la audiencia.

Una de las primeras afirmaciones que encontramos de manera uniforme es la de que sólo podrán participar en la audiencia aquellas personas que hayan sido previamente autorizadas e incluidas en el listado de asistentes. Ello se pretende garantizar a través de diferentes mecanismos, como el uso de salas de espera para que el tribunal pueda autorizar la entrada a los participantes (CIAM); exigir la correcta identificación de los participantes y su permanente visibilidad (CAM y CIMA); o bloquear el acceso a la sala virtual una vez que la presencia de los participantes se ha confirmado (Protocolo de Viena), entre otros.

La prohibición de participación a personas no autorizadas para ello no sólo se refiere a la presencia *online* en la plataforma, sino también a la presencia física en los lugares desde los que cualquiera de los participantes se conecte, tal y como se establece en el Protocolo ALArb. En este sentido, el protocolo publicado por el *Belgian Centre for Arbitration and Mediation* (el «Protocolo CEPANI») señala que al principio de la audiencia se debe solicitar a todos los participantes que muestren la sala desde la que se conectan.

B) Moderación de la audiencia

Gran parte de los protocolos dictados contienen previsiones relativas a la moderación de la audiencia durante el desarrollo de la misma, conteniendo el Protocolo ALArb y el del IAF un apartado dedicado en exclusiva a este tema.

Los protocolos coinciden en señalar que el encargado de moderar o dirigir la audiencia es el Tribunal Arbitral. Los protocolos IAF, SIAC, CIAM y CAM indican, asimismo, que la ejecución de las tareas de moderación podrá ser delegada a persona distinta de los árbitros, como pudiera ser el secretario administrativo, un asistente del Tribunal Arbitral, el personal de la Corte o un técnico específicamente contratado al efecto.

Los protocolos no describen de manera explícita el conjunto de facultades de moderación que corresponden al tribunal. Sin embargo, de un análisis comparativo de los mismos podemos deducir que las facultades que se consideran propias de las tareas de moderación son, entre otras, la de autorizar o denegar el acceso a la sala de audiencia virtual desde la sala de espera a los participantes; la de silenciar a los participantes que no estén ejerciendo la palabra y ordenar las intervenciones; la gestión de las distintas salas (de espera, de pausa o de deliberaciones); y la facultad de detener la audiencia en caso de que se plantee algún problema.

C) Etiqueta y protocolo en el desarrollo de la audiencia

De manera complementaria a la facultad de moderación del Tribunal, los protocolos suelen establecer ciertas obligaciones y pautas de comportamiento a las partes, con el fin de garantizar el adecuado desarrollo de la audiencia.

Aunque los aspectos tratados son de la más diversa índole, cabe destacar por su exhaustividad los protocolos ALArb, de la Haya y del IAF. Otros, como el del CIAM contienen las cuestiones

protocolarias en una cláusula, cuyo contenido deben comprometerse a observar los participantes, o incorporan estas previsiones en sus *checklists* o listas de verificación, como el Protocolo CCI.

En general, se trata de medidas destinadas a garantizar que el desarrollo de la audiencia transcurra con normalidad y sin problemas ni interrupciones. Así, el Protocolo CIAM se limita a tratar cuestiones relativas a las intervenciones y el uso de la plataforma como, por ejemplo, el uso de los micrófonos, la no interrupción durante las intervenciones o las grabaciones y capturas de pantalla. Los protocolos ALArb e IAF contienen una lista mucho más amplia en sus apartados sobre etiqueta, en la que tratan con mayor detalle cuestiones similares a las que trata el CIAM, pero también otras como la definición del código de vestimenta.

D) Declaración de expertos y examen de testigos

El examen de testigos es una de las cuestiones centrales en las audiencias virtuales, pues prácticamente todos los protocolos, a excepción de los más cortos, contienen un apartado o cláusula dedicada a tal cuestión.

Una de las principales preocupaciones respecto del interrogatorio de testigos es la de garantizar que la declaración de los mismos se produzca sin la presencia de personas no autorizadas y sin ayudas externas. Así lo ponen de manifiesto los protocolos CIAM y CAM, que en las primeras líneas que dedican al tema indican lo siguiente: *«El interrogatorio de testigos y peritos a través de videoconferencia plantea una problemática singular. Existen distintos métodos para asegurar que el interrogatorio se produzca debidamente, sin la asistencia de personas no autorizadas»*. En este sentido, algunas de las medidas que se suelen adoptar, tanto en éstos como en otros protocolos, son las siguientes:

- La presencia, en la sala desde la que declara el testigo, de un miembro de la defensa de la parte contraria a la que presentó dicho testigo (CIAM y CAM). Algo similar prevén los protocolos de Abu Dabi y Hong Kong, que establecen que las partes, si es posible, deben acordar la asistencia de un «vigilante» que compruebe que no hay personas o dispositivos de grabación no autorizados en el lugar desde el que declara el testigo.
- La creación de una sala de espera virtual para testigos, en la que no puedan comunicarse entre ellos ni acceder a la audiencia hasta que el tribunal así lo autorice (Protocolo ALArb).
- La implantación de métodos de grabación que permitan comprobar que no hay terceros presentes en la sala desde la que el testigo o experto se conecta: utilización de cámaras de 360 grados o de dos cámaras (plano corto y plano de sala) o de una cámara que permita al tribunal tener una visión de la sala (protocolos ALArb, CIAM, CAM, Seúl y IAF, entre otros).
- La firma de una declaración o cláusula por la que los testigos se comprometen a no comunicarse con terceros no autorizados durante la audiencia (CIAM y CAM).

Otra de las cuestiones a la que prestan atención los protocolos es el acceso a la documentación que tienen los testigos. En este sentido, el Protocolo de Abu Dabi establece que el testigo debe confirmar al tribunal antes de su declaración que no tiene acceso a ninguna documentación, con la salvedad de

sus propias declaraciones. El Protocolo de la Haya recomienda que la mesa desde la que declaren se halle vacía. Los protocolos del CIAM y el CAM aconsejan que el testigo declare desde una sala específicamente dispuesta para la ocasión y acredite razonablemente que no se comunica con otras personas durante la comparecencia.

E) Grabación de la audiencia

Otro de los aspectos que se suele tratar en los protocolos es el de la grabación de la audiencia.

La mayor parte de los protocolos dejan a la voluntad de las partes decidir si se debe grabar la audiencia (ALARB, CIAM, CAM, La Haya, entre otros), en el sentido de que éstas deben acordar y hacer saber al tribunal si la audiencia ha de ser grabada a través de la plataforma. Al mismo tiempo, los protocolos (18) aclaran la prohibición de la grabación de la audiencia por los participantes a través de sus propios mecanismos sin la autorización del tribunal.

En los protocolos de la CCI y de La Haya las partes deben fijar de antemano, no sólo si se ha de grabar la audiencia o no, sino el valor o validez que otorgarán a dicha grabación (ninguna validez, o validez como transcripción o incluso como prueba).

También se preocupan los protocolos, una vez se ha acordado la grabación audiovisual de la audiencia, por seguir garantizando la confidencialidad y privacidad, mediante la prohibición de su distribución a terceros o el almacenamiento en un sistema protegido mediante clave (Protocolo ALArb). En este aspecto cabe destacar el Protocolo de la Haya, que establece que las partes deben acordar el período durante el cual se podrán retener las grabaciones, tras el cual deben ser borradas o destruidas. En caso de que no se llegue a acuerdo, habrá de estarse a lo dispuesto en la legislación nacional sobre el período de retención de documentación confidencial.

F) Medidas en caso de contingencia

Los protocolos también mencionan, con mayor o menor detalle, las medidas que el tribunal arbitral podrá tomar ante posibles contingencias durante el desarrollo de la audiencia. Algunos protocolos, como el ALArb o el del CIAM, contienen apartados concretos dedicados a dicha cuestión, mientras que otros simplemente mencionan dichas medidas en otros apartados.

El Protocolo ALArb, en su apartado «*Facultades del tribunal arbitral ante posibles contingencias*» parece preocuparse primordialmente por cuestiones de debido proceso e igualdad de las partes. Habilita, en términos genéricos, al Tribunal a adoptar las medidas necesarias para superar los inconvenientes que se puedan plantear ante contingencias que generen una desigualdad entre las partes. En contraste con este, el Protocolo CIAM (19) se preocupa primordialmente por cuestiones relativas a fallos técnicos durante el desarrollo de la audiencia. Ante tales contingencias, el Tribunal podrá adoptar una serie de medidas, como modificar el orden de comparecencia de testigos y peritos, realizar la reunión desde una plataforma alternativa o suspender la celebración de la audiencia hasta que se resuelva el fallo técnico.

El conjunto de actores vinculados al arbitraje han volcado sus esfuerzos en establecer un marco orientativo y de libre disposición por las partes, pero que permita dotar al procedimiento arbitral celebrado de forma telemática de mayor seguridad y por tanto confianza en los operadores

Otros protocolos simplemente hacen un llamamiento a las partes y al tribunal para que acuerden de antemano las medidas a implementar en caso de eventuales contingencias. Este es el caso del Protocolo CCI, que dispone que se debe: «consultar entre el tribunal arbitral y las partes sobre las medidas de contingencia a ser implementadas en caso de fallas técnicas repentinas, desconexión o cortes de energía».

4. Utilización de checklists y cláusulas modelo

Por último, hemos de señalar, como hemos avanzado, que algunos de los protocolos publicados proporcionan una lista de comprobación o *checklist*, pensada para facilitar a las partes la tarea de comprobar que se han regulado los aspectos más relevantes para la celebración de una audiencia virtual.

Entre estas *checklists* podemos destacar las siguientes:

- El anexo I del Protocolo ALArb, que funciona como una guía para confirmar el «cumplimiento de los aspectos más relevantes para la celebración de una audiencia virtual», incluyendo todos los aspectos descritos en las secciones 1, 2 y 3 anteriores de este artículo. En el mismo sentido, el anexo I del Protocolo CCI incluye una lista de verificación de todos los extremos indicados más arriba (20).
- El anexo B del Protocolo de Singapur, que es una guía para la elaboración de dos órdenes procesales por parte del tribunal: la primera orden sobre la celebración telemática de la audiencia y la segunda orden previa a la audiencia. Ambas funcionan como un recordatorio de los aspectos que se deben incluir y tratar en tales órdenes.
- El Protocolo de Abu Dhabi y el de Singapur, en sí mismos, funcionan como *checklists* exhaustivas sobre todos los aspectos a considerar al celebrar una audiencia virtual.
- Adicionalmente a estas *checklists*, también es frecuente la inclusión de cláusulas tipo o sugeridas, relativas a distintos aspectos. Algunos protocolos incluyen una descripción muy exhaustiva de todas las cláusulas sugeridas a incorporar, como una especie de protocolo a adaptar a cada caso en concreto (como el Anexo II del Protocolo CCI o el Anexo I del Protocolo del CIAM), y otros incluyen varias cláusulas concretas, cuya redacción se sugiere incluir.

Entre estas últimas podemos destacar, por su singularidad, las relativas a la asunción de responsabilidad por las partes en la elección de la plataforma y la consiguiente renuncia a la

impugnación del laudo por este motivo. En este sentido:

- El anexo 2 del Protocolo ALArb incluye un modelo de cláusula por la que las partes se comprometen a no impugnar la validez del laudo por haberse celebrado la audiencia de modo virtual. Para ello, las partes declaran que han consentido a la celebración virtual de la audiencia con conocimiento de la idoneidad de la plataforma y de los riesgos que plantea a nivel de seguridad, y que la celebración virtual de la audiencia está permitida por la ley aplicable al procedimiento arbitral. Así, en el último apartado de la cláusula propuesta, las partes se comprometen a no solicitar la anulación del laudo sobre la base del carácter no presencial de la audiencia.
- El apartado T del Protocolo de Abu Dabi, relativo al reconocimiento y ejecución del laudo, contiene una cláusula muy similar.

A su vez, el Anexo III del protocolo publicado por la Asociación Africana de Arbitraje contiene una cláusula por la que se acuerda la celebración virtual de la audiencia que contiene una previsión similar a las anteriores. La última frase de la cláusula reza (traducido) que *«acordamos que no se debe plantear objeción alguna contra el laudo arbitral sobre la base de que la audiencia fue celebrada virtualmente»*.

Junto a las anteriores cláusulas cabe destacar la breve declaración de las partes que se incluye al final del Protocolo CIAM (cláusula 7), por la cual declaran haber investigado y conocer los riesgos que plantea la plataforma elegida y aceptan usarla. Si bien esta cláusula no se refiere expresamente a posteriores procedimientos de reconocimiento y ejecución, restringe las posibilidades de impugnar la validez del laudo, por motivos de funcionamiento de la plataforma al existir una aceptación expresa de las partes al uso de la citada plataforma en la que se celebrará la audiencia virtual.

V. CONCLUSIÓN Y PERSPECTIVAS DE FUTURO

Con la llegada de las restricciones a la movilidad, la celebración de audiencias virtuales se ha impuesto como única alternativa frente al retraso en la tramitación de los procedimientos arbitrales. Así, las instituciones arbitrales y las partes en el procedimiento se han visto en la necesidad de adaptar sus prácticas a la nueva realidad.

En este sentido, como hemos visto, el conjunto de actores vinculados al arbitraje han volcado sus esfuerzos en establecer un marco orientativo y de libre disposición por las partes, pero que permita dotar al procedimiento arbitral celebrado de forma telemática de mayor seguridad y por tanto confianza en los operadores.

Así, se han creado distintos protocolos virtuales, a incorporar en los acuerdos de sometimiento a arbitraje, se ha procedido a la reforma de los reglamentos de las instituciones administradoras de los mismos y se han desarrollado plataformas virtuales adecuadas para el correcto desarrollo de las audiencias.

No cabe duda de que estos protocolos irán mejorándose conforme la experiencia en las audiencias

arbitrales vaya creciendo, pero los múltiples puntos en común incluidos en los protocolos dictados hasta el momento y que han sido analizados en el presente artículo, han contribuido ya a generar seguridad en los operadores que, a día de hoy, son cada vez menos reacios a los medios telemáticos.

Así, si bien la celebración no presencial de audiencias ha venido impuesta por necesidad, todo apunta a que se quedará con nosotros como una alternativa más, a disposición de las partes del procedimiento, ya que resulta de utilidad en muchas circunstancias.

La diversidad de protocolos publicados en un corto espacio de tiempo muestra la preocupación de la comunidad arbitral por facilitar el uso de esta herramienta y asegurar que su funcionamiento resulta adecuado desde la perspectiva técnica. Tras esta fase inicial, nos encontramos ya ante el siguiente paso, que consiste en adaptar las habilidades de todos los involucrados en una audiencia virtual —en especial las de los abogados—, para explorar y sacar el máximo partido a este nuevo entorno. Sin duda este es uno de los siguientes campos al que dirigirá su atención la comunidad arbitral en los próximos años.

(1)

Para la elaboración de este artículo se han revisado los siguientes protocolos: «*ICC Checklist for a Protocol on Virtual Hearings and Suggested Clauses for Cyber-Protocols and Procedural Orders Dealing with the Organisation of Virtual Hearings*», y «*Nota de orientación de la CCI sobre Posibles Medidas Destinadas a Mitigar los Efectos de la Pandemia del COVID-19*» de la Corte Internacional de Arbitraje (CCI); «*Nota sobre organización de audiencias virtuales*», del Centro Internacional de Arbitraje de Madrid (CIAM); «*Nota sobre organización de audiencias virtuales*», de la Cámara de Arbitraje de Madrid (CAM); «*Reglas de CIMA para las Audiencias de Pruebas*», de la Corte Civil y Mercantil de Arbitraje (CIMA); «*Protocolo para la celebración de audiencias arbitrales en forma remota o virtual*», de la Asociación Latinoamericana de Arbitraje (ALArb); «*HKIAC Guidelines for Virtual Hearings*», del Hong Kong International Arbitration Centre (HKIAC); «*The Vienna Protocol: A Practical Checklist for Remote Hearings*», del Vienna International Arbitration Centre (VIAC); «*SIAC Guides: Taking Your Arbitration Remote*», del Singapore International Arbitration Centre (SIAC); «*AAA-ICDR Virtual Hearing Guide for Arbitrators and Parties*», «*AAA-ICDR Virtual Hearing Guide for Arbitrators and Parties Utilizing Zoom*» y «*AAA-ICDR Model Order and Procedures for a Virtual Hearing via Videoconference*», todos ellos de The American Arbitration Association (AAA) and The International Centre for Dispute Resolution (ICDR); «*ACICA Online Arbitration Guidance*», del Australian Centre for Commercial Arbitration (ACICA); «*Seoul Protocol on Video Conferencing in International Arbitration*», del Korean Commercial Arbitration Board (KCAB); «*Guidelines on Proceeding with Arbitration Actively and Properly during the COVID-19 Pandemic*» y «*Online Arbitration Rules*» de la China Economic and Trade Arbitration Commission (CIETAC); «*Guidance Note on Remote Dispute Resolution Proceedings*», del Chartered Institute of Arbitrators (CIArb); «*The Hague Video Conferencing and Virtual Hearing Guidelines*», del Netherlands Arbitrage Instituut (NAI) y la Dutch Arbitration Association (DAA); «*Checklist for Remote Hearings*» del Belgian Centre for Arbitration and Mediation (CEPANI); «*Protocol for Remote Hearings*», del Abu Dhabi Global Market Arbitration Centre (ADGMAC); «*Nota Práctica N.º 1/2020 para la implementación de medios virtuales*», del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima (CCL); «*Protocolo para la implementación del arbitraje virtual*», del Centro de Arbitraje del Ilustre Colegio de Abogados de Lima (CAICAL); «*Checklist on Holding Arbitration and Mediation Hearings in Times of Covid-19*», de Delos

dispute resolution; «*IAF Protocol on Virtual Hearings for Arbitrations*», del Indian Arbitration Forum (IAF); «*Arbitrator Resource Guide for Virtual Hearings*», del Financial Industry regulatory Authority (FINRA); y, finalmente, «*Protocol on Virtual Hearings in Africa*», de la Africa Arbitration Academy.

[Ver Texto](#)

- (2) En relación con qué debe entenderse por «audiencia virtual», mientras que la generalidad de protocolos analizados guardan silencio en este sentido (refiriéndose simplemente a la misma como *remote hearing, virtual hearing o videoconference hearing*), el Protocolo ALArb da una definición de esta como «audiencia que se realiza por cada participante transmitiendo audio y/o video mediante la plataforma tecnológica determinada por las partes o el Tribunal arbitral, desde una ubicación distinta a la del tribunal arbitral».

[Ver Texto](#)

- (3) En este sentido, algunas instituciones han realizado las modificaciones necesarias de los respectivos reglamentos, a fin de incorporar, en caso de no estar previsto inicialmente, la posibilidad de celebración de las audiencias virtuales, o con el fin de desarrollar estas previsiones. Este es el caso de la Corte de Arbitraje Internacional de Londres (LCIA) o el Centro de Arbitraje Suizo, entre otras.

[Ver Texto](#)

- (4) Cabe destacar al respecto el proyecto de investigación «*Does a Right to a Physical Hearing Exist in International Arbitration?*» liderado por Giacomo Rojas Elgueta, James Hosking y Yasmine Lahlou en colaboración con el Consejo Internacional de Arbitraje Comercial (ICCA). El proyecto publica reportajes sobre las cuestiones y riesgos legales que plantean las audiencias virtuales en cada jurisdicción, a partir de informes elaborados por expertos nacionales. Hasta el momento han reunido informes sobre 76 jurisdicciones de Estados adscritos a la Convención de Nueva York.

[Ver Texto](#)

- (5) Todas estas cuestiones se incluyen en múltiples protocolos, entre los que podemos destacar el protocolo de la CCI, el publicado por la Cámara de Arbitraje de Madrid (la «CAM» y el «Protocolo CAM»), el Protocolo de Viena, el publicado por el Centro Internacional de Arbitraje de Madrid (el «CIAM» y el «Protocolo CIAM»), o el Protocolo de Singapur.

[Ver Texto](#)

- (6) En el mismo sentido, la CCI incluía esta misma previsión en la Nota de Orientación de la CCI sobre Posibles Medidas Destinadas a Mitigar los Efectos de la Pandemia del COVID-19, publicada el 9 de abril de 2020.

[Ver Texto](#)

- (7) En este sentido, en julio 2020, el Tribunal Supremo de Austria dictó sentencia en la que apreció que el laudo dictado por el VIAC, tras la objeción del recurrente a la celebración de la audiencia de forma virtual, no constituía una violación de los derechos de defensa de la parte recurrente. Sobre la citada sentencia: In a «First» Worldwide, Austrian Supreme Court Confirms Arbitral Tribunal's Power to Hold

Remote Hearings Over One Party's Objection and Rejects *Due process* Concerns — Kluwer Arbitration Blog, M Scherer y F. Schwarz, 24 de octubre de 2020.

[Ver Texto](#)

- (8) Destaca el caso del CIETAC que aparentemente obliga a utilizar su propia plataforma en los arbitrajes que tengan sede en China, debiendo autorizar el uso de una plataforma diferente en caso de que el arbitraje se desarrolle en otra localización o en idioma diferente al chino.

[Ver Texto](#)

- (9) Como es el caso de la CAM y el CIAM, que ofrecen sus cuentas en Zoom y Loopup, o la CCI que pone a disposición de las partes sus cuentas en Microsoft Teams, Skype Empresarial o Vidyocloud. La American Arbitration Association (AAA) parece que apuesta por el uso de Zoom, puesto que ha publicado una guía en concreto sobre la utilización de Zoom, que incluye los aspectos técnicos de esta plataforma (ello a pesar de que indica que no asume ningún tipo de responsabilidad por el uso de la misma). CIMA, por su parte, apuesta por el uso de Microsoft Teams, que recomienda abiertamente en su protocolo.

[Ver Texto](#)

- (10) En este sentido, se incluye una previsión en los protocolos indicando esta ausencia de responsabilidad, como en el caso, por ejemplo, de los protocolos del CIAM, de la AAA-ICDR, y el ACICA. Destaca asimismo el caso del CIArb, que indica expresamente en su protocolo que no promueve ni recomienda el uso de ninguna plataforma específica, siendo esta elección enteramente de las partes en el arbitraje.

[Ver Texto](#)

- (11) En este sentido se pronuncian, entre otros protocolos, el de la CCI, el de Viena o el publicado por el *Australian Centre for Commercial Arbitration* (el «Protocolo ACICA»).

[Ver Texto](#)

- (12) En este sentido se pronuncia el protocolo Alarb o el protocolo publicado por el *Indian Arbitration Forum* (el «Protocolo IAF»).

[Ver Texto](#)

- (13) Como es el caso del Protocolo de Singapur.

[Ver Texto](#)

- (14) Algunos, como el Protocolo del CIAM, recomiendan utilizar redes VPN dado que ese «modo de conexión ofrece un nivel adicional de seguridad al codificar una conexión privada a cada usuario, haciendo más difícil el acceso de terceros no autorizados»

[Ver Texto](#)

- (15) Así lo hacen el protocolo ALArb, el de la CCI, el del CIAM, el de la Haya o el de la IAF, entre otros.

[Ver Texto](#)

(16) Como es el caso del HKIAC y la *American Arbitration Association and The International Centre for Dispute Resolution* (AAA-ICDR).

[Ver Texto](#)

(17) Servicios encargados específicamente de la realización de audiencias arbitrales de modo virtual, que podrán ser contratados por las partes para gestionar las mismas.

[Ver Texto](#)

(18) Protocolos de Viena, de la CCI, de Seúl o de Abu Dabi entre otros.

[Ver Texto](#)

(19) Cuyas medidas son muy similares a las que incluye el Protocolo AAA-ICDR.

[Ver Texto](#)

(20) También el protocolo CIArb incluye una breve checklist, más genérica, como anexo I.

[Ver Texto](#)

La mediación administrativa como especialidad propia en el funcionamiento de los Defensores del Pueblo (Ombudsmen)

Administrative Mediation as a Proper Speciality in the Functioning of Ombudsmen

Este trabajo está dirigido a dar a conocer la evolución que la mediación administrativa ha venido experimentando en la práctica ordinaria de los Defensores del Pueblo. Los avances producidos tras las experiencias de mediación administrativa y judicial demostradas en España y en otros países europeos, constituyen un impulso necesario para que este sistema ADRA (Alternative Dispute Resolution Administrative) sea utilizado en otros escenarios de derecho público. Los Ombudsmen son el cauce idóneo para desarrollar este sistema de composición, toda vez que se trata de instituciones que por su propia naturaleza ofrecen estrategias basadas en la comunicación, el diálogo, la participación ciudadana y la amigable composición. Por ello, debemos poner en valor el funcionamiento de la mediación para una posible incorporación de este sistema compositivo en el funcionamiento ordinario del Defensor del Pueblo de España.

Derecho administrativo, Mediación administrativa, Ombudsman, Defensor del Pueblo, Medios Alternativos de Solución de Litigios.

The target of this work is focused on knowing the evolution that administrative mediation has experienced in the Ombudsmen ordinary practice. The advances produced after administrative and judicial mediation experiences demonstrated in Spain and in other European countries, constitute a necessary impulse for this ADRA (Alternative Dispute Resolution Administrative) system to be used in other public law frameworks. The Ombudsmen are the ideal channel to develop this ADRA, because they are institutions that offer strategies based on communication, dialogue, citizen participation and friendly composition. Therefore, we must value the administrative mediation as a possible incorporation of this ADRA system in the ordinary functioning of the Spanish Ombudsman.

Administrative law, Administrative mediation, Ombudsman, Defensor del Pueblo, Alternative Dispute Resolution Administrative ADRA.



Gerardo Carballo Martínez

Técnico del Área de Migraciones e Igualdad de Trato del Defensor del Pueblo

I. INTRODUCCIÓN

Han pasado algunos años desde que en 2014 se realizara en España la primera mediación en el

régimen jurídico-público a través de un Convenio Marco de colaboración para la Mediación intrajudicial en la jurisdicción contencioso-administrativa con la firma del Consejo General del Poder Judicial, la Fundación Valsaín, el Colegio de Abogados y el Ayuntamiento de Las Palmas de Gran Canaria.

A través del acuerdo de mediación alcanzado, uno de los hijos del matrimonio fallecido en el derrumbe de un muro de contención en las Palmas de Gran Canaria recibió 300.000 euros en concepto de indemnización por los daños físicos y morales causados a su familia.

Desde entonces se han producido sucesivas experiencias de mediación intrajudicial y administrativa en materias de responsabilidad patrimonial, contratación pública, función pública, régimen sancionador, extranjería y otras tantas especialidades reguladas por derecho administrativo.

La práctica positiva del uso de este equivalente jurisdiccional refleja una novedosa forma de entender las relaciones entre la Administración y los ciudadanos, acercando el pacto, la convención, el acuerdo o el contrato a un escenario participativo y de diálogo en el que hasta entonces, la Administración siempre había actuado sobre la base de la prerrogativa y el acto unilateral.

Una de las propiedades de la mediación es que permite no solo resolver conflictos del pasado, sino proponer acuerdos a través de soluciones amistosas que eviten desencuentros de cara al futuro; por lo que su carácter preventivo, versátil y dinámico singulariza a esta figura frente a otros medios de resolución de conflictos que son siempre reactivos, estáticos e inmutables.

El interés suscitado por este sistema de composición y las características innatas a las de un mediador como son la imparcialidad, la independencia, la confidencialidad y la persuasión, han llevado a reconocer que la mediación reequilibra las desigualdades de poder en un escenario más participativo en el que los particulares disponen de facultades o niveles de poder derivados de los riesgos, costes o de las pérdidas que a la Administración le supone no alcanzar acuerdos razonables en asuntos de interés público; situación que genera un impacto negativo en la sociedad civil y una pérdida de la confianza legítima en su gestión.

Aun cuando estos sistemas de composición no tienen todavía el suficiente respaldo institucional y normativo que responda plenamente a las exigencias derivadas de las Recomendaciones y Directivas aprobadas por nuestras instituciones europeas, este es el momento de seguir avanzando en el desarrollo de esta figura compositiva, poniendo el foco en instituciones como el Defensor del Pueblo que, desde sus orígenes en los países nórdicos, han adquirido el atributo de ser instituciones mediadoras en su doble función supervisora y correctora de actuaciones incursas en mala administración.

Pese a la concepción compartida de que la mediación es el género para estas instituciones, se hace necesario trasladar las experiencias adquiridas en nuestro derecho comparado al escenario propio del Defensor del Pueblo de España impulsando la puesta en marcha de un sistema de mediación «*ad hoc*» a través de un procedimiento autónomo y estructurado, tal como se encuentra desarrollado a partir del movimiento Alternative Dispute Resolution (ADR).

En la actualidad existen Defensores del Pueblo en más de 140 Estados, a nivel nacional, regional o municipal, con diferentes competencias. Todos ellos se han adaptado al sistema jurídico y político de dichos Estados dentro del respeto de los derechos humanos, libertades fundamentales y buen gobierno; pero cada uno de los modelos establecidos comparten unos principios y valores fundamentales que incluyen la independencia, la objetividad, la transparencia, la justicia y la imparcialidad.

Dichas reglas contenidas en los Principios de París en 1993, así como en la Comisión de Venecia en 2019, han apostado de forma decidida para que los Ombudsmen acudan a los sistemas de amigable composición a través de las figura de la conciliación que, en su versión actual, ha sido reemplazada por la mediación administrativa.

Mucho antes de la elaboración de estos principios, el movimiento ADR ya había calado en los países del *common law* debido a la mayor facilidad y flexibilidad de sus sistemas procesales; por lo que la mediación ADR fue incorporada como especialidad propia de los Ombudsmen a fin de garantizar de forma plena el acceso a la justicia.

Esta es la mejor manera de innovar el funcionamiento de instituciones encargadas de la defensa de los derechos fundamentales, utilizando todos los instrumentos y estrategias disponibles para cumplir con el deber de actuar de manera independiente contra la mala administración y las denuncias de violaciones de los derechos humanos que afecten a un individuo o una persona jurídica.

El contenido de este trabajo se dirige a poner en valor el funcionamiento de la mediación en estas instituciones de garantía, en redefinir el concepto de mediación que acompaña al Ombudsman en origen, dando entrada a otro tipo de mediación ADR, desde una configuración técnico-jurídica más desarrollada y por último, analizar las limitaciones, dificultades y ventajas para una posible incorporación de este sistema compositivo en el funcionamiento ordinario del Defensor del Pueblo de España.

En las Directrices de las Naciones Unidas para una mediación eficaz, se pone de manifiesto que, «la mediación es uno de los métodos más efectivos de prevención, gestión y solución de conflictos. No obstante para que un proceso de mediación sea efectivo es necesario convencer a los antagonistas de las virtudes de la mediación».

En este trabajo se ponen de manifiesto dichos antagonismos, así como los recelos y dudas de personas físicas y jurídicas que aún no se han dejado convencer. Esperamos que estas páginas puedan contribuir a despejar estos titubeos, generando debates y propuestas sobre las virtudes de la mediación en el Defensor del Pueblo como contribución necesaria para un mejor acceso a la justicia y una más innovadora defensa de los derechos fundamentales de los ciudadanos.

II. EL DEFENSOR DEL PUEBLO COMO INSTITUCIÓN DE ADR

1. Planteamiento del problema

Desde los orígenes de la Institución del Ombudsman en Suecia en el año 1809, la mediación con las Administraciones Públicas viene siendo la fuerza motriz que impulsa el funcionamiento de estas instituciones de derecho público, con el objeto de dar respuesta a los ciudadanos ante los abusos burocráticos del gobierno y los casos incursos en «mala administración» (1).

La consideración de que todo Ombudsman es un mediador tiene su origen en la vertiente institucional en la que se inspira su funcionamiento, cuyo objeto social está destinado a una intervención cooperadora y facilitadora, preservando los intereses de los sujetos privados frente a las acciones de los poderes públicos, a la búsqueda de un equilibrio necesario como factor de convivencia y de armonía social.

Sobre esta caracterización inicial, el Ombudsman se ha venido a configurar como, «Una Institución encargada de controlar de forma independiente la acción de la Administración con la finalidad de poner fin a un conflicto de intereses entre la administración y los ciudadanos a través de una recomendación o propuesta de reforma sin fuerza coercitiva» (2).

Estos conflictos de intereses tienen su origen en desacuerdos de los particulares frente a la acción administrativa en diversos escenarios y materias de intervención; por lo que la mediación institucional del Ombudsman se centra en el compromiso axiológico de ponderar el interés privado que subyace en la reclamación de un sujeto jurídico, con el intereses público que preside cualquier tipo de intervención administrativa.

Si bien hasta la primera década del siglo XXI, el Ombudsman ha mantenido de forma unánime en los países de derecho continental ese rasgo universal de tratarse de una institución mediadora dentro del género más amplio que abarca este concepto (3), lo cierto es que estas instituciones han comenzado a realizar un proceso de revisión de este medio de composición, con el fin de facilitar que los particulares puedan dirimir sus diferencias con la Administración en un escenario más directo y participativo a través del reconocimiento explícito de la mediación administrativa en su actual configuración.

La idea no es una novedad para los países que se rigen por el sistema del «Common Law», cuyos Ombudsmen realizan desde sus comienzos, actividades de mediación en el marco de un procedimiento estructurado «*ad hoc*», gracias a la flexibilidad e informalidad de sus sistemas procesales.

Sin embargo, pese a que nuestros Ombudsmen continentales se mueven en la esfera del sistema del *civil law* con un componente más legalista que les obligaría a convertirse en meros tribunales administrativos, lo cierto es que en el escenario en el que supervisa la actividad de la Administración, los Defensores del Pueblo deben utilizar reglas que son más cercanas a los sistemas del *common law*, dado que la equidad, las fuentes consuetudinarias y el derecho material —consignatarios de dicho sistema— son los elementos más adecuados que permiten atemperar el rigor en la aplicación de las norma escrita —legalismo administrativo— y evitar sus consecuencias injustas en relación con los particulares.

Aceptar esta realidad, facilita enormemente ampliar el campo de actuación de la Institución del Defensor del Pueblo, incorporando nuevas estrategias que permitan modernizar e innovar sus medios de intervención para enfrentar determinadas situaciones o conflictos administrativos que por razón de materia o de oportunidad, encuentran en dicho escenario un espacio más idóneo.

Llegados a este punto, debemos recordar que la mediación es un sistema de resolución de conflictos o de amigable composición que pertenece en el ámbito procesal a los equivalentes jurisdiccionales —según el hallazgo de Carnelutti— (4).

En el escenario en el que se mueven los Ombudsmen, la mediación administrativa es un procedimiento estructurado, sea cual sea su nombre o denominación, en el que, dos o más partes en un litigio de derecho administrativo intentan voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo con la ayuda de un mediador.

Este medio de composición, integrante de un movimiento general existente en el Derecho norteamericano, conocido como *Alternative Dispute Resolution* o Métodos Alternativos de Resolución de Conflictos —en adelante ADR— se inició a finales de los años 30 del siglo XX en los EE UU (5) y actualmente constituye —como veremos— uno de los equivalentes jurisdiccionales con mayor presencia en el derecho público de nuestro sistema continental.

La mediación está destinada como todos los ADR'S a mejorar la calidad del derecho de acceso a la justicia, dando prioridad a los ciudadanos para sean ellos mismos quienes resuelvan sus problemas (6). Dicho movimiento ha tenido unos efectos radiantes tanto en los países de *common Law* como los de *civil law*, con el fin de concretar o delimitar los distintos medios adecuados de solución de controversias extrajudiciales, que ofrecen una alternativa, equivalencia o complementariedad al proceso judicial.

En efecto, los ADR'S se han centrado esencialmente en la puesta en marcha de un sistema alternativo o complementario de resolución de conflictos de naturaleza consensual como son la negociación, la conciliación, la mediación o el arbitraje administrativos.

Este sistema ha experimentado un fuerte desarrollo a principios de los años ochenta del pasado siglo en EEUU que se tradujo, —por lo que respecta al derecho administrativo americano— en la publicación de las Leyes «The Administrative Dispute Resolution Act of 1990 (ADR Act 1990)», «The Administrative Dispute Resolution (ADR Act 1996)», así como «The Alternative Dispute Resolution Act of 1998» (ADR Act of 1998) (7).

Estas normas jurídicas denominadas con el acrónimo (ADRA) están destinadas al impulso de políticas públicas para la creación de programas dirigidos a su implantación en la actividad ordinaria de las agencias gubernamentales (8).

La importancia de las Leyes ADRA, en sintonía con la doctrina anglosajona (9), es que los medios alternativos de resolución de disputas, se refieren a cualquier procedimiento dirigido a resolver problemas en controversia que incluyen —entre otros— la conciliación, facilitación, mediación,

determinación de hechos, juicios, arbitraje, así como el uso de los «ombudsmen» o cualquier combinación de los mismos (10) .

A partir de la consideración de que los Ombudsmen son instancias incluidas en el movimiento ADRA y que, además, pueden ofrecer una combinación de competencias en su marco de actuación, se abre paso con la mediación administrativa a una nueva especialidad de mediación ADRA o *ad hoc* para los Defensores del Pueblo con el fin de resolver de otra manera los conflictos de los ciudadanos frente a la actuación de la Administración; lo que añade valor a la organización y una mayor eficacia en el uso de nuevos modelos que permiten una innovación en los sistemas de garantía de los derechos de los particulares (11) .

La confirmación de lo expuesto se ha reflejado en los Principios de París de 1993, relativos al Estatuto y Funcionamiento de las Instituciones Nacionales de Protección y Promoción de los Derechos Humanos.

Se trata de un importante instrumento jurídico de derecho internacional que, conociendo la gran versatilidad en el funcionamiento de los Ombudsman, exhorta a estas instituciones a «tratar de hallar una solución amistosa mediante la conciliación o, dentro de los límites establecidos por ley, mediante decisiones obligatorias o, en su caso, cuando sea necesario, siguiendo un procedimiento de carácter confidencial» (12) .

Este es el camino que ha seguido la Oficina del Ombudsman de la Secretaría de las Naciones Unidas quien, frente a la necesidad de reconocer la propia singularidad de la mediación ADRA *ad hoc* y, en aplicación de la resolución 62/228 de la Asamblea General (13) , ha creado una estructura de Ombudsman única, integrada y geográficamente descentralizada para la Secretaría de las Naciones Unidas y sus fondos y programas, a la que se dio el nombre de Oficina del Ombudsman y de Servicios de Mediación de las Naciones Unidas (OSMNU).

Dicha Oficina está constituida por tres pilares: el Ombudsman de las Naciones Unidas, el Ombudsman de los fondos y programas y el Ombudsman del ACNUR, quien cambió la denominación de mediador al reconocer como especialidad propia de los ADRA la figura del Ombudsman.

Debe destacarse la citada Resolución 62/228 de la Asamblea General en la que se reconoce que la resolución informal de conflictos es un elemento decisivo del sistema de administración de justicia, y subraya que debe hacerse todo el uso posible del sistema informal a fin de evitar litigios innecesarios y destaca el papel decisivo de la mediación en la solución de diferencias.

Por su parte, la institución francesa «le Défenseur des droits» y algunos defensores del pueblo autonómicos en España, como el Defensor Andaluz, El Defensor de Navarra y el Diputado del Comun de Canarias, están impulsando la mediación administrativa como medio directo de resolución de conflictos en sus procedimientos de queja, a través de distintas estrategias que ponen en valor la las capacidades de los Ombudsmen y la mas eficaz utilizacion de sus recursos.

Debe indicarse también que dichos Defensores autonómicos y otras instituciones homólogas en otros países, ya habían incluido en sus leyes reguladoras la mediación administrativa, sin que hasta fechas recientes se hubiera establecido una mediación ADRA o *ad hoc* diferenciada de lo que constituye la propia función universal de mediación concebida para este tipo de instituciones (14).

2. La mediación no debe alterar el funcionamiento ordinario del Defensor del Pueblo en sus tareas de supervisión

Con todo ello, debemos dejar claro que esta nueva atribución competencial de la mediación ADRA no puede desvirtuar la propia naturaleza y régimen competencial de los Ombudsmen que, por otra parte, debe mantenerse inalterable atendiendo a los siguientes indicadores:

- Se trata de instituciones de origen parlamentario, incluidas —por lo general— en la propia Constitución y dotadas de independencia, neutralidad y de imparcialidad.
- Su actividad se dirige a la defensa de los derechos de los ciudadanos frente a la actividad de la Administración a través de una serie de mecanismos procedimentales de carácter informal.
- Son de fácil accesibilidad al permitir la intervención de cualquier ciudadano que invoque un interés directo y legítimo.
- Actúan de acuerdo con un procedimiento gratuito y sus resoluciones no son recurribles ante los tribunales.
- Sus informes y recomendaciones dejan un abundante poso doctrinal al modo de una «cuasi-jurisprudencia mediadora» a la que recurren nuestros tribunales como base argumental en sus sentencias judiciales.
- Tienen el poder de investigar, denunciar y dar publicidad a las actuaciones inmersas en «mala administración», pero no disponen de la facultad de revocación, ni del poder coercitivo que acompaña a las resoluciones administrativas o judiciales (15).

Por último y tal como contempla la Resolución 75/186 aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 16 de diciembre de 2020, sobre el papel de las instituciones de Ombudsman y mediadores en la promoción y protección de los derechos humanos, la buena gobernanza y el estado de derecho, también ejercen

«La función importante de asesoramiento a los Gobiernos respecto de la redacción de leyes y políticas nacionales o la modificación de las existentes, la ratificación de los instrumentos internacionales pertinentes y la armonización de la legislación nacional y las prácticas nacionales con las obligaciones que incumben a sus respectivos Estados en virtud de los instrumentos internacionales de derechos humanos» (16).

3. Un mediador no es un Ombudsman por defecto y viceversa

Bajo el respeto absoluto al marco normativo necesario en el que se desenvuelven estas instituciones

y siguiendo la dinámica de los países anglosajones, podemos establecer una clara dicotomía entre el modelo «Ombudsman» y el modelo «Mediación», ambos incluidos por separado en el movimiento ADRA y con una autonomía y substantividad propias derivadas de su distinta configuración en el plano teórico y práctico.

Así, un Ombudman trabaja para gestionar los conflictos dentro de una organización a través de las quejas que llegan a su conocimiento y que son tramitadas bajo las reglas de un procedimiento informal que finaliza con una recomendación no vinculante (17).

Por su parte, la mediación es un procedimiento específico dirigido a facilitar un encuentro entre las partes con la ayuda de un tercero llamado mediador, en la idea de alcanzar un acuerdo consensuado.

Prueba de esa propia singularidad, la ofrece el Ombudsman al presentar distintos modelos de actuación que la doctrina ha venido caracterizando en función de las propias necesidades de sus usuarios y del escenario en el que desarrollan su actividad.

En el caso de que el Defensor del Pueblo opte por una mediación, su papel se centra exclusivamente en facilitar vías de comunicación con las partes en un plano de horizontalidad con la finalidad de que lleguen a un acuerdo

Así, podemos hablar de Classical Ombuds (18), Advocate Ombuds, Hybrid Ombuds, Executive Ombuds, Legislative Ombuds, Organizational Ombuds o Media Ombuds, entre otros. Tales figuras pertenecen al género Ombudsman, pero su singularidad se deriva de las distintas opciones de tratarse de instituciones de carácter privado o público, personalista u organizacional, de origen parlamentario o gubernamental, de naturaleza constitucional o legal, de defensores con competencia universal o sectorial (19).

Por lo tanto, existen similitudes y diferencias entre los diferentes tipos de Defensores del Pueblo, pero debe destacarse que el Ombudsman del sector público frente al privado está establecido por ley para recibir o investigar quejas sobre el funcionamiento de la Administración, así como identificar los problemas sistémicos e investigar las quejas poniendo énfasis en ofrecer soluciones de equidad (20).

Prueba de esa diversidad institucional es que en la actualidad hay Defensores del Pueblo en más de 140 Estados; esto es, a nivel nacional, regional o municipal, con diferentes competencias.

El nexo común que identifica a estas instituciones es el de haberse adaptado al sistema jurídico y político de los diferentes estados y nacionalidades, constatando que los principios fundamentales de la institución del Ombudsman, que incluyen la independencia, la objetividad, la transparencia, la justicia y la imparcialidad, pueden ser alcanzados a través de distintos modelos y diversas formas de

actuación.

Así viene reflejado en los Principios de Venecia (2019) sobre la Protección y Promoción de la Institución del Defensor del Pueblo, adoptados en la Comisión Europea para la Democracia a través del Derecho (La Comisión de Venecia) (21).

De la diversidad de estas modalidades de Ombudsman se ha llegado a considerar que nos encontramos ante el fenómeno de la «Ombudsmanía», acepción que también se corresponde con el prestigio y proyección internacional alcanzados por esta institución desde sus inicios en Suecia y Dinamarca (22).

Por lo que respecta a la mediación, su singularidad y notoriedad provienen no solo de su incorporación al sistema ADRA, sino esencialmente de que esta técnica de resolución de conflictos se ha venido perfeccionando a través de estrategias muy precisas y elaboradas que han dado lugar a la existencia de distintas corrientes doctrinales, como la seguida por la escuela tradicional-lineal de Harvard, la escuela circular-narrativa, la escuela transformativa y otras tantas escuelas que, como la Escuela integradora (23), reflejan los distintos enfoques que se presentan para la resolución de problemas y la gestión de conflictos jurídico administrativos a través de la mediación.

4. El ombudsman como institución de mediación

Aclarada esta diferencia conceptual entre Ombudsman-Mediación, lo cierto es que esta frontera no puede impedir que el Ombudsman, como institución dotada de un amplio abanico de competencias, utilice la mediación administrativa ADRA en el marco de un procedimiento de queja con el fin de concluir el mismo de forma espontánea a través de un acuerdo que refleje las expectativas de las partes interesadas.

En este contexto, podemos ver una falta de reciprocidad entre estos dos medios de composición Mediación-Ombudsman, dado que si bien el Ombudsman puede servirse de un mediador para cumplir con las finalidades a las que tienden sus atribuciones, la mediación no puede convertirse nunca en un elemento invasivo que pueda servirse de los poderes inquisitivos o fiscalizadores del Defensor del Pueblo, dado que uno de los principios esenciales que dan carta de naturaleza a la mediación es el de tratarse de un procedimiento voluntario en el que solo las partes pueden decir el resultado de la posible controversia.

La importancia de la mediación en los Ombudsmen reside en la necesidad de prever un servicio de resolución temprana de controversias que se añade a las funciones arbitrales de asesoramiento o de reclamación que, en relación con el mismo conflicto, debe desempeñar el titular de la institución.

Por ello en esta dicotomía Mediador-Ombudsman, parece necesario en base a la neutralidad que reclaman estas instituciones, realizar una nítida separación entre las diferentes funciones, etapas y escenarios por los que deriva el conflicto.

Manejar al mismo tiempo las distintas competencias o versiones estratégicas de cada procedimiento, conlleva necesariamente una pérdida de objetivos con respecto a los intereses y las

necesidades de las partes, así como un pérdida de garantía en orden a preservar que las investigaciones y reconocimiento de hechos sean justos y tratados de manera imparcial por todos los intervinientes.

En este sentido, deben establecerse claramente los procesos a seguir en cada caso, las opciones disponibles para las partes, el papel del Ombudsman en cada etapa del proceso y las facultades que tiene a su disposición.

En el caso de que el Defensor del Pueblo opte por una mediación, su papel se centra exclusivamente en facilitar vías de comunicación con las partes en un plano de horizontalidad con la finalidad de que lleguen a un acuerdo.

En ningún caso y en este modelo de actuación el Ombudsman podrá actuar como árbitro y quien haya intervenido o examinado la cuestión desde una perspectiva basada en elementos de juicio sobre el resultado de la contienda, deberá abstenerse posteriormente de participar como mediador, dado que, de no hacerlo, podrá vulnerar el principio de neutralidad.

Lo mismo sucederá a la inversa, esto es, quien ha ejercido de mediador no podrá volver a realizar el papel de investigador o tramitador de la queja, habida cuenta de que su anterior presencia como mediador puede contaminar la objetividad necesaria de un procedimiento contradictorio.

Debe indicarse que las comunicaciones realizadas en el proceso de mediación son abiertas y transparentes, por lo que no pueden tenerse en cuenta posteriormente si el asunto se convierte en un procedimiento de investigación o de confrontación.

De ahí que sea una nueva persona al servicio del Defensor del Pueblo que no tenga conexión con el asunto, quien asuma la investigación, debiendo —en todo caso— establecerse barreras de información, que impidan los flujos comunicativos o filtros entre personas o procesos mediación-ombudsman netamente diferenciados.

Debe indicarse también que el poder o la capacidad del Ombudsman también difieren de los de un mediador. El mediador es silencioso e invisible y por lo tanto de su intervención no se puede esperar otra cosa que mantener la confidencialidad y generar en torno al proceso de mediación dinámicas *ad intra* a través de un discurso de intereses y necesidades en un escenario de negociación distributiva y terapéutica.

De ahí que según sugiere Wiegand (24) las partes en la mediación pueden redefinirse como «individuos con problemas interpersonales o psicológicos» en lugar de «sujetos portadores de derechos».

A diferencia del mediador, el Ombudsman es visible y proactivo, habida cuenta de que despliega su poder y capacidad «*ad extra*», atendiendo al mecanismo de publicidad del que se sirve legalmente para advertir y poner de manifiesto los problemas derivados de la mala administración.

Otra exigencia de la mediación es que se ofrecerá con carácter voluntario durante todo el proceso.

Esta voluntariedad se mantiene de principio a fin, pudiendo las partes desistir o renunciar al proceso de mediación en el momento en que lo estimen conveniente y solicitar que la cuestión se resuelva por la vía de la investigación y resolución por parte del Defensor.

Es fundamental que el resultado de cualquier proceso de resolución temprana a través de la mediación impida al Ombudsman dictar resoluciones que desdibujen los límites y requisitos de la mediación, debiendo limitarse a reconocer cualquier acuerdo que se alcance y finalizar el asunto cuando las partes así lo acuerden.

El servicio del Defensor del Pueblo está evolucionando hacia otras competencias que implican un cambio positivo y racionalizador de acuerdo con las herramientas jurídicas que tiene a su alcance.

A medida que se amplían sus funciones, resulta vital que su papel en cada etapa del proceso de resolución de disputas, sea transparente, ordenado y coherente con la necesidad de crear confianza en el servicio y un crédito reputacional libre de cualquier sospecha.

5. Valor de la equidad en la mediación

Dentro de las estrategias para resolver conflictos en un marco de flexibilidad, los Ombudmen deben examinar la legalidad de la actuación de la Administración, pero también desde una finalidad mediadora y pacificadora, le corresponde a través de un procedimiento informal, examinar los actos que generan consecuencias injustas o perjudiciales a los particulares con el fin de evitar el mantenimiento de un conflicto en un escenario en el que, a través de la mediación o la amigable composición, se utilizan estrategias de no confrontación, basadas en el dialogo, la persuasión, la participación, la proporcionalidad y la equidad.

La atención preferente al principio de equidad es una constante de todo Ombudsman (25), pues su aplicación como valor, regla o como fuente de derecho, trasciende al rigor imperativo de la norma, para ser utilizada en circunstancias en que se producen consecuencias injustas para los particulares.

Por eso, la mala administración y la equidad van de la mano cuando se trata de dirimir contiendas en las que solo a través de un diálogo transformador (26) propiciado por un tercero mediador, podrá alcanzarse la mejor decisión posible atenuando o corrigiendo comportamientos administrativos claramente desfavorables.

De ahí que todos los Ombudsman —y me remito al caso del Médiateur Francés que veremos más adelante— relacionan la mediación con aquellas situaciones perversas en las que se ha producido un legalismo administrativo o burocratismo muy lejano a las necesidades del público (27).

Se incorpora una nueva forma de actuación del Ombudsman en el uso de la mediación administrativa, consustancial con las corrientes innovadoras de la justicia de paz, y de las fuentes normativas de nuestro acervo comunitario

Más allá de la defensa estricta de la legalidad, la mediación tiende a buscar soluciones imaginativas para hacer frente a problemas individuales o sistémicos a través de un intercambio de propuestas con el fin de evitar un enquistamiento en el conflicto y favorecer un cambio de escenario tendente a evitar los efectos negativos derivados del uso de los sistemas reactivos que forman parte de nuestro sistema de garantías pero que, en ocasiones no satisfacen los intereses y los derechos de las partes en un procedimiento contradictorio.

A través de la mediación el interesado se convierte en codecisor de una actividad pública que se descentraliza y si bien en el orden jurídico-administrativo ello no ha implicado una quiebra de la concepción clásica del binomio potestades discrecionales-potestades regladas, sí ha provocado una modulación en el ejercicio de la prerrogativa o del acto unilateral a favor de una actuación concertada y participativa en el marco de lo que nuestra doctrina ha definido como «actividad administrativa consensual».

En definitiva, tal como veremos mas adelante, se incorpora una nueva forma de actuación del Ombudsman en el uso de la mediación administrativa, consustancial con las corrientes innovadoras de la justicia de paz, y de las fuentes normativas de nuestro acervo comunitario plasmadas en directivas, recomendaciones y normas nacionales que, actualmente y en algunas países de nuestro entorno ya gozan de efectividad plena.

III. LA MEDIACIÓN ADMINISTRATIVA

1. Dificultades y estrategias para su puesta en escena

Las distintas formas y escenarios en los que los poderes públicos desarrollan su actividad provocan cambios sustanciales en las situaciones jurídicas de los sujetos privados en su condición de ciudadanos, generando discrepancias o desacuerdos que reactivan la puesta en marcha de los distintos sistemas de garantías que ofrece nuestra Constitución y que residen esencialmente en dirimir contiendas en los tradicionales escenarios que presenta nuestro régimen procesal a través de los recursos impugnatorios.

Han pasado muchos años desde que el legislador y nuestra doctrina recuperasen del derecho antiguo los sistemas de amigable composición, los cuales si bien ofrecieron un buen resultado a través de determinadas instituciones jurídicas, fueron desapareciendo a medida que nuestro derecho administrativo reclamaba para sí una mayor autonomía sobre la base de reivindicar unos valores centrados en un positivismo anclado en la preeminencia de la ley como fuente exclusiva y garantista del derecho público, sin atender a otros valores materiales, principios o fuentes del derecho basados en la proporcionalidad, la justicia material o en la equidad.

Esta recuperación de los ADR se hizo visible en la ya extinta ley 30/1992 del siglo pasado, ofreciendo abiertas expectativas para un cambio en el comportamiento administrativo a través de la terminación convencional del procedimiento; institución jurídica que ha tenido su continuidad en los

arts. 86 y 112 de la ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

Por extraño que parezca, dicha ley todavía no ha experimentado un mínimo despliegue normativo en este ámbito, quedando la mediación administrativa como un cuerpo sin alma, que aquí en España únicamente se alimenta de sus propias fuentes doctrinales y de la experiencia muy positiva de los proyectos piloto desarrollados en la vía administrativa y contenciosa durante los últimos diez años.

Es cierto que nuestro derecho comunitario hace gala de la incorporación de la mediación o la conciliación administrativas en los sistemas de ADR'S y que muchos países de nuestro entorno han recogido en sus leyes de procedimiento administrativo la mediación intrajudicial y la convencional, incluso como paso obligado antes de la utilización de los medios reactivos.

Pero la realidad que subyace es que en España los sistemas alternativos de resolución de conflictos siguen luchando por sobrevivir en un mundo regido por un derecho administrativo anclado en viejos dogmas, en el que, por la posición cómoda en la que se desenvuelven quienes detentan la potestad y la prerrogativa administrativas, hace infranqueable los muros del sistema de justicia administrativa, poniendo dificultades para facilitar otros medios de resolución de conflictos basados en la información, en el pacto, en el consenso, en el acuerdo y el contrato con las administraciones públicas.

Como ejemplo de esta dificultad, aun no se explica que el art. 77 de la ley de la jurisdicción contencioso-administrativa que contiene la conciliación intrajudicial, no haya introducido expresamente la mediación, pese a estar incluida en la reforma del Anteproyecto de Transposición de la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles. (28)

Tampoco se entiende que, pese a la demostración palmaria y evidente de los éxitos cosechados por la mediación en la jurisdicción contencioso-administrativa, este sistema de composición se haya descolgado del reciente Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal del Servicio Público de Justicia, donde sorprendentemente y de forma absolutamente irrazonable la mediación administrativa ha sido preterida.

Estas reticencias se muestran con mayor claridad cuando se constata que el legislador no ha respondido al legítimo ejercicio del derecho de petición ante la Comisión de Justicia del Congreso de los Diputados que promovió la Fundación Valsaín en junio de 2020 a través del IEMEP, junto con el apoyo de los colegios de abogados de Las Palmas, Madrid y Barcelona, para incorporar la mediación convencional e intrajudicial como medio válido de resolución de conflictos entre la Administración y los sujetos privados.

Frente a la escasa regulación que ha presentado la mediación administrativa en España, ello no ha impedido que el Instituto Europeo de Mediación y Ética Pública (IEMEP) —adscrito a la Fundación Valsaín— haya promovido con el Consejo General del Poder Judicial la puesta en marcha de

proyectos piloto de mediación intrajudicial en el orden contencioso-administrativo, cuyo resultado —aun pendiente de una evaluación final— está ofreciendo un balance muy positivo.

Para lograr los fines propuestos por el IEMEP, además de contar con un apoderamiento legal e institucional basado en la investigación a través de fuentes directas, se ha coincidido en destacar que la mediación tiene unas características y connotaciones propias derivadas de los sujetos del proceso —la Administración y los sujetos privados— y de su distinta supremacía jurídica; por lo que ha sido necesaria una labor formativa y de difusión entre los operadores jurídicos, con el fin de limar las dudas y los recelos interinstitucionales que oponían razones de estricta legalidad, de interés público o de defensa de los derechos objetivos, como argumento disuasorio de la implementación de la mediación.

En este contexto, la programación legal puede contener y contiene, junto a los estrictamente jurídicos, criterios de otra procedencia que permitan, a través de la mediación, «estructurar» jurídicamente todos los factores relevantes para la toma de las decisiones administrativas.

Por ello, trabajar en la transformación del conflicto constituye una de las prioridades del sistema de mediación. Se trata de buscar fórmulas flexibles que permitan que la potestad administrativa derive en prácticas consensuadas aprovechando la comunicación y el diálogo en la medida en que se alcance una mayor comprensibilidad de todo el proceso por ambas partes.

2. Factores que condicionan el desarrollo de la mediación

No solamente es nuestro ejecutivo, nuestros técnicos o gestores de las administraciones públicas quienes presentan veladas o soterradas restricciones, cuando no, rechazos abiertos hacia la mediación administrativa.

Hay que decir en su descargo que algunos de nuestros abogados defensores o los propios litigantes siguen anclados en el viejo espíritu celtibérico del «sostenella y non enmedalla», pensando en que solo la propia satisfacción de ganar o el lucro derivado de los costes del proceso que termina con una sentencia judicial favorable es lo único que da consistencia a un sistema jurídico creado —en su versión negativa— para dejar escenarios de perdedores, tras una contienda judicial costosa, dilatada en el tiempo y donde en múltiples casos, nadie ha sido capaz de garantizar un resultado predictivo (29).

Así, muchos profesionales del derecho público demuestran una falta de conocimiento sobre la naturaleza precisa del proceso de mediación, pero aseveran que la mediación puede conducir a resultados que no se pueden alcanzar mediante negociaciones directas o mediante resolución judicial.

Por otra parte, aunque hayan oído hablar de la mediación, hay abogados que no tienen un conocimiento detallado del proceso en el que se sustancia y lo confunden con otras formas de negociación de acuerdos, como reuniones de mesa redonda.

En todo caso, son conscientes de que la mediación puede ser un proceso útil cuando las

negociaciones son imposibles, difíciles o se han roto e, incluso, también aventuran que la mediación puede permitir obtener mejores resultados que los obtenidos en un proceso judicial.

Otra circunstancia que lleva a rechazar la mediación tiene que ver con razones prácticas como los casos en los que se requiere la adopción de una medida cautelar de suspensión de un acto administrativo, así como con objeciones de principio, como la necesidad de establecer precedentes judiciales, necesidad de transparencia y publicidad en los casos de derecho público y por último, desequilibrio de poder entre las partes (30).

Para ello, es crucial que los abogados participen en la mediación para corregir estos desequilibrios. Su presencia es necesaria para garantizar la protección de los derechos de sus patrocinados, ofrecer tranquilidad, así como enmarcar expectativas realistas y redactar los acuerdos de mediación complejos.

En todo caso, aun con la asistencia de los abogados es importante que los mediadores tengan conocimiento del marco legal en el que se desarrollan los procesos de mediación y los principios esenciales del derecho administrativo.

La comprensión por parte del mediador de la terminología y los conceptos relevantes ahorra tiempo y frustración, dado que ayuda al mediador a comprender las respectivas posiciones y le permite avanzar en cuestiones complejas.

Por otra parte, el estigma de litigantes perdedores se reproduce también en el momento en que aunque se gane la contienda, no pueda asegurarse la ejecución de un fallo judicial que, por circunstancias sobrevenidas, derivadas de un cambio en la situación jurídica de los sujetos legitimados o de los propios terceros, genera serias dificultades para su propia efectividad.

Son estos supuestos, los que permiten constatar que a través de la mediación intrajudicial, algunos tribunales han podido atender a los intereses reales en juego de los sujetos legitimados ofreciendo respuestas compatibles con los intereses y derechos ventilados en el curso de un proceso.

3. Reparto de culpas en el retraso de la incorporación de la mediación

Si bien lo anterior es una verdad incontrovertida, también lo es —como diría Benedetti— que «*La culpa es de uno cuando no enamora y no de los pretextos, ni del tiempo(...)*», por lo que, a la vista de la situación actual y pese a valorar de forma positiva los avances de la mediación intrajudicial en este campo, debemos analizar los motivos por los que las bondades del sistema de «justicia alternativa», de «justicia complementaria» o de «justicia adecuada» no han recibido los apoyos necesarios y en consecuencia, la acogida esperada.

Tampoco estas bondades han seducido a un legislador que, acuciado por asuntos que erróneamente considera de mayor calado político o social, procrastina materias que, como la mediación, pueden ofrecer a largo plazo una mejora importante para facilitar una participación más directa de los ciudadanos en los asuntos que le afectan y configurar un sistema de acceso a la justicia más cercana al ciudadano y, por ello, generadora de una mayor confianza y legitimidad democrática, acorde con

los principios y derechos fundamentales que proclama nuestro texto constitucional.

Es ahí donde nos corresponde evaluar cuáles son los fallos o fracasos del sistema y como contrapartida, desde una posición muy reflexiva y quizás, menos entusiasta, debemos insistir en demostrar, con fundamentos jurídicos y doctrinales así como con elementos de convicción basados en hechos reales, que la mediación administrativa ha venido para quedarse como un sistema prioritario de acceso a la justicia.

Por otra parte, la mediación puede ofrecer en el campo de la innovación jurídica, un comportamiento administrativo que, en relación con los ciudadanos, atienda a los principios en que se concreta el derecho de buena administración, elevado a la categoría de derecho fundamental en el actual art. 41 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

Por el momento y para alcanzar ese resultado, debemos seguir analizando los pros y los contras de este sistema de resolución de conflictos, aunque para ello tengamos que confrontar algunos mitos del derecho administrativo anclados en posiciones heredadas de otros tiempos que actualmente son incompatibles con una sociedad en continua transformación (31).

4. El tropiezo de la mediación con los precedentes

Hay cuestiones de principio que debemos retener frente a las excesivas muestras de entusiasmo acerca de la mediación administrativa: en el campo del derecho público el efecto radiante de las sentencias judiciales sobre la toma de decisiones de los organismos públicos seguirá siendo un control particularmente importante de la autoridad del estado.

La creación de precedentes en nuestro derecho es importante para desarrollar ciertas áreas del derecho, atendiendo las necesidades de la comunidad en general, además de proporcionar un indicador para los organismos públicos sobre cómo desempeñar sus funciones legalmente y como actuar en situación similares de cara al futuro.

El precedente administrativo es, por tanto, «aquella actuación pasada de la Administración que, de algún modo, condiciona sus actuaciones presentes exigiéndoles un contenido similar para casos similares» (32).

La importancia del precedente se traduce en asegurar que la creación, modificación o extinción jurídica a través de un acto o resolución administrativa crea un comportamiento administrativo que resulta vinculante para otros supuestos en los que se produzca una identidad objetiva de razón.

Si en los casos en los que resulta de enorme trascendencia jurídica el resultado en que termina un procedimiento administrativo ordinario o en vía de recurso, se sustrae su conocimiento a favor de un proceso de mediación, se podría correr el riesgo de acabar con los precedentes y colocar la situación de los ciudadanos en procedimientos similares en una clara indefensión.

Esta situación puede limitar las derivaciones a mediación, dado que se podría argumentar que se quiebra el principio de igualdad, toda vez que, si bien el acuerdo derivado de mediación tiene efectos

jurídicos para las partes interesadas, lo cierto es que solo resuelve una situación jurídica particular por lo que el pacto o el acuerdo nunca podrá ser fuente de derecho al no crear ningún precedente.

Sin embargo, esta necesidad de conservar la doctrina del precedente no explica por sí mismas las dificultades de acudir a mediación, toda vez que el precedente también podría ser aplicable a la propia doctrina elaborada por los defensores del pueblo sobre la que hablaremos más adelante tras los acuerdos mediados.

Para ello, es posible incorporar en acuerdos de mediación compromisos sobre futuros comportamientos o prácticas administrativas con trascendencia política respecto a la solución dada en un proceso individual de mediación que, desde luego, beneficiarían al propio litigante, así como a otros usuarios del servicio o ciudadanos que potencialmente se enfrentan a la misma situación.

IV MEDIACIÓN INSTITUCIONAL Y OMBUDSMAN. EL PRECEDENTE DE «LE DÉFENSEUR DES DROITS» EN LA REPÚBLICA FRANCESA

La mediación institucional administrativa en Francia ha estado representada durante muchos años por la figura del «Médiateur de la République», autoridad administrativa independiente que fue creada en el año 1973 en virtud de la «Loi n°73-6 du 3 janvier 1973 instituant un Médiateur de la République», actualmente derogada por «la Loi n° 2011-334 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits».

Su misión estaba destinada a mejorar las relaciones entre los ciudadanos y la Administración a través de su intervención para proponer soluciones de distinta naturaleza sobre la base de criterios de legalidad y especialmente buscando respuestas favorables basadas en el principio de equidad para aquellas situaciones en las que las acciones derivadas de disposiciones normativas conducían a situaciones inequitativas (33).

En torno a esta institución actualmente desaparecida y cuyo relevo fue asumido por el Défenseur des droits en el año 2011, se ha creado durante 38 años una cultura de mediación compartida con otras instituciones de derecho público con las que el Médiateur de la République se asoció en 2002, al considerar que la independencia y la misión cooperadora de todas ellas en la mejora de los servicios públicos a través de una actividad mediadora constituía un factor de identificación comúnmente aceptado (34).

Pese a que la naturaleza, la constitución y las competencias del «*Le Défenseur des droits*» difieren sensiblemente de las atribuciones originarias del «Médiateur de la République», lo importante es que no solamente reproduce el Defensor francés las reglas de la equidad en las recomendaciones relativas a la situación de las personas interesadas, sino que la nueva ley tiene un mayor alcance dentro del movimiento ADR, al facultar al «Defenseur des droits» para proceder a la resolución amigable de las diferencias a través de la vía de la mediación.

Del mismo modo, incluye dicho texto legal el requisito de la confidencialidad que acompaña a este medio de resolución de conflictos, al prever que las informaciones recogidas en las declaraciones

realizadas en el curso de la mediación no podrán ser reproducidas, ni invocadas posteriormente en instancias civiles o administrativas sin el consentimiento de las personas interesadas, salvo si la divuldación del acuerdo es necesario hacerlo efectivo o se lo imponen razones de orden público (35).

La contundencia con que la mediación administrativa se incorpora dentro de las competencias del ombudsman francés, dejan fuera de toda duda que este debe ser el camino a seguir por los restante instituciones homólogas que aun no disponen de un sistema de ADR entre sus competencias.

Es cierto que la enorme influencia del antiguo «*Médiateur de la République*» en la puesta en marcha de la mediación administrativa, proviene de la modificación operada en la ley de 1976 (36), que incorporó la equidad como magistrura de influencia en la resolución de asuntos que permiten atenuar o corregir las consecuencias insoportables de la aplicación de la norma escrita (37).

Si el Defensor Francés dispone actualmente de un sistema de mediación, es también porque las leyes administrativas galas, siguiendo la senda de la Directiva Europea 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles, promulgó la importante «*Loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016, de modernisation de la justice du XXIe siècle*» (38).

Esta Ley dirigida a facilitar una justicia más accesible, eficaz y y mas simple para la ciudadanía, introduce importantes modificaciones en el «*Code de Justice Administrative*» que se completan con el «*Décret n° 2017-566 du 18 avril 2017 relatif à la médiation dans les litiges relevant de la compétence du juge administratif*» y que dan lugar a la instauración de la mediación administrativa en Francia (39).

El apoderamiento legal de la mediación administrativa y la fuerza radiante de la mediación en el espacio en el que se mueve el Ombudsman francés ha dado lugar al establecimiento de un sistema de «*règlement amiable de differents*» entre las partes, que son gestionados por los delegados territoriales en el conjunto del territorio nacional, así como por los agentes que instruyen las reclamaciones en la propia sede del «*Défenseur des droits*» (40).

Junto a ello, la novedad mas importante siguiendo el marco legal actual de las competencias del Defensor francés es la incorporación de la mediación «*préalable obligatoire*» por la citada «*loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXIe siècle*», para los recursos administrativos interpuestos contra las decisiones relativas al «*revenu de solidarité active*» (RSA), a la «*l'aide personnalisée au logement (APL)*» y las «*aides exceptionnelles de fin d'année*».

En efecto, de entre los diferentes procedimientos de mediación previstos en el art. 5 de la citada Ley de modernización de la justicia, se ha establecido un sistema de mediación previa obligatoria (Médiation Préalable Obligatoire MPO) para los recursos contenciosos formados por ciertos agentes sometidos a las disposiciones de la «*Loi n.º 83-634*» (41), sobre los derechos y obligaciones de los servidores públicos frente a actos relacionados con su situación personal y solicitudes relativas a prestaciones, subsidios o derechos concedidos para la asistencia o acción social, vivienda o en favor del empleo de trabajadores privados (42).

Desde abril de 2018, y tras la publicación del «Décret n° 2018-101 du 16 février 2018 portant expérimentation d'une procédure de médiation préalable obligatoire en matière de litiges de la fonction publique et de litiges sociaux» el Defensor de Derechos y sus delegados territoriales están experimentando este nuevo enfoque para la solución amistosa de disputas sociales en seis departamentos de Francia; a saber: disputas relativas a la renta activa solidaria (RSA), asistencia de vivienda personalizada (APL) y ayuda excepcional al final de la vida del año.

Hacer del recurso a la mediación un requisito previo obligatorio antes de la remisión al juez administrativo ha sido es parte del desarrollo de los métodos alternativos de resolución de disputas, con el objetivo de ofrecer al mismo tiempo a todos una justicia de proximidad y reducir el volumen de asuntos sometido a los tribunales administrativos.

En un momento en que los servicios públicos y las organizaciones de protección social están digitalizando sus herramientas y sus relaciones con los usuarios, ha resultado esencial dar voz a las personas afectadas, con el fin de escuchar su situación de vulnerabilidad social que les aleja de los espacios públicos y de la toma de decisiones.

Para «*Le Défenseur des droits*», el dispositivo de la mediación previa obligatoria permite ofrecer a las personas en situación de precariedad el acceso a la justicia, a través de una mediación gratuita facilitada por un tercero imparcial e independiente.

En las conclusiones incorporadas al estudio realizado por el Observatorio del Defensor de los Derechos francés sobre el recurso a la «*médiation préalable obligatoire*» MPO (junio 2021) (43), se aportan resultados positivos sobre las bondades y beneficios del sistema de mediación en este contexto.

La promesa de un diálogo facilitado por un tercero neutral, independiente convierte al Defensor de los Derechos en un actor clave en la mediación entre la Administración y sus usuarios. Si bien, según se analiza en el citado estudio, la mediación solo tiene sentido si la Administración a la que se apodera tiene un margen real para evaluar el caso que se le somete.

Una vez desconectada radicalmente de los desafíos del litigio, la mediación ahora aparece cada vez más a menudo como una etapa en el camino del litigante, por lo que este desarrollo implica mayores exigencias que nunca a la independencia, eficacia y accesibilidad de los implicados en esta mediación.

V. LA MEDIACIÓN ADMINISTRATIVA EN LOS DEFENSORES DEL PUEBLO AUTONÓMICOS DE ESPAÑA: ALGUNAS NOTAS SOBRE LA MEDIACIÓN ADMINISTRATIVA EN EL DEFENSOR DEL PUEBLO DE ANDALUCÍA

Hemos indicado en anteriores páginas que la mediación administrativa cuenta actualmente con el respaldo institucional y social necesario para su puesta en funcionamiento de una manera estable en muchos escenarios y sectores de actividad de derecho público.

Sin embargo, la ausencia de una legislación clara y precisa sobre este sistema de composición en España está generando situaciones de inseguridad jurídica, así como una ralentización de un sistema ADR que debería haberse regulado de forma razonable a partir de la Recomendación RE (2001) 9 del Comité de Ministros de los Estados miembros, sobre los modos alternativos de regulación de los litigios entre las autoridades administrativas y las personas privadas (44), así como de la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles.

Pese a ello y a no contar con una legislación avanzada sobre la mediación administrativa como si sucede en el derecho público francés, debe ponerse en valor la iniciativa del Defensor del Pueblo Andaluz, para la puesta en marcha de esta figura compositiva, que desde su inicio en el año 2016, está ofreciendo unas respuestas acordes con las finalidades a las que tiende el Defensor del Pueblo en su doble condición de Ombudsman y Mediador, tal como el movimiento ADR ha incluido a estos dos equivalentes jurisdiccionales.

Del mismo modo debe ponerse de manifiesto el impulso que otros defensores autonómicos como el Defensor de Navarra y el Diputado del Común en Canarias, están dando a la amigable composición a través de la incorporación de la mediación «*ad hoc*» en sus procedimientos de queja, si bien el poco tiempo que llevan desarrollando esta actividad, dificulta un tratamiento más amplio como el que vamos a realizar con la experiencia de mediación obtenida por el Defensor del Pueblo Andaluz.

En su configuración de Ombudsman, al Defensor del Pueblo Andaluz le corresponde —a través de la preceptiva queja y un procedimiento contradictorio— la defensa de los derechos y libertades comprendidos en el título I de la Constitución, a cuyo efecto podrá supervisar la actividad de la Administración Autonómica para aquellos supuestos en que concurre una situación incompatible con dichos derechos o se producen situaciones incurso en la mala Administración (45).

Por su parte, en su configuración como Mediador, corresponde al Defensor andaluz ayudar a la ciudadanía y a las administraciones a encontrar una solución que respete sus mutuos intereses, facilitando un clima de diálogo y de entendimiento constructivos de cara al futuro, dado que, dentro del perfil de una institución mediadora, se trata de poner de manifiesto la cultura mediadora como expresión de un proceso de aprendizaje directo de prevención y solución de los conflictos.

Las voces que caracterizan esta mediación se reproducen en unos términos inequívocos que en las conclusiones del informe sobre su funcionamiento hablan de flexibilidad, procedimiento estructurado, tercero imparcial, mutua colaboración, puntos de encuentro, posibles soluciones, seguridad y control, recomposición, desequilibrios, diálogo, comprensión, participación, anclaje legal y utilidad (46).

El documento de las conclusiones publicadas en el documento del Servicio de Mediación Andaluz, ofrece un sistema de mediación compacto, riguroso y operativo que, en esencia, tiene en cuenta el respeto tanto al modelo ADR Ombudsman, como al modelo ADR Mediación con el objeto de evitar actuaciones que contaminen o invadan las competencias que se sustancian separadamente en ambos procedimientos.

Sin embargo, precisamente porque el Ombudsman con carácter general utiliza ambos modelos de ADR, resulta necesario recordar la necesidad de observar comportamientos que por lo que respecta a la información, reconocimiento de hechos o recogida de datos, no debieran de utilizarse conjuntamente, sin distinguir el «cuando» el «modo» y la «forma» en que se han conseguido esas fuentes de información o recabado dichos datos.

Así, en el Debate para la Adquisición de información en el proceso de mediación que regula el Ombudsman andaluz se afirma que

«... esta fase, clave para la mediación, el Defensor se halla inmerso en la investigación de los hechos, si bien en un modelo muy distinto al de la supervisión clásica, pero su objetivo último es conocer en profundidad los aspectos que conforman el conflicto. La esencial diferencia con aquella es que en mediación se podrá adquirir además de información sobre los hechos, información adicional sobre las emociones presentes, sobre las causas y consecuencias del conflicto que entienden las partes como claves del problema, los contextos en los que se originó el conflicto».

Aunque comparto gran parte de los postulados que defiende esa Institución respecto a las claves de la mediación, mi opinión no coincide con que el mediador deba investigar hechos; tan solo podrá tenerlos por válidos a modo referencial siempre que las partes los hayan reconocido mutuamente.

En este marco, no le corresponde al mediador conocer acerca de la certeza o realidad de los hechos, toda vez que la mediación no está dirigida a probar los hechos, ni a valorarlos, ni a interpretarlos, sino a ayudar a poner sobre la mesa las claves del conflicto.

Es importante para un mediador el que pueda discernir sobre lo que es correcto, justo o equitativo en un proceso de mediación. Pero es esencial que el mediador pueda destilar afirmaciones realizadas por las partes, pero manteniendo la debida neutralidad en cuanto a las posibles certezas, dudas o interrogantes derivadas de dichas afirmaciones, toda vez que la jerarquía o «autoridad» del mediador no consiste en constatar realidades sino en facilitar el consenso de verdades subjetivas.

Creo que tampoco sería factible que la persona que ejerce la mediación recibiera informes o documentos del asesor que inició el procedimiento de queja antes de derivar a mediación, a no ser que el documento que se le remita sea una reproducción fiel y exacta del expediente administrativo.

Por el mismo motivo, mantengo una posición discrepante con los postulados que acompaña el citado documento respecto a que sea «aconsejable que en las sesiones de mediación se encuentre presente siempre un asesor o asesora del área correspondiente, a efectos de colaborar con el mediador en su tarea desde el punto de vista jurídico y técnico de la materia sobre la que versa el conflicto».

En este punto, debe considerarse que por respeto a la imparcialidad, confidencialidad y neutralidad que debe acompañar el sistema de mediación, no es acertado incorporar en los procesos al personal asesor del área correspondiente que en su tarea de supervisión ha estado directa o indirectamente

en contacto con el asunto que posteriormente es objeto de mediación o que se relaciona con materias que con carácter general guardan relación con dicho objeto.

La confidencialidad que reclama el sistema «ADR mediación» también es proporcional con el deber de reserva que debe contemplarse en el «ADR Ombudsman», por lo que no es dable que exista un intercambio de funciones como tampoco de informaciones o datos que deben ofrecer un hermetismo basado en la no difusión de contenidos más allá del escenario en el que han sido recabados.

Dicho de otra manera, los modelos «ADR Ombudsman» y «ADR Mediación» deben ventilarse separadamente y no admiten mixturas, ni intervenciones espontáneas injustificadas que puedan contaminar el proceso o desnaturalizar la esencia de la mediación.

Por último y por lo que respecta a las claves para determinar qué supuestos se median y cuáles son tramitados con el modelo de supervisión, considero que la decisión no tiene que ser flexible. Todo lo contrario, la elección de la mediación debe ser rigurosa haciendo prevalecer el interés general del Defensor del Pueblo y los objetivos de su actuación por encima de la conveniencia o el interés material que pueda ofrecer la mediación.

En este sentido, debe evaluarse a favor del criterio institucional si el objeto del conflicto puede ofrecer posibilidades de formular una sugerencia o una recomendación respecto al problema planteado.

Esa sería la primera razón que pudiera descartar de plano la derivación a mediación, toda vez que las resoluciones del Defensor del Pueblo tanto si son individuales, como de carácter general resultan prioritarias en cuanto que son fuente de doctrina, impulsan la creación y modificación de situaciones jurídicas y crean un estado de opinión y una magistratura de influencia de la que se nutren nuestros tribunales de justicia y todos los poderes públicos.

Mientras el juez que deriva a mediación se desentiende del contenido de lo que hayan acordado las partes homologando el acuerdo si no contraviene el ordenamiento jurídico, en el caso del Ombudsman, por el propio compromiso y legitimidad constitucional que implica el deber de controlar el buen funcionamiento de la Administración, no puede permanecer impassible con un resultado de mediación en el que el acuerdo no supere unos estándares mínimos de razonabilidad o de adecuación a la consideración de elementos relacionados con la equidad, la confianza legítima o la buena fe.

De igual manera, el control de la actividad de la Administración que le confiere el estatuto legal al Ombudsman, hace que por el propio interés que pueda tener un asunto a fin de crear un precedente valido para otros supuestos idénticos, tienda a evitar externalizar el conflicto a través de un proceso de mediación, asumiendo por su propia función mediadora la dirección del conflicto a la búsqueda de una solución reparadora que pueda ser usada posteriormente como doctrina mediadora.

En este sentido, resulta esclarecedora la doctrina del Tribunal Supremo acerca del valor

interpretativo que, a través de la mediación se deriva de las resoluciones del Defensor del Pueblo al expresar que las Recomendaciones del Defensor del Pueblo son tenidas en cuenta por los Tribunales en la interpretación del derecho vigente (47) .

Debe reiterarse, por último la importancia de la incorporación de la mediación administrativa «*ad hoc*» en la institución del Defensor del Pueblo Andalúz poniendo en valor en el número de casos resueltos algunos de ellos de gran complejidad.

Ello despeja las dudas de quienes aún no estaban convencidos de las bondades del sistema de mediación administrativa ADRA y confirma la consistencia de un modelo que goza de cierta estabilidad y que servirá de impulso y de observatorio para futuras incorporaciones de este sistema convencional en otras instituciones homólogas.

VI. ANÁLISIS SOBRE LA POSIBLE INCORPORACIÓN DE LA MEDIACIÓN EN EL DEFENSOR DEL PUEBLO ESPAÑOL

Atendiendo a la propia naturaleza y a los orígenes del Ombudsman, la seña de identidad que acompaña al Defensor del Pueblo español es la de ser un mediador entre la Administración y los particulares (48) .

Junto a este necesario control que impone el art. 54 CE y que permite dotar de plena efectividad al Defensor del Pueblo en la defensa de los derechos fundamentales, no debe olvidarse que sus resoluciones no tienen carácter vinculante, ni tampoco fuerza ejecutiva.

Por ello, desde una cultura de paz basada en la participación, el diálogo (49) y la comunicación, la mediación que singulariza a estas instituciones constituye el género y no la especie, y por lo tanto, se centra esencialmente en el uso imaginativo y eficaz de los instrumentos más adecuados en la defensa de los derechos e intereses de los ciudadanos frente a la Administración, a través de un consenso logrado a partir de una actividad amigable de composición (50) .

Frente a las nuevas corrientes reduccionistas que, confundiendo la parte con el todo, pretenden sustraer al Ombudsman del género mediación en favor de una mediación más selectiva y que tiene su acogida en el marco del movimiento ADR, debemos reaccionar abiertamente con el fin de conservar los valores, la naturaleza y el amplio horizonte que la mediación universal siempre prevalecerá por encima de modas o experimentos pasajeros (51) .

Frente a las distintas especies de mediación convencional, intrajudicial, impugnatoria, privada o externalizada que configuran el «género mediación» en el orden jurídico administrativo, los Ombudsmen realizan una mediación institucional

Debe recordarse que para la doctrina científica, la mediación administrativa institucional, ha sido la primera de las mediaciones que se han incorporado en nuestro ordenamiento jurídico constitucional a través de la figura del Defensor del Pueblo, convirtiéndose en la fuerza motriz de las distintas especialidades de mediación que conviven actualmente en los distintos sectores de actividad (52).

Aclarada esta cuestión, en el contexto de actuación del Defensor del Pueblo, la mediación se entiende como un procedimiento en el que interviene una persona independiente, neutral e imparcial llamada mediador, quien a través de una *auctoritas* legítima derivada de su estatus de Defensor del Pueblo, facilita la comunicación con las partes inmersas en un conflicto — Administración y ciudadanos— para elaborar una decisión no vinculante, que debe ser adecuada al ordenamiento jurídico-administrativo y constitucional, pero atendiendo a criterios axiológicos derivados de fuentes legales directas y de otros principios basados en la equidad, proporcionalidad o en la justicia material.

Frente a las distintas especies de mediación convencional, intrajudicial, impugnatoria, privada o externalizada que configuran el «género mediación» en el orden jurídico administrativo (53), podemos decir que los Ombudsmen realizan una mediación institucional y que, como vamos a ver, gozan de una características propias al disponer de una herramienta de la acción pública que permite prevenir las diferencias, pacificar las relaciones con la Administración y arreglar de forma amistosa las discrepancias con la finalidad de reanudar el diálogo (54).

En este contexto, la mediación institucional tiende a expresar la intervención de un tercero neutral, quien a través de un apoderamiento instituido, detenta una especial autoridad «de facto» o de derecho, que le permite, bien intervenir directamente entre dos o más personas que contienden para conseguir un arreglo, o bien, facilitar los medios operativos —dación de mediadores— para que dicha intervención pueda realizarse con las debidas garantías y la necesaria efectividad (55).

Por ello, partiendo de los dos ejes sobre los que pivotan las atribuciones del Defensor del Pueblo en España (56), y desde la consideración de su carácter de institución mediadora, hemos venido trabajando con dos modelos de composición, el primero reactivo y el segundo convencional.

El modelo reactivo o de supervisión, podría definirse como una mediación en derecho, o mediación reglada dirigida a defender los derechos de los ciudadanos frente a una actuación irregular o ilícita de la administración. Esta tarea de mediación es heterocompositiva y se desenvuelve en el marco de una actividad fiscalizadora cercana al arbitraje informal (57), por cuanto el margen de decisión se circunscribe al examen de la realidad de los hechos y de subsunción con la regla jurídica.

El segundo modelo de composición al que podemos denominar «mediación de equidad» o de justicia material, se adecua con naturalidad a su definición más convincente o persuasiva. El término «maladministration» como locución que expresa un mal funcionamiento de los servicios públicos, adquiere un protagonismo evidente en orden a combatirse a través de una amigable composición de intereses, en la que se contemplen acciones revisoras, correctoras, reparadoras y cooperadoras con las administraciones públicas.

Partiendo de los anteriores modelos que forman parte de la mediación originaria, hay que poner en valor el hecho de que los Ombudsmen más próximos a nuestros valores y principios democráticos, siguiendo la tradición de los defensores de EEUU o Reino Unido, han dado la bienvenida a una mediación administrativa *ad hoc* o derivada que opera en el sistema de los llamados Alternative Dispute Resolution. (ADR)

En estos nuevos escenarios se ha comprobado que las reglas procesales y la propia deriva incidental de los procesos judiciales, condicionan o dilatan en el tiempo resultados que, de dirimirse a través de un proceso de mediación, podrían ser más rápidos, de menor coste y mas acordes con los intereses y las necesidades reales de los sujetos privados.

De ahí que, tanto el «Ombudsman» como procedimiento de control y la «Mediación» como procedimiento de composición en el régimen jurídico administrativo se hayan convertido en figuras imprescindibles dentro del movimiento ADR.

1. Los instrumentos de derecho internacional como apoderamiento normativo de la mediación en el Defensor del Pueblo de España

Uno de los factores que contribuye a la tardanza del Defensor del Pueblo español en incorporar un sistema de mediación derivada o *ad hoc* en la configuración del sistema ADR, obedece sin duda a que, a diferencia del caso francés, no se dispone de ninguna regulación que vaya mas allá de la genérica que contemplan las leyes de procedimiento administrativo o la ley de la jurisdicción contencioso-administrativa, las cuales regulan la terminación convencional e intrajudicial (58) .

Lo anterior no ha sido impedimento para la puesta en marcha de iniciativas y proyectos piloto de mediación en vía administrativa y contenciosa que están ofreciendo resultados sorprendentes (59) .

Pero la realidad es que para alcanzar una mayor seguridad jurídica y adquirir confianza en estas formas compositivas, se viene reclamando desde los operadores jurídicos un mayor compromiso de los poderes públicos en facilitar una cobertura legal que garantice su buen funcionamiento.

Para ello, es necesario cumplir rigurosamente con el mandato de las instituciones europeas, que se ha hecho visible a través de la Recomendación RE (2001) 9 del Comité de Ministros de los Estados miembros, sobre los modos alternativos de regulación de los litigios entre las autoridades administrativas y las personas privadas, así como de la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles.

Llama la atención que, frente al rechazo en España de hacer una tarea integradora de la mediación administrativa aprovechando la citada Directiva 2008, el resto de países de la Unión Europea ha hecho lo contrario; y así Francia, Alemania, Suiza, Italia y Polonia, desde una voluntad unificadora, no han dudado en acudir a la norma comunitaria y a sus respectivas leyes de transposición para dotar de sustantividad propia a la mediación en el derecho público e incorporarla con suficiente operatividad en sus leyes comunes de procedimiento administrativo.

Por lo que respecta a su inclusión en la práctica cotidiana del Ombudsman español, es posible que podamos hacer sin duda una tarea integradora de la mediación aprovechando los instrumentos jurídicos de derecho internacional de los que se dispone y realizando una interpretación operativa tanto del art. 54 de la Constitución española que regula dicha institución (60), como de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, reguladora del Defensor del Pueblo.

Como instrumento de derecho internacional de primer orden debemos hacer mención a los Principios de París Relativos al Estatuto y Funcionamiento de las Instituciones Nacionales de Protección y Promoción de los Derechos Humanos (61).

Los Principios de París de 1992-93 son la principal fuente de estándares normativos para los Ombudsmen. Son amplios y generales y se aplican a todas las instituciones nacionales de derechos humanos independientemente de su estructura o tipo (62).

Por lo que respecta a los Principios complementarios que contiene dicha Declaración, relativos al estatuto de las comisiones dotadas de «competencia cuasijurisdiccional», se confiere a los Ombudsmen en su facultades de supervisión relativas a situaciones de particulares, la facultad de, «Tratar de hallar una solución amistosa mediante la conciliación (...) siguiendo un procedimiento de carácter confidencial» (63).

Como podemos apreciar, el citado instrumento jurídico, ya en el año 1992 y mucho antes de que los ADR'S adquirieran un desarrollo mas amplio— adjudicaba a los Defensores del Pueblo la misión de conciliación como medio de finalizar los procedimientos iniciados como consecuencia de las denuncias y demandas relativas a situaciones de los particulares frente a la Administración.

El hecho de que el Ombudsman sea la institución idónea para resolver los conflictos con la Administración a través de formas compositivas como la conciliación o la mediación, nos da la medida de que, en torno a su perfil competencial, este es el escenario deseable para experimentar fórmulas de consenso, de diálogo y de participación con las administraciones públicas tratando de evitar que el rigor en la aplicación de la norma pueda generar situaciones injustas o menos favorables a los intereses de las partes en los citados procedimientos.

Sin que se hayan alcanzado aun las metas de establecer procedimientos ADRA o «ad hoc» de mediación en la institución del Defensor del Pueblo de España, lo cierto es que la amigable composición tuvo su entrada a través del art. 28.2º de la citada Ley Orgánica 3/81, que regula dicha institución del que se desprende —al igual que ocurría con «Le Médiateur Francés y actualmente con «le Défenseur des droits»— la necesidad de buscar una solución amistosa o mas equitativa en los casos de «mala administración», cuando «el cumplimiento riguroso de la norma puede provocar situaciones injustas para los administrados» (64).

Puede apreciarse que las circunstancias anteriores nos llevan a reclamar una apuesta mas decidida para la incorporación de la mediación ADRA en el Defensor del Pueblo de España, del mismo modo que ha hecho Francia en «Le Défenseur des droits», contando con parecidos instrumentos jurídicos.

Por lo que respecta a dichos instrumentos jurídicos, aunque a diferencia de España, el Defensor francés, cuenta con leyes administrativas específicas que prevén la mediación administrativa y su propia Ley Orgánica alude a la mediación como sistema de ADRA y a la disponibilidad del «règlement amiable de differends», ello no impide que ambas instituciones tengan una identidad compartida en la forma de resolver situaciones donde se producen situaciones de «legalismo o burocratismo administrativo» que incurren en supuestos de mala administración.

Por su parte, los Principios de París han sido referencia obligada para la elaboración en el año 2019 de la Declaración de Principios de Venecia, sobre la Protección y la Promoción de la Institución del Defensor del Pueblo (65).

Tomando en consideración la variedad de tipos, sistemas y estatus legales de las Instituciones del Defensor del Pueblo y su personal, los Principios de Venecia animan a los Estados miembros a que emprendan todas las acciones necesarias, a fin de proporcionar las condiciones adecuadas que fortalezcan y desarrollen las Instituciones de Defensor del Pueblo y su capacidad, independencia e imparcialidad en el espíritu y de conformidad con los Principios de Venecia a fin de garantizar su correcta, oportuna y efectiva implementación.

Asímismo, los Principios de Venecia ponen de manifiesto el doble eje sobre el que pivota la actuación de los Ombudsmen al destacar que su mandato abarcará la prevención y corrección de la mala administración y la promoción de los derechos humanos y las libertades fundamentales (66).

No puede entenderse de otra manera que, para potenciar el derecho de buena administración y como contrapartida, corregir los casos de mala administración, sea necesario trabajar en la solución amistosa de conflictos en el marco de las estrategias de los Principios de Venecia que, como se ha indicado, están centradas en proporcionar las condiciones adecuadas que fortalezcan estas instituciones, como parte esencial del sistema democrático.

Estas condiciones pueden crearse a través de nuevas formas y procedimientos que sitúan a la mediación ADRA en la puerta de entrada de un nuevo modelo de acceso a la justicia y que sintoniza con los principios fundamentales de la institución del Defensor del Pueblo, a los que se refieren los Principios de Venecia y que incluyen la independencia, la objetividad, la transparencia, la justicia y la imparcialidad.

La Resolución aprobada por la Asamblea General el 16 de diciembre de 2020 sobre el papel de las instituciones de Ombudsman y mediadores en la promoción y protección de los derechos humanos, la buena gobernanza y el estado de derecho, no deja dudas de la necesidad de reforzamiento de estas instituciones al destacar que será preciso que exista un marco legislativo adecuado que regule su actividad y que se provean los medios financieros y todos los demás apropiados con el fin de asegurar el ejercicio eficaz e independiente de su mandato y de reforzar la legitimidad y la credibilidad de sus actuaciones como mecanismos para la promoción y protección de los derechos humanos y el fomento de la buena gobernanza y del respeto del estado de derecho (67).

En concreto prevé dicha Resolución que deben dotarse a estas instituciones de las herramientas

necesarias con miras a resolver —entre otros— los casos de mala administración, en los mismos términos que así se ha reconocido en los Principios de París en los que —debe recordarse— se dio cobertura a los Ombudsmen para potenciar la mediación como medio de solución amistosa de los conflictos entre la Administración y los particulares.

Finalmente debe recordarse también que la Resolución aprobada por el Consejo de Derechos Humanos el 6 de octubre de 2020, sobre las Instituciones Nacionales de derechos humanos, insta a los Ombudsmen y mediadores para que cumplan los Principios de París como un indicador mundial de los progresos realizados para lograr el Objetivo de Desarrollo Sostenible (68) .

2. Características esenciales del modelo de mediación ADR para el Defensor del Pueblo de España

Tras haberse puesto de manifiesto las distintas competencias que el Defensor del Pueblo tiene asignadas para la defensa de los derechos fundamentales, la mediación ADRA, puede ser un escenario idóneo para dirimir de forma más ágil y eficaz las contiendas de los ciudadanos frente a la actividad de la Administración.

Es cierto que hemos dado argumentos de derecho comparado, así como aportado instrumentos de derecho internacional expeditivos que permiten apoderar la puesta en marcha de la mediación.

Sin embargo, a falta de una regulación de mínimos en la Ley Orgánica del Defensor del Pueblo sobre la mediación ADRA y la decisión de contar con dicha herramienta, permiten realizar una planificación estratégica para su implementación.

De aceptarse dicho compromiso, sería necesario establecer una hoja de ruta, iniciando distintas fases de procedimiento partiendo de la realización de una estrategia basada en la información y en facilitar la necesaria formación del personal al servicio del Defensor del Pueblo, junto con una campaña de difusión dirigida a todos los potenciales actores de la relación jurídico-administrativa que forman parte de los tres poderes del Estado y por supuesto a la ciudadanía en su conjunto.

En dicho procedimiento habría que incluir las características y rasgos esenciales de la mediación ADRA en la práctica del Defensor del Pueblo, sus objetivos, así como la elaboración de una manual de síntesis de un protocolo de derivación a mediación a partir del inicio de la tramitación de una queja.

Deben incluirse en ese posible protocolo las bases de actuación para llevar a cabo la mediación ADR, definir el concepto de mediación institucional, las partes en la mediación, el procedimiento de mediación y las formas de inicio, así como las fases y momentos de la mediación (Sesión informativa, constitutiva y declarativa).

Igualmente, debe hacerse mención a la forma de designación de los mediadores, a los principios de la mediación, al ámbito formal y material de este sistema, a la finalización del procedimiento, al acuerdo de mediación y su homologación y por último, definir la naturaleza y ejecución de la resolución que se adopte, tras el acuerdo correspondiente.

La mediación administrativa ADRA, deberá guiarse por un conjunto de reglas o principios que permitan asegurar su funcionamiento y dotar a la mediación que se desarrolle en el Defensor del Pueblo de un carácter propio que permita desligarse de su aparente semejanza con otros mecanismos de autocomposición.

Por ello es importante respetar los principios que acompañan a este modelo de mediación referidos a la necesaria voluntariedad, confidencialidad, imparcialidad, neutralidad, bilateralidad, buena fe, flexibilidad, profesionalidad.

3. El principio de neutralidad y confidencialidad en la mediación ADR

En páginas anteriores se ha dado cuenta de la necesidad de prevenir algunas prácticas en el procedimiento de mediación que podrían no ser compatibles con los principios de neutralidad, imparcialidad o de confidencialidad.

Sería deseable conocer cual sería la posición del Defensor del Pueblo respecto a su implicación directa o indirecta en este modelo de composición, una vez que se ha acordado la derivación del asunto a mediación.

Por establecer una comparación con otros modelos de mediación en el régimen jurídico público, la mediación intrajudicial es un procedimiento que opera de forma independiente en la medida en que el magistrado o juez que ha derivado el asunto deja de tener contacto directo con dicho proceso de mediación hasta el final del mismo en el que, tras el acuerdo adoptado, dicta la correspondiente resolución de homologación y en el caso de no llegarse a un acuerdo continúa con el proceso judicial.

En el escenario del Defensor del Pueblo y por las implicaciones que dicha institución tiene en facilitar la mejor respuesta posible en relación con las amplias facultades de supervisión que tiene conferidas, deben valorarse las dos opciones que ofrece la mediación institucional en atención a si esta se realiza por el propio Defensor con sus equipos de mediadores habilitados que pertenecen a la Organización o, por el contrario, si se produce lo que ha venido denominarse dación de medios, de manera que se externaliza la mediación hacia terceras personas u otros órganos colegiados específicamente dedicados a prestar este servicio.

En los casos en que sea el propio Defensor o sus técnicos quienes ejerzan la tarea de mediadores, se deberán tener en cuenta mecanismos de control que tiendan a asegurar la neutralidad o imparcialidad del mediador, si son estos mismos técnicos quienes, caso de no prosperar el acuerdo, tengan que examinar el asunto desde una actuación de supervisión o de control de la legalidad de la actuación de la Administración.

Puede ocurrir que los técnicos sean nombrados de forma específica para realizar funciones de mediación sin compartir otras tareas que no sean las de intervenir en este sistema de composición.

De ser así, deberán ejercer sus funciones sin que éstas contaminen el proceso de mediación ante una posible falta de neutralidad, en el caso de que se pongan en contacto con los asesores que han

tenido conocimiento del asunto a través del proceso de investigación, o que se permita que dichos asesores participen conjuntamente en las sesiones de mediación.

Sin embargo, habrán de ponderarse en cada caso aquellos supuestos en los que la confidencialidad se sustraiga, tanto a la necesidad de conocer datos o hechos por razones de interés público o de buena regulación, como al deber de limitar el acceso a la información derivada del procedimiento de mediación, cuando dicho acceso suponga un perjuicio para la prevención, investigación y sanción de los ilícitos penales, administrativos o disciplinarios, en los términos que establece el art. 14 la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno

Del mismo modo, y con mayor alcance que la propia cautela de exigencia de confidencialidad, debe indicarse que la propia mediación quedará blindada a estos efectos, cuando se trate de datos especialmente protegidos en los términos que establece el Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, 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 general de protección de datos).

4. **Hacia una mediación de voluntariedad mitigada**

No parece que existan dudas de que uno de los principios esenciales de esta técnica de resolución de conflictos es la voluntariedad.

Sin embargo, de acuerdo con lo previsto en el art. 19.1 de la Ley Orgánica 3/1981 del Defensor del Pueblo, todos los poderes públicos están obligados a auxiliar, con carácter preferente y urgente, al Defensor del Pueblo en sus investigaciones e inspecciones, lo que implica que, al menos habrá que concurrir a la sesión informativa previa a la sustanciación de un proceso de mediación, tanto si la misma se impulsa de oficio por pare del Defensor del Pueblo o instancia de alguna de las partes, habrá que acudir a la misma.

No existen impedimentos para incorporar la mediación obligatoria como un requisito de procedibilidad antes de iniciar al procedimiento de queja o incluso en el curso de mismo.

Al igual que sucede en Francia en los procesos que regula «*le Défenseur des droits*» sobre la «*médiation préalable obligatoire*», puede ser factible obligar a las partes a participar en un proceso completo de mediación, bien entendido que lo anterior no hace perder el carácter de voluntariedad, dado que, por la propia naturaleza consensual derivada de cualquier declaración de voluntad, nadie está obligado a aceptar ningún pacto en contra de su voluntad.

Por la analogía de la situación, debemos tomar como referencia la Resolución del Parlamento Europeo de 12 de septiembre de 2017 sobre aplicación de la Directiva 2008/52/CE, la cual sugiere que todos los Estados miembros deben facilitar que los tribunales puedan ofertar a las partes en un litigio el recurso a la mediación ADRA o, al menos, a ofrecerles participar en sesiones informativas sobre la mediación.

Dicha resolución alude a que algunos estados ya han incorporado la mediación obligatoria o

preceptiva antes de iniciar el proceso o, en algunos casos, requieren que antes de acudir a la vía judicial se acuda a mediación.

En nuestro régimen jurídico-administrativo no hay norma procesal que requiera la mediación previa obligatoria antes de acudir al proceso; no obstante, de incorporarse la misma, tal como ha ocurrido en Francia con la «*médiation préalable obligatoire*», el Defensor del Pueblo será el escenario más adecuado para dejar constancia de que se ha intentado la mediación.

El acuerdo adoptado en un procedimiento de mediación en el Defensor del Pueblo constituye una declaración de voluntad que tiene efectos jurídicos derivados del principio de consensualidad y responde al compromiso adquirido por las partes en realizar íntegramente el objeto de la obligación adquirida

Del mismo modo puede ocurrir que una vez realizada una mediación en el Defensor del Pueblo y concluida sin acuerdo, este sea un motivo para que no se repita el intento de una nueva mediación en la fase de proceso judicial, circunstancia esta que habría de contemplarse en un posible precepto legal, en el caso de regularse de forma amplia y precisa para acoger este sistema de composición en la jurisdicción contencioso-administrativa.

5. Naturaleza y efectos del acto o acuerdo de mediación

El acuerdo adoptado en un procedimiento de mediación en el Defensor del Pueblo constituye una declaración de voluntad que tiene efectos jurídicos derivados del principio de consensualidad y responde al compromiso adquirido por las partes en realizar íntegramente el objeto de la obligación adquirida.

Para el supuesto en el que, la propia Administración reconoce y acepta íntegra o parcialmente el acuerdo de mediación adoptado, se genera un consentimiento en obligarse que se deriva de una voluntad consensual paccionada que se exterioriza a través del principio de autonomía negocial.

El principio contractual *pacta servanda sum*, puede adquirir plena substantividad en este ámbito, dado que nos encontramos con un acuerdo de voluntades, mediante el cual la Administración, aceptando el acuerdo derivado de un procedimiento de mediación, se obliga a su cumplimiento en sus propios términos, pudiéndose utilizar todos los medios que el derecho dispone para hacer efectivas estas declaraciones bilaterales de voluntad, cuya fuente de obligación nace del propio contrato.

No obstante, las notas de ejecutoriedad de tales pactos, vendrían de las propias consecuencias que se derivan del contenido del acuerdo adoptado, el cual para su ejecución puede necesitar que la Administración dicte un acto administrativo o revocar otro anterior que dio lugar al origen del

conflicto.

Por lo que respecta al acuerdo y su homologación debe indicarse que, a diferencia de lo que ocurre en la mediación intrajudicial, el Defensor tienen un objeto más amplio de supervisión de la actuación de la Administración que la autoridad judicial, dado que aquel tiene la facultad de actuar de oficio sobre los aspectos colaterales o incidentales del objeto de la queja. Sin embargo, el juez o magistrado deben ceñirse únicamente al objeto de proceso en atención a la congruencia necesaria derivada del principio dispositivo que rige el proceso contencioso-administrativo.

Por lo tanto, en el supuesto de que la mediación ADRA se realizase de forma externalizada por una institución independiente, el propio Defensor, tras el acuerdo adoptado, puede rechazar su homologación y no incorporar el acuerdo de mediación en el procedimiento de queja correspondiente, exponiendo las razones motivadas que le hubieran llevado a adoptar dicha decisión.

Todo ello, sin perjuicio de las consecuencias derivadas del contenido de un acuerdo válido que, al margen de la intervención del Defensor del Pueblo, podría tener los efectos jurídicos que contemplase el contenido del citado acuerdo, sobre la base del ya citado principio de autonomía negocial.

En el caso de que sea la propia Institución del Ombudsman quien, a través de los mediadores de su organización ejerza las funciones de mediación ADRA, el acuerdo final podrá consignarse en el procedimiento de queja tras la firma del Defensor del Pueblo, surtiendo los efectos oportunos en el marco de las obligaciones derivadas de un pacto o convenio entre el particular y la Administración.

Naturalmente, los efectos de estos acuerdos —tanto en mediación externalizada como en el seno de la organización— podrán dar lugar a la terminación convencional del expediente de queja, a menos que el Defensor considere oportuno hacer un seguimiento de la ejecución del acuerdo o, en su caso, ampliar su actuación de supervisión al considerar que existen motivos para formular algún tipo de Recomendación con carácter general, o Sugerencias sobre situaciones jurídicas que no hayan sido abordadas en un concreto procedimiento de mediación.

En tales casos se producen situaciones jurídicas que deberán preverse en un posible protocolo de mediación, dado que será necesario detallar en el mismo los efectos de una homologación de cara a su ejecutividad, el modo en el que la Administración haya podido obligarse tras el acuerdo de mediación o determinar el valor que tiene un acuerdo libremente adoptado, si frente al mismo se opone el Defensor del Pueblo a su convalidación.

El marco en el que se considera posible la actuación de mediación es tan amplio con relación a las expectativas legítimas de las partes, que los acuerdos derivados de mediación deben adoptarse con ciertas cautelas, por cuanto que los hechos que se subsumen en la regla jurídica deben procurar ofrecer una respuesta que preserve el principio de igualdad, dado que a la Administración le corresponde sistematizar un conjunto de respuestas consistentes basadas en el principio de confianza legítima y de seguridad jurídica.

Por lo que respecta a los asuntos que pueden derivarse a mediación desde el Defensor del Pueblo, no hay límites materiales que no sean los de trabajar en el marco de la legalidad y dentro de las competencias atribuidas a dicha institución.

Más importante que establecer un cuadro de competencias que, a modo de orientación pudiera ofrecer un protocolo de actuación, resulta necesario asegurarse de que las partes han decidido indeclinablemente resolver su disputa por el cauce de la mediación ADRA.

La decisión que lleve a intentar resolver de forma voluntaria las disputas entre las partes proviene de la complejidad del caso y esencialmente del resultado impredecible, incierto y tardío que ofrece una resolución judicial (6g) .

Oporto, septiembre 2021

BIBLIOGRAFÍA

- BOURRY d'ANTIN, M., PLUYETTE, G. y BENSIMON, S., *Art et techniques de la Médiation*, París, LexisNexis Litec, Éditions du Juris-Classeur, 2004.
- CARBALLO ARMAS. P., «Mito y Realidad de la Ombudsmania: una reflexión a propósito del Parliamentary Commissioner Británico y el Médiateur francés», *Revista de las Cortes Generales*, n.º 47, segundo cuatrimestre. 1999.
- CARBALLO MARTÍNEZ, G., «Otros modos de de terminación del procedimiento» (R. Castillejo, ed.), *Tratado sobre el Procedimiento Administrativo*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2019, pp. 493 ss.
- CARBALLO MARTÍNEZ, G., *La mediación administrativa y el Defensor del Pueblo*, Cizur Menor Thomson-Aranzadi, 2008.
- CARNELUTTI, F., *Sistema di diritto processuale Civile*, vol. 1 (Pádua, 1936), Buenos Aires, 1944.
- CREUTZFELDT, N., *Ombudsman and ADR: a comparative Study of informal justice in Europe*, Londres Palgrave Socio-Legal Studies, 2018.
- DELGADO PIQUERAS. F., «La «administrative dispute resolution act» de los Estados Unidos», *Revista de Administración Pública de Universidad de Castilla-La Mancha*, n.º 131, 1993.
- DÍEZ PICAZO, L.M., «La Doctrina del precedente administrativo», *Revista de Administración Pública*, n.º 98, 1982, pp. 7-46.
- FALCÓN CARO, M. del C.. «La Escuela Integradora para el ejercicio personal y profesional de la mediación», *Athenaica*, 2016.
- GUASP, J., *El Arbitraje en el derecho español*, Barcelona, Editorial Bosch, 1956.

LA PÉRGOLA, A., «Ombudsman y Defensor del Pueblo: Apuntes para una investigación comparada», *Revista de estudios políticos*, n.º 7, 1979.

MACHO GÓMEZ, C., «Los ADR «alternative dispute resolution» En el comercio internacional», *Cuadernos De Derecho Transnacional*, vol. 5, n.º 2, 2013, pp 398-427.

MACHO GÓMEZ, C., *Règler autrement les conflits: Conciliation, transaction, arbitrage en matière administrative (Les Etudes du Conseil d'Etat)*, Paris. La documentation française, 1993.

MACHO GÓMEZ. C., «Origen y evolución de la mediación: el nacimiento del «movimiento ADR» en Estados Unidos y su expansión a Europa». *ADC*, t. LXVII, fasc. III, 2014.

MESCHERIAKOFF, A.S., «Legalidad, eficiencia y equidad las variables de la legitimidad administrativa. La experiencia francesa», *Revista internacional de ciencias administrativas*, vol. 57, n.º 2, 1990.

PELLETIER, J., «El Ombudsman como Mediador», en *El Ombudsman y el fortalecimiento de los derechos ciudadanos ante los retos del siglo XXI* (Memorias del VI Congreso Internacional del International Ombudsman Institute, 20-24 de octubre, 1996. Buenos Aires.

ROWAT, D.C., *El ombudsman*, México, Fondo de Cultura Económica , 1973 (*The Ombudsman: Citizen, Defender*, George Allen&Unwin Ltd. Londres, 1965.

SENGER. J.M., *Federal Dispute Resolution. EEUU*, Edit Joseey-Bass. A wiley Imprint. 2004.

SERPENTIER LINARÈS. S. y De KOPVACHICH, H., *La médiation administrative. Nouveau mode de résolution des litiges*, París, Dossier Experts, Gouvernance and Administration, 2020.

TOUZEIL-DIVINA. M., *Dix mythes du droit public*, Issy les moulineaux Cedex. Paris. LGDJ. Lextenso, 2019.

VARDA, B., MULCAHY, L. DOYLE, M. y REID, V., *Mediation and Judicial Review: An empirical research study*, Londres, The Public Law Project . 2009.

WIEGAND, S.A., «A Just and Lasting Peace: Supplanting Mediation with the Ombuds Model». *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, vol. 12, n.º 1 1996.

(1)

A. La Pérgola. «Ombudsman y Defensor del Pueblo: Apuntes para una investigación comparada». *Revista de estudios políticos*, ISSN 0048-7694, n.º 7, 1979 (Ejemplar dedicado a: Monográfico sobre garantías institucionales), pp. 69-92. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1427310>.

D. C. Rowat, «El ombudsman». México, Fondo de Cultura Económica. 1973. «*La palabra Ombud*», nos dice el Ombudsman para asuntos Civiles de Suecia, señor Alfred Bexelius, se refiere a una persona que

actúa como vocero o representante de otra. En su posición supervisoal el Justitie Ombudsman —JO— es un representante del Parlamento y, por lo mismo, de los ciudadanos.» p.7. Sobre mediación del Defensor del Pueblo *Vid.* G. Carballo Martínez, *La mediación administrativa y el Defensor del Pueblo*, Pamplona. Thomson-Aranzadi. 2008. págs .61-90. *Vid.*. *The role of mediators/ombudsmen in defending citizens» rights.*

Ver Texto

- (2) Serpentier Linarès, H. De Kopvachich. *La médiation administrative. Nouveau mode de résolution des litiges*. Paris. Dossier Experts. Gouvernance and Administration. 2020, p. 21.

Ver Texto

- (3) D. C. Rowat, *El Ombudsman, op. cit.*, p. 259. Estados Unidos ha entendido la función del Ombudsman como un mediador entre los ciudadanos y la burocracia. En cualquier caso ninguno de los modelos de mediación externa o derivada debe impedir que la mediación como género siga prevaleciendo en el contexto en el que estas instituciones se han venido reafirmando desde su creación como Ombudsmen, —esto es— término de origen sueco que significa representante, mediador, agente, guardián y que denota a una persona que actúa por cuenta de otra y sin tener interés personal propio en el asunto que interviene.

Ver Texto

- (4) Hallazgo que obedece a F Carnelutti, *Sistema di diritto processuale*, Pádua, 1936; Buenos Aires, 1944.

Ver Texto

- (5) C. Macho Gómez. «Los ADR «alternative dispute resolution» en el comercio internacional», *Cuadernos De Derecho Transnacional*, vol. 5, n.º 2, 2013, pp. 398-427. «El acrónimo ADR sirve para designar a los «alternative dispute resolution». Los ADR se definen como aquellos métodos de resolución de conflictos de naturaleza exclusivamente contractual y estructura más o menos determinada, en virtud de los cuales, uno o varios terceros, de forma autocompositiva o heterocompositiva, ayudan a las partes a solventar la controversia» <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/1828>.

Ver Texto

- (6) *Vid.*. C. Macho Gómez. «Origen y evolución de la mediación: el nacimiento del «movimiento ADR» en Estados Unidos y su expansión a Europa», *ADC*, tomo LXVII, 2014, fasc. III. p. 935. En palabras de C. Macho, «estos mecanismos surgen con el fin de mejorar la calidad del derecho de acceso a la justicia, y de convertir a la tutela judicial en una protección realmente eficaz, dando prioridad a los ciudadanos, para que sean ellos mismos quienes resuelvan sus problemas, y configurando así a los tribunales, como una auténtica última instancia».

https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-C-2014-30093100996_ANUARIO_DE_DERECHO_CIVIL_Origen_y_evoluci%C3%B3n_de_la_mediaci%C3%B3n_el_nacimiento_del_%C2%93movimiento_ADR%C2%94_en_Estados_Unidos_y_su_expansi%C3%B3n_a_Europa.

Ver Texto

- (7) Régler autrement les conflits: Conciliation, transaction, arbitrage en matière administrative (Les Etudes du Conseil d'Etat) (French Edition). Paris. La documentation française — 1 enero 1993.p. 135 y ss.

Ver Texto

- (8) F. Delgado Piqueras, «La «administrative dispute resolution act» de los estados unidos», *Revista de administración pública de la Universidad de Castilla-La Mancha*, ISSN 0034-7639, N.º 131, 1993, pp. 555-586 <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=17188>. Vid.. The Alternative Dispute Resolution Act of 1998 (ADR Act of 1998), también: The Administrative Dispute Resolution Act of 1996 *Pub. Law* 104-320. file:///C:/Users/gcarballo/Downloads /Dialnet-LaAdministrativeDisputeResolutionActDeLosEstadosUn-17188%20(1).pdf. El precedente de dicha norma fue «The Administrative Dispute Resolution Act of 1990 (ADR Act)»: Institutionalization of ADR in the Federal procurement arena began in the 1990's when Congress passed the ADR Act, *Pub. L. No.* 101-552, 104 Stat. 2736. Congress premised its Act by finding that using ADR as an alternative administrative procedures can offer prompt, creative, efficient, and sensible resolutions to claims by and against the government.

Ver Texto

- (9) V. Bondy, L. Mulcahy y M. Doyle. «*Mediation and Judicial Review: An empirical research study*

Varda Bondy, Londres, The Public Law Project, 2009.: «ADR includes alternatives to litigation such as ombudsmen and mediation. The current project focuses on mediation»

https://www.researchgate.net/publication/40888127_Mediation_and_judicial_review_an_empirical_research_study_2009.

Ver Texto

- (10) §571. Definitions For the purposes of this subchapter, the term (...) (3) «*alternative means of dispute resolution*» means any procedure that is used to resolve issues in controversy, including, but not limited to, conciliation, facilitation, mediation, fact finding, minitrials, arbitration, and use of ombuds, or any combination thereof». Vid.. *The Administrative Dispute Resolution Act of 1996*. EE UU.

Ver Texto

- (11) El caso de Ombudsman de Australia plasmado en su ley «Ombudsman ACT 1976» ya incluía la mediación como especialidad propia en sus reglas de funcionamiento, estableciendo una vía de mediación obligatoria para supuestos de atención sanitaria. Ombudsman Act 1976 — SECT 20X. «*An Act to provide for the appointment of a Commonwealth Ombudsman, a Defence Force Ombudsman, a Postal Industry Ombudsman, an Overseas Students Ombudsman, a Private Health Insurance Ombudsman and a VET Student Loans Ombudsman, and to define their respective functions and Powers. Conducting mediation: (1) The Private Health Insurance Ombudsman may, at any time, try to settle a complaint made under Division 3 by mediating between the complainant and the subject of the complaint.*

Ver Texto

- (12) Principios de París: Instituciones nacionales de promoción y protección de los derechos humanos Resolución de la Asamblea General 48/134 del 20 de diciembre de 1993.

http://www.oas.org/DIL/ESP/Res_48-134_UN.pdf.

Ver Texto

- (13) Resolución aprobada por la Asamblea General el 22 de diciembre de 2007
https://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/62/228&Lang=S.

Ver Texto

- (14) El art. 14.4º de la Ley del Defensor del Pueblo de Venezuela prevé la función de mediar, conciliar o servir de árbitro en conflictos materia de su competencia, cuando las circunstancias permitan deducir un mayor y más rápido beneficio a los fines tutelados. El ejemplo de esa mediación lo podemos ver en el Ombudsman de Panamá. Ley 7, de 5 de febrero de 1997, cuyo art. 4.10 expresa que: «La Defensoría del Pueblo tendrá las siguientes atribuciones(...) Mediar en los conflictos que se presenten entre la administración pública y los particulares, con la finalidad de promover acuerdos que solucionen el problema. Esta atribución sólo podrá ser ejercida de común acuerdo con las partes enfrentadas.». Art. 18.10 de la Ley de la Procuraduría para la defensa de los derechos humanos de 13 de diciembre de 1995: «Son atribuciones del Procurador(...) Procurar la conciliación entre las personas cuyos derechos han sido violados o puestos en peligro con los presuntos responsables de la administración pública». Respecto a la legislación nacional hay que destacar tareas de avenencia, conciliación o de mediación tanto en el art. 23.1º de la Ley 1/1993, de 10 de marzo, del Síndic de Greuges de las Islas Baleares: «*Actuaciones de Avenencia*». Por lo que respecta a la regulación del Síndic de Greuges de Cataluña, el art. 28 de la ya derogada Ley (Ley 14/1984, de 20 de marzo) facultaba a dicha Institución para proponer fórmulas de conciliación o de acuerdo que faciliten una resolución positiva de las quejas, si bien la, nueva Ley 24/2009, de 23 de diciembre), establece que es competencia de dicha defensoría llevar a cabo funciones de mediación dentro de su ámbito de actuación e incluye un capítulo III a la «Conciliación, mediación y composición de controversias». De igual modo el art. 20.1º de la Ley 2/94, de 9 de marzo, del Procurador del Común de Castilla y León facilita tareas de conciliación: «El Procurador del Común de Castilla y León puede proponer a los Organismos y Autoridades afectados, en el marco de la legislación vigente, fórmulas de conciliación o de acuerdo que faciliten una resolución positiva y rápida de las quejas». También *vid.* Artículo único . Modificación del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Defensor del Pueblo Andaluz. Se modifica el art. 26 del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Defensor del Pueblo Andaluz en los siguientes términos: «Uno. Se añade un inciso, al final del art. 26.1 de la norma, con la siguiente redacción: «De igual modo, podrá utilizar fórmulas de mediación cuando considere que podrían facilitar la solución del conflicto planteado. En el caso de utilización de fórmulas de mediación en la tramitación de la queja, la Administración asistirá a la sesión informativa que se convoque por el Defensor del Pueblo Andaluz, en el marco de la obligación de auxiliar con carácter preferente y urgente al Defensor del Pueblo Andaluz en sus investigaciones e inspecciones que contempla el art. 19.1 de la Ley 9/1983, de 1 de diciembre». La Ley del Valedor do Pobo de Galicia (Ley 6/1984, de 5 de junio, modificada por leyes 3/1994, de 18 de julio, 1/2002, de 26 de marzo, 8/2008, de 10 de julio, 10/2012, de 3 de agosto y 1/2016, de 18 de enero) llevan a la consideración en la norma de 1994 acude a la mediación cuando se trata de sugerir la modificación de los criterios utilizados en la producción de los actos administrativos o en las resoluciones.

Ver Texto

- (15) *Vid.* D. C. Rowat, *El Ombdusman...*, *op. cit.*, p. 39.

Ver Texto

(16) Resolución aprobada por la Asamblea General el 16 de diciembre de 2020 [sobre la base del informe de la Tercera Comisión (A/75/478/Add.2, párr. 89)] 75/186. El papel de las instituciones de ómbudsman y mediadores en la promoción y protección de los derechos humanos, la buena gobernanza y el estado de derecho.

Ver Texto

(17) N. Creutzfeldt, *Ombudsman and ADR: a comparative Study of informal justice in Europe*, Londres, Palgrave Socio-Legal Studies. 2018. El ideal de justicia informal ha sido descrito por Roberts y Palmer como : no burocrático, local, accesible para la gente común, dirigido a los legos, fuera del alcance inmediato del derecho oficial, basado en reglas sustantivas y procesales intentando promover la armonía,. Además la justicia informal se dirige a resolver algunos tipos de problemas d onde las instituciones de justicia formal no son capaces de facilitar remedios efectivos, p. 16.

Ver Texto

(18) S.A. Wiegand, «A Just and Lasting Peace: Supplanting Mediation with the Ombuds Model», *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, vol. 12 , n.º 1, 1996]. «Classical Ombuds Offices The classical ombuds office is the model which originated in te Scandinavian countries and is discussed earlier in this article. The office is established and maintained pursuant to constitutional or statutory directive. The ombudsperson is appointed by the legislature to serve as watchdog over governmental administrative and judicial actions. She maintains independence from all branches of government, investigates complaints, issues reports and recommends action. Investigation and mediation are integral functions of this office, as is public accountability. The five state ombuds offices in this country most closely resemble the classical model, although county or city ombuds offices might also have many of the classical ombuds characteristics.».

Ver Texto

(19) *Classical Ombuds: These ombuds receive and investigate complaints and concerns regarding governmental policies and processes. The authority and mandate of classical ombuds are typically provided by statutory language. These ombuds may be elected by constituents or appointed by a legislature or organization to monitor citizens» treatment under the law. Classical ombuds generally have authority to conduct investigations and make recommendations for appropriate redress or policy change.*

Advocate Ombuds: An advocate ombuds may be located in either the public or private sector. They evaluate claims objectively but are authorized or required to advocate on behalf of individuals or groups found to be aggrieved. Advocate ombuds are often found in organizations such as long-term care facilities or agencies, and organizations that work with juvenile offenders.

Hybrid Ombuds: Hybrid ombuds are usually established by policy or terms of reference by both private and public sector organizations. They primarily use informal methods to resolve complaints but also have the power to investigate and the authority to publish annual and special reports.

Executive Ombuds: An executive ombuds may be located in either the public or private sector and receives complaints concerning actions and failures to act of the organization, its officials, employees, and

contractors. An executive ombuds may either work to hold the organization or one of its programs accountable or work with the organization's officials to improve the performance of a program.

Legislative Ombuds: A legislative ombuds is a part of the legislative branch of a government entity and addresses issues raised by the general public or internally, usually concerning the actions or policies of government entities, individuals, or contractors with respect to holding agencies accountable to the public.

Media Ombuds: The media, or news, ombuds» primary objective is to promote transparency within their organization. They can receive and investigate complaints about news reporting on behalf of members of the public and then recommend the most suitable course of action to resolve issues raised. The news ombuds is an independent officer acting in the best interests of news consumers. They explain the roles and obligations of journalism to the public and act as a mediator between the expectations of the public and the responsibilities of journalists. <https://ombuds.uconn.edu/types-of-ombuds/#>.

Ver Texto

(20)

N. Creutzfeldt, *Ombudsman and ADR*, *op. cit.*, p.30.

Ver Texto

(21) Principios sobre la protección y la promoción de la institución del defensor del pueblo (Los Principios de Venecia) La Comisión Europea para la Democracia a través del Derecho (La Comisión de Venecia). [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2019\)005-spa](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2019)005-spa).

Ver Texto

(22) P. Carballo Armas. «Mito y Realidad de la Ombudsmania: una reflexión a propósito del Parliamentary Commissioner Británico y el Médiateur francés», *Revista de las Cortes Generales*, n.º 47, segundo cuatrimestre. 1999.p.88.

Ver Texto

(23) M. Del Castillo Falcón Caro. «La Escuela Integradora para el ejercicio personal y profesional de la mediación», *Athenaica*, 2016.

Ver Texto

(24) Wiegand, S.A., *op. cit.*, p. 141.

Ver Texto

(25) *Vid.*, v.gr ., el art. 29 de la Ley 3/1994, de 18 de julio, para la modificación de la Ley 6/1984, de 5 de junio, del Valedor del Pueblo. 1. El Valedor del Pueblo podrá sugerir a la Administración pública la modificación de los criterios utilizados en la producción de sus actos y resoluciones. 2. Esta actuación de mediación, así como la tramitación de una reclamación, no interrumpirán los plazos establecidos para los diferentes procedimientos administrativos.

Ver Texto

- (26) Sobre diálogo transformador *vid.* D.F. Schnitman, *Nuevos paradigmas en la resolución de conflictos*, Buenos Aires. Edit. Granica. 2000. P.38.—165 y ss.
- Ver Texto
- (27) A.S Mescheriakoff, «Legalidad, eficiencia y equidad las variables de la legitimidad administrativa. La experiencia francesa», *Revista internacional de ciencias administrativas*, vol. 57, n.º 2, 1990, pp. 127-128. afirma que, «(...) La expansión actual de las responsabilidades administrativas ofrece prueba más que suficiente de cómo la observancia de la legalidad podría degenerar en un legalismo, y luego burocratismo, muy lejano de las necesidades del público.»
- Ver Texto
- (28) Conscientes de las dificultades surgidas en la fase de transposición de la Directiva 2008/52/CE, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles, el Parlamento Europeo, ha dictado la Resolución de 12 de septiembre de 2017, sobre la aplicación de la Directiva 2008/52/CE, con el fin de sensibilizar a los legisladores nacionales respecto de las ventajas de la mediación, aportando una cierta aproximación del Derecho procesal y de las diversas prácticas seguidas en los Estados miembros. Dicha resolución no solo estimula la necesidad de otorgar la prioridad a un cambio de mentalidad en lo jurídico, mediante la adopción de una cultura de la mediación y la resolución amistosa de conflictos sino que, especialmente, pide a la Comisión que, en el marco de la revisión de la normativa, busque soluciones que permitan ampliar eficazmente el ámbito de la mediación a cuestiones administrativas, lo que no deja lugar a dudas del gran error ya enunciado de no incorporar nuestro legislador la mediación administrativa en la trasposición de la Directiva 2008, por virtud de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles.
- Ver Texto
- (29) J. M. Senger, *Federal Dispute Resolution*, EE UU. Edit Joseey-Bass. A wiley Imprint, 2004, p. 5.
- Ver Texto
- (30) B. Varda, L. Mulcahy, M. Doyle y. V. Reid, *Mediation and Judicial Review: An empirical research study*, Londres, The Public Law Project, 2009
- Ver Texto
- (31) M. Touzeil-Divina, *Dix mythes du droit public*, Issy Les Moulineaux Cedex. Paris. LGDJ. Lextenso, 2019, pp. 225 ss.
- Ver Texto
- (32) L.M Díez Picazo. «La Doctrina del precedente administrativo», n.º 98, 1982, pp.7-46.
<https://dialnet.unirioja.es/metricas/documentos/ARTREV/1049637>.
- Ver Texto
- (33) *Article 9 (abrogé) Abrogé par LOI n°2011-334 du 29 mars 2011 — art. 22*

Modifié par Loi n°2000-321 du 12 avril 2000 — art. 9 () JORF 13 avril 2000.»Lorsqu'une réclamation lui paraît justifiée, le Médiateur de la République fait toutes les recommandations qui lui paraissent de nature à régler les difficultés dont il est saisi et, notamment, recommande à l'organisme mis en cause toute solution permettant de régler en équité la situation de l'auteur de la réclamation.

Lorsqu'il apparaît au Médiateur de la République qu'un organisme mentionné à l'article 1^{er} n'a pas fonctionné conformément à la mission de service public qu'il doit assurer, il peut proposer à l'autorité compétente toutes mesures qu'il estime de nature à remédier à cette situation.

Lorsqu'il lui apparaît que l'application de dispositions législatives ou réglementaires aboutit à des situations inéquitables, il peut suggérer les modifications qui lui paraissent opportunes.»

Ver Texto

(34) *Le médiateur de la République s'était associé, en 2002, avec d'autres médiateurs de services publics qui disposent, selon les textes, d'une position d'indépendance vis-à-vis de l'institution : la Caisse des dépôts et consignations — sans indication du service médiation; EDF; le médiateur de l'éducation nationale et de l'enseignement supérieur; la Fédération française des sociétés d'assurances; France 2; France 3; Gaz de France; le médiateur de la Poste; le ministère de l'Économie, des Finances et de l'Industrie; la RATP; le médiateur du service universel postal remplacé par le médiateur de La Poste; la SNCF; le médiateur de la ville de Paris.*

Ver Texto

(35) *Article 26 Le Défenseur des droits peut procéder à la résolution amiable des différends portés à sa connaissance, par voie de médiation. Les constatations effectuées et les déclarations recueillies au cours de la médiation ne peuvent être ni produites, ni invoquées ultérieurement dans les instances civiles ou administratives sans le consentement des personnes intéressées, sauf si la divulgation de l'accord est nécessaire à sa mise en œuvre ou si des raisons d'ordre public l'imposent.*

Ver Texto

(36) *La loi du 24 décembre 1976 renforçait les liens avec le Parlement, précisait les relations avec les juridictions, élargissait les bases de l'action en équité, autorisait la proposition de réforme législative.*

Ver Texto

(37) *M. Bourry d'Antin, G. Pluyette y Stephen Bensimon, Art et techniques de la Médiation, Paris, LexisNexis Litec.Éditions du Juris-Classeur, 2004, p. 237.*

Ver Texto

(38) *Loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXIe siècle:
<https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000033418805>.*

Ver Texto

(39) *Article 5. « Chapitre IV « La médiation « Art. L. 114-1.—Lorsque le Conseil d'Etat est saisi d'un litige en premier et dernier ressort, il peut, après avoir obtenu l'accord des parties, ordonner une médiation pour*

tenter de parvenir à un accord entre celles-ci selon les modalités prévues au chapitre III du titre I^{er} du livre II. »; « Chapitre III « La médiation « Section 1 « Dispositions générales.

« Art. L. 213-1.—La médiation régie par le présent chapitre s'entend de tout processus structuré, quelle qu'en soit la dénomination, par lequel deux ou plusieurs parties tentent de parvenir à un accord en vue de la résolution amiable de leurs différends, avec l'aide d'un tiers, le médiateur, choisi par elles ou désigné, avec leur accord, par la juridiction. Code de Justice Administrative.

<https://www.legifrance.gouv.fr/codes/id/LEGITEXT000006070933/>.

Ver Texto

(40) *Règlements amiables: Le Défenseur des droits peut intervenir pour concourir à la résolution amiable des différends entre les parties ou des difficultés que rencontre la personne qui lui adresse une réclamation. Ces règlements amiables sont menés par les délégués territoriaux sur l'ensemble du territoire national et par les agents qui instruisent les réclamations au siège.* https://juridique.defenseurdesdroits.fr/index.php?lvl=cmspage&pageid=12&id_rubrique=92&opac_view=10.

Ver Texto

(41) *Loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires. Loi dite loi Le Pors* <https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT00000504704/>.

Ver Texto

(42) *Le décret du 16 février 2018 a lancé cette expérimentation de médiation préalable obligatoire dans les départements du BasRhin, de l'Isère, de la Haute-Garonne, de la Loire-Atlantique, du Maine-et-Loire et de la Meurthe-et-Moselle pour les décisions relatives au revenu de solidarité active (RSA), à l'aide personnalisée au logement (APL) et aux aides exceptionnelles de fin d'année. À partir du 1^{er} avril 2018, ces litiges doivent faire l'objet, avant de pouvoir être portés devant le tribunal administratif, d'une médiation préalable assurée par les délégués du Défenseur des droits en lien avec les organismes mis en cause (CAF, MSA et conseils départementaux). En parallèle, l'expérimentation porte également sur des litiges relatifs au droit des demandeurs d'emploi (radiations des listes et versement de l'allocation spécifique de solidarité), pris en charge par la médiation de Pôle Emploi.* https://www.defenseurdesdroits.fr/sites/default/files/atoms/files/ddd_observatoire_mediation-prealable-obligatoire_06-2021.pdf.

Ver Texto

(43) https://www.defenseurdesdroits.fr/sites/default/files/atoms/files/ddd_observatoire_mediation-prealable-obligatoire_06-2021.pdf.

Ver Texto

(44) La citada Recomendación tiene su origen en los trabajos realizados por el Consejo de Europa y en concreto, por el grupo de proyecto sobre el derecho administrativo (CJ-DA) en colaboración con el Ministro de Justicia de Portugal en el marco de las actividades para el desarrollo y consolidación de la estabilidad democrática. Desde 1990, el Consejo de Europa desarrolla programas de cooperación con los países de Europa central y oriental, destinados a facilitar la puesta en práctica de instituciones y la

introducción de una legislación basadas en los principios de democracia pluralista de protección de los derechos del hombre y del Estado de Derecho. En el año 1998, estos programas se han abierto a todos los países miembros del Consejo de Europa y han sido reestructurados en el marco de las «Actividades para el Desarrollo y consolidación de la Estabilidad Democrática»(ADACS). El autor de este trabajo participó como visiteur d, études en la preparación de la indicada Recomendación a través del, «Working party of the project group on administrative law (cj-da-gt) 4th meeting strasbourg, 3-5 july 2000. «directorato general of legal affairs / direction generale des affaires juridiques department of public law/service du droit public. (...) m. gerardo carballo, visiteur d'études.»

Ver Texto

(45) Art. 1 de la Ley 9/1983, de 1 de diciembre, del Defensor del Pueblo Andaluz.

<https://www.boe.es/buscar/pdf/1984/BOE-A-1984-1847-consolidado.pdf>.

Ver Texto

(46) Conclusiones Servicio Mediación Defensor Andaluz, Sevilla, Defensor del pueblo Andalucía. 2018. p. 11

<https://www.defensordelpuebloandaluz.es/sites/default/files/mediacion/mediacion-final-interactivo.pdf>.

Ver Texto

(47) Sentencia del Tribunal Superior de Justicia Madrid n.º 836/2002 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 8ª), de 8 julio «(...) debemos destacar igualmente que carecen de valor normativo las Recomendaciones alegadas por la recurrente, que podrán ser tenidas en la interpretación del Derecho vigente, pero no hasta el punto de crear normas jurídicas inexistentes que respondan a los criterios subjetivos de dicha parte.» Lógicamente, debe entenderse que si las Recomendaciones son alegadas por las partes, habrán de ser razonadas por el juez, a quien le corresponde el deber de congruencia. Tb. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 8 noviembre 1988. F.D. Cuarto.:»(...) Y en cuanto al Defensor del Pueblo, ante las quejas de múltiples médicos afectados, decía por escrito que «la aplicación retroactiva de la Disposición Transitoria Segunda de la Orden Ministerial de 7 de febrero de 1983 ha limitado sus derechos». En definitiva, y ciertamente la Orden recurrida no sólo vulnera el principio de igualdad del art. 14 sino también el art. 9.3 de la Constitución al establecer una retroactividad lesiva de derechos individuales.»

Ver Texto

(48) Así se ha concebido la función originaria del Ombudsman tal y como señalan Napione (*L'Ombudsman. Il controllore della pubblica Amministrazione*, Milán, Giuffré, 1969; pp. 46-54, 80 a 94, 118 y 119 y 201 a 208), y A. Legrand (*L'Ombudsman Scandinave, études comparées sur le controle de l'Administration*, París, LGDJ, 1970, pp. 281 y ss).

Ver Texto

(49) Señala el Informe del Defensor del Pueblo correspondiente a su gestión de 1986 que, el diálogo con las Administraciones públicas ha sido preferible frente a la experiencia inquisitorial, sustituyendo las medidas sancionadoras derivadas de situaciones calificables de «resistencia activa» o de «hostilidad», por una mayor comunicación con los órganos administrativos afectados. *Vid.* Informe a las Cortes

Generales de 1986; p. 15. Y también *BOCG; Congreso de los diputados*; III Legislatura; Serie E, núm. 34, de 6 de mayo de 1987; p. 753 y ss.

[Ver Texto](#)

(50) Dicha defensa puede realizarse a través de una mediación genérica como la que habitualmente realiza el ombudsman o utilizando una mediación típica. No obstante, adocrinar acerca de posiciones a través de las cuales se pretenda concretar una facultad de mediación típica para el Defensor del Pueblo, podrá ser una propuesta que caiga bien en las normas de procedimiento administrativo con el fin de regular los efectos que se deriven del resultado de una posible mediación convencional, pero nada nuevo añadiría al contenido de una mediación institucional, que conlleva de forma implícita el ejercicio de una eventual mediación típica o formalizada, así como cuantas actuaciones sean precisas en el marco de la competencia universal que detentan estas instituciones de garantía.

[Ver Texto](#)

(51) *Vid.* A. Ruiz Robledo, «Divagaciones sobre el Defensor del Pueblo Andaluz», Biblioteca jurídica virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, pp. 16 y 17.

[Ver Texto](#)

(52) *Vid.* M. Bourry d'Antin,, en «Art et techniques...», *loc. cit.*, p. 225. : «(...) Comme institution, la première médiation, motrice pour toutes les autres, à notre époque, est assurément la médiation administrative : paradoxe de songer que ce processus d'essence conventionnelle, en marge du pouvoir et des pouvoirs publics, a puisé sa source et son élan dans une initiative de l'État remettant en question l'immunité régaliennne de ses propres services. »

[Ver Texto](#)

(53) G. Carballo Mattínez, «Otros modos de de terminación del procedimiento», *Tratado sobre el Procedimiento Administrativo*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2019, pp . 493 ss.

[Ver Texto](#)

(54) S. Serpentier, *La médiation administrative*, *op. cit.*, p. 34.

[Ver Texto](#)

(55) Sobre Mediación Institucional *vid.* Jacques Pelletier. «El Ombudsman como Mediador»; en memorias del VI Congreso Internacional del International Ombudsman Institute, celebrado 20-24 de octubre, 1996, Buenos Aires (Argentina), titulado «El Ombudsman y el fortalecimiento de los derechos ciudadanos ante los retos del siglo XXI»; p. 108.

[Ver Texto](#)

(56) *Vid.* Declaración de Venecia 2019. Principios sobre la protección y promoción del Defensor del Pueblo. «12. El mandato del Defensor del Pueblo abarcará la prevención y corrección de la mala administración y la protección y promoción de los derechos humanos y de las libertades fundamentales». » A. Mora. «*El Libro del Defensor del Pueblo*. Madrid. Defensor del Pueblo. 2016. p.11. «(...) la misma evolución del

Defensor del Pueblo tiene dos vías que acaban por converger. Por un lado, los derechos humanos, desde sus múltiples declaraciones nacionales hasta su internacionalización, su institucionalización y su efectiva aplicación. Por otro lado, la creciente implantación del Estado Social de Derecho, que supone una ampliación (de hecho multiplicación) de la administración, que a menudo implica la aparición de desvíos y de malas administraciones que, a su vez, hay que controlar y redirigir, pues se trata, sencillamente —no sin su complejidad— de la tendencia a la burocratización de la misma burocracia».

Ver Texto

(57) La institución del arbitraje (arts. 1261-1277 Cc), regulada en la Ley 36/1988, de 5 de diciembre, —hoy derogada— contenía un arbitraje informal en su art. 3.º, por medio del cual dos o más personas podían pactar, en cualquier forma, la intervención dirimente de un tercero, aceptando o rechazando sus propuestas una vez que éste hubiera dictado la preceptiva resolución, por lo que, en este caso, se desnaturalizaba la figura del arbitraje a favor de una mediación encubierta que, a través de su positivización, adquiriría carta de naturaleza. La anterior previsión ya estaba contenida en la regulación de la ley de 22 de diciembre de 1953 de arbitraje. *Vid.* J. Guasp, *El Arbitraje en el derecho español*, Barcelona, Editorial Bosch, 1956; p. 73.

Ver Texto

(58) *Vid.* arts. 86 y 112 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, así como el art. 77 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.

Ver Texto

(59) *Vid.* la guía de mediación para la práctica de la mediación judicial de 2016 del CGPJ. Tb. Clínica Jurídica - Mediación administrativa del Ayuntamiento de Madrid, e Igualmente, «Guía de preguntas y respuestas para mediar con la Administración pública» publicada por el ICAM de Madrid https://www.icam.es/docs/ADR/Mediacion_web/5/.

Ver Texto

(60) Art. 54 CE «Una ley orgánica regulará la institución del Defensor del Pueblo, como alto comisionado de las Cortes Generales, designado por éstas para la defensa de los derechos comprendidos en este Título, a cuyo efecto podrá supervisar la actividad de la Administración, dando cuenta a las Cortes Generales.»

Ver Texto

(61) Los Principios relativos al estatuto y funcionamiento de las instituciones nacionales de protección y promoción de los derechos humanos fueron adoptados por la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas con la Resolución 1992/54, de marzo de 1992, y también por la Asamblea General con la Resolución 48/134 de 20 de diciembre de 1993. Los Principios de París se relacionan con el estatus y funcionamiento de las instituciones nacionales de derechos humanos, tales como comisiones de derechos humanos y defensorías del pueblo http://www.oas.org/DIL/ESP/Res_48-134_UN.pdf.

Ver Texto

(62) Entre otros, estipulan que una institución nacional de derechos humanos debe ser establecida por la Constitución nacional o por medio de una ley que señale claramente su papel y sus facultades, como así como que su mandato debe ser lo más amplio posible.

Ver Texto

(63) Principios complementarios relativos al estatuto de las comisiones dotadas de competencia cuasijurisdiccional. La institución nacional podrá estar facultada para recibir y examinar denuncias y demandas relativas a situaciones particulares. Podrán recurrir a ella los particulares, sus representantes, terceros, organizaciones no gubernamentales, asociaciones y sindicatos y cualquier otra organización representativa. En ese caso, y sin perjuicio de los principios antes mencionados que se refieren a otros aspectos de la competencia de las comisiones, las funciones que se les encomienden podrán inspirarse en los siguientes principios: a) Tratar de hallar una solución amistosa mediante la conciliación o, dentro de los límites establecidos por ley, mediante decisiones obligatorias o, en su caso, cuando sea necesario, siguiendo un procedimiento de carácter confidencial».

Ver Texto

(64) Art. 28. Uno. El Defensor del Pueblo, aun no siendo competente para modificar o anular los actos y resoluciones de la Administración Pública, podrá, sin embargo, sugerir la modificación de los criterios utilizados para la producción de aquéllos.

Dos. Si como consecuencia de sus investigaciones llegase al convencimiento de que el cumplimiento riguroso de la norma puede provocar situaciones injustas o perjudiciales para los administrados, podrá sugerir al órgano legislativo competente o a la Administración la modificación de la misma.

Loi n°73-6 du 3 janvier 1973 instituant un Médiateur de la République: Article 9. Abrogé par LOI n°2011-334 du 29 mars 2011 — art. 22 Modifié par Loi n°2000-321 du 12 avril 2000 — art. 9 () JORF 13 avril 2000 «*Lorsqu'une réclamation lui paraît justifiée, le Médiateur de la République fait toutes les recommandations qui lui paraissent de nature à régler les difficultés dont il est saisi et, notamment, recommande à l'organisme mis en cause toute solution permettant de régler en équité la situation de l'auteur de la réclamation.*»

Loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits. Article 25 «*Le Défenseur des droits peut faire toute recommandation qui lui apparaît de nature à garantir le respect des droits et libertés de la personne lésée et à régler les difficultés soulevées devant lui ou à en prévenir le renouvellement. Il peut recommander de régler en équité la situation de la personne dont il est saisi.*» Article 26. «*Le Défenseur des droits peut procéder à la résolution amiable des différends portés à sa connaissance, par voie de médiation. Les constatations effectuées et les déclarations recueillies au cours de la médiation ne peuvent être ni produites, ni invoquées ultérieurement dans les instances civiles ou administratives sans le consentement des personnes intéressées, sauf si la divulgation de l'accord est nécessaire à sa mise en œuvre ou si des raisons d'ordre public l'imposent.*»

Ver Texto

(65) Comisión Europea para la Democracia a través del Derecho (Comisión de Venecia) principios sobre la protección y la promoción de la institución del defensor del pueblo («Los Principios de Venecia») Adoptados por la Comisión de Venecia en su 118ª Sesión Plenaria (Venecia, 15-16 marzo 2019)

Ver Texto

(66)

Comisión de Venecia: «Recordando que el Defensor del Pueblo es una institución que debe actuar de manera independiente contra la mala administración y las denuncias de violaciones de los derechos humanos que afecten a un individuo o una persona jurídica». «(...) 1. Las Instituciones del Defensor del Pueblo tienen un papel importante que desempeñar en el fortalecimiento de la democracia, el Estado de Derecho, la buena administración y la protección y promoción de los derechos humanos, y las libertades fundamentales. Si bien no existe un modelo normalizado en todos los Estados miembros del Consejo de Europa, el Estado apoyará y protegerá a la Institución del Defensor del Pueblo y se abstendrá de cualquier acción que socave su independencia.» (...) «12. El mandato del Defensor del Pueblo abarcará la prevención y corrección de la mala administración y la protección y promoción de los derechos humanos y de las libertades fundamentales».

Ver Texto

(67) Resolución aprobada por la Asamblea General el 16 de diciembre de 2020 [sobre la base del informe de la Tercera Comisión (A/75/478/Add.2, párr. 89)] 75/186. El papel de las instituciones de ómbudsman y mediadores en la promoción y protección de los derechos humanos, la buena gobernanza y el estado de derecho. «b) Doten a las instituciones de ómbudsman y mediadores, allí donde existan, del marco constitucional y legislativo necesario, así como del apoyo y la protección del Estado, la debida asignación financiera para la plantilla y otras necesidades presupuestarias, un mandato amplio que abarque todos los servicios públicos, las atribuciones requeridas para garantizar que dispongan de las herramientas que precisan con miras a seleccionar los asuntos, resolver los casos de mala administración, investigar a fondo e informar de los resultados, y de todos los demás medios apropiados, a fin de asegurar el ejercicio eficaz e independiente de su mandato y de reforzar la legitimidad y la credibilidad de sus actuaciones como mecanismos para la promoción y protección de los derechos humanos y el fomento de la buena gobernanza y del respeto del estado de derecho» [file:///C:/Users/gcarballo/Downloads/A_RES_75_186_S%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/gcarballo/Downloads/A_RES_75_186_S%20(1).pdf).

Ver Texto

(68) Resolución aprobada por el Consejo de Derechos Humanos el 6 de octubre de 2020. 45/22. Instituciones nacionales de derechos humanos. «Recordando que la existencia de instituciones nacionales independientes de derechos humanos que cumplan los Principios de París es un indicador mundial de los progresos realizados para lograr el Objetivo de Desarrollo Sostenible 16, y tomando nota del informe del Secretario General¹ sobre los progresos realizados para lograr los Objetivos de Desarrollo Sostenible, incluido ese indicador.» <https://undocs.org/es/A/HRC/RES/45/22>.

Ver Texto

(69) J M. Senger, *Federal Dispute Resolution*, op. cit., p. 5. «Greater Predictability and Self-Determination ADR benefits parties because it allows them to decide how to resolve their dispute. The only way a case will settle in a voluntary ADR process is if both parties agree to an outcome they created themselves. In contrast, parties relinquish this control whenever they turn their case over to a judge or jury. Once a court process begins, the results are unpredictable. Adjudication can be surprisingly uncertain. In one study of civil cases, judges who had presided over jury trials were asked whether they would have ruled the same way the jury did.»

[Ver Texto](#)

El tercero neutral en mediación o la búsqueda del grail

The neutral third party in mediation or the search for the grail

Una de las clasificaciones clásicas en solución de conflictos es la que distingue entre métodos heterocompositivos y autocompositivos, reservándole a estos últimos la participación de un «tercero neutral» que ayude a las partes a gestionar su problema, recayendo sobre estas la toma de decisiones y la última palabra respecto al resultado del proceso. En mediación, la neutralidad es, junto a la imparcialidad, un principio básico al que vienen obligados todos los mediadores. No obstante, son muchas las voces que apuntan a la imposibilidad de ser neutral, a la necesidad de reformular este concepto y acomodarlo a las necesidades concretas de cada caso.

Mediación, MASC, Neutralidad, Imparcialidad.

One of the classic classifications in conflict resolution is the one that distinguishes between heterocompositive and autocompositive methods, reserving to the latter the participation of a «neutral third party» that helps the parties to manage their problem, with decision-making and last word regarding the outcome of the process. In mediation, neutrality is, along with impartiality, a basic principle to which all mediators are bound. However, there are many voices that point to the impossibility of being neutral, to the need to reformulate this concept and accommodate it to the specific needs of each case.

Mediation, ADR, neutrality, impartiality.



Amparo Quintana

Mediadora, abogada y docente

I. EL CAMINO DE VIRATA

En «Los ojos del hermano eterno», Stefan Zweig nos muestra a Virata, un personaje sabio, justo, virtuoso y amado tanto por su rey como por su pueblo, cuyas sentencias son acatadas y aclamadas hasta que descubre la incapacidad de los humanos para realizar cualquier acto de justicia, unas veces porque no existen todos los elementos necesarios para saber qué es lo verdadero y qué lo falso, otras porque su resolución estaba imbuida de sus propios pensamientos y valores sin haber llevado la misma vida que aquellos a quien juzgaba, etc.

Lo que ese relato nos viene a destacar es el camino que emprende su protagonista con el objetivo de aprender a tratar a sus semejantes con verdadera justicia, pero sin juzgar y aun a costa de convertirse en un ser anónimo. En su andadura, pasa por casi todos los estados que acompañan a las personas dedicadas a la gestión de los conflictos: desde la imparcialidad a la neutralidad, pasando por momentos que sugieren equidistancia y equidad.

II. EL TERCERO NEUTRAL DEBE SER IMPARCIAL

Todos y cada uno de los textos normativos que regulan la mediación, tanto a nivel nacional como internacional, configuran la figura del mediador como alguien que debe facilitar la comunicación entre las partes, ayudarlas a descubrir los puntos en común y acompañarlas en el camino que posibilite establecer unos acuerdos que satisfagan sus intereses. Para ello, además, estos profesionales deben trazar un proceso acomodado al caso concreto, estar atentos al posible desequilibrio entre los mediados y no apartarse de los postulados que les obligan a observar una conducta imparcial y neutral.

Puede decirse, por tanto, que las características esenciales de la actuación de tales mediadores giran en torno a estos puntos:

1. *Imparcialidad*: la labor de mediar resulta incompatible con promover los intereses de personas o grupos a expensas de otros. Esto obliga a varias cosas:
 - Apartarse del proceso cuando los terceros neutrales se vean inclinados a favorecer a una o varias partes en detrimento de otras (art. 13.4º de la Ley 5/2012, de 6 de julio).
 - Ser en todo momento transparentes con las partes y exponer las posibles causas de incompatibilidad que pueda haber, derivadas por posibles conflictos de intereses (art. 13.5º de la misma ley).
 - Y algo que es sustancial a cualquier profesional responsable: abstenerse de intervenir cuando no se sientan capacitados para actuar en el asunto de que se trate, tanto por razones objetivas como subjetivas. En este sentido, aceptar un encargo de mediación sin la suficiente confianza en poder dirigirlo o desprovistos del conocimiento imprescindible y no poner algún tipo de remedio, nos coloca en la arriesgada tesitura de conducir la mediación atendiendo sobre todo a nuestras ideas preconcebidas, nuestra concepción de las cosas y nuestros sesgos interpretativos, por encima de la voluntad de las partes.
2. *Orientada al proceso*: se conduce la mediación para facilitar la comunicación entre los mediados. Esto se realiza ordenando y dando sentido a las fases del proceso, aplicando en unas u otras aquellas técnicas tendentes a que dicha promoción del diálogo no sea una entelequia, ayudando a las partes a tener confianza en ellas mismas y se vean capaces de reconocer los puntos que tiene en común con quien era su «adversario». Al respecto, no solo lo sustantivo es importante y por eso es preciso tener a punto el medio que mejor favorezca a las partes para sentirse escuchadas, atendidas y reconocidas sin ser juzgadas.

3. *Solución del problema:* intentan ayudar desde la gestión de las dificultades y dudas que subyacen y no solo que las partes decidan lo que dice el Derecho. Hasta los conflictos que tienen un trasfondo jurídico raras veces se resuelven del todo aplicando el ordenamiento. Si esto fuera así de manera automática, prácticamente no existirían controversias porque todo el mundo sabría qué tiene que hacer. Pero la experiencia nos enseña que tras un litigio casi siempre hay un conflicto sin resolver, una emoción sin atender, una necesidad frustrada, etc.

Son las partes quienes tienen la facultad de otorgar o retirar a sus mediadores la posibilidad de dirigir su proceso de mediación, pues el mandato de estos no dimana del Estado ni de una cláusula de sometimiento, sino de la confianza que se revalida en cada sesión y a cada instante

Por todo ello, ¿qué es la imparcialidad? Atendiendo al diccionario de la RAE, sería la «falta de designio anticipado o de prevención en favor o en contra de alguien o algo, que permite juzgar o proceder con rectitud». Aplicado a la mediación, deriva en que deben observarse las normas éticas que la sostienen, con lealtad a los principios y, como se ha comentado anteriormente, siendo transparentes con las partes, pues resulta imprescindible que estas nos perciban imparciales, se vean a sí mismas en igualdad de condiciones y, por encima de otros postulados, sientan que se está siendo justo con ellas, en el sentido de que no se actúa con arbitrariedad ni desequilibrio.

Asimismo, la imparcialidad es una cualidad visible desde fuera; las leyes de mediación la objetivizan de algún modo y es relativamente fácil darse cuenta de si quien media está siendo imparcial. A este respecto, son las partes quienes tienen la facultad de otorgar o retirar a sus mediadores la posibilidad de dirigir su proceso de mediación, pues el mandato de estos no dimana del Estado ni de una cláusula de sometimiento, sino de la confianza que se revalida en cada sesión y a cada instante.

Ahora bien, si para ser neutral se ha de ser imparcial necesariamente, no sucede así al contrario, pues existen MASC donde la neutralidad no es una característica del método empleado y, es más, el tercero debe valorar, dar su opinión, sugerir y hasta decidir.

III. ¿ES POSIBLE SER NEUTRAL? EXPOSICIÓN DE DOS CASOS MUY SIMILARES

Imaginémonos un día cualquiera ojeando un diario de noticias. Podemos encontrarnos con titulares del estilo de «Una trifulca en los probadores de unos almacenes termina con tres mujeres hospitalizadas», «Impiden a un padre acercarse a sus hijos por unos hechos ocurridos hace quince años», «Un antitaurino se prende fuego al atentar contra unos camiones que trasladaban varias reses». De una u otra forma, a nadie le dejan indiferente y nos incitan a opinar e incluso haciéndolo de la manera más sopesada posible, terminaremos valorando, juzgando y sacando conclusiones... igual que cuando conocemos a alguien y nos va explicando en qué consiste su conflicto, pues ese

primer momento es como la página en blanco que se abre a las palabras (Cobb, 2016).

En 2009 me asignaron, en el centro de mediación familiar donde trabajaba entonces, dos casos de conflicto intergeneracional entre sendas madres y sus respectivos hijos adolescentes. Había muchas coincidencias, pudiendo destacar las siguientes:

- Madres solas (una soltera y otra divorciada) con un solo hijo varón de dieciséis años. Ellas eran quienes los mantenían sin ayuda de nadie, ni siquiera de los padres de los chicos.
- Hijos estudiosos y sin problemas académicos hasta ese curso, porque empezaron a faltar a clase, suspender alguna asignatura etc.
- Consumo esporádico de alguna sustancia estupefaciente.
- Madres preocupadas por la «inadaptación» de sus respectivos hijos, lo que se traducía en:
 - Uno de ellos andaba en un grupo ultra; vestía y se peinaba de manera arquetípica; acudía regularmente a reuniones donde le entregaban documentos y folletos que la madre había visto y con los que no solo estaba en desacuerdo, sino que le hacían temer que su hijo pudiera acabar involucrado en algún delito.
 - El otro joven frecuentaba grupos antisistema; también vestía y se peinaba de forma arquetípica; a veces se quedaba a dormir en edificios okupados y acudía a todas las manifestaciones propiciadas por sus correligionarios; muy activo en redes sociales, vertía sus opiniones sin filtro alguno, lo que le granjeó alguna amenaza seria.
- Ambas madres acudían a mediación por indicación de otros profesionales: un terapeuta y un sacerdote, respectivamente, pues veían cómo iban creciendo los problemas en casa y cómo se deterioraba la convivencia.

Ni que decir tiene que, para salvaguardar la confidencialidad, no voy a ser demasiado explícita en detalles, pero sí puedo decir que las narrativas de cada uno de los casos no me dejó indiferente como persona. Ahora bien, como mediadora no podía dejarme arrastrar por mis propios sentimientos, dado que ante mí estaban dos sistemas familiares con un conflicto y me pedían ayuda.

Quiso el destino (o las agendas de todos) que pudiera atender dichos casos el mismo día de la semana (los viernes) y en horario sucesivo, por lo que llevé ambas mediaciones de forma prácticamente paralela. Esto contribuyó a centrarme en la cuestión clave, esto es, la desavenencia intergeneracional, cómo se manifestaba, qué necesidades estaban sin atender, etc. e ir acompañando a las partes en la transformación de su relación y de su percepción del conflicto.

Los llamados terceros neutrales no forman parte del conflicto y no deciden por las partes, pero no se debe olvidar que todas las personas se influyen unas a otras en cierta forma y esos terceros adoptan un rol en relación con las necesidades de las partes (Ury, 2005), punto este al que volveré más adelante.

En esa búsqueda de la neutralidad, a sabiendas de que nadie puede serlo *a priori* porque todos cargamos con nuestras experiencias, ideas, escala de valores y otras cuestiones determinantes de nuestra forma de estar en el mundo, resulta importante resaltar dos postulados que conviene no dejar de lado y tenerlos siempre presentes:

1. Existen emociones que colonizan, como el miedo o el rechazo, y estas no se limitan a las partes mediadas, sino que también alcanzan a los mediadores. En los casos referidos, el miedo de las madres convivía con el miedo de los hijos a ser rechazados por sus grupos de pares. De igual manera, el rechazo era mutuo, pues ellas desaprobaban las ideas y acciones de sus vástagos y estos estaban en contra de la manera de pensar de sus progenitoras.

En cuanto a mí como mediadora, podía entender el miedo de todos ellos sin que me afectara, pero fui consciente de que algunas veces experimentaba rechazo hacia ciertas cosas que podríamos calificar como disruptivas o perturbadoras. Para sortearlo, recurrí a la técnica del anclaje, aunque podría haber sido cualquier otra herramienta; lo importante es ser conscientes del obstáculo y del resorte para superarlo. También ayuda practicar la empatía como ejercicio de respeto y no enjuiciar cuanto escuchamos.

2. Asimismo, en toda mediación van a surgir tensiones entre los mecanismos de conservación o estabilidad (lo que alguna de las partes quiere mantener) y los de cambio o innovación (lo que alguna parte quiere variar). Dichas tensiones originan situaciones de conflicto que se superponen al conflicto base, pero que debemos atender.

En los casos referidos, hubo sesiones (sobre todo al principio) en que aparecieron situaciones de enfrentamiento que amenazaban con suspender la mediación y podían poner en peligro mi neutralidad. Me ayudó asignarles tareas y explorar, sirviéndome de estas, las posibilidades de las partes para ser creativas. A este respecto, hay que tener en cuenta que para mucha gente invocar la palabra creatividad equivale a fantasear y dispersarse, pudiendo llegar a rechazarla. De ahí que sea importante irlo haciendo sin mencionarlo; no podemos explicarles que se basa en la realidad, porque podrían no creernos, pero sí podemos pedirles que se centren en lo que les parece «bien» enfocado, «bien» observado o «correctamente» imaginado (Cameron, 2051) a través de esas tareas, fichas, juegos, películas, lecturas, etc.

IV. POR UN CAMBIO EN LA CONCEPCIÓN DE LA NEUTRALIDAD

Durante décadas, se ha percibido al tercero neutral como alguien impasible, distanciado no solo del conflicto sino de las propias partes, que dirige el proceso de mediación con igualdad aritmética y que aplica la paridad en todas y cada una de las cosas que va ejecutando con las partes. Así y a título de ejemplo, si alguien desea que lo acompañe su abogado y otro se opone, los mediadores deberían rechazar la presencia del letrado sin entrar a cuestionarse por qué o para qué lo solicita una de las partes, qué puede aportar al proceso y qué necesidad no atendida puede existir.

Esa actuación equidistante y simétrica, sin embargo, a veces refuerza la posición dominante, la narrativa colonizadora, pudiendo favorecer a quien maneje mejor el mucho o poco poder que tenga.

A esto hay que unir que, en ocasiones y para subrayar la objetividad, se establecen reglas y pautas demasiado rigoristas, lo que suele desembocar en una concepción del conflicto basada en el desacuerdo, por lo que se dirige a las partes para que establezcan pactos lo antes posible, olvidando cuestiones más subjetivas y no por eso menos importantes, como todas las cuestiones psicológicas y sociológicas que pesan en la génesis del conflicto.

Lo que les sucede a las partes	Actuación de los mediadores
Necesidades frustradas	Aportar posibilidad de hablar, legitimar, etc.
Habilidades pobres	Reformular, parafrasear, etc.
Relaciones débiles	Tender puentes
Intereses conflictivos	Averiguar necesidades
Derechos en disputa	Establecer criterios / promover creatividad
Poder desigual	Tratar de equilibrar
Relaciones dañadas	Acciones restaurativas
Carencia de límites	Recordar las reglas y principios
Escasa o ninguna atención	Facilitar la comunicación

Sin embargo, sabemos que cada persona acude a mediación con unas expectativas diferentes, aunque por lo general compatibles con las de la otra parte. Y también sabemos que no todo el mundo cuenta con las mismas habilidades y competencias para dialogar, estructurar sus ideas, analizar las alternativas, etc. Por tal razón y partiendo de algunos de los roles establecidos por Ury para gestionar el conflicto desde el «tercer lado» (2005), podemos resumir en el siguiente cuadro algunas de las actuaciones que pueden llevar a cabo los mediadores:

Es decir, sin dejar de ser mediadores, debemos intervenir de manera proactiva y acorde con las circunstancias concretas del caso y de las partes. No basta con seguir el mismo método para todos los asuntos, pues esto puede convertirnos en profesionales insensibles y alejados de las verdaderas necesidades de los mediados.

Pensemos en los países y organizaciones internacionales calificados como neutrales. ¿Qué hacen? Unas veces reparten ayuda humanitaria, otras cumplen funciones de asilo y en ocasiones basta con llevar a cabo una labor de observadores y vigilantes. Es decir, del tercero neutral se espera que conecte con las entrañas del conflicto y proporcione aquellos instrumentos que resultan imprescindibles para prevenirlo, contenerlo o solucionarlo.

Igualmente, cada parte mediada encierra un yo que, en términos generales, coincide con alguno de estos tipos (Kunkel, 1966):

1. ESTRELLA: No le importa tanto hacer cosas importantes como que los demás lo crean. Si no consigue imponerse, se vuelve taco de madera (refractario/no colaborador).
2. CÉSAR: No lucha por algo, sino contra algo. Si no consigue imponerse, se convierte en llorón o taco de madera.
3. LLORÓN: No puede subsistir sin abundante protección. Si le falta, abandona el grupo y busca otro.
4. TACO DE MADERA: Se llega a este estilo a través de alguno de los anteriores. Fracaso.

Endurecido. Miedo. Evitativo.

Detectarlo, comprenderlo y saber que todas las personas actúan movidas por razones para ellas suficientemente importantes nos impone a los mediadores ayudar a gestionar los conflictos más allá de una concepción estereotipada de la neutralidad.

De igual manera, puede ayudarnos a desempeñar nuestro papel mediador y que, en consecuencia, las partes nos perciban neutrales pero no ajenos, tener en cuenta estas consideraciones:

- La escucha es una forma de aprender, no el paso previo a lo que voy a decir.
- No se trata de convencer ni influir; la confianza nace de lo que somos.
- «Tiene un punto de vista, no es su punto de vista».
- Todas las perspectivas tienen su espacio: los que están de acuerdo, los que no, los que no saben, los que están de acuerdo a medias...
- Los silencios son bienvenidos, son tiempos necesarios. También las preguntas sin respuesta.
- Impulsemos la participación y la sensación de pertenencia a todas las partes.

BIBLIOGRAFÍA

CAMERON, J., *El camino del artista*, Barcelona, Aguilar 2015.

COBB, S., *Hablando de violencia. La política y las éticas narrativas en la resolución de conflictos*, Barcelona, Gedisa, 2016.

KUNKEL, F., *Psicoterapia del carácter. La moderna psicoterapia aplicada a la educación*, Alicante, Ed. Marfil, 1966.

MAYER, B.S., *Más allá de la neutralidad. Cómo superar la crisis de la resolución de conflictos*. Barcelona, Gedisa 2008.

QUINTANA, A. «La intervención de terceras personas en el desarrollo de la mediación», *Revista Iuris*, junio 2014.

URY, W.L., *Alcanzar la paz. Resolución de conflictos y mediación en la familia, el trabajo y el mundo*, Barcelona, Paidós, 2005.

ZWEIG, S., *Los ojos del hermano eterno*, Barcelona, Ed Acantilado, 2002.



La regulación del tribunal arbitral en Emiratos Árabes Unidos: Ley Federal de Arbitraje 6/2018 vs. Shari'a

Arbitral tribunal regulation in the United Arab Emirates: Federal Arbitration Law 6/2018 v. Shari'a

La nueva Ley Federal de Arbitraje 6/2018 se erige como el vértice de la convalidación internacional del régimen arbitral de Emiratos Árabes Unidos, un proceso que ya venía dibujando la jurisprudencia de sus tribunales. En este contexto, la nueva ley, que obvia las importantes limitaciones que incorpora la Shari'a, ha redibujado la crucial figura del tribunal arbitral, superando las principales debilidades de su periclitado Código de Procedimiento Civil a través de la asimilación de los principales estándares arbitrales internacionales.

Tribunal arbitral, Ley Federal de Arbitraje, Shari'a.

The new Federal Arbitration Law 6/2018 constitutes the apex of the UAE's arbitration regime international validation, a process that had already been drawing the jurisprudence of its courts. In this context, the new law, which obviates the Shari'a's significant limitations, has redrawn the definitive figure of the arbitral tribunal, overcoming the main weaknesses of its old Civil Procedure Code through the incorporation of international arbitral standards.

Arbitral tribunal, Federal Arbitration Law, Shari'a



Fernando de Castro Cardo

Diplomático

I. INTRODUCCIÓN

La geografía islámica contemporánea escenifica la convivencia de la todopoderosa Shari'a con un *corpus* jurídico inspirado en la tradición de los sistemas de Derecho civil y de Derecho anglosajón, que ha sido progresivamente incorporado desde principios del siglo XIX. Tal incorporación no ha pretendido restringir el ámbito de aplicación de la Shari'a, pero sí ha afectado su expresión jurídica tradicional y ha planteado el intrincado debate acerca de la compatibilidad del Derecho Islámico, como sistema jurídico, con la globalización, como proceso histórico (1).

La institución arbitral no ha vivido ajena a esta realidad y ha sido parte del enconado enfrentamiento entre los sectores más tradicionalistas de la doctrina islámica, que abogan por someter la institución a la Shari'a, partiendo, en primera instancia, por la definición de modelos *shari'a-compliant*; y sectores más progresistas, que apoyan una asimilación irreversible de los estándares arbitrales contemporáneos en las jurisdicciones islámicas. Junto a estas visiones, se plantea una suerte de tímida vía intermedia, que aboga por el desarrollo de un progresivo proceso de armonización de la Shari'a (que no su unificación) con los estándares del comercio internacional (2) sosteniendo que, si bien las diferencias entre sistemas jurídicos son recurrentemente abordadas al tratar dicha cuestión, la armonización con la Shari'a raramente se analiza en detalle (3).

Lo cierto es que, dado el exponencial crecimiento de la industria de las finanzas islámicas, en los últimos años se viene reivindicando la articulación de regímenes arbitrales conformes a la *Shari'a* (4). No obstante, y a pesar de los múltiples intentos, la realidad es que en la actualidad las únicas reglas arbitrales *Shari'a-compliant* son las del International Islamic Centre for Reconciliation and Arbitration (IICRA) (5) y las del Asian International Arbitration Centre (AIAC) (6), a lo que se suma una breve guía arbitral incorporada en los Estándares de la Accounting and Auditing Organization for Islamic Financial Institutions (*AAOIFI Standards*). En lo que al ámbito de la jurisdicción de *Emiratos Árabes Unidos (EAU)* respecta, los esfuerzos por articular este tipo de regímenes arbitrales no han dado los frutos deseados, al menos por el momento (7).

Con este fondo de escenario, el presente artículo está dedicado al estudio de la figura del tribunal arbitral en la jurisdicción de EAU, en el contexto de su nueva Ley Federal de Arbitraje 6/2018 (LFA) (8). Dicha norma, que obvia los postulados de la Shari'a, incorpora los principales estándares arbitrales internacionales, en línea con la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1985 (LMU), y deroga el periclitado régimen del Código de Procedimiento Civil de EAU (CPCE) (9), extendiendo su aplicación a todos los arbitrajes pendientes en el momento de su entrada en vigor en el ámbito de la Federación, a salvo de las jurisdicciones del Dubai International Financial Centre (DIFC) y del Abu Dhabi Global Market (ADGM) (10).

II. DELIMITACIÓN DE LA FIGURA DEL TRIBUNAL ARBITRAL EN LA JURISDICCIÓN DE EAU: LA NUEVA LEY FEDERAL DE ARBITRAJE 6/2018 VS. LA SHARI'A

1. La Shari'a y el tribunal arbitral

La articulación del régimen jurídico del tribunal arbitral, en términos generales, y de la cualificación de los árbitros, en particular, evidencia una de las divergencias más profundas entre la Shari'a y los

sistemas de Derecho civil y del *common law* que, en el caso de las conservadoras escuelas de jurisprudencia malikí y hanbalí (tradiciones jurisprudenciales en EAU), se agrava considerablemente.

A) La cualificación del árbitro

En el ámbito del Derecho Islámico, la delimitación de la cualificación de los árbitros parte de una rígida estructura de exigencias que deben concurrir en la persona del árbitro y que refieren, principalmente, a la fe islámica, al género y al conocimiento de la Shari'a. Como observaremos, a continuación, dichos criterios chocan frontalmente con los propios de los sistemas jurídicos civiles, eminentemente liberales.

El principio básico compartido por todas las escuelas ortodoxas de jurisprudencia es que el árbitro, además de ser un hombre común, deberá poseer las cualidades del juez islámico y, de entre ellas, deberá ser elegible para testificar en juicio. A partir de ahí, el profesor S. Saleh ha propuesto una completa sistematización de las cualidades del *qadi* o árbitro (11).

Dicha sistematización parte del requisito de que el *qadi* deberá ser un hombre adulto. Se trata de una norma generalmente aceptada por las escuelas malikí, shafí y hanbalí, que suelen referirse a la Sura 4:34 del Corán para excluir a la mujer de las funciones judicial y arbitral (12). La única excepción a esta norma la encontramos en la Escuela Hanafí, que acepta la posibilidad de que el *qadi* sea una mujer siempre y cuando la disputa no implique una sanción penal o de *hadd*, lo que a efectos del arbitraje no supone restricción alguna pues estos delitos no son arbitrables, en la medida en la que una mujer puede testificar en un procedimiento de ese tipo (asuntos civiles y comerciales) (13).

En este sentido, a lo largo de las últimas décadas se ha encontrado el debate doctrinal entre los autores más progresistas (14), que vienen apuntando que la discriminación por género, derivada de la interpretación literal del Corán y de los *ahadiths*, es contraria a las nociones contemporáneas de moralidad y justicia (15), y la doctrina más tradicional, que sostiene que la raíz del problema se encuentra en una contemporánea imposición de los estándares occidentales en materia de derechos humanos sobre el paradigma islámico (16). La profundidad de la discusión encuentra un ilustrativo reflejo en la Arbitration Act de 1986 (Reino Unido), que permite la creación de «tribunales de fe», como el Muslim Arbitration Tribunal (17), y que discriminaba *de facto* a la mujer. Tal discriminación, llevó a la adopción en 2011 (18) de la Arbitration and Mediation Services (Equality Bill), que modificaba la Equality Act de 2010 y la Arbitration Act de 1986. Como apunta M. Bhatti (19), con la Equality Bill se pretende «corregir» la discriminación tanto en los procedimientos arbitrales privados como en el propio convenio arbitral (20).

Las exigencias de género y religión no constan expresamente en las leyes arbitrales nacionales de los Estados musulmanes ni en las reglas de arbitraje *Shari'a-compliant*

Junto al requisito del hombre adulto, al *qadi* se le exige ser musulmán. Dicha cualificación se

fundamenta en el hecho de que la fe islámica es requisito esencial para poder testificar en un proceso de acuerdo con la Shari'a. Las escuelas malikí, shafí y hanbalí no aceptan excepción alguna a esta norma, que está basada en el verso coránico que señala que Dios no dará a los no creyentes ventaja sobre los creyentes (21). El *qadi* deberá ser musulmán al menos desde la fecha de comienzo del procedimiento judicial o arbitral hasta el momento en el que se dicte la sentencia o laudo. La Escuela Hanafí es más sutil al respecto y reconoce la jurisdicción del juez no musulmán sobre las partes en litigio no musulmanas dentro de territorio islámico. Asimismo, un sector de dicha escuela ha llegado a reconocer la jurisdicción de un juez no musulmán sobre las partes en litigio musulmanas en disputas civiles, financieras o comerciales, aunque no en derecho de familia (22). La justificación contemporánea de este requisito, es que al *qadi* musulmán se le presume un mayor conocimiento de la Shari'a y, en este sentido, una mayor probabilidad de poseer la cualidad de *adala* (rigor moral), a la que posteriormente nos referiremos.

No obstante, las exigencias de género y religión no constan expresamente en las leyes arbitrales nacionales de los Estados musulmanes ni en las reglas de arbitraje *Shari'a-compliant*. En este sentido, el art. 10 de las Reglas IICRA no despeja las dudas acerca de si el árbitro debe ser varón y musulmán, pues más allá de utilizar el pronombre masculino y de referirse a criterios generales *Shari'a-compliant*, no hay circunstancia adicional que sugiera la prohibición de un árbitro mujer o no musulmán. Por su parte, los Estándares AAOIFI (n.º 32) tampoco especifican dicha cualidad, si bien su Sección 11/1 establece que el procedimiento arbitral deberá seguir los principios de la Shari'a, lo que invita a pensar en una preferencia, que no en un requisito estricto, por el árbitro varón y musulmán.

Por lo que al rigorismo hanbalí respecta, se hace necesaria una breve referencia al régimen arbitral saudí y a su nueva Ley de Arbitraje de 2012 (23), que tampoco contiene referencia expresa a los requisitos del género, la religión, o la nacionalidad. Si parece preferible que el árbitro sea hombre y musulmán si se considera la provisión contenida en su art. 14, que establece que el árbitro debe tener un grado universitario en Shari'a, y en su art. 25, que determina que el procedimiento arbitral no debe contravenir la Shari'a. En cualquier caso, la falta de precedente judicial en Arabia Saudí y de codificación de la Shari'a sostienen la incertidumbre en torno a si los jueces mantendrán o no la aplicación del rigorismo hanbabí (24). Lo cierto es que, si las partes acuerdan el nombramiento de un árbitro mujer o no musulmán, estarán incrementando el riesgo de la no ejecución del laudo arbitral extranjero en Arabia Saudí. No obstante, en caso de que dicho acuerdo no sea honrado por considerarse contrario a la Shari'a, entonces entraría en juego el art. V.1º.d) de la CNY; y dado que Arabia Saudí es Estado parte de la CNY, la aplicación estricta de la Shari'a deviene incompatible con la CNY, pues es la Shari'a y no la autonomía de las partes la que prima en la ley arbitral saudí.

La percepción de parcialidad o falta de independencia como factor de orden público es otra de las cuestiones capitales que se plantean al abordar el carácter discriminatorio de la Shari'a al incorporar las exigencias de género y/o religión (25). En este sentido, resulta particularmente interesante la distinción que han dibujado autores como W.W. Park o S. Brekoulakis (26) entre el «sesgo institucional», que afecta a una institución arbitral concreta, y el «sesgo sistémico», propio del arbitraje comercial internacional en su conjunto. Tal distinción se observa al enfrentar el sistema

arbitral *Shari'a-compliant*, de naturaleza esencialmente religiosa, con al arbitraje comercial internacional estandarizado, de naturaleza secular; al evidenciarse un «sesgo sistémico» favorable a los estándares internacionales. Asimismo, los sesgos podrían plantearse *ad intra*, particularmente en aquellos arbitrajes *Shari'a-compliant* en los que ambas partes son musulmanas y el árbitro pertenece a la escuela de jurisprudencia de una de ellas.

A estas dos cualidades estructurales, se añade el hecho de que el *qadi* ha de poseer inteligencia. Se trata de una cualidad reconocida unánimemente por las cuatro escuelas de jurisprudencia ortodoxas y va más allá de la exigencia de los cinco sentidos propios del hombre común. No obstante, no deja de sorprender que la Escuela Malikí muestre su preocupación por un exceso de astucia. Asimismo, el *qadi* debe ser un hombre libre, cualidad sin particular relevancia en la actualidad, teniendo en cuenta la abolición de la esclavitud en los Estados musulmanes.

Además, el *qadi* debe poseer *adala*, cualidad que comprende la rectitud, el carácter irreprochable, la moderación, la renuncia a lo prohibido y el pecado, y la honorabilidad en asuntos religiosos y mundanos. Las escuelas malikí, shafí y hanbalí destacan la importancia del *adala* para el ejercicio de la función judicial o arbitral. Sin embargo, los hanafíes consideran que la exigencia de tal requisito no es más que una situación deseable (27).

Otra de las cualidades del *qadi* determina que este no debe ser ciego, sordo o tonto. En este sentido, la visión parcial y la audición limitada son toleradas. La Escuela Malikí reconoce la validez de la sentencia o laudo de un *qadi* que se vuelve ciego, sordo o tonto en el momento de su nombramiento, si bien debería ser reemplazado tan pronto se de tal circunstancia. Un inválido crónico podrá ser nombrado *qadi*, a pesar de que la Shari'a considera que la ausencia de defectos físicos dota de mayor dignidad a quienes ejercen la autoridad administrativa o judicial.

Finalmente, se incorpora la necesaria cualidad de que el *qadi* debe haber sido educado en el Derecho Islámico y, en particular, en sus cuatro fuentes consensuadas. Las escuelas malikí, shafí, y hanbalí subrayan la importancia de esta cualidad, que consideran fundamental para poder distinguir el bien del mal y que supondría la nulidad de la sentencia o del laudo, con independencia de la solidez de dicha decisión. Por su parte, la Escuela Hanbalí es más liberal, devolviendo este requisito al universo de las condiciones deseables y aceptando la posibilidad de que el *qadi* consulte a los hombres formados (*mujtahidin*) con el fin de conformar su sentencia o laudo a la Shari'a.

En este sentido, las Reglas IICRA (28) incorporan el requisito del conocimiento y la experiencia del árbitro en la Shari'a, si bien no detallan la escuela de jurisprudencia que habrá de regir el arbitraje, y establecen que las partes podrán optar por la designación de árbitros a partir de una lista IICRA. En caso de que los árbitros necesiten criterio adicional sobre algún aspecto relacionado con la Shari'a, podrán referirse al Consejo de Shari'a del IICRA, con sede en Dubái, cuyo dictamen podrá ser aceptado o rechazado por el tribunal arbitral. Dicho procedimiento se extiende al laudo provisional. La facultad de rechazar el dictamen del Consejo de la Shari'a, podría eventualmente choca con el propósito último de las Reglas, que es el de articular un arbitraje *Shari'a-compliant*.

Por su parte, las i-Reglas KLRCA (29) incorporan el principio de la autonomía de la voluntad de las

partes en la elección de los árbitros, y en el caso de que se trate de una disputa relacionada con la Shari'a, entonces las partes someterán la disputa a un árbitro experto en Shari'a o al pertinente consejo de la Shari'a. Como sucede con las Reglas IICRA, la decisión de dicho consejo no es vinculante. Finalmente, la i-Reglas no incorporan la exigencia de que el experto en la Shari'a remita un certificado de independencia al tribunal arbitral y a las partes, en el sentido previsto en la LMU o en las Reglas IBA. Esta circunstancia, resulta particularmente evidente en el ámbito de las finanzas islámicas, en el que pueden surgir dudas razonables sobre la independencia e imparcialidad de los expertos en la Shari'a o de los propios consejos, pues podrían desempeñar, al mismo tiempo, una labor de asesoría en materia de Shari'a en favor una de las partes.

B) El número de árbitro

En la era preislámica, los árbitros ejercían su función como jueces únicos, por lo que el concepto de tribunal colegiado era completamente desconocido, e incluso en los primeros años de la era islámica, las referencias del Profeta al arbitraje no contenían más que la mención a un solo árbitro. Posteriormente, la Escuela Hanafí permitió el nombramiento de más de un árbitro, siempre que el laudo fuera dictado por unanimidad y, de hecho, la adjudicación de una disputa a más de dos árbitros, en casos en los que no opera la unanimidad, sigue siendo cuestionada por la propia Escuela Hanafí (30). Por su parte, las escuelas malikí, shafí y hanbalí no permiten, en líneas generales, el nombramiento de más de un juez o árbitro (31). El caso del nombramiento de dos árbitros es enunciado en ciertas ocasiones, como mal menor, por parte de la doctrina shafí y el concepto de voto mayoritario (en un tribunal) no está siquiera contemplado en los tratados malikí, shafí y hanbalí.

Por su parte, las Reglas IICRA (32) determinan que el tribunal arbitral deberá constar de un número impar de árbitros.

Por tanto, en lo que al número de árbitros respecta, la óptica de la Shari'a no incorpora irritante jurídico con relación a los estándares internacionales, que consagra el principio de autonomía de la voluntad de las partes y que opta, en su defecto, por determinar la designación de un solo árbitro.

C) El nombramiento de los árbitros

El nombramiento de un árbitro en la Shari'a es un acto de naturaleza contractual celebrado entre dos o más partes involucradas en una disputa judicial o extrajudicial, en la que todas ellas consienten. En relación con este último elemento, no existe un criterio compartido por parte de las cuatro escuelas ortodoxas sobre si el consentimiento de las partes es necesario tan sólo en el momento del nombramiento del árbitro o si, además, debe continuar hasta el momento en el que este dicta el laudo. El nombramiento del árbitro es siempre directo y *ad hoc*. No existe, por tanto, la posibilidad de efectuar un nombramiento a través de agencia o de un tercero, si bien la doctrina hanafí contemporánea considera válido el nombramiento de un árbitro cuya identidad no es conocida por las partes desde el inicio del proceso. En cuanto a la aceptación del nombramiento por parte del árbitro, buena parte de la doctrina tradicional y la mayor parte de la doctrina contemporánea señalan que el acuerdo de las partes por sí solo no es suficiente y que, por tanto, el consentimiento del árbitro es necesario. El convenio arbitral es suficiente *per se* para finalizar el nombramiento y, en

este sentido, la intervención del *qadi* es requerida no para validar el arbitraje, sino para convertir el nombramiento en irrevocable. Para la Shari'a, el nombramiento del árbitro se describe como un acto espontáneo de las partes en disputa, tanto en el caso de que dicha disputa se encuentre o no en fase judicial: (33)

Sobre el nombramiento de los árbitros, y a excepción de la intervención del *qadi*, no existen diferencias insalvables entre la Shari'a y las principales legislaciones arbitrales internacionales

Sobre el nombramiento de los árbitros, y a excepción de la intervención del *qadi*, no existen diferencias insalvables entre la Shari'a y las principales legislaciones arbitrales internacionales. En este sentido, la legislación española prevé que las partes acordarán libremente el procedimiento para la designación de los árbitros, poniendo como límite la no vulneración del principio de igualdad. Asimismo, establece que, salvo pacto en contrario de las partes, cada árbitro tendrá un plazo de 15 días a contar desde el día de su nombramiento para comunicar su aceptación a quién lo designó (34)

D) El cese de los árbitros

La doctrina islámica clásica ha delimitado las circunstancias que determinan el cese de un árbitro en la Shari'a. Dichas circunstancias, que han sido sistematizadas por S. Saleh (35), no difieren sustancialmente de las previstas en otros sistemas jurídicos más liberales.

En este sentido, la primera circunstancia, por obvia, tiene que ver con la expiración del mandato del árbitro. Así, con excepción del art. 1846 del Majalla, que señala que cuando el nombramiento de un árbitro esté limitado a un tiempo determinado su cese se producirá llegado ese momento preciso, no existen disposiciones en la Shari'a en tal sentido, como tampoco la prohibición de limitar el mandato del árbitro en el tiempo.

En segundo lugar, el cese del árbitro vendría precipitado por su descalificación. Si un árbitro sucumbe en alguna de las cualidades exigidas por la Shari'a para el desempeño de su función, quedará descalificado para continuar su misión y tanto el arbitraje como el laudo serán anulados.

Vinculada a ellas, cabría referirse a la revocación de la autoridad del árbitro. El árbitro no está autorizado al ejercicio de su función sin el consentimiento continuado de las partes en el arbitraje, que se entiende se extiende hasta el momento de la emisión del laudo. Esta norma, de carácter general, ha sido establecida por las escuelas hanafí, shafí y hanbalí, y se contrapone al criterio jurisprudencial de la Escuela Malikí, que considera que el acuerdo de las partes es irrevocable. En cualquier caso, resulta importante subrayar que las cuatro escuelas clásicas convergen al considerar que dicho nombramiento deviene irrevocable en aquellos casos en los que este haya sido confirmado al inicio del arbitraje por un *qadi*.

De no producirse tal confirmación, la Escuela Hanafí autoriza a cualquiera de las partes del arbitraje a revocar el nombramiento del árbitro en cualquier momento antes de la emisión del laudo. La Escuela Shafí comparte tal criterio y subraya que la revocación es posible incluso en aquellos casos en los que el arbitraje se encuentre en la fase probatoria. Por su parte, la Escuela Hanbalí comparte el principio de la revocabilidad del nombramiento del árbitro por cualquiera de las partes con anterioridad a la emisión del laudo. No obstante, dentro de la propia escuela existe una corriente que señala que la revocación no estaría permitida una vez se ha cerrado la instrucción. Finalmente, en cuanto a la Escuela Malikí se refiere, la opinión mayoritaria reconoce el efecto vinculante y la irrevocabilidad del convenio arbitral. Asimismo, reconocen que la revocación se puede ver afectada por el consentimiento de ambas partes.

La cuarta circunstancia que motivaría el cese del árbitro sería la emisión del laudo arbitral. En este sentido, la jurisprudencia islámica ha subrayado sistemáticamente que la emisión del laudo arbitral supone el fin de la disputa arbitral (*yarfa al-niza*).

Finalmente, la Shari'a apunta la muerte y a la locura (incurable) del árbitro como causa de su cese. No existe un desarrollo legislativo en la Shari'a con relación al cese de un árbitro por causa de muerte o locura. Ante tales circunstancias debería prevalecer el sentido común y darse por terminada la función arbitral, no siendo necesario un desarrollo doctrinal al respecto.

De entre las causas que motivan el cese de los árbitros, la de revocación es la que más matices observa con relación al estándar internacional contemporáneo. En este sentido, mientras los debates en la Shari'a se centran en el momento en que la revocación puede ser efectiva, las modernas legislaciones arbitrales centran su atención en los criterios de fondo que sustentan dicha figura. Así, la LMU y otras como la española, señalan que un árbitro tan sólo podrá ser recusado en caso de dudas justificadas sobre su imparcialidad o independencia o si no posee las cualificaciones convenidas por las partes. Asimismo, se contempla el cese del árbitro en los casos en los que se vea impedido de hecho o de derecho para el ejercicio de sus funciones o cuando este no las ejerza en un plazo de tiempo razonable (36).

2. El régimen jurídico del tribunal arbitral en EAU

A) La composición del tribunal arbitral

El régimen jurídico de las derogadas disposiciones del CPCE, apenas abordaba la sensible cuestión de la composición del tribunal arbitral e incorporaba ciertas dificultades, como el nombramiento nominal de los árbitros en la cláusula arbitral como requisito de validez para el que árbitro pudiese actuar como «amiable compositor». En este sentido, su art. 206 se limitaba a señalar que el árbitro no debería ser menor de edad, ni incapaz, ni estar privado de sus derechos civiles a causa de una sanción penal, ni estar en quiebra, a menos que haya sido rehabilitado. Asimismo, dicho artículo apuntaba que, en caso de un tribunal con más de un árbitro, su número debía ser impar, en cualquier circunstancia.

No obstante, con carácter previo a la entrada en vigor de la LFA, la variada jurisprudencia de los tribunales de casación de Dubái y de Abu Dhabi coadyuvó a ir delimitando la complicada figura del

tribunal arbitral.

Por lo que a la jurisprudencia del Tribunal de Casación de Dubái, en la *Casación 167/1994* (13 de noviembre de 1994) (37), el Tribunal de Casación sostuvo que en caso de que las partes hubiesen acordado referir sus disputas al arbitraje y designar un árbitro a tales efectos, dicha cláusula de arbitraje había de hacerse cumplir. Ninguna de las partes en la controversia podría recurrir a la jurisdicción ordinaria para designar un árbitro diferente, a menos que el árbitro inicialmente acordado por las partes se abstuviese, renunciase, hubiese sido cesado (o se encontrase pendiente en un procedimiento de cese), o estuviese impedido para el arbitraje. El Tribunal de Casación subrayó que la carga de la prueba, en el ámbito del art. 204, recaía en el demandante, al ser este quien pretendía el nombramiento de un árbitro diferente. Asimismo, el Tribunal de Casación señaló que la interpretación de los hechos y la valoración de las pruebas se encontraban bajo el paraguas de la jurisdicción del tribunal que conocía de los méritos de la disputa y, por tanto, no caía bajo la jurisdicción del Tribunal de Casación.

En la *Casación 72/2007* (10 de junio de 2007) (38), el Tribunal de Casación declaró que, de conformidad con el art. 203 del CPCE, las partes en un contrato podían estipular en el contrato principal o en un acuerdo posterior, la remisión de las disputas relacionadas con dicho contrato a uno o más árbitros, y que dichas partes podían acordar la celebración del arbitraje bajo ciertas condiciones especiales. Asimismo, la decisión señaló que el objeto de la controversia debía definirse en el acuerdo de arbitraje o durante el curso del procedimiento, y que en caso de que las partes en la controversia no hubiesen acordado los árbitros, cualquiera de ellas podía recurrir al tribunal de justicia originalmente competente para proceder a tal nombramiento, de conformidad con el art. 204 del CPCE.

El Tribunal de Casación consideró que, de los documentos presentados al Tribunal, quedaba probado que el contrato original celebrado entre las partes el 5 de agosto de 2002, contenía una cláusula de arbitraje que no asignaba un número específico de árbitros ni el procedimiento para su nombramiento. Sobre el nombramiento del árbitro por parte del Tribunal de Primera Instancia (a solicitud de la parte demandada), el Tribunal estimó que el acuerdo arbitral posterior, en el que se acordaba el nombramiento de dicho experto como árbitro único y se detallaban los procedimientos a los que dicho árbitro debía adherirse, así como sus honorarios, constituía prueba suficiente del consentimiento de las partes al respecto, y que, por tanto, no era necesario entrar a examinar si el Tribunal de Primera Instancia había sido investido con la autoridad para nombrar al árbitro único.

Finalmente, al abordar la pretensión del demandante en materia de nulidad del laudo arbitral, que sostenía que este había sido dictado por un árbitro único que no había sido designado por el Tribunal de conformidad el art. 216 del CPCE, el Tribunal de Casación calificó el argumento de inútil. Ello no cambiaba el hecho de que el tribunal cuya sentencia era impugnada hubiese rechazado la acción de nulidad basada en el contrato original de 5 de agosto de 2002. La decisión del Tribunal de Casación señaló que, dado que la sentencia había alcanzado una conclusión correcta al rechazar la pretensión sobre la nulidad del laudo, la falta de exposición de los argumentos jurídicos y de las referencias (jurídicas) apropiadas no lo convertían en defectuoso, ya que el propio Tribunal de Casación podía

complementar las mencionadas lagunas y dotarlo de una estructura jurídica correcta sin necesidad de revertirlo.

En la *Casación 150/2007* (16 de octubre de 2007) (39), el Alto Tribunal de Dubái consideró que, con carácter general, el tribunal que tenía jurisdicción sobre el nombramiento de árbitros y la ratificación de laudos era el tribunal con jurisdicción para conocer del fondo de la controversia en ausencia de un acuerdo de arbitraje (arts. 204 y 213.1º del CPCE). El tribunal de Primera Instancia tenía jurisdicción sobre el nombramiento de árbitros y la ratificación de los laudos, y no el Tribunal de Apelación. Según el Tribunal, la excepción a esta regla habría sido si el Tribunal de Primera Instancia hubiese decidido sobre un asunto que cayese dentro de la jurisdicción del árbitro. El Tribunal sostuvo que en el presente caso el Tribunal de Primera Instancia tan sólo había decidido sobre el nombramiento del árbitro y que, en ningún caso, se le había planteado una acción de ratificación del laudo. Por tanto, el Tribunal de Apelación había cometido un error al ratificar el laudo, pues era el Tribunal de Primera Instancia quien tenía jurisdicción para hacerlo.

En el *Casación 272/2008* (25 de enero de 2009) (40), el Tribunal de Casación sostuvo que la cláusula de arbitraje había de considerarse en su conjunto y que la modificación de cualquiera de sus elementos, como el procedimiento para la selección del número de árbitros, tan sólo podría operarse con el consentimiento expreso de las partes. Continuaba el Tribunal señalando que, a pesar de lo dispuesto en el art. 204.1º CPCE, en caso de que la cláusula de arbitraje especificase el procedimiento para el nombramiento de árbitros, dicho procedimiento debía seguirse estrictamente y no era posible referirse al tribunal con jurisdicción original sobre la disputa, para proceder con el nombramiento de los árbitros.

Con respecto a las Reglas CCI, incorporadas en la cláusula arbitral, la disputa sería resuelta por un tribunal integrado por tres árbitros nombrados de acuerdo con dichas reglas. Sobre esta base, el Tribunal de Casación consideró que no era apropiado que el demandante se hubiera referido a los tribunales ordinarios para la designación del árbitro. Además, esto significaba que el reclamo del demandante con respecto al hecho de que el demandado no reconocía ni respondía a la solicitud de arbitraje era incorrecto, pues dicho incumplimiento no suponía una renuncia al procedimiento de nombramiento de los árbitros de conformidad con la cláusula arbitral. Por tanto, el Tribunal consideró que la afirmación del demandante de que el hecho de que el demandado no respondiera a la solicitud de arbitraje constituía una enmienda a la cláusula de arbitraje, era igualmente incorrecta.

En la *Casación 924/2009* (17 de diciembre de 2009) (41), el Tribunal de Casación dubaití sostuvo que de conformidad con los arts. 203.1 y 204 del CPCE, cuando las partes acordasen la remisión de sus disputas al arbitraje, pero no llegasen a un acuerdo sobre los árbitros o hubiesen acordado un árbitro que no pudo actuar o que no estuviese de acuerdo con el nombramiento de otro árbitro, el tribunal originalmente competente para conocer de la disputa nombraría a los árbitros requeridos, en base al procedimiento habitual. En este sentido, las partes habían acordado en la cláusula 12 de su contrato que cualquier disputa o diferencia que surgiese entre ellas se sustanciaría en un arbitraje ante un árbitro único. Surgida la disputa, el demandado solicitó a la demandante el cumplimiento de su obligación de pago o, en caso contrario, la designación de un árbitro dentro de los 7 días siguientes,

con el fin de iniciar el arbitraje. Ante la negativa del demandante de nombrar al árbitro, la parte demandada se dirigió al Tribunal de Primera Instancia solicitando tal designación, por lo que la pretensión del demandante de que Tribunal de Primera Instancia debía haber conocido de la acción y no remitirla al arbitraje carecía de sentido.

En su argumentación, los demandantes subrayaron que la aceptación del nombramiento del árbitro debía evidenciarse por escrito o quedar registrada en las actas de la audiencia. En este sentido, ninguna parte comunicó su aceptación al árbitro ni registró dicha aceptación en las minutas de la audiencia. Además, los demandantes señalaron que el árbitro no sustanció la prestación de juramento por los testigos, y que, además, aceptó documentos extranjeros no acompañados por traducciones juradas, a pesar de la insistencia de los demandantes.

El Tribunal de Casación señaló que la asistencia del árbitro a las audiencias era suficiente para considerar la aceptación implícita de su nombramiento y mandato. Además, el acta de la audiencia indicaba que todos los testigos que comparecieron ante el árbitro habían prestado juramento, excepto el testigo de la demandada, que no fue interrogado por el árbitro sino por el abogado de los demandantes. Si bien el testimonio dado sin prestar juramento era nulo, el laudo arbitral no se basó en el testimonio de ese testigo, por lo que el Tribunal rechazó este argumento.

En cuanto a la jurisprudencia del Tribunal de Casación de Abu Dhabi, en la *Casación 154/2011* (18 de abril de 2012) (42), el Alto Tribunal sostuvo que de conformidad con el art. 204 del CPCE, para referirse al tribunal ordinario originariamente competente para el nombramiento de los árbitros, el acuerdo que contuviese la cláusula de arbitraje debía guardar silencio en cuanto a la designación de árbitros y a la autoridad nominadora. En este sentido, el procedimiento acordado por las partes para el nombramiento de los árbitros no podía ser ignorado con el fin de referirse a dicho tribunal con tal propósito. No obstante, dicho procedimiento sí podía ser modificado por las partes, de tal manera que se permitiese a dicho tribunal la mencionada designación.

Por otro lado, el Tribunal de Casación se refirió al art. 4 de la Ley F 4/2000 sobre el Mercado de Valores y Materias Primas de EAU y su Autoridad; y a los arts. 2 y 10 de la Resolución 1/2001 del Presidente del Consejo de Administración de la Autoridad de Valores y Materias Primas, por la que se promulgaba el Reglamento de arbitraje de disputas derivadas de la compraventa de valores y materias primas (el Reglamento). En este sentido, el Tribunal de Casación concluyó que de dichos artículos se desprendía que los árbitros eran nombrados de conformidad con dicho Reglamento, y que estos tan sólo podían ser nombrados una vez referida la cuestión a la Autoridad del Mercado de Valores y Materias Primas, de conformidad con sus leyes y reglamentos.

Finalmente, con respecto a la jurisprudencia del Tribunal Supremo Federal en materia de nombramiento de árbitros, en el *Caso 206/27º Año Judicial* (27 de diciembre de 2005) (43), el TSF desestimó la solicitud de casación en base a los arts. 203 y 204 del CPCE. En este sentido, con relación al art. 12 de las Reglas ADCCAC, el TSF sostuvo que el nombramiento por el ADCCAC del tercer árbitro sin consulta a las partes vulneraría dicho artículo, y que la sentencia impugnada que anulaba la decisión del ADCCAC era perfectamente válida, por lo que cualquiera de las partes tenía derecho a recurrir al tribunal con la jurisdicción original para solicitar el nombramiento del tercer

árbitro.

Con la llegada de la LFA, se perfecciona sustancialmente el régimen jurídico del CPCE con relación al tribunal arbitral. La nueva ley dedica su capítulo tercero a la determinación de las reglas relativas a la composición y nombramiento del tribunal arbitral, a las cualidades del árbitro, al proceso de toma de decisiones, a su recusación, así como a la terminación de su mandato o al nombramiento del árbitro sustituto.

Con relación a la cuestión de los requisitos que ha de reunir un árbitro, tan prolijos y polémicos en la Shari'a, la LFA parte del principio general de que el árbitro será nombrado de entre los árbitros del Registro de Árbitros del Ministerio de Justicia de EAU, lo cual, *prima facie*, podría considerarse una limitación del principio de libertad de elección de árbitro (44). Asimismo, la LFA señala que el árbitro habrá de reunir los requisitos acordados por las partes, a los que, en cualquier caso, añade que el árbitro deberá ser una persona natural que no sea menor de edad, o que no se encuentre inhabilitado judicialmente, o que se halle en el pleno ejercicio de sus derechos civiles por razón de quiebra (a menos que haya sido eximido), o que hubiese sido condenado por delito grave o por delito leve que implique depravación moral o abuso de confianza, incluso si ha sido rehabilitado. El árbitro no puede formar parte del patronato o del órgano de administración de la institución arbitral encargada de administrar el arbitraje (45).

Por otro lado, la LFA no determina ningún criterio ni limitación con respecto a la nacionalidad del árbitro, salvo que las partes así lo hayan establecido o sea determinado por ley (46). La LFA tampoco se refiere a la necesidad de que el árbitro sea musulmán, ni existe obstáculo alguno a que el árbitro sea mujer. Tales limitaciones tampoco se encontraban en el CPCE.

En cuanto al número de árbitros, la LFA incorpora el criterio de la LMU, en la medida en la que establece el principio de libre designación del número de árbitros por las partes y que, a falta de acuerdo, los árbitros serán tres (47). Asimismo, señala que en caso de más de un árbitro, el número tendrá que ser impar, bajo pena de nulidad del arbitraje, si bien, este último inciso no está contenido en la LMU (48).

En esta misma línea, ni las Reglas DIFC ni las Reglas ADGM incorporan limitación expresa al principio de libertad de las partes para elegir al árbitro. No obstante, parece prudente pensar que las limitaciones anteriormente señaladas, es decir, la minoría de edad, la incapacidad legal, la privación de sus derechos civiles por bancarrota, o la condena penal, serían de aplicación en ambas jurisdicciones, principalmente para evitar problemas posteriores a la hora de reconocer y ejecutar los laudos. Asimismo, ambas reglas establecen de manera expresa que la nacionalidad del árbitro no será un impedimento para su nombramiento, salvo acuerdo en contrario de las partes (49).

Sobre la aceptación del nombramiento del árbitro, la LFA no determina que dicha aceptación deba ser por escrito. Asimismo, el árbitro deberá revelar por escrito cualquier circunstancia que pueda generar dudas razonables en relación con su imparcialidad o independencia, cuando se aproxime su nombramiento. Dicha obligación continuará incluso en caso de que tales circunstancias se den con posterioridad a su nombramiento (50).

En cuanto al procedimiento en materia de nombramiento del árbitro o de los árbitros, la LFA consagra, en línea con la LMU, el principio de libertad de las partes. En caso de que no haya acuerdo sobre dicho procedimiento, la LFA establece que (51) :

- En casos de arbitrajes con árbitro único, si las partes no se pusieren de acuerdo sobre la designación del árbitro en un plazo de 15 días desde la notificación por escrito del demandante a la parte contraria, este será nombrado, a petición de cualquiera de las partes por el tribunal o la autoridad competente, de conformidad con los requisitos expresados anteriormente. Tal decisión no estará sujeta a apelación, a salvo de lo dispuesto en el art. 14 de la LFA.
- En casos de arbitrajes con tres árbitros, cada parte nombrará un árbitro y los dos árbitros así designados nombrarán al tercero. Si una de las partes no nombrara al árbitro dentro de los 15 días desde la recepción del requerimiento por la otra parte para que así lo haga, o si los dos árbitros no se ponen de acuerdo sobre el tercer árbitro dentro de los 15 días desde su nombramiento, la designación se realizará, a petición de cualquiera de las partes, por el tribunal o autoridad competente, de conformidad con los requisitos expresados anteriormente. Tal decisión no estará sujeta a apelación, a salvo de lo dispuesto en el art. 14 de la LFA.

A ello, la LFA añade que cuando un tercero autorizado no fuese capaz de designar a un árbitro de acuerdo con el procedimiento determinado en el acuerdo arbitral o, en ausencia de un acuerdo, de conformidad con la LFA, cualquiera de las partes podrá solicitar al tribunal competente que adopte las medidas necesarias para la constitución de dicho tribunal arbitral. La decisión del tribunal competente no podrá ser apelada (52) . En este sentido, el tribunal competente podrá, a instancia de una de las partes, solicitar a cualquier institución arbitral en EAU que le proporcione una lista de árbitros para tal designación, una vez las tarifas de dicha institución arbitral hayan sido satisfechas por la parte que presenta la solicitud, entendiéndose que estas formarán parte de los costes del arbitraje (53) .

Por otro lado, las Reglas DIFC y las Reglas ADGM parten del principio de libertad de las partes a la hora de acordar el procedimiento para el nombramiento del tribunal arbitral, y establecen que, a falta de acuerdo entre las partes, el mecanismo suplementario para el nombramiento de los árbitros, en caso de tribunales arbitrales de tres árbitros, será el de que cada parte elegirá a un árbitro, y los dos árbitros elegidos por las partes elegirán al tercero. Si una de las partes falla en tal nombramiento dentro de los 30 días desde el requerimiento de la otra parte, o si los dos árbitros no acordasen el nombramiento del tercero en treinta días desde su nombramiento, el nombramiento lo realizará el Tribunal de Primera Instancia DIFC/ADGM, a solicitud de parte. Asimismo, en casos de arbitrajes con árbitro único, en los que las partes no logran acordar la identidad del mismo en el plazo de 30 días desde el requerimiento de una de las partes, el nombramiento lo realizará el Tribunal de Primera Instancia DIFC/ADGM a instancia de parte (54) .

B) Recusación de los árbitros

La cuestión de la recusación de los árbitros es otro de los aspectos que se han visto modificados por la nueva LFA. En este sentido, el CPCE prohibía la recusación de un árbitro salvo en el caso de que la razón de recusación ocurriese una vez concluido el acuerdo de arbitraje, y por la misma razón por la

que un juez pudiese ser recurrido o declarado incapaz para sentenciar. Además, el requerimiento de recusación tenía que plantearse ante el tribunal que tuviese la jurisdicción original sobre el asunto de la controversia en los cinco días siguientes desde que a la parte que recusa le fue notificado el nombramiento del árbitro (55).

No obstante, el régimen del CPCE en materia de recusación de árbitros fue completándose con la jurisprudencia de los tribunales de casación de Dubái y Abu Dhabi. En este sentido, en lo que al Tribunal de Casación de Dubái respecta, en la *Casación 10/1995* (8 de octubre de 1995) (56), el Alto Tribunal consideró que las solicitudes de recusación de un árbitro que deviene incompetente deberían ajustarse al art. 207.4 del CPCE. La incompetencia del árbitro para conocer de la disputa se encontraba en el art. 216 del CPCE, que permitía a las partes solicitar la nulidad del laudo. Sin embargo, el art. 207.4 del CPCE estipulaba que el árbitro no podía ser recusado, excepto por razones sobrevenidas tras su designación y, en cualquier caso, por las mismas razones que servían para recusar a un juez por razón de su incompetencia. Las solicitudes de recusación deberían presentarse ante el tribunal que originalmente tenía jurisdicción para conocer de la demanda, dentro de los 5 días a partir de la fecha de notificación al litigante del nombramiento del árbitro o de la fecha en que surgió o se conoció el motivo de recusación tras la notificación del nombramiento del árbitro. El incumplimiento de tal precepto se consideraría como una renuncia al derecho a plantear la cuestión de la incompetencia del árbitro como motivo de anulación del laudo.

En la *Casación 7/2005* (12 de junio de 2005) (57), el Tribunal sostuvo que, de conformidad con el art. 207.3 del CPCE, un árbitro no podía ser cesado a menos que todas las partes consintiesen. No obstante, el tribunal con la jurisdicción original para conocer de la disputa podría, a instancia de cualquiera de las partes, cesar al árbitro y ordenar el nombramiento de un sustituto, en caso de que se probase que el árbitro, deliberadamente, actuó contra el acuerdo de arbitraje, y que así le había sido comunicado por escrito. En consecuencia, el árbitro podría ser cesado cuando las partes así lo acordasen, tanto si su nombramiento se operó por acuerdo entre ellas o por parte del tribunal. Esta consideración se mantenía en caso de que cualquiera de las partes iniciase una acción solicitando el cese del árbitro, siempre que fuese posible probar la conformidad del resto de las partes del arbitraje sobre dicha solicitud. A falta de acuerdo entre las partes, dicha acción tan sólo podría plantearse en caso de que la negligencia del árbitro pudiese ser demostrada.

El Tribunal prosiguió señalando que la afirmación del demandante de que las partes no acordaron mutuamente su cese era inconsistente con los hechos probados y debía ser rechazada. Asimismo, confirmó que la petición del demandante de que las partes deberían haber demostrado su negligencia, no tenía base jurídica debido al acuerdo de estas para su cese.

Finalmente, frente al argumento del demandante de que el Tribunal de Primera Instancia había mezclado los arts. 207.3º y 207.4º del CPCE, que abordaban el cese y la recusación respectivamente, al declarar que *«he should be dismissed without the need for the representation or litigation of the interveners in the action, before the Court of First Instance»* (58), el Tribunal de Casación señaló que este era incorrecto e irrelevante, pues los hechos demostraron que las partes acordaron el cese del árbitro. Incluso en el caso de que se hubiese nombrado un árbitro de conformidad con el art. 204.2º

del CPCE, ello no habría impedido que las partes acordasen mutuamente el cese del árbitro, pues así lo permitía el art. 207.3º de dicho Código.

Por su parte, en el ámbito de la jurisprudencia del Tribunal de Casación de Abu Dhabi, los casos más señalados tienen que ver con la cuestión de la independencia e imparcialidad de los árbitros. En este sentido, en la *Casación 980/2010* (23 de febrero de 2011) (59), el Alto Tribunal revocó la decisión del Tribunal de Apelación al admitir el reclamo del demandante, según el cual los tribunales inferiores negaron la anulación del laudo a pesar de la existencia de una relación laboral previa entre el árbitro designado por la parte demandada y su abogado, lo que afectó a la imparcialidad del árbitro. Los tribunales inferiores declararon que la parcialidad de los árbitros no era una de las condiciones enumeradas en el art. 216 del CPCE en materia de anulación de laudos y que, en cualquier caso, el demandante no había iniciado los procedimientos adecuados para el cese del mismo.

En su decisión, el Tribunal de Casación se sirvió del art. 114 del CPCE que establecía las condiciones bajo las cuales un juez era considerado no apto para conocer de una acción, incluso en caso de que este no hubiese sido recusado por las partes. Una de estas condiciones era que el juez fuese agente de una de las partes en sus negocios o relaciones jurídicas privadas. Por ello, el Tribunal determinó que, de existir tal relación previa, el juez debía ser recusado, y que cualquier acuerdo en contrario infringiría el orden público.

El Tribunal de Casación determinó que los párrafos b) y c) del art. 216 del CPCE contemplaban la posibilidad de que las partes solicitasen la anulación de un laudo arbitral en el momento en el que el tribunal estuviese considerando su ratificación, en caso de que el laudo fuese dictado por árbitros que no reunían las condiciones anteriormente referidas o de darse una circunstancia que implicase la nulidad del laudo. La existencia de una relación o conexión entre uno de los árbitros y cualquiera de las partes en la disputa convertía a ese árbitro en no apto para conocer de la misma, pues dicha relación o conexión afectaba su imparcialidad.

En la *Casación 1174/2011* (20 de junio de 2012) (60), el Tribunal de Casación de Abu Dhabi dictó que la imparcialidad y la independencia de un árbitro, como juez que resuelve una disputa, era una garantía fundamental del proceso de arbitraje. La esencia del art. 207 del CPCE determinaba que las reglas y procedimientos en materia de recusación de árbitros son materia de orden público, y que, por tanto, no podían ser contravenido por un acuerdo privado al afectar a las garantías de imparcialidad e independencia, indispensables en cualquier proceso de adjudicación, incluidos los arbitrajes.

En este sentido, el art. 114 de dicho Código determinaba los motivos que suscitaban la incapacidad del árbitro para arbitrar, incluso en el caso de no haber sido recusado por las partes. Tales motivos podrían no se interpretarse de manera amplia ni deducirse mediante un razonamiento analógico. Así, el art. 114 se refería a los casos en los que el árbitro fuese agente de alguna de las partes en su negocio privado, o su tutor, su fiduciario, o su presunto heredero. Su incumplimiento implicaba la nulidad de la decisión judicial por contravención del orden público.

A los efectos de esta causa, el Tribunal señaló que, en el caso de la agencia, el hecho que

incapacitaba al juez para juzgar tenía que ver con su autoridad para actuar en favor de una de las partes; y sobre el abogado en el ejercicio de su profesión, el Tribunal señaló que este no se consideraba parte en los asuntos de los que conocía, sino la persona para la cual venía actuando en el procedimiento y, por tanto, al no ser parte no estaría sujeto a la descalificación. En el presente caso, el hecho de que el árbitro hubiese trabajado anteriormente o estuviese asociado con el bufete de abogados que actuaba para el demandante no constituía motivo para su descalificación, de conformidad con el art. 114 del CPCE. Tampoco se había probado que el árbitro hubiese actuado como agente o representante del demandante.

De acuerdo con el Tribunal de Casación, el Tribunal de Apelación basó su decisión en la declaración de un testigo, como veíamos anteriormente, cuyas razones no se encontraban entre las circunstancias enumeradas en el art. 114 y no eran suficientes, por sí mismas, para probar la parcialidad del árbitro y declarar su inaptitud para actuar en el arbitraje como miembro de un panel integrado por tres árbitros.

En la *Casación 325/2011* (6 de noviembre de 2012) (61), el Alto Tribunal de Abu Dhabi sostuvo que el art. 207 del CPCE establecía que un árbitro no podía ser recusado salvo por razones sobrevenidas después de su nombramiento. Dichos motivos serían los mismos que los aplicables a los jueces. En este sentido, el Tribunal se refirió al art. 114 del CPCE, en que se establecía que un juez no estaría en condiciones de juzgar, incluso si las partes no hubiesen solicitado su recusación, en caso de que hubiese emitido una opinión sobre el asunto de la controversia en calidad de experto. Por su parte, el art. 216 de dicho Código establecía que las partes podían, en fase de ratificación del laudo por parte del tribunal, solicitar su anulación si este fue dictado por un árbitro que no cumpliera con los requisitos legalmente establecidos. Asumiendo la decisión del Tribunal de Primera Instancia, el Tribunal de Apelación determinó que:

«The grounds on which the award is being challenged as to the arbitrator's fitness to serve are not among the grounds for which an arbitral award may be set aside under Article 216 of the Civil Procedure Law. Moreover, the Petitioner did not timely seek the arbitrator's recusal noting that once an award has been issued, that right is waived — Article 207 of the UAE Civil Procedure Law» (62).

Por otro lado, la práctica de la prueba mostró que el laudo arbitral era nulo al haber sido dictado por un tribunal que había incorporado a un miembro que previamente había emitido una opinión sobre el objeto del arbitraje, en calidad de experto designado por el tribunal. En ese momento, el árbitro perdió uno de los requisitos esenciales para poder arbitrar bajo el art. 216, deviniendo incapaz para arbitrar según el art. 114 del CPCE, a pesar de que ninguna de las partes había solicitado su recusación.

El Tribunal de Casación concluyó señalando que la interpretación errónea por parte del Tribunal de Apelación de los arts. 207 y 216 llevó a la incorrecta aplicación del art. 114, y a la revocación de su decisión, apuntando que esta consideración, de naturaleza principal, debía prevalecer sobre el resto de los motivos de la apelación.

En cuanto a la jurisprudencia del Tribunal Supremo Federal, en el *Caso 118/23º Año Judicial* (21 de enero de 2004) (63), el TSF desestimó la casación, entre otros motivos, al sostener que el argumento del demandante sobre la cualificación del árbitro era infundado e irrelevante y que el Tribunal no estaba obligado a considerarlo. En este sentido, el demandante alegó que, si bien el laudo debía ser dictado por un experto legal o contable, el nivel educativo del árbitro equivalía a un sexto grado de primaria y, por tanto, el laudo infringía el art. 212 del CPCE, que requería del árbitro un juicio de conformidad con las reglas de la equidad. Además, la decisión del árbitro no cumplía con el art. 19 de la Ley de Sociedades, que otorga a los socios una acción como contraprestación por su trabajo y/o como contraprestación por su participación en el capital. El TSF señaló que, de conformidad con los párrafos 1 y 2 del art. 212 del CPCE, los árbitros laudarían sin más restricciones procesales que las contenidas en el capítulo III de dicho Código o en la voluntad específica de las partes y que, por tanto, no era obligatorio que el laudo incorporase todas las formalidades procesales exigidas a las sentencias judiciales.

Como se apuntaba anteriormente, la LFA ha incorporado avances significativos en materia de recusación de árbitros, estableciendo que un árbitro sólo podrá ser recusado si existen circunstancias que den lugar a dudas justificadas respecto de su imparcialidad o independencia, o si no posee las cualificaciones convenidas por las partes (64).

A ello, el nuevo texto arbitral añade que el requerimiento de recusación no podrá ser presentado por la parte que nombró o participó en el nombramiento del árbitro que se pretende recusar, excepto en el caso de circunstancias sobrevenidas tras el nombramiento. Tampoco será posible plantear dos veces una misma recusación, por la misma parte, contra un mismo árbitro, en un mismo arbitraje, y por las mismas razones (65).

En cuanto al procedimiento de recusación del árbitro, la LFA incorpora el principio de la libertad de las partes para su determinación, en línea con la LMU. A falta de acuerdo en este sentido, la parte que pretende la recusación del árbitro enviará al tribunal arbitral, en el plazo de los 15 días siguientes desde que tenga conocimiento de la constitución del tribunal arbitral o de cualquiera de las circunstancias que justifican tal decisión, notificará por escrito al árbitro cuya recusación pretende, con copia al resto de miembros del tribunal y a la parte contraria. En caso de que el árbitro cuya recusación se pretende no renuncie a su cargo, o si la otra parte no acepta el requerimiento de recusación, dicho requerimiento será referido al tribunal o autoridad competente, que tendrá 10 días para resolver y cuya decisión será inapelable. Mientras tal decisión esté pendiente, el tribunal arbitral podrá proseguir con el proceso arbitral (66).

Por otro lado, la LFA se refiere al supuesto de falta o imposibilidad de ejercicio de las funciones por parte del árbitro, estableciendo que cuando un árbitro se vea impedido o cese en el ejercicio de sus funciones, o no las desempeñe en un plazo razonable, y no renuncia a su cargo o las partes no acuerdan su remoción, el tribunal o autoridad competente podrá decidir sobre su remoción a petición de cualquiera de las partes. Dicha decisión será inapelable (67).

Finalmente, en línea con la LMU, la LFA contempla el supuesto del nombramiento de un árbitro sustituto, para aquellos casos de terminación del mandato del árbitro originariamente nombrado,

por cualquier motivo o circunstancia y de conformidad con el mismo procedimiento aplicado al nombramiento del árbitro que se sustituye. Tras el nombramiento del árbitro sustituto, las partes acordarán la vigencia de las actuaciones arbitrales llevadas a cabo con anterioridad al nombramiento del árbitro sustituto. A falta de tal acuerdo, será el nuevo tribunal quien decida sobre dicho extremo (68).

Por su parte, en la misma línea, tanto las Reglas DIFC como las Reglas ADGM estipulan la obligación *ex ante* de los potenciales árbitros de revelar cualquier circunstancia que pueda dar lugar a dudas razonables con relación a su imparcialidad o independencia. En este sentido, desde el momento de su nombramiento y a lo largo de toda la sustanciación del procedimiento arbitral, el árbitro deberá revelar sin demora tales circunstancias a las partes y a cualquier institución arbitral que administre el arbitraje, a menos que ya hayan sido informadas por dicho árbitro. Asimismo, se establece que el árbitro tan sólo podrá ser recusado en caso de circunstancias que den lugar a dudas razonables acerca de su imparcialidad o independencia, o si no posee las calificaciones acordadas por las partes (69).

Con relación al procedimiento en materia de recusación de los árbitros, tanto las Reglas DIFC como las Reglas ADGM consagran el principio de la libertad de las partes para su determinación. No obstante, en caso de no darse el acuerdo, la parte que pretenda la recusación deberá, en el plazo de 15 días desde su conocimiento de la constitución del tribunal arbitral o tras conocer cualquiera de las circunstancias anteriormente referidas, dirigirse por escrito al tribunal arbitral alegando las razones que considere para tal recusación. Será el tribunal arbitral quien decida sobre la recusación del árbitro, salvo que el árbitro contra quien esta se dirige renuncie o la otra parte acepte la recusación. En caso de que la decisión del tribunal fuese contraria al interés de la parte que la solicita, esta podrá solicitar al Tribunal de Primera Instancia DIFC/ADGM que decida sobre la recusación en el plazo de los 30 días posteriores a la resolución del tribunal arbitral. Las decisiones de dichos tribunales de primera instancia no serán recurribles ni suspenden la sustanciación de las actuaciones arbitrales en su ínterin (70).

Finalmente, tanto las Reglas DIFC como las Reglas ADGM se refieren a la figura del árbitro sustituto para aquellos casos de terminación del mandato o revocación del árbitro titular de acuerdo con lo dispuesto en dichas reglas, que deberá ser nombrado de conformidad con la ley aplicable al nombramiento del árbitro a quien sustituye, salvo acuerdo en contrario de las partes (71).

C) La responsabilidad de los árbitros

El régimen arbitral del CPCE no incorporaba el principio de la inmunidad de los árbitros en materia de responsabilidad por el ejercicio de su mandato, y, en este sentido, su art. 207.2º, señalaba que: «*If an arbitrator, after having accepted his appointment, withdraws without good reason, he may be held liable for compensation*».

Por otro lado, con anterioridad a la entrada en vigor de la LFA, tuvo particular repercusión en EAU la *Casación 225/2005* (12 de diciembre de 2005) (72), en la que el Alto Tribunal dubaití sostuvo que un árbitro no gozaba de la inmunidad y de las garantías otorgadas a un juez y que podía ser juzgado por sus faltas. En este sentido, el Tribunal consideró que se podía iniciar una acción al amparo del art.

218 del CPCE en relación con la determinación de los honorarios y gastos de arbitraje estimados por el árbitro, en los que el tribunal podría hacer uso de su autoridad para su determinación de acuerdo con el esfuerzo realizado y la naturaleza de la disputa.

Con la llegada de la nueva LFA, el legislador emiratí ha optado por no incorporar el principio de la inmunidad de los árbitros en el ejercicio de sus funciones de manera expresa, que, no obstante, parece darse por sobreentendida al equipar el ordenamiento federal de EAU a jueces y árbitros y, por tanto, su inmunidad, salvo en los casos de conductas penales.

Dicho lo cual, en octubre de 2016, la Ley F 7/2016 por la que se enmendaba la Ley F 3/1987 por la que se establece el Código Penal de EAU, operaba un giro significativo en este ámbito al modificar su art. 257 e incorporar penas de cárcel para aquellos árbitros que dictasen resoluciones en contravención de su deber de neutralidad e integridad. Este nuevo planteamiento, cuyo ámbito de aplicación se extendía a las jurisdicciones del DIFC y del ADGM y cuyo contenido se alejaba de las buenas prácticas a nivel internacional, incorporó una seria dificultad al procedimiento arbitral, en la medida en la que los árbitros en EAU comenzaron a plantear problemas a la hora de aceptar sus nombramientos.

Tal fue el daño a la institución arbitral, que el 23 de septiembre de 2018, se aprobó una nueva modificación a dicho artículo a través de la Ley F 24/2018. En su nueva dicción, el art. 27 del Código Penal suprimía la mención a los árbitros, si bien mantenía la responsabilidad penal para el caso de expertos, traductores o investigadores, contemplando, además de la inhabilitación, penas de prisión de uno a cinco años.

No obstante, la nueva enmienda al Código Penal no exime por completo a los árbitros en materia de responsabilidad, en la medida en que están sujetos al régimen de la LFA (73). Asimismo, dicha enmienda modifica las disposiciones de los arts. 234, 236 y 237 del Código Penal de EAU con respecto a los árbitros, expertos e investigadores, cuyos roles considera en la categoría de servidores públicos. En este sentido, sus arts. 234 y 237 se refieren a los actos de soborno e imponen responsabilidad penal a los servidores públicos que los acepten.

En cuanto a las Reglas DIFC y ADGM se refieren, ambos instrumentos legales incorporan el principio de inmunidad de los árbitros, señalando que los árbitros no serán responsables por aquellas acciones u omisiones en el ejercicio de su función arbitral, salvo que estas se prueben realizadas en mala fe (74). A su vez, las Reglas DIFC precisan que tal configuración no afecta la responsabilidad en la que pudiera incurrir un árbitro por razón de su renuncia.

III. CONCLUSIÓN

Con la entrada en vigor de la nueva LFA se han superado las principales debilidades jurídicas del régimen arbitral del CPCE, incorporando al ecosistema arbitral de EAU el aire necesario para su convalidación internacional. Dicha convalidación, a la que indudablemente han contribuido los tribunales de casación de Dubái y Abu Dhabi, también opera con relación a la delimitación de la figura del tribunal arbitral.

En este sentido, la LFA, que asume en gran medida la LMU, incorpora un régimen sustancialmente más desarrollado que el contenido en el Cap. III del CPCE, que apenas abordaba dicha figura y que incorporaba evidentes dificultades, como el nombramiento nominal de los árbitros; y extiende su ámbito de aplicación a todos los arbitrajes pendientes en el momento de su entrada en vigor en el ámbito de la Federación, con excepción de las jurisdicciones del DIFC y del ADGM.

No obstante, a pesar de que la nueva LFA incorpora avances significativos, como en materia de recusación de árbitros, se aprecian ciertos silencios y surgen incógnitas sobre aspectos no superados del *statu quo* del régimen anterior. Tal es el caso del principio de la inmunidad de los árbitros, que la LFA no ha incorporado, a pesar de que parecía darse por sobreentendido al equipar el ordenamiento federal de EAU a jueces y árbitros y, por tanto, su inmunidad, salvo en los casos de conductas penales. Destaca en este sentido, la reciente Ley 24/2018 que suprimía el peligroso giro operado por la Ley Federal 7/2016 por la que se modificaba el Código Penal de EAU, incorporando penas de cárcel para aquellos árbitros que dictasen resoluciones en contravención de su deber de neutralidad e integridad, y cuyo ámbito de aplicación se extendía a las jurisdicciones del DIFC y del ADGM.

En definitiva, la nueva LFA ha optado por alejarse de los estándares de la Shari'a, que en ámbito del tribunal arbitral plantea obstáculos insalvables de cara a explorar vías de armonización con los estándares del comercio internacional. Todo ello, sin perjuicio de que en el futuro puedan cuajar los esfuerzos por articular reglas y centros arbitrales *Shari'a-compliant* en el emirato, como los operados por el Dubai International Arbitration Centre (DIAC) y por el DIFC, orientados a consolidar EAU como la capital de la economía islámica.

BIBLIOGRAFÍA

AN-NA'IM, *Islam and Human Rights*. Ashgate Publishing, 2010.

ARAB, H., HAMMOUD, L. y LOVETT, G., *Summaries of UAE Courts» Decisions on Arbitration*, Publicaciones ICC, 2013; 2ª Edición, Publicaciones ICC, 2017.0.

AYAD, M., «Towards a Truly Harmonised International Commercial And Investment Arbitration Law Code (HICIALC): Enforcing Mena-Foreign Investor Arbitrations via a Single Regulatory Framework: A Map for a New Landscape», *Macquaire Journal of Business Law*, vol. 7, 2010, pp. 285 ss.

BHATTI, M., *Islamic Law and International Commercial Arbitration*, Routledge, 2018,

BREKOULAKIS, S., «Systemic Bias and the Institution of International Arbitration: A new Approach to Arbitral Decision-Making», *Journal of International Dispute Settlement*, vol. 4, n.º 3, 2013, pp. 553-560.

BROWN, J., *Misquoting Muhammad: The Challenge and Choices of Interpreting the Prophet's Legacy*, OneWorld Publications, 2015, pp. 192-193.

EL FADL, K.A. *Speaking in God's Name: Islamic Law, Authority and Women*, Oneworld Publications,

2001.

HAKIMAH, Y., «Towards Our Own *Lex Mercatoria*: A Need for Legal Consensus in Islamic Finance», *Pertanika Journal of Social Sciences and Humanities*, vol. 22, 2014, pp. 257 ss.

HASHEMI, N. y QURESHI, E., *Human Rights*, Oxford University Press, 2016.

HAYDAR, A. *Durar al-Hukkam*, «Arts. 1843-4 (A commentary on the Majalla) Traducción al inglés de C.R. Tyser, D.G. Dimitriades e I. Haggi, I., Nicosia, 1901.

MADKUR, M.S. «Al-Qada fil Islam», en S. Saleh, *Commercial Arbitration in the Arab Middle East*. Hart Publishing, 2006, pp. 40 ss.

MALLAT, C., «From Islamic to Middle Eastern Law», *American Journal of Comparative Law*, vol. 50, 2003, pp. 699 ss.

MARET, R.E., «Mind the Gap: The Equality Bill and Shari'a Arbitration in the United Kingdom», *Boston College International and Comparative Law Review*, vol. 36, n.º 1, 2013, pp. 255-276.

PARK, W.W., *Arbitration of International Business Disputes: Studies in Law and Practice*, Oxford University Press, 2ª ed., 2012, pp. 41-42.

REISS, M., «The Materialization of Legal Pluralism in Britain: Why Shari'a Council Decisions Should Be Non-Binding», *Arizona Journal of International and Comparative Law*, vol. 26, 2009, pp. 739-764.

SALEH, S., *Commercial arbitration in the Arab Middle East: Shari'a, Syria, Lebanon and Egypt*. Oxford and Portland, Oregon, Hart Publishing. 2006.

TYAN, E., *Histoire de l'organisation judiciaire en pays d'Islam*, 2ª ed., Leyden, E.J. Brill, 1960.

WADUD, A., *Inside the Gender Jihad: Women's Reform in Islam*, OneWorld Publications, 2006.

WADUD, A., *Qur'an and Woman: Rereading the Sacred Text from a Woman's Perspective*, Oxford University Press, 1999.

JURISPRUDENCIA

Caso *Jivraj c. Hashwani* (2009) EWHC 1364; y *Jivraj c. Hashwani* (2010) EWCA (Civ) 712.

Tribunal Supremo Federal. Caso 118/23º Año Judicial (21 de enero de 2004).

Tribunal Supremo Federal. Caso 206/27º Año Judicial (27 de diciembre de 2005).

Tribunal de Casación de Dubái. Caso 167/1994 (13 de noviembre de 1994).

Tribunal de Casación de Dubái. Caso 10/1995 (8 de octubre de 1995).

Tribunal de Casación de Dubái. Caso 7/2005 (12 de junio de 2005).

Tribunal de Casación de Dubái. Caso 225/2005 (12 de diciembre de 2005).

Tribunal de Casación de Dubái. Caso 72/2007 (10 de junio de 2007).

Tribunal de Casación de Dubái. Caso 150/2007 (16 de octubre de 2007).

Tribunal de Casación de Dubái. Caso 272/2008 (25 de enero de 2009).

Tribunal de Casación de Dubái. Caso 924/2009 (17 de diciembre de 2009).

Tribunal de Casación de Abu Dhabi. Caso 980/2010 (23 de febrero de 2011).

Tribunal de Casación de Abu Dhabi. Caso 154/2011 (18 de abril de 2012).

Tribunal de Casación de Abu Dhabi. Caso 1174/2011 (20 de junio de 2012)

Tribunal de Casación de Abu Dhabi. Caso 325/2011 (6 de noviembre de 2012).

.....

(1)

En este sentido, el consenso dominante en la doctrina occidental, que considera que cualquier intento de adaptar la Shari'a al Derecho mercantil contemporáneo es misión estéril, ha sido fuertemente rebatido por autores como C. Mallat, que han argumentado que se trata de un sistema jurídico equipado con los elementos esenciales de un sistema cualquiera de Derecho mercantil contemporáneo, y que ha jugado un papel fundamental en la facilitación del comercio, a través de un sofisticado régimen de compraventas, instrumentos financieros, estructuras societarias, garantías, etc. («From Islamic to Middle Eastern Law», *American Journal of Comparative Law*, vol. 50, 2003, pp.699 ss).

[Ver Texto](#)

(2) M. Bhatti, *Islamic Law and International Commercial Arbitration*, Routledge, 2018, pp. 233.

[Ver Texto](#)

(3) Destaca en este ámbito el estudio de Maria Ayad, y sus intentos por armonizar los tres sistemas jurídicos. *Vid.* M. Ayad, «Towards a Truly Harmonised International Commercial And Investment Arbitration Law Code (HICIALC): Enforcing Mena-Foreign Investor Arbitrations via a Single Regulatory Framework: A Map for a New Landscape», *Macquaire Journal of Business Law*, vol. 7, 2010, p. 285.

[Ver Texto](#)

(4) En esta línea, *vid.* Y. Hakimah, «Towards Our Own Lex Mercatoria: A Need for Legal Consensus in Islamic Finance», *Pertanika Journal of Social Sciences and Humanities*, vol. 22, 2014, p. 257.

[Ver Texto](#)

(5) Las Reglas IICRA están disponibles en <https://www.iicra.com/arbitration/>.

Ver Texto

(6) Las i-Arbitration Rules del Kuala Lumpur Regional Centre For Arbitration (KLRCA), denominación previa del actual AIAC, están disponibles en <https://www.aiac.world/wp-content/arbitration/Arbitration-Rules-2017.pdf>. En este sentido, conviene subrayar que el objetivo de dichas normas no es el de ser unas reglas estrictamente *Shari'a-compliant*, sino el de abastecer tanto al mercado islámico como al mercado internacional.

Ver Texto

(7) En 2016, el Consejo del Dubai International Arbitration Centre (DIAC), presentó una propuesta para crear una Islamic Arbitration» window que atendiese la creciente demanda de los actores de la «economía islámica», y así consolidar el emirato de Dubái como la capital de dicha economía. Nunca se llegó a definir ni cómo se establecería dicha ventana ni cómo serían formuladas su reglamento arbitral. Por su parte, el Dubai International Financial Centre (DIFC), también ha expresado su interés por convertirse en un centro de finanzas que sea Shari'a-compliant, si bien las sucesivas actualizaciones de sus reglas de arbitraje no incorporan mención alguna.

Ver Texto

(8) La LFA fue publicada en la Gaceta Oficial N.º 630 de 15 de mayo de 2018, entrando en vigor ese mes de junio.

Ver Texto

(9) Ley Federal 11/1992, por la que se establece el CPCE, cuyo Capítulo III (arts. 203 a 218), titulado «El Arbitraje», gobernará el arbitraje en EAU durante más de 25 años.

Ver Texto

(10) Se trata de dos jurisdicciones autónomas (zonas francas) con base en los emiratos de Dubái y Abu Dhabi respectivamente, en la que las leyes civiles y mercantiles de la Federación no son de aplicación. El DIFC fue creado en el año 2004 y en la actualidad cuenta con más de 2.000 empresas registradas, y unos 17.000 millones de USD en activos bajo gestión. Está regulado por la DFSA (Departamento de Servicios Financieros de Dubái). Por su parte el ADGM comenzó a funcionar en el año 2016, y su desarrollo está siendo exponencial. De hecho, los fondos soberanos de Abu Dhabi, la dirección de inversiones de Abu Dhabi y Mubadala se han establecido allí. El regulador en este caso es la FSRA (Autoridad Reguladora de Servicios Financieros).

Ver Texto

(11) S. Saleh, *Commercial arbitration in the Arab Middle East: Shari'a, Syria, Lebanon and Egypt*, Oregon, Hart Publishing. Oxford and Portland, 2006, pp. 28-31.

Ver Texto

- (12) Corán 4:34: «Men are the protectors and maintainers of women, because Allah has given the one more (strength) than the other, and because they support them from their means. Therefore, the righteous women are devoutly obedient, and guard in (the husband's) absence what Allah would have them guard. As to those women on whose part ye fear disloyalty and ill-conduct, admonish them (first) (Next), refuse to share their beds (And last) beat them (lightly); but if they return to obedience, seek not against them Means (of annoyance): For Allah is Most High, great (above you all).»
- Ver Texto
- (13) K.A. El Fadl, *Speaking in God's Name: Islamic Law, Authority and Women*. Oneworld Publications, 2001, p. 111.
- Ver Texto
- (14) Vid.. A. Wadud, *Qur'an and Woman: Rereading the Sacred Text from a Woman's Perspective*. Oxford University Press, 1999; A. Wadud, *Inside the Gender Jihad: Women's Reform in Islam*. One World Publications, 2006; An-Na'im, *Islam and Human Rights*. Ashgate Publishing, 2010.
- Ver Texto
- (15) J. Brown, *Misquoting Muhammad: The Challenge and Choices of Interpreting the Prophet's Legacy*. OneWorld Publications, 2015, pp. 192-193.
- Ver Texto
- (16) Vid. N. Hashemi y E. Qureshi, *Human Rights*. Oxford University Press, 2016.
- Ver Texto
- (17) M. Reiss, «The Materialization of Legal Pluralism in Britain: Why Shari'a Council Decisions Should Be Non-Biding», *Arizona Journal of International and Comparative Law*, vol. 26, 2009, pp. 739-764.
- Ver Texto
- (18) A iniciativa de la Baronesa Caraline Cox, de la Cámara de los Loes.
- Ver Texto
- (19) M. Bhatti, *op. cit.*, p. 110.
- Ver Texto
- (20) El Consejo Islámico de la Shari'a reaccionó a la Equality Bill apuntando a una falta de comprensión por parte de la Baronesa Cox de las complejidades que rodean el arbitraje en la Shari'a, como por ejemplo el hecho de que el Muslim Arbitral Tribunal consulta a un panel de expertos conformado por mujeres con el fin de asegurar la no discriminación por razón de sexo a lo largo de todo el procedimiento arbitral. R.E. Maret, «Mind the Gap: The Equality Bill and Shari'a Arbitration in the United Kingdom», *Boston College International and Comparative Law Review*, vol. 36, n.º 1, 2013, pp. 255-276.

[Ver Texto](#)

(21) Corán 4:141.

[Ver Texto](#)

(22) M.S. Madkur, «Al-Qada fil Islam», en S. Saleh, *Commercial Arbitration in the Arab Middle East*. Hart Publishing, 2006, pp. 40-41.

[Ver Texto](#)

(23) Las antiguas «Implementation Rules 1985» de Arabia Saudí (antigua ley arbitral saudí) si incorporaban el requisito de que los árbitros fuese musulmanes o nacionales saudíes, lo que asimismo daba a entender que, de acuerdo con la interpretación hanbalí, las mujeres no podían ser nombradas árbitros, dado que su testimonio no es equivalente al de un hombre, como vimos al estudiar la capacidad de las partes en el convenio arbitral.

[Ver Texto](#)

(24) No obstante, como apunta M. Bhatti, se dan dos circunstancias que invitan a pensar en un cierto cambio de tendencia en Arabia Saudí. En primer lugar, que las mujeres están siendo admitidas a los cursos de formación para árbitros (que no dejan de ser cursos de formación y que, por tanto, no pueden generar una conclusión definitiva); y, en segundo lugar, que el 10 de mayo de 2016 el Tribunal Administrativo de Apelación saudí de Dammam no se opuso al nombramiento de Shaima Aljubranen como la primera mujer árbitro saudí en el ámbito de una disputa comercial. M. Bhatti, *op. cit.*, p. 90.

[Ver Texto](#)

(25) *Vid.* Caso Jivraj c. Hashwani (2009) EWHC 1364; y Jivraj c. Hashwani (2010) EWCA (Civ) 712.

[Ver Texto](#)

(26) W.W. Park, W., *Arbitration of International Business Disputes: Studies in Law and Practice*. 2ª ed.. Oxford University Press 2012, pp. 41-42; y S. Brekoulakis, «Systemic Bias and the Institution of International Arbitration: A new Approach to Arbitral Decision-Making», *Journal of International Dispute Settlement*, vol. 4, n.º 3, 2013, pp. 553-560.

[Ver Texto](#)

(27) Como señala S. Saleh, el requerimiento de adala ya se daba en la era pre-islámica en la península arábiga. *Vid.* E. Tyan, *Histoire de l'organisation judiciaire en pays d'Islam*. 2ª ed., Leyden 1963.

[Ver Texto](#)

(28) Reglas IICRA. Arts. 10, 28 y 37.

[Ver Texto](#)

(29) i-Reglas KLRCA. Regla 11.

[Ver Texto](#)

(30)

En relación a esta cuestión, destacan los trabajos de Ibn Abidin, M. (1299 H). *Radd al-Muhtar*.

[Ver Texto](#)

(31) Entre otros, *vid.* Ibn Rushd, M. (1935). *Bidayat al-Mujtahid wa Nihayat al-Muqtasid*, Vol.2; Al-Ghazzali, A. H. (1317 H). *Al-Wajiz*; Ibn Qudama . (1399 H). *Kithab Al-Mughni*.

[Ver Texto](#)

(32) Reglas IICRA. Art. 9.

[Ver Texto](#)

(33)

Sobre esta cuestión *vid.*. hanafí: Ibn Abidin, M. *op. cit.*; maliki: Ibn Farhun. (1301 H). *Tabsirat Al-Hukkam fi Usul al-Aqdiya*; y shafí: Ramli, S. (1356 H). *Nihayat al-Muhtaj*.

[Ver Texto](#)

(34) LAE. Arts. 15 y 16.

[Ver Texto](#)

(35) S. Saleh, *op. cit.*, pp. 33-36.

[Ver Texto](#)

(36) LMU. Arts. 12 y 14; y LAE. Arts. 17 y 19.

[Ver Texto](#)

(37) El caso tiene que ver con la solicitud por parte del demandante al Tribunal de Primera Instancia de Dubái la designación de un árbitro para la determinación de una disputa. El acuerdo de arbitraje proporcionaba el nombre del árbitro que habría de resolver la disputa, que versaba sobre la reclamación por parte del demandante de 237.248 AED contra el demandado. El Tribunal de Primera Instancia desestimó la acción del demandante, quien recurrió ante el Tribunal de Apelación, que confirmó la sentencia en primera instancia. *Summaries of UAE Courts» Decisions on Arbitration*. (2013), editado por H. Arab, L. Hammoud y G. Lovett, G. Publicaciones ICC, pp. 18-19.

[Ver Texto](#)

(38) El caso tiene que ver con un acuerdo celebrado entre dos sociedades para la constitución de una tercera dedicada a la producción de virutas de madera para su suministro a cuadras de caballos, dividiendo las ganancias resultantes. El acuerdo original contenía una cláusula de arbitraje, si bien esta no hacía referencia ni al número de árbitros ni al procedimiento para su nombramiento. Surgida la disputa, el

demandado presentó una acción ante el Tribunal de Primera Instancia solicitando la designación de árbitros. El Tribunal de Primera Instancia ordenó el nombramiento de un experto en contabilidad para actuar como árbitro, de conformidad con los términos de la cláusula de arbitraje. En el curso de dicho procedimiento, las partes celebraron un acuerdo de arbitraje en el que se estipulaba la necesaria aprobación por las partes del nombramiento del perito como árbitro. El árbitro dictó un laudo favorable al demandado, y el Tribunal de Primera Instancia ordenó la ejecución del laudo. El demandante recurrió ante el Tribunal de Apelación, que rechazó la apelación y, posteriormente, recurrió en casación. El Tribunal de Casación revocó la decisión y devolvió el caso al Tribunal de Apelación, alegando que, si bien la cláusula de arbitraje habilitaba al árbitro para resolver la controversia, dicha habilitación tan sólo era operativa previa autorización de las partes y no con carácter unilateral. Una vez más, el Tribunal de Apelación rechazó la apelación y confirmó la decisión del Tribunal de Primera Instancia, impugnando el demandante la decisión ante el Tribunal de Casación (*Ibíd.*, pp. 80-81).

[Ver Texto](#)

(39) El caso tiene que ver con un subcontrato celebrado entre el demandante (el contratista) y el demandado (el principal) para la construcción de tres edificios en un terreno en Al Bateen, por una suma acordada. El contrato entre las partes contenía una cláusula de arbitraje. La disputa surge a raíz de un impago por parte del principal al contratista, lo que motivó el inicio de un procedimiento ante el Tribunal de Primera Instancia de Dubái, en el que el contratista solicitaba una orden de pago contra el demandado o la designación de un árbitro para la resolución de la disputa, de conformidad con el art. 204 del CPCE. El Tribunal de Primera Instancia consideró que no tenía jurisdicción para decidir sobre el fondo de la disputa, debido a la existencia de una cláusula de arbitraje, y nombró un árbitro para la resolución de la misma. La parte demandada apeló el nombramiento del árbitro, alegando que las partes habían acordado un árbitro diferente en su acuerdo de arbitraje. El recurso fue denegado y la demandada recurrió la decisión ante el Tribunal de Casación, que anuló el fallo y devolvió el caso al Tribunal de Apelación para su reconsideración, sobre la base de que el árbitro no había sido designado de la manera establecida en dicho acuerdo arbitral. Posteriormente, las partes acordaron la designación del árbitro nombrado originalmente por el Tribunal de Primera Instancia. El arbitraje se sustanció en su debida forma, concluyendo con el correspondiente laudo. El Tribunal de Apelación ratificó el laudo y el demandante impugnó la ratificación ante el Tribunal de Casación, sobre la base de que el Tribunal de Apelación no tenía la potestad para su ratificación (*Ibíd.*, pp. 84-85).

[Ver Texto](#)

(40) El 8 de junio de 2000, las partes celebraron un contrato de agencia comercial, de naturaleza exclusiva con relación al territorio de EAU, debidamente registrado en el Departamento de Agencias Comerciales del Ministerio de Economía y Planificación de EAU. El contrato de agencia fue renovado hasta el 3 de abril de 2008, y preveía el recurso al arbitraje bajo las Reglas de la CCI en caso de disputa entre las partes. La parte demandada, el agente, celebró una serie de operaciones sin pagar la comisión acordada al demandante, el principal, en violación de dicho contrato de agencia. Tras el incumplimiento de la demandada de aceptar el nombramiento de un árbitro único y su negativa a aceptar el arbitraje de fecha 17 de junio de 2006, el demandante presentó una acción ante el Tribunal de Primera Instancia de Dubái, solicitando el nombramiento de un contador profesional para la adjudicación de la disputa. El Tribunal de Primera Instancia de Dubái rechazó la pretensión del demandante, que recurrió ante el Tribunal de Apelación, que confirmó la decisión del tribunal inferior (*Ibíd.*, pp. 97-98).

[Ver Texto](#)

(41) El caso tiene que ver con un contrato de compraventa de un vestido de lujo celebrado entre los demandantes y la parte demandada, que contenía un acuerdo de arbitraje. Una vez surgida la disputa por impago de la totalidad del precio por parte de los demandantes, el demandado solicitó al tribunal la designación de un árbitro para la resolución de la disputa. El Tribunal de Primera Instancia nombró un árbitro, que emitió un laudo favorable a la parte demandada. La demandada inició una acción para la ratificación del laudo ante el Tribunal de Primera Instancia, que ratificó el laudo. Posteriormente, los demandantes recurrieron la decisión, que fue confirmada por el Tribunal de Apelación (*Ibid.*, pp. 107-108).

[Ver Texto](#)

(42) En 2006, el demandante depositó fondos en la cuenta del demandado y realizó varias operaciones de compraventa de valores con el fin de probar que el demandado había ejecutado varias transacciones en su cuenta sin su consentimiento. La parte demandada emitió varios cheques y realizó varios retiros en dicha cuenta, en contravención de la Ley Federal del Mercado de Valores y Materias Primas de EAU. El demandante interpuso una acción contra el demandado solicitando la designación de un experto en bolsa y mercados financieros con el fin de determinar la fecha de inicio de las transacciones y la apertura de la cuenta con el demandado, los fondos recibidos por el demandado del demandante, y si se emitieron órdenes de compraventa con relación a dichos fondos (ya fuese verbalmente o por escrito). El Tribunal de Primera Instancia dictaminó que la disputa debía sustanciarse a través de un arbitraje, de acuerdo con una cláusula de arbitraje existente, decisión confirmada por el Tribunal de Apelación. El demandante recurrió al Tribunal de Casación, alegando que, alternativamente, ya había planteado la cuestión de la sumisión de la disputa al arbitraje y del nombramiento de un árbitro al Tribunal de Primera Instancia. *Summaries of UAE Courts» Decisions on Arbitration. 2012-2016. Including DIFC Courts Decisions* (2017). 2ª ed., editado por H. Arab, L. Hammoud y G. Lovett, G. Publicaciones ICC, pp. 48-49.

[Ver Texto](#)

(43) El caso tiene que ver con un memorando de entendiendo concluido entre el demandante y el primer demandado con el fin de liquidar su sociedad mercantil y todas sus subsidiarias, y de resolver las disputas que entre ellos surgiesen por la vía del arbitraje de conformidad con las Reglas del Centro de Conciliación y Arbitraje Comercial de Abu Dhabi (ADCCAC), que fue el segundo demandado en esta acción. En este sentido, en el contexto de una disputa entre las partes con respecto a la liquidación de la sociedad, el demandante presentó una solicitud de arbitraje en la que cada parte designaría un árbitro. Posteriormente, el ADCCAC solicitó a los árbitros nombrados por las partes que designaran un tercer árbitro presidente, con respecto al cual no hubo acuerdo. El ADCCAC planteó entonces el nombramiento del tercer árbitro a un organismo independiente, lo cual incumplía los procedimientos establecidos en el acuerdo de arbitraje y en las Reglas ADCCAC. En todo este proceso fue particularmente preocupante el hecho de que el ADCCAC no permitiera que las partes se opusieran a la identidad del presidente. Sobre esa base, el primer demandado interpuso una acción contra el demandante y el segundo demandado, solicitando, entre otras cosas, que el tercer árbitro fuese designado por el Consejo Superior de la Judicatura. El Tribunal de Primera Instancia desestimó la acción, que el primer demandado recurrió ante el Tribunal de Apelación, que canceló el nombramiento del tercer árbitro por parte de la ADCCAC y remitió el asunto al Ministerio de Justicia (*ibid.*, p. 74).

[Ver Texto](#)

(44) LFA. Art. 58.2.

[Ver Texto](#)

(45) LFA. Art. 8.

[Ver Texto](#)

(46) LFA. Art. 10.3.

[Ver Texto](#)

(47) LFA. Art. 9.1.

[Ver Texto](#)

(48) LFA. Art. 9.2.

[Ver Texto](#)

(49) Reglas DIFC. Art.17.1. y Reglas ADGM. Art. 18.1.

[Ver Texto](#)

(50) LFA. Art.10.4.

[Ver Texto](#)

(51) LFA. Art.11.

[Ver Texto](#)

(52) LFA. 11.5.

[Ver Texto](#)

(53) LFA. 11.8.

[Ver Texto](#)

(54) Reglas DIFC. Art. 17.2-3 y Reglas ADGM. Art. 18.2-3.

[Ver Texto](#)

(55) CPCE. Art. 207.4.

[Ver Texto](#)

(56) El caso tiene que ver con la ejecución de un acuerdo de arbitraje vigente entre las partes, por el que se designó a un árbitro único en el ínterin procesal de una disputa pendiente entre las partes en los tribunales ordinarios sobre una propiedad en Jordania. El 15 de noviembre de 1993, el árbitro único dictó un laudo, ordenando al demandante a registrar la propiedad a nombre del representante del demandado y a la indemnización por daños y perjuicios causados a la parte demandada. El demandado solicitó al Tribunal de Primera Instancia que ratificara el laudo arbitral, a lo que el demandante se opuso. Dicho Tribunal anuló la orden de registro, si bien ratificó la indemnización por daños y perjuicios. El demandante apeló la decisión que ratificaba la condena a daños y perjuicios, si bien, el Tribunal de Apelación confirmó la sentencia. El demandante recurrió en casación argumentando, por un lado, que el laudo arbitral era contrario a la ley (en la medida en la que el acuerdo de arbitraje involucraba una disputa pendiente ante la jurisdicción ordinaria), que el árbitro había devenido incompetente al negarse el demandante a pagar la indemnización señalada por el árbitro, y que el árbitro había administrado un juramento de manera irregular (pues este se había tomado al representante del demandado en una audiencia arbitral a la que el demandante no asistió); y, por el otro, que la sentencia del Tribunal de Primera Instancia era nula, pues fallaba al abordar al argumento del demandante de que el laudo arbitral era indivisible y, como tal, si un elemento del mismo era declarado nulo por trascender el ámbito del acuerdo de arbitraje, entonces el laudo en su conjunto también lo era (. (H. Arab, L. Hammoud y G. Lovett, *op. cit.*, pp. 20-22).

[Ver Texto](#)

(57) El 29 de junio de 2004, el demandante fue designado como árbitro en un procedimiento arbitral. Tras tres reuniones preliminares entre el árbitro (el demandante) y las partes en el arbitraje, dada la importancia de la disputa y su complejidad jurídica y técnica, las partes acordaron nombrar un tribunal arbitral conformado por tres miembros. Dicho acuerdo fue registrado por las partes en el acta de la sesión de arbitraje del 18 de febrero de 2004, solicitando al demandante el reenvío del caso al tribunal competente. El demandante rechazó tal solicitud y ordenó la continuación del procedimiento arbitral. Las partes en el arbitraje presentaron una demanda contra el demandante ante el Tribunal de Primera Instancia de Dubái, en la que solicitaban el cese del árbitro, el nombramiento de un tribunal arbitral de tres miembros, y la notificación de dicho cese al interesado. El 23 de mayo de 2004, el Tribunal de Primera Instancia desestimó la acción presentada por el demandante, que este posteriormente apeló solicitando su reelección como árbitro único o, en caso de que el tribunal tuviere la intención de convocar un panel de tres miembros, su nombramiento como miembro del panel arbitral. El 24 de octubre de 2004, el Tribunal de Apelación confirmó el fallo del Tribunal de Primera Instancia (*Ibid.*, pp. 66-67).

[Ver Texto](#)

(58) *Ibid.*, p. 67.

[Ver Texto](#)

(59) El caso tiene que ver con una acción de ratificación de un laudo suscitada por el demandado ante el Tribunal de Primera Instancia de Abu Dhabi, que este último otorgó. El demandante recurrió la sentencia ante el Tribunal de Apelación, que confirmó la decisión del tribunal inferior (*Ibid.*, p.111).

[Ver Texto](#)

(60) El caso tiene que ver con la designación de un tribunal arbitral a través de una decisión judicial (caso 516/2005). Una vez el tribunal laudó, el demandante interpuso una acción contra el demandado para su ratificación (caso 1282/2009). El Tribunal de Primera Instancia confirmó el laudo y, tras el recurso de apelación, el Tribunal de Apelación confirmó la decisión en primera instancia. El demandado recurrió la sentencia y el Tribunal de Casación (Caso 980/2010) anuló la decisión del Tribunal de Apelación y le devolvió el caso para su reconsideración por un panel judicial diferente. El (nuevo) Tribunal de Apelación ordenó la anulación de la primera resolución, pero rechazó la solicitud de confirmación del laudo arbitral en la acción 516/2005. El demandante recurrió en casación alegando que el Tribunal de Apelación se había negado a ratificar el laudo arbitral con el argumento de que el árbitro que nominó el demandante había sido visto por un testigo visitando el bufete del abogado del demandante y que su posición como abogado en el Banco de Bahrein no justificaba sus recurrentes visitas a dicho despacho de abogados. Por tanto, el árbitro no era apto para sustanciar el arbitraje. Por su parte, el demandante argumentó que el hecho de que el árbitro tuviese una relación comercial con su abogado no le incapacitaba para arbitrar, pues el árbitro ni tenía conexión con el demandante, ni era su agente, ni era empleado del demandante ni de su abogado (*Ibid.*, pp. 53-54).

[Ver Texto](#)

(61) El caso tiene que ver con un arbitraje (1852/2010) iniciado por el demandante, un ingeniero especializado en construcción, contra el demandado, el propietario de una parcela residencial. El demandante acordó la construcción de dos viviendas unifamiliares para el demandado, de las cuales la vivienda pequeña sería financiada por el propio demandante y la vivienda más grande se financiaría a través de un préstamo de 500.000 AED, a cambio del compromiso del demandado de permitir el uso, por parte del demandante, de la vivienda pequeña por un período de nueve años y de la vivienda más grande por un período de dos años, que se agregarían al período de construcción. El contrato de inversión incluía una cláusula de arbitraje que preveía la sumisión de cualquier disputa relacionada con el mismo a un arbitraje, que se sustanciaría ante un panel arbitral de tres miembros. Al finalizar la construcción, el demandado entregó la vivienda pequeña, pero se negó, sin aparente justificación, a la entrega de la vivienda grande, así como al nombramiento de un árbitro, a pesar de haber recibido una notificación en tal sentido. Asimismo, el demandante buscó el nombramiento de un juez como árbitro presidente del tribunal arbitral. El demandado respondió que no tenía objeciones a la sumisión de la controversia al arbitraje, y solicitó que se le diese la opción de seleccionar a su propio árbitro en lugar de que fuese el tribunal quien designase a uno. El tribunal fue debidamente convocado y, tras la sustanciación del procedimiento arbitral, fue dictado un laudo desestimando el reclamo, que posteriormente sería presentado ante el Tribunal de Primera Instancia. El demandante argumentó que el laudo era nulo porque uno de los árbitros no era apto para el arbitraje, pues previamente había emitido una opinión sobre el objeto de la controversia, en calidad de experto designado por el tribunal arbitral. El Tribunal de Primera Instancia ratificó el laudo, argumentando que la falta de aptitud de un árbitro para el ejercicio del arbitraje no se encontraba entre los motivos de anulación previstos en el art. 216 del CPCE y que, en cualquier caso, el demandante no planteó objeción al árbitro durante el curso de los procedimientos periciales ni buscó su recusación. A ello se añadía que, una vez emitido el laudo, dicho derecho se consideraba renunciado (art. 207 del CPCE). El Tribunal de Apelación (caso 565/2012) confirmó la decisión del Tribunal de Primera Instancia sobre la base de que el experto había actuado en calidad de experto y no como árbitro, y alegando que los motivos de nulidad presentados por el demandante no se encontraban entre los contemplados en el art. 216 del CPCE y que el demandante no solicitó oportunamente la recusación del árbitro, en virtud del art. 207 de dicho Código. El demandante recurrió la decisión ante el Tribunal de Casación, argumentando que, sobre la base del art.

216, un laudo arbitral podía ser anulado en caso de ser dictado por un árbitro que no cumplía con los requisitos legalmente establecidos. En este sentido, al igual que sucedía en el caso de los jueces (art. 207 del CPCE), un árbitro dejaba de ser apto para arbitrar en caso de que hubiese emitido una opinión sobre la controversia en calidad de experto, incluso si su recusación no hubiese sido solicitada por alguna de las partes, si continuaba actuando como árbitro (art. 114 de dicho Código), y, por tanto, el laudo sería nulo (*Ibíd.*, pp. 59-60).

[Ver Texto](#)

(62) *Ibíd.*, p. 60.

[Ver Texto](#)

(63) El 10 de agosto de 1996 las partes en el caso firmaron un memorando de asociación para el establecimiento de un circuito de carreras. Dicho memorándum contenía una cláusula de arbitraje en la que se designaba un árbitro para la adjudicación de las disputas. Surgida la disputa en torno a la terminación del memorando, la parte demandada solicitó a los tribunales la remisión de la controversia al árbitro designado en el memorando de asociación. El demandante reconvino la demanda y solicitó el nombramiento de otro árbitro. El 8 de junio de 1999, el tribunal desestimó la reconvención y ordenó la remisión de la disputa al árbitro designado en el memorándum. Esta sentencia fue confirmada posteriormente por el Tribunal de Apelación. El 9 de abril de 2000, el árbitro emitió un laudo ordenando al demandante el pago al demandado de 188.360 AED, incluyendo 10.000 AED en concepto de honorarios del árbitro. El Tribunal de Primera Instancia ordenó la ejecución del laudo, decisión que fue recurrida por el demandante pero que el Tribunal de Apelación confirmó en su resolución de 20 de enero de 2001 (*Ibíd.*, pp. 55-56).

[Ver Texto](#)

(64) LFA. Art. 14.1.

[Ver Texto](#)

(65) LFA. Art. 14. 2-3.

[Ver Texto](#)

(66) LFA. Art. 15.

[Ver Texto](#)

(67) LFA. Art. 14.

[Ver Texto](#)

(68) LFA. Art. 17.

[Ver Texto](#)

(69) Reglas DIFC. Art. 18. y Reglas ADGM. Art. 19.

[Ver Texto](#)

(70) Reglas DIFC. Art. 19. y Reglas ADGM. Art. 20.

[Ver Texto](#)

(71) Reglas DIFC. Art. 21. y Reglas ADGM. Art. 22.

[Ver Texto](#)

(72) El 9 de diciembre de 2003, el demandante celebró un acuerdo de arbitraje con el primer demandado para resolver una disputa relacionada con un subcontrato celebrado el 5 de agosto de 1999. En dicho arbitraje, los demandados tercero, cuarto, y quinto fueron nombrados árbitros del tribunal. El panel arbitral acordó el levantamiento de una orden de embargo sobre una garantía bancaria valorada en 3.600.000 de AED emitida por el segundo demandado, y que dicha garantía bancaria se renovaría mientras durase el arbitraje. Asimismo, el panel acordó que el demandante no podría beneficiarse de la garantía bancaria hasta el final del arbitraje. A pesar de que el segundo demandado no presentó la garantía renovada, el panel decidió que las dos partes tenían derecho a recurrir a la autoridad competente con respecto a la garantía bancaria. En consecuencia, el demandante se dirigió al tribunal arbitral y al primer demandado solicitando la renovación de la garantía bancaria y la suspensión del arbitraje. El tribunal pospuso el arbitraje hasta la audiencia del 6 de junio de 2004. El demandante interpuso un recurso ante el Tribunal de Primera Instancia de Dubái contra los demandados primero, segundo, tercero, cuarto y quinto, solicitando la suspensión del procedimiento arbitral hasta que el primer demandado hubiese pagado la garantía bancaria, argumentando que tal circunstancia constituía un requisito previo para la continuación del arbitraje. El demandante solicitó al Tribunal de Primera Instancia de Dubái la anulación del laudo arbitral dictado el 13 de julio de 2004 (la suspensión de la garantía bancaria se levantó con posterioridad al 6 de junio de 2004); la extensión de una nueva garantía bancaria a los demandados primero y segundo de manera conjunta y solidaria; y la orden de pago contra el tribunal arbitral por valor de 75.000 AED por incumplimiento del art. 209 del CPCE, en la medida en la que dicha garantía constituía una garantía de los derechos del demandante, y por violación del derecho del demandante a la defensa y a ser escuchado. El demandante alegó, asimismo, que el tribunal arbitral había incrementado sus honorarios a 250.000 AED y solicitó un reparto igualitario de la carga sobre dichos honorarios entre las partes. El primer demandado presentó, por otro lado, una acción solicitando que el laudo fuese devuelto al tribunal arbitral para que este dictase un laudo complementario y vinculante para el demandante, especificando la devolución al primer demandado de la copia original de la garantía bancaria prevista en el *arbitration deed*, más las copias originales de los apéndices de renovación; la consideración de la nulidad de la garantía *ab initio*; la ratificación del laudo dictado el 13 de julio de 2004; y la irrevocabilidad del laudo de conformidad con el art. 217.3 CPCE. El Tribunal de Primera Instancia acumuló las dos acciones y el 8 de diciembre de 2004 desestimó la acción del demandante y ratificó el laudo dictado el 13 de julio de 2004. El demandante interpuso un recurso contra dicha sentencia, que el Tribunal de Apelación desestimó el 2 de marzo de 2005 (H. Arab, L. Hammoud y G. Lovett, *op. cit.*, pp. 69-72).

[Ver Texto](#)

(73) En este sentido, referirse a los arts. 14 y 58 de la LFA.

[Ver Texto](#)

(74) Reglas DIFC. Art. 22. y Reglas ADGM. Art. 23.

[Ver Texto](#)

Arbitraje y Propiedad Industrial en Chile

Intellectual Property Arbitration in Chile

El presente trabajo tiene como objetivo proveer de un punto de partida a la discusión sobre el arbitraje y la propiedad industrial en Chile. Con este propósito, el estudio se aboca, por una parte, a la revisión del estado actual de los derechos de Propiedad Industrial y la creciente importancia de su desarrollo a nivel regional, y por otra, al estudio del arbitraje como mecanismo de resolución de estos conflictos. En este escenario, se describen las particulares ventajas y desafíos que representa el arbitraje para la resolución de las controversias que involucran derechos de PI. Finalmente, se profundiza en el estudio de la arbitrabilidad en Chile, identificándolo como un elemento clave para su promoción.

Arbitraje, Propiedad Industrial, Arbitrabilidad

The purpose of this paper is to provide a starting point for the discussion on arbitration and industrial property in Chile. To this end, the study focuses on the one hand, on the review of the current state of industrial property rights and the growing importance of their development at the regional level, and on the other hand, on the study of arbitration as a mechanism for the resolution of these conflicts. In this scenario, the particular advantages and challenges that arbitration represents for the resolution of disputes involving IP rights are described. Finally, it delves into the study of arbitrability in Chile, identifying it as a key element for its promotion.

Arbitration, Intellectual Property, Arbitrability



Ayllen Gil Seaton

Profesora de Derecho Procesal y Arbitraje

Universitat Oberta de Catalunya

I. INTRODUCCIÓN

La creciente importancia del uso de los derechos de Propiedad Industrial (1) (en adelante PI), reflejada en el aumento del número de solicitudes presentadas y de registros en vigor en numerosas oficinas a nivel global, es indiscutible (2). A nivel latinoamericano, la situación en Chile también confirma esta tendencia de crecimiento, según se mostrará.

Todo ello, trasciende en nuevos desafíos para los Derechos de PI, que no solo ponen a prueba los mecanismos de protección disponibles a nivel interno sino también los modelos para la resolución de los conflictos en torno a ellos. En este contexto, prever mecanismos eficaces de protección de estos derechos, con miras a satisfacer las necesidades de los nuevos agentes y los avances que tales derechos experimentan resulta insuficiente si no va acompañada de una modernización efectiva del sistema de resolución de conflictos en torno a los mismos.

Así, ante el imperativo de dotar a la PI de un sistema de protección adecuado, la pregunta por la gestión de la resolución de los conflictos asociados a estos derechos surge no solo como relevante sino también como necesaria.

Es aquí donde el arbitraje puede consolidarse como un mecanismo particularmente eficaz, no solo por sus particulares ventajas, sino también por la capacidad de adaptabilidad a un entorno en constante cambio. La crisis generada por la Covid-19 ha impactado fuertemente en diferentes sectores de la sociedad, obligando a hacer ajustes significativos en la administración de justicia y la resolución de las disputas. Ante esta contingencia, el arbitraje, principalmente por la flexibilidad que le caracteriza, ha mostrado una gran capacidad de adaptabilidad al integrar los medios telemáticos y nuevas tecnologías en sus procedimientos sin necesidad de suspender las actuaciones en curso. Es justamente el desarrollo tecnológico el que permitió darles continuidad en la resolución de las controversias.

No obstante las aludidas ventajas del arbitraje, lo cierto es que al día de hoy, no se ha consolidado como alternativa real para quienes se enfrentan a una disputa sobre PI. Así, pese a la evolución que se observa en instituciones especializadas como la OMPI, el desarrollo del arbitraje no se condice, a mi juicio, con la evolución experimentada por los derechos de PI en la última década. Ya se verá, particularmente, que la situación en Chile tampoco escapa a esta realidad.

Lo anterior, justifica y hace conveniente un estudio del arbitraje en la materia, por medio del cual se muestre el escenario actual en el que se encuentra y así intentar proporcionar un punto de partida para quienes se enfrentan a una controversia sobre PI. Aunque el trabajo se basa en el estudio del caso chileno, las declaraciones que aquí se desarrollarán se pueden aplicar de manera similar en otras jurisdicciones a nivel regional.

El trabajo se dividirá en tres apartados, el primero destinado a desarrollar el marco contextual y normativo que ha contribuido al desarrollo de los derechos de PI en Chile, para mostrar su desarrollo a nivel interno, por medio de un análisis cuantitativo del número de registros. El segundo apartado, se centra en la delimitación de las ventajas y limitaciones observadas en torno al arbitraje como forma de solución de las controversias sobre PI. Finalmente, se ofrece un análisis del estado de la cuestión en Chile, profundizando en el estudio de la arbitrabilidad de las controversias sobre PI, como uno de los elementos clave para el desarrollo del arbitraje en el área.

II. LA PI EN CHILE

Antes de comenzar el análisis del mecanismo de resolución de conflictos que será objeto de estudio,

resulta interesante detenerse brevemente en el estado actual de los derechos de PI a nivel global y, en particular, en Chile, atendida la estrecha vinculación entre estos derechos y su impacto en la economía de un Estado.

Así, el comportamiento observado en el área durante los últimos años (3) muestra la importancia de los derechos PI en los diferentes sistemas legales por su relevancia como fuente económica y jurídica (4) . La protección de la investigación y, en concreto, el esfuerzo por innovar resulta primordial para estimular la inversión y con ello producir un efecto positivo en la productividad y competitividad (5) . En efecto, se entiende que una protección adecuada de derechos de PI aumenta la actividad inventiva y, con ello, se genera un impacto en el fomento de la actividad económica.

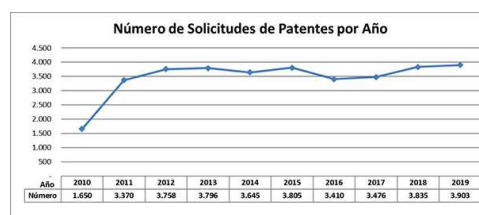
Es por esta razón, que el registro y la protección de la PI por parte de sus propietarios, es tan importante (6) . Así lo confirma la doctrina especializada, la cual prácticamente de manera generalizada, afirma el impacto económico de una protección adecuada de los derechos de PI (7) .

A nivel regional, en Latinoamérica, INAPI ha alcanzado un gran prestigio técnico, que le ha valido en el año 2018 un aumento del 45% de las solicitudes de patentes provenientes de países como Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, México y Perú, además de Chile (8) . A nivel internacional, es la segunda oficina en el mundo de habla hispana, junto a la OEPM, capaz de desarrollar informes internacionales de patentabilidad y la segunda, junto a Brasil a nivel latinoamericano. En materia de marcas, por su parte, se le ha considerado como una de las oficinas de registro más innovadoras del mundo (9) .

Todo esto —se puede concluir— es consecuencia de un proceso de modernización enfocado en alcanzar una mayor eficiencia de los procedimientos de solicitud y registro, como también en la gestión de los mismos. Un elemento adicional, que contribuye a este proceso de modernización, lo constituye la aprobación de la nueva Ley N.º 21.355 (10) , que modifica la Ley N.º 19.039 de Propiedad Industrial y la Ley N.º 20.254 que establece el Instituto Nacional de Propiedad Industrial cuyos ejes principales son fortalecer la institucionalidad de propiedad industrial en Chile y actualizar los procedimientos de registros de acuerdo con los estándares internacionales.

Todo lo anterior redundará en la evolución que aquí se mostrará. Para ello se desarrollará un análisis cuantitativo del número de solicitudes de registro de patentes y marcas en la oficina de INAPI Chile de acuerdo con los datos aportados por la propia institución.

Gráfico N°1 (11) .



En términos globales, durante la última década, la evolución en el número de solicitudes es

constante, pese a la baja observada en el número de solicitudes de patentes en el año 2010 con respecto al período anterior, que se explica por la entrada en vigencia del Tratado de Cooperación en Materia de Patentes (PCT) (12).

Particularmente interesante es lo que ocurrió en el año 2011, en que se presentaron un total de 3.370 solicitudes de patentes, lo que representó un aumento del 104,2% con respecto al período anterior. Esta cifra se mantuvo constante, sin perjuicio de la disminución observada en el año 2016 en que el ingreso de solicitudes de patente bajó un 10,4% con respecto al período anterior.

Otro aspecto relevante en esta muestra es lo que ocurre el año 2018, en que se recibieron 380 solicitudes en materia de patentes de chilenos y latinoamericanos, lo que representó un crecimiento de un 45% respecto del año 2017.

Gráfico N°2 (13)



En materia de marcas, en tanto, ya durante el año 2010 se produjo una variación importante, ya que se presentaron un total de 31.690 solicitudes de marcas nuevas, representando un incremento de un 18% respecto al año 2009. Este crecimiento fue igualmente significativo en el año 2011, como se observa en el gráfico N°2.

Por tanto, entre el 2010 y el 2019, ha habido un crecimiento que es significativo, aunque con un comportamiento dinámico y expansivo. En ambos casos (patentes y marcas) la década ha sido positiva en términos generales.

De esta manera, en Chile, se puede afirmar una creciente importancia del uso de los derechos de PI, lo cual, a su vez, se expresa en el aumento del número de solicitudes presentadas por chilenos y latinoamericanos ante INAPI durante la última década. En este contexto, es natural prever que el desarrollo de las actividades asociadas a los derechos de PI y el aumento de las transacciones que los involucran trasciendan también en nuevas disputas, frente a las que el arbitraje se presenta —como se observará— como una vía eficaz y eficiente para su resolución.

III. EL ARBITRAJE COMO FORMA DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS DE PI

Para nadie es ajena la tendencia expansiva del arbitraje a diferentes áreas o materias que antes se consideran inarbitrables. La PI no ha estado al margen de esta tendencia, y lo que antes podía considerarse extravagante hoy es una realidad en una amplia mayoría de países, en los que —sin perjuicio de algunas diferencias— reconocen la arbitrabilidad de las controversias sobre propiedad

industrial.

Así, desde hace un par de años se viene afirmando no sólo la idoneidad de este mecanismo para la resolución de estas controversias sino también el aumento en el número de asuntos sobre PI sometidos a arbitraje (14).

Según información publicada recientemente por la OMPI, el número de arbitrajes, mediación y *expert determination* administrados por la institución ha aumentado de manera sostenida durante los últimos años, pasando de 41 casos en el 2011 a 182 en el año 2020 (15), lo que significa un aumento del 344% y, en particular en América Latina, se ha observado un aumento del 5% en el último año (16). No obstante, no se puede afirmar que este aumento sea constante y creciente, a nivel global.

En Chile, en particular, el arbitraje comercial ha evolucionado y se posiciona como un mecanismo de solución de controversias eficaz, sin embargo, en materia de PI no se observa una evolución o desarrollo coherente con las ventajas que el arbitraje representa. El bajo número de arbitrajes administrados por el Centro de Arbitraje y Mediación de Santiago (17) (en adelante, el CAM) y la ausencia de estudios sobre la materia contribuyen, a mi juicio, a este resultado.

Por esta razón, en los párrafos siguientes se desarrollarán las principales ventajas que representa el arbitraje comparativamente con la resolución de las controversias ante la justicia estatal. Para luego referir algunas de las principales desventajas y limitaciones observadas.

1. **Ventajas del arbitraje en materia de PI**

Llegar a afirmar que el arbitraje constituye un mecanismo eficaz para la resolución de las controversias sobre PI, ha supuesto identificar previamente una serie de buenas razones que configuran las ventajas sobre las que se profundizará en este apartado.

Ahora bien, aunque son muchas las ventajas que presenta el arbitraje en esta área, y que también se han destacado por la doctrina (18), este apartado sólo desarrollará aquellas que son especialmente relevantes en la resolución de las disputas que involucran aspectos de PI.

A) **Mantenimiento de las relaciones comerciales**

A menudo, las disputas que involucran cuestiones de PI surgen en el medio de una relación de negocio ya existente. Como ocurre en el contexto de un contrato de licencia, vigente durante varios años, contratos de construcción, entre otros. Cuando la relación de negocios es duradera y se desea mantener, su preservación puede ser de sustancial importancia para ambas partes, a pesar de la necesidad de resolver la disputa (19).

En este contexto, el litigio ante un tribunal estatal tiende a enfrentar a las partes desde una posición que, atendida la rigidez de su estructura, impide que el procedimiento se pueda adaptar a las necesidades de las partes. El arbitraje, en cambio, es menos adversarial y, por ello, se estima más adecuado para priorizar una relación de negocios (20). Desde luego, esto pone en relevancia una de las características principales del arbitraje, cual es la flexibilidad de su procedimiento, que permite

adaptarlo a las necesidades de las partes y de la disputa.

B) Disminución de costos y duración del procedimiento

En particular, sobre los costos del procedimiento, la afirmación del arbitraje como una alternativa menos costosa que la litigación ante los tribunales estatales continúa defendiéndose en materias tan complejas como la PI.

A nivel internacional, Halckett sostiene varias razones para continuar afirmando la conveniencia del arbitraje en este sentido. La primera, dice relación con las materias respecto de las que el arbitraje se ha extendido, las cuales por su complejidad podrían requerir más tiempo y, por lo tanto, más gastos si fueran conocidas por un tribunal ordinario (21). En segundo lugar, el autor considera que la comparación entre arbitraje y litigio es ilusoria, ya que se trata de dos procedimientos que funcionan en distintos niveles. Refiriéndose en particular a la situación en EE. UU., destaca que el tiempo utilizado en audiencias en el arbitraje es considerablemente menor que el tiempo y recursos utilizados en las audiencias y *discovery* en el procedimiento estatal (22). En Chile, por ejemplo, de acuerdo a la última información publicada por el Poder Judicial para el año 2020, la duración promedio de los litigios civiles, únicamente en primera instancia es de 310 días (23).

En el caso de España, Ramos Romeu, realizó una comparativa específicamente en materia de costos. Para ello comparó los costes de litigar en España y los costes de un arbitraje ante la CCI, con uno y tres árbitros. De su estudio se aprecia que, si bien para los conflictos de cuantía baja el litigio se mantiene como una opción más económica, cuando la cuantía de la controversia aumenta, en el caso de un arbitraje con un árbitro, éste último resulta más barato que el litigio (24).

Desde luego las referencias y comparaciones en esta parte tendrán matices diferentes según el sistema legal respecto de cuya jurisdicción se compare el arbitraje, pero una revisión de la doctrina en este sentido, parece confirmar que se trata de una experiencia generalizada (25).

Otro aspecto que pone en evidencia la posible disminución de costos en materia de PI dice relación con el principio territorial que preside la regulación de los derechos de PI. Este principio implica que la protección del derecho se encuentra limitada al territorio del Estado que lo concede, lo cual trasciende en importantes diferencias legislativas entre los diferentes Estados (26). Los conflictos en materia de PI tienen componentes que los hacen especialmente complejos, entre ellos, las múltiples cuestiones que pueden abordar, y el hecho de que, en caso de decidirse por la justicia ordinaria las partes se verían enfrentadas a la necesidad de iniciar tantos procedimientos judiciales como sean necesarios atendidas las diferentes jurisdicciones donde sus derechos de PI se encuentren registrados.

Además de lo anterior, la naturaleza del comercio internacional actual ha llevado a que los derechos de PI sean explotados a nivel internacional, provocando que las disputas recaídas sobre ellos adquieran, también, una vocación internacional o transfronteriza. Así, por ejemplo, los derechos paralelos en diferentes jurisdicciones pueden ser infringidos por un único comerciante que realiza negocios transfronterizos. Si bien, en teoría, el titular de los derechos podría demandar en cada jurisdicción donde se comete la infracción, en la práctica esto consume demasiado tiempo y es

costoso, por lo que el titular de los derechos debe elegir un lugar donde existan buenas posibilidades de éxito, el proceso se lleve a cabo con relativa agilidad y donde el resultado pueda servir como un buen indicador, incluso si no es un precedente vinculante, para el resultado probable en otras jurisdicciones. De esta manera se busca evitar, en lo posible, la necesidad de litigar en múltiples países (27).

Considerando todo lo anterior, el arbitraje se muestra, sin lugar a dudas, como especialmente ventajoso.

Directamente relacionado con los costos del procedimiento, destaca otra ventaja del arbitraje en cuanto a la rapidez de su procedimiento. La tramitación ante los tribunales estatales suele requerir de un largo espacio de tiempo para el desarrollo de cada una de sus actuaciones procesales, en las diferentes instancias del proceso, lo cual puede generar consecuencias negativas sobre los derechos de PI (28). El tiempo de duración del litigio hasta la dictación de la sentencia está directamente relacionado con la duración rentable de estos derechos. En este sentido, los productos patentados pueden quedar obsoletos rápidamente y las marcas pueden ser sensibles al factor tiempo si representan productos con ciclos de vida cortos (29).

La mayor celeridad del procedimiento se constituye en otra ventaja clave del arbitraje, permitiendo resolver de manera eficiente las disputas. Pese a las críticas que se formulan en la actualidad respecto a si se mantiene o no esta ventaja (o, siquiera si existe) (30), lo cierto es que, salvo algunas excepciones, el arbitraje sigue constituyendo en la práctica una alternativa más rápida frente a los litigios (31). Esto es, sin perjuicio de que, en la actualidad, mantener esta ventaja que caracteriza al arbitraje se presenta como un desafío.

Los aspectos que lo hacen una alternativa relevante frente a la duración de los procedimientos judiciales, no sólo dicen relación con la capacidad de adaptabilidad del procedimiento a las circunstancias del caso, también hay una serie de aspectos concretos que hacen que el arbitraje constituya una alternativa más rápida frente a un procedimiento judicial con posibilidad de revisión en apelación. Un primer aspecto, dice relación con la programación de las audiencias que deban tener lugar, donde el arbitraje entrega mayores facilidades y considera de mejor manera el interés de las partes; un segundo aspecto, con la ausencia de revisión de fondo del laudo arbitral, que incorpora también un elemento de agilidad al procedimiento; y por último, con que el procedimiento judicial en su configuración más rígida ha abierto un amplio espacio para las tácticas dilatorias de las partes, cuestión que es menos frecuente en el proceso arbitral. Ante las incertidumbres respecto a la duración de un juicio, las pruebas que sean requeridas y el tiempo dedicado en su producción, junto con la probabilidad de apelación, pueden provocar en el titular de un derecho una sensación de haber perdido aun antes de iniciarse el juicio. Para ese titular la representación adecuada de su pretensión radica en una alternativa más rápida y eficiente que el litigio (32).

El control del procedimiento por parte del árbitro es una herramienta clave para asegurar el mantenimiento de esta ventaja, especialmente en aquellos sistemas y/o reglamentos que prescriben un deber de conducción eficiente del procedimiento (33). Además de las diferentes alternativas que tienen las partes para controlar los costos del procedimiento arbitral, que van desde la decisión en

cuanto al número de árbitros que decidirán la cuestión hasta el control de la gestión del procedimiento y la realización de las audiencias.

Junto con lo anterior, deben agregarse las nuevas herramientas desarrolladas por diversas instituciones arbitrales que buscan promover la eficiencia de los procedimientos, disminuyendo sus costes de duración y tiempo (34).

La crisis sanitaria ha evidenciado la flexibilidad del arbitraje para adaptarse a las circunstancias. En este sentido, las instituciones arbitrales del mundo demostraron ser capaces de adaptarse a las circunstancias extraordinarias de manera ágil, integrando los medios telemáticos y nuevas tecnologías en sus procedimientos.

C) Confidencialidad del procedimiento

Dentro del contexto de las disputas sobre PI, la preocupación por mantener la confidencialidad de la controversia es todavía más sensible que en una disputa comercial habitual. La eventual revelación pública de los procesos técnicos o estrategias de *marketing* por medio de testimonios de testigos o de la producción de diferentes medios de prueba puede afectar seriamente al negocio.

Los límites y configuración de la confidencialidad en el arbitraje varían entre un país a otro y también entre los reglamentos arbitrales. Por ello, es importante destacar la diferencia entre la confidencialidad y la privacidad del procedimiento arbitral (35) para entender claramente qué garantías ofrece el arbitraje en este sentido y qué alternativas tienen las partes para proteger sus intereses.

Por muchos se ha asumido que la privacidad del proceso es equiparable a la confidencialidad con que se espera que sea tratada la información intercambiada durante el arbitraje (36). Sin embargo, es importante destacar que la privacidad es distinta de la confidencialidad, no obstante ser conceptos que se encuentran estrechamente relacionados. Así, en el contexto de un procedimiento arbitral, la privacidad es aquella que se refiere a la ausencia de personas ajenas o extrañas en las audiencias llevadas a cabo durante el proceso de arbitraje, a menos que las partes consientan en la presencia de estas personas extrañas (37). Si bien la privacidad en el arbitraje se encuentra relacionada con la exclusión de «extraños», no necesariamente supondrá que la información producida durante el procedimiento, los documentos, las declaraciones de testigos, o los informes de peritos, no puedan ser conocidos por el público en general, sea durante el proceso arbitral o con posterioridad a la conclusión de éste.

De este modo, la confidencialidad no es un privilegio del arbitraje en sí (38), es un concepto mucho más amplio que la privacidad (39) y su configuración dependerá de la regulación de la materia por las leyes aplicables a la disputa, los reglamentos arbitrales elegidos, el acuerdo de las partes y las facultades del árbitro. Por esta razón no debería asumirse la confidencialidad como inherente al arbitraje (40).

La protección de la información técnica requerirá una cuidadosa configuración de la privacidad y confidencialidad con que debe conducirse el arbitraje y el laudo, para así asegurar la reserva de

aquellos aspectos que las partes no desean revelar al público.

D) El control y gestión del procedimiento por las partes: la flexibilidad

Frente a la regulación acabada y pormenorizada que ofrecen las leyes de enjuiciamiento para la litigación ante los tribunales estatales (41), el arbitraje ofrece una oportunidad extraordinaria a las partes de adaptar el procedimiento a sus necesidades y a las características del caso en concreto que se somete a arbitraje (42).

En materia de PI, el control del tiempo es crucial, tanto respecto del inicio del procedimiento como de la fijación de las audiencias, lo cual debe conjugarse con una conducción expedita del procedimiento

Sin duda, este aspecto tiene implicancias en otra de las importantes virtudes del arbitraje, que es la reducción de los costos y el tiempo de duración del procedimiento en los términos apuntados más arriba. Las partes tienen la oportunidad de controlar la configuración y gestión del procedimiento pensando en este objetivo. Particularmente relevante en materia de PI, el control del tiempo es crucial. Esto es así, tanto respecto del inicio del procedimiento como de la fijación de las audiencias, lo cual debe conjugarse con una conducción expedita del procedimiento (43). En este contexto, la posibilidad de gestionar el procedimiento y definir los tiempos de prosecución de cada actuación al interior del arbitraje, de acuerdo a las necesidades de la disputa, es una ventaja en comparación a la organización preestablecida que provee la estructura estatal.

Otro elemento importante y de especial utilidad en este tipo de conflictos, es la libertad que poseen las partes para la determinación del *background* quien o quienes serán designados árbitros y que conocerán del conflicto. La determinación de su experticia puede ser un gran aporte para la correcta resolución de conflictos de PI, pudiendo especificar algún tipo de conocimiento o experiencia deseable por parte de quienes integren el tribunal arbitral, tan importante en materia de PI.

E) Decisión experta del árbitro

La complejidad y elevada tecnicidad de las controversias sobre PI, ponen de relieve una de las ventajas más significativas del arbitraje: la posibilidad de obtener una decisión que emane de una persona experta que posee competencia y experiencia, técnica y jurídica.

Siendo esto así, y considerando que en un arbitraje las partes tienen la posibilidad de elegir a la persona del árbitro definiendo sus cualidades personales y técnicas, ésta constituye una de las principales ventajas de este medio de resolución de disputas por sobre la litigación ante los tribunales. Esta decisión en torno a la selección de quién será el árbitro, contenida en el acuerdo de arbitraje, tiene un gran impacto tanto en el curso del procedimiento como en el laudo que contendrá la decisión (44).

En este sentido, se han desarrollado algunas características y calidades que se consideran deseables

para la constitución del tribunal arbitral en materia de PI y que es conveniente que sean previstas con antelación por las partes, en un momento previo a aquel en que surge la disputa. Entre ellas se destacan: los conocimientos profesionales de la persona designada en materias técnicas o científicas, su experiencia profesional en asuntos de PI y/o materias relacionadas y cuestiones de arbitraje, así como también su disponibilidad para conducir el arbitraje de manera expedita, entre otras (45).

F) Ejecución internacional del laudo

La ventaja que representa la capacidad de ejecución del laudo con respecto a una sentencia obtenida ante la justicia estatal es relevante cuando se tiene en cuenta la mayor facilidad en la ejecución del laudo fuera del territorio en el que fue rendido. El Convenio de Nueva York, reduce las incertidumbres de la parte que busca que un laudo obtenido en el arbitraje internacional de PI sea reconocido y ejecutado. Esto, sin perjuicio de reconocer que la ejecución y reconocimiento del laudo también puede ser rechazado de conformidad con lo dispuesto en el art. V de la Convención de Nueva York (46), que en el caso de las disputas sobre PI pueden estar asociadas a cuestiones sobre la arbitrabilidad y/o el orden público.

2. Desventajas

A) El cuestionamiento por la arbitrabilidad

Si bien en el arbitraje en general existe un grado de consenso en cuanto a las materias arbitrables, todavía persisten las diferencias en cuanto al tratamiento de la inarbitrabilidad entre los ordenamientos jurídicos internos. Por esta razón, la referencia a la inarbitrabilidad o arbitrabilidad limitada de algunas disputas, constituye un aspecto recurrente en la literatura, debido a la ausencia de una regulación específica sobre arbitrabilidad en PI o bien por la ausencia de un debate más profundo sobre la inarbitrabilidad.

En concreto, hablar de arbitraje en esta área se ha presentado en algunos casos problemático por una razón principal: La participación del Estado en el otorgamiento del derecho de PI.

En este sentido, el principal cuestionamiento en relación a la arbitrabilidad en materia de PI surge frente a la impugnación de la validez de los derechos de PI (47). La mayoría de los casos en materia de patentes, involucran el ejercicio de posibles acciones o excepciones de nulidad de la patente, de manera que el incentivo para arbitrar disminuye considerablemente cuando el arbitraje no ofrece una solución para enfrentar esta realidad (48). Las razones aquí se centran principalmente en la posible afectación del interés público atendida la participación estatal en la creación y/o reconocimiento de los derechos de PI.

El mismo desencuentro se produce en aquellos sistemas legales que consideran las cuestiones de validez como de jurisdicción estatal exclusiva. En este caso la atribución de jurisdicción exclusiva a entes estatales específicos pone, también, en discusión la arbitrabilidad de la materia.

Por su parte, el tratamiento dispar de estos aspectos en los diferentes sistemas legales junto con la falta de estudios que aborden en profundidad esta temática —más allá de un mero análisis

comparativo— constituyen uno de los aspectos claves, a mi juicio, en el bloqueo del uso del arbitraje como medio de resolución de conflictos en materia de PI.

La problemática es altamente compleja y las consecuencias de la falta de claridad en torno a la misma contribuyen a un escenario de incertidumbre y reticencia por parte de quienes se enfrentan ante la decisión de someter a arbitraje una disputa de PI. Por esta razón, el análisis en profundidad de este aspecto y su tratamiento en Chile, se abordará de manera separada más adelante.

B) La intervención de terceros y el efecto inter partes del laudo

Mientras para algunos el efecto *inter partes* del laudo —en cuanto vinculante únicamente respecto de las partes que han suscrito el convenio arbitral— se ha planteado como una desventaja, particularmente, en disputas de infracción de derechos de PI (49), para otros constituye, justamente, la razón para confirmar la arbitrabilidad de todas las controversias sobre PI incluidas la relativas a la validez (50) pues esta decisión no afectaría el registro ni tampoco alcanzaría a terceros.

El demandante en una disputa en materia de patentes, por ejemplo, puede ver una oportunidad en la declaración de validez por parte de la justicia estatal, en tanto que podría utilizar esa decisión como un precedente de mayor prestigio en la industria contra posibles infractores (51). La declaración de validez respecto de un infractor se considera tremendamente valiosa para el resguardo de los intereses del titular del derecho de PI, cuando se piensa en acciones futuras contra otros infractores. Para otros, esto mismo es un argumento a favor que justificaría la arbitrabilidad de la materia, toda vez que limitaría los alcances de una declaración de nulidad, en su caso, sin afectar la política pública involucrada en la concesión del derecho.

Del mismo modo, en la mayoría de las jurisdicciones, los tribunales arbitrales carecen del poder para ordenar la intervención de terceros en procedimientos de arbitraje en curso (52). Justamente, uno de los aspectos controvertidos en el arbitraje sobre PI es el de los sujetos que pueden quedar vinculados al mismo.

Precisamente, uno de los planteamientos asociados a la discusión de la inarbitrabilidad en materia de PI es el supuesto fracaso del arbitraje para permitir defender los intereses de terceros, especialmente comprometidos en asuntos de derecho de PI (53).

C) La cuestión de la confidencialidad del arbitraje

El efecto *inter partes* del laudo unido al tratamiento de la confidencialidad constituyen aspectos especialmente relevantes en materia de PI. Parece bastante obvio que la confidencialidad constituye una de las mayores ventajas del arbitraje.

Esta ventaja «estándar» del arbitraje puede ser de vital importancia en conflictos de PI que involucran secretos comerciales, pudiendo ofrecer una solución especialmente atractiva en estos casos. Pero el hecho de considerarla una cuestión de la naturaleza del arbitraje o inherente al mismo (54), tratándose de conflictos de PI, puede mermar o quebrantar la intención del demandante de enviar un mensaje a futuros infractores, lo cual podría ser percibido como una desventaja para algunos (55). Se entiende que en la medida que el arbitraje impida que la decisión se haga pública,

atendido su carácter confidencial, el laudo no podría ser utilizado como un elemento disuasorio de posibles infracciones de PI (56) .

Aunque estoy de acuerdo en que no puede afirmarse la confidencialidad como elemento implícito en todos los arbitrajes, y que parece conveniente profundizar respecto del tratamiento que debe darse a la confidencialidad en el arbitraje, el carácter privado y la confidencialidad que puede adoptarse respecto del procedimiento o del laudo, está lejos de poder considerarse, sin más, como una desventaja o un obstáculo. Sobre todo, existe un desafío en cuanto a la correcta configuración de la confidencialidad en el arbitraje, tanto por iniciativa de las partes, como por las legislaciones nacionales y las reglas de las instituciones arbitrales, pero, dudosamente, se podría considerar tan categóricamente como una desventaja.

D) La adopción y ejecución de medidas cautelares

En las controversias que involucran derechos de PI, el tiempo que transcurre entre el inicio del procedimiento y la resolución de la disputa puede poner en riesgo la efectividad de la resolución. Así, por ejemplo, cuando existe una infracción y el secreto comercial es revelado o un tercero hace uso del derecho de PI —sin derecho a usarlo— obtener la cesación inmediata del acto ilícito puede ser crucial para el éxito del juicio (57) . Esta situación es particularmente evidente cuando se trata de vulneraciones especialmente efímeras o transitorias que requieren de una intervención eficaz para preservar las pruebas (58) . Supuestos en los cuales las medidas cautelares constituyen la única vía para proteger sus derechos (59) o incluso podrían contribuir a alcanzar una transacción que ponga fin a la controversia.

Esta especial característica ha llevado a algunos a afirmar que el arbitraje se muestra más dificultoso en este sentido. Si bien la potestad de los árbitros para adoptar medidas cautelares es mayoritariamente reconocida (60) , tanto en las leyes de arbitraje (61) como en los reglamentos de las instituciones arbitrales, todavía subsisten algunos problemas prácticos en torno a su adopción y ejecución. Esto es notorio cuando son comparados con la tramitación de las medidas cautelares ante la justicia estatal. En el caso de Chile, a la fecha no se ha actualizado la LACI para incorporar las modificaciones hechas a la Ley Modelo en el año 2006, especialmente en materia de medidas cautelares, aspecto que se ha reconocido entre los operadores del arbitraje como una limitación.

Una de las desventajas planteadas se refiere a la efectividad de la concesión de medidas cautelares en el marco de un arbitraje (62) . Ello se ha observado principalmente en relación a la dificultad para la adopción rápida de una medida cautelar (63) .

Otro asunto que deviene importante en materia de PI es el de las medidas cautelares antes de la constitución del tribunal arbitral. La importancia de este aspecto no radica en el procedimiento mismo de la medida, sino en la especial importancia que tienen éstas en materia de PI. Desde un punto de vista práctico, en aquellos casos en que las medidas sean necesarias, antes de la constitución del tribunal arbitral, el tiempo que transcurre entre la constitución del tribunal arbitral y la concesión de la medida puede ser irreconciliable con algunas medidas urgentes (64) . Como es lógico, la potestad que se reconoce a los árbitros para decretar medidas cautelares está limitada al momento de su constitución como tal, en el caso en concreto. Afortunadamente, en la actualidad, la

mayoría de los sistemas legales y los reglamentos de las más importantes instituciones arbitrales proveen diversos medios para obtener estas medidas preliminares (65) . Algunas instituciones arbitrales han previsto para la adopción urgente de medidas cautelares un mecanismo especial, como es el procedimiento de emergencia previsto por la OMPI para estos efectos (66) . Fuera de estos casos, hay autores que derechamente recomiendan establecer expresamente en el convenio arbitral el reconocimiento de la jurisdicción del tribunal estatal para efectos del conocimiento de medidas antes de la constitución del tribunal arbitral (67) .

Lo anterior es sin perjuicio de la crítica formulada respecto del arbitraje en general, desde el punto de vista de la falta de potestad del árbitro para ejecutar la medida, reconocida exclusivamente a los tribunales de justicia (68) . Una tercera aproximación, sería argumentar en favor del reconocimiento al árbitro o tribunal arbitral de la potestad de ejecución de la medida concedida y prescribir la cooperación judicial para determinados supuestos expresamente desarrollados (69) .

E) La ausencia de un acuerdo arbitral previo al surgimiento de la disputa

Por añadidura, en ocasiones el conflicto sobre PI no surge en el marco de una relación contractual, identificándose la falta de acuerdo previo como un obstáculo al arbitraje, toda vez que, cuando la disputa ya ha surgido, las posibilidades de acordar resolver el asunto por medio de un método alternativo de resolución de conflictos se reducen (70) . El ejemplo más claro en la materia es el de las infracciones de un derecho de PI por parte de un sujeto que no tiene una relación contractual con el titular del derecho en cuestión (71) . No obstante, contrariamente a lo que se piensa por algunos, bien o mal, el arbitraje puede constituir un mecanismo interesante para un infractor que quiere limitar los efectos de la decisión a esa disputa en concreto.

En Chile, la situación se presenta particularmente desafiante por la falta de regulación específica sobre la arbitrabilidad en general y en particular en PI, razón por la cual, promover la discusión en torno a la misma se espera que contribuya a la delimitación de las materias arbitrables y a explorar en las justificaciones a sus restricciones

Si se piensa en un caso de infracción deliberada e intencional, el requisito del consentimiento de las partes para acudir a arbitraje se presenta como una limitación clave. Ello ha conducido a algunos a plantear la necesidad de considerar el arbitraje obligatorio en este tipo de casos (72) . Aunque descarto que el arbitraje obligatorio para todos los asuntos de PI constituya una solución adecuada, comparto la necesidad de una revisión en este sentido.

Es decir, en este caso el objeto es evaluar formas de sumisión a arbitraje en sectores o grupos o servicios que involucran o pueden, eventualmente, involucrar en sus transacciones derechos de PI (73) . Sugerente, también, es la propuesta de incluir la sumisión a arbitraje al momento de efectuar el registro de los derechos de PI (74) .

IV. EL ARBITRAJE EN MATERIA DE PI EN CHILE

Consciente de la eficacia del arbitraje como mecanismo de resolución de conflictos y las ventajas que representa, es conveniente revisar aquellos aspectos que pueden plantearse como un impedimento para el desarrollo del arbitraje en Chile. A mi juicio, uno de los elementos clave en este sentido es el tratamiento de la arbitrabilidad, ya que puede ser determinante en la decisión de acudir o no a la resolución de estos asuntos por medio de arbitraje.

Una de las primeras preguntas que surgen antes de acudir al arbitraje dice relación con la determinación del objeto de la controversia y la arbitrabilidad de la misma dentro de un sistema legal determinado. En Chile, la situación se presenta particularmente desafiante por la falta de regulación específica sobre la arbitrabilidad en general y en particular en PI, razón por la cual, promover la discusión en torno a la misma se espera que contribuya a la delimitación de las materias arbitrables y a explorar en las justificaciones a sus restricciones.

1. Breve referencia al tratamiento de la arbitrabilidad

En el ordenamiento jurídico chileno no existe una única norma de referencia en materia de arbitraje, pues el legislador ha optado por una regulación separada del arbitraje doméstico y del arbitraje internacional. El primero, se rige por las disposiciones contenidas en el Código Orgánico de Tribunales (en adelante, COT) y el Código de Procedimiento Civil (en adelante, CPC), mientras que el segundo, goza de una regulación específica en la Ley 19.971 sobre arbitraje comercial internacional, sin perjuicio del reconocimiento de la eficacia de los convenios internacionales ratificados por Chile.

Como consecuencia de lo anterior, parece acentuarse la separación entre ambos tipos de arbitraje. Esta separación se proyecta en el análisis del tratamiento de la arbitrabilidad, toda vez que es preciso distinguir entre las normas del COT, que señalan únicamente aquellas materias de arbitraje forzoso (75) y prohibido (76), y la normativa contenida en la LACI.

En ninguno de estos cuerpos normativos existe un criterio legal expreso que permita determinar con claridad cuáles materias deben entenderse arbitrables. Tampoco si existe un límite para excluir ciertas materias del arbitraje, fuera de los casos de arbitraje prohibido. Así, en la regulación del arbitraje doméstico, resulta imperativo la revisión del tratamiento de la arbitrabilidad, puesto que la distinción entre arbitraje forzoso, prohibido y voluntario está lejos de ser un tema pacífico (77).

Por su parte, la LACI, tampoco prevé una norma sobre arbitrabilidad. Esto, sin perjuicio de la interpretación particular de una parte de la doctrina especializada, que ha entendido que el tratamiento de la arbitrabilidad en el arbitraje comercial internacional difiere del prescrito respecto del arbitraje doméstico. Esto es así, en tanto que el legislador establece como ámbito de aplicación del arbitraje internacional las cuestiones o asuntos comerciales, interpretándose, entonces, que la ley 19.971 ha optado por el concepto de «comercialidad» como criterio delimitador de las materias arbitrables (78).

Ante la ausencia de un criterio general sobre arbitrabilidad, resulta complejo establecer un límite

claro para la determinación de las materias arbitrables en la actualidad. Por su parte, la fijación del ámbito de aplicación de la ley de arbitraje internacional, es decir el carácter comercial del objeto de la controversia, es insuficiente para efectos de determinar qué asuntos se consideran arbitrables en Chile, según se mostrará en los párrafos siguientes. Un ejemplo claro en este sentido es lo que ocurre respecto de aquellas controversias que involucran asuntos tradicionalmente excluidos del arbitraje por considerar una posible vulneración de normas imperativas o por la atribución de competencia exclusiva (79) y que hoy, en la mayoría de los ordenamientos jurídicos, se han reconocido como arbitrables. Este es el caso de las disputas sobre PI.

2. La arbitrabilidad en la Ley de Propiedad Industrial

Además de la ausencia de un criterio general sobre arbitrabilidad en la normativa que regula el arbitraje, hay que añadir la falta de una regulación específica en la ley sectorial sobre Propiedad Industrial (80) que se pronuncie sobre la posibilidad de someter estas controversias a arbitraje.

En Chile, no existe una norma que se refiera al arbitraje en materia de PI, ni menos que resuelva expresamente el tema de la arbitrabilidad de las disputas sobre PI. Pese a la reciente aprobación de la nueva ley sobre PI este aspecto no se ha modificado y las disposiciones que se analizarán se mantienen en vigor.

El procedimiento de solicitud (81), oposición y registro (82) de los títulos de PI se tramita ante un órgano especializado: el Instituto Nacional de Propiedad Industrial (en adelante, INAPI). Este órgano depende del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, según lo señala expresamente la Ley de PI. De este modo, es el Estado, por medio de un órgano público descentralizado (INAPI) el que concede y se encarga del registro de los derechos de PI en Chile.

En lo que concierne a los juicios de oposición, de nulidad de registro o de transferencia, así como los de caducidad y cualquier otra reclamación relativa a su validez o efectos, en virtud del art. 17 de Ley de PI, se tramitan ante el Director Nacional de INAPI. El Director resolverá en primera instancia de los asuntos entregados por ley para su conocimiento, desempeñando a estos efectos un rol de tribunal especial (83). En segunda instancia, el Tribunal de Propiedad Industrial (en adelante TDPI) posee jurisdicción para conocer y resolver los recursos de apelación que se interponen en contra de las resoluciones que tengan el carácter de definitivas o interlocutorias dictadas por el Director Nacional de INAPI.

El TDPI, según lo señala la ley expresamente, es un órgano jurisdiccional especial e independiente. Se trata de un tribunal administrativo especial (84), es decir, de aquellos competentes para conocer de las impugnaciones a la legalidad de un acto de la administración del Estado en ámbitos específicos (85).

Por su parte, la tutela jurisdiccional civil de los derechos de PI está regulada por el Título X de la Ley de PI, que incorpora un artículo dedicado especialmente a las acciones civiles que se pueden ejercer en caso de una infracción de un derecho de PI (86), y dispone que el procedimiento conforme al cual serán tramitadas estas acciones será el procedimiento sumario (87). En esta parte, la ley no

incorpora ninguna referencia especial respecto del tribunal competente para el juzgamiento de estos asuntos, por lo que rigen las normas generales en cuanto a la determinación del tribunal competente.

A partir de la interpretación de las normas referidas, la escasa literatura que se ha ocupado de este tema ha concluido que se podría someter a arbitraje las acciones que se derivan de la violación de un derecho de PI, a las que se refiere el art. 106 de la Ley de PI, en atención a la disponibilidad de estos derechos. En cambio, no serían susceptibles de arbitraje las disputas relativas a la validez de los derechos por la atribución de competencia exclusiva de los tribunales (88). Vásquez, señala en este sentido que, si bien la mayoría de las controversias que se suscitan en torno a esta materia son meramente obligacionales y, por tanto, perfectamente arbitrables, la autonomía de la voluntad se vería limitada por cuanto estos derechos otorgan un monopolio concedido por el Estado por medio de un procedimiento específico. En consecuencia, el procedimiento de registro, oposición y nulidad se entrega al conocimiento de tribunales administrativos especiales (89).

En mi opinión, es conveniente para mayor claridad hacer algunas distinciones en torno a los tipos de controversia que pueden surgir y también respecto de los argumentos que hay detrás de las supuestas restricciones a la arbitrabilidad. De esta manera será posible definir el escenario frente al cual se encuentran las partes que van a ejecutar un laudo extranjero en Chile y que recae sobre un derecho de PI.

A) Controversias que surgen con ocasión de un procedimiento de concesión del derecho de PI

Desde que el procedimiento de concesión o denegación del derecho está reservado al conocimiento de un órgano del Estado (INAPI), que ejerce la administración de la Propiedad Industrial, cualquier controversia en relación a este procedimiento no es susceptible de arbitraje. En este punto, existe consenso, no solo a nivel local, sino también a nivel internacional, en cuanto a que las controversias que surjan durante el procedimiento administrativo de concesión no pueden ser sometidas a arbitraje (90). No obstante, queda la duda con respecto a las controversias que puedan surgir, entre privados, tras la resolución de INAPI por la que concede el derecho (91).

B) Controversias que surgen con posterioridad a la concesión y registro del derecho de PI

Nuevamente convendría hacer una distinción entre las controversias contractuales y aquellas que dicen relación con la validez del derecho.

En relación a las disputas contractuales, aun cuando la ley no se pronuncia tampoco respecto de las disputas en torno a un contrato, no se observa ninguna limitación para someter a arbitraje las disputas que afecten a una patente o marca como derecho de propiedad. Entendiéndose que, en virtud de la legislación interna, los únicos límites a la arbitrabilidad vendrían dados por los casos de arbitraje prohibido. En tal sentido, al margen de esos casos, debería imperar la autonomía de la voluntad. Entonces, al tratarse de una materia disponible que no está expresamente prohibida no habría ningún impedimento para que las disputas contractuales sean resueltas por medio de arbitraje (92).

No existe la misma certeza respecto a las controversias que involucran un pronunciamiento sobre la

validez del derecho de PI, en concreto, en materia de patentes y marcas. Si bien, la literatura que existe al respecto en Chile considera que estas últimas serían inarbitrables, la tendencia a nivel global se inclina por reconocer la arbitrabilidad general de la materia, incluidas las cuestiones sobre validez, al menos, con efectos *inter partes*.

Ahora bien, en aquellos sistemas legales que han optado por limitar la arbitrabilidad de estas controversias, los argumentos detrás de estas exclusiones a la arbitrabilidad son principalmente dos: la atribución de competencia imperativa y el interés público comprometido. Si bien en Chile no existe ninguna norma que prohíba el arbitraje de controversias sobre validez del derecho, los dos argumentos mencionados podrían incidir de manera negativa en la arbitrabilidad de estas disputas. Con el objeto de profundizar en la justificación y razonabilidad de las premisas de tales argumentos, me referiré brevemente a algunos aspectos centrales de éstos que permitirán descartarlos como límites a la arbitrabilidad de estos asuntos.

En primer lugar, en cuanto al argumento de la indisponibilidad basada en la atribución de competencia imperativa o exclusiva a los tribunales de un Estado, o bien, a un órgano de la administración del Estado, es conveniente determinar si esta atribución de competencia constituye realmente una prohibición de recurrir a arbitraje o, por el contrario, si se trata simplemente de una repartición de competencias al interior del Estado. Es decir, habrá que determinar en cada caso qué hay detrás de la atribución de competencia imperativa, para recién poder determinar si puede constituir un límite a la arbitrabilidad.

En el caso concreto de Chile, en materia de PI se produce una diferencia entre el juzgamiento de los juicios de nulidad de registro o cualquier otra reclamación relativa a la validez del derecho de PI y el conocimiento de las acciones civiles que se derivan de la infracción de tales derechos. Esta dicotomía en la atribución de jurisdicción se explica puesto que, de conformidad con la Ley de PI, el juzgamiento de las acciones de nulidad del registro o reclamación de validez del derecho corresponde al Director de INAPI, en primera instancia, mientras que, las acciones civiles derivadas de la violación del derecho son atribuidas al conocimiento de los Juzgados Civiles (por aplicación de las reglas generales). Así, los Juzgados no tienen competencia para pronunciarse sobre la validez de estos derechos. Esta circunstancia ha motivado que alguna parte de la doctrina formule una objeción a la arbitrabilidad de las disputas sobre la validez de los derechos de PI, por tratarse de una materia de conocimiento imperativo de un órgano estatal, INAPI en primera instancia y del Tribunal de Propiedad Industrial en segunda instancia.

Aun cuando puede ser una cuestión controvertida, en mi opinión, la atribución de competencia en estos casos no pretende excluir o prohibir el arbitraje, sino que busca organizar el reparto del juzgamiento de estos asuntos entregando el conocimiento de estas disputas a un órgano administrativo especializado. Así se ha interpretado también en otros ordenamientos con situaciones similares, en los cuales es posible encontrarse con materias de competencia exclusiva de los Juzgados que pueden ser, a su vez, objeto de arbitraje (93). Una interpretación en contrario no sólo obstaculizaría el arbitraje en materia de PI, sino que además contrasta con las facultades de disposición reconocidas a los titulares de los derechos de PI en el art. 14 de la Ley de PI.

En este sentido, se entiende que las normas sobre atribución de competencia, generalmente, no determinan la arbitrabilidad de la materia (94), sino el ámbito de conocimiento de dichos Tribunales y el contenido de la competencia que se les entrega (95). En el caso de Chile, puede justificarse la atribución de competencia a INAPI en tanto órgano especializado en Propiedad Industrial. Por tanto, se trata simplemente de reglas de organización que no afectan el sometimiento de estas disputas a arbitraje, pues para declarar la inarbitrabilidad, la ley habrá de señalarlo expresamente por medio de una norma que contenga las materias o asuntos que deben ser excluidos del arbitraje o por medio del establecimiento de un límite claro a la arbitrabilidad de estas disputas, circunstancias que no concurren en el caso de estudio.

Consecuentemente, en mi opinión, las normas sobre competencia no impedirían que las partes sometan al conocimiento de un árbitro la resolución de las controversias que se susciten en materia de PI. E, incluso, en aquellos casos en que se trata de la atribución de una competencia exclusiva, debe entenderse que esta determinación de competencia lo es respecto de otros tribunales del país o de tribunales extranjeros, pero no respecto de la posible sumisión a arbitraje (96).

A menudo, detrás de estos argumentos que buscan justificar la inarbitrabilidad por atribución de competencia, se encuentra un argumento de interés público u orden público que no está claramente expresado. De ahí la importancia de determinar, si lo hay, cuál es el interés público comprometido para diferenciar los argumentos y justificaciones sobre las que se plantea la inarbitrabilidad.

El segundo argumento que se ha utilizado para justificar la inarbitrabilidad de las controversias sobre PI, y en particular, aquellas que dicen relación con la validez de los derechos de PI registrados, se refiere a una supuesta vulneración de la política pública o interés público del Estado. Son varias las premisas sobre las que se acostumbra a sostener la inarbitrabilidad de estas controversias, pero el punto principal se origina en la intervención de una autoridad pública en la concesión y creación del derecho para el solicitante (97). De este modo, se afirma que los particulares no pueden disponer de los derechos de PI, concretamente, los que digan relación con la validez de los derechos de PI, por medio de un procedimiento de resolución privado (98) puesto que se estaría afectando el poder del Estado de conceder monopolios o derechos exclusivos.

El problema detrás de estos argumentos es que éstos no pasan de ser vagas referencias a un interés público existente en la concesión de los derechos de PI, sin expresar cuáles son los aspectos públicos que, en concreto, se podrían ver afectados con la resolución por medio de arbitraje, y que obligarían a calificar de inarbitrables estas disputas (99). Es decir, convendría definir qué aspectos en concreto se podrían vulnerar y porqué estos no podrían ser debidamente ponderados por un árbitro en la resolución de una controversia.

La pregunta del porqué los árbitros no pueden asumir la tarea de revisión de aquellos asuntos que involucran un interés público ha conducido la discusión a cuestionamientos en donde abunda la confusión y los malos entendidos. A menudo, en este punto de la discusión, se confunde la inarbitrabilidad con algunas limitaciones del procedimiento arbitral o bien, con la desconfianza en la figura del árbitro para decidir sobre la aplicación de las normas imperativas y/o valores esenciales de la sociedad, conduciendo la discusión a un ámbito eminentemente abstracto. Tampoco hay que

confundir el interés público con las normas imperativas, porque hay materias que, incluso participando de este carácter, pueden ser objeto de libre disposición por las partes (100) . Asimismo, no hay justificación suficiente para sostener que un árbitro no pueda decidir sobre cómo se aplican esas normas imperativas y los valores esenciales de la sociedad (101) .

La existencia de un interés público involucrado en el sistema de creación y registro de los derechos de PI no es motivo suficiente para sostener la inarbitrabilidad de las controversias

Resulta forzoso, en este punto, cuestionar porqué un tribunal estatal estaría preparado para asegurar este interés particular y, en cambio, un árbitro no lo estaría. Es decir, preguntarse si acaso la existencia de una política pública debe constituir un límite a la arbitrabilidad de la materia *ex ante*.

Despejar las dudas y preguntas en torno a los planteamientos recién referidos contribuye a dar certeza y confianza en cuanto a la utilización del arbitraje por los operadores.

En mi opinión, la existencia de un interés público involucrado en el sistema de creación y registro de los derechos de PI no es motivo suficiente para sostener la inarbitrabilidad de las controversias, otra cosa distinta será la posibilidad de corrección posterior en caso de que en el arbitraje se vulnere ese interés público. No obstante, para ello resultará indispensable determinar el contenido del interés público sobre el cual se ha construido el sistema de PI en un Estado determinado, para identificar con claridad cuándo éste puede ser infringido.

Por tanto, en Chile, las controversias meramente contractuales se deben considerar arbitrables. En particular, la cuestión de la validez de un derecho de PI, una vez concedido y registrado el derecho, no estaría expresamente excluida del arbitraje.

V. REFLEXIONES FINALES

El avance observado en Chile en cuanto a la gestión de los procesos de concesión y registro de los derechos de PI pretende tener un impacto en el desarrollo económico del país. Pero para hacer realidad este potencial, es indispensable desarrollar un marco legal que haga eficaz la protección de esos derechos.

Obtener un servicio diferenciado, sensible al ámbito de la PI y a las áreas relacionadas en sus diferentes operaciones, constituye —en mi opinión— un elemento indispensable para avanzar en el desarrollo de la PI a nivel regional. Ante este escenario el arbitraje se presenta como una herramienta idónea para la protección eficaz de estos derechos.

Demostrativo de lo anterior son las importantes ventajas comparativas que ofrece el arbitraje sobre las que se ha querido profundizar.

Sin embargo, en la práctica, pese al crecimiento observado en las instituciones arbitrales a nivel internacional, parece continuar la vacilación por acudir a arbitraje según se evidencia en el escaso número de arbitrajes administrados en Chile en el área. Las razones para ello pueden ser variadas, desde cuestiones culturales hasta decisiones de política legislativa, pero merece especial atención el estudio de la arbitrabilidad por tratarse de un aspecto especialmente sensible en el área.

En concreto, en Chile, la falta de claridad en cuanto a la arbitrabilidad de las controversias sobre PI es un elemento que impide el desarrollo del arbitraje. Por ello, la interpretación aquí propuesta, sobre la arbitrabilidad de estas controversias, es una invitación a continuar la discusión y a contribuir a la promoción del arbitraje en el área.

BIBLIOGRAFÍA

- ADAMO, K., «Overview of International Arbitration in the Intellectual Property Context», en *The Global Business Law Review*, vol. 2, 2011, pp. 7-28.
- ANDERSON, A. y YOUNG, C., «Why arbitration is a valid alternative», en *Managing Intellectual Property*, nº 170, 2007, pp. 27-30.
- AZOULAY, P., DING, W. y STUART, T., «The determinants of faculty patenting behavior: Demographics or opportunities?», en *Journal of Economic Behavior & Organization*, vol. 63, 2007, pp. 599-623.
- BERMANN, G., «Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: The Interpretation and Application of the New York Convention by National Courts», en G. Bermann (ed.), *Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards. The Interpretation and Application of the New York Convention by National Courts*, Springer, Cham, 2017, pp. 1-78.
- BOUZA VIDAL, N., «La arbitrabilidad de los litigios en la encrucijada de la competencia judicial internacional y de la competencia arbitral», *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 52, nº2, 2000, pp. 371-394.
- CARBONI, A., et al., «Chapter 1: Mediation as a Resolution Method in IP Disputes», en S. Bonne; T. Margellos; et al (eds.), *Mediation: Creating Value in International Intellectual Property Disputes*, Wolters Kluwer Legal & Regulatory, U.S .A, 2018, pp. 1-172.
- CELLI, A. y BENZ, N., «Arbitration and Intellectual Property», en *European Business Organization Law Review*, vol. 3, 2002, pp. 593-610.
- CHROCZIEL, P., KASOŁOWSKY, B., Whitener, PRINZ ZU WALDECK, R. y PYRMONT, W. , *International Arbitration of Intellectual Property Disputes. A Practitioner's Guide*, Beck, München, 2017.
- COOK, T. y GARCÍA, A., *International Intellectual Property Arbitration*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2010.

- COSTA CORDELLA, E., «Los Tribunales Administrativos especiales en Chile», en *Revista de Derecho*, vol. XXVII, nº1, 2014, pp. 151-167.
- DE ALFONSO OLIVÉ, J., «Arbitraje sobre contratos y elementos de competencia desleal y propiedad industrial», en *Anuario de Justicia Alternativa*, n.º 8, 2007, pp. 61-70.
- DE WERRA, J., «Global Policies for Arbitrating Intellectual Property Disputes», en J. De Werra, *Research Handbook on Intellectual Property Licensing*, Edward Elgar, Cheltenham, 2013, pp. 353-377.
- FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., «Trayectoria y contornos del mito de la confidencialidad en el arbitraje comercial», en *Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, vol. II, n.º 2, 2009, pp. 335-378.
- FERRADA, J.C., «Los Tribunales que ejercen la justicia administrativa en el derecho chileno», en Arancibia Mattar y otros (coord.), *Litigación Pública*, Santiago, Thomson Reuters, 2011.
- FOX, D. y WEINSTEIN, R., «Arbitration and Intellectual Property Disputes», http://www.micronomics.com/articles/Arbitration_and_Intellectual_Property_Disputes.
- GANDÍA SELLENS, A., *El arbitraje frente a los litigios internacionales en materia de propiedad intelectual: la arbitrabilidad y la adopción de medidas cautelares*, 1ª ed., Cizur Menor, Aranzadi, 2014.
- GIL SEATON, A., «Consideraciones sobre el deber de confidencialidad en el arbitraje: Un estudio comparado entre España y los Estados Unidos de América», en *Anuario de Justicia Alternativa*, n.º 14, 2017, pp. 11-37.
- GIL SEATON, A., «La arbitrabilidad de los derechos de patente en España», L. Bujoza Vadell (dir.) *Derecho procesal: retos y transformaciones*, Barcelona, Atelier, 2021, pp. 595-612.
- GIL SEATON, A., *Arbitraje y Propiedad Industrial*, Wolters Kluwer, Madrid, 2020.
- GRANTHAM, W., «The Arbitrability of International Intellectual Property Disputes», en *Berkeley Journal of International Law*, vol. 14, 1996, pp. 173-221.
- HALKET, T. (ed.), *Arbitration of International Intellectual Property Disputes*, Nueva York, Juris, 2012.
- ÍÑIGUEZ, P., «Solución arbitral como resolución extrajudicial de conflictos en el Derecho de Marcas», en *Práctica de Tribunales: revista de derecho procesal civil y mercantil*, n.º 33, 2006, pp. 24-39.
- JEQUIER LEHUEDE, E., «El arbitraje forzoso en Chile (Un examen de constitucionalidad en el Ordenamiento Jurídico Chileno)», en *Estudios Constitucionales*, n.º 9, 2011.
- KASTER, L., «Confidentiality in U.S. arbitration», en *NYSBA New York Dispute Resolution Lawyer*, vol. 5, n.º 1, 2012, pp. 23-27.
- KIGNSTON, W., «The case for compulsory arbitration — Empirical evidence», en *European Intellectual Property Review*, n.º 154, 2000, pp. 375-390.

- KILB, K., «Arbitration of Patent Disputes: An Important Option in the Age of Information Technology», en *Fordham Intellectual Property, Media and Entertainment Law Journal*, vol. 4, nº2, 1993, pp. 599-625.
- KLEINHEISTERKAMP, J., *International Commercial Arbitration in Latin America*, Nueva York, Oceana Publications, 2005.
- LAMB, S. y GARCÍA, A., «Arbitraje de disputas sobre derechos de propiedad industrial e intelectual», en *Revista del Club Español de Arbitraje*, nº 2, 2008, pp. 105-114.
- LAMB, S. y GARCÍA, A., «Arbitration of Technology & Intellectual Property Disputes», en *Asian Dispute Review*, vol. 10, n.º 2, 2008, pp. 49-53.
- LEE, T., «International Arbitration of Patent Claims», en *Rovine, Arthur (ed.), Contemporary Issues in International Arbitration and Mediation: The Fordham Papers 2015*, Leiden, Brill, 2017, pp. 214-225.
- LÓPEZ-TARRUELLA, A., *Litigios Transfronterizos sobre derechos de Propiedad Industrial e Intelectual*, Madrid, Dykinson, 2008.
- MALLANDRICH MIRET, N., *Medidas Cautelares y Arbitraje*, Barcelona, Atelier, 2010.
- MARTIN, J., «Arbitrating in the Alps rather than litigating in Los Angeles: The advantages of international intellectual property-specific alternative dispute resolution», en *Stanford Law Review*, vol. 49, 1997, pp. 917-970.
- MORILLAS, M., «Resolución arbitral de controversias en materia de marcas», en *La Ley*, n.º 8441, 2010, citado desde su versión electrónica.
- MULLERAT BALMAÑA, R., «El tiempo y el coste del arbitraje: cómo mantener el estereotipo», en *La Notaría*, nº 4, 2011, pp. 79-93.
- NADAL, S. y GONZÁLEZ SILVA, Y., «El arbitraje en la nueva Ley de Marcas», en *Anuario de Justicia Alternativa*, nº 3, 2002, pp. 201-212.
- OLIVENCIA RUIZ, M., *Materias Objeto de arbitraje*, en J. González Soria, *Comentarios a la nueva Ley de Arbitraje: Ley 60/2003, de 23 de diciembre*, 2ª ed., Cizur Menor, Aranzadi Thomson Reuters, 2011, pp. 57-63.
- OSTERGARD, R., «Economic growth and Intellectual Property rights protection. A reassessment of the conventional wisdom», en D. Gervais (ed.), *Intellectual Property, Trade and Development. Strategies to optimize economic development in a TRIPS-Plus Era*, 2ª ed., Oxford University Press, 2014, pp. 3-40.
- OTTOLIA, A., *The public interest an intellectual property models*, Turín, Giappichelle, 2010.

- PARADISE, G., «Arbitration of Patent infringement disputes: encouraging the use of arbitration through evidence rules reform», en *Fordham Law Review*, vol. 64, 1995, pp. 247-279.
- PAULSSON, J., *The idea of arbitration*, Nueva York, Oxford University Press, 2013.
- PICÓ I JUNOY, J. y VÁSQUEZ ALBERT, D., «La revitalización del arbitraje societario», en D. Vázquez Albert y F. Tusquets Trías de Bes (dir.), *El arbitraje: nueva regulación y práctica arbitral*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, pp. 85-119.
- RAMOS MÉNDEZ, F., *El sistema procesal español*, 10ª ed., Barcelona, Atelier, 2016 .
- RAMOS ROMEU, F., «Favorecer el arbitraje en conflictos de propiedad industrial», en R. Morral Soldevila (dir.), *Problemas Actuales de Derecho de la Propiedad industrial. III Jornada de Barcelona de Derechos de la Propiedad Industrial*, Cizur Menor , Civitas, 2013, pp. pp. 177-219.
- REDFERN, A. y HUNTER, M., *Law and Practice of International Commercial Arbitration* , 3ª ed., Londres, Sweet & Maxwell, 1999.
- ROSENTHAL, D., «IP and IT Arbitration in Switzerland», en M. Arroyo (ed.), *Arbitration in Switzerland: The Practitioner's Guide*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2013, pp. 1111-1178.
- RUBINO-SAMMARTANO, M., *International Arbitration: Law and Practice*, 3ª ed., Nueva York, Jurisnet, 2014, pp. 613-627.
- SCHÄFER, E., «The use of arbitration and mediation for protecting Intellectual Property rights: A German Perspective», en *Trademark Reporter*, vol. 94, nº 3, 2004, pp. 695-723.
- SCHIMMEL, D. y KAPOOR, I., «Resolving International Intellectual Property Disputes in Arbitration», en *Intellectual Property & Technology Law Journal*, February vol. 21, nº2 , 2009, pp. 1-6.
- SEIGEL, L., «Arbitration and Intellectual Property: A survey of arbitration in Patent, Trademark and Copyright cases», en *Albany Law Review*, vol. 48, 1984, pp. 797-820.
- SHAPIRO, B., «Trademark arbitration: A First Rate Change for a Second Life Future», en *Chicago-Kent Journal of Intellectual Property*, vol. 8, nº 2, 2009, pp. 273-296.
- SMITH, M.A., COUSTÉ, M., HIELD, T. *et al.*, «Arbitration of Patent Infringement and Validity Issues Worldwide», en *Harvard Journal of Law & Technology*, vol. 19, nº 2, 2006, pp. 299-356.
- VÁSQUEZ PALMA, M.F., «La arbitrabilidad objetiva: Aspectos históricos, modernas tendencias en Derecho comparado y ubicación en el escenario legislativo chileno», en *Revista Ius et Praxis*, nº12, 2006.
- VÁSQUEZ PALMA, M.F., *Arbitraje en Chile: análisis crítico de su normativa y jurisprudencia*, 2ª ed. Santiago, Legal Publishing,, 2011.

VÁSQUEZ PALMA, M.F., *Tratado de arbitraje en Chile: arbitraje interno e internacional*, 1ª edición, Santiago, Thomson Reuters, 2018.

VÉRON, P., «Arbitration of Intellectual Property Disputes in France», en *International Business Lawyer*, n.º 23, 1995, pp. 132-134.

Virgos, M. y GARCIMARTÍN, F., *Derecho procesal Civil Internacional. Litigación Internacional*, 2ª edición, Cizur Menor, Civitas, 2007.

.....

(1) De conformidad a lo establecido en el artículo 1º Decreto con Fuerza de Ley N° 3, de 20/06/2006, que fijó el Texto Refundido de la Ley 19.039, Ley de Propiedad Industrial en Chile, los derechos de PI comprenden las marcas, las patentes de invención, los modelos de utilidad, los dibujos y diseños industriales.

[Ver Texto](#)

(2) OMPI, World Intellectual Property Indicators 2020.

[Ver Texto](#)

(3) Un estudio más detallado de la evolución de la PI por las principales oficinas de patentes y marcas nivel mundial puede consultarse, A. Gil Seaton, *Arbitraje y Propiedad Industrial*, Madrid, Wolters Kluwer, 2020, pp. 23-34.

[Ver Texto](#)

(4) A. Ottolia, *The public interest an intellectual property models*, Turín, Giappichelle Torino, 2010, p. 18. F. Llagas Gelo, *La patente en la Unión Europea: protección de la actividad inventiva, desarrollo económico y mercado único*, Tesis doctoral, Córdoba, Universidad de Córdoba, 2012. Inédita, p. 16.

[Ver Texto](#)

(5) P. Azoulay, W. Ding, y T. Stuart, «The determinants of faculty patenting behavior: Demographics or opportunities?», en *Journal of Economic Behavior & Organization*, vol. 63, 2007, pp. 599-601.

[Ver Texto](#)

(6) ICC Commission on International Arbitration, «Final Report on Intellectual Property Disputes and Arbitration», en *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, vol. 9, nº1, 1998, p. 39.

[Ver Texto](#)

(7) En sentido contrario, Ostergard, quien cuestiona en parte la relación entre la PI y el crecimiento económico, por medio de un estudio empírico. R. Ostergard, «Economic growth and Intellectual

Property rights protection. A reassessment of the conventional wisdom», en D. Gervais (ed.), *Intellectual Property, Trade and Development. Strategies to optimize economic development in a TRIPS-Plus Era*, 2ª ed., Oxford University Press, 2014, pp. 3-40.

[Ver Texto](#)

(8) Ministerio de Economía, Fomento y Turismo, Instituto Nacional de Propiedad Industrial, «Balance de Gestión integral año 2018».

[Ver Texto](#)

(9) Ministerio de Economía, Fomento y Turismo, Instituto Nacional de Propiedad Industrial, «Balance de Gestión integral año 2018».

[Ver Texto](#)

(10) En virtud del artículo transitorio octavo, esta ley empezará a regir el día en que se publique el reglamento de la ley.

[Ver Texto](#)

(11) El análisis efectuado se ha realizado con la información publicada en INAPI en el sitio web de la institución. En concreto, el dato de número de solicitudes de patentes del año 2014 se estimó a partir de conocer la tasa de crecimiento experimentada el 2015.

[Ver Texto](#)

(12) Ministerio de Economía, Fomento y Turismo, Instituto Nacional de Propiedad Industrial, «Balance de Gestión integral año 2010».

[Ver Texto](#)

(13) El análisis efectuado se ha realizado con la información publicada en INAPI en el sitio web de la institución.

[Ver Texto](#)

(14) Entre quienes afirman la creciente utilización del arbitraje: S. Lamb y A. García, «Arbitraje de disputas sobre derechos de propiedad industrial e intelectual», en *Revista del Club Español de Arbitraje*, n.º 2, 2008, pp. 105-106; A. Gandía Sellens, *El arbitraje frente a los litigios internacionales en materia de propiedad intelectual: la arbitrabilidad y la adopción de medidas cautelares*, 1ª ed., Cizir Menor, Aranzadi, 2014, p. 21; A. Anderson y C. Young, «Why arbitration is a valid alternative», en *Managing Intellectual Property*, n.º 170, 2007, p. 27; J. De Werra, «Global Policies for Arbitrating Intellectual Property Disputes», en J. De Werra, *Research Handbook on Intellectual Property Licensing*, Edward Elgar, Cheltenham, 2013, p. 24; L. Seigel, «Arbitration and Intellectual Property: A survey of arbitration in Patent, Trademark and Copyright cases», en *Albany Law Review*, vol. 48, 1984, p. 797. Debe advertirse que estas afirmaciones no en todos los casos han ido acompañadas de un análisis fáctico que permita demostrar la evolución en el número de casos.

[Ver Texto](#)

(15) OMPI. *WIPO Caseload Summary*.

[Ver Texto](#)

(16) OMPI Información aportada por la propia institución.

[Ver Texto](#)

(17) Puede consultarse en este sentido los siguientes laudos arbitrales: CAM Santiago Rol 943, de 12.08.2009; CAM Santiago Rol 529, de 27.01.2006; CAM Santiago Rol 404, de 02.09.2004.

[Ver Texto](#)

(18) Respecto a las ventajas del arbitraje de los asuntos de PI, me remito a algunos de los que en mayor o menor medida las han desarrollado. K. Adamo, «Overview of International Arbitration in the Intellectual Property Context», en *The Global Business Law Review*, vol. 2, 2011, p. 13; A. Celli y N. Benz, «Arbitration and Intellectual Property», en *European Business Organization Law Review*, vol. 3, 2002, pp. 596 y ss.; G. Paradise, «Arbitration of Patent infringement disputes: encouraging the use of arbitration through evidence rules reform», en *Fordham Law Review*, vol. 64, 1995, pp. 261-265; F. Ramos Romeu, «Favorecer el arbitraje en conflictos de propiedad industrial», en R. Morral Soldevila (dir.), *Problemas Actuales de Derecho de la Propiedad industrial. III Jornada de Barcelona de Derechos de la Propiedad Industrial*, Civitas, Navarra, 2013, pp. 194-196; S. Lamb y A. García, «Arbitraje de disputas sobre derechos de propiedad industrial e intelectual», en *Revista del Club Español de Arbitraje*, n.º 2, 2008, p. 108; A. Gandía Sellens, *El arbitraje frente a los litigios internacionales en materia de propiedad intelectual: la arbitrabilidad y la adopción de medidas cautelares*, Cizur Menor, Aranzadi, 2014, pp. 34-36; D. Rosenthal, «IP and IT Arbitration in Switzerland», en M. Arroyo (ed.), *Arbitration in Switzerland: The Practitioner's Guide*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2013, pp. 1124-1132; T. Cook y A. García, *International Intellectual Property Arbitration*, Kluwer Law International, 2010, pp.23-48; P. Chrocziel; B. Kasolowsky; R. Whitener; Prinz zu Waldeck y W. Pymont, *International Arbitration of Intellectual Property Disputes. A Practitioner's Guide*, Múnich, Beck, 2017, pp. 1-3; M. Morillas, «Resolución arbitral de controversias en materia de marcas», en *La Ley*, n.º 8441, 2010, pp. 4-5; P. Íñiguez, «Solución arbitral como resolución extrajudicial de conflictos en el Derecho de Marcas», en *Práctica de Tribunales: revista de derecho procesal civil y mercantil*, n.º 33, 2006, pp. 25-26; S. Nadal y Y. González Silva, «El arbitraje en la nueva Ley de Marcas», en *Anuario de Justicia Alternativa*, nº 3, 2002, pp. 207-208.

[Ver Texto](#)

(19) T. Halket (ed.), *Arbitration of International Intellectual Property Disputes*, Nueva York, Juris, 2012, p. 11.

[Ver Texto](#)

(20) J. Martin, «Arbitrating in the Alps rather than litigating in Los Angeles: The advantages of international intellectual property-specific alternative dispute resolution», en *Stanford Law Review*, vol. 49, 1997, p. 935.

[Ver Texto](#)

(21) Halket, *op. cit.*, p. 13. En el mismo sentido, con una especial crítica sobre la ineficiencia, en términos de costos y tiempo en la litigación ante las Corte Federales norteamericanas: G. Paradise, *op. cit.*, pp. 251-254; K. Kilb, «Arbitration of Patent Disputes: An Important Option in the Age of Information Technology», en *Fordham Intellectual Property, Media and Entertainment Law Journal*, vol. 4, nº2, 1993, p. 610; L. Seigel, *op. cit.*, p. 819.

[Ver Texto](#)

(22) Halket, *op. cit.*, p. 13.

[Ver Texto](#)

(23) Referencia disponible para el año 2020 en la página web del Poder Judicial en Chile.

[Ver Texto](#)

(24) F. Ramos Romeu, *op. cit.*, pp.194-195.

[Ver Texto](#)

(25) Para un análisis comparativo de los costos de los procedimientos judiciales en materia de propiedad industrial, ver: A. Anderson y C. Young, *op. cit.*, p. 27.

[Ver Texto](#)

(26) A. López-Tarruella, *Litigios Transfronterizos sobre derechos de Propiedad Industrial e Intelectual*, Madrid, Dykinson, 2008, p. 25.

[Ver Texto](#)

(27) A. Carboni, et al., «Chapter 1: Mediation as a Resolution Method in IP Disputes», en S. Bonne; T. Margellos; et al (eds.), *Mediation: Creating Value in International Intellectual Property Disputes*, Wolters Kluwer Legal & Regulatory, U.S.A, 2018, p. 13.

[Ver Texto](#)

(28) Centro de Arbitraje y Mediación de la OMPI, «Guía de la OMPI sobre solución extrajudicial de controversias para Oficinas de Propiedad Intelectual y tribunales judiciales», disponible electrónicamente en el sitio web de la institución.

[Ver Texto](#)

(29) J. Martin, *op. cit.*, p. 928.

[Ver Texto](#)

(30) Queen Mary University of London, «2018 International Arbitration Survey: The Evolution of International Arbitration», p. 8.

[Ver Texto](#)

(31) Un ejemplo ilustrativo en este sentido lo constituye uno de los casos administrado por el Centro de Arbitraje de WIPO en materia de infracción de una patente, en el cual las partes después de litigar en varias jurisdicciones decidieron acudir a arbitraje y obtuvieron el laudo emitido por 3 árbitros en 5 meses.

[Ver Texto](#)

(32) B. Shapiro, «Trademark arbitration: A First Rate Change for a Second Life Future», en *Chicago-Kent Journal of Intellectual Property*, vol. 8, nº 2, 2009, p. 287.

[Ver Texto](#)

(33) Véase a modo de ejemplo los reglamentos arbitrales de las siguientes instituciones arbitrales: CCI, LCIA, AAA, OMPI.

[Ver Texto](#)

(34) R. Mullerat destaca: «The project International commercial arbitration practices: A discourse analytical study de la City University of Hong Kong; Protocols for expeditious, cost-effective commercial arbitration: Key action steps for business users, counsel, arbitrators and arbitration provider institutions del College of Commercial Arbitrators; la encuesta International arbitration: Corporate attitudes and practices de 2006 elaborada en conjunto por PricewaterhouseCoopers y la University of London, Queen Mary; y, Guidelines for information exchanges in international arbitration, de mayo de 2008 del International Center For Dispute Resolution». R. Mullerat Balmaña, «El tiempo y el coste del arbitraje: cómo mantener el estereotipo», en *La Notaría*, nº 4, 2011, p. 81. CCI, «Effective Management of Arbitration: A Guide for In-House Counsel and Other Party Representatives»

[Ver Texto](#)

(35) Para una referencia general sobre la confidencialidad y su tratamiento en el arbitraje internacional, véase: M. Rubino-Sammartano, *International Arbitration: Law and Practice*, 3ª ed., Nueva York, Jurisnet, 2014, pp. 613-627.

[Ver Texto](#)

(36) L. Kaster, «Confidentiality in U.S. arbitration», en *NYSBA New York Dispute Resolution Lawyer*, vol. 5, nº 1, 2012, p. 23.

[Ver Texto](#)

(37) Para un concepto de privacidad *vid.* J.C. Fernández Rozas, «Trayectoria y contornos del mito de la confidencialidad en el arbitraje comercial», en *Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, vol. II, nº 2, 2009, p. 338.

[Ver Texto](#)

(38) T. Halket, *op. cit.*, p. 273.

[Ver Texto](#)

(39) A. Gil Seaton, «Consideraciones sobre el deber de confidencialidad en el arbitraje: Un estudio comparado entre España y los Estados Unidos de América», en *Anuario de Justicia Alternativa*, nº14, 2017, p. 18.

[Ver Texto](#)

(40) Chrocziel, *et al, op. cit.*, pp. 55 y ss.

[Ver Texto](#)

(41) F. Ramos Méndez, *El sistema procesal español*, 10ª ed., Barcelona, Atelier, 2016, p.35.

[Ver Texto](#)

(42) Chrocziel *et al, op. cit.*, p. 65.

[Ver Texto](#)

(43) T. Halket, ofrece algunos ejemplos: «(...) where disclosure of arguable trade secrets is imminent», pero también respecto de simples contratos de PI «(...) where parties are unsure about their respective rights to the IP in question or the amount of applicable royalty or whether a license exists or is required to be granted». T. Halket, *op. cit.*, p. 43.

[Ver Texto](#)

(44) J. Martin, habla derechamente de una mayor calidad del enjuiciamiento, atendida la experticia y especialización de los árbitros. J. Martin, *op. cit.*, pp. 932-934.

[Ver Texto](#)

(45) J. Bridgeman, «Choice of Arbitrator», en Halket, Thomas (ed.) *Arbitration of international Intellectual Property Disputes*, Juris, Nueva York, 2012, pp. 241 y ss.

[Ver Texto](#)

(46) Sobre las bases para el no reconocimiento y ejecución del laudo bajo la Convención de Nueva York ver: G. Bermann, «Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: The Interpretation and Application of the New York Convention by National Courts», en G. Bermann (ed.), *Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards. The Interpretation and Application of the New York Convention by National Courts*, Cham, Springer, 2017, pp. 40-64.

[Ver Texto](#)

(47) Refiriéndose a las limitaciones del arbitraje en materia de validez de los derechos de PI: S. Lamb y A. García, «Arbitration of Technology & Intellectual Property Disputes», en *Asian Dispute Review*, vol. 10, n.º 2, 2008, p. 51; E. Schäfer, «The use of arbitration and mediation for protecting Intellectual Property

rights: A German Perspective», en *Trademark Reporter*, vol. 94, nº 3, 2004, p. 709 y 723; D. Schimmel y I. Kapoor, «Resolving International Intellectual Property Disputes in Arbitration», en *Intellectual Property & Technology Law Journal*, February vol. 21, nº2, 2009, p. 2; T. Cook y A. García, *op. cit.*, pp. 34 y ss.; P. Véron, «Arbitration of Intellectual Property Disputes in France», en *International Business Lawyer*, n.º 23, 1995, p. 134; J. De Alfonso Olivé, «Arbitraje sobre contratos y elementos de competencia desleal y propiedad industrial», en *Anuario de Justicia Alternativa*, n.º 8, 2007, pp. 61-70.

Ver Texto

(48) T. Lee, «International Arbitration of Patent Claims», en *Rovine, Arthur (ed.), Contemporary Issues in International Arbitration and Mediation: The Fordham Papers 2015*, Leiden, Brill, 2017, p. 218.

Ver Texto

(49) D. Fox y R. Weinstein, «Arbitration and Intellectual Property Disputes», disponible electrónicamente en: http://www.micronomics.com/articles/Arbitration_and_Intellectual_Property_Disputes.

Ver Texto

(50) T. Cook y A. García, *op. cit.*, p. 35.

Ver Texto

(51) D. Fox y R. Weinstein, *op. cit.*

Ver Texto

(52) T. Cook y A. García, *op. cit.*, p. 35.

Ver Texto

(53) En mi opinión, esta limitación puede ser superada recurriendo a las herramientas procesales disponibles para permitir la intervención de terceros en el procedimiento arbitral. Un aspecto diferente dice relación con los efectos de cosa juzgada del laudo. Cuestiones que me limito a mencionar pues han sido desarrollados separadamente, véase: A. Gil Seaton, *Arbitraje y ...*, *op. cit.*

Ver Texto

(54) Una discusión crítica de la confidencialidad como atributo inherente del arbitraje se encuentra en: A. Gil Seaton, «Consideraciones sobre el deber de...», *op. cit.*

Ver Texto

(55) K. Adamo, *op. cit.*, p. 14.

Ver Texto

(56) B. Shapiro, *op. cit.*, p. 294.

Ver Texto

(57) T. Halket, *op. cit.*, p. 480.

[Ver Texto](#)

(58) A. Gandía Sellens, *El arbitraje frente...*, *op. cit.*, p. 132.

[Ver Texto](#)

(59) T. Cook y A. García, *op. cit.*, p. 223.

[Ver Texto](#)

(60) Sobre la configuración de la competencia para adoptar medidas cautelares *vid.*: N. Mallandrich Miret, *Medidas Cautelares y Arbitraje*, Barcelona, Atelier, 2010, pp. 158-160.

[Ver Texto](#)

(61) La Ley de arbitraje comercial internacional en Chile (en adelante LACI) no es la excepción, en su artículo 17 reconoce expresamente esta potestad a los árbitros. Y reconoce, también, que esta facultad no es incompatible con la posibilidad de solicitud y concesión de una medida cautelar por los tribunales estatales (art. 9).

[Ver Texto](#)

(62) F. Ramos Romeu, *op. cit.*, p. 212.

[Ver Texto](#)

(63) K. Adamo, *op. cit.*, p. 14.

[Ver Texto](#)

(64) Schäfer, «The use of...», *op. cit.*, p. 709.

[Ver Texto](#)

(65) Para un estudio detallado del tratamiento de este aspecto en los diferentes sistemas legales y las diferentes instituciones arbitrales, ver: T. Halket, *op. cit.*, pp. 481 y ss.

[Ver Texto](#)

(66) Art. 49 Reglamento de Arbitraje de la OMPI.

[Ver Texto](#)

(67) T. Halket, *op. cit.*, p. 170.

[Ver Texto](#)

- (68) En el caso español, la LA en su Exposición de Motivos (n.º V) lo señala expresamente: «(...) los árbitros carecen de potestad ejecutiva, por lo que para la ejecución de las medidas cautelares será necesario recurrir a la autoridad judicial, en los mismos términos que si de un laudo sobre el fondo se tratara».
- Ver Texto
- (69) J. Picó i Junoy y A. Vázquez, desarrollan esta idea a propósito del arbitraje societario. J. Picó i Junoy y A. Vázquez, «La revitalización del arbitraje societario», en A. Vázquez y F. Tusquets Trías de Bes (dir.), *El arbitraje: nueva regulación y práctica arbitral*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, p. 104.
- Ver Texto
- (70) D. Schimmel y I. Kapoor, *op. cit.*, p.1.
- Ver Texto
- (71) F. Ramos Romeu, *op. cit.*, p. 207.
- Ver Texto
- (72) W. Kignston, «*The case for compulsory arbitration — Empirical evidence*», en *European Intellectual Property Review*, n° 154, 2000, pp. 383 y ss.
- Ver Texto
- (73) F. Ramos Romeu, *op. cit.*, p. 208. El autor destaca la inclusión de estas cláusulas de sumisión a arbitraje como una forma de favorecimiento del arbitraje.
- Ver Texto
- (74)
F. Ramos Romeu, *op. cit.*, p. 209, propone, también, el estudio de esta fórmula.
- Ver Texto
- (75)
Art. 227 COT.
- Ver Texto
- (76) Arts. 229 y 230 COT.
- Ver Texto
- (77) Un estudio detallado en este sentido en M.ª F. Vázquez Palma, *Tratado de arbitraje en Chile: arbitraje interno e internacional*, Santiago, Thomson Reuters, 2018, pp. 461 ss. Sobre el arbitraje forzoso, E. Jequier Lehuédé, «El arbitraje forzoso en Chile (un examen de constitucionalidad en el Ordenamiento Jurídico Chileno)», en *Estudios Constitucionales*, n.º 9, 2011, pp. 453-498.
- Ver Texto

- (78) M.^a F. Vásquez Palma, «La arbitrabilidad objetiva: Aspectos históricos, modernas tendencias en derecho comparado y ubicación en el escenario legislativo chileno», en *Revista Ius et Praxis*, n°12, 2006, pp. 203-204.
- [Ver Texto](#)
- (79) Argumentos que considero no determinan la arbitrabilidad o inarbitrabilidad de la controversia, pero que, a menudo, se plantean como límites a la arbitrabilidad de determinadas controversias.
- [Ver Texto](#)
- (80) Ley N.º 19.039 de Propiedad Industrial, modificada por la nueva Ley N.º 21.355.
- [Ver Texto](#)
- (81) Art. 3 del Decreto con Fuerza de Ley N° 3, de 20/06/2006, que fijó el Texto Refundido de la Ley 19.039, Ley de Propiedad Industrial.
- [Ver Texto](#)
- (82) Art. 3 del Decreto con Fuerza de Ley N° 3, de 20/06/2006, que fijó el Texto Refundido de la Ley 19.039, Ley de Propiedad Industrial.
- [Ver Texto](#)
- (83) Instituto Nacional de Propiedad Industrial, Procedimiento de Nulidad de Registro, disponible electrónicamente.
- [Ver Texto](#)
- (84) E. Costa Cordella, «Los Tribunales Administrativos especiales en Chile», en *Revista de Derecho*, vol. XXVII, n°1, 2014, p. 152.
- [Ver Texto](#)
- (85) J.C. Ferrada, «Los Tribunales que ejercen la justicia administrativa en el derecho chileno», en Arancibia Mattar y otros (coord.), *Litigación Pública*, Thomson Reuters, Santiago, 2011, p. 133.
- [Ver Texto](#)
- (86) Art. 106 del Decreto con Fuerza de Ley N° 3, de 20/06/2006, que fijó el Texto Refundido de la Ley 19.039, Ley de Propiedad Industrial.
- [Ver Texto](#)
- (87) Art. 107 del Decreto con Fuerza de Ley N° 3, de 20/06/2006, que fijó el Texto Refundido de la Ley 19.039, Ley de Propiedad Industrial.
- [Ver Texto](#)

(88) M.ª F. Vázquez Palma, *Arbitraje en Chile: análisis crítico de su normativa y jurisprudencia*, 2ª edición, Legal Publishing, Santiago, 2011, p. 504; J. Kleinheisterkamp, *International Commercial Arbitration in Latin America*, Nueva York, Oceana Publications, 2005, p. 62; T. Cook y A. García, *op. cit.*, p. 52.

[Ver Texto](#)

(89) M.ª F. Vázquez Palma, *Tratado...*, *op. cit.*, pp. 537-538.

[Ver Texto](#)

(90)

Es lo que ocurre, por ejemplo, en España, en materia de patentes y marcas. Para más detalles sobre este aspecto ver: A. Gil Seaton, «La arbitrabilidad de los derechos de patente en España», L. Bujoza Vadell (dir.), *Derecho procesal: retos y transformaciones*, Barcelona, Atelier, 2021.

[Ver Texto](#)

(91) En España, en materia de marcas, las controversias que surgen con ocasión de la concesión o denegación del derecho, sin perjuicio de algunas exclusiones, pueden ser sometidas a arbitraje en virtud del art. 28 de la Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas.

[Ver Texto](#)

(92)

Lo que ocurre en la práctica es una confirmación en este sentido, pues se han administrado arbitrajes en la materia, aunque relativos a cuestiones contractuales. Pueden consultarse en este sentido los siguientes laudos arbitrales: CAM Santiago Rol 943, de 12.08.2009; CAM Santiago Rol 529, de 27.01.2006; CAM Santiago Rol 404, de 02.09.2004.

[Ver Texto](#)

(93) Es lo que ocurre, por ejemplo en España, E.E.U.U. y Alemania.

[Ver Texto](#)

(94) En un sentido similar véase: Interim Award case 6709/1994, en *ICC International Court of Arbitration Bulletin* 5 (1994) 1; Final Award case 5480/1993, en *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, 4 (1993) 2.

[Ver Texto](#)

(95) En este sentido, Bouza Vidal, ha sostenido que «la arbitrabilidad de una determinada materia no depende de que, en el reparto de litigios entre los tribunales de un mismo Estado (reglas de competencia territorial) o de distintos Estados (reglas de competencia judicial internacional), se establezca la exclusividad a favor de uno de ellos, sino únicamente de la viabilidad del procedimiento arbitral para proporcionar a las partes una tutela de sus derechos subjetivos e intereses legítimos equivalente a la que proporcionan los cauces procesales ordinarios». N. Bouza Vidal, «La arbitrabilidad de los litigios en la encrucijada de la competencia judicial internacional y de la competencia arbitral»,

en *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 52, nº2, 2000, pp. 379-380.

[Ver Texto](#)

(96) En este sentido, Virgós y Garcimartín, señalan que tratándose de materias de competencia exclusiva no significa que no quepa el arbitraje, sino que, no es posible por vía del arbitraje ir en contra de una política legislativa que somete un tipo de litigios a la jurisdicción de un Estado determinado. M. Virgos y F. Garcimartín, *Derecho procesal Civil Internacional. Litigación Internacional*, 2ª edición, Cizur Menor, Civitas, 2007, p. 325.

[Ver Texto](#)

(97) A. Redfern y M. Hunter, *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, 3ª ed., Londres, Sweet & Maxwell, 1999, p. 139.

[Ver Texto](#)

(98) T. Cook, Trevor y A. García, *op. cit.*, p. 63.

[Ver Texto](#)

(99) M. A. Smith, M.A., *et al*, «Arbitration of Patent Infringement and Validity Issues Worldwide», en *Harvard Journal of Law & Technology*, vol. 19, nº 2, 2006, p. 308. En el mismo sentido, W. Grantham, «The Arbitrability of International Intellectual Property Disputes», en *Berkeley Journal of International Law*, vol. 14, 1996, p. 183.

[Ver Texto](#)

(100) M. Olivencia Ruiz, «Materias Objeto de arbitraje», en González Soria, julio, *Comentarios a la nueva Ley de Arbitraje: Ley 60/2003, de 23 de diciembre*, 2ª ed., Cizur Menor, Aranzadi Thomson Reuters, 2011, p. 59.

[Ver Texto](#)

(101) J. Paulsson, *The idea of arbitration*, Nueva York, Oxford University Press, 2013, p. 130.

[Ver Texto](#)

TEXTOS Y MATERIALES RECIENTES

Remisión a las Cortes del Acuerdo de protección de las inversiones entre la Unión Europea y Vietnam (1 junio 2021)

El Consejo de Ministros ha adoptado el 1 de junio de 2021 el Acuerdo por el que se aprueba la firma *ad referendum* del Acuerdo de Protección de las Inversiones entre la Unión Europea y sus Estados miembros, por una parte, y la República Socialista de Vietnam, por otra, se dispone su remisión a las Cortes Generales y se autoriza la manifestación del consentimiento de España para obligarse por dicho Acuerdo.



ANTECEDENTES

Los acuerdos con Vietnam son una nueva prueba de la apuesta europea por una globalización basada en reglas y valores, y vienen a reforzar la presencia europea en Asia. Estos constituyen una enorme oportunidad para los exportadores e inversores de la UE y especialmente de España, que tiene en Vietnam a su principal socio comercial de mercancías en el sudeste asiático. Además de su importancia como facilitadores de oportunidades de negocio, los acuerdos con Vietnam contribuirán de forma significativa al desarrollo económico y social sostenible de Vietnam. En este sentido, los acuerdos adquieren especial relevancia por tratarse de los primeros de este nivel de ambición concluidos entre la UE y un país en desarrollo. Así, los acuerdos podrían servir de punto de referencia para aquellos que la UE se encuentra negociando y vaya a negociar en el futuro con otros países en desarrollo, entre ellos los que en la actualidad negocia con economías del sudeste asiático. El Acuerdo de Libre Comercio (ALC) con Vietnam es uno de los llamados acuerdos de «nueva generación», y se encuentra perfectamente alineado, en ambición y alcance, con los acuerdos anteriormente concluidos entre la UE y Singapur. Así, además de un acceso a mercado preferente, incluye un amplio espectro de reglas y disciplinas en relación a barreras no arancelarias, facilitación de comercio, la protección de la propiedad intelectual, procedimientos en relación con contratación pública, competencia o desarrollo sostenible.

Desde 1980 las relaciones UE-Vietnam se articulan dentro del «Acuerdo Marco de Cooperación CEE-ASEAN», y a finales de 2000, la UE decidió profundizar y modernizar sus relaciones con los distintos países de la zona, entablando negociaciones en paralelo sobre Acuerdos de Libre Comercio (ALC) y

Acuerdos políticos de Colaboración y Cooperación (ACC).

En marzo de 2010, comenzaron las negociaciones de los dos acuerdos en paralelo. Las negociaciones del AAC terminaron en 2012 y el Acuerdo está en vigor desde 2016. Por lo que respecta al ALC, en septiembre de 2011, se ampliaron las negociaciones para abarcar también la protección de inversiones (sobre la base de las nuevas competencias UE del Tratado de Lisboa) y éstas finalizaron en octubre de 2015.

Ante las presiones de los Estados Miembros (EEMM) sobre la naturaleza jurídica del ALC y el reparto de competencias entre la UE y los EEMM, la Comisión sometió el asunto a consulta del Tribunal de Justicia UE, que falló en mayo de 2017, confirmando la competencia exclusiva de la UE en todas las materias incluidas en el ALC, excepto las inversiones distintas de las directas y la solución de diferencias entre inversores y Estados en las que los Estados Miembros actúen como demandados, considerada competencia compartida entre la Unión Europea y los Estados Miembros. A la vista de este dictamen, el texto negociado inicialmente fue adaptado para crear dos acuerdos independientes: un ALC y un API (Acuerdo de Protección de Inversiones), este último concluido en 2018.

Los tres acuerdos (AAC, ALC y API) forman parte del marco institucional global, aunque sus respectivas situaciones difieren:

- El AAC está en vigor desde 2016, y su Comité conjunto se reúne desde mayo de 2019.
- El ALC, que fue firmado por la UE y Vietnam el 30 de junio de 2019 conjuntamente con el API, fue aprobado por el Parlamento Europeo el 12 de febrero de 2020, tras comprometerse Vietnam a acomodar su legislación laboral al espíritu de determinados Convenios de la OIT, y entró en vigor el 1 de agosto de 2020.
- El API, que fue firmado por la UE y Vietnam el 30 de junio de 2019 conjuntamente con el ALC, fue adoptado en Luxemburgo en el marco del Consejo de Asuntos Generales de 25 de junio de 2019. Por parte de España fue firmado *ad referendum* por el Embajador Representante Permanente mediante plenipotencia. El Parlamento Europeo lo aprobó el 12 de febrero de 2020 y, al tratarse de Acuerdo de competencia mixta, los Estados miembros deben ratificarlo conforme a sus correspondientes procedimientos internos.

OBJETIVOS DEL ACUERDO DE PROTECCIÓN DE INVERSIONES

El objetivo primordial del API es generar seguridad jurídica y brindar nuevas oportunidades comerciales y de inversión entre ambos socios en consonancia con la visión de la Estrategia Europa 2020. La Comisión propuso que el Acuerdo no fuese objeto de aplicación provisional, en consideración a la sensibilidad de los Estados miembros sobre el posible ejercicio de competencias compartidas en cuestión de inversiones.

Hasta la fecha, ha sido ratificado por Estonia, Grecia, Hungría, Letonia, República Checa, Rumania, Suecia y Vietnam.

La entrada en vigor del API, con un régimen común y modernizado de protección de inversiones, implicará la suspensión y reemplazo de los 20 Tratados de Inversión Bilaterales existentes entre Vietnam y los EEMM (Alemania, Austria, Bélgica-Luxemburgo, Bulgaria, Chequia, Dinamarca, Eslovaquia, Eslovenia, España, Estonia, Finlandia, Francia, Grecia, Hungría, Italia, Letonia, Lituania, Países Bajos, Polonia, Suecia), a los que superará y mejorará en garantías.

Junto con el AAC y el ALC, el API formará parte integrante de un marco institucional común singularizado para las relaciones UE-Vietnam.

Por su parte, el Consejo de Estado en su dictamen de 21 de noviembre de 2019, determinó que la prestación del consentimiento del Estado para obligarse por medio del presente Acuerdo, requiere la previa autorización de las Cortes Generales, en los términos de los apartados a) y e) del art. 94.1º de la Constitución, debido a que el Acuerdo presenta un evidente carácter político (apartado a) y toda vez que sus previsiones afectan a materias sobre las que existe reserva de ley en el ordenamiento jurídico español, como las relativas a la expropiación de inversiones, las que afectan a la propiedad intelectual o las que regulan la solución de controversias (apartado e).

CONTENIDO

En cuanto a su estructura, el Acuerdo consta de un Preámbulo, cuatro Capítulos y 13 Anexos aclaratorios e interpretativos.

El Preámbulo pone de manifiesto el enmarque y la complementariedad de este Acuerdo con los de Asociación y Cooperación y de Libre Comercio entre la UE y Vietnam, y con los esfuerzos de integración económica regional. Señala además su adhesión a la Carta de las Naciones Unidas y a la Declaración Universal de Derechos Humanos y su vinculación con las reglas de la OMC. Manifiesta el compromiso con los principios del desarrollo sostenible (protección medioambiental y laboral) y fija como objetivos la intensificación de relaciones económicas, comerciales y de inversión, potenciando un clima propicio partiendo de un marco jurídico predecible.

El Capítulo I trata de los objetivos y definiciones generales y establece que el objetivo de este Acuerdo es reforzar el clima de inversión entre las Partes.

El Capítulo II se refiere a la protección de inversiones, y determina su ámbito de aplicación (inversiones cubiertas y explotación de las mismas), y el régimen de medidas reglamentarias y su impacto sobre las inversiones (derecho de las Partes a adoptar medidas para perseguir objetivos políticos legítimos). Se establecen reglas y preceptos en cuanto al trato nacional asimilado y excepciones a su cumplimiento (por razones políticas legítimas), garantías de nivel de trato justo y equitativo, y normas para la compensación por pérdidas, la expropiación, las transferencias y la subrogación.

El Capítulo III regula la solución de diferencias (secciones A y B) y constituye el núcleo central del Acuerdo, al encarnar el nuevo tratamiento de las diferencias en materia de inversión a través del

Sistema de Tribunales Permanentes de Inversiones (a semejanza de lo estipulado en el CETA con Canadá y en el API con Singapur). Establece, además, el germen de un hipotético futuro Tratado Multilateral de Inversiones.

La Sección A trata de la *solución de diferencias entre las Partes*, regulando el ámbito de aplicación y los procedimientos de consultas y de mediación como opciones previas al inicio de un procedimiento arbitral. El Grupo Especial de Arbitraje constituye el eje sobre el que se articula el procedimiento de solución de diferencias. Estará compuesto por tres árbitros, uno seleccionado por cada Parte y el tercero por el Comité del Acuerdo, en base a una lista establecida de personas capacitadas y no vinculadas con los gobiernos

La Sección B regula la *solución de diferencias entre Inversores y Partes*. Se definen los conceptos de demandante y demandado, se establecen normas, reglas y plazos para la solución amistosa de controversias, los procedimientos de consultas, el recurso a la mediación y la solución de diferencias alternativa. Se hace mención al Convenio CIADI (Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones entre Estados nacionales y otros Estados) de 1965 y a la Convención de NNUU sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras de 1958, así como a la Comisión de NNUU de Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), como puntos de referencia. Por lo que respecta a la demanda propiamente dicha, se estipulan las condiciones para su presentación y se crean los siguientes organismos: Tribunal de Primera Instancia, Tribunal de Apelación permanente (para atender los recursos de los laudos provisionales emitidos por el Tribunal de Primera Instancia),

El Capítulo IV contiene las disposiciones institucionales, generales y finales:

Disposiciones institucionales: Las Partes establecen un Comité, copresidido por el Ministro de Planificación e Inversiones de Vietnam y el Comisario de Comercio UE. Se reunirá normalmente cada año, alternativamente en la UE y en Vietnam, y en reuniones extraordinarias previo acuerdo entre las partes.

Disposiciones Generales: Se establecen normas sobre modificaciones del Acuerdo, cumplimiento de obligaciones y reglas sobre fiscalidad. Se reconocen excepciones al mismo por razones de seguridad pública y sanitaria, y para proteger su sistema financiero (política monetaria y de tipo de cambio), así como en situaciones excepcionales con criterios restrictivos.

Disposiciones Finales: Se establecen reglas sobre entrada en vigor y aplicación provisional, territorial, duración (indefinida), terminación y sobre su redacción en las lenguas oficiales de las partes.

RATIFICACIÓN DE LOS PARLAMENTOS DE LOS ESTADOS MIEMBROS

El acuerdo de protección de inversiones requiere por su parte la ratificación de los parlamentos de los Estados miembros de la UE. El Consejo de Ministros ha adoptado el Acuerdo el 1 de junio de 2021 por el que se aprueba la firma *ad referendum* del Acuerdo de Protección de las Inversiones entre la Unión Europea y sus Estados miembros, por una parte, y la República Socialista de Vietnam, por

otra, se dispone su remisión a las Cortes Generales y se autoriza la manifestación del consentimiento de España para obligarse por dicho Acuerdo.

[Véase José Carlos Fernández Rozas, «Permanencia y expansión del bilateralismo: los Acuerdos comerciales de nueva generación entre la Unión Europea y terceros países», LA LEY: UNIÓN EUROPEA, n.º 68, 2019, pp. 1-59, esp. pp. 35-40]

Remisión a las Cortes del Acuerdo entre la Unión Europea y Singapur de Protección de las Inversiones (1 junio 2021)

El Consejo de Ministros ha adoptado el 1 de junio de 2021 el Acuerdo por el que se dispone la remisión a las Cortes Generales del Acuerdo de Protección de las Inversiones entre la Unión Europea y sus Estados miembros, por una parte, y la República de Singapur, por otra, y se autoriza la manifestación del consentimiento de España para obligarse por dicho Acuerdo.



ANTECEDENTES

Singapur, integrada en la Asociación de Naciones del Sudeste Asiático (ASEAN) ocupa un lugar central en la estrategia de la UE respecto al Sudeste Asiático y constituye un aliado clave de la UE. ASEAN en su conjunto es el tercer mayor socio comercial de la UE fuera de Europa, después de EEUU y China. Desde 1980 las relaciones UE-Singapur se articulan dentro del «Acuerdo Marco de Cooperación CEE-ASEAN» y a finales de 2000, la UE decidió profundizar y modernizar sus relaciones con los distintos países de la zona, entablando negociaciones en paralelo sobre Acuerdos de Libre Comercio (ALC) y Acuerdos políticos de Colaboración y Cooperación (ACC).

En marzo de 2010 comenzaron las negociaciones de un Acuerdo de Libre Comercio (ALC) con Singapur y se completaron en 2011 para incluir la protección de inversiones. La Comisión negoció finalmente un Acuerdo de Libre Comercio y un Acuerdo de Protección de Inversiones (API).

Ante las presiones de los Estados Miembros (EEMM) sobre la naturaleza jurídica del ALC y el reparto de competencias entre la UE y los EEMM, la Comisión sometió el asunto a consulta del Tribunal de Justicia UE, quien falló en mayo de 2017, confirmando la competencia exclusiva de la UE en todas las materias incluidas en el ALC, excepto las inversiones distintas de las directas y la solución de diferencias entre inversores y Estados en las que los EEMM actúen como demandados, considerada competencia compartida UE-EEMM. A la vista de este dictamen, el texto negociado inicialmente fue adaptado para crear dos acuerdos independientes: un ALC y un API, este último concluido en septiembre de 2017.

La UE y Singapur firmaron este Acuerdo en octubre de 2018, en el marco de la XII Cumbre Asia-

Europa (ASEM). El API fue aprobado por el Parlamento Europeo el 13 de febrero de 2019.

Por lo que respecta a nuestro país, el Consejo de Ministros del 11 de octubre de 2018 autorizó la firma del Acuerdo, que fue firmado por España y por los demás Estados miembros durante el Consejo de Asuntos Exteriores (CAE) de 15 de octubre de 2018.

Hasta la fecha, este Acuerdo ha sido ratificado por Dinamarca, Estonia, Hungría, Letonia, Luxemburgo, República Checa y Suecia. Se trata de un Acuerdo de competencia mixta, toda vez que, junto a la UE participan en él sus Estados miembros, además de Singapur, por lo que deberá ser ratificado por ellos de conformidad con sus respectivos procedimientos internos para su entrada en vigor.

El objetivo primordial del API es generar seguridad jurídica y brindar nuevas oportunidades comerciales y de inversión entre ambos socios en consonancia con la visión de la Estrategia Europa 2020.

El Acuerdo establece un Sistema de Tribunales de Inversión para la solución de diferencias en materia de inversión, que garantiza que se respeten las normas de protección de las inversiones y pretende encontrar un equilibrio entre proteger a los inversores de manera transparente y salvaguardar el derecho de los Estados a legislar para perseguir objetivos de políticas públicas.

CONTENIDO

En cuanto a su estructura, el Acuerdo consta de un Preámbulo, cuatro Capítulos —cada uno con su correspondiente articulado— y 11 Anexos aclaratorios e interpretativos.

El Preámbulo menciona el enmarque y la complementariedad de este Acuerdo con los de Colaboración y Cooperación y Libre Comercio entre la UE y Singapur, y su vinculación con las reglas de la OMC. Se fijan como objetivos la intensificación de relaciones comerciales y de inversión a través de la creación de un clima propicio, a la vez que se reconoce el derecho de las Partes a adoptar medidas para perseguir objetivos sociales y medioambientales, de seguridad, salud pública y de protección de la diversidad cultural.

El Capítulo I se titula Objetivos y Definiciones Generales y establece que el objetivo de este Acuerdo es reforzar el clima de inversión entre las Partes.

El Capítulo II, titulado Protección de las Inversiones, determina su ámbito de aplicación, el régimen de medidas reglamentarias y su impacto sobre las inversiones (derecho de las Partes a adoptar medidas para perseguir objetivos políticos legítimos). Se establecen reglas y preceptos en cuanto al trato nacional asimilado y excepciones a su cumplimiento (por razones políticas legítimas), garantías de nivel de trato justo y equitativo, y normas para la compensación por pérdidas, la expropiación, las transferencias y la subrogación.

El Capítulo III se refiere a la solución de diferencias (secciones A y B) y constituye el núcleo central

del Acuerdo, introduciendo una novedad para el tratamiento de diferencias en materia de inversión a través del Sistema de Tribunales permanentes de Inversiones. Establece, además, el germen de un hipotético futuro Tratado Multilateral de Inversiones.

La Sección A regula la *solución de diferencias entre Inversores y Partes*. Se definen los conceptos de demandante y demandado, se establecen normas, reglas y plazos para la solución amistosa de controversias, los procedimientos de consultas, el recurso a la mediación y la solución de diferencias alternativa. En la medida de lo posible, toda diferencia debe solucionarse de forma amistosa a través de negociaciones y, cuando sea posible, antes de la presentación de una solicitud de consultas. En cualquier momento podrá alcanzarse una solución amistosa, incluso una vez que haya comenzado el procedimiento de solución de diferencias. Por lo que respecta a la demanda propiamente dicha, se estipulan las condiciones para su presentación y se crean los siguientes organismos: Tribunal de Primera Instancia, Tribunal de Apelación permanente (para atender los recursos de los laudos provisionales emitidos por el Tribunal de Primera Instancia),

La Sección B se ocupa de la *solución de diferencias entre las Partes*, regulando el ámbito de aplicación y los procedimientos de consultas y de mediación como opciones previas al inicio de un procedimiento arbitral. El Grupo Especial de Arbitraje constituye el eje sobre el que se articula el procedimiento de solución de diferencias. Estará compuesto por tres árbitros, uno seleccionado por cada Parte y el tercero por el Comité del Acuerdo, en base a una lista establecida de personas capacitadas y no vinculadas con los gobiernos

El Capítulo IV contiene las disposiciones institucionales, generales y finales:

Disposiciones Institucionales: Las Partes establecen un Comité, copresidido por el Ministro de Comercio e Industria de Singapur y el Comisario de Comercio UE. Se reunirá normalmente cada dos años, alternativamente en Singapur y Bruselas, y en reuniones extraordinarias previo acuerdo entre las partes.

Disposiciones Generales: Se establecen normas sobre modificaciones del Acuerdo, cumplimiento de obligaciones y reglas sobre fiscalidad. Se reconocen excepciones al mismo por razones de seguridad de las Partes y una excepción específica sobre el no sometimiento al Acuerdo por bancos centrales, autoridades monetarias o entidades públicas.

Disposiciones Finales: Se establecen reglas sobre entrada en vigor y aplicación provisional, territorial, duración (indefinida), terminación y sobre su redacción en las lenguas oficiales de las partes.

Según el art. 4.15, el Acuerdo entrará en vigor el primer día del segundo mes siguiente a la fecha en que las Partes se hayan notificado la finalización de los procedimientos jurídicos necesarios a tal efecto, salvo que fijen otra fecha de común acuerdo.

Este Acuerdo podrá aplicarse provisionalmente cuando ambas partes así lo acuerden. En ese caso, el Acuerdo se aplicará a partir del primer día del mes siguiente a la fecha en la que la Unión y Singapur

se hayan notificado mutuamente el cumplimiento de sus procedimientos pertinentes respectivos. Las Partes podrán fijar otra fecha de común acuerdo.

A su entrada en vigor, los Acuerdos entre los Estados miembros y Singapur referentes a inversiones, dejarán de tener efecto y serán sustituidos por este.

De conformidad con el art. 4.12, este Acuerdo formará parte integrante de las relaciones bilaterales generales que se rigen por el Acuerdo de Colaboración y Cooperación UE-Singapur y formará parte de un marco institucional común junto con el Acuerdo de Colaboración y Cooperación (ACC) y el Acuerdo de Libre Comercio (ACL).

[Véase José Carlos Fernández Rozas, «Permanencia y expansión del bilateralismo: los Acuerdos comerciales de nueva generación entre la Unión Europea y terceros países», LA LEY: UNIÓN EUROPEA, n.º 68, 2019, pp. 1-59, esp. pp. 30-35]

El Consejo de Ministros autoriza la firma del Acuerdo entre el Reino de España y la República de Colombia para la promoción y protección recíproca de inversiones y su Declaración Interpretativa (15 junio 2021)

El Consejo de Ministros de 15 de junio de 2021 ha adoptado un Acuerdo por el que se autoriza la firma del Acuerdo entre el Reino de España y la República de Colombia para la promoción y protección recíproca de inversiones y su Declaración Interpretativa.



ANTECEDENTES

El vigente Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (APPRI) entre el Reino de España y la República de Colombia, fue suscrito en Bogotá el 31 de marzo de 2005.

Debido al interés de las partes en modernizar el actual APPRI, la Comisión Europea, conforme al Reglamento 1219/2012 del Parlamento Europeo y el Consejo, con fecha 11 de diciembre de 2017, autorizó a España a entablar negociaciones formales con la República de Colombia para la modificación del vigente APPRI, con el objetivo de alinear el contenido del Acuerdo con los desarrollos más recientes en materia de derecho internacional conforme a la política de protección de inversiones de la UE.

Tras haber obtenido la autorización por parte de la Comisión Europea, España y Colombia iniciaron las negociaciones para la modernización del texto de APPRI en 2018. En agosto de 2019, las dos delegaciones alcanzaron un acuerdo de texto y la Comisión Europea, con fecha 26 de septiembre de 2019, autorizó la firma del mismo.

Sin embargo, en octubre de 2019, la delegación colombiana comunicó a la delegación española la Opinión emitida por la Corte Constitucional colombiana sobre acuerdos internacionales en la que solicitaba que se redujera el margen interpretativo de las disposiciones vinculantes de este tipo de

acuerdos. Por ello, las dos delegaciones acordaron atender a las peticiones de la Corte colombiana mediante la negociación de una Declaración Interpretativa que especificara algunos de los elementos contenidos en el texto de APPRI.

España consultó a la Comisión Europea si las negociaciones de la Declaración Interpretativa requerirían un nuevo proceso de autorización conforme al Reglamento 1219/2012. Aunque la Comisión Europea informó a España que la firma de la Declaración Interpretativa estaba cubierta por la autorización de firma emitida por la propia Comisión con fecha 26 de septiembre de 2019, España, en cumplimiento del principio de cooperación leal, recogido en el Artículo 4.3 del Tratado de la Unión Europea, informó a la Comisión Europea sobre el desarrollo de las nuevas negociaciones para la conclusión de la Declaración Interpretativa con Colombia. El 12 de febrero de 2021, la Comisión Europea comunicó a España su conformidad con el texto alcanzado.

El interés de España en la modernización del APPRI con Colombia se deriva de la propia experiencia de España en casos de arbitraje y del debate internacional sobre protección de inversiones que actualmente se desarrolla en el seno de organismos internacionales como el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) o la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE).

Con este nuevo Acuerdo, España y Colombia pretenden lograr para sus inversiones una protección recíproca y efectiva que garantice el derecho legítimo de las Partes a alcanzar objetivos legítimos de interés público. Asimismo, en materia de resolución de disputas, ambos países han negociado un Acuerdo y una Declaración Interpretativa que garantizan procedimientos de arbitraje más imparciales, independientes, coherentes, previsibles y transparentes. Esto redundará en beneficio de las empresas españolas y de España como país receptor de inversiones.

Además, se promueve la reforma estructural del sistema de resolución de disputas inversor-Estado que España, la Unión Europea (UE) y los demás estados miembros promueven en el Grupo de trabajo III de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL). Con este objetivo, España y Colombia han acordado someter las disputas a un futuro Tribunal Multilateral de Inversiones cuando éste haya sido ratificado por ambas Partes.

La modernización del texto de APPRI permitirá que los compromisos en materia de inversión que rigen las relaciones bilaterales con Colombia estén alineados con la política de protección de inversiones de la UE.

CONTENIDO

El texto mantiene la estructura básica de este tipo de acuerdos: preámbulo y ámbito de aplicación, estándares de trato, derecho a regular y denegación de beneficios, solución de controversias inversor-Estado y solución de controversias Estado-Estado. En total consta de 41 artículos y un anexo.

Los arts. 1 a 3 contienen el ámbito de aplicación y definiciones. Se incorporan salvaguardias que

garantizan la discrecionalidad regulatoria de las Partes Contratantes en materia de estabilidad financiera, subsidios y ayudas públicas y otros compromisos internacionales de integración comercial y económica a la vez que garantizan que los usuarios del Acuerdo se corresponden con los intereses de protección y promoción de inversiones de las Partes Contratantes. Así, por ejemplo, la definición de inversión tiene en cuenta, además del propio concepto, una definición por inclusión (lista positiva) y una definición por exclusión (lista negativa). El concepto de inversor excluye explícitamente las sociedades de mera tenencia de participaciones financieras.

Los arts. 4 al 13 recogen los estándares de trato acordados por España y Colombia. Se recogen los compromisos básicos de Trato Nacional, Nación Más Favorecida, Trato Justo y Equitativo, Plena Protección y Seguridad Física, Compensación por Pérdidas, Transferencias, Expropiación, Valoración de Daños y Subrogación. Así:

- Los estándares de trato han sido revisados para asegurar una correcta interpretación por parte de los Tribunales encargados de juzgar las controversias inversor-Estado.
- En el caso de Trato Nacional y Nación Más Favorecida, se excluyen los tratamientos derivados del cumplimiento de los compromisos asumidos por las Partes Contratantes en proyectos de integración comercial y económica.
- El estándar de Trato Justo y Equitativo ha sido revisado en profundidad para minimizar el margen interpretativo de los Tribunales. Este cambio de enfoque obedece a las recomendaciones hechas por la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD) y se ciñe al propio enfoque de los acuerdos de protección de inversiones de la UE.

Los arts. 14 al 18 introducen el Derecho a Regular de las Partes Contratantes para alcanzar objetivos legítimos de interés público, incluidos los objetivos de seguridad nacional. En materia de denegación de beneficios, se hace explícita la exclusión de sociedades pantalla y sociedades condenadas en firme por cortes internacionales reconocidas por las Partes Contratantes.

En los arts. 19 al 38 se regula el mecanismo de solución de diferencias inversor-Estado en el que se aclaran algunas cuestiones procedimentales en línea con las reformas que se debaten actualmente en seno del CIADI (Financiación de Terceros, Garantía de Costes, Consolidación, Amicus Curiae y Costas, entre otros). Se hace hincapié en la independencia e imparcialidad de los miembros del Tribunal y en la transparencia del procedimiento. España acuerda por primera vez la inclusión de las Reglas de Transparencia de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI).

En el art. 39, las Partes han acordado hacer un seguimiento continuo del Acuerdo con el objetivo de matizar, actualizar o modificar su contenido. Esto permitirá que el Acuerdo se ajuste en todo momento al interés de las Partes en materia de promoción y protección recíproca de inversiones.

El art. 40 contiene las disposiciones transitorias, en las que se establece que el APPRI de 2005 dejará de tener efectos y será sustituido por este nuevo Acuerdo desde su entrada en vigor.

El art. 41 regula la entrada en vigor, la prórroga y la terminación del Acuerdo. Así, el Acuerdo entrará en vigor a los 60 días después de la fecha de recepción de la última de las notificaciones mediante las que las Partes Contratantes se comuniquen el cumplimiento de los respectivos requisitos constitucionales necesarios a tal efecto. Permanecerá en vigor por un período inicial de diez años, transcurrido el cual continuará en vigor indefinidamente, a menos que cualquiera de las Partes Contratantes notifique a la otra su decisión de denunciarlo, notificación que surtirá efecto doce meses después de la fecha de recepción de dicha nota, provocando la terminación de este Acuerdo.

CRÓNICAS



Sobre la terminación por acuerdo de las partes del proceso de anulación del laudo contrario al orden público

On the termination by agreement of the parties of the procedure for the annulment of the arbitral award contrary to public policy

Se analiza la doctrina del Tribunal Constitucional sobre la disponibilidad del procedimiento de anulación del laudo arbitral cuando se alega, o se aprecia de oficio por el tribunal, la infracción del orden público.

Anulación del laudo, Orden público, Disponibilidad del procedimiento.

The purpose of this paper is to analyze the doctrine of the Constitutional Court on the availability of the procedure for the annulment of the arbitral award when the infringement of public policy is alleged or is appreciated *ex officio* by the court.

Annulment of the arbitral award, Public policy, Availability of the procedure.



Faustino Cordón Moreno

Catedrático de Derecho Procesal

Universidad de Navarra

I. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 46/2020, DE 15 DE JUNIO

La sentencia, dictada por la Sala primera, estimó el recurso de amparo interpuesto frente a las resoluciones dictadas por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia (TSJ) de Madrid que habían rechazado la posibilidad de poner fin por medio de una transacción a un procedimiento de anulación de un laudo arbitral en el que se había planteado de oficio la infracción del orden público. En su opinión, el TSJ había realizado una aplicación extensiva del este motivo de anulación (1), llevando a cabo una revisión del fondo del asunto (2), 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».

La doctrina por ella establecida, acogida con gran alborozo por la comunidad arbitral (3), aunque no siempre ha sido bien entendida (4), ha sido asumida por el TSJ de Madrid en sentencias posteriores, aplicándola incluso al allanamiento, que es un acto dispositivo del objeto del proceso y no sobre el procedimiento (5). En concreto, la última de las sentencias citadas (modifica el allanamiento) a la acción de nulidad de un laudo arbitral, había declarado que «por la naturaleza de la acción de anulación ... en esta clase de procesos no cabe el allanamiento propiamente dicho, como acto vinculante para el Tribunal, puesto que la nulidad de un Laudo, como la de una Sentencia, se supedita *ope legis* a la verificación por el Tribunal de la concurrencia de alguna de las causas tasadas de anulación ex art. 41.1º LA —causas de anulación cuya existencia no es disponible ni puede derivar del común acuerdo de las partes» (STSJ Madrid 2 de julio de 2019). A su juicio, la STC 46/2020, de 6 de junio, «introduce un giro trascendental» en dicha tesis: «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.» En mi opinión, la aplicación de la doctrina constitucional al allanamiento —y, en general, a los actos dispositivos sobre el objeto del proceso— no tiene apoyo en lo que dice la sentencia del TC que, como más adelante diré, se fundamenta en la consideración de que voluntad de las partes fue disponer del procedimiento por pérdida del interés en litigar.

Se examinan las cuestiones de índole técnico-jurídica que en se plantean en la STC 46/2020, que tienen que ver con el alcance del poder de disposición de las partes sobre el objeto del proceso de anulación del laudo y sobre el procedimiento mismo

La sentencia supuso el inicio (6) de una doctrina del Tribunal Constitucional revisora del control judicial de los laudos a través de la interpretación extensiva del concepto del orden público que venía

propugnando el TSJ de Madrid en diversas resoluciones, y ha tenido continuidad en sentencias posteriores (7), en las que el TC, partiendo de una distinta concepción del fundamento constitucional del arbitraje, que pasa a asentarse en el artículo 10 de la Ley fundamental en vez de en el artículo 24 (8), reafirma la relevancia que en él tiene el principio de autonomía de la voluntad de las partes y amplía su ámbito de aplicación (en detrimento del control judicial) abriendo una ancha puerta al desarrollo del arbitraje como institución independiente del proceso para la resolución de los conflictos privados.

Dejo para el trabajo posterior que acabo de anunciar el análisis de los fundamentos de esta doctrina del TC sobre el ámbito del control judicial del laudo cuando se invoca —o se aprecia de oficio por el tribunal— la infracción del orden público. Aunque sin duda constituye la base de la que parte la sentencia analizada para adoptar su decisión (9), me parece que puede tener interés examinar las cuestiones de índole técnico-jurídica que en ella se plantean, que tienen que ver con el alcance del poder de disposición de las partes sobre el objeto del proceso de anulación del laudo y sobre el procedimiento mismo, y esta es una cuestión eminentemente procesal. A ellas me limitaré en esta nota, examinando críticamente las posturas encontradas sobre el tema del TSJ de Madrid y del TC.

II. EL PROBLEMA PLANTEADO

Ejercitada la acción de anulación de un laudo arbitral con fundamento en el carácter abusivo de la cláusula de sumisión a arbitraje, el tribunal apreció de oficio (y sometió a los litigantes) la posible infracción del orden público por falta de imparcialidad objetiva de la corte arbitral (10). Pendiente el proceso, las partes presentaron un escrito conjunto (que reiteraron en diversas ocasiones a lo largo del proceso) en el que manifestaban haber llegado a un acuerdo sobre el objeto del pleito y, de conformidad con lo dispuesto en el art. 19.1º y 2º LEC, solicitaban la homologación judicial de la transacción alcanzada y el archivo del proceso por pérdida sobrevenida de objeto.

El ATSJ de Madrid 1ª 4 de abril de 2017, con voto particular del presidente, rechazó la eficacia del acuerdo transaccional considerando, con cita de su doctrina anterior (11) que el objeto del procedimiento de anulación de laudos no es disponible, ya que existe un interés general en depurar aquellos que sean contrarios al orden público (12): no se puede otorgar la misma virtualidad a un acuerdo extraprocésal (transacción) alcanzado en un procedimiento de anulación de laudo arbitral que al logrado en otros procesos civiles, pues —en su opinión— en aquel no rige el principio dispositivo.

Promovido incidente de nulidad de actuaciones contra el referido auto, fue igualmente desestimado. Seguido, en definitiva, el proceso de anulación del laudo, el tribunal apreció de oficio la infracción del orden público, por entender que se había dictado con manifiesta pérdida de la imparcialidad objetiva del árbitro, y dictó sentencia el 4 de mayo de 2017, estimatoria de la nulidad del laudo arbitral. Planteado frente a ella nuevo incidente excepcional de nulidad de actuaciones, en el que se volvió a alegar la vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva por el rechazo de la petición conjunta de archivo• del procedimiento por satisfacción extraprocésal derivada del acuerdo transaccional entre las partes, fue inadmitido, al entender que se trataba de una pretensión

«repetidamente denegada por el tribunal.»

En el recurso de amparo interpuesto el debate se centra en determinar «si la motivación dada por el órgano judicial para no dar virtualidad al acuerdo transaccional alcanzado por las partes, decidiendo continuar el proceso en contra de la voluntad concorde de ambas de ponerle fin, es conforme con nuestro canon constitucional de motivación ex art. 24.1º CE» o, por el contrario, «revela un rigor o formalismo exagerado en relación con los fines que trata de preservar y el sacrificio que comporta y, en consecuencia, acaba por convertir en impracticable el derecho a la disponibilidad del proceso civil.»

III. POSIBILIDAD DE DISPONER DEL OBJETO DEL PROCESO DE ANULACIÓN POR MEDIO DE UNA TRANSACCIÓN

No se discute que el procedimiento arbitral y el proceso de anulación del laudo son independientes. En efecto, la acción de anulación no es un recurso que abra una segunda instancia judicial, dando lugar a lo que sería un extraño procedimiento híbrido (arbitral-judicial) que sólo podría entenderse, y a duras penas, desde una concepción radicalmente jurisdiccionalista del arbitraje que hoy nadie defiende, sino una acción autónoma en la que el actor suplica la anulación del laudo con fundamento en unas determinadas causas o motivos, y da lugar a un proceso judicial independiente de única instancia, porque contra la sentencia que le pone fin no cabe recurso alguno (art. 42.2º LA) (13).

El objeto del proceso de anulación es, por tanto, diferente del propio del procedimiento arbitral resuelto por el laudo. Por ello, en el caso debatido, no lo es el conflicto sobre el cumplimiento del contrato de arrendamiento litigioso que había sido sometido a arbitraje, sino la acción de anulación del laudo por infracción del orden público en el procedimiento arbitral al que se habían sometido los contratantes para dirimir las diferencias surgidas de su relación arrendaticia. Y no se discute que las partes tengan poder de disposición —y, por lo tanto, puedan transigir— sobre el objeto del arbitraje, que, por definición, versa sobre cuestiones disponibles (art. 2.1º LA), y, si el laudo fue ya dictado, sobre su cumplimiento y eventual ejecución. La cuestión que se plantea es si, una vez que se ha optado por instar la anulación, lo tienen también para disponer (mediante un pacto transaccional o a través de la renuncia a la acción o el allanamiento) del objeto del proceso de anulación, constituido por la acción ejercitada, cuando ésta se ha fundado en la infracción del orden público o este motivo de anulación es apreciado de oficio por el tribunal (14).

La respuesta a esta cuestión es clara para el TSJ, que centra la cuestión en el contenido del pacto transaccional sometido a homologación y en el que se fundamentaba la petición conjunta de archivo de las actuaciones del proceso de anulación que versaban sobre la validez del laudo (su conformidad o no al orden público): «Esta primera consideración revela la verdadera naturaleza jurídica de lo que las partes someten al examen del Tribunal o, en román paladino, lo que de verdad está sucediendo: que los litigantes desean poner fin al proceso por haber firmado un pacto transaccional de carácter extrajudicial. Esto es tan evidente que, como hemos consignado supra, el escrito de fecha 8 de febrero de 2017, suscrito por los Procuradores y por los Letrados de demandantes y demandados, refiere que las partes «han alcanzado un acuerdo privado para la solución del conflicto», esto es, un

pacto transaccional. O, en palabras no menos reveladoras de su escrito de 27 de marzo de 2017, «que ambas partes han alcanzado un acuerdo extrajudicial... otorgando facultades especiales a sus representantes para transigir...».

A partir de esta interpretación del pacto, entiende el auto que, dentro del procedimiento judicial, el juez debe verificar que, al ser un acto dispositivo sobre el objeto del proceso, la transacción no traspasa los límites que le impone el art. 19.1º LEC, que se concretan para los demás actos dispositivos en los arts. 20.1, en relación con el art. 6.2º Cc (para la renuncia a la acción) y en el art. 21.1º (para el allanamiento). Y ese análisis del acuerdo transaccional (como de cualquier otro acto dispositivo) «no puede efectuarse en una consideración aislada de dichos pactos, es decir, desconectada de la naturaleza del proceso que se ventila y del *thema decidendi* sobre el que recae», puesto que la transacción no es admisible cuando el objeto del proceso es indisponible.

En el caso enjuiciado el objeto del proceso es, como decimos, la anulación del laudo por un concreto motivo, la lesión del orden público, que es apreciable de oficio por el Tribunal (art. 41.2º LA) (15). Y todo lo relacionado con el orden público afecta al interés general, como se desprende con claridad del art. 41.2º LA: «Los motivos contenidos en los párrafos b) (vulneración del derecho de defensa), e) (inarbitrabilidad de la controversia) y f) (orden público) del apartado anterior podrán ser apreciados por el tribunal que conozca de la acción de anulación de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal en relación con los intereses cuya defensa le está legalmente atribuida»; intereses estos que son la «defensa de la legalidad... y del interés público tutelado por la ley» (art. 1 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal). Y si lo anterior es cierto, parece claro que el objeto del proceso de anulación en el caso «no puede quedar a lo que resulte del poder de disposición, de los pactos de los litigantes, so pena de vaciar de contenido, *contra legem*, lo dispuesto en el art. 41.2º LA.» Por esta razón considera que debe entrar en el enjuiciamiento del fondo de la demanda de nulidad planteada sin quedar vinculado a lo que resulte del poder de disposición; todo ello sin perjuicio de los acuerdos de naturaleza patrimonial a que las partes puedan llegar en relación con el cumplimiento del contrato litigioso.

IV. POSIBILIDAD DE DISPONER DEL PROCEDIMIENTO DE ANULACIÓN DEL LAUDO

La sentencia del TC acepta la doctrina precedente del TSJ sobre la indisponibilidad del objeto del proceso de anulación a través de una transacción (y hay que entender que a través de cualquier otro acto dispositivo sobre el objeto del proceso, como puede ser el allanamiento), pero traslada el problema a otro ámbito, entendiendo que la voluntad de las partes no era disponer sobre el objeto del proceso (de anulación del laudo), sino sobre el procedimiento:

«... las decisiones recurridas (especialmente el auto de 4 de abril de 2017, FJ 2; la otra es la que inadmite el incidente de nulidad de actuaciones) parten del error de entender que la voluntad de las partes se dirigía a disponer del objeto del procedimiento de anulación (que se integra por las causas de nulidad invocadas) del cual las partes no pueden disponer libremente cuando está presente un elemento de orden público —lo cual es un argumento correcto—, cuando «resulta obvio que la pretensión era la de manifestar a la Sala su ausencia de interés en proseguir con el

litigio, al haber obtenido un acuerdo sobre las obligaciones patrimoniales reconocidas en el laudo, cuyo carácter de derecho privado patrimonial no se discute (...)».

El TC obvia el sentido literal del acuerdo extrajudicial de las partes, que había sido el tenido en cuenta por el TSJ de Madrid, y considera, interpretando la voluntad de las partes de forma distinta, que éstas no pretendían en él reconocer directamente la nulidad del laudo arbitral dictado y, por tanto dejar sin efecto todos y cada uno de los pronunciamientos establecidos en el mismo, sino que se limitaron a presentar «un escrito conjunto, manifestando al órgano judicial haber alcanzado un acuerdo para la solución del litigio, solicitando la terminación del procedimiento de anulación por satisfacción extrajudicial, así como la suspensión del plazo para la celebración de la vista».

Las cuestiones que entonces se plantean son estas dos: si el litigio —que había sido objeto de un arbitraje que ya había sido resuelto mediante laudo— continuaba subsistente y las partes podían ponerle fin mediante una transacción y, en caso de responderse afirmativamente, si tal transacción podía servirles de base para solicitar el archivo de las actuaciones del proceso de anulación del laudo sin pronunciamiento del tribunal sobre el fondo, lo que exigiría responder a la pregunta de si resultan aplicables en el referido proceso, cuando la acción se fundamentó en un motivo de nulidad indisponible (el orden público), o éste fue apreciado de oficio, los actos de disposición sobre el procedimiento: el desistimiento y, en el caso, el art. 22 LEC, que dispone la terminación anticipada del proceso «(c)uando, por circunstancias sobrevenidas a la demanda..., dejare de haber interés legítimo en obtener la tutela judicial pretendida, porque se hayan satisfecho, fuera del proceso, las pretensiones del actor y, en su caso, del demandado reconviniente o por cualquier otra causa»; o, por el contrario, esos actos de disposición no son aptos para producir la terminación de un proceso sobre objeto indisponible, sin perjuicio de la eficacia que puedan tener entre las partes en el plano sustantivo.

La respuesta a la primera de las cuestiones (si el litigio sometido a arbitraje y ya decidido continuaba subsistente) parece clara: «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.» Como dice el TC, el conflicto debe entenderse «aún pendiente, a pesar de la existencia de un laudo, pues de otro modo no tendría sentido la búsqueda de un acuerdo extrajudicial». La discusión se plantea a propósito de la segunda (si el acuerdo puede servir de fundamento a la solicitud de archivo del proceso de anulación sin pronunciamiento sobre el fondo).

a) El auto del TSJ se pronuncia también con claridad sobre esta cuestión: «La Sala no duda de que los litigantes, en un momento dado, pueden *perder interés* en la prosecución del proceso por llegar a un acuerdo económico —que es lo que probadamente ha sucedido—; lo que la Sala ha afirmado y afirma es que existe un interés general prevalente que hace que esos acuerdos no puedan ser utilizados —sin perjuicio de la eficacia que puedan tener *inter partes*— como cobertura fraudulenta —en fraude de ley— para evitar que un Tribunal cumpla con el deber indeclinable que le asiste, *ope legis*, de pronunciarse sobre si el objeto indisponible que ante él se ha sometido —en nuestro caso, la infracción del orden público y la vulneración del derecho de defensa como causas de nulidad del

Laudo—, debe entenderse existente, o no...» Y esta doctrina es la mantenida por la Sala, «sin fisuras ni contradicción alguna..., en relación con las limitaciones al poder de disposición de las partes sobre la acción de anulación..., ya se trate de allanamiento, transacción, satisfacción extraprocésal, renuncia o desistimiento a ésta equivalente —dado el perentorio plazo de caducidad de la acción— ...»

Conforme a esta doctrina, el pacto transaccional es perfectamente válido si se entiende que afecta al objeto del arbitraje decidido en el laudo, pero, ejercitada la acción de anulación y apreciada en el proceso correspondiente la infracción del orden público, no puede impedir el pronunciamiento judicial sobre la validez o nulidad del laudo (16), que constituye su objeto específico, sino que desplegará su eficacia *inter partes* con posterioridad (sujetando a los límites en el fijados la relación sustantiva, en el caso de declararse su nulidad, o (por ejemplo) evitando su ejecución, si la sentencia confirmó la validez del laudo).

b) La sentencia del TC, en cambio, mantiene el criterio contrario, centrando el problema en la falta de interés de las partes en seguir litigando 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 sólo el poder de desencadenar el proceso, pero sin poder hacer valer, a posteriori, los cambios sobrevenidos 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».

A juicio de la sentencia las decisiones judiciales recurridas obvian que «son presupuestos de la estimación de la demanda no sólo la existencia del vicio de anulación que se invoca, sino también la existencia del interés legítimo, cuestión ésta que pertenece al ámbito estricto subjetivo de las partes». La cuestión —concluye— podría discutirse en caso de petición unilateral de una de las partes, controvertida por la contraria, pero no cuando las partes piden —como en el caso— el archivo (desistimiento) del proceso como consecuencia de la pérdida de interés en seguir litigando tras alcanzar el acuerdo transaccional.

V. ALGUNAS CONSIDERACIONES

Como ya he dicho, una cosa es que el pacto verse sobre el objeto del proceso de anulación (la validez o invalidez del laudo) y que las partes puedan vincular con él al tribunal, determinando el contenido de su sentencia, y otra diferente que se trate de un pacto, alcanzado fuera del proceso, que verse sobre un objeto diferente (el propio del arbitraje), ponga de manifiesto la pérdida del interés de las

partes en continuar el proceso de anulación del laudo y se haga valer para lograr su sobreseimiento o archivo, sin pronunciamiento del tribunal sobre el fondo. Solo en el primer caso se puede hablar de transacción como acto dispositivo sobre el objeto del proceso y, como ya apunté, tanto el TSJ como el TC entienden que no es admisible en el proceso de anulación en el que se invoca —o se aprecia de oficio— la vulneración por el laudo del orden público. En el segundo, el acuerdo entre las partes, vinculante para ellas en el plano sustantivo, es ajeno al proceso de anulación del laudo, aunque, como digo, puede incidir en él determinando la pérdida de interés en su continuación hasta la terminación mediante una resolución que se pronuncie sobre el fondo.

En este segundo caso, que es el que se corresponde con la voluntad de las partes según el TC, el pacto transaccional se proyecta sobre el procedimiento y también deberá determinar el órgano judicial si traspasa o no los límites del art. 19.1º LEC (17). Ya hemos visto que, a juicio del TSJ, esos acuerdos no pueden ser utilizados —sin perjuicio de la eficacia que puedan tener *inter partes*—, bien directamente como actos dispositivos sobre el objeto del proceso, bien indirectamente como fundamento de la pérdida del interés en su continuación, «como cobertura fraudulenta para evitar que un Tribunal cumpla con el deber indeclinable que le asiste, *ope legis*, de pronunciarse sobre si el objeto indisponible que ante él se ha sometido —en nuestro caso, la infracción del orden público y la vulneración del derecho de defensa como causas de nulidad del Laudo—, debe entenderse existente, o no». En cambio, el MF, y también el voto particular del presidente del tribunal, entienden en sus alegaciones que «no hay una prohibición legal (de la disposición sobre el procedimiento) respecto al proceso de anulación del laudo, ni provoca perjuicio alguno a tercero y no se aprecia el interés general que se haya garantizado al anular el laudo, anulación que en todo caso solo despliega efectos respecto a las partes y en el supuesto concreto tan siquiera los produce, pues alcanzaron una solución al margen del laudo» (18).

La respuesta de la sentencia del TC es acertada, sin embargo, me parece excesivo el reproche que realiza a la decisión impugnada de ser, cuando menos, irrazonable y, por ende, de vulnerar el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión

La respuesta del TC es contundente: la decisión impugnada es, cuando menos, irrazonable y vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (19):

«La sentencia rechaza la solicitud de archivo al entender, primero, que no cabe aplicar el art. 22 LEC en el procedimiento de anulación de laudos arbitrales, dado que el procedimiento concluyó ya con el laudo, siendo el objeto del proceso de anulación del laudo otro distinto al procedimiento arbitral en sentido estricto (que es al que alcanzaría en su caso el pacto logrado entre las partes). 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 (...).»

La cuestión entonces es determinar si esa afirmación del TC de la posible aplicación del artículo 22 LEC al proceso de anulación del laudo por infracción del orden público es o no conforme a la técnica procesal. Ciertamente, no existe una prohibición legal (en la LA) sobre la aplicación de este precepto en el proceso de anulación; pero tampoco está prevista en el art. 751 LEC para los procesos civiles sobre objeto indisponible, ya que este precepto solo se refiere expresamente a los actos dispositivos sobre el objeto del proceso (la renuncia, el allanamiento y la transacción) y, con respecto a la disposición del procedimiento, admite el desistimiento con la conformidad del MF, salvo algunas excepciones.

En mi opinión, lo mismo que ocurre con la transacción, es clara la inadmisión de la pretensión de poner fin al proceso de anulación por satisfacción extraprocesal de la pretensión en él ejercitada (nulidad del laudo por infracción del orden público); dicha pretensión es indisponible y solo puede ser satisfecha por resolución judicial, nunca por las propias partes por medio de un acuerdo extrajudicial. La falta de interés se fundamentaría en un acuerdo que afectaría directamente al objeto del proceso de anulación (20), que, como digo, es indisponible.

A diferente conclusión, en cambio, debe llegarse cuando la petición de terminación del proceso se fundamenta en la carencia sobrevenida del objeto (21). Ciertamente, por la misma razón antes indicada, tampoco sería admisible hacer valer en un proceso de anulación del laudo un acuerdo de las partes en el que decidan lo que constituye su objeto, haciéndolo desaparecer, porque la decisión de ese objeto solo puede realizarse por resolución judicial. Pero no se puede desconocer que existen situaciones en las que puede estar justificado poner fin a la continuación del procedimiento; en concreto, cuando, subsistiendo su objeto por no existir —o no ser posible— una disposición directa sobre él, desaparece el interés en obtener la tutela jurisdiccional sobre el mismo, porque el fin que se lograría con el pronunciamiento judicial ha desaparecido y no tendría sentido agotar artificialmente todas las fases procedimentales aún pendientes (22). El fundamento del art. 22 LEC hay que situarlo en la pérdida del interés legítimo en obtener la tutela jurisdiccional pretendida, y dicha pérdida puede deberse tanto a causas determinantes de la desaparición del objeto del proceso (directamente a la satisfacción extraprocesal de la pretensión o a la pérdida sobrevenida del objeto), cuando son admisibles, que podrían encuadrarse dentro de la transacción, como a causas que incidan sobre el procedimiento, haciendo innecesaria su continuación (aunque indirectamente también sobre el objeto del proceso impidiendo un pronunciamiento sobre él) (23).

La doctrina de la sentencia del TC analizada viene a sancionar esta doctrina: los actos de disposición del procedimiento de anulación del laudo por infracción del orden público, aun subsistiendo su objeto que es indisponible, serán admisibles en los casos en que ambas partes pierdan el interés en litigar (24) y carezca de sentido obtener una resolución judicial; y ello con independencia de cuál sea la causa que determina esta pérdida de interés, siempre que sea válida. Por eso, dice la sentencia con referencia al caso concreto que resuelve, «dicha solución (la ineficacia del acto dispositivo sobre el procedimiento de anulación) 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».

VI. CONCLUSIÓN

Considero que la respuesta de la sentencia del TC es acertada. Sin embargo, me parece excesivo el reproche que realiza a la decisión impugnada de ser, cuando menos, irrazonable y, por ende, de vulnerar el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión. A mi juicio, dicha decisión es razonada, y también razonable —el propio TC la comparte— en lo que se refiere a la exclusión de la transacción sobre lo que constituye el objeto directo del proceso de anulación del laudo cuando se invoca —o se aprecia de oficio— la infracción del orden público. Y está suficientemente motivada en lo que atañe a la indisponibilidad —a su juicio— también al procedimiento. En el fondo solo existe una discrepancia entre ambos órganos sobre el contenido del orden público como límite a esa disponibilidad (del procedimiento). La cuestión es si la concepción restrictiva que sobre él tiene el TC, acentuada en sus últimas sentencias, puede servir de fundamento para tachar de arbitraria o irrazonable la motivación de la resolución judicial, que fue el motivo estimado en el recurso de amparo. Y, en mi opinión, el criterio de la sentencia de que tal razonamiento no se ajusta al canon constitucional sobre la motivación es por lo menos discutible.

.....

(1)

La delimitación del orden público como causa de anulación del laudo es quizá el problema más importante que tiene plantado el arbitraje en España. No me detendré en él en este breve trabajo, limitándome a subrayar que el Tribunal Constitucional (TC) ha puesto el énfasis en que su falta de definición, su configuración como un concepto jurídico indeterminado, no puede ser un pretexto para desnaturalizar la institución arbitral a la que es consustancial el criterio de mínima intervención de los órganos jurisdiccionales que aparece recogido en el art. 7 LA.

[Ver Texto](#)

(2) El TC —también los tribunales ordinarios— han repetido que la acción de anulación se limita a una revisión estrictamente formal del laudo sin que el análisis del motivo infracción del orden público faculte al tribunal para poder entrar en el fondo de la controversia sometida a arbitraje. La sentencia ahora analizada insiste en esta apreciación: «es claro que la acción de anulación 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, «al estar tasadas las causas de revisión previstas en el citado art. 45, y limitarse estas 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 de la Ley de arbitraje 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 solo pueda obtenerse la anulación de un laudo en casos excepcionales» (STJCE de 26 de octubre de 2008, asunto *Mostaza Claro*, C-168/05).»

[Ver Texto](#)

- (3) Como ha dicho R. Hinojosa en su comentario a la sentencia («El Tribunal Constitucional delimita el concepto de orden público en la anulación de los laudos arbitrales», en *Notario del Siglo XXI*, julio-agosto 2021, n.º 98), la trascendencia de la sentencia «se ha visto reflejada en la repercusión que tuvo su difusión, ya que en cuanto que se conoció su existencia se expandió la noticia por la comunidad arbitral, con el refrendo de comentarios muy favorables realizados en diversas publicaciones por especialistas en la materia y por periodistas jurídicos, o con la organización de algún seminario para analizarla».

[Ver Texto](#)

- (4) Me parece que no se puede afirmar sin más precisiones —como se ha hecho en algún comentario— que la sentencia aclara que el principio de justicia rogada es plenamente aplicable a los procedimientos de anulación de laudos arbitrales. La sentencia ciertamente alude a ello, pero delimitando su alcance.

[Ver Texto](#)

- (5) Por ejemplo, en las sentencias de 15 de diciembre de 2020, y 19 de enero de 2021. Esta asunción de la doctrina constitucional por el órgano judicial (el TSJ de Madrid) se ha realizado sin resistencia, a diferencia de lo que ha ocurrido en otro caso en el que también se produjo confrontación a propósito del control judicial, al amparo del orden público, de la motivación del laudo, en el que la aplicación por el TSJ de Madrid (en su Sentencia 16/2021, de 21 de abril) de la doctrina establecida por el TC en su sentencia 65/2021 (también en la sentencia 55/2021), motivó un voto particular del magistrado Santos Vijande inusualmente extenso.

[Ver Texto](#)

- (6) En realidad, el inicio de esta nueva corriente hay que situarlo en la STC Pleno 1/2018, de 11 de enero, en la que el TC estima la cuestión de inconstitucionalidad planteada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña sobre el art. 76 e) de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de contrato de seguro. En ella aflora ya, siquiera sea en los votos particulares, este nuevo anclaje constitucional del arbitraje, que le sirve de base.

[Ver Texto](#)

- (7) *Vid.* las SSTC 2ª 55/2021 y 65/2021, ambas del 15 de marzo.

[Ver Texto](#)

- (8) Como ya he dicho, este cambio de orientación se aprecia ya en la STC 1/2018, antes citada, en la que se plantea la contraposición de las dos visiones distintas sobre el arbitraje que esa diferente fundamentación constitucional comporta: a) la «tradicional» recogida en la propia sentencia y, por tanto, aceptada por la mayoría, que defiende la naturaleza jurisdiccional de la institución: el arbitraje es un «equivalente jurisdiccional» y, en cuanto tal, conectado con el art. 24 CE; y b) la más moderna, sostenida por los votos particulares (en especial, el del magistrado Xiol Ríos), conforme a la cual el arbitraje tiene su fundamento en la voluntad de las partes y su asiento constitucional no en el art. 24, sino en el art. 10, «si bien para su efectividad requiere de la asistencia judicial, dado que no tendría

sentido un mecanismo de resolución de conflictos cuyas decisiones no tuvieran carácter ejecutivo o carecieran del valor de cosa juzgada y no pudieran invocarse con tal carácter ante los poderes públicos y ante los tribunales». Esta segunda postura es la que ahora ha asumido el TC a partir de la sentencia objeto del presente comentario. Ello supone sin duda un cambio de perspectiva en la percepción de la institución y una apuesta evidente por la naturaleza esencialmente contractual del arbitraje: no se puede «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» (STC 65/2021), porque lo contrario supondría hablar de identidad entre resoluciones judiciales y arbitrales y esta afirmación «es inaceptable, pues ambos tipos de resolución de conflictos descansan sobre preceptos constitucionales distintos». (FJ 4). Dado que el arbitraje no es un procedimiento judicial, los árbitros «no están sujetos a los deberes y garantías que impone el artículo 24 de la Constitución. 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). Por eso, el TC reitera que «el control que pueden desplegar los jueces y tribunales que conocen de una pretensión anulatoria del laudo es muy limitado, y que no están legitimados para entrar en la cuestión de fondo ni para valorar la prueba practicada, los razonamientos jurídicos y las conclusiones alcanzadas por el árbitro». (FJ 4). La relevancia de este principio de autonomía de la voluntad en el arbitraje nunca ha sido discutida; sin embargo, parece evidente que la naturaleza jurisdiccional tiene una relevancia igualmente sustancial que no puede ser desconocida. No se trata de resucitar las discusiones sobre la naturaleza contractual o jurisdiccional del arbitraje, pero es indudable que esta última se manifiesta de forma relevante no solo en la eficacia de cosa juzgada y ejecutiva del laudo, sino también en las garantías de que se dota tanto a la elección y función de los árbitros como al procedimiento arbitral. Las partes no pueden otorgar dentro del derecho privado a un tercero más de lo que tienen —*nemo dat quod non habet*—, por lo que es evidente que el poder que se atribuye a los árbitros de decidir obligatoriamente, con efecto de cosa juzgada y ejecutoriedad incondicionada, sólo puede venirles del Estado (Fenech); y las partes pueden pactar la cuestión que someten a arbitraje y las normas del procedimiento arbitral (art. LA), pero con el límite de la inarbitrabilidad prevista en el artículo 2 LA y de las garantías establecidas (en especial, art. 24 LA, y el «orden público» cuya infracción está prevista como motivo de anulación del laudo y que, lato sensu se puede decir que incluye las anteriores), que no pueden ser traspasadas por su voluntad. Y, en mi opinión, estas garantías tienen una indudable relevancia constitucional; la afirmación de que los árbitros «no están sujetos a los deberes y garantías que impone el art. 24 CE» que se contiene en la Sentencia 65/2021 me parece muy arriesgada porque, como acertadamente dice el voto particular del magistrado Santos Vijande al que hacía referencia en la nota 5, «no sería admisible una dispensa del monopolio constitucional del ejercicio de la función jurisdiccional que no respetara exigencias indeclinables, según la propia Constitución, del desempeño lícito de la función jurisdiccional por el Poder Judicial». La Constitución no permite conferir fuerza de cosa juzgada material a una decisión vinculante para los justiciables, pero respecto de la que no fuera posible controlar y salvaguardar la interdicción de la arbitrariedad y, en general, el respeto a las referidas garantías, que son objeto de control jurisdiccional y se canalizan a través de los motivos de anulación del laudo previstos en el art. 41 LA. Cuestión diferente es que el laudo que infringe tales garantías no sea recurrible en amparo constitucional, que solo está previsto frente a vulneraciones de derechos fundamentales imputables a un poder público, y los árbitros no lo son. La exclusión de la tutela lo es solo de la reforzada que proporciona el recurso de amparo, pero ello no implica que la vulneración del derecho fundamental no haya existido ni que la misma pueda ser controlada por los tribunales. Y cuestión diferente también es el ámbito del orden público cuya infracción está prevista como causa de anulación del laudo, a la que

me refiero a continuación. Pero sobre este tema volveré en un trabajo posterior.

[Ver Texto](#)

- (9) «Ahora bien, dice la sentencia, el problema que precisamente suscita este asunto es el de qué debe entenderse por orden público o si la interpretación llevada a cabo por el órgano judicial de lo que deba entenderse por orden público es arbitraria e irrazonable y con esa irrazonabilidad se ha vulnerado el derecho de las partes a la motivación razonable de las resoluciones judiciales».

[Ver Texto](#)

- (10) Hay que poner de manifiesto, a los efectos que luego se dirán: a) que el TC ha subrayado, siguiendo la doctrina del TEDH, que el derecho a un juez imparcial forma parte del contenido esencial del derecho a un proceso con todas las garantías reconocido en el artículo 24.2 de la CE; porque la imparcialidad se erige en una garantía procesal que condiciona la existencia misma de la función jurisdiccional (STC 2ª 12 de junio de 2000); y b) que en el arbitraje institucional la imparcialidad se predica no solo del árbitro, sino también de la institución: Así, por ejemplo, la STSJ Madrid CP 1ª 13 de noviembre de 2014, estima la acción de anulación de un laudo arbitral porque la Corte arbitral que administró el arbitraje no puso en conocimiento de las partes el hecho cuestionado de que la Cámara de Comercio en que se encuadraba era propietaria de parte de la sociedad demandada en el arbitraje, con la consiguiente colusión de intereses; la STSJ Madrid CP 1ª 17 de septiembre de 2015, resuelve un caso en el que se alegó la parcialidad o falta de neutralidad de la entidad administradora del arbitraje por sus vinculaciones con la mercantil demandante en el procedimiento arbitral y con el despacho que la asesora en la causa; la STSJ Navarra CP 1ª 28 de octubre de 2013, resolvió —en este caso desestimándola— la acción de nulidad de un laudo arbitral que se fundamentaba en la incompatibilidad de la Corte de Arbitraje por existir unión de intereses entre el letrado de la parte contraria y el presidente de la Corte de Arbitraje, al ser ambos miembros de un mismo bufete. «No es dudoso —dice la primera de las sentencias citadas—, que, en los arbitrajes en que intervenga, la Corte ha de actuar con total independencia de la Cámara —o de la institución de que se trate— en que se incardina: y «ese actuar con independencia, obviamente, presupone la neutralidad respecto de las partes y la ausencia de interés directo o indirecto de la Cámara en el *thema decidendi* del arbitraje, puesto que, por definición, no se puede concebir aquí la independencia al modo en que es habitual en el plano judicial, esto es, como ausencia de vínculos de sujeción, dado que la Corte, como institución, es y depende en su ser mismo de la Cámara que la auspicia». De ahí, la inequívoca necesidad de extremar las cautelas en el arbitraje institucional, lo que se traduce en el escrupuloso respeto al principio de igualdad, lo que es tanto como decir que la Corte arbitral ha de actuar con neutralidad respecto de las partes y con pleno desinterés respecto del *thema decidendi*. Y «(e)sa neutralidad subjetiva y ese desinterés objetivo, necesarios en el caso concreto, se predica, desde luego, de cada uno de los miembros de la Corte, pero también de la Corte misma y, por inexcusable conexión o consecuencia, se ha de extender a la corporación, asociación o entidad sin ánimo de lucro que haya creado la Corte y que, directamente, designa sus órganos de gobierno».

[Ver Texto](#)

- (11) Contenida, por ejemplo, en la STSJ Madrid CP 1ª 7 de septiembre, FJ Iº bis.

[Ver Texto](#)

(12) Para el órgano judicial, tanto la causa de nulidad del laudo alegada (carácter abusivo de la cláusula arbitral) como la apreciada de oficio por el tribunal (falta de imparcialidad) afectan al orden público: «en el caso, la causa de anulación invocada por la actora es la radical nulidad del convenio arbitral —art. 41.1º.a) LA—, dado que la suscripción del convenio sería abusiva en tanto que prohibida por la normativa tuitiva de los consumidores. La eventual causa de anulación puesta de manifiesto por esta sala guarda relación, como queda dicho, con la infracción del orden público, apreciable de oficio por disposición expresa del art. 41.2º LA. Y es más, aunque en una primera aproximación pudiera pensarse que el motivo de anulación invocado por los demandantes no es apreciable de oficio *ex art.* 41.2º LA, sin embargo no cabe ignorar que, en numerosas ocasiones la alegación de invalidez del convenio está indisolublemente vinculada —por razón de los hechos y/o argumentos en que se sustenta tal causa de nulidad, más allá de su mera denominación— a la tutela del orden público y/o de intereses generales cuya protección y salvaguarda no puede ser declinada. Tal es el caso que nos ocupa, señaladamente puesto de manifiesto por aquella doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que, en garantía de los consumidores, obliga a los tribunales de la Unión a apreciar de oficio la nulidad de convenios arbitrales que hayan de ser calificados como abusivos.» La normativa comunitaria protectora de los consumidores, en efecto, forma parte del orden público: sus normas, y en concreto la Directiva 93/13, «en su totalidad constituye, conforme al art. 3 CE (Constitución europea), apartado 1, letra t), una disposición indispensable (y, por tanto, imperativa) para el cumplimiento de las misiones confiadas a la Comunidad Europea, especialmente para la elevación del nivel y de la calidad de vida en el conjunto de ésta» (STJUE 6 de octubre de 2009, asunto *Asturcom*).

[Ver Texto](#)

(13) La ya antigua SAP Madrid 25 junio 2003 resulta gráfica al respecto: «La decisión atacada no emana de un sistema estatal de resolución de conflictos, en el que el recurso es una garantía más del ciudadano. Procede de un sistema privado contractual de autorregulación de intereses en materias disponibles, basado en la decisión vinculante de un tercero, y cuyo presupuesto es, precisamente, la huida de lo judicial y de todas sus exigencias. La diferencia de origen nos lleva a la afirmación de que las resoluciones judiciales o administrativas, son recurribles dentro del mismo sistema de resolución de conflictos, y los actos de los árbitros, cuyo poder se acaba y agota en la decisión, son anulables por medio de acciones de impugnación, ejercitables fuera del sistema privado de decisión del que dimanen, o lo que es lo mismo ante el sistema judicial, único capaz de anularlo coactivamente porque el sistema privado arbitral se agotó en sí mismo, sin que en su entramado se prevea la segunda instancia. A la luz de lo expuesto, la pretensión de la parte debe catalogarse como acción autónoma de impugnación, situada en el ámbito de las pretensiones declarativas con efectos constitutivos de anulación, por motivos tasados de ilegalidad formal, y sin que los órganos judiciales puedan entrar a revisar el fondo de la cuestión, ni la valoración de la prueba. Como tal, está sometida a rígidos plazos de caducidad, basados en poderosas razones de seguridad jurídica, que obligan a las partes a estar y pasar por la decisión a la que se sometieron expresamente, sin permitir al vencido que demore el cumplimiento de lo decidido».

[Ver Texto](#)

(14) La transacción despliega su eficacia directamente sobre el objeto del proceso. Por eso, tiene para las partes la autoridad de la cosa juzgada y, si ha sido homologada judicialmente, eficacia ejecutiva (art. 1816 Cc). Aunque, con la doctrina más caracterizada, hay que entender, con respecto a la primera de tales eficacias, el primer inciso del art. 1816 Cc no puede entenderse en el sentido de cosa juzgada, pues, como señaló la STS 28 de noviembre de 1984, el (vocablo) cosa juzgada no equivale a identificarlo

con la excepción de cosa juzgada, sino que tiene un efecto novatorio de las relaciones litigiosas con el subsiguiente efecto de pedir el cumplimiento de lo convenido o, en su caso, la nulidad o anulabilidad, si hubieran concurrido, por ejemplo, vicios de consentimiento, o incluso la resolución, si concurren los requisitos del art. 1124 Cc. Por lo tanto, el acuerdo transaccional no puede fundar, en un proceso ulterior, la excepción de cosa juzgada, sino una excepción material o sustantiva (la excepción de transacción o *exceptio pacti*).

[Ver Texto](#)

(15) Para el TSJ «no vale decir que lo único que se debate aquí es el cumplimiento de un contrato de arrendamiento de vivienda...: lo que se ha debatido en la causa, aquello sobre lo que se ha alegado y practicado abundante prueba, es si, con ocasión de tal contrato, se ha llevado a cabo un arbitraje prohibido en las relaciones de consumo por normativa con rango de ley, y si se ha infringido el principio de igualdad en la ratificación del convenio arbitral: decir que tales cuestiones no afectan al orden público o, más ampliamente, al interés general en que el arbitraje se desarrolle con las debidas garantías —como "equivalente jurisdiccional" que es—, por el hecho de que se hayan sometido a la consideración de la sala al hilo de un contrato sobre materia disponible sería tanto, lisa y llanamente, como dar por buena una patente "petición de principio": por definición, la controversia que se somete a arbitraje ha de versar sobre materias de libre disposición —art. 2.1º LA—, pero esto no significa, con toda evidencia, que lo que dé origen y suceda en el procedimiento arbitral sea igualmente disponible siempre y en todo caso: un postulado semejante contraviene frontal, clara e inequívocamente la dicción terminante de los arts. 41.1º.f) y 41.2º LA, y de los correlativos preceptos de la Ley modelo sobre comercio electrónico de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho mercantil internacional y del Convenio de Nueva York de 1958, por citar solo dos ejemplos paradigmáticos de normas internacionales».

[Ver Texto](#)

(16) En definitiva, concluye el auto, «no es dable poner fin a un proceso que recae sobre la nulidad de un laudo porque las partes hayan llegado a un acuerdo sobre la realidad jurídica de un objeto distinto —el cumplimiento y vigencia de un contrato arrendaticio—, siempre y cuando esa nulidad se pretenda cometida por motivos cuyo examen el Tribunal no puede ignorar al venirle impuesta por la ley su actuación *ex officio*».

[Ver Texto](#)

(17) El precepto fija estas limitaciones también para el desistimiento que es el genuino acto de disposición del procedimiento.

[Ver Texto](#)

(18) El MF refuerza esos argumentos con su discrepancia sobre el momento en que el tribunal entró a analizar de oficio la posible nulidad del laudo arbitral, «pues antes de entrar a resolver tal cuestión había otra pretensión de las partes —la petición de archivo por composición entre ellos— que debía haber resuelto previamente». A su juicio, debió ser en este momento previo, teniendo en cuenta lo hasta entonces actuado, cuando el tribunal debió resolver, «y, si así lo hubiera hecho, difícilmente habría apreciado un interés general, ya que un pronunciamiento sobre el orden público era prematuro».

[Ver Texto](#)

(19) Esta apreciación «se refuerza además por el comportamiento de la sala, que no solo rechazó la petición de archivo, sino que, además, como se pone de relieve en la demanda y subraya el Ministerio Fiscal, ni siquiera dio eficacia a la voluntad tácita de las partes de desistimiento por su no comparecencia al acto del juicio, demostrando con ello una pertinacia en decidir el fondo del asunto que, aparentemente, fue más allá de los límites constitucionales del deber de motivación».

[Ver Texto](#)

(20) Por eso, en la redacción originaria del precepto (art. 22.1º, II LEC) se disponía que «El auto de terminación del proceso tendrá los mismos efectos que una sentencia absolutoria firme»; es decir, de un pronunciamiento sobre el fondo, no sobre el procedimiento.

[Ver Texto](#)

(21) Esta causa de terminación del proceso, aunque no aparece nombrada en el texto del art. 22 LEC, lo es en su rúbrica y debe entenderse incluida dentro de las otras causas que, según el precepto, pueden determinar la pérdida de interés en obtener la tutela jurisdiccional.

[Ver Texto](#)

(22) En este sentido se pronuncia, dentro del ámbito de los procesos civiles indisponibles, J.M.^a González, «Régimen de los procesos sobre estado civil en la Ley de Enjuiciamiento Civil (con especial atención a los procesos sobre capacidad de las personas), *Foro. Revista de Ciencias Jurídicas y sociales*, n.º Extra 2004, p. 169: «Poco discutible —dice este autor— es, por ejemplo, que el hecho de la muerte del presunto incapaz, para el proceso de incapacitación o de reintegración de la capacidad, extingue en la mayor parte de las ocasiones el interés legítimo en obtener la tutela jurídica afirmada en la demanda, luego se puede justificar perfectamente, en ese caso o en casos como éste, una terminación anticipada del proceso, sin necesidad de agotar artificialmente todas las fases procedimentales aún pendientes.»

[Ver Texto](#)

(23) En todo caso, la institución no debe confundirse —como en algún momento ocurre en la sentencia del TC— con el desistimiento, que provoca también la terminación anticipada del proceso, pero no impide su planteamiento posterior (art. 20.3º.II LEC). Aunque en la redacción actual del art. 2 LEC ha desaparecido la equiparación de los efectos del decreto del Letrado de la administración de justicia poniendo fin al procedimiento a los de una sentencia absolutoria firme (sobre el fondo), ello no significa que asuma la naturaleza de una resolución de contenido meramente procesal: su efecto no puede ser el de tener la cuestión litigiosa por resuelta, sino el de poner de manifiesto la inexistencia sobrevenida del interés en continuar litigando, que es un presupuesto material de la acción.

[Ver Texto](#)

(24) Tiene razón la sentencia del TC cuando afirma (como ya veíamos) que «son presupuestos de la estimación de la demanda no sólo la existencia del vicio de anulación que se invoca, sino también la existencia del interés legítimo, cuestión ésta que pertenece al ámbito estricto subjetivo de las partes». Aunque, ciertamente, la exigencia de este requisito como presupuesto material de la acción ejercitada

ha desaparecido del texto de la LEC. El interés en obrar solo se exige (por la jurisprudencia) en los procesos en que se ejercitan acciones meramente declarativas, en los que no es suficiente que el actor sea titular del derecho cuya tutela pretende, sino que se precisa, además, el interés en obtener la protección jurisdiccional, fundado en que dicho derecho se ve amenazado por la conducta del demandado. En los demás tipos de acciones (constitutivas y de condena) este interés se encuentra implícito.

[Ver Texto](#)

Tres resoluciones del Tribunal Superior de Justicia de Madrid desestimatorias de acciones de anulación de laudos, que traen causa de tres sentencias del Tribunal Constitucional de 2020 y 2021 que anulaban sendas resoluciones de aquel Tribunal recurridas en amparo

Three decisions of the High Court of Justice of Madrid dismissing actions for setting aside arbitral awards, based on three judgments of the Constitutional Court rendered in 2020 and 2021 which annulled three decisions of the former Court following an appeal for constitutional protection («recurso de amparo»)

A partir del 15 de junio de 2020 (Sentencia 46/2020) la jurisprudencia del Tribunal Constitucional inició una nueva época que repone el arbitraje en España en el lugar que nunca debió haber abandonado, como, lamentablemente, venía ocurriendo en el último lustro, en el ámbito territorial del Tribunal Superior de Justicia de Madrid. En este artículo me propongo examinar las resoluciones del este último Tribunal dictadas con posterioridad a esas cuatro sentencias del Tribunal Constitucional como consecuencia directa de la estimación de los respectivos recursos de amparo.

Arbitraje, Laudo arbitral, Acción de anulación, Doctrina del Tribunal Constitucional

As of 15 June 2020 (Ruling 46/2020), the case law of the Constitutional Court begins a new era that restores arbitration in Spain to the position it had unduly been displaced from by five years of misguided case-law of the High Court of Justice of Madrid. This article examines the decisions of the latter Court handed down after four rulings of the Constitutional Court as a direct consequence of the upholding of the respective appeals for constitutional protection («recurso de amparo»).

Arbitration, Arbitral award, Action for setting aside, Constitutional Court doctrine.



Santiago Martínez Lage (1)

Árbitro internacional

Como es sobradamente conocido por toda la comunidad jurídica, y no solo por los que nos dedicamos al arbitraje, a partir del 15 de junio de 2020 (Sentencia 46/2020, ECLI:ES:TC:2020:46) la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (TC) inicia una nueva época que repone el arbitraje en España en el lugar que nunca debió haber abandonado, como, lamentablemente, venía ocurriendo

en el último lustro, en el ámbito territorial del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (TSJM) (2) .

En efecto, ya se considere que estamos en presencia de una simple aclaración de su jurisprudencia anterior, ya de una elegante rectificación (3) , lo cierto es que en la mencionada Sentencia de 15 de junio de 2020 y en las tres posteriores del mismo TC que nos son conocidas (Sentencia 17/2021, de 15 de febrero de 2021, ECLI:ES:TC:2021:17 —asunto *Mazacruz*—, Sentencia 55/2021 de 15 de marzo de 2021, ECLI:ES:TC:2021:55 —asunto *Socialtech*— y Sentencia 65/2021, de 15 de marzo de 2021, ECLI:ES:TC:2021:65 —asunto *Casa de Pot*), el TC deja claramente sentado que no porque «el concepto de orden público es poco nítido», puede convertirse «en un mero pretexto para que el órgano jurisdiccional reexamine cuestiones debatidas en el procedimiento arbitral desnaturalizando la institución arbitral y vulnerando al final la autonomía de la voluntad de las partes» (Fundamento Jurídico —FJ— 4 de la Sentencia 46/2020). Y ello es así porque la calificación que el propio TC en otras sentencias había hecho del arbitraje como un «equivalente jurisdiccional» (4) , queda ahora reducida a la coincidencia en el efecto de cosa juzgada que comparten los laudos con las sentencias. Nada más.

En este artículo me propongo examinar las resoluciones del TSJM dictadas con posterioridad a esas cuatro sentencias del TC como consecuencia directa de la estimación de los respectivos recursos de amparo, que me son conocidas (5) .

Se trata de las siguientes resoluciones (6) : Auto 7/2021 de 13 de abril de 2021 (asunto *Socialtech* (7)), Sentencia 16/2021 de 21 de abril de 2021 (asunto *Casa de Pot* (8)), Sentencia 31/2021 de 21 de mayo de 2021 (asunto *Mazacruz* (9)) y

I. AUTO 7/2021 DE 13 DE ABRIL DE 2021 (ASUNTO SOCIALTECH) (10)

El *Auto de 13 de abril de 2021* (*Auto 7/2021*, en el *asunto Socialtech S.R.L contra Izo Corporate S.L.*) merece ser comentado con cierto detenimiento por dos razones: porque, al igual que las dos sentencias del TSJM que también analizaremos, este auto tiene como consecuencia la anulación de la sentencia previa, al acordar, finalmente, sobreseer el procedimiento que anteriormente había concluido con una sentencia estimatoria de la anulación parcial de un laudo; y, sobre todo, porque contiene un largo y llamativo Voto Particular que termina inclinándose —en lugar del sobreseimiento— por el planteamiento de una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), voto que ha sido redactado por el mismo magistrado que, como ponente, redacta la breve resolución que expresa el parecer mayoritario de la Sala, el Sr. Santos Vijande.

Recordemos (11) que el 14 de abril de 2018, en un procedimiento arbitral administrado por la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, el árbitro único había dictado un laudo en el que, entre otras cosas, condenaba a la parte demandada (*Socialtech*) a abonar a la demandante (*Izo*) 120.000 € en concepto de penalidad por violación de un pacto de no competencia post contractual incluido en un contrato de franquicia, suscrito entre ambas en 2013, cuya nulidad, alegada por la demandada, fue desestimada por el árbitro.

El laudo fue objeto de una acción de anulación parcial ejercida por la condenada en el arbitraje

(*Socialtech*) ante la Sala de lo Civil y Penal del TSJM, al ser Madrid la sede del arbitraje. El 10 de diciembre de 2018, la demandante presenta un escrito manifestando que «desiste del presente procedimiento», escrito al que la demandada presta su conformidad, solicitando ambas del Tribunal que «acuerde la terminación del presente procedimiento sin especial pronunciamiento sobre las costas». Pese a ello, tres días después —*el 13 de diciembre de 2018*— el TSJM dictó la Sentencia 49/2018 (12) en la que, tras denegar la solicitud de archivo de la causa, entró en el fondo del asunto y estimó la demanda de anulación parcial, con un largo y complicado razonamiento que, aunque parece reconocer que el laudo infringe normas materiales de orden público, finalmente, basa su decisión en una violación de principios de orden público procesal: «radical déficit de motivación». La Sentencia cuenta con un breve, claro y contundente *Voto Particular del Presidente de la Sala (Sr. Vieira Morante)* que sostiene que lo procedente, en aplicación del art. 20 de la LEC, hubiera sido acordar el sobreseimiento solicitado por ambas partes, considerando que no hay interés público ni privado afectado por el desistimiento.

El TC (*Sala Segunda*) en su Sentencia 55/2021, de 15 de marzo (ponente, Sr. González-Trevijano) estima el recurso de amparo promovido por la demandante arbitral (*Izo Corporate*), declara la nulidad de la Sentencia del TSJM de 13 de diciembre de 2018 (13) y ordena retrotraer las actuaciones al momento anterior a la adopción de la mencionada sentencia. La estimación del recurso se produce porque el TC «entiende que la decisión del órgano judicial [la Sala de lo Civil y Penal del TSJM de 13 de diciembre de 2018, citada] de no proceder al archivo de la causa fue contraria al canon de razonabilidad de las resoluciones judiciales y, por ello, vulneró el derecho fundamental de la demandante en amparo ... a la tutela judicial efectiva (art. 24.1º CE)». Para alcanzar esta conclusión, el TC estima el tercero de los motivos alegados por la demandante, coincidente con el primero de los alegados por el Ministerio Fiscal, fundándose en su propia Sentencia 46/2020 (14). Así, vuelve a afirmar (reproduciendo literalmente esa Sentencia) que «debe reputarse contrario a la tutela judicial efectiva de los recurrentes el razonamiento del órgano judicial que niega virtualidad a un acuerdo basado en el poder dispositivo de las partes sin que medie norma prohibitiva que así lo autorice, imponiendo una decisión que subvierte el sentido del proceso civil y niega los principios en que se basa, en concreto, el principio dispositivo o de justicia rogada» (FJ 3).

Pues bien, una vez retrotraídas las actuaciones al momento ordenado por el TC, el TSJM dicta una nueva resolución el 13 de abril de 2021 (el Auto 7/2021, objeto de este comentario) que, como era de esperar, acuerda —aunque no por unanimidad— el sobreseimiento del procedimiento que, en diciembre de 2018, había concluido declarando la anulación parcial del laudo.

Como ya he indicado, lo primero que sorprende en este Auto es el contraste entre la brevedad del texto de la decisión mayoritaria y la extensión del voto particular, redactados ambos por el mismo magistrado ponente, ya citado. Sorprende también que el texto mayoritario solo añada a la reproducción por la Sentencia del TC 55/2021 de los razonamientos de la Sentencia del TC 46/2020 una referencia a la motivación del TC según la cual el cierre anticipado del procedimiento «no creaba una situación contraria a la Ley, ni producía perjuicios para intereses públicos ni privados», y otra a la constatación del TC según la cual «los criterios aplicados en el Laudo, aunque fueran erróneos (...) no crean un precedente de obligado cumplimiento, ni tienen mayor repercusión que entre las partes de

este procedimiento». Sorprende también que omita el Auto algo que la Sentencia del TC declara expresamente que considera «aún más importante»: a saber, que «el pronunciamiento judicial sobre el desistimiento precede necesariamente al análisis de una posible vulneración del orden público ex art. 41.2º LA, por lo que el órgano judicial no puede ampararse en su deber de velar por el orden público y por el interés general para rechazar una solicitud de archivo» (FJ 3, párrafo séptimo).

Esto último es, en mi opinión, lo que, inadecuadamente, hace el *Voto Particular* discrepante, para terminar afirmando que lo procedente en este caso, tras la Sentencia del TC 55/2021, hubiera sido que el TSJM planteara una cuestión prejudicial ante el TJUE, con dos preguntas, que enuncia, tras hacer la exposición razonada que el TJUE exige en estos casos. A saber:

«¿El art. 101 TFUE y el Reglamento 330/2010, de 20 de abril, de la Comisión, deben ser interpretados en el sentido de que, pendiente un proceso de anulación de un Laudo por infracción de dichas normas de orden público de la Unión, el Tribunal nacional ha de poder pronunciarse sobre esa eventual infracción del orden público, pese al desistimiento bilateral de las partes?

¿Existe un interés general prevalente sobre la voluntad de las partes en abandonar el proceso de anulación cuando está en juego la observancia de normas imperativas del Derecho de la Unión sobre una de sus Libertades Fundamentales —la libre competencia—, de modo que, en exégesis de conformidad con el Derecho de la Unión, el Tribunal Nacional haya de aplicar la norma que le habilita para preservar el orden público de la Unión, cual es, en el caso, el art. 41.2º de la Ley de Arbitraje?»

Cierto es que nada se opone a que un órgano jurisdiccional de un Estado miembro de la UE llamado a pronunciarse sobre la anulación de un laudo arbitral pueda plantear al TJUE una cuestión prejudicial. De hecho, dos de las sentencias más relevantes del TJUE sobre el arbitraje y las normas comunitarias que disciplinan la competencia entre empresas fueron pronunciadas, precisamente, en respuesta a sendas cuestiones prejudiciales planteadas en un procedimiento de anulación de un laudo (una del *Hoge Raad der Nederlanden* —Países Bajos— en el asunto C-126/97, *Eco Swiss* (15), y otra por la *Cour d'appel* de París en el asunto C-567/14, *Genentech* (16)).

Ahora bien, en el presente asunto coincido con el parecer mayoritario de la Sala y opino que la cuestión prejudicial no era procedente, por las razones que expongo a continuación.

Observemos que, pese a que en la primera resolución del TSJM sobre estos hechos (la sentencia que anuló parcialmente el laudo) se afirma que «esta Sala no prejuzga la validez o nulidad de la cláusula de no competencia post contractual del Contrato de Franquicia», lo cierto es que pocos párrafos más abajo (en el penúltimo del FJ 2) la sentencia afirma que el «Laudo ha asentado su decisión sobre la base de la infracción patente de normas imperativas que, tuitivas de intereses generales de primordial importancia eran de inexcusable observancia» (17).

La suposición de que en el fondo de la Sentencia del TSJM 49/2018 latía la percepción por la Sala de hallarse en presencia de una infracción al Derecho comunitario de la competencia, aparece reforzada en el Auto 7/2021, que estamos comentando. En efecto, el texto (mayoritario) del Auto —

redactado por el magistrado discrepante— contiene en el primer párrafo estas palabras: «la infracción del orden público *apreciada por nuestra Sentencia 49/2018 ... —en sustancia, quiebra de normas imperativas del Derecho de la Unión sobre defensa de la libre competencia—...*» (cursivas añadidas). Cabría pensar que el sustantivo «quiebra» puede no ser equivalente a «infracción», aunque difícil es encontrarle, en este contexto, un significado alternativo. Pero cualquier duda a este respecto desaparece al constatar que el voto particular vuelve a reproducir este aserto de la Sentencia 49/2018: «El Laudo ha asentado su decisión sobre la base de la infracción patente de normas imperativas que, tuitivas de intereses generales de primordial importancia, eran de inexcusable observancia» (18).

Precisamente por lo que antecede, creo que cobra especial relevancia el razonamiento reproducido más arriba, que la Sentencia del TC 55/2021 subraya y el Auto y el Voto Particular omiten: «el pronunciamiento judicial sobre el desistimiento precede necesariamente al análisis de una posible vulneración del orden público ex art. 41.2º LA».

Si las normas procesales de nuestro ordenamiento impiden a los órganos jurisdiccionales nacionales entrar en el análisis de una posible infracción de orden público cuando ambas partes han desistido del procedimiento de anulación, el Derecho comunitario no impone a dichos órganos la obligación de analizar si se ha producido tal infracción por violación de las normas del Derecho comunitario de la competencia

Más importante, sin embargo, me parece señalar que la sentencia *Eco Swiss*, que es fundamental, desde luego, para la resolución de este asunto —como acertadamente afirman tanto la Sentencia del TSJM 49/2018 como el voto particular del Auto 7/2021—, no altera las normas procesales de los Estados miembros. El TJUE no ha creado nuevas acciones o recursos para atacar un laudo aunque infrinja el Derecho comunitario de la competencia. Lo único que ha establecido es que, si tal acción o recurso de anulación existe en el ordenamiento interno de un Estado miembro, y entre los motivos invocables para obtenerla figuran las infracciones de normas nacionales de orden público, el art. 101.1º TFUE merece esa calificación. Dice exactamente el ap. 37 de la sentencia *Eco Swiss*:

«37. De ello se deduce que, en la medida en que un órgano jurisdiccional nacional deba, en aplicación de sus normas procesales internas, estimar un recurso de anulación de un laudo arbitral basado en la inobservancia de normas nacionales de orden público, también debe estimar tal recurso basado en la inobservancia de la prohibición impuesta en el apartado 1 del art. 85 [actual 101] del Tratado» (19) (cursivas añadidas).

Recientemente (el 3 de marzo de 2021) el Abogado General M. Szpunar en sus Conclusiones en el

asunto *Moldavia c. Komstroy* reiteró esta misma idea, al analizar el control de la aplicación del Derecho comunitario por los tribunales de los Estados miembros, según se trate de arbitraje comercial o de inversiones: «El Tribunal de Justicia declaró que así sucede aunque el Derecho de los Estados miembros prevea la posibilidad de que los órganos jurisdiccionales nacionales controlen el laudo arbitral, dado que *ese control es limitado y solo puede llevarse a cabo en la medida en que lo permita el Derecho nacional*» (20) (cursivas añadidas).

Opino, en consecuencia, que si las normas procesales de nuestro ordenamiento, tal y como han sido interpretadas por el TC, impiden a los órganos jurisdiccionales nacionales entrar en el análisis de una posible infracción de orden público cuando ambas partes han desistido del procedimiento de anulación, el Derecho comunitario no impone a dichos órganos la obligación de analizar si se ha producido tal infracción por violación de las normas del Derecho comunitario de la competencia.

Al lado de esta conclusión —que, naturalmente, «someto a cualquier otra mejor fundada en Derecho»— otras singularidades del voto particular que comento me parecen de menor importancia, pero creo que deben ser comentadas. Sorprende, por ejemplo (21), que en el Voto Particular (22) se califique repetidamente como «Libertad Fundamental» (incluso en el enunciado de la segunda pregunta de la cuestión prejudicial) el régimen de competencia empresarial establecido en los arts. 101 ss TFUE, y desarrollado por otras normas de Derecho derivado.

Es verdad que el art. 101.1º «constituye una disposición fundamental indispensable para el cumplimiento de las misiones confiadas a la Comunidad», como ha afirmado, entre otras, la sentencia *Eco Swiss* (23).

Pero es extraño que el Voto Particular califique la «libre competencia» como una de las «Libertades Fundamentales» de la UE. El régimen de competencia empresarial regulado en el Tratado no es una de las libertades propias del Derecho comunitario, en ninguna de sus diversas formulaciones. El enunciado más frecuente de estas libertades es el que figura en el índice del TFUE: Libre circulación de mercancías, libre circulación de personas, libre circulación de servicios y libre circulación de capitales. Con estas mismas denominaciones aparecían ya en el Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea de 1957. La doctrina, a veces, hace otras clasificaciones (*v.gr.*, agrupando libertad de establecimiento y de prestación de servicios y/o separando la libre circulación de trabajadores de la libre circulación de personas), pero no recuerdo que en ninguna clasificación doctrinal se incluya la libre competencia como una «Libertad Fundamental» (24).

No se trata solo de una cuestión terminológica. Las libertades que establecen los Tratados comunitarios se articulan reconociendo derechos a las personas físicas y jurídicas nacionales de un Estado miembro de la UE, que amplían el ámbito de su autonomía de la voluntad (porque, esencialmente, pueden ejercerlo en otros Estados miembros). En cambio, el régimen de competencia empresarial se construye mediante normas limitativas de la autonomía de la voluntad, aunque sea —como bien sabemos— para asegurar el buen funcionamiento del mercado interior.

En consecuencia, si se tratara de enunciar una libertad (nacional o comunitaria) en este ámbito el vértice correspondería a la libertad de empresa. Así, el art 38 CE comienza afirmando: «[s]e reconoce

la libertad de empresa». Y solo a continuación añade «en el marco de la economía de mercado» (25)

De modo similar, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea proclama en su art. 16: «Se reconoce la libertad de empresa de conformidad con el Derecho de la Unión y con las legislaciones y prácticas nacionales» (26) . Me remito a lo que he escrito en otro lugar (27) .

En mi opinión, en el procedimiento que concluyó con la sentencia estimatoria de la nulidad parcial del laudo, el voto mayoritario de la Sala —en lugar de haber asumido tan categóricamente «la infracción patente de normas imperativas»— podría haber planteado una cuestión prejudicial ante el TJUE tendente a obtener criterios de interpretación del art. 101 TFUE, y del Derecho derivado que lo desarrolla, formulando dos preguntas que, en lo que se me alcanza, todavía no han sido respondidas por el TJUE: (i) en qué medida unos hechos como los que fueron enjuiciados en el procedimiento arbitral —pacto temporal de no competencia post contractual incluido en un contrato de franquicia cuyo ámbito de aplicación es Argentina y Uruguay— implican una afectación de los intercambios entre los Estados miembros capaz de imponer la aplicación extraterritorial de la prohibición del art. 101.1 TFUE; y (ii) en qué medida todas las normas de Derecho de la competencia de la UE, incluidas las de Derecho derivado, en sus menores detalles —como el lugar desde el que pueda ejercerse una actividad afectada por un pacto temporal de no competencia al término de un contrato de franquicia —, deben considerarse, sin que se haya acreditado que producen una restricción sustancial de la competencia, como normas de orden público cuya infracción puede acarrear la nulidad de un laudo que las inaplique o las aplique erróneamente.

En contraste con lo que antecede, el momento en el que el Voto Particular propone el planteamiento de la cuestión prejudicial (tras una Sentencia del TC 55/2021 que interpreta la legislación procesal española en el sentido de que el desistimiento de ambas partes impide al tribunal examinar ningún motivo de orden público), y la formulación de las dos preguntas propuestas por el Voto Particular, no me parecen los adecuados, por las razones que acabo de exponer.

II. SENTENCIA 16/2021 DE 21 DE ABRIL DE 2021 (ASUNTO CASA DE POT S.L.) (28)

Según los datos a los que he tenido acceso a través de las tres resoluciones que paso a comentar, el 4 de diciembre de 2018, en un arbitraje de equidad administrado por la Corte de Arbitraje de la Cámara Oficial de Comercio, Industria y Servicios de Madrid, el tribunal arbitral dictó un laudo en el que declaró (por mayoría) que el Banco Santander S.A. (como sucesor del Banco Popular S.A.) había incumplido las obligaciones legales de información en fase precontractual de un contrato de SWAP, pero denegó la indemnización de daños y perjuicios reclamados por la demandante arbitral (Casa de Pot S.L.) «al no haber ocasionado el contrato de SWAP perjuicio alguno, pues el contrato cumplió su función y la demandante incurrió en deslealtad por retraso en la reclamación» (29) .

El laudo fue objeto de una acción de nulidad parcial —la relativa a la denegación de los daños— por parte Casa de Pot ante el TSJM, el cual estimó la solicitada nulidad en su Sentencia de 1 de octubre de 2019 (30) al considerar que el laudo era contrario al orden público («en este caso constitucional»), debido —según su motivación— a la (supuesta) contradicción que encierra reconocer el palmario

incumplimiento de los deberes bancarios y al mismo tiempo negarle toda trascendencia. La Sentencia del TSJM, en suma, juzga que el laudo «incurre ... en arbitrariedad por incoherencia, y con ello se contraviene el art. 9.3º CE».

El Banco demandado por Casa de Pot en el procedimiento de anulación del laudo, interpuso recurso de amparo contra la Sentencia del TSJM por considerar que se había vulnerado su derecho constitucional a la tutela judicial efectiva.

El Banco consiguió, en primer lugar, la nada fácil admisión a trámite de su recurso, como recuerda el TC al reiterar en su Sentencia 65/2021 de 15 de marzo de 2021 (31) que «no hay doctrina de este Tribunal ... desde la perspectiva del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1º CE) con la fijación de los límites a la labor de control de los órganos judiciales respecto a los laudos arbitrales...». Y obtuvo, finalmente, la estimación del amparo y, por consiguiente, la nulidad de la Sentencia del TSJM de 1 de octubre de 2019 y la retroacción de las actuaciones al momento anterior al dictado de la sentencia.

Como era de esperar, esta nueva Sentencia del TC (Sala Segunda, ponente Sr. Xiol Ríos), de una claridad expositiva muy de agradecer y con una motivación convincente, se apoya en las dos anteriores sentencias del propio TC, la 46/2020 y la 17/2021, para afirmar 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 los ojos del órgano jurisdiccional, erróneas o insuficientes, o, simplemente, porque de haber sido sometida la controversia a su valoración, hubiera llegado a otras bien diferentes» (FJ 3).

El TC hace también en esta importante Sentencia algunas otras observaciones dignas de ser destacadas: «...la motivación de los laudos no está prevista en la Constitución ni se integra en un derecho fundamental (art. 24 CE) ... [sino que es] una obligación de configuración legal...». Por ello, continúa la sentencia, «el deber de motivación del laudo no se integra en el orden público exigido en el art. 24 CE para la resolución judicial...». «En consecuencia, —afirma también el TC en esta resolución— la motivación de los laudos arbitrales carece de incidencia en el orden público (32) ». (FJ 5). Por ello, el Tribunal concluye apreciando que «en el presente caso el órgano judicial ha incurrido en la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, como consecuencia [de] un entendimiento extensivo del concepto de *orden público* del art. 41.1º.f) LA, que lo ha llevado a imponer a los árbitros una valoración distinta acerca de la obligación indemnizatoria en materia de incumplimiento contractual. El laudo impugnado no incurrió en irrazonabilidad o arbitrariedad».

Retrotraídas las actuaciones al momento ordenado por el TC, el TSJM, dicta el 21 de abril de 2021 nueva Sentencia (16/2021) en la que desestima la demanda de anulación parcial que anteriormente había estimado, con imposición de las costas del procedimiento anulatorio a la actora. La decisión final del TSJM era la esperable tras la clara y contundente Sentencia del TC 65/2021 que acabamos de comentar. Sin embargo, pese a su certero fallo y convincente motivación, la nueva sentencia no alcanzó la unanimidad de la Sala sino que dio lugar a un extenso voto particular del magistrado Sr. Santos Vijande.

La Sentencia 16/2021 del TSJM (ponente Sr. Rodríguez Padrón) comienza por recordar algo evidente: la «vinculación que despliegan las resoluciones del Tribunal Constitucional sobre los órganos del Poder Judicial resulta de lo dispuesto en el art. 164 de la propia Constitución, en el art. 5.1º LOPJ, así como en el art. 54 y concordantes de la Ley Orgánica 1/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional» (FJ primero).

De ello se sigue que la Sentencia afirme más tarde que «... hemos de partir de las bases que, en su labor interpretativa, nos indica el Tribunal Constitucional» (FJ tercero).

A continuación, para analizar las infracciones al orden público, como posibles motivos de anulación de un laudo, la Sentencia precisa que la ya existente y abundante jurisprudencia «hoy se ve complementada (33) con los más recientes pronunciamientos del Tribunal Constitucional ... [sobre] este concepto jurídico indeterminado, tanto en su vertiente material como desde el enfoque procesal». (FJ tercero. 2).

Y, en fin, reconoce, sin ambages, la Sentencia del TSJM en su FJ cuarto que «...ahora nos corresponde ejecutar...» la Sentencia del TC 65/2021.

En su motivación, el TSJM comienza por destacar de la Sentencia del TC que dice ejecutar que los jueces «... no están legitimados para entrar en la cuestión de fondo ni para valorar la prueba practicada» (FJ cuarto.I.3). Destaca también que «el deber de motivación del laudo no se integra en el orden público exigido en el art. 24 CE» (FJ cuarto. II.2). Y resume la Sentencia del TC afirmando que la «peculiar naturaleza del arbitraje, de acuerdo con la interpretación que desarrolla el Tribunal Constitucional —y por eso nos vincula— tan solo puede llevar a la Sala a "controlar que se han cumplido las garantías del procedimiento arbitral sin entrar a valorar el fondo del asunto"» (*cursivas añadidas*).

Aplicado por el TSJM todo lo que antecede al caso sobre el que debe ahora pronunciarse por segunda vez, recuerda que los árbitros resolvieron «a la luz de la prueba practicada en el curso del procedimiento, afirmando ... que tanto el perito de la demandante como el de la parte demandada coincidieron en afirmar que el contrato había cumplido perfectamente la finalidad para la que había sido concertado». (FJ quinto).

«Es evidente cuál debe ser nuestra respuesta», concluye el voto mayoritario de la Sala: «... la argumentación desarrollada en el laudo ... cumple sobradamente con las exigencias específicamente acotadas por la jurisprudencia constitucional». Al aceptar explícitamente que «... la limitación que [tras la Sentencia del TC 65/2021] se ciñe sobre esta Sala dada la específica naturaleza del cauce arbitral de resolución de conflictos, cierra la posibilidad de invadir más contraste de criterios», la nueva Sentencia concluye desestimando ahora la demanda de Casa de Pot y declarando que «no ha lugar a la declaración de nulidad del laudo», con imposición a la actora de las costas de este procedimiento.

El largo y elaborado *Voto Particular de esta Sentencia del TSJM de 21 de abril de 2021* termina

afirmando que «debemos estimar y estimamos la demanda de anulación parcial ... en lo tocante solo a la desestimación de la acción indemnizatoria...».

El Voto Particular hace un resumen de su posición discrepante, en el último párrafo de su introducción, en los siguientes términos:

«Expondré mi discrepancia con la fundamentación la Sentencia mayoritaria, que, con todo respeto lo digo, entiendo justifica su decisión en una concepción del orden público que no puedo compartir en su aplicación al caso, pues, en la práctica, convierte en quiméricas o irreales unas premisas de enjuiciamiento que, sin embargo, son invocadas con toda solemnidad no ya por esta Sala sino de un modo general: que *el arbitraje, como equivalente jurisdiccional que es*, no puede sustraerse a los preceptos, principios y derechos constitucionales, entre ellos los derechos fundamentales que son de inexcusable observancia y de insoslayable control, real y efectivo, por parte de los Tribunales llamados a conocer de la acción de anulación; o que *el arbitraje ha de respetar el Derecho imperativo de la Unión y/o sus principios esenciales, entre ellos los de eficacia directa y primacía...* Tribunales de Justicia que inconcusamente estarían infringiendo el art. 24.1º CE al conocer de la acción de anulación si, verbigracia, no impidiesen mediante la declaración de nulidad que la motivación de un Laudo dé carta de naturaleza a déficits de motivación constitucionalmente relevantes, pues entonces se desconoce, en la práctica, que el Tribunal de anulación ha de preservar que la *fundamentación de los laudos —al igual que la de los órganos jurisdiccionales responda a su más radical finalidad: garantizar la interdicción de la arbitrariedad*» (cursivas añadidas).

Este excelente resumen, en mi opinión, parece poner de manifiesto las discrepancias del Magistrado que lo redacta, más que con la decisión mayoritaria de su Sala, con la jurisprudencia reciente del TC: no solo con la Sentencia del TC que la decisión mayoritaria de la Sala dice ejecutar sino también con otra sentencia del TC anterior que corresponde examinar en el apartado 3: la Sentencia del TC 17/2021 (Mazacruz) (34) .

Veamos, en primer lugar, esta segunda discrepancia. En el FJ 2 de la Sentencia del TC 17/2021 la Sala Primera de este Tribunal ya había «aclarado» meses antes de esta Sentencia del TSJM (el 15 de febrero), con respecto a la expresión «equivalente jurisdiccional» —utilizada en anteriores sentencias del propio TC— que «tal equivalencia hace referencia especialmente al efecto de cosa juzgada que se produce en ambos tipos de procesos, jurisdiccional y arbitral (35) », y no al deber de motivación, que es distinto en los laudos y las sentencias: «...ese deber de motivación de los laudos es un aspecto de pura determinación legal y que no deriva del art. 24.1 CE» (FJ 3). La primera frase subrayada en el resumen del Voto Particular parece revelar una discrepancia del Voto Particular con este pronunciamiento del TC.

Las invocaciones del efecto directo y la primacía del Derecho de la UE no bastan, por sí solas, para provocar la anulación de un laudo si el precepto comunitario que infringe no merece la calificación de norma de orden público y si la infracción constatada no reviste la gravedad

suficiente para ello

El siguiente subrayado del resumen del Voto Particular implica una concepción del Derecho comunitario que, pese a indicarse que es invocada «de modo general», resulta difícil conocer qué fundamento legal o jurisprudencial puede tener. A saber: que todas las normas imperativas del Derecho de la UE merecen la calificación de orden público y su infracción —por leve que sea— debiera acarrear la anulación de un laudo arbitral. No conozco ningún pronunciamiento del TJUE en el que sustentar esta concepción, que parece partir de la identificación entre normas imperativas y orden público: toda norma imperativa merecería, según esta tesis, la calificación de norma de orden público. Creo que, en ninguna sentencia del TC, incluidas las más recientes, se puede encontrar tal identificación, aunque —justo es reconocerlo— la inacabada jurisprudencia del TC sobre el orden público material cuya infracción puede provocar la nulidad de un laudo, puede haber dado lugar a esta confusión. Expuesto lo que antecede, las invocaciones del efecto directo y la primacía del Derecho de la UE —indudables principios de este ordenamiento— carecen de relevancia para resolver este asunto, pues no bastan, por sí solos, para provocar la anulación de un laudo si el precepto comunitario que infringe no merece la calificación de norma de orden público, y (en mi opinión) si la infracción constatada no reviste la gravedad suficiente para ello.

III. LA SENTENCIA 31/2021 DE 21 DE MAYO DE 2021 (ASUNTO MAZACRUZ) (36)

La Sentencia que paso a comentar tiene su origen en un *laudo arbitral pronunciado el 6 de abril de 2017* en un arbitraje de equidad en el que el árbitro único, nombrado judicialmente (don Rafael Jiménez de Parga y Cabrera) resuelve, esencialmente, declarar la disolución de la sociedad *Mazacruz S.L.* (37) y la apertura del período de liquidación; dispone también que la cuota de liquidación «será proporcional, única y exclusivamente a [la] participación en el capital social, cualesquiera que sean los derechos políticos de [las respectivas] participaciones»; y valora los activos de la sociedad en más de 600 millones de euros.

El laudo fue objeto de una demanda de anulación, interpuesta por el primeramente demandado, ante el TSJM, contra las demandantes en el arbitraje y contra la sociedad *Mazacruz* (en liquidación). En la demanda se invocan seis motivos, cinco de ellos calificados explícitamente por el actor como «violación del orden público». (De ellos, el primero se califica más precisamente, como violación del llamado «orden público económico, en materia societaria»). La *Sentencia 1/2018 del TSJM de 8 de enero de 2018* (38) (ponente Sra. Polo García), dictada por unanimidad, estima la demanda y pronuncia la anulación del laudo, tras rechazar los tres primeros motivos de la demanda, al acoger el motivo cuarto, que había sido enunciado por el demandante como «Violación del orden público por infringirse el derecho a la tutela judicial efectiva [art. 24.1º CE] y a la proscripción de la arbitrariedad [art. 9.3º CE] en la motivación y en la valoración de la prueba».

La Sentencia resume su motivación anulatoria, al final de su FJ quinto, afirmando que el laudo «no da respuesta a todas las cuestiones planteadas en el arbitraje, no valora las pruebas en su integridad y no contiene una motivación suficiente para llegar a una conclusión tan importante como la

disolución de una sociedad ...». A continuación, añade que «el motivo debe ser estimado y procede por tanto declarar la nulidad del Laudo impugnado, por apreciar la infracción del orden público pretendida por la demandante, ya que la razón última que sustenta el deber de motivación reside en la sujeción de los jueces al Derecho y en la interdicción de la arbitrariedad del juzgador».

Por las inicialmente demandantes, y posteriormente demandadas, se promovió recurso de amparo contra la anterior Sentencia del TSJM, invocando, paradójicamente, la vulneración del mismo derecho constitucional en el que se basó la Sentencia impugnada: el derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente del derecho a obtener una resolución motivada y fundada (art. 24.1º CE). Las demandantes consiguieron que por la Providencia de 16 de septiembre de 2019 el TC acordara la nada fácil admisión a trámite (39) del recurso, razonando que «la posible vulneración del derecho fundamental que se denuncia pudiera traer causa de una reiterada interpretación jurisprudencial de la ley que este Tribunal pudiera considerar lesiva del derecho fundamental».

La *Sentencia del TC 17/2021 de 15 de febrero de 2021* (40) (Sala Primera, ponente Sra. Balaguer Callejón) concedió el amparo solicitado, declaró la nulidad de la Sentencia del TSJM de 8 de enero de 2018 (41) y ordenó la retroacción de las actuaciones al momento anterior al dictado de la primera Sentencia para que «se resuelva de forma respetuosa con los derechos fundamentales reconocidos».

Esta trascendental Sentencia arranca sus razonamientos, como es lógico— partiendo de la pionera Sentencia del TC 46/2020 de 15 de junio, subrayando que a la institución arbitral le «es consustancial la mínima intervención de los órganos jurisdiccionales por respeto a la autonomía de la voluntad de las partes» (FJ 2). Añade que el control jurisdiccional de los laudos (42) «tiene un contenido muy limitado» (*ibid.*). Recuerda que ya en la Sentencia del TC 46/2020 «... advertimos de los riesgos de desbordamiento del concepto de orden público como causa de anulación de los laudos arbitrales», ya que «... el motivo previsto en el apartado 1, letra f) del art. 41 LA no permite sustituir el criterio alcanzado por el árbitro por parte de los jueces...» (*ibid.*). En definitiva, dice el TC «... si la resolución arbitral no puede tacharse de arbitraria, ilógica, absurda o irracional, no cabe declarar su nulidad amparándose en la noción de orden público» (*ibid.*). Y contiene hacia el final del mismo FJ 2 esta trascendental confesión, a la que ya hemos hecho referencia anteriormente : «Puede que la confusión que este Tribunal viene observando en algunas sentencias, como la que ahora se ha recurrido en amparo, haya sido originada por la utilización en nuestros primeros pronunciamientos [...]—y luego reiterada en posteriores— de la expresión "equivalente jurisdiccional" para referirnos al arbitraje. Si tal fuera la causa, es necesario aclarar desde este momento que tal equivalencia hace referencia especialmente al efecto de cosa juzgada que se produce en ambos tipos de procesos, jurisdiccional y arbitral». En consecuencia, la motivación de los laudos no está sometida al mismo rigor que la motivación de las sentencias, porque las partes, voluntariamente lo han aceptado así al someterse al arbitraje. Afirma, además, la Sentencia del TC que «el canon de motivación» en los arbitrajes de equidad, como es el caso es «más tenue, si bien imprescindible (43) ».

Al aplicar al caso concreto esta doctrina, el TC se pregunta en el FJ 3 «si la motivación dada *por el órgano judicial para anular el laudo arbitral* (44) es conforme con nuestro canon de motivación ex art. 24.1º CE» y se responde que «la decisión impugnada [la Sentencia del TSJM] es, cuando menos

irrazonable y vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva». Para que la argumentación no se limite a la motivación de los laudos, la Sentencia del TC aborda también la valoración de la prueba que los árbitros puedan hacer y afirma, en el mismo FJ 3, que el hecho de «que no se obtengan las mismas conclusiones de la prueba practicada no significa otra cosa que la existencia de una mera discrepancia de pareceres entre el árbitro y el órgano judicial, pero en absoluto puede hablarse de una vulneración del deber de motivar el laudo o de una decisión irracional». Con más contundencia, si cabe, añade: «... resulta manifiestamente irrazonable [por parte del TSJM] y claramente arbitrario pretender incluir en la noción de orden público *ex art. 41 1º.f)* LA lo que simplemente constituye una pura revisión de la valoración de la prueba realizada motivadamente por el árbitro» (*ibid.*).

Ante pronunciamientos tan claros y contundentes, parece que podría esperarse una nueva sentencia del TSJM dictada por unanimidad de la Sala. Sorprendentemente, tampoco en este caso ha sido así: al igual que en las dos sentencias del TSJM comentadas más arriba, la nueva Sentencia ha sido adoptada por mayoría, y cuenta, nuevamente, con un largo Voto Particular del Magistrado Sr. Santos Vijande.

En efecto, la *Sentencia 31/2021 de 21 de mayo de 2021* (ponente Sr. Goyena Salgado), decide ahora en su fallo desestimar la demanda de anulación del laudo (45), imponiendo las costas del procedimiento al demandante de la anulación. Para alcanzar esta decisión la sentencia se basa, como es obligado, en la STC que estimó el recurso de amparo contra su Sentencia anterior, pero también toma en cuenta la Sentencia del TC 46/2020 de 15 de junio, anterior, y la Sentencia del TC 65/2021, posterior. De los seis motivos de anulación que había invocado el demandante de la anulación, recordemos que los tres primeros ya habían sido rechazados en la primera Sentencia; con los mismos argumentos, vuelven a ser rechazados ahora.

En cambio, el motivo cuarto («Violación del orden público por infringirse el derecho a la tutela judicial efectiva [art. 24.1º CE] y a la proscripción de la arbitrariedad [art. 9.3º CE] en la motivación y en la valoración de la prueba»), que había sido estimado por la Sala en la Sentencia del TSJM de 2018, es ahora rechazado, siguiendo la decisión contenida en el fallo de la Sentencia del TC «de la que trae causa la presente sentencia» así como las consideraciones y razonamientos desarrollados en la misma, en otra anterior (la Sentencia del TC 46/2020, ya citada) y en otra posterior (la Sentencia 65/2021 del TC, de 15 de marzo de 2021, también citada) del mismo TC.

Para analizar la posible violación del derecho a la tutela judicial efectiva la Sentencia del TSJM en su FJ cuarto reproduce fragmentos de su propia jurisprudencia y de la del TC, comenzando por la relativa a la noción de orden público (46). De la jurisprudencia reciente del TC toma afirmaciones como la siguiente (que subraya): «... la motivación de los laudos arbitrales carece de incidencia en el orden público.» (Sentencia del TC 65/2021 de 15 de marzo de 2021, ya citada). O esta otra: «... 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. 37.4 así lo exige». (Sentencia del TC 65/2021 de 15 de marzo de 2021, ya citada).

La Sentencia dedica, en el FJ cuarto, una reflexión particular a la motivación de los laudos dictados

en *equidad*, como es el del presente caso. Tras citar una STSJ de Asturias de 25 de abril de 2017, ECLI:ES:TSJAS:2017:1416, en la que se afirma que «... es el arbitraje de equidad el terreno adecuado para que la necesaria motivación no sea precisamente, ni exhaustiva ni pormenorizada, con unos mínimos exigibles, pues los árbitros prestan también la tutela (no judicial) efectiva...», la Sentencia reproduce, para concluir esta reflexión, la STC de la que trae causa, en la que selecciona esta afirmación: «... debe quedar meridianamente claro que es el tribunal arbitral el único legitimado para optar por la solución que considere más justa y equitativa ... incluso si tal solución es incompatible con la que resultaría de la aplicación de las normas del derecho material».

A continuación, de un modo impecablemente claro y ordenado, la Sentencia del TSJM vuelve a analizar los seis motivos que habían sido invocados para la anulación del laudo. Los tres primeros los rechaza reproduciendo literalmente la argumentación de la primera sentencia, que también los había rechazado.

En cambio, el cuarto motivo («Violación del orden público por infringirse el derecho a la tutela judicial efectiva [art. 24.1º CE] y a la proscripción de la arbitrariedad [art. 9.3 CE] en la motivación y en la valoración de la prueba»), que en la primera Sentencia había sido estimado es ahora desestimado en el FJ séptimo «... pues por una parte desborda claramente el marco de aplicación del procedimiento interpuesto y, por otra parte, el Laudo dictado no vulnera el orden público, en las facetas a que se refiere el cuarto motivo...». Analizado ahora el Laudo, en el mismo FJ séptimo, a la luz de la jurisprudencia citada del TC (en particular, como es obligado, de la Sentencia del TC de la que trae causa este procedimiento), la Sala no tiene inconveniente en reconocer que «... el Árbitro ha desarrollado un esquema argumental claro, preciso, secuenciado, de manera que ha ido sentando las premisas a partir de las cuales pasa a desarrollar las siguientes consideraciones...»

Desestimado el motivo cuarto, es necesario que la Sala examine, por primera vez, los motivos quinto y sexto. En el motivo quinto de la demanda se alegaba que la valoración de *Mazacruz* era una materia inarbitrable «a efectos del art. 41.1 e) de la Ley de Arbitraje y como decisión contraria al orden público». El motivo es desestimado porque la Sentencia considera que «... el convenio arbitral no limitaba el conocimiento por el árbitro, salvo lo relativo a la impugnación de acuerdos sociales y la virtualidad que pudiera tener el acceso a los Tribunales de Justicia, la posibilidad de plantear ante el mismo la cuestión de la valoración de la sociedad». Y añade que la valoración está desarrollada en el Laudo «de forma razonada y razonable». (FJ octavo).

Finalmente, en el FJ noveno, la Sentencia rechaza el motivo (sexto) de falta de imparcialidad del árbitro, que alegaba el demandante de la anulación apuntando a una relación de hermandad entre un letrado de las demandantes y un abogado que, al parecer, prestaba servicios en el despacho profesional del árbitro. La desestimación se produce por dos razones: porque el demandante de la anulación no hizo uso de la facultad que le concede el art. 17.2º LA (facultad de pedir en cualquier momento a los árbitros la aclaración de sus relaciones con las partes) y porque la alegación no va acompañada de ningún principio de prueba o indicio suficiente de las dudas que podrían existir acerca de la imparcialidad.

El *Voto Particular* del Magistrado Sr. Santos Vijande, expuesto a lo largo de setenta y cinco densos

folios, parte de afirmar en su Preliminar que el TC «no restringe nuestra libertad de enjuiciamiento poco menos que hasta el punto de determinar nuestro fallo». Insiste igualmente en que el Laudo «... debió ser anulado, pues conculca, a mi juicio de manera patente, el orden público procesal por déficit palmario de motivación en la valoración de la prueba y por arbitrariedad en la motivación de fondo». Por si no fuera poco, expresa también el mismo Voto Particular que «... el Laudo también infringe el orden público material tanto por lesionar la libertad de empresa del art. 38 CE —tal y como es entendida por el propio Tribunal Constitucional— como por permitir, en la práctica, que se lleve a cabo la disolución de una sociedad de capital sin concurrir una causa legal ni estatutaria para ello».

Leídas estas dos afirmaciones iniciales en contraste con las sentencias del TC que hemos extractado más arriba, creemos que, al igual que en la STJM 16/2021 de 21 de abril de 2021 (asunto *Casa de Pot*), la discrepancia del Magistrado se produce más que con la decisión mayoritaria de la Sala con la jurisprudencia reciente del TC expuesta en las sentencias cuya serie se inicia el 15 de junio de 2020.

Pienso que la jurisprudencia del TC acerca de las infracciones al orden público que pueden dar lugar a la anulación de un laudo (47), pese a los notables y bienvenidos avances de sus últimas cuatro sentencias sobre esta materia, necesita todavía terminar de ser perfilada, particularmente en lo tocante a las infracciones de normas sustantivas de orden público (o, lo que es lo mismo, el orden público material, como distinto del orden público procesal). Así lo he sostenido en otro lugar (48).

Sin embargo, me pregunto si el cauce más adecuado para lograr este objetivo son los votos particulares formulados para discrepar de las decisiones mayoritarias de una Sala, cuando estas decisiones se limiten a «ejecutar» —así lo dicen— las sentencias del TC que han acordado, contundentemente en su fallo y con claridad en su motivación, la estimación de recursos de amparo como los que hemos analizado brevemente en las páginas que anteceden.

.....

(1) El autor desea agradecer a Borja Chastang su valiosa colaboración en la redacción de este artículo.

[Ver Texto](#)

(2) Para apreciar la enorme trascendencia de estas sentencias del TC, *vid.* la obra colectiva *El proceso arbitral en España a la luz de la doctrina del Tribunal Constitucional*, coordinada por J.C. Fernández Rozas, Wolters Kluwer, 2021. Resalta en esta obra la trascendencia de estas Sentencias, entre otros, P. Sala Sánchez, «El principio de mínima intervención judicial en el arbitraje y su terminante reconocimiento en las Sentencias del Tribunal Constitucional 46/2020, de 15 de junio, y 17/2021, de 15 de febrero», p., 27 y ss. Igualmente L.M. Cazorla Prieto subraya que la «STC de 15 de febrero de 2021 entraña un cristalino y decisivo apoyo a la institución arbitral...»; en: «Comentarios a vuelapluma de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 15 de febrero de 2021», *ibid.*, p. 79. También Íscar de Hoyos, J. subraya que la «importancia de la sentencia no es tanto el valor doctrinal y jurisprudencial, que es extraordinario, sino la enorme trascendencia tanto nacional como internacional»; en «Detrás de una gran sentencia hay siempre un gran abogado/a», *ibid.*, p. 159. En la misma obra, subraya que se trata de la «recuperación de la situación anterior» Alonso Puig, J.M.: «Despejadas las dudas en orden a la seguridad jurídica del

arbitraje en España y a su posición como sede internacional», p. 37 ss. La misma idea expresa De los Santos, C.: «Regreso a la normalidad arbitral. Sentencias del Tribunal Constitucional de 15 de junio y de 15 de febrero de 2021», *ibíd.*, pp. 89 ss. En el mismo sentido, U. De Palacio, «El constitucional rescata la autonomía del arbitraje», *ibíd.*, p. 99 y ss. Y, en fin, el coordinador de la obra, J.C. Fernández Rozas, califica la situación que vienen a crear estas sentencias del TC como «feliz retorno a la ortodoxia en el control judicial de los laudos arbitrales»; en: «El Tribunal Constitucional restablece la ortodoxia en el control judicial de los laudos arbitrales», *ibíd.*, p. 121.

[Ver Texto](#)

- (3) Me inclino por esta segunda calificación, sobre todo tras constatar que algunas de las ideas que recogen estas sentencias del TC —en particular las relativas a la no consideración del arbitraje como un puro «equivalente jurisdiccional»— ya estaban enunciadas en el voto particular que el magistrado Sr. Xiol Ríos emitió en la Sentencia del Tribunal Constitucional 1/2018 de 11 de enero de 2018, ECLI:ES:TC:2018:1.

[Ver Texto](#)

- (4) FJ 2 de la Sentencia del Tribunal Constitucional 17/2021. Ciertamente es la Sentencia no dice «exclusivamente» sino «especialmente». *Vid.* Vázquez Guillén, A.: «Qué quería decir el Tribunal Constitucional con el "equivalente constitucional"», en *op. cit.* en nota 2, p. 243 ss.

[Ver Texto](#)

- (5) Existen otras resoluciones del TSJM que no tienen su origen en recursos de amparo pero que tienen en cuenta la nueva jurisprudencia del TC. Entre ellas: el Auto 4/2021 de 17 de febrero de 2021, ECLI:ES:TSJM:2021:67A (asunto. *Ucrania*), y la Sentencia 27/2021 de 4 de mayo de 2021, ECLI:ES:TSJM:2021:5098 (asunto *Endesa*).

[Ver Texto](#)

- (6) Adviértase que el orden cronológico de las resoluciones del TSJM examinadas no se corresponde con el orden cronológico de las sentencias del TC que resolvieron estos recursos de amparo. Estando ya en pruebas este artículo he tenido conocimiento de un Auto del TSJM de 13 de julio de 2020 que, por unanimidad, dio cumplimiento, impecablemente, a la STC de 15 de junio del mismo año y, en consecuencia, anuló un Auto anterior y puso término al procedimiento de anulación del laudo al acceder, ahora, al desistimiento que había sido solicitado por ambas partes.

[Ver Texto](#)

- (7) Auto 7/2021 del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 13 de abril de 2021, ECLI:ES:TSJM:2021:193A.

[Ver Texto](#)

- (8) Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid 16/2021, de 21 de abril de 2021, ECLI:ES:TSJM:2021:4401.

[Ver Texto](#)

(9) Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid 31/2021, de 21 de mayo de 2021, ECLI:ES:TSJM:2021:4399.

[Ver Texto](#)

(10) *Vid.* nota 7.

[Ver Texto](#)

(11) Todos los datos que se exponen están tomados de lo que se recoge en las tres resoluciones que comentamos.

[Ver Texto](#)

(12) Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid 49/2018, de 13 de diciembre de 2018, ECLI:ES:TSJM:2018:12822.

[Ver Texto](#)

(13) Y del Auto posterior que la ratificó. Auto del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 5 de marzo de 2019, núm. recurso 45/2018, ECLI:ES:TSJM:2019:158A.

[Ver Texto](#)

(14) De 15 de junio de 2020, la primera de esta serie de cuatro sentencias del TC.

[Ver Texto](#)

(15) Sentencia del TJUE de 1 de junio de 1999 en el asunto *Eco Swiss*, C-126/97, ECLI:EU:C:1999:269.

[Ver Texto](#)

(16) Sentencia del TJUE de 7 de julio de 2016 en el asunto *Genentech*, C-567/14, ECLI:EU:C:2016:526.

[Ver Texto](#)

(17) No creo que salve este reconocimiento que hace la sentencia de que existe una infracción de normas de orden público material, la frase que añade a continuación: [normas que] «en todo caso, constituirían inexcusables premisas del proceso racional de formación de la decisión por parte del árbitro», reconduciendo, de esta forma, la motivación a una infracción de orden público procesal, que es la motivación explicitada en la decisión de anular el laudo.

[Ver Texto](#)

(18) *Vid.* precisión en nota precedente.

[Ver Texto](#)

- (19) Este ap. 37 lo reproduce también el voto particular pero no parece prestar atención nada más que a su última frase.
- Ver Texto
- (20) Conclusiones del Abogado General Szpunar en el asunto *Moldavia c. Komstroy*, C-741/19, ap. 59, ECLI: EU:C:2021:164.
- Ver Texto
- (21) También es llamativa la enigmática alusión al Tribunal General de la UE como destinatario de una posible cuestión prejudicial, contenida en el FJ 2 del voto particular: «...tal es lo que en mi opinión esta Sala ha debido plantear al TJUE —inicialmente al Tribunal General—...».
- Ver Texto
- (22) No ignoramos que otras anteriores sentencias del TSJM utilizan la misma inadecuada calificación.
- Ver Texto
- (23) *Vid.* la nota 15. Ap. 36 STJUE *Eco Swiss*, referido a su antecesor, el art. 85.1º.
- Ver Texto
- (24) De hecho, la expresión más frecuentemente utilizada por las instituciones de la UE y, en particular el Parlamento Europeo y la Comisión Europea, es «política de competencia».
- Ver Texto
- (25) Y a continuación: «Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad de acuerdo con las exigencias de la economía y, en su caso, de la planificación».
- Ver Texto
- (26) De un modo impecable enuncian estos dos principios, dos sentencias del TSJ de Galicia: La Sentencia de 5 de diciembre 60/2014 de 2014, ECLI:ES:TSJGAL:2014:9658 y la Sentencia 61/2014 de 10 de diciembre de 2014, ECLI:ES:TSJGAL:2014:9669. Ambas sentencias anulan sendos laudos de la Xunta Arbitral de Transportes de Galicia. La Sentencia 61/2014 afirma que «la decisión contenida en el laudo... conculca un principio de orden público estructural de la convivencia cual es la libertad de empresa concebida como el derecho a iniciar y sostener en libertad una actividad empresarial guiada por el ánimo de lucro en concurrencia competencial en el mercado».
- Ver Texto
- (27) S. Martínez Lage, «El sedicente orden público económico en la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid», *Anuario de Arbitraje*, 2019, pp. 187 ss.
- Ver Texto

- (28) *Vid.* la nota 8. La Sentencia (decisión mayoritaria) que comentamos, lo mismo que la correspondiente del TC, se refiere a la demandante como Casa de Pot S.L. El voto particular la designa como Casa Depot S.L. Utilizaré en este texto la primera identificación.
- Ver Texto
- (29) Resumen del laudo tomado de la Sentencia que se cita a continuación. Sentencia del Tribunal Constitucional 65/2021, de 15 de marzo de 2021, ECLI:ES:TC:2021:65.
- Ver Texto
- (30) Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid 36/2019, de 1 de octubre de 2019, ECLI:ES:TSJM:2019:9201.
- Ver Texto
- (31) *Vid.* nota 28.
- Ver Texto
- (32) Afirma Caínzos, J.A.: «... lo que venía haciendo el tribunal sentenciador [el TSJM] era exigir un nivel de motivación en los laudos que el TC no aplicaba a las sentencias de los tribunales de justicia»; en: «Dos sentencias inseparables», en *op. cit.* en nota 2, p. 61. Y Fernández-Armesto, J. & Briones Martín: «El TSJ de Madrid se erigió así en un pequeño "tribunal constitucional", con capacidad para juzgar si un laudo estaba mal argumentado, o si la valoración de la prueba era inapropiada»; en: «Reflexiones a raíz de la sentencia del Tribunal Constitucional de 15 de febrero de 2021», *ibíd.*, p. 107. A. Hierro, A. pone de manifiesto la excepcionalidad de esa jurisprudencia española «... absolutamente alejada de los patrones seguidos por sus pares en el ámbito del Derecho comparado...»; en: «Deber de motivación de los árbitros. A propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional de 15 de febrero de 2021», *ibíd.*, p. 141. Igualmente, J. Remón, buen conocedor del arbitraje en otras latitudes, insiste en que, incluso en Estados Unidos, donde existe una causa singular de anulación, cual es *el manifest disregard of the law*, «el control judicial de fondo es muy excepcional»; en: «El arbitraje en España y su pleno reconocimiento en la doctrina constitucional. A propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional 17/2021, de 15 de febrero», *ibíd.* p. 215. Y ello es así porque «... la función arbitral [no es tanto] una delegación de la función jurisdiccional del Estado sino el resultado de la libre voluntad de las partes...», como afirma Ruiz Risueño, F. en: «Libertad y arbitraje: un binomio inseparable. Comentarios a la Sentencia del Tribunal Constitucional de 15 de febrero de 2021 *ibíd.* p. 223.
- Ver Texto
- (33) Subrayado añadido. Los pronunciamientos a los que se refiere, precisados en el FJ cuarto son: las sentencias del TC 46/2020, 17/2021 y 65/2021.
- Ver Texto
- (34) Aunque la Sentencia del TC 17/2021, de 15 de febrero de 2021 (*Mazacruz*) es cronológicamente anterior a la Sentencia del TC 65/2021, de 15 de marzo (*Casa de Pot*), las respectivas Sentencias del TSJM que traen causa de ellas, por razones que ignoro, se dictaron por el TSJM en momentos inversos: 21 de

mayo (*Mazacruz*) y 21 de abril (*Casa de Pot*).

[Ver Texto](#)

(35) El Voto Particular parece conceder un valor excesivo a la afirmación que la misma Sentencia del TC 17/2021 realiza unas líneas antes: «Aunque es obvio que, desde la perspectiva constitucional, la semejanza entre las resoluciones judiciales y los laudos arbitrales no es desde luego absoluta, ello no significa que cuando hablamos de deber de motivación de unas y otras no se pueda enjuiciar su cumplimiento con *parecido* canon de control» (*cursivas añadidas*). El exceso, creo, consiste en entender que «parecido» es igual a «idéntico». Toda esta Sentencia del TC se esfuerza en subrayar las diferencias.

[Ver Texto](#)

(36) *Vid.* la nota 9.

[Ver Texto](#)

(37)

Tal y como se consigna en la sentencia que comentamos, el procedimiento arbitral se inició por demanda de D.^a Bárbara Gutiérrez—Maturana Kalaschnikoff y sus hijas D.^a Christina y D.^a Bárbara — bajo la dirección letrada de D. Bernardo M. Cremades Sanz—Pastor, D. Ángel María Tejada Caller y D. Javier Juliani Aznar— contra el hermano por parte de padre de las segundas— D. Carlos Gutiérrez—Maturana—Larios y Altuna —bajo la dirección letrada de D. Antonio Hernández—Gil Álvarez—Cienfuegos— para resolver las controversias que los cuatro —herederos del último marqués de Paul— mantenían en relación con la sociedad *Mazacruz S.L.* de la que eran los únicos socios, teniendo el varón un 27,46% del capital al que, sin embargo, correspondía una mayoría de derechos políticos en virtud de la asignación de un voto quíntuple a la mayoría de sus participaciones. El asunto es comúnmente conocido bajo el nombre de *Mazacruz*.

[Ver Texto](#)

(38) Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid 1/2018, de 8 de enero de 2018, ECLI:ES:TSJM:2018:46.

[Ver Texto](#)

(39) En lo que me es conocido, se trata de la primera admisión a trámite de un recurso de amparo contra una sentencia de anulación de un laudo. (Aunque anteriormente, debió haberse producido otra admisión a trámite en el procedimiento que dio lugar a la Sentencia del TC 46/2020, este recurso se centraba solamente en la denegación del archivo de un procedimiento de anulación de un laudo a pesar del desistimiento de las partes).

[Ver Texto](#)

(40) Sentencia del Tribunal Constitucional 17/2021, de 15 de febrero de 2021, ECLI:ES:TC:2021:17.

[Ver Texto](#)

(41) Y del subsiguiente Auto que resolvió el incidente de nulidad de actuaciones.

[Ver Texto](#)

(42) Como concluye B.M. Cremades Sanz—Pastor, el «... tribunal Constitucional reafirma la soberanía del árbitro para valorar la prueba...». En: «Firme afianzamiento del arbitraje en la doctrina constitucional. Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional de 15 de febrero 2021», en *op. cit.* en nota 2, p. 85.

[Ver Texto](#)

(43) Por eso afirman A. Iglesia y L. Montes, que la «STC 15 de febrero de 2021 viene a confirmar el contenido todavía más reducido de la obligación de motivación del laudo en los arbitrajes de equidad ...»; en: «El estándar aplicable al deber de motivación del laudo bajo el art. 37. 4º de la Ley de Arbitraje a la luz de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 15 de febrero de 2021», en *op. cit.* en nota 2, p. 155.

[Ver Texto](#)

(44) Subrayado añadido para facilitar la lectura haciendo énfasis en el cambio del órgano obligado a motivar.

[Ver Texto](#)

(45) Y del subsiguiente laudo aclaratorio.

[Ver Texto](#)

(46) En lo relativo al orden público material, me remito a lo que he escrito en otro lugar sobre la falta de claridad, e incluso la existencia de alguna contradicción —al menos aparente—, en la jurisprudencia del TC. Sin embargo, en esta Sentencia del TSJM, el debate se centra, en mi opinión, en la existencia o inexistencia de infracciones de orden público procesal: suficiencia de la motivación y valoración de la prueba, dependiendo de la naturaleza que se le reconozca al arbitraje y, en consecuencia, a la limitada función revisora del mismo encomendada a los órganos judiciales. *Vid.* S. Martínez Lage, «El orden público material en la Sentencia del Tribunal Constitucional 17/2021», en *op. cit.* en nota 2, p. 169.

[Ver Texto](#)

(47) E, incluso, que deben dar lugar a ello si concurren los requisitos procesales que lo permiten, esencialmente que una parte en el procedimiento arbitral ejerza la acción de anulación.

[Ver Texto](#)

(48) *Vid.* nota 45. También M.J. Menéndez Arias, advierte de que tras estas sentencias del TC «... no se nos ocultan algunas dudas que podrían persistir en torno al concepto y virtualidad del orden público como causa de anulación de laudos»; en: «Los motivos de anulación de laudos: dudas resueltas por el Tribunal Constitucional», en *op. cit.* p. 178. En el mismo sentido: L.F. Castresana, «Una reflexión sobre la constitucionalización del arbitraje, a propósito de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 15 de febrero de 2021», en *op. cit.* en nota 2, p. 75.

[Ver Texto](#)

La eficacia del acuerdo arbitral y su posible extensión subjetiva en supuestos de sociedades pertenecientes al mismo grupo

Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona 11ª 29 abril 2021

The effectiveness of the arbitration agreement and its eventual subjective extension in cases of companies belonging to the same group

El AAP Barcelona 11ª 29 abril 2021 desestima una declinatoria arbitral sobre la base de un doble argumento. El primero es la falta de coincidencia plena entre las sociedades que suscribieron el acuerdo arbitral y las partes del pleito. No analiza la Sala, sin embargo, las relaciones existentes entre las sociedades litigantes y su actuación en la ejecución del contrato, por si pudieran concurrir en el caso las bases de una posible extensión *ratione personae* del acuerdo arbitral. El segundo argumento es la terminación del contrato principal, que arrastra al acuerdo arbitral. El Tribunal desconoce con ello el principio de separabilidad del acuerdo arbitral.

Acuerdo arbitral, declinatoria arbitral, separabilidad del acuerdo arbitral, grupos de sociedades, eficacia relativa del contrato, extensión subjetiva del acuerdo arbitral.

The AAP Barcelona 11ª 29 April 2021 dismisses an arbitration declinatory on the basis of a double argument. The first is the lack of full coincidence between the companies that signed the arbitration agreement and the parties to the lawsuit. The Chamber does not, however, analyse the relations between the litigant companies and their actions in the execution of the contract, in order to ascertain whether the bases for a possible extension *ratione personae* of the arbitration agreement are present in the case. The second argument is the termination of the main contract, which drives the arbitration agreement along with it. The Court thereby disregards the principle of separability of the arbitration agreement.

Arbitration agreement, Arbitral declination, Separability of arbitration, Agreement, Group of companies, Privity of contract, Subjective extension of the arbitration agreement.



María Luisa Palazón Garrido

Profesora titular de Derecho civil de la Universidad de Granada

I. EL LITIGIO

1. Con fecha de 23 de abril de 2015, la sociedad Q. Seguridad SL y la compañía checa J. Alarms AS concluyeron un contrato, que denominaron «acuerdo de ventas», que incorporaba en su cláusula 8.2 un acuerdo arbitral, a cuyo tenor: «todas las disputas derivadas del presente contrato y en relación con el mismo serán resueltas por un árbitro en el Tribunal de Arbitraje relacionado con la Cámara de Comercio y la Cámara de Agricultura de la República Checa, de conformidad con las normas de dicho Tribunal de Arbitraje».

2. A causa de vicisitudes posteriores al contrato y que no constan en la resolución comentada, el Grupo Q. Distribución Global y Q. Seguridad SL interpusieron demanda ante el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 4 de Cerdanyola del Vallès contra J. Alarms AS y J. Centre Ibérica SL, quienes formularon declinatoria por falta de jurisdicción debida a sumisión a arbitraje. En auto dictado en fecha de 4 septiembre 2019, el Juzgado estimó la declinatoria, declarando su falta de jurisdicción y, por tanto, la abstención para conocer del asunto y el sobreseimiento del proceso.

3. Apelada la resolución, la Audiencia Provincial de Barcelona (sección 11ª), en auto de 29 abril 2021, estima íntegramente el recurso y revoca la decisión de instancia sobre la base de dos fundamentos: i) falta de coincidencia plena entre las sociedades que perfeccionaron el acuerdo arbitral y las que son parte en el litigio; y ii) terminación del contrato y, según la Sala «con él la referida cláusula sin que se hubiera llegado a novar por ningún otro».

II. COMENTARIO

1. Planteamiento: las cuestiones controvertidas

4. Dos son, a nuestro juicio, las cuestiones controvertidas que plantea la resolución en estudio y que serán objeto de comentario: a) Si, pese a que efectivamente dos de las sociedades que son parte en el litigio no lo fueron en el contrato que contenía la cláusula compromisoria, concurren en el supuesto las condiciones que, según la jurisprudencia y la doctrina, permiten la extensión subjetiva del acuerdo arbitral, al tratarse de sociedades que pertenecen al mismo grupo. b) Si, no obstante la terminación del contrato principal que contenía el acuerdo arbitral, este debe considerarse vigente y eficaz en virtud del principio de separabilidad.

Por razones sistemáticas, la segunda de estas cuestiones será analizada en primer lugar, ya que, de llegarse a la conclusión de que el acuerdo arbitral se ha extinguido en sus efectos, no tendría sentido estudiar su posible extensión subjetiva a las sociedades no signatarias.

2. Sobre la terminación del contrato principal y el principio de separabilidad del acuerdo arbitral

5. En el auto objeto de comentario, la Audiencia Provincial de Barcelona afirma en su FD Primero 2º b lo siguiente:

«a ese óbice se le añade otro cual es la manifestación de la propia J. contenida en su comunicación electrónica de 5/9/2018 [...] según la cual: "Hemos terminado la cooperación con la empresa Grupo Q., con quien todavía no teníamos contrato, ya que la empresa anterior ha dejado de existir hasta donde sabemos" [...] Es decir, la Sala en el trance de resolver la declinatoria por sumisión a

arbitraje se encuentra con 1) la invocación de una cláusula arbitral inserta en un contrato, el suscrito el 23/4/15 por J.A. AS y Q.S. SL y 2) la manifestación de la primera de dichas entidades en el sentido de que ese convenio (no se aportó ningún otro por las actoras incidentales) dejó de existir y con él la referida cláusula sin que se hubiera llegado a novar por ningún otro» (1).

6. Sorprende esta afirmación del tribunal enjuiciador, que vincula directamente la terminación del contrato principal con la extinción del acuerdo arbitral, desconociendo así los efectos del principio de separabilidad, un principio que es piedra angular del régimen jurídico contemporáneo de los acuerdos de arbitraje internacionales (2), y constituye una de las manifestaciones más relevantes de la denominada *lex mercatoria* (3). Este principio instrumental presume la disociación de la cláusula compromisoria del contrato en que está inserta, a fin de evitar que quede afectada por las vicisitudes que pueda sufrir aquel (nulidad, anulación, rescisión, resolución o terminación por cualquier otra causa del contrato) (4). El objetivo pragmático es asegurar que el arbitraje sea la vía de solución de los conflictos que pudieran surgir en la ejecución del contrato, pues una respuesta diversa permitiría a las partes eludir fácilmente el acuerdo de arbitraje con sólo atacar la validez o eficacia del contrato que lo contiene (5).

7. La presunción de escindibilidad de la cláusula compromisoria del contrato en el que se inserta se justifica por su carácter procedimental (6). El acuerdo de arbitraje se refiere únicamente a la resolución de los conflictos que eventualmente pudieran surgir en el futuro en las relaciones derivadas del contrato. Esto es, mientras que las demás cláusulas contractuales articulan las obligaciones y derechos que nacen del contrato, el acuerdo arbitral configura la acción que los derechos u obligaciones llevan adherida.

8. En el sistema español (Derecho aplicable al caso), el principio de separabilidad se consagra en el art. 22.1º LA (7) que, a imagen del art. 16.1º de la Ley Modelo Uncitral sobre Arbitraje Comercial Internacional (8), enlaza este principio con el de competencia-competencia, poniendo de manifiesto así la íntima complementariedad (que no asimilación) existente entre ambos, en función de la optimización de la eficacia de los acuerdos arbitrales (9).

La terminación de la eficacia del acuerdo del arbitral sólo tendrá lugar por causas que le sean inherentes y no por causas que afecten a la eficacia del contrato que lo contiene o al que se refiere

9. Por aplicación del principio de separabilidad, no tendrá éxito la impugnación de la vigencia del acuerdo de arbitraje con fundamento en que el contrato en que se contiene ha perdido su eficacia. Ello no quiere decir, sin embargo, que el acuerdo arbitral goce de total inmunidad, sino que la validez y eficacia de este acuerdo se determina con independencia de la validez y la eficacia del contrato y conforme a su propia ley (10). Por consiguiente, para lograr evitar el arbitraje *ab initio*, el cuestionamiento no debe dirigirse al contrato, sino al propio acuerdo arbitral

10. De lo anterior resulta, por cuanto se refiere al caso en estudio, que la terminación de la eficacia del acuerdo del arbitral sólo tendrá lugar por causas que le sean inherentes y no por causas que afecten a la eficacia del contrato que lo contiene o al que se refiere. Esto es, habida cuenta de que el acuerdo arbitral se ha previsto para la solución de todas las disputas derivadas del contrato, dicho acuerdo sobrevivirá aunque el contrato se haya extinguido, si se discute acerca de vicisitudes ocurridas en la ejecución del contrato o incluso sobre las causas o consecuencias de la propia extinción (11). Así ocurrirá, por ejemplo, cuando exista contienda sobre el cumplimiento o la resolución del contrato o, también, cuando se alegue prescripción de los derechos *ex contractu* (12). Asimismo, por razón del principio de autonomía, si bien la novación extintiva del contrato supone la creación de una nueva relación jurídica que sustituye a la anterior, ello no priva de eficacia al convenio arbitral contenido en el contrato inicial (CA París 4 marzo 1986 (13)). No obstante, hay que tener en cuenta que una cosa es la novación del contrato principal y otra diferente la novación del propio acuerdo arbitral. Si la novación extintiva lo fuera del acuerdo arbitral —lo que no ocurre en el supuesto enjuiciado por la AP Barcelona— su eficacia se extinguirá (laudo ICC n.º 3383, 1979 (14)).

11. Por ende, aplicando el principio de separabilidad se llega a la conclusión contraria a la sostenida por el AAP Barcelona 11ª de 29 abril 2021: la no extinción del acuerdo arbitral. Procede entonces el análisis de su posible extensión subjetiva a las sociedades litigantes que no fueron parte en el contrato.

3. Sobre la posibilidad de la extensión subjetiva del acuerdo arbitral en los supuestos de sociedades pertenecientes al mismo grupo

12. El auto de la Audiencia Provincial de Barcelona acierta al partir en su análisis de la autonomía de la voluntad de los contratantes como base de la institución arbitral (SSTC 176/1996 de 11 de noviembre (15), 9/2005 de 17 de enero (16), 1/2018 de 11 de enero (17), 46/2020 de 15 de junio (18) y 17/2021, de 15 de febrero (19)). El arbitraje se sustenta en la voluntad de las partes que, mediante el acuerdo arbitral, han decidido someter sus controversias a una solución arbitral, sustrayéndolas de los órganos jurisdiccionales. Es por ello que, como dice la AP Barcelona (con cita de la SSTS Civ. 1ª 27 junio 2017 (20) y 11 febrero 2010) (21), «a) el Tribunal Constitucional declaró que, salvo que el litigante lo haya aceptado voluntariamente, no se le puede impedir que sea precisamente un órgano judicial quien conozca de las pretensiones que formule en orden a su defensa, pues de otra manera se vulneraría su derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el art. 24.1º CE, y b) el Tribunal Supremo exige para la eficacia de la cláusula de sumisión al arbitraje que manifieste la voluntad "clara, terminante e inequívoca" de las partes en ese sentido».

13. Partiendo de esta premisa fundamental, en el FD Primero 2ª, la AP Barcelona examina su competencia a la vista de la cláusula compromisoria, que contiene un convenio arbitral omnicomprendido de las cuestiones litigiosas que pudieran derivar del contrato. Y de tal examen concluye que, sin perjuicio de la posible vinculación entre las cuatro sociedades implicadas en el litigio, el principio de relatividad del contrato consagrado en el art. 1.257.I Cc exige que las dos mercantiles no signatarias (Grupo Q. Distribución Global y J. Centre Ibérica SL) no puedan verse afectadas por el acuerdo arbitral en su derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, por lo que, para evitar su división, el litigio deberá ser resuelto por la jurisdicción (FD Primero 2º a).

14. Siendo correcto en línea de principio el razonamiento de la Sala, se echa de menos, sin embargo, un análisis más profundo de las relaciones existentes entre las sociedades que son parte activa y pasiva del pleito y su actuación en la ejecución del contrato, por si pudieran concurrir en el caso las bases de una posible extensión *ratione personae* del acuerdo arbitral.

15. La extensión subjetiva del acuerdo arbitral implica que partes no originales del contrato que incluye o al que se refiere el acuerdo arbitral resulten vinculadas al igual que aquellas, quedando sometidas a arbitraje. En estos casos se mantienen los derechos y obligaciones de las partes signatarias originales, creándose para las no signatarias nuevos derechos y obligaciones derivados del convenio arbitral (22). Se trata, en realidad, de supuestos de ampliación de la legitimación activa y pasiva sobre la base del acuerdo arbitral.

16. Este problema de la extensión *ratione personae* del acuerdo arbitral presenta perfiles propios cuando los sujetos involucrados son sociedades pertenecientes al mismo grupo, como ocurre en el supuesto en estudio; esto es, sociedades jurídicamente independientes, que gozan de identidad propia y personalidad jurídica distinta de las demás, pero que constituyen una unidad económica dependiente de un poder común (laudo CCI n.º 2375/1975 (23)). Esta unidad económica supone un control (directo o indirecto) y una orientación o dirección económica unificada, ejercidos por la matriz sobre las filiales (24). En la materia entran en tensión el principio proarbitraje y la eficiencia procesal, por un lado, con el respeto a la sacrosanta naturaleza consensual del arbitraje y a la autonomía de la personalidad jurídica de las sociedades, por otro.

Así pues, la cuestión es si y, en su caso, bajo qué presupuestos, el acuerdo arbitral contenido en el contrato concluido entre Q. Seguridad SL y J. Alarms AS podría extenderse y vincular a Grupo Q. Distribución Global (perteneciente al mismo grupo que la primera) y J. Centre Ibérica SL (del mismo grupo de la segunda), que no son signatarias del acuerdo.

17. Para fundamentar la extensión subjetiva del acuerdo arbitral a las sociedades del mismo grupo, la doctrina y la jurisprudencia han elaborado numerosas teorías que se han aplicado disparmente en los distintos Estados, sea para el arbitraje internacional o interno. Así, además de a la controvertida doctrina del grupo de sociedades, se ha acudido a teorías basadas en la voluntad de las partes, como la del consentimiento implícito y la de la representación o *agency*; y también a doctrinas de universal reconocimiento, que prescinden de la voluntad de las partes y apelan a los efectos del comportamiento de los intervinientes en la celebración y/o ejecución del contrato, como el principio del *estoppel* o actos propios, o la doctrina del levantamiento del velo o alter ego. Todas estas teorías están estrechamente conectadas y es llamativo que, a menudo, el fallo judicial o arbitral se base en varias de ellas conjuntamente (25).

18. La doctrina del grupo de sociedades, a diferencia de las demás teorías, ha nacido y se aplica sólo en contextos de arbitraje. El origen de la teoría del grupo de sociedades suele situarse en el famoso fallo *Dow Chemical v. Isover Saint Gobain* (laudo CCI n.º 4131/1982 (26)). En este laudo, el tribunal arbitral concluyó que «la cláusula compromisoria expresamente aceptada por algunas de las sociedades del grupo, debe obligar a las otras que, en virtud del rol que jugaron en la conclusión,

ejecución o terminación de los contratos que contenían dichas cláusulas, y de conformidad con la común intención de las partes en el procedimiento, aparecen como verdaderas partes de esos contratos, o como personas involucradas a título principal en ellos y en los litigios que de ellos puedan resultar» (27) .

19. Esta doctrina ha triunfado en la jurisprudencia francesa, que ha desarrollado y sentado sus criterios de aplicación, así como sus límites, con un enfoque anacional o mercantorista [vid. ad. ex. las sentencias CA París 30 noviembre 1988 (*Société Korsmas Marma v. Société Durand Auzias*) (28) , CA París 31 octubre 1989 (*Société Kis France et autres v. Société Générale et autres*) (29) , CA París 11 enero 1990 (*Orri v. Société des Lubrifiants Elf Aquitaine*) (30) o Corte de Casación 7 noviembre 2012 (*Société Iakovoglou Prodomos et compagnie et autre v. Société Amplitue*) (31) ; y también en la jurisprudencia arbitral (CCI n.º 5301/1988 (32) , CCI n.º 5721/1990 (33) , CCI n.º 6519/1991 (34) , CCI n.º 6673/1992 (35) ; CCI n.º 7155/1993 (36) , CCI n.º 8385/1995 (37) , CCI n.º 12605/2005 (38)). Sin embargo, la jurisprudencia y la doctrina comparada no han acogido esta teoría con el mismo entusiasmo que los tribunales franceses, a los que se reprocha el haber rebajado a los mínimos el requisito del consentimiento para la vinculación al acuerdo arbitral. Citando sólo algunos ejemplos, ha sido expresamente rechazada por los tribunales ingleses (39) (*Peterson Farms Inc. v. C&M Farming Ltd.*, 2004), estadounidenses (40) (*Sarhank Group v. Oracle Corp.* (41)) , alemanes (OLG de Hamburgo de 8 de noviembre de 2001 (42)) o suizos (43) (Corte de Justicia de Ginebra 3 noviembre 1987 (44) ; S. Tribunal Federal de Suiza 29 enero 1996 (45) o S. Tribunal Federal de Suiza 19 de agosto de 2008 (46)) (47) .

20. Con mayor predicamento en el panorama comparado que la anterior doctrina, la tesis del consentimiento implícito permite extender el acuerdo arbitral a sociedades del grupo no signatarias si de su conducta puede inferirse la existencia de un consentimiento tácito al arbitraje (por ejemplo, cuando la sociedad no firmante ha participado en la negociación, conclusión, o la ejecución de todo o parte del contrato principal) (48) . Así se estimó en los laudos CCI n.º 6519/1991 (49) ; 11160/2002 (50) ; o por la CA París en sentencias de 28 noviembre 1989 (51) y de 7 mayo 2009 (*Suba France v. Pujol*) (52) ; o por el Tribunal de Apelación del Segundo Circuito de Estados Unidos en el caso *Gvozdenovic v. United Air Lines Inc.* (1991) (53) . Hay que hacer notar que, en estos supuestos, no hay verdadera extensión del acuerdo arbitral a terceros, ya que del consentimiento implícito al acuerdo resulta la cualidad de parte de la sociedad, aunque no lo haya aceptado formalmente o por escrito. Se trataría, por tanto, de un «falso tercero» (54) .

21. Tampoco hay verdadera extensión en los casos de aplicación de la teoría de la *agency*, fundamentada igualmente en la voluntad de las partes y que comprende genéricamente la representación, el mandato y la agencia. Por virtud del mecanismo de la representación, los efectos del negocio representativo se producen directa e inmediatamente en la esfera del representado. Así pues, el representado queda vinculado directamente con el contratante con quien el representante celebró el contrato en nombre del representado y por su cuenta, del mismo modo que si hubiese actuado por sí mismo y no a través de representante. En consecuencia, si una sociedad celebra un contrato que contiene una cláusula compromisoria, además de en su nombre y por su cuenta propia, en representación de otra sociedad del mismo grupo, la sociedad representada queda vinculada por

el acuerdo arbitral, pero no por extensión subjetiva, sino por su condición de parte en el contrato. Son numerosos los pronunciamientos que han aplicado de modo general esta doctrina para resolver la vinculación al acuerdo arbitral (55), *v.gr.*, en los Estados Unidos: *InterGen NV v. Grina* (2003) (56); *Interbras Cayman Co. v. Orient Victory Shipping Co SA* (1981) (57), o en el sistema suizo, la sentencia del Tribunal Federal de 22 septiembre 1992 (58).

22. Basada en el comportamiento de los sujetos intervinientes, la doctrina del *estoppel* o de los actos propios tiene como fundamento la protección de la legítima confianza en la apariencia (59). Esta figura permite la ampliación del alcance de la cláusula arbitral a una sociedad no firmante cuando haya participado, de modo efectivo, en el desenvolvimiento de la relación contractual litigiosa, creando la apariencia de estar vinculada por el contrato y, en consecuencia, por el acuerdo arbitral (60). Por otro lado, en los casos en que se aplica esta doctrina, es posible concebir también un consentimiento implícito a la cláusula de la parte que se opone al arbitraje, si invoca otras estipulaciones sustantivas del contrato (61).

23. Y, estrechamente vinculada con la anterior, la teoría del levantamiento del velo tiene como objetivo poner coto a los fraudes y abusos que se pueden cometer por medio del manto protector de la personalidad jurídica (62). Desde que la Corte Internacional de Justicia ha reconocido ambas doctrinas como principios generales del Derecho, los árbitros recurren a ellas en el marco de la *lex mercatoria*, esto es, en un nivel puramente transnacional (63). A pesar de que los criterios varían en las distintas jurisdicciones nacionales, sostiene Born que los parámetros susceptibles de fundamentar el levantamiento del velo son los siguientes: a) el grado de control y dominación de la sociedad filial, incluido el incumplimiento de las formalidades propias de la sociedad; y b) el uso fraudulento o abusivo de dicho control (64).

24. En España no son numerosos los pronunciamientos sobre la materia, pero cabe apreciar en ellos un razonamiento híbrido entre las doctrinas enunciadas, de manera que la mera pertenencia a un grupo de sociedades no puede fundamentar la extensión subjetiva. Son relevantes al respecto los dos fallos casi idénticos del TSJ Valencia CP 1ª 19 noviembre 2014 (65) y 5 mayo 2015 (66). En ellos el tribunal, tras señalar la ausencia de regulación de la cuestión en la Ley 60/2003, de Arbitraje y de un desarrollo jurisprudencial (67), establece con cita de la Profª. Aguilar Grieder, los requisitos para la extensión subjetiva a sociedades: a) la pertenencia de la sociedad suscriptora a un grupo de sociedades; b) la participación efectiva de la sociedad no suscriptora en la relación contractual litigiosa; y c) una valoración pormenorizada de los elementos fácticos, que permita la subsunción de los mismos en las figuras de la representación, estipulación en beneficio de un tercero, la doctrina de los actos propios (*estoppel*) o la del levantamiento del velo social, otorgando la sentencia un papel destacado al *estoppel* (68).

El Tribunal debería haber analizado si hubo participación efectiva de las sociedades no signatarias del acuerdo arbitral en la relación contractual litigiosa y si concurrió consentimiento implícito al acuerdo

Por su parte, la STSJ Madrid CP 1ª 16 diciembre 2014 (69) atiende a la implicación directa de las sociedades no firmantes en la ejecución del contrato, así como a su comportamiento (doctrina de los actos propios y consentimiento implícito):

«... el hecho de que durante años ninguna de ellas haya puesto en cuestión su vinculación al referido contrato —ni respecto del conjunto de sus cláusulas, ni entre ellas, de la de sumisión a arbitraje— [...] fuerza a concluir que el pacto de 2008 debe vincular en su integridad a las ahora demandantes de anulación, de modo que la extensión a ellas de la sumisión a arbitraje es una consecuencia natural del contrato tal y como es configurado por sus firmantes, y vistos los derechos y obligaciones que de él se siguen para la sociedad de nueva creación y para su filial».

25. En la resolución objeto de comentario, la Audiencia Provincial de Barcelona omite todo razonamiento acerca de la implicación de las sociedades Grupo Q. Distribución Global SL y J. Centre Iberia SL en la ejecución del contrato y del papel que jugaron en su cumplimiento, empero es llamativo que la propia Sala agrupe a estas sociedades con las firmantes del contrato bajo una sola denominación Q. (parte activa) y J. (parte pasiva), poniendo así de manifiesto la unión entre ellas. Como antes se ha señalado, la resolución no es reprochable en línea de principio, pues la regla general es la eficacia relativa del acuerdo arbitral. Como todo contrato, el acuerdo arbitral es *res inter alios acta* y sólo obliga a las partes (art. 1.257.I Cc). Pero, a nuestro juicio, el Tribunal debería haber analizado si hubo participación efectiva de las sociedades no signatarias del acuerdo arbitral en la relación contractual litigiosa y, si atendiendo a la actuación de esas sociedades, concurrió consentimiento implícito al acuerdo o podrían apreciarse actos propios; o bien se dio representación o, por último y excepcionalmente, podría aplicarse la doctrina del levantamiento del velo. Factores todos ellos que fundamentarían la extensión subjetiva del acuerdo arbitral a las sociedades que no fueron parte en contrato. Al omitir todo tipo de análisis al respecto, creemos que el fallo adolece de insuficiencia en el razonamiento al denegar la declinatoria. Sobre todo porque, además, en aras de la eficiencia y economía procesal, atrae hacia a la jurisdicción de los órganos judiciales a las sociedades firmantes, que estaban a todos los efectos vinculadas por un acuerdo arbitral que, como se ha dicho en el epígrafe anterior, estaba vigente y era eficaz. Dicha consecuencia hubiera requerido, a nuestro juicio, una argumentación mejor fundada; y, si no les fueron aportados por los litigantes datos fácticos suficientes para realizar dicho análisis, así debía haberlo hecho constar la Sala en su resolución.

BIBLIOGRAFÍA

- ABDEL WAHAB, M.S., «Extension of arbitration agreements to third parties: a never ending legal quest through the spatial-temporal continuum», *Conflict of Laws in International Arbitration* (Ed. Ferrari-Kröll), Munich, Sellier, European Law Publishers GmbH, 2011, pp. 137-185.
- AGUILAR GRIEDER, H., «Arbitraje comercial internacional y grupos de sociedades», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, oct. 2009, vol. 1, n.º 2, pp. 5-29.

BORN, G.B., *International Commercial Arbitration*, 2ª ed., La Haya, Kluwer, 2014.

BORN, G.B., *International Arbitration. Cases and Materials*, Nueva York, Wolters Kluwer, 2015.

CAIVANO, R.J., «Arbitraje y grupos de sociedades. Extensión de los efectos de un acuerdo arbitral a quien no ha sido signatario», *Lima Arbitration*, n.º 1, 2006, pp. 121-162.

CONEJERO ROOS, C. E IRRA DE LA CRUZ, R., «La extensión del acuerdo arbitral a partes no signatarias en la ley de arbitraje peruana: algunas lecciones del derecho comparado», *Lima arbitration* n.º 5, 2012/2013, pp. 56-91.

DIMOLITSA, A., «La "extensión" de la cláusula compromisoria a los no signatarios», *Cuestiones claves del arbitraje internacional* (E. GAILLARD y D. FERNÁNDEZ ARROYO), Bogotá, Editorial Universidad del Rosario, 2013 (consultado en Proquest Ebook Central) .

FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., «Sobre la admisión de la separabilidad o de la autonomía de la cláusula arbitral respecto del contrato principal: un test de la práctica panameña», *Arbitraje. Revista de arbitraje comercial y de inversiones*, vol. IX, 2016 (2), pp. 581-607.

FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., SÁNCHEZ LORENZO, S.A. Y STAMPA, G., *Principios generales del arbitraje*, Valencia, Tirant lo Blanch-Corte civil y Mercantil de Arbitraje, 2018.

FRIGNANI, A., *L'arbitrato commerciale internazionale. Una prospettiva comparatistica*, Pádua, CEDAM, 2004.

GAILLARD, E., «Trente ans de *lex mercatoria*. Pour une application sélective de la méthode des principes généraux du droit», *Journal de Droit International*, 1995 n.º 1, pp. 5-30.

GAILLARD, E. Y SAVAGE J. (ed.), *Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration*, La Haya/Boston /Londres, Kluwer Law International, 1999.

HANOTIAU, B., «Consent to arbitration: do we share a common vision? », *Arbitration International*, vol. 27, n.º 4, pp. 539-554.

HOSKING, J.M., «The third party non-signatory's ability to compel international commercial arbitration: doing justice without destroying consent», *Pepperdine Dispute Resolution Law Journal*, vol. 4, issue 3 (2004), pp. 469-587.

JACQUET, J.M., *Principe d'autonomie et contrats internationaux*, París, Economica , 1983.

JARROSSON, C., «Nota a CA Paris 4 marzo 1986 [Cosiac v. Consorts Luchetti] », *Revue de l'arbitrage* 1987, p. 167 y ss.

MAYER, P., «Les limites de la séparabilité de la clause compromissoire», *Revue de l'arbitrage*, 1998/2, pp . 359-368.

PALAZÓN GARRIDO, M.L., «El principio de separabilidad o autonomía del acuerdo arbitral», *Arbitraje comercial internacional. Un estudio de Derecho comparado* (Dir. S.A. Sánchez Lorenzo), Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2020, pp. 221- 269.

PALAZÓN GARRIDO, M.L., «La transmisión, extensión y terminación del acuerdo arbitral», *Arbitraje comercial internacional. Un estudio de Derecho comparado* (Dir. S.A. Sánchez Lorenzo), Cizur Menor, Aranzadi, 2020, pp. 363-426.

POUDRET, J.F., «L'extension de la clause d'arbitrage: approches française et suisse», *Journal du Droit International*, 1995-4, pp. 893- 915.

POUDRET, J.F.-BESSON, S., *Droit comparé de l'arbitrage international*, Bruselas-París-Zürich, Bruylant-LGDJ-Schulhess , 2002.

PUNZI, C., «Arbitrato e prescrizione», *Rivista dell'arbitrato*, 1992, p. 7 y ss.

RYMALOVA, A «L'extension de la convention d'arbitrage dans le cadre des groupes de sociétés; les divergences entre les approches françaises et allemand», Blog Paris Nanterre / Arbitrage international (último acceso 26/07/2021).

SCHWEBEL, M.S., *International Arbitration: three salient problems*, Cambridge, Cambridge University Press, 1987,

.....
(1) Las cursivas son de la Sala.

[Ver Texto](#)

(2) G.B. Born, *International Commercial Arbitration*, 2ª ed., La Haya, Kluwer, 2014, p. 350. En el caso *Elf Aquitaine* el tribunal arbitral declaró que «l'autonomie d'une clause compromissoire est un principe de droit international qui a été appliqué dans les décisions dans les arbitrages internationaux, dans les écrits des auteurs les plus compétents en arbitrage international, dans les règlements d'arbitrage adoptés par les organisations internationales et dans les traités» (Asunto *Elf Aquitaine Iran v. National Iranian Oil Co.* (arb. Bernhard Gomard, 14 enero 1982, *Rev. arb.* 1984, p. 401).

[Ver Texto](#)

(3) *Vid.* J.M. Jacquet, *Principe d'autonomie et contrats internationaux*, París, Economica, 1983, pp . 46 y ss; y E. Gaillard, «Trente ans de lex mercatoria. Pour une application sélective de la méthode des principes généraux du droit», *Journal de Droit International*, 1995 nº 1, pp. 26-28.

[Ver Texto](#)

(4) Para un estudio de este principio en el Derecho comparado, *vid.* M.L. Palazón Garrido, «El principio de separabilidad o autonomía del acuerdo arbitral», *Arbitraje comercial internacional. Un estudio de*

Derecho comparado (dir. S.A. Sánchez Lorenzo), Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2020, pp. 221-269.

[Ver Texto](#)

- (5) *Vid.* M.S. Schwebel, *International Arbitration: three salient problems*, Cambridge, Cambridge University Press, 1987, p. 4. En este mismo sentido ha afirmado gráficamente A. Frignani, que «*la mancata affermazione della regola dell'autonomia avrebbe ucciso sul nascere lo sviluppo dell'arbitrato, perché l'eccezione di nullità del contratto, che contiene la convenzione arbitrale, é un gioco da bambini*» (*L'arbitrato commerciale internazionale. Una prospettiva comparatistica*, Padua, Cedam, 2004, p. 93).

[Ver Texto](#)

- (6) *Vid.* P. Mayer, «Les limites de la séparabilité de la clause compromissoire», *Rev. arb.*, 1998, nº 3, p. 361; J.C. Fernández Rozas, S.A. Sánchez Lorenzo, G. Stampa, *Principios generales del arbitraje*, Valencia, Tirant lo Blanch — CIMA, 2018, nº 81, p. 137.

[Ver Texto](#)

- (7) Según este precepto, «los árbitros estarán facultados para decidir sobre su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o a la validez del convenio arbitral o cualesquiera otras cuya estimación impida entrar en el fondo de la controversia. A este efecto, el convenio arbitral que forme parte de un contrato se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del mismo. La decisión de los árbitros que declare la nulidad del contrato no entrañará por sí sola la nulidad del convenio arbitral».

[Ver Texto](#)

- (8) «El tribunal arbitral estará facultado para decidir acerca de su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o a la validez del acuerdo de arbitraje. A ese efecto, una cláusula compromisoria que forme parte de un contrato se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del contrato. La decisión del tribunal arbitral de que el contrato es nulo no entrañará *ipso jure* la nulidad de la cláusula compromisoria».

[Ver Texto](#)

- (9) *Vid.* M.S. Schwebel, *op. cit.*, pp. 2-3; J.C. Fernández Rozas, «Sobre la admisión de la separabilidad o de la autonomía de la cláusula arbitral respecto del contrato principal: un test de la práctica panameña», *Arbitraje. Revista de arbitraje comercial y de inversiones*, vol. IX, nº 2, 2016, p. 583; E. Gaillard y J. Savage (eds.), *Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration*, La Haya/Boston/Londres, Kluwer Law International, 1999, nº 416, pp. 213-214; J.F. Poudret — S. Besson, *Droit comparé de l'arbitrage international*, Bruselas-París-Zürich, Bruylant- LGDJ-Schulhess, 2002, nº 166, p. 135-136.

[Ver Texto](#)

- (10) J.C. Fernández Rozas, S.A. Sánchez Lorenzo, G. Stampa, *op. cit.*, nº 91, p. 150.

[Ver Texto](#)

- (11) *Vid.* E. Gaillard y J. Savage (ed.), *op. cit.*, nº 727, p. 437; J.F. Poudret — S. Besson, *op. cit.*, nº 377, p. 340.

[Ver Texto](#)

(12) La prescripción podrá hacerse valer ante los árbitros para fundamentar el rechazo de la pretensión de la actora, pero no como base de la oposición al procedimiento arbitral (*vid.* C. Punzi, «Arbitrato e prescrizione», *Rivista dell'arbitrato*, 1992, p. 7).

Por lo respecta a la transacción, la sentencia de la CA de París de 4 de marzo de 1986 (*Cosiac v. Consorts Luchetti*, *Rev. arb.*, 1987, p. 167, con nota de C. Jarrosón) sostuvo que el convenio arbitral no se extingue como resultado de una transacción. En la práctica, ello supone que las disputas relativas a la transacción podrán ser sometidas a arbitraje, aun cuando en el acuerdo transaccional no se contenga una cláusula compromisoria que reemplace a la del contrato original (E. Gaillard y J. Savage (ed.), *op. cit.*, nº 731, p. 439). En este sentido, el Tribunal Federal suizo, en sentencia de 6 de septiembre de 1996 (*ASA Bulletin*, 1997, p. 291) sostuvo que la transacción, por regla general, no comporta la extinción del acuerdo arbitral y que, de hecho, cualesquiera disputas concernientes a la transacción deberán ser sometidas a arbitraje, a menos que resulte claro que las partes han querido extinguir el acuerdo arbitral. Más recientemente ha sostenido el mismo criterio la *Cour d'appel* de París en sentencia de 21 de enero de 2010 (*Inversiones Errazuriz Limitada SA v. Kreditanstalt für Wiederauf*, *Rev. arb.*, 2010, p. 339).

[Ver Texto](#)

(13) Referencia citada en la anterior nota al pie. En su comentario C. Jarrosón discute que el principio de autonomía pueda tener tal efecto. En contra, E. Gaillard y J. Savage (ed.), *op. cit.*, nº 730, p. 438.

[Ver Texto](#)

(14) 107 *Journ. dr. int.*, 1980, p. 978 y nota de Y. Derains.

[Ver Texto](#)

(15)
BOE 17.12.1996.

[Ver Texto](#)

(16) BOE 17.02.2005.

[Ver Texto](#)

(17) BOE 7.02.2018. El voto particular del magistrado Xiol Ríos a esta sentencia de pleno del TC señala que «el fundamento del arbitraje radica, pues, en la voluntad de las partes», y por esta causa, «no tiene su asiento en el artículo 24, que consagra el derecho a la tutela judicial efectiva, sino en el artículo 10 CE que proclama la dignidad y la autonomía de la persona, en relación con otros preceptos en los que se desarrolla este principio (por ejemplo, los arts. 33 y 38 CE)».

[Ver Texto](#)

(18) BOE 18.7.2020.

[Ver Texto](#)

(19) BOE 22.03.2021.

[Ver Texto](#)

(20) ECLI:ES:TS:2017:2500.

[Ver Texto](#)

(21)
ECLI:ES:TS:2010:1669.

[Ver Texto](#)

(22) J.C. Fernández Rozas, S.A. Sánchez Lorenzo y G. Stampa, *op. cit.*, nº 21, p. 44.

[Ver Texto](#)

(23) *Journ. dr. int.*, 1976, p. 973 y ss.

[Ver Texto](#)

(24) *Vid.* H. Aguilar Grieder, «Arbitraje comercial internacional y grupos de sociedades», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, oct. 2009, vol. 1, nº 2, p. 9.

[Ver Texto](#)

(25) En un panorama comparado puede apreciarse, además, cómo las diferentes jurisdicciones alcanzan resultados similares invocando unas u otras doctrinas. Por ejemplo, los tribunales ingleses insisten en que la doctrina del grupo de sociedades no forma parte del Derecho inglés [*Peterson Farms Inc. V. C&M Farming Ltd* (2004), 2 Lloyd's Re. 6003 (Q.B)], pero llegan a soluciones idénticas aplicando las teorías del consentimiento implícito, *agency* o levantamiento del velo/alter ego [*vid.* M. Abdel Wahab, «Extension of arbitration agreements to third parties: a never ending legal quest through the spatial-temporal continuum», *Conflict of Laws in International Arbitration* (Ferrari — Dröll, eds.), Múnich, Sellier, European law publishers GmbH, 2011, p. 135].

[Ver Texto](#)

(26) *Journ. dr. int.*, 1983, pp. 899-907; *Rev. arb.*, 1984, nº 1, pp. 137-150.

[Ver Texto](#)

(27) En los hechos que dieron lugar al pronunciamiento, dos sociedades filiales del grupo multinacional americano *Dow Chemical* (*Dow Chemical AG* y *Dow Chemical Europe*) celebraron sendos contratos consecutivos para la distribución en Francia de productos destinados al aislamiento térmico con tres sociedades francesas que, posteriormente, cedieron sus derechos a la sociedad *Isover Saint Gobain*. En ambos contratos se contenía un acuerdo arbitral que preveía el arbitraje de la CCI. Como consecuencia de controversias surgidas en la ejecución del contrato, tres de las filiales del grupo *Dow Chemical* y la sociedad matriz demandaron en arbitraje a *Isover Saint Gobain* ante la CCI. Esta última argumentó que

la sociedad matriz norteamericana (*Dow Chemical Co.*) y la filial francesa (*Dow Chemical France*) no eran signatarias del acuerdo arbitral, por lo que el tribunal arbitral carecía de competencia.

[Ver Texto](#)

(28) *Rev. arb.* 1989, nº 4, pp. 691-694.

[Ver Texto](#)

(29) *Rev. arb.* 1992, nº 1, pp. 90-94.

[Ver Texto](#)

(30) *Journ. dr. int.*, 1991, pp. 141-145, *Rev. arb.* 1992, nº 1, pp. 95-99.

[Ver Texto](#)

(31) *JCP* 2012 I 1354, nº 5.

[Ver Texto](#)

(32) *Journ. dr. int.*, 1988, pp. 1206-1215.

[Ver Texto](#)

(33) *Journ. dr. int.*, 1990, pp. 1019-1026.

[Ver Texto](#)

(34) *Journ. dr. int.*, 1991, pp. 1065-1068.

[Ver Texto](#)

(35) *Journ. dr. int.*, 1992, pp. 992-996.

[Ver Texto](#)

(36) *Journ. dr. int.*, 1996, pp. 1037-1040.

[Ver Texto](#)

(37) *Journ. dr. int.*, 1997, pp. 1061-1068.

[Ver Texto](#)

(38) *Journ. dr. int.*, 2008, vol. 135, pp. 1193-1996.

[Ver Texto](#)

(39) Sobre la perspectiva inglesa, *vid.* B. Hanotiau, «Consent to arbitration: do we share a common vision?»,

Arbitration International, vol. 27, nº 4, p. 550.

[Ver Texto](#)

(40) *Vid.* J.M. Hosking, «The third party non-signatory's ability to compel international commercial arbitration: doing justice without destroying consent», *Pepperdine Dispute Resolution Law Journal*, vol. 4, issue 3 (2004), p. 482 y ss.

[Ver Texto](#)

(41) *US Court for the Second Circuit*, 14 abril 2005, 404 F. 3d. 657 (2nd Circuit 2005).

[Ver Texto](#)

(42) *Vid.* A. Rymalova, «L'extension de la convention d'arbitrage dans le cadre des groupes de sociétés; les divergences entre les approches françaises et allemand», Blog Paris Nanterre/ Arbitrage international, (último acceso 26/07/2021).

[Ver Texto](#)

(43) *Vid.* B. Hanotiau, «Consent to arbitration...» *loc. cit.*, p. 548; J.F. Poudret — S. Besson, *op. cit.*, nº 258, pp. 234-236; J.F. Poudret, «L'extension de la clause d'arbitrage: approches française et suisse», *Journ. dr. int.*, 1995-4, pp. 908-909.

[Ver Texto](#)

(44) *Rev. arb.*, 1989, p. 514-519.

[Ver Texto](#)

(45) *Bulletin ASA* 1996, p. 496.

[Ver Texto](#)

(46) 4A 128/2008/ech.

[Ver Texto](#)

(47) Sobre el tratamiento comparado de la teoría del grupo de sociedades, *vid.* M.L. Palazón Garrido, «La transmisión, extensión y terminación del acuerdo arbitral», *Arbitraje comercial internacional. Un estudio de Derecho comparado* (air. S.A. Sánchez Lorenzo), Cizur Menor, Aranzadi, 2020, nºs 41-47, pp. 394-398.

[Ver Texto](#)

(48) *Vid.* G.B. Born, *International Arbitration. Cases and Materials*, Nueva York, Wolters Kluwer, 2015, p. 580; R.J. Caivano, «Arbitraje y grupos de sociedades. Extensión de los efectos de un acuerdo arbitral a quien no ha sido signatario», *Lima Arbitration*, nº 1, 2006, pp. 131-132; C. Conejero Roos y R. Irra de la Cruz, «La extensión del acuerdo arbitral a partes no signatarias en la ley de arbitraje peruana: algunas

lecciones del derecho comparado», *Lima arbitration* nº 5, 2012/2013, p. 70 y ss.

[Ver Texto](#)

(49) *Journ. dr. int.*, 1991, p. 1065.

[Ver Texto](#)

(50) *ICC ICArb. Bull* XVI (2), pp. 99-101.

[Ver Texto](#)

(51) *Rev. arb.* 1990, p. 675.

[Ver Texto](#)

(52) N° 08/02025.

[Ver Texto](#)

(53) 933 F.2d 1100, 1105, 2nd Circuit (1991).

[Ver Texto](#)

(54) J.F. Poudret — S. Besson, *op. cit.*, pp. 222-223.

[Ver Texto](#)

(55) *Vid.* G.B. Born, *International Arbitration... op. cit.*, p. 579.

[Ver Texto](#)

(56) 344 F.3d, 142-143, 147-148.

[Ver Texto](#)

(57)

US Court of Appeals for the Second Circuit, 663 F.2d 4, 6-7, 2d Cir., (1981).

[Ver Texto](#)

(58) *ASA Bulletin* 1996, pp. 646-649.

[Ver Texto](#)

(59) Esta técnica se utiliza de forma recurrente por los tribunales estadounidenses para fundamentar la extensión del acuerdo arbitral, pero es rechazada en contexto de arbitraje en el sistema inglés. En España se ha utilizado conjuntamente con otras doctrinas. *Vid.* M.L. Palazón Garrido, *op. cit.*, nº 54, p. 404-405.

[Ver Texto](#)

(60)

Vid. H. Aguilar Grieder, «Arbitraje comercial internacional...», *loc. cit.*, p. 26.

[Ver Texto](#)

(61) A. Dimolitsa, «La "extensión" de la cláusula compromisoria a los no signatarios», *Cuestiones claves del arbitraje internacional* (E. Gaillard y D. Fernández Arroyo), Bogotá, Editorial Universidad del Rosario, 2013 (consultado en Proquest Ebook Central), p. 60.

[Ver Texto](#)

(62) El primer fallo arbitral que recurre a la doctrina del levantamiento del velo para extender los efectos del acuerdo arbitral a una sociedad no firmante es el laudo CCI nº 5721/1990 (*Journ. dr. int.*, 1990, pp. 1019-1025), según el cual: «*En résumé, l'appartenance de deux sociétés à un même groupe ou la domination d'un actionnaire ne sont jamais, à elles seules, des raisons suffisantes justifiant de plein droit la levée du voile social. Cependant, lorsqu'une société ou une personne individuelle apparaît comme étant le pivot des rapports contractuels intervenus dans une affaire particulière, il convient d'examiner avec soin si l'indépendance juridique des parties ne doit pas, exceptionnellement, être écartée au profit d'un jugement global. On acceptera une telle exception lorsque apparaît une confusion entretenue par le groupe ou l'actionnaire majoritaire*».

[Ver Texto](#)

(63) M. Abdel Wahab, *op. cit.*, p. 161.

[Ver Texto](#)

(64) *Vid. op. cit.* p. 576.

Señala M. Abdel Wahab (*op. cit.*, p. 160) cómo en el sistema inglés los precedentes jurisprudenciales revelan que los tribunales son reacios a utilizar el mecanismo, a menos que la sacrosanta personalidad jurídica aparezca como un impostura o fachada para el fraude [*Wolfson v. Strachclyde Regional Council Plc.* (1978) UKHL 5; *Adams v. Cape Industries Plc.* (1990) 1 All ER 929; *Acatos & Hutcheson Plc. V. Watson* (1994) 1 BCLC 218]. También se utiliza la figura con mucha precaución en Alemania (BGH 25 septiembre 2003, *NJW* 2004, p. 1504) y Suiza [SS. Tribunal Federal de 16 octubre 2003 (*ASA Bulletin*, vol. 22, 2004, p. 364), 24 noviembre 2006 (4C.327/2005)]. Sin embargo, los tribunales estadounidenses han mostrado menor reticencia en el recurso a esta técnica, si bien reconociendo que se trata de un remedio de excepción, *vid. Passalacqua Builders Inc. v. Resnick Developers S. Inc.* (933 F.2d, 131, 138-39, 2d Cir. 1991); *Carte Blanche (Singapore) Pte Ltd v. Diners Club Int'l Inc.* (2 F.3d 24, 2d Cir. 1993); *Freeman v. Complex Computing Co* (119 F.3d 1044, 1053, 2d Cir. 1997); *MAG Portfolio Consultant GMBH v. Merlin Biomed Group LLC* (268 F.3d 58, 2nd Cir. 2001); *Smoothline Ltd v. N. Am. Foreign Trading Corp* [00 CIV 2198 (DLC), M 19-375 (S.D.N.Y. Feb. 27, 2002)].

[Ver Texto](#)

(65) ECLI:ES:TSJCV:2014:10330.

[Ver Texto](#)

(66) ECLI:ES:TSJCV:2015:3413.

[Ver Texto](#)

(67)

«La cuestión jurídica a resolver es la extensión subjetiva de una cláusula arbitral a sociedades no firmantes que pertenecen al grupo de la sociedad matriz que lo firmó. En el convenio arbitral, como contrato que es, se aplica el principio de relatividad de los contratos y vincula a los que lo firmaron. Sin embargo, en los procedimientos arbitrales se ha planteado con frecuencia el problema de la extensión *ratione personae* que es la vinculación a una cláusula arbitral de una sociedad no firmante pero integrada en la estructura societaria en la que por parte de la sociedad matriz se firmó el contrato con la cláusula arbitral. En el contexto del arbitraje comercial internacional y en alguna legislación estatal se ha aplicado dicha extensión, con apoyo en teorías, como la del "grupo de sociedades", "levantamiento del velo" o la del *alter ego*, también se contempla en las normas de alguna institución arbitral, sin embargo, la Ley 60/2003 no desarrolla esa cuestión y no existe un desarrollo jurisprudencial sobre la extensión subjetiva de una cláusula arbitral a terceros o a sociedades no firmantes pero integradas en el mismo grupo, razón que justifica un pronunciamiento al respecto» (FD. 6º de la sentencia 19 noviembre 2014 y FD 7º de la sentencia 5 mayo 2015).

[Ver Texto](#)

(68) FD. 6º de la sentencia 19 noviembre 2014 y FD 8º de la sentencia 5 mayo 2015.

[Ver Texto](#)

(69) ECLI:ES:TSJM:2014:15736.

[Ver Texto](#)

Reconocimiento de laudos arbitrales extranjeros y vulneración del orden público español

Autos del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 19 de enero y de 17 de febrero 2021

Recognition of Foreign Arbitral Awards and Violation of Spanish Public Order

Los dos Autos analizados afrontan, una vez más, la cuestión de dirimir si el concepto de orden público material y procesal establecido por la comentadísima STC de 15 de junio de 2020 resulta vulnerado en los casos objeto de enjuiciamiento. Su resultado dispar contribuye a delimitar, más si cabe, el concepto, estimando el primero de ellos la vulneración en su vertiente de orden público material, y desestimándola el segundo, en su vertiente de orden público procesal. Realizando el TSJ de Madrid, en ambos casos, un examen pormenorizado de los distintos factores que deben valorarse al tiempo de estimar o desestimar una demanda de reconocimiento de un laudo extranjero, con las dificultades que ello puede conllevar. Siempre, eso sí, sin perder de vista el conocido principio de *favor recognitionis*, como instrumento de acceso a la justicia en el ámbito del Derecho Internacional Privado y que no puede olvidar el tribunal, a riesgo de poner en peligro el derecho a la tutela judicial efectiva en todas sus vertientes.

Reconocimiento de laudos arbitrales extranjeros, Orden público, Idioma del arbitraje, Represión de la usura, Emplazamiento del demandado, Cumplimiento de contrato, *Favor recognitionis*, tutela judicial efectiva.

The two orders analysed once again address the question of whether the concept of material and procedural public order established by the much-discussed Constitutional Court Judgment of 15 June 2020 has been violated in the cases in question. Their disparate results contribute to the further delimitation of the concept, with the former upholding the violation in its material public order aspect, and the latter rejecting it in its procedural public order aspect. In both cases, the High Court of Justice of Madrid carried out a detailed examination of the different factors that must be assessed when upholding or rejecting a claim for recognition of a foreign award, with the difficulties that this may entail. However, this must always be done without losing sight of the well-known principle of *favor recognitionis* as an instrument to access justice in the field of Private International Law. The court must not ignore this concept, as to do so would risk jeopardising the right to effective judicial protection on all sides.

Recognition of foreign arbitral awards, Public policy, Language of arbitration Repression of usury Summons of the defendant, Performance of contract, *Favor recognitionis*, Effective judicial protection.



Javier Izquierdo

Socio de Litigación y Arbitraje de Pérez-Llorca



Marta Robles

Asociada de Litigación y Arbitraje de Pérez-Llorca

I. VULNERACIÓN DEL ORDEN PÚBLICO COMO CAUSA DE NULIDAD DEL LAUDO. LA STC DE 15 DE FEBRERO DE 2021

En los últimos años, la indeterminación del concepto de orden público, apoyada en una interpretación tal vez demasiado flexible por parte de nuestras Audiencias Provinciales y Tribunales Superiores de Justicia, ha servido como pretexto para la anulación de numerosos laudos arbitrales.

El orden público como límite a la autonomía del árbitro al interpretar y aplicar el Derecho, se configuraba así, siguiendo a esas Audiencias Provinciales y Tribunales Superiores de Justicia, 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» (1).

En ese escenario (que empezaba a generar un exceso de incertidumbre en instituciones arbitrales y otros operadores jurídicos), ha sido la vía del amparo constitucional por vulneración de derechos fundamentales, derivada de sentencias anulatorias de laudos arbitrales, la que ha permitido al TC pronunciarse sobre el concepto de orden público. Así, el TC ha delimitado dicho concepto, fijando ciertos límites a los Tribunales Superiores de Justicia en su tarea como órganos competentes para conocer de las acciones de reconocimiento y anulación de laudos arbitrales.

El origen del «conflicto», por llamarlo de alguna manera, puede situarse en la STSJ Madrid 28 de enero de 2015, que marcó el inicio de una tendencia que, después seguida por otras resoluciones, amparó el sometimiento de las decisiones adoptadas por los árbitros a un ulterior control judicial de su motivación. Ello desembocó en una amplia discusión doctrinal resuelta finalmente por la STC 15 de febrero de 2021 y por la anterior STC 15 de junio de 2020.

La STC 15 de febrero de 2021 ha venido a resumir el desarrollo jurisprudencial del concepto de orden público adoptado por nuestros tribunales, depurándolo más si cabe en su vertiente de motivo de anulación de laudos arbitrales, y advirtiendo del riesgo que puede comportar su interpretación extensiva, su ensanchamiento en palabras del propio Tribunal, que podría llegar a entenderse como una suerte de sustitución del árbitro por el tribunal de anulación. Ello supondría desnaturalizar la

institución arbitral, vulnerando el principio de autonomía de la voluntad de las partes.

En un primer momento, el TC, en su sentencia 46/2020 de 15 de junio, con apoyo en la jurisprudencia reiterada del Tribunal (2), desdobló el concepto de orden público en su vertiente material, entendiendo éste como «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», de su vertiente procesal, entendida como «el conjunto de formalidades y principios necesarios de nuestro ordenamiento jurídico procesal». Confirmaba así que solo el arbitraje que contraviniera alguno o algunos de tales principios podría ser tachado de nulo por vulneración del orden público.

Completando esa doctrina, a STC 15 de febrero de 2021 perfila de forma muy clara los límites en la interpretación y aplicación del concepto de orden público, afirmando que la acción de anulación del laudo no debe entenderse como una segunda instancia revisora de los hechos y el derecho aplicados en el laudo, ni un mecanismo de control de la correcta aplicación de la jurisprudencia. Añade la STC, como límite a la aplicación de la infracción del orden público, que ésta solo debe operar si es posible tachar a la resolución arbitral de arbitraria, ilógica, absurda o irracional y, para ello, trae a colación jurisprudencia del TSJ, que insiste en que deberán quedar fuera del control judicial de laudos «la posible justicia del laudo, las deficiencias del fallo o el modo más o menos acertado de resolver la cuestión» (3).

Al abordar la cuestión de la falta de motivación del laudo —motivo que justifica la infracción del orden público en la resolución recurrida—, entiende el TC, matizando y concretando anteriores pronunciamientos (4), que la semejanza entre las resoluciones judiciales y arbitrales no ha de entenderse como absoluta. Esto es así, defiende la Sentencia, porque mientras que para las primeras la motivación se presenta como una exigencia inherente derivada del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva (5), la motivación del laudo, de acuerdo con el art. 37.4º LA, se presenta como un requisito prescindible, debido a la salvedad que este artículo prevé y que se refiere al pacto de las partes sobre los términos en los que deba pronunciarse el tribunal arbitral (6).

Y ahonda el TC en este concepto de «*equivalencia jurisdiccional*», utilizado en la Sentencia recurrida para referirse al arbitraje, entendiendo que existe cierta confusión jurisprudencial respecto al mismo; confusión que, a través de la Sentencia, pretende aclarar. Así, puntualiza en su Fundamento Jurídico 2 (*Orden público y deber de motivación en el sistema arbitral*) que tal equivalencia hace referencia al efecto de cosa juzgada que se produce en ambos procesos, sustentado en el sentido último de todo proceso, arbitral o jurisdiccional, de resolver una controversia obteniendo las partes una decisión con efectos de cosa juzgada, sin ver menoscabado su derecho constitucional a la tutela judicial efectiva.

Por estas y otras razones, entiende el TC que el TSJ, lejos de respetar los límites constitucionales de motivación y congruencia, entró en el fondo del asunto del laudo, revisando la aplicación del derecho sustantivo por el árbitro, infringiendo así el canon constitucional de razonabilidad de las resoluciones judiciales (7). Añade además el TC, que resulta «*manifiestamente irrazonable y claramente arbitrario*» la extensión que realiza el TSJ sobre el concepto de orden público más allá de

los límites definidos por los derechos fundamentales, llevando a cabo una mutación de la acción de anulación.

Consecuencia de lo anterior, la STC 15 de febrero de 2021 declara vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva, sin indefensión, de las demandantes de amparo; restablece a las recurrentes en sus derechos; declara la nulidad de las resoluciones recurridas; y retrotrae las actuaciones al momento anterior al dictado de la sentencia objeto de recurso, quedando por tanto los laudos plenamente válidos y eficaces, así como abierta la vía para la ejecución de los mismos.

Este análisis resulta perfectamente extrapolable a los supuestos de reconocimiento de laudos arbitrales, en los que tanto la Convención de Nueva York, como la propia Ley de Arbitraje («LA»), confirman la vulneración del orden público como causa de oposición al reconocimiento. Y es que la vía expedita que debería suponer la obtención de un laudo favorable, a fin de su reconocimiento y ejecución en nuestro país, encuentra ese mismo límite, que puede determinar la anulación del laudo. En cualquier caso, con la concreción realizada ahora por el TC, lo que no puede suponer en ningún caso es que una interpretación extensiva y expansiva del concepto de orden público impidan la plena eficacia de resoluciones dictadas con todas las garantías.

Defender lo contrario sería tanto como aceptar ese ulterior control judicial al que ya nos hemos referido, y que estaría vedado en sede de reconocimiento o anulación de laudos arbitrales. No hay que olvidar, siguiendo nuevamente al TC, que acudir al mecanismo arbitral «proviene de la legítima autonomía de la voluntad de las partes, que, libre y voluntariamente, se someten a la decisión de un tercero ajeno a los tribunales de justicia para resolver su conflicto (...)», sustrayendo, en consecuencia, del control judicial, la cuestión de fondo objeto de ese conflicto en cuestión.

En los dos supuestos que analizamos en este artículo, el TSJ, lejos de vulnerar ese derecho legítimo de las partes, que no quebranta los principios constitucionalmente consagrados, analiza, como veremos, las dos vertientes del orden público delimitadas por el TC, llegando a conclusiones dispares, pero, en cualquier caso, respetuosos con el sentido y fin último de la institución arbitral que, una vez más, queda amparada por nuestros tribunales.

II. LÍMITE DEL ORDEN PÚBLICO EN LOS PROCEDIMIENTOS DE RECONOCIMIENTO DE LAUDOS EXTRANJEROS

1. Orden público material. Cumplimiento de los contratos

Los dos Autos objeto de análisis en este artículo analizan la eventual vulneración del orden público en su vertiente material, siguiendo lo establecido por la STC de 15 de junio de 2020 que, como hemos adelantado, lo define como «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».

El primero de ellos aborda, entre otras cuestiones, rechazando su eficacia como causa de oposición al reconocimiento, la posibilidad de aplicar una sanción o cláusula penal, concluyendo, no ya que

estaba expresamente pactada en los contratos suscritos por las partes, sino que su configuración no diferiría de la contenida en la legislación española, que distingue entre arras confirmatorias, penales y penitenciales.

Mientras que el segundo, confirmando la posibilidad de que el respeto o la vulneración del orden público, como canon de validez de laudos arbitrales, sea apreciado de oficio, entra a examinar la validez o nulidad del contrato de préstamo, objeto del procedimiento arbitral cuyo laudo pretende reconocerse, confirmando su nulidad por establecer un interés leonino. Ello determina la desestimación de la demanda de reconocimiento, pues en palabras del Tribunal «no puede reconocerse validez en España a un Laudo Arbitral que bendice y exige el cumplimiento de un contrato que resulta nulo por contravención expresa de exigencias de orden público».

Se plantea así nuevamente el debate sobre si el TSJ, en los Autos aquí analizados, «ensancha» nuevamente el concepto de orden público, en esta ocasión material, llegando de alguna manera a sustituir al órgano decisor, el tribunal arbitral, convirtiendo así el reconocimiento de ambos laudos en la que antes mencionábamos segunda instancia revisora de los hechos y el derecho aplicados en las resoluciones dictadas.

En el primero de los casos, es cierto que el debate pierde, por decirlo así, interés, desde el momento en que el TSJ desestima el motivo de oposición al reconocimiento planteado, estimando la demanda planteada. No obstante, en el segundo, ese mismo análisis determina la desestimación de la demanda, denegando en consecuencia el reconocimiento del laudo arbitral, sin que, por lo demás, no hay que negarlo, realice el TSJ un verdadero examen del carácter pretendidamente usurario del préstamo objeto de debate en dicho procedimiento.

No es este el lugar para examinar los requisitos que el TS viene exigiendo para entender que un préstamo establece «un interés leonino» y puede ser tachado de usurario. Pero sí, para intentar esclarecer en qué medida el Auto vulnera la doctrina constitucional fijada por las sentencias del TC antes referidas. Y con ello, el principio de intervención mínima de los órganos jurisdiccionales consustancial a la consideración de la institución arbitral, como mecanismo de resolución de controversias que, por disposición de la autonomía de la voluntad de las partes, queda vedado a la jurisdicción.

Es doctrina jurisprudencial consolidada la que determina que, en materia arbitral, la intervención de los órganos jurisdiccionales debe limitarse a tareas de soporte, auxilio y control externo solo en determinadas circunstancias y bajo parámetros muy claramente delimitados. Como también es pacífico que ese control externo, referido a los casos de solicitud de anulación de laudos, encuentra como límite las causas tasadas de anulación establecidas en nuestra LA.

Entender otra cosa significaría privar al arbitraje de su finalidad constitucionalmente reconocida, la pronta resolución de las controversias que a la institución se someten, pero además determinaría que el grado de incertidumbre o inseguridad jurídica de todos los que acuden a ella fuera tal, que el recurso al mecanismo arbitral quedaría prácticamente reducido a la nada.

Bajo esas premisas, no hay tampoco que olvidar que la previsión contenida en la LA, como también en la Convención de Nueva York, respecto a la vulneración del orden público como causa de anulación en la primera y de oposición al reconocimiento en la segunda, no queda limitada, en el caso de nuestro país, a los derechos fundamentales y a las libertades garantizadas por la Constitución. Alcanza, en palabras del TC, «los 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».

Esa limitada extensión del concepto de orden público material es, sin duda, la que permitiría justificar la decisión adoptada por el TSJ en el Auto, que ampara su decisión, señalando que el arbitraje «no por su condición de institución sustitutiva del proceso judicial puede obviar el cumplimiento de las garantías esenciales que la Constitución reconoce».

El argumento utilizado por el TSJ, no por ser cierto, puede compartirse plenamente. Una interpretación amplia del concepto de orden público, además de contravenir la doctrina constitucional fijada por las sentencias del TC antes referidas, podría llevar al extremo de entender que el órgano judicial, al tiempo de pronunciarse sobre la anulación o el reconocimiento de cualquier laudo, sería libre de elegir el conjunto de normas que quedarían englobadas en el concepto de orden público, que desnaturalizarían por completo la institución arbitral y convertirían el trámite procesal de la anulación y el reconocimiento de laudos en una segunda instancia revisora, que atentaría contra la finalidad del mecanismo arbitral.

De permitirse lo anterior, podría entenderse que no habría límite a las cuestiones susceptibles de ser examinadas por los órganos jurisdiccionales. Pues bastaría con invocar la infracción de cualquier de nuestros principios generales del derecho, para autorizar al órgano jurisdiccional el conocimiento del fondo del asunto sometido a arbitraje. Una interpretación como esta resultaría contraria al espíritu de la propia LA que, en materia de anulación, ya advierte en su Exposición de Motivos (apartado VIII) que la propia Ley evita incluso hablar de «recurso», pues lo que se inicia con la acción de anulación es, en realidad, «*un proceso de impugnación de la validez del laudo*».

La afirmación anterior, que completa el mismo apartado de la Exposición de Motivos de la LA, señalando que los motivos de anulación han de ser tasados y no permitir, como regla general, una revisión del fondo del asunto, es consistente con la Ley Modelo, y determina que los órganos jurisdiccionales vean ciertamente limitada su actuación, no ya solo en los supuestos de solicitud de anulación de laudos arbitrales, sino también y con el mismo motivo, al tiempo de analizar, de oficio o a instancia de parte, las causas de denegación del reconocimiento de laudos.

Lo hasta aquí expuesto no debe quedar desvirtuado por el entendimiento de que son también contrarios al orden público, los laudos que vulneren normas materiales imperativas o indisponibles aplicables al fondo del asunto. Y es que, incluso esta eventual revisión, que sí afectaría a las cuestiones objeto de decisión en el laudo, debe, en cualquier caso, restringirse a lo que resulte estrictamente necesario para confirmar la concurrencia del motivo o los motivos de anulación alegados.

No es, por tanto, posible, justificar que esa vulneración de normas imperativas o indisponibles englobe cualquier infracción que los árbitros hayan podido cometer al tiempo de adoptar su decisión. Infracción entendida como decisión dispar de la que el órgano jurisdiccional que conoce del reconocimiento o la anulación habría adoptado en el mismo caso. Y, en cualquier caso, detectada la misma, sí estará obligado el órgano conecedor de la demanda de reconocimiento o de la solicitud de anulación a no incurrir en el mismo defecto que el tribunal arbitral decisor.

Será así imprescindible que la decisión que adopte el TSJ venga justificada y motivada debidamente, sin que resulte posible su apreciación sin más. En el Auto objeto de análisis sí podría faltar esa requerida motivación, lo que permitiría poner en duda la validez de la decisión adoptada, denegando el reconocimiento del laudo.

2. Orden público procesal. Especial referencia al lugar e idioma del arbitraje y al debido emplazamiento del demandado

De la misma manera que ambos Autos se remiten al concepto de orden público material, lo hacen también al de orden público procesal definido en la STC 15 de febrero de 2021 como

«... conjunto de formalidades y principios necesarios de nuestro ordenamiento jurídico procesal (...) 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».

El Auto 17 de febrero de 2021 va más allá y concreta que

«... el orden público procesal se centra en los derechos que proyecta el art. 24 del texto fundamental y la tutela efectiva», de tal forma que «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».

Con lo anterior como punto de partida, ambos autos abordan dos cuestiones íntimamente relacionadas con el concepto de orden público procesal, fundamentales a la hora de valorar el reconocimiento —y, también, la anulación— de laudos arbitrales, sobre todo extranjeros. Nos referimos al lugar e idioma del arbitraje, y a la disyuntiva de valorar si el demandado fue correctamente notificado de la existencia del procedimiento arbitral, cuando aquél lo pone en duda.

A) Lugar e idioma del arbitraje

El Auto de 19 de enero de 2021, el cual deniega la oposición formulada por la parte demandada frente al reconocimiento del laudo, incide en que, aunque el idioma del arbitraje fuese desconocido por el demandado, es el que se utilizó en la relación mercantil que le unía con la parte demandante y, por tanto, su utilización resultaba razonable en el procedimiento arbitral —a falta de una regulación expresa en el convenio arbitral de cuál sería el idioma del arbitraje—.

En términos generales, se entiende que el idioma del arbitraje debe ser el del contrato subyacente.

Junto con ese primer criterio, que deberán valorar, primero las partes y, en su defecto, el tribunal arbitral, éste último, en caso de que las partes no hayan alcanzado un acuerdo, debe tener en cuenta otros criterios como el lugar del arbitraje, las circunstancias del litigio, la ley que rige su objeto, o el idioma empleado por las partes en sus comunicaciones. Lo anterior, en tanto que las normas institucionales suelen autorizar al tribunal arbitral a elegir el idioma del arbitraje en defecto de acuerdo entre las partes (8) .

Así, y aunque lo mejor es que las partes acuerden cuál será el idioma del arbitraje en el convenio arbitral, a fin de evitar una disputa al respecto y ahorrar tiempo y costes, resulta pacífico que un idioma determinado por el tribunal arbitral que sea, o bien el del contrato subyacente que vincula a las partes, o bien aquel empleado por las partes en sus comunicaciones, el de la ley aplicable o el del lugar del arbitraje, no ocasionará indefensión a ninguna de las partes y, por tanto, no podrá entenderse que concurre vulneración alguna del orden público en ninguna de las jurisdicciones involucradas.

Precisamente lo anterior es lo que concluye el Auto anteriormente referido, al señalar que «no se acredita indefensión por el uso de un idioma desconocido para el demandado, pero usado en la relación mercantil con la empresa demandante, al menos para redactar los contratos».

Especialmente ilustrativa de lo anterior resulta también la sentencia núm. 486/2010 de 28 de octubre de la Sección vigesimoprimera de la Audiencia Provincial de Madrid. Desestimó un recurso de anulación de un laudo nacional, concluyendo, precisamente, que el desconocimiento del idioma, en ese caso español, por parte del original demandado, no producía indefensión en tanto constaba acreditado que ese desconocimiento no le impidió ejercer su defensa o hacer valer sus derechos en las actuaciones arbitrales.

También, la Sentencia de Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 7 de octubre de 2003, que desestima la alegada indefensión sufrida por la parte demandada, entre otros motivos, por haberse desarrollado el arbitraje en idioma chino. El tribunal entiende que las alegaciones de indefensión son insuficientes por carecer de fundamento desde el punto de vista del orden público. Y es que, aunque no se hubiese especificado el uso de ese idioma, las partes lo habían utilizado para todas sus relaciones comerciales. Además, la parte española estaba debidamente representada por un profesional nativo que designado a tal efecto.

En consecuencia, será absolutamente excepcional encontrar supuestos en los que se entienda que, efectivamente, se han vulnerado normas referidas al idioma del arbitraje, y más aún que las mismas haya ocasionado indefensión. En cualquier caso, la sola violación de las normas relativas al idioma del arbitraje no debería ser motivo suficiente para la anulación del laudo o la denegación de su reconocimiento y ejecución, si bien el efecto de dicha violación sobre los derechos fundamentales de la parte afectada, sí debería ser tomado en consideración, junto con otros potenciales motivos, para valorarlo (9) .

B) Correcto emplazamiento del demandado

Por lo que se refiere al concepto de orden público procesal, mayor relevancia tiene el correcto y

efectivo conocimiento, por parte del demandado, de la existencia del procedimiento arbitral. Y ello, en tanto que un deficiente emplazamiento sí resulta indiscutible que ocasiona una grave indefensión al demandado e incide, entonces, en el concepto de orden público definido recientemente por nuestro Tribunal Constitucional.

Hay que tener en cuenta que, por ejemplo, nuestra la ley española de arbitraje, como motivo expreso de anulación de un laudo arbitral, prevé, en su art. 41.1.b), no haber sido debidamente notificado de las actuaciones arbitrales. Por su parte, la Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil, en su art. 46 y aunque en referencia a resolución judiciales extranjeras y no a laudos, prevé, como causa de denegación del reconocimiento,

«... que la resolución se hubiera dictado con manifiesta infracción de los derechos de defensa de cualquiera de las partes. Si la resolución se hubiera dictado en rebeldía, se entiende que concurre una manifiesta infracción de los derechos de defensa si no se entregó al demandado cédula de emplazamiento o documento equivalente de forma regular y con tiempo suficiente para que pudiera defenderse».

En ambos casos, dichos motivos se presentan de forma separada a la vulneración del orden público, lo que puede llevar a equívocos. Sin embargo, no son más que una manifestación, en su vertiente procesal, de dicha vulneración, en tanto, en nuestro ordenamiento, un deficiente emplazamiento del demandado se considera que vulnera indiscutiblemente el orden público. Precisamente, por la relevancia constitucional del primer emplazamiento, cuya práctica defectuosa vicia de nulidad todo el procedimiento, siendo incluso apreciable de oficio (10).

Lo anterior también lo apunta el Auto de 17 de febrero de 2021 del TSJ al que nos referimos, cuando señala que «la apreciación de esta causa debería tener cabida en alguno de los motivos que —como supuestos de denegación del reconocimiento de laudos arbitrales extranjeros— vienen señalados en el art. 5 del Convenio de Nueva York, sobre reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras, hecho el 10 de junio de 1958 y suscrito por España. Particularmente en la causa 1.b) de tal precepto (falta de debida notificación), que a su vez encuentra relación material con la causa 2.b) por cuanto la quiebra de garantías del proceso puede alojarse dentro del concepto de orden público».

En definitiva, cuando los actos de comunicación no se producen del modo establecido en la ley que resulte de aplicación, con la consecuencia de que la parte no tenga conocimiento de la sustanciación del proceso, se produce una evidente indefensión y, por tanto, se vulnera el orden público, en tanto que se impide un juicio contradictorio y el derecho de defensa de la parte afectada (11).

Habrá que tener, por tanto, en cuenta, la regulación que se contiene en la ley aplicable, al respecto de cómo debe asegurarse que la parte demandada tenga efectivo y real conocimiento del procedimiento arbitral, acreditando, en su caso, el contenido del derecho extranjero que pueda invocarse. Y todo ello, ponderando si realmente se ha ocasionado una indefensión material al demandado, lo cual no sucederá cuando haya realizado comportamientos negligentes o contrarios a la buena fe que hayan impedido o dificultado su correcto emplazamiento.

Esto es, precisamente, lo que el TSJ, en el Auto de referencia, toma en consideración para entender que, en este concreto aspecto, no se produjo indefensión ni, por tanto, contrariedad al orden público: el demandado asumió un claro compromiso de comunicar cualquier cambio de domicilio, lo cual no hizo, de tal forma que no se causó verdadera indefensión material.

Nuestro Tribunal Constitucional sigue esta misma postura, y sanciona la mala fe o negligencia de demandados que, o bien consintieron su rebeldía, o bien podrían haberla evitado. Así, por ejemplo, determina que no se producirá indefensión cuando el emplazado tuvo conocimiento efectivo en tiempo hábil para poder defenderse y no lo hizo, para solicitar después la nulidad de las actuaciones (12).

En relación con el reconocimiento de resoluciones extranjeras, la jurisprudencia comunitaria es unánime (13) al respecto de que, en casos como el anterior, en los que el demandado consiente su rebeldía para luego, pretender la denegación del reconocimiento —y, en supuestos arbitrales, la anulación del laudo—, lo que concurre es un claro abuso de derecho inadmisibles.

Nuestro Tribunal Supremo, en entre otras, su Sentencia 599/2016 de 6 octubre, dictada en autos de execuátur y haciéndose eco de la jurisprudencia comunitaria, se ha pronunciado con contundencia, estableciendo que

«en caso alguno puede resultar justificativa de aquellas situaciones de rebeldía no sólo consentidas por el propio demandado, sino además articuladas desde su mala fe procesal en el curso del procedimiento. La interdicción de la mala fe procesal, como proyección de la noción del abuso del derecho constituye, sin duda, un presupuesto que integra preferentemente el concepto de orden público del foro y que impide que el derecho o la pretensión que ha sido realizada, carente de una finalidad honesta y legítima, en perjuicio de tercero, pueda reportar los efectos perseguidos desde una actuación de mala fe de una de las partes».

Evidentemente, lo mismo aplica cuando el demandado no es tanto que haya actuado con mala fe, sino con falta de diligencia, como puede entenderse que sucede en el supuesto enjuiciado por el ATSJ 17 de febrero de 2021. Y es que, en términos generales, lo relevante, a efectos de respetar el derecho de defensa del emplazado, es que tenga conocimiento efectivo del inicio del procedimiento, ya sea judicial o arbitral, sin perjuicio de que no sea por la vía estrictamente regular.

La Sentencia de 14 de diciembre de 2006, C-283/05, EU:C:2006:787, del TJUE, explica que no podrá denegarse el reconocimiento de una resolución extranjera por meras irregularidades formales que no lesionen el derecho de defensa del demandado, pues el emplazamiento «no tiene que consistir necesariamente en una entrega o notificación de forma regular y con tiempo suficiente para que pueda defenderse». De tal forma que, incluso, «una resolución dictada en rebeldía a raíz de una cédula de emplazamiento no notificada al demandado en rebeldía de forma regular y con tiempo suficiente para que pueda defenderse, debe ser reconocida si éste no ha tomado la iniciativa de interponer un recurso contra dicha resolución cuando hubiera podido hacerlo» (14).

Nuestros tribunales adoptan la misma postura y, como vemos, solo en caso de indefensión material

y efectiva del demandado, podrá invocarse la deficiente notificación del inicio del procedimiento como causa de, o bien reconocimiento del laudo o resolución de que se trate, o bien su anulación.

Nos remitimos, entre otras, a la STSJ Cataluña 16/2014 de 19 de febrero, que sanciona el concepto de rebeldía consentida, o al Auto 51/2019 de 29 de marzo también del mismo Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sala de lo civil y penal, Sección 1ª), que avala el uso del correo electrónico para emplazar al demandado, en tanto que quedó acreditado que le permitió tener constancia del procedimiento arbitral, sin que dicho demandado fuese capaz de demostrar que esa forma de comunicación le hubiese impedido utilizar los medios de defensa adecuados para ejercer la tutela judicial efectiva.

III. CONCLUSIÓN

Los Autos analizados en este artículo reflejan, una vez más, la discusión todavía vigente en nuestro país respecto del ensanchamiento del concepto de orden público, a la hora de determinar su eventual vulneración como causa de oposición al reconocimiento o de anulación de laudos arbitrales.

Siguiendo la doctrina constitucional, ambos Autos examinan la posible vulneración del orden público en sus dos vertientes, la material y la procesal. Llegando a la conclusión, el segundo de ellos, de 17 de febrero de 2021, que sí se vulnera esa vertiente material.

La conclusión que alcanza el Auto referido no queda exenta de posibles críticas por diversos motivos. La primera porque el examen de esa vulneración se plantea de oficio por el propio TSJ. Y la segunda, porque el TSJ estima, precisamente, la existencia de dicha vulneración, lo que determina, por tanto, la desestimación de la demanda de reconocimiento, pero sin realizar prácticamente análisis alguno sobre las razones que amparan la desestimación por ese motivo.

Vuelve a plantearse, en definitiva, hasta dónde alcanzan las facultades del TSJ, a la hora de examinar si se ha vulnerado o no el orden público, así como cuál sea la extensión que deba darse a los que el TC considera «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».

El debate no es sencillo desde luego. Ahora bien, no hay que olvidar que al tiempo dictarse los dos Autos del TSJ que ahora analizamos, la STC 15 de febrero de 2021 no era todavía de conocimiento público. Es previsible que ello dé lugar a una nueva tendencia en la que sea todavía más restrictivo anular o desestimar el reconocimiento de un laudo arbitral extranjero, con fundamento en la vulneración del orden público.

.....

(1)

A modo de ejemplo: Sentencia 7/2019 de la Sala de lo Civil y Penal del TSJ de las Islas Baleares, de 4 de

diciembre de 2019 y Sentencia 40/2010 de la Audiencia Provincial de Burgos, de 2 de febrero de 2010.

[Ver Texto](#)

(2) STC 15/1987, de 11 de febrero y STC 54/1989 de 23 de febrero.

[Ver Texto](#)

(3) Sentencia 19/2012 de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 23 de mayo de 2012.

[Ver Texto](#)

(4) STC 15/1989, de 26 de enero; STC 62/1991, de 22 de marzo; STC 288/1993, de 4 de octubre; STC 174/1995, de 23 de noviembre; y STC 176/1996, de 11 de noviembre.

[Ver Texto](#)

(5) Art. 24 CE.

[Ver Texto](#)

(6) Art. 37.4º LA: «El laudo debe ser siempre motivado, a menos que se trate de un laudo pronunciado en los términos convenidos por las partes conforme al artículo anterior». (Así, el art. 36 LA establece que si durante las actuaciones arbitrales las partes llegan a un acuerdo (...) si ambas partes lo solicitan y los árbitros no aprecian motivo para oponerse, harán constar ese acuerdo en forma de laudo en los términos convenidos por las partes).

[Ver Texto](#)

(7) Art. 24.1º CE.

[Ver Texto](#)

(8) Así se prevé, por ejemplo, en las *IBA Guidelines for Drafting International Arbitration Clauses* o en el art. 20 de las Reglas de la Cámara Internacional de Comercio. En nuestro ordenamiento jurídico así se prevé en el art. 28 de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje.

[Ver Texto](#)

(9) N. Blackaby, C. Partasides, A. Redfern y M. Hunter, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, 5ª ed., Oxford University Press, Oxford, 2009.

[Ver Texto](#)

(10) STS 219/2003 de 10 de marzo; 662/2008 de 3 de julio. Esta última señala que «la no intervención en el proceso de sociedad demandada por falta de emplazamiento a la misma implica la indefensión descrita, apreciable de oficio por infracción de orden público».

[Ver Texto](#)

(11) Por todas, STC 143/1999 de 22 de julio.

[Ver Texto](#)

(12) SSTC 6/2003 de 20 de enero, o 161/2006 de 22 de mayo.

[Ver Texto](#)

(13) Por todos, sentencias del TJUE de 28 de abril de 2009, *Apostolides*, C-420/07, EU:C:2009:271 y de 14 de diciembre 2006, C-283/05, EU:C:2006:787.

[Ver Texto](#)

(14) Sentencia de 28 de abril de 2009 del TJUE, C-420/07, EU:C:2009:271.

[Ver Texto](#)

SENTENCIAS SELECCIONADAS



El mecanismo del incidente de oposición a la ejecución por motivos de fondo como cauce para alegar la existencia de un acuerdo de sumisión a la mediación

Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona de 13 de octubre de 2000

The incidental mechanism of opposition to enforcement on substantive grounds as a means of pleading the existence of an agreement to submit to mediation

Despachada ejecución, el ejecutado se opone a la misma por motivos de fondo invocando la existencia de un compromiso de sometimiento a mediación recogido en el Pacto de Parentalidad suscrito por los cónyuges. El incidente se resuelve con la abstención del juzgado de instancia al entender que carece de jurisdicción. Sin embargo, el legislador ha previsto la declinatoria como el único instrumento válido para impedir el conocimiento de los tribunales cuando existe un pacto de mediación. La alteración de los mecanismos dispuestos por el legislador tiene importantes consecuencias que desembocan en una alteración de la efectividad de la tutela perseguida.

Oposición a la ejecución, Compromiso de mediación, Cuestión declinatoria, Interés superior del menor.

Once the enforcement had been authorized, the respondent contested it for substantive grounds, invoking the existence of a commitment to submit to mediation included as covenant in the parental pact signed by the spouses. The question was solved through the declinatory Decision of the Local Court for lack of jurisdiction. Nevertheless, the Spanish lawmaker has provided the declinatory as the only valid instrument to prevent the attention of the Courts when there is a mediation agreement *sensu stricto*. Disturbance of legal measures provided by the Spanish lawmaker has significant effects which leads to impairment of effectiveness of the protection granted in this Standard.

Opposition to enforcement, Mediation commitment, Declinatory, Best interests of the minor.



M.ª Rosa Gutiérrez Sanz

Profesora Titular. Acreditada como Catedrática de Derecho Procesal

Universidad de Zaragoza

Árbitro

I. INTRODUCCIÓN

En fecha 11 de febrero de 2020, Eugenia formula, ante la Audiencia Provincial de Barcelona, recurso de apelación contra el auto dictado por un Juzgado de Primera Instancia e Instrucción en que se resolvía un incidente de oposición a la ejecución por motivos de fondo. En dicho auto, el juzgado de instancia declara su falta de jurisdicción para conocer de la ejecución despachada y acuerda el archivo del procedimiento.

El juzgado basa su decisión en lo alegado por la parte ejecutada, José Antonio, en el escrito de oposición. En dicho escrito, el condenado invoca la inadecuación de procedimiento y la existencia de un pacto de sometimiento de las partes a mediación.

Por su parte, la ejecutante y, posteriormente, recurrente, Eugenia, manifiesta que acreditó un intento previo de solución amistosa y afirma que el auto por el que el juzgado se declara falto de jurisdicción vulnera el principio de tutela judicial efectiva del art. 24.1º CE, infringe lo dispuesto en los arts. 37, 38 y 65.2 LEC y aplica de forma inadecuada los arts. 6 y 10 de la Ley 5/2012 de 6 de julio.

La Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación interpuesto revocando la resolución impugnada y ordenando la retroacción de las actuaciones al momento inmediatamente anterior a su dictado, para que se procediera a resolver entrando en el fondo del asunto. Su fallo se apoyó, por un lado, en la dudosa interpretación y aplicación del principio *pro actione* que llevó a cabo el juzgado de instancia y, por otro, en que habiendo tenido la oportunidad de poner de relieve los posibles obstáculos procesales en el momento oportuno, no lo hizo, y es precisamente a la hora de resolver cuando aprecia la falta de un requisito de procedibilidad para declarar su falta de jurisdicción y archivar la ejecución.

Vamos a analizar la resolución mencionada, si bien partimos de un auto en el que se omiten algunos datos esenciales y, por tanto, completamos las lagunas existentes con suposiciones basadas en el contexto general de la resolución.

II. EL DESPACHO DE EJECUCIÓN Y LA OPOSICIÓN A LA EJECUCIÓN POR MOTIVOS DE FONDO

El art. 550 LEC prevé que a la demanda ejecutiva debe acompañarse el título ejecutivo en que se funda la pretensión ejecutiva. Ese título ejecutivo fundamenta el derecho del ejecutante al despacho de ejecución, pero también delimita la potestad del juez ejecutor, que no puede actuar una responsabilidad mayor ni diferente de la que el título autorice. El legislador prevé además, en el art. 551 LEC, que el Tribunal solo despachará ejecución cuando concurren los presupuestos y requisitos procesales, el título ejecutivo no adolezca de ninguna irregularidad formal y los actos de ejecución que se solicitan sean conformes con la naturaleza y contenido del título.

En el momento del despacho de ejecución, el tribunal no puede controlar si el ejecutante tiene o no derecho a la concreta tutela ejecutiva que solicita, sino solo si la misma, y los actos ejecutivos solicitados en que se define, se acomodan o no al título. El legislador se refiere básicamente al control de aquellos actos que se soliciten en contradicción con el contenido del título ejecutivo (1). Por tanto, el juzgado de instancia despacha ejecución, *inaudita parte debitoris*, basada exclusivamente en las alegaciones contenidas en la demanda ejecutiva formulada por Eugenia y en los documentos que acompañan a la misma. No tenemos acceso al contenido de dicha demanda más allá de lo que en el auto de la Audiencia se recoge: «La parte ejecutante invocaba incumplimiento de algunas de las obligaciones contenidas en el título en el ejercicio de la potestad parental». Frente a este requerimiento, el ejecutado alega que el contenido de la demanda ejecutiva encierra, en realidad, una pretensión de modificación de las medidas referidas en la sentencia y no de su cumplimiento, y que, por tanto, la ejecución no es la vía adecuada para conseguir la satisfacción de la pretensión ejercitada por Eugenia.

Es relativamente habitual que los cónyuges recurran a un procedimiento de ejecución para hacer cumplir obligaciones que, aún no recogidas de forma expresa en la sentencia, pueden inferirse de una interpretación integradora de la misma (2), pero también son frecuentes las ocasiones en que lo que se pretende es el reconocimiento o la extinción de obligaciones que no pueden desprenderse del contenido de la sentencia porque son de carácter *ex novo*.

Tras un procedimiento de divorcio, el juez fija en la sentencia una serie de medidas de carácter personal y económico que regirán durante un determinado tiempo (3). Estas medidas se basan en las circunstancias presentes en el momento en el que se dicta la sentencia, pero, con el paso del tiempo, las circunstancias van modificándose. De hecho, el paso del tiempo determinará que algunas medidas se extingan de forma automática, como por ejemplo el régimen de visitas en relación con menores, al alcanzar éstos la mayoría de edad, o el establecimiento de una pensión compensatoria sujeta a un límite temporal. Pero también pueden acontecer nuevas causas sobrevenidas que hagan necesario acudir a un procedimiento para modificar o extinguir determinadas medidas cuyo contenido ya no se adecua a las circunstancias reales vigentes de los sujetos sometidos a las mismas. Este cauce es el procedimiento de modificación de medidas que se regula en los arts. 775 ss LEC. Se trata de una modificación sujeta al cumplimiento de un requisito indispensable: que las circunstancias que en un primer momento llevaron al Juez a dictar una resolución judicial concreta se hayan visto alteradas, lo que motiva que se haga necesaria su revisión

o, lo que es lo mismo, su adaptación a las circunstancias que concurren en la actualidad.

Pero, además de la inidoneidad del cauce procedimental elegido, el ejecutado invoca la existencia de un compromiso de sometimiento a mediación familiar como cauce para resolver las diferencias sobre la aplicación del Plan de Parentalidad o la modificación de su contenido para adaptarlo a nuevas necesidades de las menores o circunstancias de los progenitores. Ante esta eventualidad, y una vez que el juzgado resolvió acordar el despacho de ejecución, si el ejecutado quería impedir la continuación del proceso, el cauce pertinente hubiera sido invocar la ausencia de jurisdicción del tribunal, dada la existencia de ese pacto previo suscrito por los cónyuges y formular una declinatoria. Según el art. 547 LEC, en el plazo de los 5 días siguientes a aquel en que reciba la primera notificación del proceso ejecutivo, el ejecutado puede instar la cuestión declinatoria. Esta primera notificación es del auto por el que el tribunal acuerda el despachando ejecución, así como el decreto que, en su caso, hubiere dictado el Letrado de la Administración de Justicia. Pero, en este caso, José Antonio no denuncia la falta de jurisdicción planteando la declinatoria, deja pasar el plazo y es más tarde, a través del incidente de oposición a la ejecución, cuando trata de evitar que el tribunal conozca del asunto.

Ante un proceso de ejecución, el ordenamiento jurídico concede al ejecutado la posibilidad de rebelarse y defenderse, ya sea porque en su conjunto considera que la ejecución nunca debió comenzar o bien porque en su desarrollo entiende que se ha cometido algún tipo de infracción jurídica. Ahora bien, la defensa prevista por el legislador tiene unas causas tasadas.

El auto del que trae causa la resolución comentada pone fin a un incidente de oposición por motivos de fondo, con lo cual, hemos de plantearnos que el ejecutado formuló su oposición dentro de esta modalidad. La oposición por razones de fondo ante títulos judiciales tiene unas causas dispuestas concretas y recogidas en el art. 556.1º de la Ley de Enjuiciamiento Civil: el pago o cumplimiento de lo ordenado en la sentencia o resolución, siempre que se justifique documentalmente, la caducidad de la acción ejecutiva, así como los pactos y transacciones que se hubiesen convenido para evitar la ejecución, siempre que dichos pactos y transacciones consten en documento público. Fuera de estas causas, el ejecutado no podrá fundar un incidente de oposición sino que tendrá que hacer valer su derecho a través de un proceso declarativo posterior.

José Antonio esgrime dos causas de oposición, ninguna de las cuales estaría recogida, al menos de forma expresa, como causa de oposición a la ejecución ni por motivos de fondo ni por motivos procesales.

En primer lugar, el ejecutado invoca la inadecuación del cauce procesal iniciado por la ejecutante. Según la literalidad de la resolución analizada...»en la misma vista, y en su Informe final la parte ejecutada reitera la alegación de inadecuación de procedimiento pero para aclarar que entiende que lo que se está dilucidando es una alteración de lo pactado en la sentencia que debería resolverse en un procedimiento de Modificación de Medidas y no en un proceso de ejecución».

Siendo así, nos encontramos ante un motivo no recogido en la ley procedimental y que habrá de dar lugar a su inadmisión (4), ello sin perjuicio de que pueda interponerse una demanda de modificación

de medidas a fin de que pueda valorarse la concurrencia o no de las circunstancias que alegue. Ya veremos, más adelante, si cabría formular oposición por estos hechos invocando motivos de índole procesal.

José Antonio formula un segundo motivo de oposición: la existencia de un acuerdo de las partes para someter a mediación familiar cualquier diferencia entre los progenitores sobre la aplicación del Plan de Parentalidad o para modificar contenido del mismo para adaptarlo a nuevas necesidades de las menores o circunstancias de los progenitores.

Es cierto que entre las causales del art. 556.1º, párrafo segundo de la LEC, aparece la posible invocación de «pactos» entre las partes como motivo de oposición. El ejecutado puede oponer la existencia de pactos o transacciones a los que hayan llegado las partes y que tengan como finalidad eludir la ejecución forzosa. Esta finalidad es requisito para que el pacto sea admisible como causa de oposición. Pero además, la norma exige su constancia en documento público para evitar, precisamente, que el propio pacto se convierta en objeto de debate (5) . Esos pactos y transacciones no pueden ser contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público, deben versar sobre materias disponibles (1255, 1271 y 1809 ss Cc) y deben ser objeto de una interpretación estricta, tal y como dispone el art. 1815.1º Cc.

El legislador, por esta vía, da entrada a pactos cuyo contenido puede ser muy variado, de tal forma que en el mismo se pueden integrar acuerdos sobre hechos extintivos o excluyentes (6) e incluso, para algunos autores (7) , un sometimiento a arbitraje de los aspectos derivados de la ejecución de una resolución judicial firme (8) . Pero el pacto suscrito por José Antonio y Eugenia no es un acuerdo de las partes cuya finalidad sea evitar la ejecución. No se trata de un sometimiento a mediación para regular aspectos derivados de la ejecución de la sentencia de divorcio (9) , sino para consensuar determinados extremos que no están fijados en la sentencia de divorcio. Lo que se trata de evitar es tener que acudir a un juez para obtener un pronunciamiento sobre la aplicación del convenio de Parentalidad o sobre la modificación de las medidas en su momento acordadas y que, por alguna razón, han de ser modificadas. El pacto de sometimiento a mediación no se centra en la ejecución propiamente dicha ni en evitar la misma. De hecho, si en realidad se tratara de un pacto encaminado a evitar la ejecución, el pacto debería ser de fecha posterior a la constitución del título ejecutivo y anterior a la presentación de la demanda ejecutiva (10) . Como podemos observar, en este supuesto el pacto proviene del Plan de Parentalidad, acuerdo que se adopta eventualmente incluso antes de interponer la demanda de divorcio. A esto habría que añadir un dato que desconocemos, y es si ese acuerdo de Parentalidad se encuentra recogido en un documento público o no. Según el mencionado art. 556.1º LEC, es requisito necesario para que pueda ser admitida la oposición por este motivo que *dichos pactos y transacciones consten en documento público*. Puede que el Plan de Parentalidad haya sido acogido en su integridad por la sentencia, en cuyo caso sí tendría tal carácter, pero también puede que la resolución judicial no recoja la totalidad del convenio y, por tanto, no tenga la condición de documento público.

Pero afrontemos un último punto. Tras sustanciar el procedimiento de oposición por motivos de fondo, cuando el tribunal estima la existencia del compromiso de sometimiento a mediación entre

los cónyuges, ¿cuál es la respuesta que el órgano jurisdiccional debería dar? y ¿cuál es la que da?

Según el art. 561.2º LEC, estimado el motivo alegado por el ejecutante, el juzgado procederá a dejar la ejecución sin efecto y mandará alzar los embargos y las medidas de garantía de la afectación que se hubieren adoptado, reintegrándose al ejecutado a la situación anterior al despacho de la ejecución, conforme a lo dispuesto en los arts. 533 y 534. También se condenará al ejecutante a pagar las costas de la oposición. En definitiva, implica la negación total del deber de prestación por el que se despachó la ejecución. Se produce una declaración de improcedencia de la misma, se alzan todas las medidas ejecutivas si es que estas se hubiesen adoptado.

Sin embargo, el juzgado de instancia lo que decide, tras la sustanciación del incidente de oposición a la ejecución, es declararse falto de jurisdicción para conocer de la ejecución despachada y acordar el archivo del presente procedimiento. Por tanto, ni siquiera se pronuncia realmente sobre la estimación o no de la causa de oposición, antes bien, se pronuncia en los términos que serían los adecuados ante la formulación de la cuestión declinatoria, pero no los que serían procedentes ante una oposición a la ejecución por motivos de fondo.

Pero vamos a valorar si el ejecutado hubiera podido oponerse por los motivos esgrimidos utilizando el cauce de la oposición a la ejecución por motivos procesales.

El art. 559 LEC viabiliza que el ejecutado, además de por los antedichos motivos de oposición al fondo de la ejecución, pueda impugnar la procedencia de esta por la falta de presupuestos y requisitos procesales generales y específicos. En realidad, los motivos de oposición que puede alegar el ejecutado se fundamentan prácticamente en las mismas razones que pudieron conducir a que el órgano jurisdiccional hubiera denegado el despacho de la ejecución. Lo que sucede ante el ejercicio de este tipo de oposición por motivos procesales es que el tribunal habrá de examinar de nuevo estas cuestiones, teniendo en cuenta además las alegaciones y aportaciones documentales del ejecutado. Aunque, en inicio, el art. 559 LEC contiene un número tasado de causas, lo cierto es que el ap. 1.3 del precepto parece poder dar cabida a una serie «subdefectos» procesales no tipificados expresamente por el legislador, pero que jurisprudencialmente han ido siendo integrados (11).

Así, al amparo de dicho precepto, vamos a plantearnos si es posible que José Antonio hubiera podido alegar la inadecuación del procedimiento. Recordemos que reiteradamente realiza dicha invocación a lo largo del proceso.

En tal sentido, el AAP Barcelona 14ª n.º 699/2020 de 22 diciembre afirma que «es obvio que la alegación de inadecuación de procedimiento se trata de un defecto procesal, que se puede alegar por la vía del art. 559 LEC» (12). No obstante, no es esta una opinión pacífica en la doctrina. Si bien es cierto que algunos autores entienden que el ejecutado podría alegar la inadecuación del procedimiento al amparo de este precepto (13), habríamos de plantearnos si en realidad lo que subyace en aquellos supuestos en que la jurisprudencia ha admitido como motivo de oposición la inadecuación del procedimiento, hace referencia más que a una inadecuación de procedimiento a una ausencia de título ejecutivo, lo cual sí es subsumible en el art. 559.1.3º LEC. Nos referimos a los supuestos en los que la presentación de un título cambiario había conducido directamente al

despacho de la ejecución sin seguir los trámites de los arts. 819 ss LEC (14) .

De hecho, en el caso que analizamos, efectivamente creemos que, más que una inadecuación del procedimiento, lo que podría existir es una ausencia del título ejecutivo. Si, como afirma el ejecutado, lo que se pretende es la modificación de las medidas, el título ejecutivo exhibido para el despacho de ejecución no puede contener pronunciamientos sobre unas medidas aún no acordadas y, por tanto, la ejecutante carecería del título ejecutivo necesario.

Lo que subyace en este caso, es una mal entendida flexibilización procedimental en atención al «interés superior del menor»

Lo que en ningún caso cabría hacer valer por el cauce de oposición a la ejecución por motivos procesales es la falta de jurisdicción. Tanto la jurisprudencia (15) como una buena parte de la doctrina (16) se muestran contrarios a admitir otro mecanismo que no sea la declinatoria como instrumento idóneo para alegar dicho óbice. Ahora bien, podría acontecer que por razones ajenas a su voluntad, el ejecutado no hubiese podido interponer la declinatoria en plazo. Tal contingencia se podría producir, por ejemplo, por un error al llevar a cabo la primera notificación del proceso ejecutivo. En este caso, si cabría dar al ejecutado un cauce adecuado para ejercitar su defensa, pero la circunstancia a denunciar no sería la falta de jurisdicción del órgano sino el error en la realización del acto de notificación y lo que se pretendería no sería la declaración de falta de jurisdicción sino que se acordara la provisión de un nuevo acto de comunicación y la nueva concesión de plazo para la formulación de la cuestión declinatoria (17) . Es cierto que para algunos estudiosos (18) , por analogía con la previsión contenida en el art. 559.2º LEC, podría incluso admitirse la alegación de la declinatoria junto con otras causas de oposición en un mismo escrito (19) .

No obstante todo lo dicho, lo cierto es que el juzgado de instancia admitió las causas de oposición y, de hecho, sustanció la totalidad del incidente de oposición por motivos de fondo y concluyó con una abstención, declarando la falta de jurisdicción y archivando el asunto. A nuestro juicio se trata de una admisión infundada y claramente errónea que, al fin, deriva en una resolución que dilata innecesariamente el proceso, creando una situación de vulneración de tutela efectiva. Creemos que posiblemente lo que subyace en este caso, es una mal entendida flexibilización procedimental en atención al «interés superior del menor», tema sobre el que volveremos en el último epígrafe de este comentario.

III. LA EXISTENCIA DEL PACTO DE MEDIACIÓN Y SU EFECTO SOBRE EL PROCESO

Eugenia, la ejecutante, recurre en apelación y fundamenta su recurso en la vulneración del principio de tutela judicial efectiva, infracción de lo dispuesto en los arts. 37, 38 y 65.2º LEC, e inadecuada aplicación de los arts. 6 y 10 de la Ley 5/2012 de 6 de julio.

Tanto el art. 37 como el 38 LEC hacen referencia a la posibilidad de que el órgano jurisdiccional se

abstenga de oficio a la vista de una serie de circunstancias que determinen su imposibilidad de conocer del asunto. En el art. 37 LEC se prevé la abstención de oficio de un tribunal de la jurisdicción civil cuando estime que el asunto que se le somete corresponde a la jurisdicción militar o bien a una Administración pública o al Tribunal de Cuentas o cuando se le sometan asuntos de los que corresponda conocer a los tribunales de otro orden jurisdiccional de la jurisdicción ordinaria. Por su parte, el art. 38 dispone que el juzgado se abstendrá de oficio, con audiencia de las partes y del Ministerio Fiscal, tan pronto como sea advertida la falta de jurisdicción por pertenecer el asunto a otro orden jurisdiccional.

En principio, por tanto, ningún problema plantea el control de oficio de la falta de jurisdicción, por cuanto se trata de un presupuesto absoluto que afecta al orden público y cuya falta puede ser apreciada de oficio por el órgano judicial, tan pronto como la aprecie, en cualquier instancia del proceso. Pero la pregunta es: ¿puede el juzgado abstenerse de oficio ante la existencia de un pacto de sometimiento a mediación?

La existencia de un compromiso de mediación, al igual que la existencia de un convenio arbitral, no supone por sí solo, tal y como está en la actualidad nuestro ordenamiento, la sustracción del conocimiento de una causa a los tribunales por falta de jurisdicción. Si la parte demandada, en este caso ejecutada, no invoca la existencia del convenio arbitral o del compromiso de sumisión a mediación, el órgano jurisdiccional no podrá de oficio declarar su falta de jurisdicción y, por tanto, no podrá de oficio abstenerse de conocer.

Con una redacción muy similar a la prevista por el legislador para el procedimiento arbitral (20), el art. 10.2º LM establece que el compromiso de 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* (21).

¿Qué debemos entender por «pacto de sometimiento a mediación»? Encontramos el concepto en el art. 6.2º Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles que lo define como *un pacto por escrito que exprese el compromiso de someter a mediación las controversias surgidas o que puedan surgir [...] antes de acudir a la jurisdicción o a otra solución extrajudicial*.

Es decir, el compromiso de sometimiento a mediación no es otra cosa que un contrato bilateral, privado, por escrito (22), cuyo único contenido es recoger la concurrencia de las voluntades de las partes en lo referente a someter a mediación las controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellos. Puede ser un contrato independiente, una cláusula añadida a un contrato o la propia acta de la sesión constitutiva, según el momento en que se firme. Todos ellos son estrictamente contratos de mediación porque, de hecho, el recurso a la mediación siempre va a requerir del acuerdo de las voluntades de las partes con independencia del momento en que se formalice (23).

El contrato o cláusula de sumisión a la mediación puede ser muy concreto y haber previsto todas las cuestiones que rodean al procedimiento o puede no ser así y consistir, simplemente, en un pacto genérico que establezca que para dirimir las controversias presentes o futuras se acudirá a la mediación con carácter previo a cualquier otro sistema de resolución de conflictos, judicial o

extrajudicial. Y es de esta última clase el pacto realizado por los cónyuges, que acuerdan que en todo conflicto que surja sobre la aplicación o sobre la modificación del Pacto de Parentalidad se someten a mediación familiar.

Técnicamente, cuando las partes firman un compromiso de mediación, están manifestando su voluntad de someter a mediación el conflicto, y declaran de forma implícita que conocen la trascendencia de esa decisión porque ese compromiso tiene carácter obstativo temporal sobre la actuación de los Tribunales. El pacto produce el efecto negativo que permite al demandado excluir del conocimiento de esa causa al juez ordinario y obtener la inmediata finalización del procedimiento, pero sometido a una condición: que haga valer ese compromiso de mediación en tiempo y forma. Para el demandado, al igual que en el ámbito del arbitraje, tal posibilidad se configura como un contraderecho cuyo tratamiento procesal se confía a la declinatoria (24), que se arbitra como mecanismo de compulsión frente al incumplidor del pacto.

Pero cuando surge ese conflicto, la demandante, Eugenia, obvia el pacto y acude ante los tribunales, y lo hace afirmando el incumplimiento por parte de José Antonio de aquellas obligaciones que ya estaban recogidas de forma expresa en la sentencia. Sin embargo, al mismo tiempo, pretende acreditar que realizó un intento previo de consecución amistosa, lo cual nos crea la duda sobre el contenido de las pretensiones de la ejecutante, ya que, ciertamente, parece que pretende sortear lo acordado en el Pacto de Parentalidad por esta vía, pero carecemos de datos más concretos que nos permitan pronunciarnos sobre esta cuestión.

El incumplimiento de cualquier pacto podría dar lugar a responsabilidad contractual, pero hemos de tener en cuenta que las características propias de un compromiso de mediación lo alejan de la naturaleza de un contrato ordinario y, en tal sentido, compeler a la parte que ha incumplido el compromiso de mediación no es realmente efectivo, aun cuando el legislador arbitre un mecanismo para hacerlo (25). Debemos tener en cuenta que, según lo dispuesto en el art. 6.2º LM, la existencia de ese compromiso solo obliga a las partes a que, antes de acudir a la jurisdicción o a otra solución extrajudicial, deban intentar el procedimiento pactado de buena fe. Si a esto añadimos que «nadie está obligado a mantenerse en el procedimiento de mediación ni a concluir un acuerdo» (art. 6.3º), el compromiso queda satisfecho con una actividad «tan irrelevante» que no tendría demasiado sentido invertir recursos en intimar al inconsecuente (26).

El demandado que planteó con éxito la cuestión declinatoria consigue que el proceso civil se sobresea, pero si lo que pretende es verdaderamente que el conflicto planteado se resuelva por el cauce al que las partes se habían comprometido y que las llevó a firmar el compromiso de sumisión a mediación, su empresa se convierte en azarosa y abocada al fracaso. Según lo previsto en el art. 16.1º.b LM, el procedimiento de mediación podrá iniciarse por la solicitud exclusiva de una de las partes, pero la otra, que vio frustrado el ejercicio de su pretensión ante el tribunal, puede fácilmente liberarse de la fuerza del compromiso de sometimiento a mediación simplemente no asistiendo a la sesión informativa. La Ley, en su art. 17.1º.II, prevé que la inasistencia injustificada de cualquiera de las partes a la sesión informativa se entenderá como desistimiento de la mediación solicitada. Pero es más, aun cuando ambas asistan a la constitutiva, si una de ellas se niega a firmar el acta levantada

sobre el contenido propio de esta sesión, también, según lo dispuesto en el art. 19.2, se declarará la mediación intentada y sin efecto (27). Y aún señalaremos otra posibilidad de violar lo acordado. El demandante, en muchas ocasiones, es consciente de que su conducta renuente a cualquier intento de mediación puede ser valorada de forma desfavorable cuando, posteriormente, haya de concurrir ante el tribunal, así que acudirá a una o varias sesiones de mediación, sin ningún ánimo de llegar a acuerdo alguno, y con la intención de convertir el proceso de mediación en un puro trámite dilatorio y molesto para la parte empeñada en hacer cumplir el pacto de sometimiento.

Como antes ya apuntamos, la LEC establece, en su art. 547, el instrumento de la declinatoria en el ámbito del proceso ejecutivo y remite a los arts. 63 a 65 su tramitación y efectos. Así, el ap. 1 del art. 63 LEC dispone que «mediante la declinatoria, el demandado y los que puedan ser parte legítima en el juicio promovido podrán denunciar la falta de jurisdicción del tribunal ante el que se ha interpuesto la demanda, por corresponder el conocimiento de ésta a tribunales extranjeros, a órganos de otro orden jurisdiccional, a árbitros o a mediadores». Es decir, la parte a quien interese (la que quiera hacer valer el pacto de sumisión a mediación) está legitimada para interponer la declinatoria y lo hará ante el juez que esté conociendo del asunto, y al que se considera carente de jurisdicción, o ante el tribunal del domicilio del demandado, tal y como prevé el ap. 2 del mismo artículo. Habrá de presentarse mediante escrito de declinatoria al que se adjuntará el pacto de sometimiento a mediación y tantas copias como partes procesales, dentro de los diez primeros días del plazo para contestar a la demanda, o en los cinco primeros días posteriores a la citación para vista. Entonces el secretario judicial suspenderá el plazo de contestación a la demanda o el cómputo para el día de la vista hasta que se resuelva la cuestión. El resto de las partes tendrán cinco días, desde que se les notifique la interposición de la declinatoria, para hacer las alegaciones y aportaciones que consideren convenientes en aras al mantenimiento de la jurisdicción del tribunal, que deberá decidir la cuestión dentro del quinto día siguiente. La estimación de la cuestión se hará mediante auto en que el juez o tribunal se abstendrá de seguir conociendo y sobreseerá el proceso.

Es cierto que el mecanismo de la declinatoria puede tener un dudoso encaje en el procedimiento de mediación. Lo que en el ámbito del arbitraje tiene un perfecto encuadre, carece de él frente a un compromiso de mediación (28). El acuerdo de las partes mediante un pacto de mediación no supone la exclusión de la jurisdicción con carácter absoluto e indefinido, tal y como sucede con el compromiso arbitral, sino que el compromiso de mediación supone la abstención temporal del juez hasta que se cumplan las condiciones previstas en la ley. Tampoco la causa de interposición es la habitual. Si la declinatoria pretende que el juez actual se inhíba en favor de aquel que tiene la competencia para conocer del asunto, en este caso, tal y como prevé el art. 65.3º, el tribunal debería señalar a las partes ante qué órganos han de usar de su derecho, pero en este caso la inhibición conlleva el archivo de los autos, ya que en ningún caso el juez va a inhibirse a favor de un mediador que obviamente carece de potestad jurisdiccional. Es, por tanto, una declinatoria atípica (29) pero, al fin, es el único cauce previsto por el legislador en el momento actual.

En el caso que nos ocupa, la Audiencia Provincial parece obviar que el cauce utilizado por ejecutado y admitido por el juez de instancia no es el previsto por el legislador. Recoge en su resolución que si el juzgado de instancia consideraba que las partes habían pactado acudir a la Mediación en caso de

conflicto, y «!conforme lo dispuesto en la Ley 5/2012, de 6 de julio, es decir, de entender que este era un requisito de procedibilidad el juzgado debió advertir a la parte que venía obligada a acreditar el intento previo de Mediación, con o sin resultado. Es la propia Ley de Enjuiciamiento Civil la que a través de lo que dispone en su art. 231 arbitra la posibilidad de que el Tribunal y el secretario judicial cuiden que puedan ser subsanados los defectos en que incurran los actos procesales de las partes».

Para empezar, como hemos visto, el cauce de la oposición a la ejecución ni por razones de fondo ni por motivos procesales es el adecuado para hacer valer la existencia de un compromiso de mediación, pero es que, además, lo que está sugiriendo el tribunal es que el juzgado, acorde a lo previsto en el art. 231, arbitre las medidas para que puedan ser subsanados los defectos en que incurran los actos procesales de las partes.

El tratamiento que confiere la Audiencia a la omisión del intento de mediación es la que confiere el legislador a la ausencia de un presupuesto de admisibilidad de la demanda. Pero el pacto de sumisión a la mediación produce otro efecto: la sustracción de la jurisdicción al juzgador de forma transitoria (hasta que se presente el acta en el que se recoge el intento de mediación) o de forma definitiva (si no se llega a presentar). En realidad, el tribunal no puede conocer de la causa porque las partes han acordado sustraer la materia en cuestión del conocimiento de los órganos jurisdiccionales hasta haber explorado otras vías de solución. Solo una vez exploradas y plasmada dicha tentativa, en la medida antes indicada, en un acta, las partes devuelven a los tribunales el conocimiento de la causa. En realidad, el funcionamiento es similar al que se produce cuando las partes firman un convenio arbitral, salvo por una razón, cuando las partes firman el convenio arbitral son conscientes de que, en el momento en que se invoque su existencia, los tribunales bajo ningún concepto podrán entender del asunto. En cambio, en el momento en que se invoque la existencia del pacto de mediación, la sustracción a la jurisdicción puede tener carácter temporal.

Si se tratara de un simple requisito de procedibilidad o de admisión de la demanda, el juzgado inadmitiría la demanda, instaría, eventualmente, la subsanación y, en caso de no producirse esta, archivaría la causa, pero en ningún caso declarararía su propia falta de jurisdicción, que es lo que el legislador ordena al tribunal cuando existe el pacto de sumisión a mediación y el demandado lo invoca a través de la declinatoria.

La existencia del pacto es un requisito de carácter extrínseco y, si ninguna de las partes lo alega, carece de efectos sobre el desarrollo del procedimiento. Solo la invocación del mismo por el ejecutado, a través de la declinatoria, hace nacer el contraderecho. El juzgado no se ve compelido por el legislador, como en otras ocasiones (*vid.* art. 403.3º LEC), a revisar de oficio la aportación de determinados documentos y a sancionar con la no admisión de la demanda aquellos casos en que el actor omite el acompañamiento de los documentos exigidos expresamente por el ordenamiento. Es cierto que este pudiera haber sido el camino seguido por el legislador para tratar la inobservancia del compromiso de mediación, pero no es el que ha elegido (30). La sanción derivada en este caso no es la inadmisibilidad de la demanda o el no dar curso a la demanda, es otra, y la recoge el art. 10.2º LM: *impide a los tribunales conocer de las controversias*.

Siendo así, no atinamos a comprender cómo podía el juzgado de instancia subsanar aquello que no

es la irregularidad de un acto procesal de la parte. Es de suponer que, en la vista y en la práctica probatoria realizada, Eugenia exhibiera los documentos en que basaba el intento amistoso de solución, pero le ley exige esa mínima actividad de mediación a la que antes hicimos referencia. La ausencia de jurisdicción no es requisito subsanable, y es precisamente esa la consecuencia que tiene la existencia del pacto, siempre que *la parte a quien interese lo invoque mediante declinatoria*.

Ahora bien, el escenario planteado por la Audiencia Provincial sí tiene encuadre ante una mediación familiar con carácter obligatorio, porque en ese caso sí que estaríamos ante un requisito de procedibilidad cuya ausencia hubiera podido ser advertida por el juzgado de instancia.

Puede que la Audiencia Provincial haya tenido en cuenta la Ley 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, en donde en su art. 3 se modifica el art. 233-6 CCCat, y que prevé en su apartado 1 que la sumisión a la mediación es obligatoria antes de la presentación de acciones judiciales, si se ha pactado expresamente.

En este contexto, sí es posible que el juzgado hubiera podido inadmitir la demanda por falta del requisito de procedibilidad y que, de oficio, hubiera podido poner de relieve la irregularidad del acto de la ejecutante. En la disposición catalana desaparece la necesidad de que una de las partes se oponga ejercitando la cuestión declinatoria, ya que existiendo un acuerdo de mediación, el juzgado no admitirá, y surgirá la posibilidad de subsanación en un determinado plazo propiciando la conservación de los actos.

No obstante, hemos de decir que esta norma, según su disposición final tercera, entró en vigor a los tres meses de su publicación en el «Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya». Es decir, si aquella se publicó el 4 de agosto, su entrada en vigor se fijó para el día 4 de noviembre de 2020 y el auto es de octubre de ese año.

Lo mismo ocurriría si se aplicase lo previsto en el Anteproyecto de Ley de Eficiencia procesal, donde, efectivamente, en determinados supuestos, la mediación se convierte en elemento obligatorio para iniciar la vía judicial. De hecho, el propio anteproyecto habla de «Requisito de procedibilidad y libre disposición». En este marco sí cabría un tratamiento del intento de mediación como requisito necesario para la admisión de la demanda, es decir, si no se aporta por el actor la prueba del intento de mediación sin efecto, se producirá la inadmisión de la demanda. La disposición adicional octava del citado anteproyecto establece que se dará por cumplido este requisito de procedibilidad cuando se acredite la utilización de cualesquiera medios de solución alternativa de litigios que están ya regulados en legislación especial (31).

IV. EL DERECHO DE EJECUCIÓN COMO INTEGRANTE DEL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA Y EL PRINCIPIO *PRO ACTIONE*

La Audiencia Provincial, en su auto, reprocha al juzgado de instancia su actuación al «continuar adelante con el procedimiento, señalar vista, no resolver las cuestiones procesales previamente a la proposición y practica de prueba, y no advertir previamente a las partes de los posibles obstáculos

procesales, conforme se posibilita en el 443.LEC».

El Tribunal Constitucional, bajo la cobertura de los arts. 24.1º CE y 11.3º LOPJ, viene sosteniendo que las normas que establecen los requisitos y los presupuestos procesales deben ser aplicadas e interpretadas en el sentido más favorable al derecho a la tutela judicial efectiva, evitando que una aplicación y una interpretación rigorista, arbitraria e irrazonable de dichas normas pueda llevar a inadmisibilidad del pronunciamiento sobre el fondo (32).

Esto ha derivado en el llamado criterio *pro actione*, que supone que la interpretación judicial del correspondiente obstáculo procesal debe realizarse teniendo siempre presente la *ratio* de la norma y un criterio de proporcionalidad entre la entidad del defecto advertido y la sanción derivada del mismo. Lo que se busca es evitar que no se entre en el fondo de un asunto sobre la base de meros formalismos o de entendimientos no razonables de las normas procesales.

Cuanto un tribunal adopta una decisión de inejecución, dada la trascendencia que tal resolución tiene para el justiciable, es necesario que emita una resolución motivada y con fundamento en una causa obstativa de la ejecución prevista por el ordenamiento y, en todo caso, debe estar regida por el principio *pro actione*, de manera que debe adoptarse la interpretación más favorable a la efectividad del derecho a la tutela judicial (33). La denegación de la ejecución no puede, pues, ser arbitraria ni irrazonable, ni fundarse en una causa inexistente, ni en una interpretación restrictiva del derecho fundamental (34).

El Tribunal Constitucional, desde los años ochenta (35), ha considerado que no podría hablarse de una legitimada tutela judicial efectiva si al justiciable no se le garantizaba que aquellas resoluciones dictadas por los tribunales ordinarios para la tutela de sus derechos e intereses legítimos se hiciesen cumplir forzosamente, cuando el obligado por las mismas no lo hacía voluntariamente. En caso contrario, las decisiones judiciales y los derechos que en las mismas se reconocieran o declarasen serían meras declaraciones de intenciones y, por tanto, no estaría garantizada la efectividad de la tutela judicial (36).

El sujeto titular del derecho de ejecución ostenta un legítimo derecho subjetivo público que enlaza con el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1º CE (37). Se trata de un derecho de configuración legal, por cuanto su contenido y alcance, así como las condiciones y los requisitos de su ejercicio, deben concretarse en las disposiciones legales. De hecho, el legislador establece límites al pleno acceso a la ejecución. En la normativa procesal encontramos profusos ejemplos en los que se condiciona el derecho a la ejecución a que el ejecutante observe ciertos presupuestos procesales y presente un título ejecutivo con los requisitos que la misma ley también exija. Tales limitaciones son perfectamente adecuadas, siempre que sean razonables y proporcionales respecto de los fines que lícitamente puede perseguir el legislador en el marco de la Constitución (38).

La Audiencia Provincial invoca el principio *pro actione* y atribuye al juzgado de instancia falta de proporcionalidad entre la entidad del defecto advertido y la sanción derivada del mismo, ya que al no advertir a las partes sobre la existencia de un óbice procesal que impediría el conocimiento sobre el fondo de la causa provocó que la situación derivase en un archivo de la ejecución despachada

Pero, como ya hemos expuesto, creemos que no nos encontramos ante la ausencia de un mero requisito de procedibilidad. En realidad, creemos que la única actuación correcta por parte del juzgado de instancia hubiera sido la desestimación de la oposición formulada por José Antonio al invocar un motivo inexistente en el art. 556.1º y la continuación con la ejecución despachada.

V. EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR: UNA POSIBLE EXPLICACIÓN

Puede que el lector se muestre confundido por la introducción de este tema, que no aparece expresamente mencionado ni en el auto que resuelve el incidente de oposición ni en la resolución que estima el recurso de apelación, sin embargo, a nuestro juicio, la aplicación de la regla del interés superior del menor puede explicar, en cierta medida, la actuación un tanto errática de los órganos jurisdiccionales intervinientes en este caso. La mención en el Pacto de Parentalidad de «las dos menores» creemos que tiene una influencia decisiva en el devenir de los acontecimientos.

La jurisprudencia constitucional, dada la importancia de los intereses de orden personal y familiar de los menores, de los padres biológicos y de los restantes afectados, ha venido admitido la existencia de un aminorado rigor formal en los procesos de familia. El órgano vigilante de la aplicación de los valores constitucionales ha declarado que en este tipo de procesos no se ventilan conflictos entre pretensiones privadas, sino que se tutelan situaciones más trascendentes, por lo que merece la pena ampliar las facultades del Juez en garantía de esos intereses y, prevalentemente, el interés del menor (39).

En la STC 178/2020, de 14 de diciembre de 2020, se consolidó doctrinalmente lo que en la práctica ya se venía realizando: la flexibilidad es la regla cuando existan menores en los procedimientos de familia. En definitiva, se concretaba que el interés superior del menor es de tal importancia en los procedimientos de derecho de familia que la flexibilidad en estos juicios debe ser máxima. Lo que el tribunal contempla es que se debe conseguir una mayor adaptación del proceso a la realidad del derecho de familia, que es cambiante por naturaleza. Es decir,

«... que el principio del interés superior del menor debe inspirar y regir toda la actuación jurisdiccional que se desarrolla en los procesos de familia y que, por la prevalencia de este principio constitucional de tuición sobre las normas procesales, la tramitación de dichos procesos debe estar presidida por un criterio de flexibilidad procedimental» (STC 65/2016, de 11 de abril), quedando ampliadas la facultades del juez en garantía del interés que ha de ser tutelado (STC 4/2001, de 15 de enero, FJ 4) (40).

Pero dicho esto, es necesario evitar que la utilización del principio del «interés superior del menor» pueda conducir a resultados injustos si se aplica de tal manera que ningún otro interés, excepto el del niño, sea dotado de peso específico en el proceso, lo cual podría suceder si el interés del niño se utiliza para anular (41) todos los demás (42).

En el caso que analizamos, solo la consideración de la primacía del interés superior del menor sobre los mecanismos procedimentales idóneos procesalmente puede explicar la sucesión de actuaciones contrarias a las previsiones de la LEC.

Tal vez hayamos de buscar en ese interés superior tuitivo la razón por la que el juzgado de instancia, ante la preclusión del plazo para formular la declinatoria, decide aceptar que José Antonio realice, por un cauce procedimental incorrecto, la alegación de la existencia de un compromiso de sumisión a mediación familiar. Es cierto que, dado que lo que se ventilaba era el eventual incumplimiento de obligaciones propias de la potestad parental, la desestimación de la oposición y, en consonancia, la prosecución de la actividad ejecutiva, supondría la imposición de lo pretendido por Eugenia cuando, de acudir a mediación familiar, tal vez se hubiera podido llegar a un consenso sobre las obligaciones que se habían de cumplir y la forma de hacerlo, y claramente un acuerdo siempre es preferible a una imposición. Pero la flexibilización procesal, en este caso, no solo no ha acarreado beneficio alguno sino que ha supuesto una dilación en el proceso que habrá perjudicado, a buen seguro, el bienestar de las menores.

Como antes hemos apuntado, es imprescindible una valoración caso por caso. El interés superior del menor no puede actuar como pretexto para asumir actuaciones que pueden derivar en la quiebra de la tutela judicial efectiva.

En este supuesto, un somero análisis de los acontecimientos nos muestra a una ejecutante cuyas actuaciones muestran claramente que no está dispuesta a llegar a ningún acuerdo de mediación con el ejecutado. No solo Eugenia acude a los tribunales, obviando la existencia de un pacto de sometimiento a mediación inserto en el Plan de Parentalidad, sino que, en previsión de que se le reclame la falta de una actitud empática y la búsqueda de una solución consensuada, afirma y acredita, mediante la exhibición de unos correos electrónicos, que ya lo ha pretendido sin éxito.

En este contexto, una medida de compulsión, como antes ya apuntamos, no creemos en absoluto que tenga éxito. Sin embargo, cuando el legislador arbitra en el art. 10.2º LM un mecanismo para compeler al incumplidor, el juzgador no puede sino reconocer que el demandado ostenta el derecho de hacer valer la existencia del compromiso mediante la interposición de la declinatoria. Negar al demandado tal posibilidad, por mucho que el juzgador considere la inutilidad de dar tal paso, supondría vulnerar las normas procedimentales. Pero si el ejecutado deja transcurrir el plazo, carece de lógica que el juzgado consienta el uso de un cauce no previsto por la ley, largo, costoso, e inadecuado (la oposición a la ejecución por motivos de fondo) para perseguir a quien claramente ha mostrado su actitud renuente y negativa a llegar a acuerdos con la contraparte.

La flexibilidad procedimental debe tener su contrapeso en la búsqueda de la eficiencia y en el respeto de los valores supremos que rigen el proceso. Por eso es ineludible que, en cada caso concreto, los jueces y tribunales ordinarios ponderen si el interés superior del menor fundamenta de forma adecuada la alteración de las normas que habitualmente rigen el proceso civil.

BIBLIOGRAFÍA

ACHÓN BRUÑÉN, M.J., *La oposición en los procesos de ejecución de sentencias civiles*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2002.

- BONET NAVARRO, A., «Mediación y proceso civil» en *Proceso civil y mediación. Su análisis en la Ley 5/2012, de mediación en asuntos civiles y mercantiles* (A. BONET NAVARRO, dir.), Cizur Menor, Aranzadi, 2013.
- CASTILLO FELIPE, R., *La oposición a la ejecución por defectos procesales: estudio del art. 559 LEC*, Cizur Menor, Aranzadi, 2017.
- CORDÓN MORENO, F., «Comentario al art. 551», en AA.VV., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, CORDÓN MORENO, F.; ARMENTA DEU, T.; MUERZA ESPARZA, J.; TAPIA FERNÁNDEZ, I. (Coord.), Vol. II, 2.ª ed., Cizur Menor, Aranzadi, 2011.
- CORDON MORENO, F., *El proceso de ejecución*, Cizur Menor, Aranzadi, 2002.
- CUBILLO LÓPEZ I. J., «El derecho a la tutela judicial efectiva y el derecho a la ejecución en la jurisprudencia constitucional», *Estudios de Deusto: Revista de la Universidad de Deusto*, vol. 66, n.º. 2, 2018.
- DIEZ PICAZO GIMENEZ I., en AA.VV., *Derecho Procesal Civil. Ejecución forzosa. Procesos especiales*, Madrid, Ecera, 2000.
- DÍEZ RIAZA, S., «El contrato de mediación civil y mercantil», en GISBERT POMATA, M.; DÍEZ RIAZA, S., *El contrato de mediación y el acuerdo de mediación civil y mercantil*, Cizur Menor, Civitas, 2014.
- FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, M. A., *La ejecución forzosa y las medidas cautelares en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Madrid, Iurium, 2001.
- GARBERÍ LLOBREGAT, J., en AA.VV., *Los procesos civiles*, V. 4, GARBERÍ LLOBREGAT, J. (dir.), Barcelona, Bosch, 2001.
- GARCÍA RUBIO, M.P., «¿Qué es y para qué sirve el interés superior del menor?», *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, n.º 13, agosto 2020.
- 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.
- HERRERO PEREZAGUA, J.F., «El juez y la mediación» en *Proceso civil y mediación. Su análisis en la Ley 5/2012, de mediación en asuntos civiles y mercantiles*, BONET NAVARRO, A. (Dir.), Cizur Menor, Aranzadi, 2013.
- LAFUENTE TORRALBA, A., *La oposición a la ejecución*, Cizur Menor, Civitas, 2006.
- MARTIN PASTOR, J., *La oposición a la ejecución y la impugnación de actos ejecutivos concretos*, Madrid, La Ley, 2007.
- ORTELLS RAMOS, M., y MARTÍN PASTOR, J., «Comentario al art. 559», en AA.VV., *Proceso civil práctico*, GIMENO SENDRA, V. (dir.), MORENILLA ALLARD, P. (coord.), t. VI, Madrid, La Ley, 2002.

PAZ PEÑUELAS BENEDÉ M. P., *Conflicto y Técnicas de Gestión. En Especial, la Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles y su Versión Electrónica*, Valencia, Tirant Lo Blanc, 2017.

RIFA SOLER, «Encaje constitucional del arbitraje como sistema de resolución de conflictos» en *Estudios sobre el arbitraje de consumo* (coord. RICHARD GONZALEZ, RIAÑO BRUN Y RIFA SOLER), Cizur Menor, Aranzadi, 2011.

SOSPEDRA NAVAS, F. J., *Mediación y arbitraje. Los sistemas alternativos de resolución de conflictos*, Cizur Menor, Civitas, 2014.

-
- (1) F. Cordón Moreno, «Comentario al art. 551», en AA.VV., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, vol. II, 2.ª ed., Cizur Menor, 2011, p. 203.

[Ver Texto](#)

- (2) En tal sentido Auto del Juzgado de Primera Instancia n.º 3 de Pamplona n.º 104/2020 de 3 marzo.

[Ver Texto](#)

- (3) El Plan de Parentalidad, introducido en 2010 en el Libro II del Código Civil de Cataluña, se define en su Preámbulo como un instrumento para concretar la forma en que ambos progenitores piensan ejercer las responsabilidades parentales, en el que se detallan los compromisos que asumen respecto a la guarda, el cuidado y la 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. Además 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. Puede verse sobre este tema E. Roca Trías y P. Ortuño Muñoz, *Persona y familia: Libro Segundo del Código Civil de Cataluña*, Madrid, Sepín, 2011.

[Ver Texto](#)

- (4) En tal sentido, entre otros podemos citar el pronunciamiento del auto del Juzgado de Primera Instancia n.º 8 Pamplona, n.º 60/2015 de 29 enero, según el cual «Por el ejecutado se esgrime como único motivo de oposición la precaria situación económica que padece. Sin embargo, en aplicación del art. 556,1º LEC, solo el pago documentalmente acreditado, podría admitirse en esta sede como oposición a la

ejecución despachada. La resolución judicial que este Juzgado está ejecutando está plenamente vigente y también por tanto las obligaciones contraídas por las partes en el Convenio Regulador de 18 de julio de 2013 homologado por sentencia dictada en el Divorcio de Mutuo acuerdo 851/2013. Y ello sin perjuicio de que ante las alegaciones que se lleven a cabo, pueda interponerse un proceso de modificación de medidas donde pueda valorarse la concurrencia o no de las circunstancias que alegue, para en su caso acordar lo procedente».

En términos muy similares el auto del Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de Tarragona de 2 abril 2004. «En principio, aunque las partes no lo plantean, cabe cuestionar la posibilidad de invocar una causa de extinción de la pensión en fase de ejecución de la sentencia que decretó el divorcio y estableció las medidas cuya efectividad se trata de conseguir en este trámite. La sentencia de divorcio, al recoger el convenio que aprueba, detallando literalmente sus cláusulas en el apartado tercero de sus antecedentes, no incluye esta posibilidad de extinción automática sin necesidad de declaración judicial. Esta modificación de circunstancias debe ser objeto de un pronunciamiento judicial conforme a los arts. 100 y 101 Cc por el trámite procesal al efecto previsto en el art. 775 LEC».

[Ver Texto](#)

- (5) En tal sentido y entre otras, AAP Zaragoza (Sección 2.ª), n.º 354/2007 de 3 julio; AAP Barcelona (Sección 12.ª), n.º 92/2012 de 3 abril; AAP Tarragona (Sección 3.ª), de 30 octubre 2002; AAP Murcia (secc. 5.ª), de 19 de diciembre; AAP Tarragona (Sección 3.ª), de 30 octubre 2002.

[Ver Texto](#)

- (6) A. Lafuente Torralba, *La oposición a la ejecución*, Cizur Menor, Civitas, 2006, p. 53.

[Ver Texto](#)

- (7) I. Diez Picazo Giménez, en AA.VV., *Derecho Procesal Civil. Ejecución forzosa. Procesos especiales*, Madrid, Ecera, 2000, p. 93; F. Cordon Moreno, *El proceso de ejecución*, Cizur Menor, Aranzadi, 2002, p. 163.

[Ver Texto](#)

- (8) Si bien nosotros estamos de acuerdo con J. Garberí al considerar que el sometimiento a arbitraje de los aspectos derivados de la ejecución de una resolución judicial firme «no es admisible en un auténtico proceso de ejecución forzosa regido por el principio de exclusividad jurisdiccional» J. Garberí Llobregat, en AA.VV., *Los procesos civiles*, vol. 4, J. Garberí Llobregat (dir.), Barcelona, Bosch, 2001, p. 542.

[Ver Texto](#)

- (9) Aquí nos podríamos encontrar con problemas similares a los apuntados para la ejecución en los convenios arbitrales

[Ver Texto](#)

- (10) J. Martín pastor, *La oposición a la ejecución y la impugnación de actos ejecutivos concretos*, Madrid, La Ley, 2007, p. 420.

[Ver Texto](#)

(11) Acoge esta solución el AAP de Asturias (Sección 7.ª), de 19 septiembre 2002, en el que se afirma que «aunque es discutible que la causa de oposición esgrimida de contrario pudiera finalmente incardinarse en el n.º 3 del art. 559.1º LEC, es lo cierto que algún sector doctrinal entiende que este motivo sirve como norma residual o cláusula de cierre y que por tanto los defectos procesales denunciados en esta oposición no son *numerus clausus* pues al amparo del mismo se puede denunciar la ausencia de cualquiera otros presupuestos procesales de la ejecución forzosa», y en el que se resuelve el supuesto planteado según esa concepción residual del precepto indicado.

[Ver Texto](#)

(12) En el mismo sentido AP de Cantabria (Sección 3ª) sentencia n.º 454/2002 de 26 septiembre y AAP de Zaragoza (Sección 4.ª), de 6 mayo 2002.

[Ver Texto](#)

(13) J. Martín Pastor, *La oposición a la ejecución...*, *op. cit.*, p. 155.

[Ver Texto](#)

(14) R. Castillo Felipe, *La oposición a la ejecución por defectos procesales: estudio del art. 559 LEC*, Cizur Menor, 2017, p. 60y ss. El autor afirma que «quizás el único supuesto de inadecuación que pudiera darse sería aquél en que se siguiera un proceso especial de ejecución hipotecaria en virtud de un título ejecutivo que no documentase una hipoteca o prenda. Con todo, todavía sería discutible que la oposición no pudiera basarse en esta hipótesis en la ausencia de título ejecutivo válido, por cuanto lo cierto es que éste sólo sería apto para abrir un proceso de ejecución ordinario, pero no hipotecario, en la medida en que faltaría un elemento del supuesto de hecho procesal que autoriza la ejecución hipotecaria. En sentido contrario, no resulta procedente oponer inadecuación del procedimiento alguna frente al acreedor hipotecario que opta por instar la ejecución ordinaria».

[Ver Texto](#)

(15) AA P de Zaragoza (Sección 4ª), n.º 152/2004 de 11 marzo.

[Ver Texto](#)

(16) M. Ortells Ramos y J. Martín Pastor, «Comentario al art. 559», en AA.VV., *Proceso civil práctico*, V. Gimeno Sendra (dir.) y P. Morenilla Allard (coord.), t. VI, Madrid, La Ley, 2002, pp. 719-751.

[Ver Texto](#)

(17) En tal sentido R. Castillo Felipe, *La oposición a la ejecución...*, *op. cit.*

[Ver Texto](#)

(18) M.A. Fernández-Ballesteros, *La ejecución forzosa y las medidas cautelares en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Madrid, Iurium, 2001, p. 564.,

[Ver Texto](#)

(19) M.J. Achón Bruñén, *La oposición en los procesos de ejecución de sentencias civiles*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2002, p. 74.

[Ver Texto](#)

(20) El art. 11.1º LA «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».

[Ver Texto](#)

(21) Las cursivas son nuestras.

[Ver Texto](#)

(22)
La forma escrita es una garantía sobre la certeza y seriedad del consentimiento que han prestado las partes. A. Bonet Navarro., «Mediación y proceso civil», en *Proceso civil y mediación. Su análisis en la Ley 5/2012, de mediación en asuntos civiles y mercantiles*, en A. Bonet Navarro (Dir.), Cizur Menor, Aranzadi, 2013, p. 100 .

[Ver Texto](#)

(23) S. Díez Riaza, «El contrato de mediación civil y mercantil» en M. Gisbert Pomata y S. Díez Riaza, *El contrato de mediación y el acuerdo de mediación civil y mercantil*, Cizur Menor, Civitas, 2014 p. 41.

[Ver Texto](#)

(24) Rifa soler, «Encaje constitucional del arbitraje como sistema de resolución de conflictos» en *VVAA Estudios sobre el arbitraje de consumo* (coord . Richard González, Riaño Brun y Rifa Soler), Cizur Menor, Aranzadi, 2011, p.62.

[Ver Texto](#)

(25) En relación con esto, 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, considera que en estas condiciones la declinatoria puede convertirse en una rémora para el proceso, y Sospedra Navas manifiesta que «el pronóstico del desarrollo normal del procedimiento no es favorable en estas circunstancias, puesto que es obvio que si una de las partes ha preterido el previo acuerdo de sumisión, ello exterioriza una voluntad renuente a seguir por esta vía extraprocesal». *Vid.* F.J. Sospedra Navas, *Mediación y arbitraje. Los sistemas alternativos de resolución de conflictos*, Cizur Menor, Civitas, 2014, pp. 203-204.

[Ver Texto](#)

(26)
El Libro Verde de 2002 sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del

derecho civil y mercantil, ya se pronunciaba desde el inicio en este sentido en los arts. 64 y 65: «si presenta algún interés conferir carácter vinculante a estas cláusulas, ya que pudiera ser inútil obligar a alguien a participar en una modalidad alternativa de resolución de litigios contra su voluntad en la medida en que el éxito del procedimiento depende, precisamente, de su voluntad...cuando las partes gozan de la libre disposición de sus derechos, en caso de incumplimiento de las obligaciones resultantes de un acuerdo de ADR, las soluciones deben buscarse en la interpretación de la voluntad de las partes y en el recurso al derecho contractual. La respuesta de un tribunal indicando su negativa a participar en un procedimiento alternativo de resolución de litigios previsto en un contrato podría sancionarse en tanto que violación de una obligación contractual. Tal denegación podría tener por consecuencia que el juez ante el cual se presenta una demanda referente a la ejecución de otras disposiciones del contrato declarase esta demanda inadmisibile. Del mismo modo, el hecho de no querer participar en el mecanismo alternativo de resolución de litigios podría considerarse como una violación de la obligación de buena fe».

[Ver Texto](#)

(27) A. Bonet Navarro, «Mediación y proceso civil» en *Proceso civil...*, *loc. cit.*, p. 88.

[Ver Texto](#)

(28) En tal sentido M.R. Gutiérrez Sanz, «La cuestión declinatoria en el Real Decreto-Ley...», *loc. cit.*, pp. 1-5.

[Ver Texto](#)

(29) M.P. Peñuelas Benedé, *Conflicto y Técnicas de Gestión. En Especial, la Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles y su Versión Electrónica*, Valencia, Tirant Lo Blanc, Valencia, 2017, p. 113.

[Ver Texto](#)

(30) J.F. Herrero Perezagua, «El juez y la mediación» en *Proceso civil y mediación. Su análisis en la Ley 5/2012, de mediación en asuntos civiles y mercantiles*, A. Bonet Navarro (dir.), Cizur Menor, Aranzadi, 2013, p. 39.

[Ver Texto](#)

(31) Para dar cobertura a este mandato, habrán de modificarse una serie de preceptos, entre otros el art. 266 LEC, estableciendo que habrá de acompañarse a la demanda el documento que acredite haberse intentado la actividad negocial previa a la vía judicial como requisito de procedibilidad, que será en los litigios que se sustancian ante el orden jurisdiccional civil.

[Ver Texto](#)

(32) Se puede encontrar un estudio desarrollado en I.J. Cubillo López, «El derecho a la tutela judicial efectiva y el derecho a la ejecución en la jurisprudencia constitucional», *Estudios de Deusto: revista de la Universidad de Deusto*, vol. 66, n.º 2, 2018, pp. 347-372.

[Ver Texto](#)

(33)

En la STC 210/1993, de 28 de junio (FJ 3), el tribunal se manifiesta sobre la apreciación de una causa de suspensión de la ejecución en los siguiente términos: «No corresponde a este Tribunal revisar la corrección o incorrección de tal razonamiento judicial, pues esta cuestión, de estricta legalidad ordinaria, escapa del contenido propio de esta vía de amparo constitucional, sino tan sólo considerar si la suspensión de ejecución acordada lo ha sido razonadamente y no de forma arbitraria o carente de fundamento. Como quiera que la suspensión se encuentra motivada, aplica una causa legal (la medida cautelar acordada en el proceso declarativo ulterior) y se efectúa con expresa ponderación de los efectos y naturaleza de las decisiones que recaigan en ambos procedimientos, interdictal y declarativo, así como, finalmente, con adopción de garantías con relación a los perjuicios que de ellas puedan derivarse, no puede estimarse la misma como irrazonable o arbitraria y, por ende, vulneradora del derecho fundamental a la ejecución de lo resuelto que se invoca».

[Ver Texto](#)

(34) La STC 107/1992, de 1 de julio (FJ 2) manifiesta que : «...que no tratándose de un derecho de libertad, sino de un derecho prestacional, el de tutela judicial efectiva, en sus distintas vertientes —y entre ellas la de la ejecución de Sentencias—, es conformado por las normas legales que determinan su alcance y contenido concretos y establecen los requisitos y condiciones para su ejercicio. De este modo, al tratarse de un derecho de configuración legal, el legislador puede establecer límites al pleno acceso a la ejecución de las Sentencias, siempre que los mismos sean razonables y proporcionales respecto de los fines que lícitamente puede perseguir el legislador en el marco de la Constitución (STC 4/1988). Consecuentemente, cabe que un Tribunal adopte una decisión de inejecución de una Sentencia, siempre que se haga expresamente en resolución motivada y con fundamento en una causa obstativa de la ejecución prevista por el ordenamiento. La aplicación judicial de una causa legal de inejecución debe estar guiada por el principio *pro actione* que inspira todas las manifestaciones del art. 24.1º CE, de manera que debe adoptarse la interpretación más favorable a la efectividad del derecho a la tutela judicial, en este caso del derecho a la ejecución. La denegación de la ejecución no puede, pues, ser arbitraria ni irrazonable, ni fundarse en una causa inexistente, ni en una interpretación restrictiva del derecho fundamental (STC 33/1987)».

[Ver Texto](#)

(35) En este sentido podemos citar el contenido de la STC 32/1982, de 7 de junio (FJ 2): «Es preciso reconocer que esta situación supone, como afirman los recurrentes, una violación del art. 24.1º de la Constitución. El derecho a la tutela efectiva que dicho artículo consagra no agota su contenido en la exigencia de que el interesado tenga acceso a los Tribunales de Justicia, pueda ante ellos manifestar y defender su pretensión jurídica en igualdad con las otras partes y goce de la libertad de aportar todas aquellas pruebas que procesalmente fueran oportunas y admisibles, ni se limita a garantizar la obtención de una resolución de fondo fundada en derecho, sea o no favorable a la pretensión formulada, si concurren todos los requisitos procesales para ello. Exige también que el fallo judicial se cumpla y que el recurrente sea repuesto en su derecho y compensado, si hubiere lugar a ello, por el daño sufrido: lo contrario sería convertir las decisiones judiciales y el reconocimiento de los derechos que ellas comportan en favor de alguna de las partes, en meras declaraciones de intenciones». En la STC 167/1987, de 28 de octubre (FJ 2) se afirma que: «es doctrina consolidada de este Tribunal que la ejecución de las Sentencias en sus propios términos forma parte del derecho fundamental a la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales, ya que en caso contrario las decisiones judiciales y los derechos que en las mismas se reconozcan o declaren no serían otra cosa que meras declaraciones de intenciones sin alcance práctico ni efectividad alguna. De ahí que el Tribunal se haya ocupado de destacar el lugar

central que el respeto a los fallos judiciales y su efectivo cumplimiento por los poderes públicos ocupa en un Estado de Derecho como el que la Constitución proclama en su art. 1, advirtiendo a este propósito que cualquier eventual infracción del deber de cumplir las Sentencias y resoluciones firmes de los Jueces y Tribunales (art. 118 de la Constitución) no puede redundar en ningún caso en una pérdida de la efectividad de las mismas (STC 67/1984, de 7 de junio)».

[Ver Texto](#)

(36) Entre otras STC 37/2007 de 12 de febrero (FJ 1), STS de 29 de octubre de 2012 (FJ 4) y la STS de 20 de octubre de 2011 (FJ 3).

[Ver Texto](#)

(37) En la STC 16/1986, de 31 de enero (FJ 3), se califica del mismo modo el derecho a la ejecución de que tratamos: «Exigencia objetiva del sistema jurídico, la ejecución de las Sentencias y demás resoluciones que han adquirido firmeza también se configura como un derecho fundamental de carácter subjetivo incorporado al contenido del art. 24.1º CE, cuya efectividad quedaría decididamente anulada si la satisfacción de las pretensiones reconocidas por el fallo judicial en favor de alguna de las partes se relegara a la voluntad caprichosa de la parte condenada o, más en general, éste tuviera carácter meramente dispositivo».

[Ver Texto](#)

(38) Debe tenerse en cuenta que el TC en alguna ocasión a considerado que una ley que establecía limitaciones al derecho a la ejecución, por considerarlas excesivas y desproporcionadas en relación con el fin que perseguían es contraria al derecho a la tutela judicial efectiva; así, por ejemplo, en la STC 113/1989, de 22 de junio, declaró inconstitucional un precepto de la Ley General de la Seguridad Social (en su FJ 3): (...) «esta potestad de mediación legislativa de los derechos que se integran en el de tutela judicial no es absoluta, ni dependiente del arbitrio del legislador, pues, dentro del respeto debido al contenido esencial de los derechos fundamentales, resulta indiscutible que el art. 24.1º CE exige, según la STC 158/1987, ausencia de condicionamientos que dificulten o entorpezcan, en lo que aquí interesa, la posibilidad de que lo resuelto por los órganos judiciales sea cumplido en sus propios términos, de manera que, cuando el legislador imponga requisitos o limitaciones al ejercicio del derecho fundamental, su legitimidad constitucional habrá de ser examinada para comprobar si responden a razonables finalidades de protección de valores, bienes o intereses constitucionalmente protegidos y guardan debida proporcionalidad con dichas finalidades, lo cual significa que serán inconstitucionales, por vulneración del derecho fundamental, aquellos requisitos, formalidades y limitaciones que comprometen su ejercicio de tal forma que no resulten comprensibles a la luz de una ponderación razonable y proporcionada de los valores acogidos en la Constitución».

[Ver Texto](#)

(39) STC 58/2008, de 28 de abril (FJ 2).

[Ver Texto](#)

(40) STC 14 diciembre 2020 (FJ 3).

[Ver Texto](#)

(41) Como es bien sabido tanto el art. 2.1º como el 2.4º LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, dispone que el interés superior del menor sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como privado y que en el caso de concurrir cualquier otro interés legítimo junto al interés superior del menor deberán priorizarse las medidas que, respondiendo a este interés, respeten también los otros intereses legítimos presentes, pero que, en caso de que no puedan respetarse todos los intereses legítimos concurrentes, deberá primar el interés superior del menor sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir.

[Ver Texto](#)

(42) M.P. García Rubio, «¿Qué es y para qué sirve el interés superior del menor?», *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, n.º 13, agosto 2020, p. 17.

[Ver Texto](#)

Estimación de la anulación de un laudo arbitral por haber resuelto el árbitro cuestiones no sometibles en un arbitraje testamentario

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura de 1 de febrero de 2021 (1)

Upholding the annulment of an arbitral award on the ground that the arbitrator has settled issues not subject to testamentary arbitration

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura (Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª, Cáceres), n.º 1/2021, de 1 de febrero (Ponente: Ilma. Sra. D.ª. Manuela Eslava Rodríguez), estima una acción de anulación de un laudo arbitral que tenía su origen en un testamento, por haber resuelto el árbitro cuestiones no sometibles.

Arbitraje testamentario, Acción de anulación, Cuestiones no sometibles, Estimación.

The judgement of Superior Court of Justice of Extremadura (Civil and Criminal Court, Section First, Cáceres), n.º. 1/2021, 1 February (Speaker: Ilma. Mrs. D.ª. Manuela Eslava Rodríguez), considers an action for annulment of an arbitration award that had its origin in a will, for having resolved the arbitrator issues that cannot be submitted.

Testamentary arbitration, Annulment of the award, Issues that cannot be submitted, Estimation.



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 testamentario cuyo laudo se dictó el 30 de junio de 2020, dictándose otro posterior, de aclaración, según los antecedentes de hecho [1º], y rectificándolo, según los fundamentos de derecho [1º], el 1 de julio de

2020. El laudo deriva «de un acuerdo entre el demandante y sus padres y hermanos» y el arbitraje se establece que sea de equidad [FD 1].

Como se recoge en la Sentencia, objeto de comentario, «En nuestro caso, los ahora demandados (padres y hermanos del demandante) y este último, en concepto de "partes", D. Nazario, en concepto de "mediador" y D. Carlos José, en concepto de "árbitro", suscriben... un documento en el que, en lo que aquí interesa exponen: I. D. Julio y D.^a Beatriz han sido y/o son propietarios de un conjunto de negocios y sociedades profesionales, así como empresariales, en las que participan y/o trabajan sus cuatro hijos, Luis Andrés, Ángel Daniel y (sic) Inocencio». II. La titularidad de alguno de los citados negocios y sociedades profesionales han sido transmitidos a alguno de los hijos, otorgándoles igualmente un derecho de adquisición sobre los inmuebles en los que están desarrollándose las citadas actividades profesionales» [FD 3^a].

«Entre las estipulaciones primera y segunda se nombra un mediador y un árbitro, respectivamente, y en la tercera se delimita cuál será el objeto de la mediación y del arbitraje en los siguientes términos: "La mediación y el arbitraje de equidad encomendados alcanzará a toda la sucesión personal y patrimonial de D. Julio y D.^a Beatriz, siempre que éstos muestren su conformidad, de tal manera que el proceso quedará concluido, salvo indicación expresa de todos los intervinientes, con la adjudicación futura de todos los bienes propiedad de ambas personas, quienes, en todo caso, tendrán holgadamente garantizada su subsistencia el resto de sus vidas". En la sexta se añade: "todos los acuerdos que alcanzados entre los hermanos y, en su caso, las decisiones adoptadas por el árbitro, serán, en caso de incumplimiento, directamente ejecutables ante la jurisdicción ordinaria"» [FD 3^o], [destacado añadido en la Sentencia].

La parte demandante en el proceso de anulación invoca cuatro motivos: 1º) Falta de validez del convenio arbitral; 2º) Resolución de cuestiones ajenas al objeto del proceso de arbitraje; 3º) Procedimiento arbitral contrario a las normas establecidas en la LA; y 4º) Infracción del orden público. Los demandados se oponen a todos los motivos alegados en la demanda [FD 1º].

Antes de entrar en el examen de los motivos articulados por la parte actora, solo se examina uno en concreto, el Tribunal se detiene en hacer un recordatorio de determinadas cuestiones relativas al arbitraje, como sistema alternativo de resolución de controversias.

II. ARBITRAJE Y ACCIÓN DE ANULACIÓN DEL LAUDO

Así, la Sala de lo Civil y de lo Penal del Tribunal Superior de Justicia comienza señalando que «debe recordarse que la especial función de la institución arbitral y el efecto negativo del convenio arbitral vetan por principio la intervención de los órganos jurisdiccionales para articular un sistema de solución de conflictos extrajudicial, quedando limitada la actuación de los tribunales a actuaciones de apoyo o de control expresamente previstas por la ley reguladora de la institución. Por ello, es consustancial al arbitraje la mínima intervención de los órganos jurisdiccionales en favor de la autonomía de voluntad de las partes, limitándose el control a la legalidad del acuerdo de arbitraje, a la arbitrabilidad —entendida en términos de disponibilidad, como precisa la Exposición de Motivos de la Ley 60/2003— de la materia sobre la que ha versado, y a la regularidad del procedimiento de

arbitraje (SSTS de 21 de febrero de 2006 y de 15 de diciembre de 2008; y SSTC 62/91, de 22 de marzo y (sic) 228/93, de 4 de octubre, 259/93, de 23 de julio, y 176/96, de 11 de noviembre)» Y continúa el Tribunal Autonómico, «Como señalara el Tribunal Constitucional (STC 174/1995, de 23 de noviembre), el posible control judicial derivado del artículo 45 de la Ley de Arbitraje —artículo 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 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» [FD 2º].

La Sentencia, objeto de nuestro comentario, se refiere a continuación a la STC 46/2020, de 15 de junio (2), la cual «reitera esa acotación del alcance de la revisión que a esta Sala de lo Civil compete; así para el Tribunal "es claro que la acción de anulación 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", al estar tasadas las causas de revisión previstas en el citado art. 45 [actualmente art. 41.1º LA], y limitarse estas 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)» de forma que «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 26 de octubre de 2008, asunto *Mostaza Claro*, C-168/05). Lo que supone que, con el objeto de respetar los fines propios del arbitraje —al que las partes voluntariamente se someten— las causales de anulación del laudo —en este caso, el concepto de orden público- deben ser interpretadas de manera que verifiquen el cumplimiento de las garantías formales esenciales, pero sin que ello implique una revisión del fondo del asunto; como reiteradas veces se ha dicho, se trata de un juicio externo del laudo» [FD 2º].

Y, con referencia a la STC, recoge que «el Tribunal Constitucional reitera "... que por orden público material se entiende el conjunto de principios jurídico 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 (3); 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 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. 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» sin que la indeterminación de este concepto «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 de un asunto sometido a arbitraje...» [FD 2º].

Como se dice en la Sentencia del Tribunal Superior extremeño, «Es decir, con la nulidad se intenta revocar el pronunciamiento arbitral por carecer de los requisitos que la legislación impone. En la anulación no podrán corregir las eventuales deficiencias que pueda entrañar la decisión de los árbitros, ni interferir en el proceso de su elaboración; no siendo admisibles las consideraciones de las partes en torno a la ausencia de justicia del laudo o a las deficiencias de lo razonado para alcanzar el fallo. La acción de anulación tiene por objeto revisar únicamente la validez del laudo. El tribunal se encuentra limitado a revisar la forma, pero no el fondo de la materia sometida a arbitraje» [FD 2º].

Lo anterior lo ha recogido el Tribunal Constitucional en su STC 43/1988, de 16 de marzo, en la que declara: «La revisión que opera el recurso de nulidad [el previsto en aquel momento contra los laudos de equidad] es, como ya dijo la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de junio de 1986, un juicio externo. El Tribunal Supremo [el tribunal competente para conocer de ese recurso en aquella época] es sólo juez de la forma del juicio o de sus mínimas garantías formales (art. 1.733 LEC, citado) [LEC/1881, vigente entonces]; no se pronuncia sobre el fondo. Deniega el recurso o bien, como ocurre en el recurso por quebrantamiento de forma, se limita a anular la Sentencia que infrinja los supuestos legales de su conformación y plasmación, pero no su decisión sustancial, dejando sin efecto el laudo (art. 1.735 LEC) [LEC de 1881] o bien haciéndolo sólo en parte (1.736) [LEC/1881], y con remisión a los interesados al procedimiento adecuado. No es, pues, la del Tribunal Supremo, una sentencia rescisoria, sino rescindente, total o parcial. Así lo ha entendido siempre ese Tribunal y esa ha sido su jurisprudencia constante, que la recurrente cita con profusión. El Tribunal Supremo se limita a resolver y a dejar sin efecto lo que constituya exceso en el laudo, pero sin corregir sus deficiencias u omisiones y sin posibilidad de discutir el mayor o menor fundamento de lo resuelto por todas (Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de junio de 1987)» [FJ 5].

También el Tribunal Superior de Justicia expone que «La limitación de las causas de anulación del laudo arbitral a las estrictamente previstas en el art. 41 LA restringe considerablemente la intervención judicial en este ámbito. Esas causas se clasifican en dos grupos: de un lado, los (*sic*) que se vinculan directamente al contenido del convenio arbitral —inexistencia o invalidez del convenio e inarbitrabilidad de la materia litigiosa resuelta por los árbitros—; y de otro lado, los (*sic*) que suponen una infracción de las reglas esenciales del procedimiento arbitral (*sic*) indebida notificación de la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales, resolución por los árbitros de cuestiones no sometidas a su decisión, designación de los árbitros o desarrollo del procedimiento arbitral sin ajustarse al acuerdo de las partes o, en su defecto, a la Ley» [FD 2º].

En la Sentencia del Tribunal Autonómico, se alude a que «Es preciso recordar esa clasificación, dado que la demandada opone el principio del *venire contra factum proprio*, porque ha de delimitarse en el caso cuál es el alcance de la suscripción del compromiso por el demandante y la no alegación de las

causales ante el árbitro» [FD 2º].

Así, en la Sentencia comentada se recoge que: «Explica la EM de la Ley de Arbitraje que el art. 22 establece la regla, capital para el arbitraje, de que los árbitros tienen potestad para decidir sobre su competencia. Es la regla que la doctrina ha bautizado con la expresión alemana *Kompetenz-Kompetenz* y que la Ley de 1988 ya consagraba en términos menos precisos. Esta regla abarca lo que se conoce como separabilidad del convenio arbitral respecto del contrato principal, en el sentido de que la validez del convenio arbitral no depende del contrato principal y que los árbitros tienen competencia para juzgar incluso sobre la validez del convenio arbitral. Además, bajo el término genérico de competencia han de entenderse incluidas no sólo las cuestiones que estrictamente son tales, sino cualquiera cuestiones que puedan obstar a un pronunciamiento de fondo sobre la controversia (salvo las relativas a las personas de los árbitros, que tienen su tratamiento propio). La ley establece la carga de que las cuestiones relativas a la competencia de los árbitros sean planteadas *a limine*. Ha de resaltarse que el hecho de que una de las partes colabore activamente en la designación de los árbitros no supone ningún tipo de renuncia tácita a hacer valer la incompetencia objetiva de éstos» [FD 2º], [destacado añadido en la Sentencia].

Y continúa la Sala de lo Civil y de lo Penal, «Es una lógica consecuencia de la regla de *Kompetenz-Kompetenz*: si son los árbitros los que han de decidir sobre su propia competencia, la parte está simplemente contribuyendo a designar a quien o a quienes podrán decidir sobre dicha competencia. Lo contrario abocaría a la parte a una situación absurda: debería permanecer pasiva durante la designación de los árbitros para poder luego alegar su falta de competencia sobre la controversia. La regla de la alegación previa de las cuestiones atinentes a la competencia de los árbitros tiene una razonable modulación en los casos en que la alegación tardía está, a juicio de los árbitros, justificada, en la medida en que la parte no pudo realizar esa alegación con anterioridad y que su actitud durante el procedimiento no puede ser interpretada como una aceptación de la competencia de los árbitros. Queda a la apreciación de los árbitros la conveniencia de que las cuestiones relativas a su competencia sean resueltas con carácter previo o junto con las cuestiones de fondo» [FD 2º].

Otra cuestión en la que se detiene el Tribunal es en el art. 6 LA «relativo a la «renuncia tácita a las facultades de impugnación» conforme al que «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», es otra concreción del carácter eminentemente dispositivo del arbitraje, expresamente reconocido en la Exposición de motivos de la Ley reguladora, conforme a la que «en la mayoría de sus reglas de que debe primar la autonomía de la voluntad de las partes» y que es reconocido en la sentencia del Tribunal Constitucional de 15 de junio de 2020» [FD 2º].

Así, «El art. 6 LA establece a pesar de la generalidad de su redacción, un mecanismo de preclusión del tiempo de pedir la anulación y la revisión del laudo. No cabrá invocar como motivo de anulación una infracción cometida en el curso del procedimiento si la parte que se consideró agraviada no dio la oportunidad a los árbitros de subsanarla, si bien no puede considerarse admisible el pacto de

exclusión frente a las causas previstas en el art. 41 de la Ley de Arbitraje que resultan apreciables de oficio o que se puedan plantear por el Ministerio Fiscal, sin embargo, sí pueden ser renunciables en el resto de motivos previstos por la Ley de Arbitraje. Es decir, aquellos motivos que sólo se pueden invocar por las partes» [destacados añadidos en la Sentencia].

Y concluye este Fundamento la Sala exponiendo que «El art. 41.2º LA detalla una serie de motivos (*sic*) podrán ser apreciados por el tribunal que conozca de la acción de anulación de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal en relación con los intereses cuya defensa le está legalmente atribuida, de otros que corresponden a las partes alegar de manera exclusiva. Los motivos que podrán apreciarse de oficio son los relativos a la indefensión (art. 41.1º b), arbitrabilidad (art. 41.1º b) [*sic*, es la e)] y orden público (art. 41.1º f). [FD 2ª].

III. HABER RESUELTO EL ÁRBITRO CUESTIONES NO SOMETIBLES

Como ya hemos avanzado, el primer motivo que invoca el demandante es la falta de validez del convenio arbitral [art. 41.1º.a) LA], según el cual: «Que el convenio arbitral no existe o no es válido», «arguyendo que tiene por objeto una materia de que no es libre disposición por las partes intervinientes, conculcando el art. 2.1º de dicha Ley, y porque el patrimonio, por su titularidad y por la relación de parentesco, se identifica con la futura herencia de sus padres» [FD 3º].

Ante dicho motivo, «La Sala entiende que debió invocarse la causa d) del art. 41 «que los árbitros han resuelto sobre cuestiones no susceptibles de arbitraje».

Y prosigue el Tribunal, «El art. 2.1º de la citada Ley dispone: «Son susceptibles de arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho». En dicho precepto se hace la regulación de las materias objeto de arbitraje sobre la base del criterio de libre disposición, como hacía la anterior Ley 36/1988. Sin embargo, se ha reputado por el legislador innecesario que la actual contenga ningún elenco, ni siquiera ejemplificativo, de materias que no son de libre disposición. Ha bastado con establecer que la arbitrabilidad de una controversia coincide con la disponibilidad de su objeto para las partes. En principio, son cuestiones arbitrales las cuestiones disponibles» [FD 3º], [véase la Exposición de Motivos LA, Apartado II, párrafo 7].

«El art. 41 LA detalla los motivos en los que se puede basar el actor para ejercitar la acción de nulidad, cuyo ap. 1.e) viene a reproducir lo expuesto en el art. 2.1 antes señalado. En la redacción de la nueva Ley se sigue partiendo de la base, al igual que en la anterior, de que los motivos de anulación han de ser tasados y no han de permitir, como regla general una revisión a fondo de la decisión de los árbitros. El elenco de los motivos y su apreciabilidad se basan en la anterior norma» [vid.. Exposición de Motivos LA, Apartado VIII, párrafo 1].

La Sala recoge, como primer razonamiento, que «se ha de decir que un laudo es nulo si los árbitros deciden sobre materias o cuestiones que no pueden ser objeto de arbitraje. Se ha de hacer pues, un examen de aquello que si fuera sometido a arbitraje, provocaría la nulidad del laudo». «La arbitrabilidad de una controversia estriba en si se refiere o no a una materia que, según el ordenamiento jurídico, sea de libre disposición por las partes. En esta causa se sanciona la

extralimitación del laudo por exceso de jurisdicción y al ser susceptible de afectar al orden público, se trata de un motivo apreciable de oficio por el Tribunal o a instancia del Ministerio Fiscal» [FD 3º].

La expresión de la voluntad de las partes de someterse a arbitraje sólo será predicable del otorgante, es decir, deberá ser su voluntad de instituir un arbitraje la que conste en el testamento

Es preciso señalar por nuestra parte, como ya hemos dicho con anterioridad en otro lugar (4), que «el laudo será nulo si los árbitros resuelven sobre cuestiones que les hayan sido sometidas o no, no son susceptibles de arbitraje. Y es que los árbitros no pueden hacer lo que a las partes les está vedado y, consecuentemente, aquellos derechos que son irrenunciables deberán ser hechos valer en el proceso judicial correspondiente. Ahora bien, es preciso matizar tres importantes ideas. La primera de ellas es que este defecto es de tal naturaleza que, incluso si el laudo no fuera impugnado, no producirá efectos por tratarse de un vicio insubsanable (5). Además, ..., el laudo puede ser declarado nulo de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal si, habiendo sido impugnado por las partes, no hubieran invocado este motivo de nulidad. En segundo lugar, hemos de recordar las repercusiones que la existencia de puntos no sometibles puede tener en el convenio arbitral. Y así, hay que distinguir dos situaciones. Si el objeto del convenio fuera una materia excluida del arbitraje, el convenio será nulo por ilicitud, denunciabile al amparo del motivo a). Si el convenio tuviera por objeto materias susceptibles de arbitraje y, al tiempo, materias o cuestiones excluidas, la impugnación procederá por el motivo que ahora comentamos [art. 41.1º.e)]. Y, finalmente, si las partes no hubieran sometido a arbitraje cuestiones no susceptibles de tal y, sin embargo, los árbitros resolvieran sobre ellas, el laudo podrá anularse al amparo, igualmente, de este motivo, por ser más idóneo y por ajustarse mejor a la redacción del art. 41.1º.e) LA».

En nuestra opinión, la demandante eligió adecuadamente la vía de la causal por la que se impugnaba el laudo, porque consideramos que debe anularse el laudo porque el convenio es nulo, mejor que por puntos no sometibles que, como acabamos de decir, sería sólo si fueran algunas de las cuestiones no sometibles, aunque en el caso que nos ocupa la solución práctica es la misma, a pesar de que en teoría el convenio se conservaría.

IV. ARBITRAJE TESTAMENTARIO

Un caso especial es el del arbitraje instituido por disposición testamentaria, a que se refiere el art. 10 LA, para solucionar las diferencias entre herederos no forzosos o legatarios por cuestiones relativas a la distribución o administración de la herencia.

Este tipo de arbitraje, de origen alemán, fue previsto en nuestro Derecho por el art. 5 LA de 1953, que disponía que: «El arbitraje se establecerá siempre por contrato y en forma de escritura pública, salvo que se instituya por disposición testamentaria para solucionar extrajudicialmente las diferencias que

podieran surgir entre herederos no forzosos por cuestiones relativas a la distribución de la herencia».

Posteriormente, LA/1988 lo reconoció en el art. 7, al disponer que «Excepcionalmente, será válida el arbitraje instituido por la sola voluntad del testador que lo establezca para solucionar las diferencias que puedan surgir entre herederos no forzosos y legatarios para cuestiones relativas a la distribución o administración de la herencia».

Habida cuenta de la parquedad del art. 10 LA, como ya hemos dicho con anterioridad en otro lugar (6), podríamos cuestionar cuál ha de ser el contenido mínimo de la disposición testamentaria para afirmar su validez. Podemos pensar que el testamento debe contener los llamados requisitos necesarios del convenio. No planteará problema la determinación de la personalidad del otorgante ni de las personas nombradas herederos o legatarios, pues estos datos constarán en el testamento. La expresión de la voluntad de las partes de someterse a arbitraje sólo será predicable del otorgante, es decir, deberá ser su voluntad de instituir un arbitraje la que conste en el testamento. Desde el punto de vista de las partes del arbitraje, éste les viene impuesto, lo cual significa que no es exigible su voluntad de someterse a arbitraje. Por último, en cuanto a la indicación de la relación jurídica determinada, habrá que tener en cuenta el límite general de la disponibilidad del objeto arbitral (lo que supone, entre otras cosas, la exclusión de la legítima y el ámbito marcado por la ley — distribución y administración de la herencia—.

En la Sentencia de la Sala de lo Civil y de lo Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, n.º 6/2021, de 2 de marzo (7), se declara a efectos de tener en cuenta la excepción prevista en el art. 394.1º LEC para no imponer las costas a la parte actora, a pesar de desestimar la demanda de anulación, que ello era «por entender que el caso presenta serias dudas de Derecho (art. 394.1º LEC). Así, la dificultad jurídica del caso viene evidenciada por el prácticamente nulo tratamiento jurisprudencial de la principal cuestión en que se sustentaba la demanda, cual es el ámbito de aplicación del art. 10 LA, que se dice trascendido por lo sustanciado y laudado en el arbitraje, dándose la circunstancia añadida de que las opiniones doctrinales al respecto son en verdad dispares» [FD 6º], [destacado añadido en la Sentencia].

La Sala de lo Civil y de lo Penal del Tribunal Superior de Extremadura señala que «En Derecho de Sucesiones, como recoge la SAP Civil (*sic*), sección 5, del 08 de abril de 2008 (8), es admisible el arbitraje testamentario en aquellas cuestiones relativas a la distribución o administración de la herencia entre herederos no forzosos o legatarios. Las legítimas no pueden someterse a arbitraje (STS. 28 de octubre de 1933). Tampoco es susceptible de arbitraje la declaración de herederos abintestato (STS. 2 de octubre de 1946) ni las herencias futuras (STS. 14 de marzo de 1974)» [FD 3º].

Continúa la Sala, «En realidad en Derecho de sucesiones, como viene señalando la doctrina (O'Callaghan Muñoz, Campo Villegas, Gomá Lanzón, entre otros), la disponibilidad y, por ende, la arbitrabilidad, exige separar tres situaciones:

1ª) No es posible el arbitraje antes de la apertura de la sucesión por cuanto no cabe disponer de la sucesión no abierta por prohibición del art. 1271, segundo párrafo, del Código civil, aunque sí pueden los herederos pactar el arbitraje previendo controversias futuras. Antes de la muerte del causante,

está proscrito cualquier negocio jurídico, según lo previsto en el art. 1271, párrafo segundo, del Código civil, que dispone: «Sobre la herencia futura no se podrá, sin embargo, celebrar otros contratos que aquellos cuyo objeto sea practicar entre vivos la división del caudal y otras disposiciones particionales, conforme a lo dispuesto en el art. 1.056», si bien la excepción ("la división de un caudal conforme al art. 1056") no es un contrato que recae sobre herencia futura, sino que es la partición hecha por el testador. Lo mismo cabe decir de «otras disposiciones particionales» [destacados añadidos en la Sentencia].

A propósito de esta excepción, recuerda la STS Civ 1ª 4 noviembre de 2008, el testador, aparte de las demás especies de la partición, puede hacerla de sus bienes, disponiendo de su patrimonio y concretando qué bienes recibirá cada uno de sus herederos. Así lo prevé el primer párrafo del art. 1056 Cc que es citado explícitamente por la testadora, en su testamento, en el presente caso; la norma expresa. Cuando el testador hiciera por acto entre vivos o por última voluntad, la partición de sus bienes, se pasará por ella, en cuanto no perjudique a la legítima de los herederos forzosos y la testadora dijo «haciendo uso la testadora del derecho que le concede el art. 1056 Cc».

No es preciso que la partición comprenda absolutamente todos los bienes del causante. Cabe una partición adicional de los no comprendidos en ella, ya que al tiempo de hacer testamento, el testador no puede conocer cuáles serán exactamente sus bienes en el momento futuro, el de la apertura de la sucesión. Así la testadora previó la atribución del resto de sus bienes a sus dos hijos por partes iguales y en pleno dominio.

La partición hecha por el testador corresponde a la mentalidad del legislador que, para proveer necesidades familiares, ventajas prácticas y anhelos muy legítimos, admite la posibilidad de que se realice por sí mismo la distribución y partición de sus bienes entre sus coherederos, lo cual proviene del Derecho romano, se reconoce en el Derecho histórico de Castilla y se mantiene en el Derecho moderno; así lo expresaba la sentencia de 6 de marzo de 1945, que destaca que implica siempre un acto de última voluntad, que debe ser respetada, como voluntad soberana del testador produciendo el efecto, como dicen las sentencias de 21 de julio de 1986 y 21 de diciembre de 1998, de conferir a cada heredero la propiedad de los bienes que le hayan sido adjudicados. Cuya partición hecha por el testador no extingue la comunidad hereditaria, sino que la evita, ya que no llega a formarse.

En definitiva y tal como dice la sentencia de 4 de febrero de 1994, «la consecuencia de tal estado sucesorio es el mandato que contiene dicho precepto 1056 del Código Civil, en cuanto obliga a los herederos a pasar por ella. La norma se presenta como imperativa, lo que refuerza el art. 1058 que señalaba prioridad de la partición testamentaria y que, consecuentemente, ha de ser respetada, salvo que suponga perjuicio a la legítima de los herederos forzosos (art. 1075 Cc).

Antes de la muerte del causante, los posibles herederos y legatarios, sean o no legitimarios, en vida del causante no tienen derecho subjetivo alguno (distinto es el caso de que fueran fideicomisarios). Pueden ser nombrados herederos o legatarios por el causante o no, según su voluntad y pueden percibir bienes en concepto de legítima o no, según existan bienes. Es decir, alguien que tiene la esperanza de suceder *mortis causa* a otra persona (que será normalmente el padre o la madre) no tiene más que expectativa jurídica [destacado añadido en la Sentencia].

Por tanto, antes de la apertura de la sucesión, el único acto de arbitraje que cabe es el que ordena el causante en el testamento o arbitraje testamentario (art. 10 LA). Solo los interesados, los que pueden tener controversia, pueden celebrar el contrato de compromiso, que la ley llama convenio arbitral. Y tan solo el arbitraje testamentario permite que una persona —el testador— ordene el arbitraje respecto de las controversias que tengan otras personas —los herederos o legatarios— por lo que este arbitraje se ha calificado de excepcional (como en la Ley de arbitraje de 1988) [como ya hemos dicho], [destacados añadidos en la Sentencia].

Algún autor ha admitido que los posibles interesados, que se crean con la expectativa jurídica de suceder *mortis causa*, particular o universalmente, con o sin derecho a la legítima, pueden celebrar contrato de compromiso (convenio arbitral) para someter a arbitraje todas o algunas de las controversias que hayan surgido o puedan surgir respecto a una determinada relación jurídica, que es la derivada de la sucesión *mortis causa*. El arbitraje sobre una posible controversia futura, lo contempla expresamente el art. 9.1º LA. Se pueden prever concretas controversias (sobre la partición o puntos determinados de la misma como ejemplo más frecuente) o incluir todas las que puedan surgir. La legítima y los problemas que puedan darse, pueden ser objeto de este arbitraje, ya que cuando se constituye éste, ya se habrá producido la apertura» [destacados añadidos en la Sentencia].

2ª) En el momento de la delación se puede constituir arbitraje por los propios herederos o legatarios, incluso legitimarios, y se da, en esta situación, el arbitraje testamentario.

3ª) Después de la adquisición de los bienes hereditarios, el arbitraje se puede constituir con plena libertad por los sucesores, universales o particulares, legitimarios o no, por razón de que aquellos bienes ya han entrado en el patrimonio de los mismos y, en consecuencia, están —como tales bienes patrimoniales— bajo su plena disponibilidad. Litigios —como juicios ordinarios o como procedimiento de división de la herencia (antigua testamentaria)— sobre la partición pueden ser sustituidos por arbitrajes, sea por los propios sucesores, sea por arbitraje testamentario» [FD 3º].

Y la Sala declara que «A la vista de cuanto se señalaba anteriormente en orden a la disponibilidad de la sucesión y del contenido de dicha cláusula [recogida en nuestra Introducción], en la que las partes inequívocamente pactan un arbitraje sobre la totalidad de la sucesión personal y patrimonial de D. Julio y D.ª Beatriz ("a toda sucesión personal y patrimonial de D. Julio y D.ª Beatriz") ha de estimarse la demanda, sin necesidad de entrar en otros motivos, como el del exceso de laudo por los pronunciamientos que se contienen en el mismo acerca de reparto de las participaciones de los hijos en los negocios familiares, puesto que, como se indicaba, antes de la muerte del causante, está proscrito cualquier negocio jurídico, según lo previsto en el art. 1271, párrafo segundo, del Código civil que dispone: "Sobre la herencia futura no se podrá, sin embargo, celebrar otros contratos que aquellos cuyo objeto sea practicar entre vivos la división de un caudal y otras disposiciones particionales, conforme a lo dispuesto en el art. 1.056", en el recto entendimiento de que la excepción ("la división de un caudal conforme al art. 1056") no es un contrato que recae sobre la herencia futura, sino que es la partición hecha por el testador. Lo mismo cabe decir de "otras disposiciones particionales"» [FD 3º], [destacados añadidos en la Sentencia].

V. ESTIMACIÓN DE LA ACCIÓN DE ANULACIÓN

Como se declara en la Sentencia del Tribunal Autonómico, «Siendo materia indisponible, inarbitrable, causa que invoca el demandante, y en cualquier caso, la Sala debe apreciar de oficio, más allá de que la demandante suscribiera dicha cláusula, o no invocara la inarbitrabilidad ante el árbitro, procede la estimación de la demanda y sin necesidad de entrar en las demás consideraciones de la demanda, decretar la nulidad del laudo impugnado» [FD 3º].

VI. COSTAS

Según el Tribunal «La estimación de la demanda determina, conforme al art. 394.1º LEC la imposición de costas en este procedimiento a la parte demandada, al haber visto desestimada su oposición a la demanda» [FD 4º].

VII. INFORMACIÓN SOBRE RECURSOS

La Sala declara que «Frente a esta sentencia no cabe recurso alguno (art. 42.2º LA [destacado añadido en la Sentencia]).

.....

(1)

Roj: STSJ EXT 231/2021.

[Ver Texto](#)

(2) Sobre esta Sentencia del Tribunal Constitucional puede verse nuestro «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. Además, de la Sentencia anterior, el Tribunal Constitucional ha dictado otras tres Sentencias durante el año 2021 que se refieren a la acción de anulación de los laudos arbitrales. Son las SSTC 17/2021, de 15 de febrero, 55/2021 y 65/2021, de 15 de marzo. Puede verse nuestro trabajo «Nuevas perspectivas de la acción de anulación de los laudos arbitrales», en la revista *La Ley: Mediación y Arbitraje*, publicado en este mismo número de la Revista.

[Ver Texto](#)

(3) La STC 15/1987, de 11 de febrero, no se refiere al arbitraje. Se refiere al principio de prohibición de la *reformatio in peius* en la apelación de un juicio de faltas.

[Ver Texto](#)

(4) «De la anulación y de la revisión del laudo (arts. 40-43)», en *Comentario a la Ley de Arbitraje*, Coordinadores: Alberto de Martín Muñoz y Santiago Hierro Anibarro, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2006, pp. 547 y 548.

[Ver Texto](#)

(5) M. Serra Domínguez, «El proceso arbitral», *Estudios de Derecho Procesal*, Barcelona, Ariel,, 1969, p. 611.

[Ver Texto](#)

(6) Cit. pp. 524 y 525.

[Ver Texto](#)

(7) Roj: STSJ M 23/2021.

[Ver Texto](#)

(8) Roj: SAP GR703/2008.

[Ver Texto](#)

La importancia del plazo de caducidad en la interposición de una acción de nulidad de laudo

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 2 de febrero de 2021

The importance of the limitation period in bringing an request for annulment of the award

El Tribunal Superior de Justicia de Madrid dictó una sentencia el 2 de febrero de 2021 mediante la que desestimó una demanda de nulidad de un laudo por caducidad de la acción.

Arbitraje, Acción de Anulación, Caducidad.

The Madrid's High Court of Justice issued a judgment on February the 2nd, 2021, in which it dismissed a request for the annulment of an arbitration award for the forfeiture of the action.

Arbitration, Request for Annulment, Prescription and Limitation of actions.



Fabio Virzi y Jose Piñeiro

Abogados de Cases & LaCambra

I. INTRODUCCIÓN: RESUMEN DE LA CONTROVERSIA OBJETO DE LA SENTENCIA DICTADA POR EL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID EL DÍA 2 DE FEBRERO DE 2021

En fecha 19 de julio de 2019, el árbitro único de un procedimiento arbitral tramitado ante la Asociación Europea de Arbitraje (el «Procedimiento Arbitral») dictó un laudo mediante el que desestimó una demanda que tuvo por objeto un contrato de arrendamiento (el «Laudo»).

La parte actora del Procedimiento Arbitral solicitó la aclaración del Laudo, lo que propició que, en fecha 15 de octubre de 2019, se dictase un laudo aclaratorio que fue notificado a las partes el 16 de octubre de ese mismo año (el «Laudo Aclaratorio»).

Transcurridos 20 días desde la notificación del Laudo Aclaratorio, en fecha 5 de noviembre de 2019, la parte demandante del Procedimiento Arbitral solicitó acogerse al beneficio de justicia gratuita. La designación de defensa efectuada por el Ilustre Colegio de Abogados de Madrid se produjo el 2 de diciembre de 2019, si bien la citada parte demandante no habría tenido conocimiento de esa designación hasta el 19 de diciembre de ese mismo año.

En fecha 4 de febrero de 2020, la parte actora en el Procedimiento Arbitral presentó una demanda de nulidad del Laudo (y, por extensión, del Laudo Aclaratorio) ante el Tribunal Superior de Justicia de Madrid por considerar: (i) que la cláusula de sumisión a arbitraje era nula por abusiva; (ii) que la materia objeto de arbitraje era indisponible (y debía haberse sometido, por tanto, al conocimiento de la jurisdicción ordinaria); (iii) que el contrato objeto de autos (de arrendamiento) contenía una cláusula abusiva que el árbitro moduló de manera contraria a derecho; y (iv) que el nombramiento del árbitro se realizó por el propio tribunal, la Asociación Europea de Arbitraje, sin traslado a las partes.

Las codemandadas en el Procedimiento Arbitral se opusieron a la acción de nulidad del Laudo alegando, con carácter principal, la caducidad de la acción, al entender que esa acción se había ejercitado fuera del plazo legal de dos meses que establece el art. 41.4º LA.

Pues bien, tras los trámites oportunos, el Tribunal de Justicia de Madrid dictó, en fecha 2 de febrero de 2021, una sentencia mediante la que desestimó la demanda de nulidad por caducidad de la acción (la «Sentencia»).

Para entender esa decisión, a continuación analizaremos las cuestiones más relevantes relacionadas con el plazo del ejercicio de la acción de nulidad de laudos:

II. DEL PLAZO DE CADUCIDAD PARA LA INTERPOSICIÓN DE UNA ACCIÓN DE NULIDAD DE LAUDO

1. Regulación del plazo para el ejercicio de la acción de nulidad. Plazo de caducidad

De conformidad con el art. 41.4º LA, la acción de nulidad de un laudo arbitral deberá ejercitarse en el plazo de dos meses desde la notificación del laudo definitivo o, en su caso, de la resolución que lo aclare, corrija o complemente.

Así, el citado precepto reza el siguiente tenor literal:

«4. La acción de anulación del laudo habrá de ejercitarse dentro de los dos meses siguientes a su notificación o, en caso de que se haya solicitado corrección, aclaración o complemento del laudo, desde la notificación de la resolución sobre esta solicitud, o desde la expiración del plazo para adoptarla».

Ese plazo de dos meses para el ejercicio de la acción de nulidad es un plazo de caducidad, de naturaleza civil y no un plazo de prescripción.

La naturaleza civil de dicho plazo se deriva de la propia Ley de Arbitraje puesto que, a diferencia de la anterior que se refería a «recurso» de anulación, la actual normativa hace referencia al ejercicio de la «acción» de nulidad.

El plazo para el ejercicio de la acción de nulidad del laudo es de caducidad y está sometido a las reglas del Código Civil

Dicha conceptualización se desprende, asimismo, del apartado II de la Exposición de Motivos de la Ley de Arbitraje en la que se exceptúa la aplicación de las normas procesales de cómputo de plazos a la acción de anulación del laudo.

Nuestra jurisprudencia ha concluido igualmente que el plazo para el ejercicio de la acción de nulidad del laudo es de caducidad y está sometido a las reglas del Código Civil. Buen ejemplo de ello es la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana en fecha 18 de mayo de 2012 que concluyó que «este plazo tiene naturaleza sustantiva y no procesal, estimándolo de caducidad y no de prescripción, de tal manera que debe ejercitarse ineludiblemente en el tiempo predeterminado por la ley».

En ese mismo sentido podemos citar la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid el día 24 de noviembre de 2015 [AC 2016\3], que establece lo que sigue:

«... el mencionado plazo de dos meses desde la notificación del laudo para la interposición de la demanda de anulación es —al igual que los previstos para el ejercicio de las acciones de revisión de sentencias judiciales firmes (art. 512 LEC) o de reclamación de indemnización por error judicial (art. 293.1.a LOPJ), entre otras— un plazo de caducidad (no de prescripción) de naturaleza civil o sustantiva (no procesal)».

Adicionalmente, según esa sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, el referido plazo de caducidad «alcanza a la acción anulatoria en su conjunto y a todos los motivos de anulación previstos en ella, según se desprende de la doctrina sentada en la STC 288/1993, de 4 de octubre».

Asimismo, el carácter civil del plazo de caducidad para el ejercicio de la acción de nulidad ha sido reconocido por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, entre otras muchas (incluido la sentencia que es objeto de análisis en este documento), en sus sentencias de fecha 25 de octubre de 2016 [AC 2016\1801] y de 1 de febrero de 2017 [AC 2017\1761].

Nuestra doctrina también ha concluido que ese plazo es de caducidad y de naturaleza civil (1).

Finalmente, debemos resaltar que el hecho de que ese plazo de dos meses sea de caducidad y tenga naturaleza civil determina:

- Que debe computarse de fecha a fecha, según lo previsto en el art. 5 Cc.

- Que debe computarse sin excluir el mes de agosto ni los días festivos, que solo son inhábiles a efectos procesales.
- Que se inicie el día siguiente de la notificación del laudo (art. 5.b) LA), y que pueda prorrogarse hasta el primer día laborable siguiente, si el último fuera festivo en el lugar de recepción de la notificación o comunicación (art. 5.b) LA).
- Que no sea susceptible de interrupción o suspensión, ni siquiera por el ejercicio de la acción ante órgano jurisdiccional incompetente (tal y como tiene entendido el Tribunal Supremo en su sentencia de 23 de septiembre de 2004, 11 de abril de 2005, 20 de diciembre de 2010 y 21 de septiembre de 2011) o por error judicial (tal y como ha establecido el Tribunal Supremo en sus sentencias de 11 de mayo de 2001 y 11 de abril de 2005). Todo ello, con la salvedad que se deriva de lo dispuesto en el art. 16.2º Ley de Asistencia Jurídica Gratuita, tal y como veremos posteriormente.
- Y que pueda apreciarse de oficio por el Juzgador.

Como vimos, en el caso enjuiciado por la sentencia objeto del presente análisis, la parte actora solicitó acogerse al beneficio de justicia gratuita con carácter previo a ejercitar la acción de nulidad del Laudo. Por ello, seguidamente abordaremos la regulación de esa solicitud y sus efectos con respecto del plazo de caducidad para el ejercicio de la citada acción de nulidad.

2. La solicitud de asistencia jurídica gratuita y sus efectos con respecto del plazo de caducidad para el ejercicio de la acción de nulidad del laudo

El art. 16.1º de la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita dispone, con carácter general, que «La solicitud de reconocimiento del derecho a la asistencia jurídica gratuita no suspenderá el curso del proceso o expediente administrativo».

No obstante, en el apartado segundo del mismo artículo, se incluye una excepción a esa regla general que reza el tenor literal siguiente:

«2. Cuando la presentación de la solicitud del reconocimiento del derecho a la asistencia jurídica gratuita se realice antes de iniciar el proceso y la acción pueda resultar perjudicada por el transcurso de los plazos de prescripción o caducidad, éstas quedarán interrumpidas o suspendidas, respectivamente, hasta la designación provisional de abogado y, de ser preceptivo, procurador del turno de oficio que ejerciten la acción en nombre del solicitante; y si no fuera posible realizar esos nombramientos, hasta que recaiga resolución definitiva en vía administrativa, reconociendo o denegando el derecho.»

El cómputo del plazo de prescripción se reanuda desde la notificación al solicitante de la designación provisional de abogado por el Colegio de Abogados o, en su caso, desde la notificación del reconocimiento o denegación del derecho por la Comisión de Asistencia Jurídica Gratuita y, en todo caso, en el plazo de dos meses desde la presentación de la solicitud».

Consiguientemente, la solicitud del reconocimiento del derecho a la asistencia jurídica gratuita puede suspender los plazos de caducidad (e interrumpir los de prescripción) siempre y cuando concurren los siguientes requisitos: (i) que esa solicitud se presente antes de iniciarse el proceso correspondiente y (ii) siempre que la acción pueda resultar perjudicada por el transcurso del plazo de caducidad (o de prescripción) que resulte de aplicación. En el caso de que esa petición se deniegue, «fuere claramente abusiva y únicamente esté preordenada a dilatar los plazos, el órgano judicial que conozca de la causa podrá computar los plazos en los estrictos términos legalmente previstos, con todas las consecuencias que de ello se derive», tal y como se infiere del citado art. 16.2º de la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita.

Pues bien, nuestra jurisprudencia ha venido admitiendo pacíficamente que dicha solicitud es susceptible de suspender también el plazo de dos meses previsto para el ejercicio de la acción de nulidad del laudo siempre que concurren los requisitos mencionados anteriormente.

Así lo ha reconocido, por ejemplo, el Tribunal Superior de Justicia de Galicia en el fundamento de derecho segundo de su sentencia de fecha 27 de marzo de 2014 en el que, tras analizar la naturaleza del plazo de dos meses para el ejercicio de la citada acción de nulidad, estableció que «que no admite interrupción ni suspensión, ni siquiera por la interferencia de trámites procesales equivocados ni por la interposición de recursos manifiestamente improcedentes, salvo excepciones legales expresas, cual sucede en los supuestos del art. 16 de la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita (...)». En este mismo sentido se ha pronunciado nuestra doctrina (2) .

III. APLICACIÓN DE LA ANTERIOR DOCTRINA EN EL SUPUESTO ANALIZADO POR EL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID

Como anticipamos en el apartado I de este comentario, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid desestimó la acción de nulidad del Laudo por entender que, pese a que el demandante solicitó acogerse al beneficio de justicia gratuita, la citada acción se había ejercitado tras la finalización del plazo de dos meses previsto en el art. 41.4º LA.

El *iter* cronológico relevante para entender esa decisión es el siguiente:

- Como vimos, el Laudo Aclaratorio se notificó a las partes el 16 de octubre de 2019, por lo que el plazo inicial de caducidad para el ejercicio de la acción de nulidad finalizaba el 16 de diciembre de 2019.
- No obstante, como vimos, el demandante solicitó acogerse al beneficio de justicia gratuita 5 de noviembre de 2019, esto es, veinte días después de la recepción del citado Laudo Aclaratorio, lo que suspendió, tal y como hemos explicado, el plazo para el ejercicio de la acción de nulidad, restándole al demandante un plazo de cuarenta días.
- La designación de defensa efectuada por el Ilustre Colegio de Abogados de Madrid se produjo el 2 de diciembre de 2019, lo que se habría notificado al demandante el 19 de diciembre de ese mismo año. Con la resolución de esa solicitud, se alzó la suspensión del plazo de cuarenta días

que le restaba al demandante para el ejercicio de la acción de nulidad, lo que le obligaba a presentar su demanda como tarde el día 28 de enero de 2020 (si computamos ese plazo de cuarenta días desde el día 19 de diciembre de 2019).

Pues bien, el demandante presentó su demanda de nulidad el día 4 de febrero de 2020, fuera del plazo que le restaba para el ejercicio de esa acción, lo que propició que el Tribunal Superior de Justicia decidiese desestimar acertadamente la demanda por caducidad de la acción.

IV. CONCLUSIONES

A la vista de todo lo anterior, podemos concluir, sin lugar a ninguna duda, que el plazo de dos meses previsto para el ejercicio de la acción de nulidad en el art. 41.4º LA es un plazo de caducidad sometido a las reglas de cómputo de plazos del Código civil.

Como vimos, la solicitud de acogimiento al beneficio de justicia gratuita es susceptible de suspender el cómputo del citado plazo siempre que ésta se presente antes de interponer la correspondiente demanda de nulidad y siempre que esa solicitud no se considere abusiva.

Es importante recalcar, en ese sentido, que la presentación de esa solicitud suspende (y no interrumpe) el plazo de ejercicio de la acción de nulidad del laudo, lo que determina que, una vez se asigne un letrado de oficio a la parte que lo haya solicitado, el referido plazo de dos meses no volverá a computarse nuevamente desde el principio sino que deberá detraerse del cómputo total de dos meses el plazo transcurrido entre la fecha de notificación del laudo (o, en su caso, del laudo aclaratorio) y la fecha de presentación de la solicitud de acogimiento al beneficio de justicia gratuita.

El resultado de esa operación aritmética será el plazo que le restará a la parte para ejercitar la acción de nulidad del laudo. Como no podría ser de otra manera, si la demanda se presenta fuera de ese plazo, ésta deberá ser desestimada por caducidad de la acción, tal y como acertadamente concluyó el Tribunal Superior de Justicia de Madrid en el caso analizado en este comentario.

.....

(1)

En este sentido, podemos citar a: M.Á. Fernández Ballesteros, en su obra *Comentarios a la Nueva Ley de Arbitraje 60/2003, de 23 de diciembre*, Cizur Menor, Aranzadi, p. 411); F. Munné Catarina, *El Arbitraje en la Ley 60/2003*, Ediciones Experiencia, 2004, p. 176); y a F. Cerdón Moreno, *El Arbitraje de Derecho Privado: Estudio Breve de la Ley 60/2003 de 23 de diciembre de Arbitraje*, Cizur Menor, Civitas, 2005, p. 279.

[Ver Texto](#)

(2) A modo de ejemplo citamos *vid.* S. Barona Vilar, «De la Anulación y de la Revisión del Laudo», *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, Cizur Menor, Civitas, 2004, pp. 1327, 1343, etc., esp. p. 1460.

[Ver Texto](#)

Desestimación de la anulación de un laudo arbitral por no declararse la invalidez de la cláusula arbitral, por no haber resuelto cuestiones no sometidas a la decisión del árbitro y por inexistencia de indefensión. Cuestiones previas sobre la falta de litisconsorcio pasivo necesario y sobre inadecuación de la cuantía

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid CP 1ª de 2 de marzo de 2021 (1)

Dismissal of annulment of an arbitral award for failure to declare the arbitration clause invalid

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª), n.º 6/2021, de 2 de marzo (Ponente: Ilmo. Sr. D. Jesús María Santos Vijande), desestima la acción de anulación de un laudo arbitral que tenía su origen en un testamento, por no declararse la invalidez de la cláusula arbitral, por no haber resuelto cuestiones no sometidas al árbitro, por inexistencia de indefensión. Además se plantean, como cuestiones previas, la falta de litisconsorcio pasivo necesario y la inadecuación de la cuantía.

Arbitraje testamentario, Acción de anulación, No invalidez de la cláusula arbitral, Cuestiones sometidas, Inexistencia de indefensión, Falta de litisconsorcio pasivo necesario, Inadecuación de la cuantía, Desestimación.

The judgement of Superior Court of Justice of Madrid (Civil and Criminal Court, Section First), n.º 6/2021, 2 March (Rapporteur: Ilmo. Mr. D. Jesús María Santos Vijande), dismisses the action for annulment of an arbitration award that had its origin in a will, for not declaring the invalidity of the arbitration clause, for not having resolved issues not submitted to the arbitrator, due to lack of defenselessness. In addition, they are raised, as preliminary questions, the lack of necessary passive consortium litigation and inappropriateness of the amount.

Probate arbitration, Annulment of the award, No invalidity of the arbitration clause, Submitted issues, Lack of defenselessness, Lack of necessary passive consortium litigation, Inappropriateness of the amount, Desistimation.



Rafael Hinojosa Segovia

Profesor Titular de Derecho Procesal

I. INTRODUCCIÓN

El presente proceso de anulación tiene su origen en un arbitraje de carácter testamentario en el que se plantearon diversas controversias sobre la interpretación del testamento y sobre otras cuestiones relativas a herencia de la causante que fue administrado por la Corte de Arbitraje de la Fundación Notarial *Signúm*. El procedimiento arbitral finalizó por un laudo, dictado el 21 de octubre de 2019, dictándose otro, posteriormente, el 26 de noviembre de 2019, que deniega la aclaración-rectificación solicitada. Pues bien, contra esos laudos se plantea la correspondiente acción de anulación.

La demandante en el proceso de anulación articula tres motivos que son: «1º) Invalidez de la cláusula arbitral [art. 41.1º.a) LA] por contravención del art. 10 LA [Arbitraje testamentario] en clara nulidad *contra legem*»; «2º Al amparo del art. 41.1º.c) LA postula la demandante que el árbitro ha resuelto sobre cuestiones no sometidas a su decisión»; y «3º Con fundamento en el art. 41.1º.d) LA postula la demandante su indefensión en el seno del procedimiento arbitral». Concluye solicitando «la anulación del laudo de 21 de octubre de 2019 con expresa condena en costas para el caso de oposición» [FD 1º].

En la contestación a la demanda de suscitan dos cuestiones previas: «De un lado, la falta de litisconsorcio pasivo necesario». «De otro lado, denuncia la demandada la inadecuación de la cuantía».

Por razones sistemáticas nos referiremos primero a las cuestiones previas planteadas y con posterioridad al motivo relativo a la indefensión.

II. LEGITIMACIÓN (2)

Como acabamos de avanzar, la contestación a la demanda suscita una primera cuestión relativa a «la falta de litisconsorcio pasivo necesario al no haber sido demandado el Notario otorgante del testamento por incluir una cláusula nula de arbitraje testamentario, así como la Fundación Notarial Signum y el Árbitro mismo... Insta en este punto al cambio de jurisprudencia de esta Sala — Sentencias 21/2018 y 40/2019—, pues, para el improbable caso de que se estimase la demanda, los indebidamente preteridos deberían poder comparecer en esta causa para defender que no es nula la cláusula arbitral predispuesta testamentariamente» [FD 1º].

La Sala después de recoger el art. 10 LEC, con referencia a que la legitimación tiene una dimensión procesal y también presenta una dimensión material ligada al fondo, con abundantes referencias jurisprudenciales, conciliándolo con la doctrina de la Sala 1ª del Tribunal Supremo relativa a la *legitimatío ad causam activa*, a la que ha hecho constantemente referencia el Tribunal Superior de Justicia.

Así, en la Sentencia, objeto de nuestro comentario, se viene a decir que «De lo anterior se siguen consecuencias importantes: la primera, que la legitimación es un presupuesto material de la acción que debe resolverse en sentencia, porque es cuestión de fondo; la segunda que cuando la legitimación presenta una dimensión en que, por razón del tipo de proceso, las propias normas procesales prefiguran el interés legalmente exigible para ser parte, tal extremo ha de ser examinado incluso con carácter previo a otras cuestiones de fondo también allegadas a la categoría de la legitimación, «de modo que la pretensión es inviable cuando quien la formula no pueda ser considerado "parte legítima" —STS de 2 de abril de 2014 (que cita otras muchas interpretando el art. 10 LEC (...))—. Guarda relación con esto que decimos el hecho de que hayamos entendido que suscitada la acción de anulación por quien carece de legitimación al efecto o planteada frente a quien carezca de ella, la Sala, sin descartar en según qué casos la posibilidad de dar traslado al Ministerio Fiscal en defensa de los intereses que legalmente tiene atribuidos —art. 41.2º LA—, no ha de ejercer la facultad-deber que le atribuye ese mismo art. 41.2º LA, so pena de instaurar una suerte de acción pública de anulación de laudo» [FD 2º].

La Sala declara que «También hemos recordado recientemente —Sentencias 26/2018, de 24 de mayo, FJ 3º (3) y 13/2019, de 2 de abril, FJ 2º.C (4) — cómo "este Tribunal, con apoyo en el art. 24.1º CE y en la similitud de este proceso con ciertas acciones anulatorias tales como la que cobija el incidente de nulidad de Sentencias firmes de los arts. 241 LOPJ y 228 LEC, ha admitido una interpretación no estrictamente literal del art. 41.1 LA, y ha entendido legitimados para incoar la acción de anulación y desde luego para intervenir en estos procesos no solo a quienes hayan sido parte en el procedimiento arbitral, sino también a quienes, pese a no haber actuado en dicho procedimiento, sin embargo puedan justificar su interés directo en el ejercicio de la acción anulatoria, porque debieron haber intervenido como parte en el seno del arbitraje y no lo hicieron, o porque, queriendo haberlo hecho, les fue denegada indebidamente esa intervención (Sentencia 65/2016, de 13 de octubre, FJ 2 (5))"» [FD 2º] (5) .

Tras referirse al art. 13 LEC con cita de jurisprudencia, la Sentencia afirma que «Traemos esto a colación para poner de relieve algo que sí se sigue inequívocamente de esos precedentes jurisprudenciales: que presupuesto material de la legitimación —activa/pasiva— es que lo que se impugna afecte directa o mediatamente —ámbito del "interés legítimo" tutelado por el art. 24.1º CE — a quien dice ostentar tal legitimación y a aquel frente a quien se ostenta, esto es, a quien ha de acreditar una posición amparada por el Derecho que por ello merece ser protegida» [FD 2º], [destacado añadido en la Sentencia].

La Sentencia recuerda las palabras de sus Sentencias 21/2018, de 14 de abril (6) y 40/2019, de 21 de octubre (7) , «En el Procedimiento de Anulación, la legitimación, con la salvedad comentada, corresponde a las partes en el procedimiento arbitral, siendo titular de la legitimación pasiva la otra parte en el arbitraje que no ha ejercitado la acción de anulación y frente a quien se debe dirigir la demanda. A los Árbitros se les niega tanto la legitimación activa como la pasiva en el proceso de anulación de Laudos, al igual que a las instituciones arbitrales. Hay que poner de relieve que durante la tramitación de la reforma de la Ley 60/2003, por la Ley 11/2011, se trató de incluir un párrafo en su art. 42.1º que permitía la personación en el procedimiento de anulación de la institución arbitral, en

los supuestos de arbitraje institucional, disponiendo, tras declarar la competencia de este Tribunal, que "deberá notificar el inicio del procedimiento de anulación a la institución arbitral que administró el arbitraje, quien podrá personarse en el procedimiento como demandada". Modificación que se proponía de la Ley que no culminó con la Ley 11/2011» [FD 2º].

También se refiere al Tribunal Constitucional cuando se ha pronunciado sobre la posible legitimación del árbitro en el proceso de anulación. Se declara en la Sentencia que «Por otro lado, cuando el Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la materia, la legitimación de la institución arbitral [sobre el caso de las instituciones arbitrales no se ha pronunciado el Alto Tribunal] y de los árbitros en el procedimiento de anulación no la ha admitido, así el Auto del Tribunal Constitucional 326/1993, de 28 de octubre, dispone que "el árbitro como tal no puede personarse y actuar como una parte más en los procesos que puedan desencadenarse con ocasión de un laudo. Es a los titulares de los derechos e intereses legítimos que se encuentran en litigio a quienes corresponde su defensa en los correspondientes cauces procesales, incluido en su caso al recurso de amparo en sede constitucional» [destacado añadido en la Sentencia].

Y continúa la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia, «En este momento, pese a que Ley 60/2003 ha introducido ciertas modificaciones que alteran de alguna manera el sistema establecido anteriormente, pues la nueva Ley alude a ésta de forma mucho más extensiva a como lo hacía la Ley de 1988, estimamos que los autores de los Laudos, los árbitros, e incluso las instituciones arbitrales con su responsabilidad económica reconocida en la Ley de Arbitraje no pueden comparecer en el proceso de anulación de laudos. Así el art. 41.1º LA nos dice expresamente que "el laudo sólo podrá ser anulado cuando la parte que solicita la anulación alegue y pruebe". Esta dicción parece hacer ver que comprende a quienes fueron parte en el proceso arbitral, y —como queda dicho— a aquellos que no siendo parte en el procedimiento arbitral, sin embargo puedan justificar un interés en el ejercicio de la acción anulatoria, porque debieron ser parte, o que, pudiendo haber sido, se les haya denegado indebidamente su intervención, pero no a los árbitros» [FD 2º], [destacado añadido en la Sentencia].

La Sentencia objeto de comentario se muestra contraria a la admisión como parte tanto del árbitro como de la institución administradora del arbitraje y del notario que autorizó el testamento

Y concluye, sobre esta cuestión el Tribunal Autonómico, «En otras palabras, aun con una concepción máximamente garantista del término "parte" empleado por el art. 41.1º LA —concepción de la que hemos dado cuenta supra—, de lege lata, en el presente estado de nuestro Ordenamiento no resulta posible conferir legitimación pasiva y mucho menos en régimen de litisconsorcio pasivo necesario al Árbitro que ha laudado ni a la institución que ha administrado el Arbitraje en el ejercicio de una acción de anulación contra el Laudo. *A fortiori*, tampoco cabe apreciar la irregular constitución de esta *litis* pretendida por no haber sido demandado el Notario que otorgó el testamento por incluir una cláusula de arbitraje eventualmente nula. Es evidente que lo ventilado en este proceso —como

en el arbitraje— no vincula al fedatario público ni condiciona una acción de responsabilidad, sujeta a presupuestos jurídicos que ni aquí en absoluto son analizados, ni de lege lata pueden serlo» [FD 2º].

Como se ve, la Sentencia objeto de comentario se muestra contraria a la admisión como parte tanto del árbitro como de la institución administradora del arbitraje y del notario que autorizó el testamento. Es el criterio mayoritario, con alguna salvedad, como la de la STSJ Madrid (Sala de lo Civil y de lo Penal, Sección 1ª) n.º 29/2013, de 29 de mayo (8), que se mostró a favor no sólo de la intervención de los árbitros en el proceso de anulación, sino también, de la institución administradora del arbitraje, la Corte Civil y Mercantil de Arbitraje (CIMA), como parte demandada. En dicho asunto en un primer momento se denegó la personación del árbitro como demandado, resolución denegatoria confirmada tras sucesivos recursos, aunque finalmente se admitió la petición subsidiaria a efectos de personarse en calidad de interviniente, al amparo del art. 13.3º LEC.

III. INADECUACIÓN DE LA CUANTÍA

Como ya se ha mencionado, la demandada denuncia en su contestación la inadecuación de la cuantía «reconociendo que no incide en la clase de juicio y que su única relevancia lo sería a efectos de la tasación de costas» [FD 1º].

Pues bien, el Tribunal «B. Por lo que se refiere a la impugnación de la cuantía en la presente causa, ya indicamos en nuestro Auto de 27 de junio de 2017, recaído en el proceso de nulidad de laudo arbitral 15/2017, cuán anómalo resulta, ex art. 255 LEC, emitir un pronunciamiento en Sentencia, lo que allí efectuamos por razones de economía procesal sin esperar al momento de la tasación de costas y de su eventual impugnación. En el presente caso, no concurren esas circunstancias, debiendo estarse a lo resuelto o que se haya de resolver por las vías impugnativas iniciadas frente a la Diligencia de Ordenación de 4 de diciembre de 2020, que fija la cuantía como indeterminada. La demandada reconoce [como acabamos de recordar] que la única trascendencia de la impugnación de la cuantía en esta causa lo es a efectos de tasación de costas. Condena en costas que, como se justifica en esta misma Sentencia *infra* FJ 6º, no es impuesta a ninguna de las partes» [FDº 2º], [destacado añadido en la Sentencia].

IV. INEXISTENCIA DE INDEFENSIÓN

El tercer motivo, como se ha recogido más arriba, del proceso de anulación se basa en el art. 41.1º.d) LA, «Que la designación de los árbitros o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo entre las partes, salvo que dicho acuerdo fuera contrario a una norma imperativa de esta ley, o, a falta de dicho acuerdo, que no se han ajustado a esta ley», invocando «la demandante su indefensión en el seno del procedimiento arbitral, pues la no fijación del objeto del arbitraje desde el primer momento le habría impedido valerse adecuadamente de sus medios de defensa» [FD 5º].

En nuestra opinión, la alegación de la indefensión a través del cauce del motivo d), del art. 41.1º LA es errónea, dado que la indefensión se debería haber encauzado por el motivo b) del art. 41.1º LA, que establece «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», es decir, indefensión provocada por causas distintas a los defectos en la comunicación, con lo cual, como ya hemos señalado con anterioridad en otro lugar (9), la impugnación del laudo es también posible cuando la indefensión de las partes se produjera por causas distintas a las anteriormente mencionadas [defectos en las notificaciones relativas a la designación de los árbitros y defectos en las notificaciones de las actuaciones arbitrales]. En este punto, la LA se aparta de la concreción con la previsión de una fórmula abierta, susceptible de 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 denunciado a través del art. 41.1º.b) LA *in fine*, siempre que llevara aparejada indefensión.

Se recoge en la Sentencia de la Sala de lo Civil y de lo Penal del Tribunal Superior de Justicia que: «A. Es incuestionable que el procedimiento arbitral no consiente una quiebra del principio de igualdad de armas y propiciar una situación de indefensión real y efectiva a todas luces vedada por la propia Ley de Arbitraje (art. 24.1º) y, más radicalmente aún, por la Constitución misma, que, como tantas veces ha dicho conteste jurisprudencia, no admite la violación de derechos y garantías fundamentales en el seno del procedimiento arbitral, dada su condición, la del Arbitraje, de genuino "equivalente jurisdiccional", "en el que las partes obtienen los mismos resultados que accediendo a la jurisdicción, es decir, una decisión al conflicto con efectos de cosa juzgada" —FJ 3º STC (Pleno) 1/2018, de 11 de enero, con especial insistencia sobre esta naturaleza del arbitraje y cita de numerosos precedentes; cfr., más recientemente, el FJ 7º STC 54/2018, de 24 de mayo» [FD 5º] [destacados añadidos en la Sentencia].

Es necesario resaltar que, unos días antes de la Sentencia de 2 de marzo de 2021, objeto de nuestro comentario, el Tribunal Constitucional ha dictado la STC 17/2021, de 15 febrero, según la cual, aunque en «nuestros primeros pronunciamientos» y «luego reiterada en posteriores», la utilización de la expresión «equivalente jurisdiccional» para referirnos al arbitraje haya podido crear cierta confusión, ahora de forma concluyente expone que «si esa fuera la causa, es necesario aclarar desde este momento que su equivalencia hace referencia especialmente al efecto de cosa juzgada que se produce en ambos tipos de procesos, jurisdiccional y arbitral». Y añade la Sentencia del Tribunal Constitucional «el arbitraje en cuanto equivalente jurisdiccional, se sustenta en la autonomía de la voluntad de las partes plasmada en el convenio arbitral. Es «un medio heterónomo de arreglo de las controversias que se fundamenta en la autonomía de la voluntad de los sujetos privados (art. 1.1º CE)» (STC 176/1996, de 11 de noviembre)». «Es decir, quienes se someten voluntariamente a un procedimiento arbitral tienen derecho claro está, a que las actuaciones arbitrales sean controladas por los motivos de impugnación legítimamente admitidos, pero dicha facultad deriva de la misma configuración legal del arbitraje como forma de heterocomposición de los conflictos entre ellos y no del art. 24 CE "cuyas exigencias sólo rigen [...] en lo que atañe al proceso —actuaciones jurisdiccionales— en el que se pretende la anulación del laudo y para el órgano judicial que lo resuelve" (STC 9/2005, de 17 de enero, FJ 5)» [FJ 2] (10).

Y continúa la Sentencia del Tribunal Autonómico, «En particular destaca la STC 1/2018 de modo explícito que acudir al arbitraje no puede entrañar una renuncia general a los derechos fundamentales consagrados en el art. 24 CE, en el bien entendido sentido de que su protección y eventual reparación —en el caso de violación— ha de efectuarse por la vía legalmente prevista de la acción de anulación, y subsidiariamente, si el TSJ competente no subsanare tales posibles infracciones, por el cauce del amparo constitucional» [FD 5º], [destacado añadido en la Sentencia].

«Es pues, del todo evidente que el Tribunal Constitucional (*v.gr.*, también, en el ATC 231/1994, de 18 de julio, FJ 3) ha puesto especial énfasis en la necesidad de asegurar la fiscalización judicial de los laudos arbitrales, que gozan de fuerza de cosa juzgada, haciendo mención expresa al deber de preservar "las garantías esenciales del procedimiento que a todos asegura el art. 24 CE". O, como dice la STC 9/2005 (FJ 5), "es indudable que quienes someten sus controversias a arbitraje tienen un derecho subjetivo a la imparcialidad del árbitro (art. 12.3º LA/1988 y art. 17 LA/2003) y a que no se les cause indefensión en la sustanciación de las actuaciones arbitrales (art. 21.1º LA/1988 y art. 24.1º LA/2003), derechos que derivan de la misma configuración legal del arbitraje como forma de heterocomposición de los conflictos entre ellos. Pero esos derechos tienen precisamente el carácter de derechos que se desenvuelven en el ámbito de la legalidad ordinaria y que se tutelan, en su caso, a través del recurso o acción de anulación que la regulación legal del arbitraje —por medio de motivos de impugnación tasados— concede a quienes consideren que aquéllos han sido vulnerados» [FD 5º], [destacados añadidos en la Sentencia].

Y añade la Sentencia «En suma: la propia naturaleza del arbitraje hace que el procedimiento arbitral haya de desenvolverse con las garantías esenciales inherentes al proceso jurisdiccional: imparcialidad e independencia del Árbitro y de la Corte Arbitral; audiencia, contradicción, igualdad de armas y defensa efectiva de las partes intervinientes. En este sentido, de "normas básicas" habla el § VI de la Exposición de Motivos de la Ley de Arbitraje cuando dice: "El título V regula las actuaciones arbitrales. La ley vuelve a partir del principio de autonomía de la voluntad y establece como únicos límites al mismo y a la actuación de los árbitros el derecho de defensa de las partes y el principio de igualdad, que se erigen en valores fundamentales del arbitraje como proceso que es" [en nuestra opinión, mejor procedimiento]. De ahí que, en lógica correspondencia, el art. 24.1º LA —frontispicio del Título V de la Ley— bajo la rúbrica "principios de igualdad, audiencia y contradicción", establezca que "deberá tratarse a las partes con igualdad y darse a cada una de ellas suficiente oportunidad de hacer valer sus derechos"» [FD 5º], [destacado añadido en la Sentencia].

Y en dicha Sentencia del Tribunal Superior de Justicia se expone «Y ello siempre en el bien entendido de que la indefensión constitucionalmente relevante, la que tiene potencia anulatoria ha de causar un perjuicio real y efectivo, que quien alega a su vez tiene la carga de justificar convenientemente ante el Tribunal. En palabras de la STC 95/2020, de 20 de julio (FJ 3º): "la indefensión ha de ser material y no meramente formal, lo que implica que del defecto procesal se derive un perjuicio real y efectivo para el demandado en sus posibilidades de defensa (STC 86/1997, de 22 de abril, FJ 1, y las que en ella se citan). En efecto, la indefensión que prohíbe el art. 24.1º CE, no nace de la sola y simple infracción por los órganos judiciales de las reglas procesales, pues el quebrantamiento de esta legalidad no provoca, en todos los casos, la eliminación o disminución sustancial de los

derechos que corresponden a las partes en razón de su posición propia en el procedimiento ni, en consecuencia, la indefensión que la Constitución proscribe. Sí surge esta indefensión —como en los casos expuestos en las SSTC 47/2019, 102/2019, 122/2019, 129/2019, 150/2019, 7/2020, 40/2020 y 43/2020— cuando se produce una privación del derecho a alegar y a demostrar en el proceso los propios derechos, y tiene su manifestación más trascendente cuando por el órgano judicial se impide a una parte el ejercicio de este derecho a la defensa, privándola de ejercitar su potestad de alegar y, en su caso, de justificar sus derechos e intereses para que le sean reconocidos, o para replicar dialécticamente las posiciones contrarias, en el ejercicio del indispensable principio de contradicción (STC 102/1987, de 17 de junio, FJ 2)» [FD 5º].

Y la Sala de lo Civil y de lo Penal expresa que «B. A la luz de las anteriores reflexiones resulta evidente que el alegato de indefensión y de quiebra de la igualdad de armas en el seno del arbitraje no puede prosperar». «Ante todo, por una razón que tiene que ver con la insuficiencia alegatoria de la demanda de anulación: la queja de indefensión es puramente genérica. Nada tiene de particular que el objeto del arbitraje se pueda precisar e implementar a lo largo del procedimiento arbitral; la mayor flexibilidad del arbitraje, por contraste con el proceso jurisdiccional, lenifica el rigor del deber de congruencia, al tiempo que potencia las facultades del árbitro en la dirección del procedimiento arbitral, siempre claro está con pleno respeto a los principios de contradicción, audiencia e igualdad. Decimos esto porque a la demandante le asiste la carga, y no subviene a ella, de especificar sobre qué extremo concreto del objeto sobre el que ha resuelto el árbitro no ha podido defenderse, o lo que ha hecho en clara desigualdad de oportunidades con otro u otro de los contendientes» [FD 5º], [destacado añadido en la Sentencia]. Y dicha Sala desestima el motivo.

Y concluye la Sala «Procede efectuar una última acotación, por demás evidente, a modo de *obiter dicta*: como hemos dicho, entre muchas, en nuestra Sentencia 62/2016 (FJ 6) el alcance del fallo en la acción de anulación es de naturaleza rescindente, precisando que "no corresponde a este Tribunal adoptar otra decisión que la estimación o desestimación, total o parcial, de la pretensión puramente anulatoria". Con esto hacemos referencia a que resulta improcedente que en esta causa nos pronunciemos sobre si la demandante únicamente tiene derecho a la legítima estricta: esta pretensión ha sido formulada, es verdad, con carácter subsidiario, para el caso de que declarásemos nula la cláusula testamentaria que predispone el arbitraje —lo que no hemos hecho—, pero aun en tal hipótesis no hubiera sido atendible, ni admisible, la pretensión formulada, que trasciende el ámbito propio de la acción de anulación» [FD 5º].

Y añadimos nosotros, como ya poníamos de manifiesto (11), «La sentencia que dicta la Audiencia Provincial [entiéndase ahora la Sala de lo Civil y de lo Penal del Tribunal Superior de Justicia] tiene un carácter meramente declarativo [en algún caso puede tener naturaleza constitutiva] porque también tiene esa naturaleza la pretensión que se hace valer en este proceso. En esta línea conviene insistir en que la sentencia tiene un simple 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, FJ 3)» (12).

V. DESESTIMACIÓN DE LA ACCIÓN DE ANULACIÓN

Como los tres motivos son desestimados, también el «recurso» de anulación es desestimado [FD 5º].

VI. COSTAS

Según la Sala «no ha lugar a acordar la expresa condena en costas, pese a haber desestimado íntegramente la demanda, por entender que el caso presenta serias dudas de Derecho (art. 394.1º LEC). Así, la dificultad jurídica del caso viene evidenciada por el prácticamente nulo tratamiento jurisprudencial de la principal cuestión en que se sustentaba la demanda, cual es el ámbito de aplicación del art. 10 LA, que se dice trascendido por lo sustanciado y laudado en el arbitraje, dándose la circunstancia añadida de que las opiniones doctrinales al respecto son en verdad dispares. A lo que cabe agregar que, aunque sin virtualidad anulatoria, esta Sala en parte ha coincidido con el planteamiento jurídico formulado por la actora en el sentido de que en el arbitraje se sustanciaron cuestiones claramente atinentes a la legítima de los herederos forzosos, y se hizo con una interpretación de la cláusula testamentaria predisponiendo el arbitraje no compatible con lo dispuesto en el art. 10 LA» [FD 6º], [destacado añadido en la Sentencia].

VII. INFORMACIÓN SOBRE RECURSOS

La Sala declara que «Frente a esta sentencia no cabe recurso alguno (art. 42.2º LA» [destacado añadido en la Sentencia].

.....

(1)
Roj: STSJ M 23/2021.

[Ver Texto](#)

(2) Sobre la posible legitimación de los árbitros y las instituciones arbitrales en el proceso de anulación de los laudos arbitrales, puede verse, R. Hinojosa Segovia, «Sobre la legitimación del árbitro y de las instituciones arbitrales en el proceso de anulación (Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Islas Canarias n.º 2/2016, de 10 de mayo de 2016», *Arbitraje. Revista de arbitraje comercial e inversiones*, vol. IX, n.º 3, 2016, pp. 839-845.

[Ver Texto](#)

(3) Roj: STSJ M 2724/2018.

[Ver Texto](#)

(4)
Roj: STSJ M 3775/2019.

[Ver Texto](#)

(5) Roj: STSJ M 1192/2016.

[Ver Texto](#)

(6) Roj: STSJ M 3982/2018.

[Ver Texto](#)

(7)
Roj: STSJ M 11974/2019.

[Ver Texto](#)

(8) Roj: STSJ M 8223/2013.

[Ver Texto](#)

(9) R. Hinojosa Segovia, «De la anulación y de la revisión del laudo. (Arts. 40-43)», en *Comentario a la Ley de Arbitraje*, coordinadores: Alberto de Martín Muñoz y Santiago Hierro Anibarro, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2006, pp. 528 y 529.

[Ver Texto](#)

(10) Puede verse nuestro trabajo «Nuevas perspectivas de la acción de anulación de los laudos arbitrales», en la *Revista LA LEY: MEDIACIÓN Y ARBITRAJE*, publicado en este mismo número de la Revista, especialmente el epígrafe «II. Concepto y naturaleza del arbitraje».

[Ver Texto](#)

(11) R. Hinojosa Segovia, «De la anulación y de la revisión del laudo (Arts. 40-43)...», *loc. cit.*, p. 565.

[Ver Texto](#)

(12) En la STC 43/1988, de 16 de marzo, se declara: «La revisión que opera el recurso de nulidad [el previsto en aquel momento contra los laudos de equidad] es, como ya dijo la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de junio de 1986, un juicio externo. El Tribunal Supremo [el tribunal competente para conocer de ese recurso en aquella época] es sólo juez de la forma del juicio o de sus mínimas garantías formales (art. 1.733 LEC, citado) [LEC/1881, vigente entonces]; no se pronuncia sobre el fondo. Deniega el recurso o bien, como ocurre en el recurso por quebrantamiento de forma, se limita a anular la Sentencia que infrinja los supuestos legales de su conformación y plasmación, pero no su decisión sustancial, dejando sin efecto el laudo (art. 1.735 LEC) [LEC/1881] o bien haciéndolo sólo en parte (1.736) [LEC/1881], y con remisión a los interesados al procedimiento adecuado. No es, pues, la del Tribunal Supremo, una sentencia rescisoria, sino rescindente, total o parcial. Así lo ha entendido siempre ese Tribunal y esa ha sido su jurisprudencia constante, que la recurrente cita con profusión. El Tribunal Supremo se limita a resolver y a dejar sin efecto lo que constituya exceso en el laudo, pero sin corregir sus deficiencias u omisiones y sin posibilidad de discutir el mayor o menor fundamento de lo resuelto por todas (STS 12 de junio de 1987)» [FJ 5].

[Ver Texto](#)

Improcedencia de la invalidez de la cláusula de sumisión a arbitraje predispuesto en el testamento

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid CP 1ª 2 de marzo de 2021

Impropriety of the invalidity of the clause of submission to arbitration in the will

La sentencia comentada supone, a pesar de lo limitado del examen de la cláusula controvertida, un espaldarazo al arbitraje testamentario, siempre sumido en acusaciones de su supuesta excepcionalidad, presunta inconstitucionalidad o inutilidad práctica, quizá más fundadas en la peculiaridad de su institución y en la complejidad de la materia tratada, lo que, junto al proteccionismo excesivo de la legítima en Derecho común, han dificultado su instauración cuando, precisamente, podría ser un buen instrumento para la resolución rápida y poco traumática de problemas que afectan a inmensas capas de población que no pueden evitar los largos procesos judiciales, como en cambio sí pueden profesionales o empresarios.

Arbitraje, Arbitrabilidad, Materia disponible, Arbitraje testamentario, Cláusula de sumisión predispuesta

Despite the limited examination of the controversial clause, the annotated judgement an endorsement of testamentary arbitration. An arbitration which has always been subject to accusations of its supposed exceptionality, alleged unconstitutionality or practical uselessness, perhaps more based on the peculiarity of its institution and the complexity of the matter dealt with. These circumstances, together with the excessive protectionism of the legitimate share in the law of the Spanish Civil Code, have hindered its establishment when, precisely, it could be a good instrument for the rapid and less traumatic resolution of problems affecting immense groups of the population who cannot avoid lengthy legal proceedings, as professionals or businessmen can.

Arbitration, Arbitrability, Available subject-matter, Arbitration by will, Pre-arbitration submission clause



Ignacio Gomá Lanzón

Notario de Madrid y árbitro y mediador de la Fundación Signum

I. RESUMEN DE LOS HECHOS

En el testamento otorgado por D.^a Asunción ante Notario se incluye la siguiente cláusula:

«Toda controversia derivada de (sic) testamento , a salvo las legítimas, incluida cualquier cuestión relativa a su existencia, validez, terminación, interpretación o ejecución— se someterá para su resolución en primer lugar a mediación. La mediación será administrada por la Fundación Notarial Signum de Resolución Alternativa de Conflictos.

Si la mediación resultare infructuosa, la controversia será resuelta definitivamente mediante arbitraje de derecho, administrado por la Fundación Notarial Signum de Resolución Alternativa de Conflictos.

La designación de árbitro y mediadores y la administración del arbitraje y la mediación se regirán por las normas de la Fundación vigentes a la fecha de presentación de la solicitud de arbitraje o mediación.

Si esta cláusula fuese impugnada (sic) será igualmente aplicable la opción compensatoria establecida en la disposición antecedente, en perjuicio del que la impugnase» (atribución únicamente de la legítima estricta).

Fallecida la testadora, se producen una serie de controversias sobre interpretación de algunos aspectos del testamento y sobre la sujeción a colación o no de determinados derechos administrativos, recayendo Laudo arbitral de 21 de octubre de 2019, dictado por D. Manuel Gerardo Tarrío Berjano en el Procedimiento Arbitral 2/2018, administrado por la Corte de Arbitraje de la Fundación Notarial SIGNUM, y posteriormente otro de 26 de noviembre de 2019 sobre aclaración-rectificación del anterior.

El 29 de enero de 2020 se presentó demanda formulada por la procuradora en nombre de D.^a Salvadora ejercitando, contra D.^a Yolanda, D.^a Teresa y D.^a María Teresa, acción de anulación del Laudo arbitral de 21 de octubre de 2019 y del Laudo de 26 de noviembre de 2019, que deniega la aclaración-rectificación del anterior.

II. MOTIVOS DE IMPUGNACIÓN ALEGADOS

La demandante sustenta la nulidad del Laudo en los motivos que formalmente enuncia en los términos siguientes:

1º. Invalidez de la cláusula arbitral (art. 41.1º.a la LA por contravención del art. 10 LA en clara nulidad *contra legem*. Como es sabido, dicho artículo dispone: «Artículo 10. Arbitraje testamentario. También será válido el arbitraje instituido por disposición testamentaria para solucionar diferencias entre herederos no forzosos o legatarios por cuestiones relativas a la distribución o administración de la herencia». El hecho de que la cláusula exprese que deja «a salvo de las legítimas», no obvia el hecho de que las desavenencias dirimidas por el árbitro lo han sido entre herederos forzosos, con infracción del límite subjetivo que marca el precitado art. 10 LA. A lo que añade el motivo que, como reconoce el propio Árbitro, el arbitraje y el Laudo mismo no pueden encontrar su fundamento en el

art. 9.5 LA, pues « la sumisión al arbitraje testamentario no puede presuponer su posible transformación en otro ordinario por el hecho de que las pretensiones del demandante se muevan fuera del ámbito definido por el testador...» (§ 115 del Laudo).

2º. Al amparo del art. 41.1º.c) LA postula la demandante que el árbitro ha resuelto sobre cuestiones no sometidas a su decisión. En sentido estricto, la parte nuclear de este motivo abunda en lo expuesto en el precedente queriendo indicar que, propiamente, el Árbitro ha resuelto sobre cuestiones no susceptibles de ser sometidas a su decisión por imperativo del art. 10 LA: «el Laudo entra a determinar el activo y pasivo de la herencia, qué bienes son parte de la misma y cuáles son o no colacionables, para lo cual entra a interpretar las cláusulas testamentarias... el Árbitro ha entrado a resolver controversias que afectan a los derechos de los herederos forzosos, lo que está prohibido por el art. 10 LA y por la propia cláusula arbitral» (en particular, en materia de bienes colacionables).

La aceptación del arbitraje por la actora por escrito de 7 de junio de 2018 lo habría sido en exclusiva para el estricto cumplimiento de la voluntad de la testadora, siendo totalmente distinto lo pretendido por las hoy demandadas desde el inicio del arbitraje.

3º. Con fundamento en el art. 41.1º.d) LA postula la demandante su indefensión en el seno del procedimiento arbitral, pues la no fijación del objeto del arbitraje desde el primer momento le habría impedido valerse adecuadamente de sus medios de defensa.

En su virtud, interesa la anulación de Laudo de 21 de octubre de 2019 con expresa condena en costas para el caso de oposición.

La contestación a la demanda suscita dos cuestiones previas. De un lado, la falta de litisconsorcio pasivo necesario al no haber sido demandado el Notario otorgante del testamento por incluir una cláusula nula de arbitraje testamentario y la inadecuación de la cuantía reconociendo que no incide en la clase de juicio y que su única relevancia lo sería a efectos de la tasación de costas. Respecto a los motivos de anulación alegados, opone la demandada que tal alegato de adverso contraviene el *ne venire contra factum proprium*, habida cuenta de que en ningún momento del procedimiento arbitral, ni en la contestación a la demanda ni en el escrito de conclusiones adujo quien ahora lo pretende la nulidad de la cláusula arbitral ni la del arbitraje sustanciado.

Por lo demás, el Árbitro no habría cometido ninguna extralimitación: se remite aquí la contestación a lo argumentado al respecto en el Laudo de 26.11.2019, que deniega la aclaración-rectificación propuesta, al tiempo que postula que no existe razón alguna para entender que el árbitro no pueda conocer de los mismos conflictos que se puedan suscitar ante un Juez.

Por lo expuesto, interesa la desestimación de la demanda de anulación, con imposición de costas a la actora

III. DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA

En el presente comentario vamos a glosar los dos primeros motivos, que afectan propiamente al

arbitraje testamentario, y prescindiremos de las demás cuestiones anexas. Resumimos a continuación la doctrina que emana de esta sentencia.

En primer lugar, la sala aborda el motivo primero de impugnación: la invalidez de la cláusula arbitral por ser contraria al artículo 10 LA, que se limita a los herederos no forzosos. El Tribunal recuerda su propia doctrina sobre el convenio arbitral, resaltando la importancia de que la voluntad de someterse a arbitraje conste de una manera clara y no equívoca, que no esté impuesta ni se extienda a terceros, y muestra las consecuencias que su falta pueda tener frente al aspecto contractual del arbitraje y el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva que garantiza el derecho de acceso a los órganos jurisdiccionales. Ahora bien, a la hora de ponderar la existencia del convenio arbitral es preciso también preservar las exigencias de la buena fe y de la congruencia con los propios actos; y, de hecho, se ha venido aceptando por ello la extensión de la cláusula a terceros en determinados casos.

Parece que hay consenso en que la exclusión del arbitraje testamentario por vía del art. 10 LA radica que las legítimas son indisponibles para el propio testador en beneficio de los legitimarios

En relación al arbitraje testamentario, la voluntad del testador se impone a los herederos no forzosos, pero en el caso de los herederos forzosos, parece que hay un consenso —entiende la sentencia— en que su exclusión del arbitraje testamentario por vía del art. 10 LA radica que las legítimas son indisponibles para el propio testador en beneficio de los legitimarios, por lo que quedan excluidas las controversias que conciernen a la intangibilidad cualitativa y cuantitativa de la legítima, incluida la mejora, con independencia del título por la que se atribuya.

No obstante, entiende la sala, ello no quiere decir que los herederos forzosos no puedan acudir libremente al arbitraje en el ejercicio de su libre voluntad manifestada conforme al artículo 9, es decir, con un nuevo convenio arbitral, que pueda referirse al arbitraje incluido en el testamento o a cualquier otra cosa o controversia. Por otro lado, es preciso tener en cuenta lo que establece el art. 6 LA y la doctrina de la Sala sobre él. Dicho artículo establece: «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». La Sala entiende que este es el caso, porque no consta que la cláusula arbitral haya sido cuestionada por nadie en el seno del procedimiento arbitral, ni parece que estemos en uno de esos casos en que, por imperativo de orden público, resulte obligado apreciar de oficio la invalidez o inexistencia de un convenio arbitral.

No obstante, cabe plantearse la cuestión, habida cuenta de que el arbitraje se ha producido con infracción de una norma imperativa, cual es el art. 10 LA, lo que, en conexión con el art. 6.3º Cc pudiera llevar aparejada la infracción de orden público como motivo de anulación (STC 15 de febrero

de 2021). La Sala, sin embargo, no comparte este criterio ni tampoco el del árbitro que entiende, en su parágrafo 115 que la sumisión al arbitraje testamentario no puede presuponer su posible transformación en otro ordinario por el hecho de que las pretensiones del demandante se muevan fuera del ámbito definido por el testador. La Sala entiende que nada impide que los herederos forzosos puedan acudir al arbitraje en uso de su libertad y que esta voluntad se pueda manifestar expresa o tácitamente, entre sí o con otros sucesores, pues lo que es indisponible para el testador ya es disponible para los herederos forzosos una vez aceptada la herencia, siendo mayores de edad y teniendo la libre disposición de sus bienes, por lo que considera que en el presente caso, la conducta procesal de las partes en el seno del arbitraje no ha cuestionado en absoluto la viabilidad del arbitraje por falta de convenio y aceptando sin paliativos la sustanciación del mismo, es expresión suficientemente inequívoca de renunciar a la jurisdicción, deducida de actos concluyentes, tal y como permite el art. 9.5º LA al señalar que se considerará que hay 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. Indica que ha conferido especial trascendencia a la coherencia que la pretensión de anulación guarda con la propia conducta del recurrente, lo cual también es expresión del principio de buena fe, del que es concreción la máxima *ne venire contra factum proprium*. Por todo ello se desestima el motivo.

El motivo segundo del recurso se desestima igualmente porque, si bien aparece enunciado bajo la rúbrica de «extralimitación del árbitro», en realidad abunda en lo expuesto en el anterior: que el Árbitro ha resuelto sobre cuestiones no susceptibles de ser sometidas a su decisión por imperativo del art. 10 LA. Recalca la sentencia, por otro lado, el hecho de que la Corte de Arbitraje se dirigiese por burofax a la demandante invitándola a adherirse al arbitraje solicitado «en virtud del convenio arbitral invocado», bajo apercibimiento de recibir la legítima estricta en caso de oposición según la Disposición Quinta del Testamento, que figura al inicio y que la actora reconoció que «aceptó lo dispuesto por su madre en el testamento para el estricto cumplimiento de la voluntad de la testadora», lo que corrobora su anuencia en la voluntad de acudir al arbitraje: nada hubiera impedido denunciar ante el Árbitro, no ya la validez de la cláusula de sumisión, sino el exceso en su aplicación e interpretación por el Árbitro visto el tenor del art. 10 LA, vertiendo ese alegato incluso *ad cautelam*, esto es, en previsión de una eventual acción de anulación, sin que ello pudiera entrañar en modo alguno la aplicación de la «cláusula Socini». Por eso la sentencia termina diciendo al exponer los hechos: «Pero lo cierto y verdad es que, más allá de esa ahora calificada constrictión, la aquí demandante no hizo sino insistir durante todo el arbitraje en su conformidad con el mismo, movida por su deseo, explícito, de que en todo se respetase la voluntad de su madre».

IV. COMENTARIO

Parece procedente reconocer, en primer lugar, la justicia material de la decisión adoptada por el Tribunal (1). En el testamento se establece un arbitraje de las diferencias que pudieran existir entre los interesados en la sucesión, que son herederos forzosos —y, por tanto, aparentemente, en contra lo que dispone literalmente el art. 10 LA— y todos los involucrados se someten a él. Emitido el laudo, se reclama por alguno de ellos la anulación de un procedimiento que han consentido de principio a fin, quizá por evitar la sanción que para ese caso preveía la testadora. La Sala rechaza la pretensión

partiendo, como argumento de fondo, de la falta de coherencia de la solicitud de anulación con la propia conducta del recurrente, es decir, de la falta de buena fe y, en concreto, de la doctrina de los actos propios; y como expediente normativo formal utiliza la supuesta existencia de un convenio tácito de los herederos forzosos sobre materias ya disponibles.

No obstante, tanto la cuestión de fondo como el expediente formal utilizados merecen alguna consideración, incluso conjuntamente, por la relación que tienen. En esta última perspectiva, cabe señalar que, según la doctrina y jurisprudencia modernas, para que sea aplicable la doctrina de los actos propios no es preciso que haya habido una declaración de voluntad tácita o expresa contra la cual se vuelve el autor, sino que basta cualquier acto, sin propósito negocial alguno, porque esta doctrina se sitúa en el ámbito de la buena fe y la confianza —instituyendo el deber de producirse coherentemente— y no en el de las declaraciones de voluntad; y es lógico pensar así, porque de tratarse de una declaración de voluntad no sería necesario acudir a reglas tan generales e indeterminadas como las de la buena fe o la de los actos propios, y bastaría atenerse a los efectos del negocio conforme a la regulación de nuestro Código. Por ejemplo, si se renuncia a un derecho, su posterior ejercicio no rechazable no se deberá a ir contra la buena fe, sino a que el derecho no existe (2). Por tanto, cabría señalar que, en el presente caso, si se da por buena la existencia de un convenio bilateral tácitamente expresado, es innecesario acogerse al principio *ne venire contra* porque ya hay una obligación plurilateral irrevocable.

Otra cuestión diferente será si realmente ha existido un convenio arbitral o si, más bien, lo que ha existido es un arbitraje ordenado unilateralmente por el testador, al que se han adherido posteriormente los involucrados en la cuestión, salvando con sus actos, aquí sí, las deficiencias que pudiera tener. Quizá la cuestión pueda parecer más doctrinal que práctica, pero lo cierto es que tiene cierta importancia porque de alguna manera prefigura la opinión que haya de tenerse sobre la validez de la *cautela socini* aplicada al arbitraje testamentario. Como señalaba O,Callaghan, sobre la sucesión caben tres tipos de arbitrajes (3): el que se da *antes de la delación*, por un acuerdo de los herederos, que en Derecho común plantea el problema de su colisión con la prohibición de los pactos sobre la herencia futura contenida en el art. 1271 Cc; el que se da *después de la delación*, que es el que convienen los sucesores una vez fallecido el causante, y que es un arbitraje común sujeto a las reglas generales del arbitraje y no a las especiales del art. 10; y el que se da *en la delación* que es el que ordena el testador en el testamento y que es el que nos interesa especialmente.

El argumento que usa la sentencia para salvar el laudo y sancionar la falta de buena fe del demandante consiste en transformar un arbitraje testamentario que, supuestamente, colisiona con lo previsto en el art. 10 LA por afectar a herederos forzosos, en un arbitraje convencional y libre entre los herederos, entendiéndose que el art. 9.5º LA legitima para entender aceptado el convenio cuando existe un intercambio de escritos de demanda y contestación y la existencia de convenio sea afirmada por una parte y no negada por la otra. El problema, claro está, es que nadie habrá afirmado la existencia de convenio (aunque es cierto que literalmente en el burofax enviado se requiere para adherirse arbitraje en virtud del «convenio arbitral»), porque lo que hay es una disposición unilateral del causante, reforzada con una amenaza de reducción de los derechos hereditarios a aquel que la impugnase. Por ello, hay un equívoco sobre el consentimiento prestado que, probablemente, no

pretende en absoluto generar un convenio donde había sólo un acto unilateral sino —cabría suponer— no obstaculizar el arbitraje iniciado para evitar la reducción de la legítima, abriendo luego la oportunidad de impugnar no sólo la clausula sino también el laudo ya emitido y poco favorable, en la esperanza que su anulación generara nuevas oportunidades. Por supuesto, con esa conversión en convencional, se salva el problema principal, que es el de la materia arbitrable, pues al no tratarse ya de arbitraje testamentario no tendría por qué limitarse a herederos no forzosos; pero resulta al menos dudoso mantener que lo que se ha querido es un arbitraje convencional, nuevo y distinto de lo que ordenó la testadora.

Ahora bien, si dejamos establecido que lo que hubo fue un arbitraje testamentario ¿cómo podemos salvar su legalidad en cuanto a la materia arbitrable —limitada a herederos no forzosos—, cuando además es ello lo que nos parece más justo a la vista de la actitud del reclamante? ¿Debemos fiarlo todo a la doctrina de los actos propios?

Una primera posibilidad, que es la que se ha mantenido por el árbitro al denegar la aclaración-rectificación del laudo es que, en realidad, el laudo no se ha extralimitado en absoluto porque no ha solucionado diferencias entre herederos forzosos por cuestiones relativas a la distribución o administración de la herencia, sino que el laudo resolvió sobre si debía incluirse en el inventario una licencia de estanco y si debían ser colacionados determinados bienes, sin proceder a la partición o distribución; por lo que no se ha infringido la limitación dado que la determinación de estas cuestiones no afectan directamente a la legítima. Es cierto que una cuestión que suelen plantearse los estudiosos del arbitraje testamentario es si la limitación del art. 10 es subjetiva —no cabe cuando en la herencia haya herederos forzosos— u objetiva —no puede afectar a la legítima—, pues en este segundo caso sería admisible sobre aquellas partes de la herencia que no son legítima, como el tercio de libre disposición u otras cuestiones generales. Hemos tenido la oportunidad de reflexionar ampliamente sobre esta cuestión y ponerla en relación con la naturaleza de la legítima (4). Baste apuntar aquí dos cosas: primero, que el *heredero forzoso* puede ser heredero o no, pues la legítima se puede atribuir por cualquier título y que, por tanto, si la legítima se atribuye por medio de un legado y sobre él no se discute, podrían resolverse por medio de arbitraje cuestiones que afectarían al tercio libre. Segundo, que si se mantiene que, como han defendido algunos autores, la sucesión forzosa constituye un llamamiento especial, no debería haber ningún problema para la validez del arbitraje testamentario, pues se podría rechazar la herencia, y con ella el arbitraje testamentario, y aceptar la legítima sin él, sin necesidad incluso de establecer la opción compensatoria que luego comentaremos. Dicho todo ello, como igualmente señalamos en el texto citado, si se interpretan rectamente las normas es difícil encontrar en la práctica conflictos que surjan en una herencia en la que estén involucrados herederos forzosos sin que se vea afectada la legítima que, en caso de los descendientes, afecta a dos tercios de la herencia, por lo que cualquier cuestión hereditaria podrá muy fácilmente afectar a la cuantía o cualidad de aquella. Por otro lado, la expresión «administración y distribución de la herencia» no parece que suponga una limitación más del ámbito del arbitraje, sino que, según la opinión general, ésta puede referirse a cualquier cuestión hereditaria.

El arbitraje testamentario es perfectamente posible y legal, incluso

entre herederos forzosos, si se ordena acompañado de una opción compensatoria o *cautela socini*

En el caso que nos ocupa, la falta de información específica nos impide dar una opinión cabal sobre si las cuestiones tratadas afectaban directamente a la legítima o no, lo cual por otro lado podría discutirse, a la vista de las ideas que hemos volcado más arriba; y si se considerara que afecta, podría estimarse el motivo de impugnación porque, conforme al art. 6 LA, la falta de denuncia de la infracción de una norma o un requisito arbitral —que es lo que ha ocurrido en este caso— solo implicará renuncia de las facultades de impugnación cuando aquella norma sea dispositiva (5), pero no cuando se trate de una norma imperativa cual es el caso del art. 10 LA, lo que, en conexión con el art. 6.3º Cc pudiera llevar aparejada la infracción de orden público como motivo de anulación, y así lo constata la Sala que, no obstante, consigue esquivar la cuestión al entender que se trata de un arbitraje convencional, que ya no estaría limitado por el art. 10. Sin embargo, no dispondremos de esta opción si, como pensamos, el presente es un arbitraje testamentario.

Por eso, una segunda posibilidad de fundamentar esta justa sentencia y salvar la imperatividad de la norma es acudir a la opción compensatoria que prevé la cláusula para el caso de ser impugnada: «*si esta cláusula fuese impugnada será igualmente aplicable la opción compensatoria establecida en la disposición antecedente, en perjuicio del que la impugnase*».

Cabe decir que, en términos generales, el arbitraje testamentario es perfectamente posible y legal, incluso entre herederos forzosos, si se ordena acompañado de una opción compensatoria o *cautela socini* (6). Conviene explicar que el origen de esta fórmula se encuentra en el siglo XVI y consiste en atribuir al cónyuge viudo el usufructo universal de la herencia, con el objeto de garantizar su subsistencia y lograr al mismo tiempo que al fallecimiento de ambos cónyuges se consolide el pleno dominio en los hijos comunes, y no en terceros a través de la herencia del último fallecido. Dicho usufructo supone un gravamen de la legítima, prohibido por el art. 813.2º y, aunque el art. 820.3º Cc permitía el juego del tercio libre con este propósito, la *cautela socini* propiamente dicha consiste en compeler a los hijos herederos a aceptar ese usufructo universal dejándoles más de los dos tercios que les corresponderían, y amenazarles con circunscribir sus derechos a la legítima estricta, perdiendo por tanto todo derecho sobre la mejora, caso de que se negaran. Aunque hay autores que la han criticado (Lacruz la considera ilícita), ha sido admitida por la jurisprudencia reiteradamente. El fundamento teórico de esta cláusula se encuentra en que desde el momento del fallecimiento del testador la legítima es renunciable y cuando se acepta la herencia, perfectamente disponible, enajenable y susceptible de ser gravada con usufructo. Y, por tanto, también de ser sometida a arbitraje. El heredero forzoso es libre: acudir a los Tribunales y quedarse con la legítima estricta, perdiendo su parte —en caso de hijos o descendientes— en el tercio de mejora y en el de libre disposición a favor de los demás coherederos; o recibirlo todo pero solucionar sus diferencias no por medio de los Tribunales sino a través de un arbitraje que previsiblemente va a ser más flexible y rápido, permitiendo de esta manera un más rápido restañar de heridas en un ámbito, como el familiar, formado por emociones, relaciones irrenunciables y vínculos de sangre que es importante para el desarrollo personal mantener sólidas. En la experiencia práctica, los padres testadores

atribuyen enorme importancia a esta cuestión, al punto de haberse generalizado las cláusulas de prohibición de intervención judicial que revelan el miedo de los progenitores a que reclamaciones tras su muerte generen discusiones y conflictos que destruyan la anhelada armonía familiar.

En resumen, cabe ordenar el arbitraje testamentario, incluso a los herederos forzosos, si se les ofrece la opción de recibir algo más que sus derechos legales aceptando el arbitraje, o sólo sus derechos legales sin aceptarlo, pudiendo acudir a los Tribunales en las condiciones normales. Es lo que quiere el testador, cuya voluntad es la ley de la sucesión y debe respetarse.

En el caso presente, sin embargo, las cosas no son tan sencillas como lo expuesto, porque en la cláusula controvertida, además de establecer la opción compensatoria se ordena el arbitraje dejando «a salvo las legítimas». Ello conduce a entender que el autor de la cláusula mantiene una posición objetiva respecto a las limitaciones del ámbito del arbitraje testamentario —anteriormente mencionadas—, y que éste podrá darse respecto a aquellas cuestiones que, por afectar al tercio libre no perjudiquen a la legítima, e impone una sanción al impugnante que no va a tener relevancia pues se supone que ya se ha respetado el ámbito del art. 10. En definitiva, la cláusula no ha arriesgado y no ofrece propiamente opción compensatoria porque en realidad los herederos no tienen que aceptar ningún gravamen de su legítima, dado que el árbitro debe respetarla con arreglo a su redacción.

¿Cómo enfocar entonces la cuestión? Creemos que, como señala la Sala, no hay más remedio que volver a la idea de la buena fe, tempestividad y actos propios, si bien no tanto como principios generales sino como reglas derivadas de las normas del procedimiento arbitral. Así, por ejemplo, en relación al motivo primero de impugnación —la invalidez de la cláusula arbitral por ser contraria al art. 10 LA— cabría oponer que, no obstante ser imperativa la norma, parece que esta cuestión debería haberse alegado previamente, en el arbitraje, pues, como señala Xiol Rios (7), es preciso hacerlo respecto de todas las alegaciones que relativas a la existencia o validez del convenio arbitral o aquellas otras cuya estimación impide entrar en el fondo de la controversia, porque así parece deducirse de lo dispuesto en el art. 22.2º LA cuando regula el momento de alegación de excepciones a los efectos de la determinación de su propia competencia por parte de los árbitros. Este precepto, puesto en conexión con el art. 9.5º LA, cuando considera existente el convenio arbitral cuando este no sea negado, puede fundamentar, por analogía, no la existencia de un nuevo convenio pero sí la aquiescencia a la validez de la cláusula arbitral invocada. En el mismo sentido, Merino Merchán y Chillón Medina consideran que aunque el requisito de la denuncia previa no aparece expresamente formulado en términos obstativos de rigor procesal y aunque la cuestión no fue pacífica en la doctrina, la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales ha acabado configurándolo como un requisito necesario para impugnar judicialmente la inexistencia o invalidez del convenio (8).

Entendemos, y así lo entiende la Sala también, que el segundo motivo decaería por la misma razón: en realidad, no protesta porque el laudo resuelva sobre cosas no sometidas a su decisión, sino porque se refiere a cuestiones sobre las que teórica y legalmente no podría entrar.

Quizá sería interesante aventurar qué podría oponerse si se hubiera alegado —pues no se hizo— la causa de anulación del art. 41.1º.e) LA, es decir, que los árbitros hayan resuelto sobre cuestiones no

susceptibles de arbitraje, por ser indisponibles, como podría ser la legítima de los herederos forzosos. Señala Xiol Rios (g) que en estos casos caben tres posibilidades: que esté contemplada la cuestión en el convenio; que no lo esté y los susciten las partes en el procedimiento por acuerdo expreso o tácito entre ella; que sea resuelta por las partes sin estar comprendida en el convenio y sin que las partes la hayan suscitado. La primera posibilidad puede hacer tránsito a la causa del 4.1.1º.a); el tercero es además un caso de incongruencia; y el segundo es el caso que más cerca toca el presente caso y al que quizá hay que aplicar el mismo criterio que se usó para la alegación de la falta de validez del convenio: debería haberse alegado en el procedimiento arbitral conforme al art. 22.2º LA.

Sin embargo, la Sentencia 1/2021 TSJ de Extremadura de 1 de febrero, en un caso de arbitraje sobre herencia futura (prohibida por el art. 1271 Cc, como se ha dicho), considera que «siendo la materia indisponible, inarbitrable, causa que invoca el demandante, y en cualquier caso, la Sala debe apreciar de oficio, más allá de que la demandante suscribiera dicha cláusula, o no invocara la inarbitrabilidad ante el árbitro, procede la estimación de la demanda y sin necesidad de entrar en las demás consideraciones de la demanda, decretar la nulidad del laudo impugnado» (10).

Desde nuestro punto de vista, pesan más, las razones que impulsarían, en el presente supuesto, a no admitir el motivo de impugnación, si se hubiera alegado, que no es el caso. Por un lado, que en la cláusula arbitral se incorpora una pena para el caso de impugnarla que, parece, se ha intentado eludir esperando un resultado más favorable en el laudo (y ello a pesar de que la propia sentencia reconoce que la alegación no podría haber activado la *cautela socini*), lo que podría revelar un cálculo contrario a la buena fe; además, el principio de seguridad jurídica y economía procesal debería imponer la alegación de las causas de impugnación para evitar el alargamiento innecesario de los procesos — incluso de oficio— y permitir en su caso a los árbitros la rectificación a tiempo o justificar sus actuaciones. Y no se olvide tampoco la idea de convalencia del negocio jurídico —desarrollada por don Federico de Castro— que se produce cuando un hecho nuevo, sumado al negocio nulo, lo convierte en válido; es el caso de la enajenación sin poder, si el *dominus* lo ratifica (art. 1259 Cc), la disposición de cosa ajena que luego pasa a propiedad del enajenante, o, cabría añadir, el arbitraje testamentario cuando es aceptado tácita —o incluso expresamente— en el procedimiento arbitral.

Finalmente, cabe alegar en este caso un argumento sustantivo relevante. El art. 2 LA señala que son susceptibles de arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho y el incumplimiento de esta regla es lo que fundamentaría la causa de anulación de la letra e) del art. 4.1.1º LA: se ha resuelto sobre cuestiones que no están en el poder de disposición de las partes. Sin embargo, se puede distinguir en el presente asunto aquellas materias que no son disponibles por el testador en el momento de otorgar su testamento —las legítimas, precisamente— pero que en cambio sí lo son por los legitimarios en el momento de someterse al arbitraje, del mismo modo que podrían aceptar gravámenes, renunciarla o transigir sobre ella. En resumidas cuentas, debería impugnarse la cláusula del testamento y hacerlo tempestivamente al someterse al arbitraje; o no someterse a él en absoluto y sufrir las consecuencias de la opción compensatoria, caso de haberla.

La sentencia comentada supone, a pesar de lo limitado del examen de la cláusula controvertida, un

espaldarazo al arbitraje testamentario, siempre sumido en acusaciones de su supuesta excepcionalidad, presunta inconstitucionalidad o inutilidad práctica (11), quizá más fundadas en la peculiaridad de su institución y en la complejidad de la materia tratada, lo que, junto al proteccionismo excesivo de la legítima en Derecho común, han dificultado su instauración cuando, precisamente, podría ser un buen instrumento para la resolución rápida y poco traumática de problemas que afectan a inmensas capas de población que no pueden evitar los largos procesos judiciales, como en cambio sí pueden profesionales o empresarios.

.....

(1)

Se trata de una sentencia que cambia una línea del TSJ de Madrid un tanto reticente con el arbitraje y que ha dado lugar a varias sentencias del Tribunal Constitucional que han precisado el ámbito de la anulación de los laudos, particularmente en materia de orden público y motivación, excluyendo la revisión del fondo más o menos explícita. Cf. R. Hinojosa Segovia, «El Tribunal Constitucional enmienda la plana de nuevo al Tribunal Superior de Justicia de Madrid», *El Notario del Siglo XXI*, n.º 97, pp. 82-87 <https://www.elnotario.es/index.php/opinion/opinion/10752-el-tribunal-constitucional-enmienda-la-plana-de-nuevo-al-tribunal-superior-de-justicia-de-madrid>.

Ver Texto

(2) Cf. C.I. Asúa González, «Artículo 7», *Código civil comentado*, vol. I, 2ª ed., dirigidos por A. Cañizares Laso, P. de Pablo Contreras, J. Orduña Moreno, R. Valpuesta Fernández, Cizur Menor, Civitas Thomson Reuters, 2016, p. 90.

Ver Texto

(3) X. O'Callaghan Muñoz, «El arbitraje en Derecho Sucesorio», *La Notaria*, noviembre-diciembre 2007, n.º 47-48, p.57.

Ver Texto

(4) Hemos tratado ampliamente la problemática del arbitraje testamentario en la revista «*El Notario del Siglo XXI*», sección 2R, «El arbitraje en Derecho sucesorio. El arbitraje testamentario». Número 50 http://elnotario.es/images/pdf/ARBITRAJE_DERECHO_SUCESORIO.pdf.

Asimismo, en el comentario al art. 10 LA, en *Comentario a la Ley de Arbitraje*, coordinado por C. González Bueno CGN, Colegio Notarial de Madrid, Fundación Signum, 2014. En relación a la cuestión de la perspectiva objetiva o subjetiva, véase la p. 234 de esta última obra.

Ver Texto

(5) Como señala P. Galindo (*Comentario...*, *op. cit.*, p. 110), en realidad el art. 6 resulta insuficiente pues la infracción de una norma dispositiva ha de ser puesta en conexión con los motivos de anulación del artículo 41.1 de la LA, por lo que por relevante que fuera la infracción de una norma dispositiva su infracción carecería de relevancia si no puede generar un recurso de anulación.

Ver Texto

(6) I. Gomá Lanzón, *Comentario...*, *op. cit.*, p. 239.

[Ver Texto](#)

(7) J. Xiol Rios, *Comentario...*, *op. cit.*, p. 810, 811 y 815. No obstante, apunta la opinión de S. Barona, basada en alguna jurisprudencia contradictoria, de que cabría la acción de anulación si la norma infringida es imperativa, aunque no se haya alegado.

[Ver Texto](#)

(8) J.F. Merino Merchán y J.M. Chillón Medina, *Tratado de Derecho Arbitral*, 3ª ed., Cizur Menor, Thomson Civitas, 2006, p. 698.

[Ver Texto](#)

(9) J. Xiol Rios, *Comentario ...*, *op. cit.*, p. 829.

[Ver Texto](#)

(10) Curiosamente, la demandante invoca la falta de validez del convenio arbitral del art. 41.1º.a) de la Ley de Arbitraje, arguyendo que tiene por objeto una materia de que no es libre disposición por las partes intervinientes, conculcando el art. 2.1º de dicha Ley, y porque el patrimonio, por su titularidad y por la relación de parentesco, se identifica con la futura herencia de sus padres, D. Julio y D.ª Beatriz. La Sala, sin embargo, entiende que debió invocarse la causa e) de art. 41 «que los árbitros han resuelto sobre cuestiones no susceptibles de arbitraje», pero, considerando, al parecer, que la causa, ser materia que no es de libre disposición, acoge los motivos.

[Ver Texto](#)

(11) Cabe recordar aquí las famosas «razones torpedo» que, ya en 1990, Albaladejo lanzó contra el «buque del arbitraje testamentario» (M. Albaladejo García, «El arbitraje testamentario», *Actualidad civil*, n.º 1, 1990, pp. 90-91).

[Ver Texto](#)

Y el círculo se cerró: La motivación de los laudos arbitrales

Sentencia del Tribunal Constitucional 65/2021, de 15 de marzo

And the circle was closed. A comment to the Spanish Constitutional Court Judgment 65/2021, of March 15th. Reasoning of arbitral awards

La Sentencia del Tribunal Constitucional 65/2021 sigue la estela de las tres anteriores dictadas en materia de arbitraje y, al mismo tiempo, cierra el círculo en torno al encaje constitucional del fenómeno arbitral y el alcance del deber de motivación de los laudos.

Arbitraje, Laudo, Anulación, Motivación, Tribunal Constitucional, Equivalente jurisdiccional, Orden público

The Spanish Constitutional Court Judgment 65/2021 pursues the three previous ones issued in arbitration matters and, at the same time, closes the circle around both the constitutional fit of the arbitral phenomenon and the scope of the duty to ground the awards.

Arbitration, Award, Annulment, Reasoning, Constitutional Court, Jurisdictional equivalent, Public policy.



Blas Piñar Guzmán

Abogado, Árbitro y Mediador

§yndēresis legal

I. INTRODUCCIÓN

El 15 de marzo de 2021 fueron dictadas dos Sentencias del Tribunal Constitucional relativas al arbitraje, la 55/2021 (1) y la 65/2021 (2), ambas publicadas en el BOE de 23 de abril de 2021. Es objeto de comentario la segunda de ellas, dictada por la Sala 2ª del TC siendo ponente D. Juan Antonio Xiol Ríos.

La Sentencia estima vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva del demandante de amparo,

Banco Santander, S.A., por una defectuosa motivación de la resolución dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid en anulación de un laudo arbitral. El sumo intérprete constitucional considera que dicho Tribunal extendió de manera no razonable la noción de orden público.

El origen de la controversia reside en el contrato *swap* celebrado el 20 de mayo de 2008 entre el Banco Popular y la mercantil Casa Depot, S.L. El contrato estaba sometido a arbitraje de equidad administrado por la Corte de Arbitraje perteneciente a la Cámara de Comercio de Madrid. En diciembre de 2017, Casa Depot inició el procedimiento arbitral y solicitó en él la declaración del incumplimiento de las obligaciones legales de información precontractual por parte del Banco Santander (que entonces ya había adquirido al Banco Popular) y la indemnización de los daños subsiguientes.

Con fecha 4 de diciembre de 2018, el tribunal arbitral dictó el laudo en equidad, que estimó parcialmente la demanda por dos votos frente a uno. Declaró por mayoría (sin unanimidad) que el Banco Santander incumplió las obligaciones legales de información en la fase precontractual, pero denegó la indemnización de daños y perjuicios al entender que el contrato *swap* cumplió su función y que Casa Depot habría incurrido en deslealtad por el retraso en la reclamación.

Tras la correspondiente demanda interpuesta por Casa Depot, el TSJ de Madrid dictó la STSJ Madrid CP 1 octubre 2019 (3), anulando parcialmente el laudo. Consideró que infringía el «orden público constitucional» debido a una motivación arbitraria por incoherente. Según la Sala, resulta contradictorio reconocer el incumplimiento de los deberes bancarios y, al mismo tiempo, negarle toda trascendencia o consecuencia a dicho incumplimiento. En el subconsciente de los magistrados se vislumbra la doctrina jurisprudencial de la Sala Primera del Tribunal Supremo conformada durante el lustro anterior en torno a los *swaps*, los deberes de información precontractual de las entidades financieras, la anulabilidad y su plazo de prescripción, así como la indemnización de los daños causados. Se reprocha al tribunal arbitral el haber convertido un arbitraje de equidad en uno de derecho.

II. LA DOCTRINA CONSTITUCIONAL

Como prolegómeno, la Sentencia objeto de comentario evoca algunas de las consideraciones contenidas en las precedentes Sentencias 46/2020 (4) y 17/2021 (5), también dictadas en materia de arbitraje, sobre la infracción del orden público como causa de anulación de los laudos arbitrales y su proyección sobre el derecho a la tutela judicial efectiva. Seguidamente expone los dos aspectos realmente novedosos, uno acerca de la naturaleza del arbitraje y su encaje constitucional, y el otro atinente a la motivación de los laudos arbitrales y su control judicial.

1. Naturaleza y encaje constitucional del arbitraje. El «equivalente jurisdiccional»

La Sentencia afirma expresamente en diversos pasajes que el laudo arbitral es «*máxima expresión de la libertad de las partes (art. 10 CE) y del ejercicio de su libertad (art. 1 CE)*», que el arbitraje es un «*medio de heterocomposición de las controversias inherente al principio de la autonomía de la voluntad (art. 10 CE) y, más genéricamente, al de la libertad (art. 1 CE)*», que el arbitraje se asienta en «*en la*

autonomía de la voluntad y la libertad de los particulares (arts. 1 y 10 CE)» y que los laudos arbitrales y las resoluciones judiciales «...se asientan en derechos constitucionales diferentes (arts. 10 y 24 CE)». Con total rotundidad el Tribunal Constitucional desprende toda la corteza jurisdiccionalista con la que el arbitraje había sido en ocasiones revestido.

La consecuencia no se deja esperar. La tutela judicial efectiva y las garantías propias del artículo 24 CE no se aplican al arbitraje. Los siguientes párrafos de la Sentencia no dejan resquicio a la duda:

«[E]l 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.

Quienes se someten libre, expresa y voluntariamente a un arbitraje, como método heterónimo de solución de su conflicto, eligen dejar al margen de su controversia las garantías inherentes al art. 24 CE y regirse por las normas establecidas en la Ley de arbitraje. De esto se infiere que, si las partes del arbitraje tienen derecho a que las actuaciones arbitrales sean controladas judicialmente, es así porque de este modo está previsto en la norma rectora del procedimiento arbitral y solo por los motivos de impugnación legalmente admitidos para salvaguardar los principios constitucionales a que se ha hecho referencia (art. 41 LA)» (FJ 4º).

Con la clara intención de evitar en el futuro las mixturas en torno al arbitraje y la jurisdicción, la Sentencia previene contra la tentación de «...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...», e insiste en que «...la semejanza entre ambos tipos de decisión —judicial y arbitral— no alcanza más allá de aquellos efectos...» (FJ 4º).

2. El deber de motivación de los laudos arbitrales

Las reflexiones dedicadas a la motivación de los laudos arbitrales merecen también atención. En primer lugar, se lleva a cabo el encuadramiento normativo de la cuestión, en los siguientes términos:

«En consonancia con el fundamento jurídico anterior, el deber de motivación del laudo no surge del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), que solo es predicable de las resoluciones emanadas del Poder Judicial, sino de la propia Ley de arbitraje, que en su art. 37.4 así lo exige. El modo en que dicha norma arbitral está redactada se asemeja a la exigencia del art. 120.3 CE respecto a las resoluciones judiciales y, a primera vista, pudiera causar cierta confusión, haciendo pensar que tal deber de motivación del laudo está constitucionalmente garantizado. Sin embargo, [...] la motivación de los laudos no está prevista en la Constitución ni se integra en un derecho fundamental (art. 24 CE). Es una obligación de configuración legal del que bien podría

prescindir el legislador sin alterar la naturaleza del sistema arbitral» (FJ 5º).

En segundo lugar, la Sentencia afirma que:

«[L]a norma constitucional relativa a la necesaria motivación de las sentencias y su colocación sistemática expresa la relación de vinculación del juez con la ley y con el sistema de fuentes del Derecho dimanante de la Constitución. Expresa también el derecho del justiciable y el interés legítimo de la sociedad en conocer las razones de la decisión judicial que se adopta, evitando que sea fruto de la arbitrariedad y facilitando mediante su expresión el control por parte de los órganos jurisdiccionales superiores en caso necesario» (FJ 5º).

Una reflexión así merece un excurso por lo que se dice implícitamente. En efecto, si el deber de motivación de las sentencias dimana de la vinculación del juez con las fuentes formales, del derecho de las partes y el interés social en conocer las razones y de la posibilidad de recurrir, ¿qué cabe deducir del deber de motivación de los laudos arbitrales? A mi modo de ver, dos cosas.

Por un lado, el peso que debe atribuirse al criterio *intuitu personae* de los árbitros. La obligatoriedad del laudo no es la propia de la *potestas* ejercida por los jueces, sino aquella de la *auctoritas* de los árbitros que lo dictan. Por otro lado, la relevancia que debe atribuirse a las fuentes materiales del derecho a la hora de conformar el criterio que los árbitros expresan en el laudo arbitral, que se revela en las particularidades siguientes:

- Las partes pueden elegir que su conflicto sea decidido puramente en equidad (art. 34.1º LA), esto es, apartándose del sistema de fuentes establecido (art. 1.1º Cc), lo cual le está vedado a la jurisdicción (art. 1.71º Cc).
- Los árbitros se hallan especialmente vinculados por las estipulaciones del contrato y por los usos aplicables (art. 34.3º LA), y gozan —en defecto de elección de las partes— de la facultad de aplicar al fondo de la controversia las normas jurídicas que estimen apropiadas (art. 34.2º *in fine* LA); y (iii)
- Cuando el arbitraje es internacional, la *lex arbitri* (y no las reglas españolas de conflicto) es la que determina la validez del convenio arbitral (art. 9.6º LA), y las partes tienen la posibilidad de pactar que la controversia sea resuelta aplicando reglas comunes del comercio internacional (art. 34.2º LA) como pueden ser los Principios UNIDROIT o el Marco Común de Referencia (DCFR).

En tercer lugar, la Sentencia precisa el alcance del deber legal de motivación del laudo. *«[N]o significa que el árbitro deba decidir sobre todos los argumentos presentados por las partes, como tampoco que deba indicar las pruebas en las que se ha basado para tomar su decisión sobre los hechos, o motivar su preferencia por una norma u otra. [...] Para determinar si se ha cumplido con el deber de motivación, basta con comprobar, simplemente, que el laudo contiene razones, aunque sean consideradas incorrectas por el juez que debe resolver su impugnación» (FJ 5º).*

En cuarto lugar, la Sentencia teoriza acerca de la configuración convencional de la motivación de los laudos, en lo que sin duda será el apartado sujeto a mayores cavilaciones. Dice así el Tribunal

Constitucional:

«...[E]l 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.

[S]alvo 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. 37.4 LA, pues las partes tienen derecho a conocer las razones de la decisión» (FJ 5º).

Dispone el art. 37.4º LA que *«[e]l laudo deberá ser siempre motivado, a menos que se trate de un laudo pronunciado en los términos convenidos por las partes conforme al artículo anterior»*. El art. 36, rubricado *«Laudo por acuerdo de las partes»*, se refiere al caso de acuerdo transaccional total o parcial de las partes que, si éstas lo solicitan y los árbitros no aprecian motivo para oponerse, se hace constar en forma de laudo y en los mismos términos que las partes hubiesen convenido.

Ciertamente la ley española de arbitraje es de las pocas, junto con las de Andorra, Hungría y Noruega (6), que sólo contempla la posibilidad de dictar válidamente un laudo no motivado en caso de acuerdo transaccional, dejando fuera la otra posibilidad más habitual, que es la propia decisión de las partes de que su laudo carezca de motivación. Esto último es lo que propugna la Ley Modelo CNUDMI de la en su art. 31.2º.

Desde ese punto de vista, sorprende que el Tribunal Constitucional sostenga que las partes pueden pactar si el laudo debe estar motivado. Puede comprenderse, bajo el paradigma del art. 10 CE, que la Sentencia maximice la libertad de las partes a la hora de configurar su arbitraje, de modo que se quiera explicitar que las mismas pueden determinar cómo debe motivarse el laudo al igual que pueden pactar el resto de las características del procedimiento arbitral. Y esa posibilidad existe tanto de manera directa como delegada, defiriéndose las características de la motivación del laudo al reglamento de una institución arbitral (art. 4.b LA). Ahora bien, bajo el ordenamiento español, los dos únicos casos de laudo inmotivado válido son el ya mencionado de transacción convertida en laudo y el contemplado en el art. VIII del Convenio Europeo de Ginebra de 1961. Se trata de laudos dictados en arbitrajes comerciales internacionales entre partes que estipulen expresamente que no se motive, y que en el momento de celebrar el convenio arbitral tuviesen su residencia habitual en Estados contratantes diferentes.

Finalmente, se declara de manera categórica que

«la motivación de los laudos arbitrales carece de incidencia en el orden público» y 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», debiendo «controlar únicamente la razonabilidad del discurso que une la actividad probatoria y el relato fáctico que de ella resulta». La Sentencia añade sobre esta cuestión que «la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid no es una tercera instancia y solo debe controlar que se han cumplido las garantías del procedimiento arbitral y el respeto a los derechos y principios de defensa, igualdad, bilateralidad, contradicción y prueba; así como 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» (FJ 5º).

Y se afirma a este respecto que «[d]e ese modo, las posibilidades de control judicial sobre la motivación del laudo son en cierto modo similares a las que el tribunal [constitucional] reconoce cuando revisa en amparo las decisiones judiciales» (FJ 5º). Con ello se quiere significar que ni el TC en amparo ni el TSJ en anulación son una tercera instancia que pueda entrar a conocer del fondo del asunto. Continuando con el símil, podría predicarse lo mismo respecto del TS cuando conoce del recurso de casación; no en vano, el ponente fue presidente de su Sala Primera.

* * *

En aplicación de la doctrina anteriormente expuesta, el Tribunal Constitucional estima el recurso de amparo al entender que el TSJ de Madrid ha vulnerado el derecho del Banco Santander a la tutela judicial efectiva, desde la perspectiva del deber constitucional de motivación. Y anula la Sentencia del TSJ de Madrid de 1 de octubre de 2019 porque ensancha la noción de orden público del art. 41.1 f) LA entrando «en el fondo del debate de la cuestión controvertida, en vez de limitar su actuación de fiscalización a comprobar los posibles errores in procedendo o a la ausencia de motivación» (FJ 6º).

Así, a modo de retruécano cargado de ironía, es el TSJ de Madrid quien, pretendiendo proteger el derecho a la tutela judicial efectiva de la parte que sostenía la acción de anulación, acaba vulnerando el art. 24.1º CE por «imponer a los árbitros una valoración distinta acerca de la obligación indemnizatoria en materia de incumplimiento contractual», desconociendo «el poder de enjuiciamiento de los árbitros y la autonomía de la voluntad de las partes» (FJ 6º).

III. LA NUEVA SENTENCIA DEL TSJ MADRID Y SU VOTO PARTICULAR

Roma locuta, causa finita. De vuelta el asunto a manos del TSJ de Madrid, la Sentencia 16/2021, de 21 de abril (7), ha desestimado la acción de anulación promovida por Casa Depot frente al laudo arbitral de 4 de diciembre de 2018. Sin embargo, uno de los magistrados integrantes de la Sala, D. Jesús María Santos Vijande, ha formulado un voto particular discrepante en donde concluye que debió haberse estimado de nuevo la demanda de anulación parcial del laudo «...en lo tocante solo a la desestimación de la acción indemnizatoria...».

Dicho voto particular incurre en la falacia formal de petición de principio, dando por sentado a modo de premisa precisamente aquello que se quiere concluir. Incluso una vez dictada la STC 65/2021, el magistrado Santos Vijande sigue insistiendo en que el canon de motivación de los laudos arbitrales

es el dimanante del art. 24 CE, y que el mismo forma parte de la noción de orden público cuya infracción da lugar a la anulación del laudo.

Omite tozudamente lo que la STC 65/2021 ha puesto de manifiesto con toda crudeza, por ejemplo, en el siguiente pasaje:

«En consecuencia, la facultad excepcional de control del procedimiento arbitral y de anulación del laudo deriva de la misma configuración legal del arbitraje como forma de heterocomposición de conflictos y no del art. 24 CE, del derecho a la tutela judicial efectiva, "cuyas exigencias sólo rigen, en lo que atañe para el proceso —actuaciones jurisdiccionales— en el que se pretende la anulación del laudo y para el órgano judicial que lo resuelve" (STC 9/2005, de 17 de enero, FJ 5). El Tribunal reitera, pues, que el control que pueden desplegar los jueces y tribunales que conocen de una pretensión anulatoria del laudo es muy limitado, y que no están legitimados para entrar en la cuestión de fondo ni para valorar la prueba practicada, los razonamientos jurídicos y las conclusiones alcanzadas por el árbitro».

Asimismo, el voto particular trae a colación una cuestión que la Sentencia de 1 de octubre de 2019 no planteó. Que el laudo debería ser anulado porque

«... conculca de manera patente los principios de primacía y eficacia directa del Derecho de la Unión, en relación con las Directivas MiFID y con las consecuencias contractuales que de ellas se derivan », estando «en juego una materia que claramente integra el orden público económico de la Unión Europea cuando tutela el principio de buena fe y los derechos irrenunciables de los inversores no profesionales ante las entidades financieras». De ese modo, el magistrado discrepante vulnera de facto el efecto de cosa juzgada de la Sentencia por él mismo dictada en su día.

La inmunidad de los laudos frente a perspectivas de anulabilidad excesivamente «localistas» en un mundo globalizado ha sido restablecida por el Tribunal Constitucional español

Igualmente, el voto particular sigue soslayando el hecho de que el laudo fue dictado en equidad, de tal forma que no tiene sentido hacer hincapié —por ejemplo— en el plazo general de prescripción de las obligaciones civiles (15 años en aquel entonces) para refutar la calificación de retraso desleal de Casa Depot en la vindicación del incumplimiento del contrato y el daño causado.

Como en la célebre estampa de Goya, el *sostenella y no enmendalla* que demuestra el magistrado Vijande no deja de asemejarse a un mal sueño de la razón. Una contumacia en la imposición a toda costa del art. 24 CE al arbitraje propia de una «democracia militante» rechazada por la misma jurisprudencia constitucional (*vid.* SSTC 13/2001, 48/2003, 235/2007 o 12/2008). Bajo esa misma égida, quedaría impedido —por ejemplo— el despliegue generalizado de los medios adecuados de

solución de controversias (MASC) que prevé el Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal del Servicio Público de Justicia.

IV. CONCLUSIÓN: Y EL CÍRCULO SE CERRÓ

Ya en su periplo por la Sala Primera del TS, el magistrado Xiol Ríos llevó a cabo una encomiable labor de clarificación de ciertos aspectos del arbitraje. Así, el rol de los tribunales jurisdiccionales en las labores de apoyo y control del arbitraje (ATS Civ 1ª 21 febrero 2006 (8)), la responsabilidad civil de los árbitros (STS Civ 1ª 22 junio 2009 (9)) o los efectos de cosa juzgada del laudo arbitral (STS Civ 1ª 23 junio 2010 (10)).

Con la STC 65/2021 puede decirse que el círculo se ha cerrado. Junto con las recientes decisiones que la preceden —las SSTC 46/2020, 17/2021 y 55/2021—, una sólida doctrina constitucional sobre el arbitraje comercial administrado en España ha quedado conformada de cara al futuro. No obstante, y a modo de círculos concéntricos, también han quedado cerradas las órbitas delineadas por otras dos resoluciones, la STC 1/2018 y la STC 43/1988.

En efecto, la STC 65/2021 supone el triunfo de aquel célebre voto particular que el mismo magistrado formulara a la STC (Pleno) 1/2018 de 11 de enero (11) , que comenzaba así:

«El arbitraje es un medio alternativo de resolución de controversias, pero no un equivalente jurisdiccional. Estoy en desacuerdo con la naturaleza que la sentencia de la que disiento atribuye a la institución del arbitraje. Parece considerar que es simplemente un sucedáneo del ejercicio de la función jurisdiccional, "un equivalente jurisdiccional", como así lo denomina, cuando, a mi juicio, como medio alternativo de resolución de controversias constituye una institución con contenido propio.

Es cierto que inicialmente la doctrina constitucional explicó su naturaleza como "equivalente jurisdiccional" (SSTC 43/1988, 233/1988, 288/1993, 176/1996), pero posteriormente tan desafortunada expresión se ha ido matizando gracias a una jurisprudencia constitucional que ha ido evolucionando hacia una doctrina mixta, en la que, como elemento esencial, se subraya la naturaleza contractual del arbitraje en sus orígenes; y, como lógica consecuencia, se admite el carácter jurisdiccional en sus efectos. El fundamento del arbitraje radica, pues, en la voluntad de las partes, si bien para su efectividad requiere de la asistencia judicial, dado que no tendría sentido un mecanismo de resolución de conflictos cuyas decisiones no tuvieran carácter ejecutivo o carecieran del valor de cosa juzgada y no pudieran invocarse con tal carácter ante los poderes públicos y ante los tribunales.

Sostengo, por consiguiente, que en nuestra Constitución el arbitraje no tiene su asiento en el art. 24, que consagra el derecho a la tutela judicial efectiva, sino en el art. 10 CE que proclama la dignidad y la autonomía de la persona, en relación con otros preceptos en los que se desarrolla este principio (por ejemplo, los arts. 33 y 38 CE). Esta es, por otro lado, la doctrina sentada en la última jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre la materia, que haríamos bien en no abandonar. Como ejemplo puede citarse la STC 9/2005, de 17 de enero. En ella se declara que el

arbitraje es un medio heterónomo de arreglo de controversias que se fundamenta en la autonomía de la voluntad de los sujetos privados, lo que constitucionalmente lo vincula con la libertad como valor superior del ordenamiento. Este modo de comprender la naturaleza jurídica del arbitraje permite configurar adecuadamente como características esenciales de esta institución la neutralidad, la prevalencia de la autonomía privada y el establecimiento de una intervención judicial limitada y reglada, fundada, a su vez, en el principio de Kompetenz-Kompetenz y en la presunción en favor de la correcta actuación del órgano arbitral en cuanto a los límites y ejercicio de sus facultades decisorias».

Treinta años antes regía en España la Ley de 22 de diciembre de 1953 por la que se regulan los arbitrajes de Derecho Privado, y la competencia para anular laudos residía en el Tribunal Supremo. Pero los conceptos esenciales ya estaban claros, como pone de relieve la STC 43/1988 de 16 de marzo (12) , FJ 5º (énfasis añadido):

«Pero la posibilidad del recurso no transfiere al Tribunal revisor (Tribunal Supremo), ni le atribuye, la jurisdicción de equidad, no sólo la originaria, exclusiva de los árbitros, ni siquiera la revisora del juicio de equidad en sí mismo. No es juez del juicio de equidad, porque iría contra la misma esencia de ese juicio: personal, subjetivo, de pleno arbitrio, sin más fundamento que el leal "saber y entender" del árbitro. La revisión que opera el recurso de nulidad es, como ya dijo la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de octubre de 1986, un juicio externo. El Tribunal Supremo es sólo juez de la forma del juicio o de sus mínimas garantías formales (art. 1.733 LEC, citado); no se pronuncia sobre el fondo. Deniega el recurso o bien, como en el recurso por quebrantamiento de forma, se limita a anular la Sentencia que infrinja los supuestos legales de su conformación y plasmación, pero no su decisión sustancial, dejando sin efecto el laudo (art. 1.735 LEC) o bien haciéndolo sólo en parte (1.736), y con remisión a los interesados al procedimiento adecuado. No es, pues, la del Tribunal Supremo, una Sentencia rescisoria, sino rescindente, total o parcial. Así lo ha entendido siempre ese Tribunal y esa ha sido su jurisprudencia constante, que la recurrente cita con profusión. El Tribunal Supremo se limita a resolver y a dejar sin efecto lo que constituya exceso en el laudo, pero sin corregir sus deficiencias u omisiones y sin posibilidad de discutir el mayor o menor fundamento de lo resuelto (por todas, Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de junio de 1987)».

Por último, y a pesar de que la propia STC 65/2021 ni ninguna de las tres anteriores dicen nada explícito al respecto, la doctrina constitucional recientemente conformada no deja de acomodarse a la idea de un «orden jurídico arbitral» postulada —entre otros— por Emmanuel Gaillard (13) . Dicho orden jurídico, no independiente pero sí autónomo respecto de los ordenamientos y los poderes públicos de los Estados, respondería ante todo a las necesidades de los actores del comercio internacional y a la convergencia transnacional en torno a la disputada noción de orden público, que adquiere su verdadero cariz como «orden público internacional». El terreno de juego instituido por el binomio Convenio de Nueva York de 1953 — Ley Modelo CNUDMI (14) habría propiciado esta realidad, de la cual la posibilidad de reconocer y ejecutar en un Estado laudos arbitrales anulados en otro Estado (el de la sede del arbitraje) sería la epifanía más tangible, pero no la única. No es este el lugar para explayarse al respecto, pero la inmunidad de los laudos frente a perspectivas de

anulabilidad excesivamente «localistas» en un mundo globalizado (como podría serlo la que el TC ha enmendado al TSJ de Madrid) devendría otra de tales manifestaciones.

-
- (1) ECLI:ES:TC:2021:55. [Ver Texto](#)
- (2) ECLI:ES:TC:2021:65. [Ver Texto](#)
- (3) Roj: STSJ M 9201/2019 — ECLI:ES:TSJM:2019:9201. [Ver Texto](#)
- (4) ECLI:ES:TC:2020:46. [Ver Texto](#)
- (5) ECLI:ES:TC:2021:17. [Ver Texto](#)
- (6) S. Sánchez Lorenzo, «Motivación del laudo arbitral», en *El Laudo arbitral*, coord. F. Ruiz Risueño y J.C. Fernández Rozas, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021, pág. 316. [Ver Texto](#)
- (7) Roj: STSJ M 4401/2021 — ECLI:ES:TSJM:2021:4401. [Ver Texto](#)
- (8) Roj: ATS 403/2006 — ECLI: ES:TS:2006:403A y Roj: ATS 4493/2006 — ECLI: ES:TS:2006:4493A. [Ver Texto](#)
- (9) Roj: STS 5722/2009 — ECLI: ES:TS:2009:5722. [Ver Texto](#)
- (10) Roj: STS 4527/2010 — ECLI: ES:TS:2010:4527. [Ver Texto](#)
- (11) ECLI:ES:TC:2018:1. [Ver Texto](#)

[Ver Texto](#)

(12) BOE 12.4.1988.

[Ver Texto](#)

(13) E. Gaillard, *El orden jurídico arbitral*, Bogotá, Ibañez, 2015.

[Ver Texto](#)

(14) M. Virgós, «Arbitraje comercial internacional y Convenio de Nueva York de 1958», *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, Homenaje al profesor D. Rodrigo Uría González en el centenario de su nacimiento / número extraordinario-2006, pp. 21-36.

[Ver Texto](#)

La protección de las garantías procesales en el arbitraje voluntario

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 20 de mayo de 2021, caso 5312/11 Beg Spa contra Italia

The protection of due process in voluntary arbitration

La sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso *Beg S.P.A. vs. Italia* allana el camino para la aplicación de algunas de las garantías procesales del Convenio Europeo de Derechos Humanos al arbitraje voluntario. Esta posibilidad dependerá del reconocimiento de garantías equivalentes en la legislación arbitral de cada Estado, así como de la actuación diligente de la parte para evitar la renuncia expresa o tácita de sus derechos. Desgraciadamente existe un riesgo de abuso pero algún caso excepcional puede justificar el largo y sinuoso camino hacia Estrasburgo.

Arbitraje, Garantías procesales, Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

The judgment of the European Court of Human Rights in the *Beg S.P.A. v. Italy* case paves the way for the application to voluntary arbitration of some of the *due process* guarantees of the European Convention on Human Rights. This opportunity will depend on the recognition of equivalent guarantees by the arbitration laws of each State, as well as on the diligent conduct of the party to avoid an express or tacit waiver of rights. Unfortunately, there is a risk of abuse but in certain exceptional cases the long and winding road to Strasbourg may be justified.

Arbitration, Procedural safeguards, Jurisprudence of the European Court of Human Rights



Josep Maria Julià

Delegaltessen

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (el «Tribunal») por primera vez ha declarado la existencia de una violación del art. 6.1º del Convenio Europeo de Derechos Humanos (el «Convenio») por una infracción de garantías procesales ocurrida durante un arbitraje voluntario. Su reciente sentencia en el caso *Beg S.P.A. vs. Italia* (1) es la culminación de una jurisprudencia que corrobora la relevancia de los derechos humanos en el arbitraje voluntario y permite elucubrar sobre su repercusión en la revisión de los laudos arbitrales.

I. ANTECEDENTES DEL CASO

El caso deriva de un arbitraje ante la Cámara Arbitral de la Cámara de Comercio de Roma (la «Cámara») entre Beg y Enelpower sobre la ejecución de un contrato de cooperación para la construcción de una central hidroeléctrica en Albania. El árbitro nombrado por Enelpower había sido vicepresidente y consejero de Enel, la matriz de Enelpower, cuando se iniciaron las negociaciones del contrato y continuaba siendo asesor legal de Enel en el momento de su nombramiento. A pesar de ello, el árbitro aceptó su nombramiento sin hacer ninguna revelación ni declaración sobre la ausencia de conflictos de intereses. Una vez celebradas las deliberaciones del tribunal arbitral, Beg recusó al árbitro nombrado por Enelpower el mismo día en que este y el presidente del tribunal arbitral firmaban y depositaban un laudo acordado por mayoría. Beg alegó que hasta la fecha no tuvo conocimiento de los conflictos que justificaban la recusación.

La Cámara rechazó la recusación porque consideró que era posterior a la emisión del laudo final. Los intentos de Beg de recusar al árbitro ante la jurisdicción de primera instancia también fracasaron por la existencia de un laudo final con fecha de las deliberaciones o de su posterior firma. La Corte de Apelación de Roma desestimó la anulación porque entendió que el laudo había sido acordado el día de su deliberación. La anulación fue finalmente rechazada por la Corte de Casación italiana porque, a pesar de reconocer que Beg había presentado la recusación dentro de plazo antes de la terminación del procedimiento arbitral, no se había acreditado el alineamiento de intereses entre el árbitro y una parte. Sin embargo, en contra de lo decidido por los diversos órganos de la jurisdicción italiana, el Tribunal declaró que se había producido una violación del artículo del art. 6.1º del Convenio por la falta de apariencia de independencia e imparcialidad del árbitro.

II. UNA CUESTIÓN DE ESTADO

Aunque la sentencia revisa las actuaciones en un arbitraje privado, no supone una aplicación horizontal del Convenio entre partes privadas. La autora de la infracción no es la Cámara ni la parte que nombró al árbitro, sino Italia, un Estado, al que se le recrimina que sus tribunales no ejerciesen los poderes que les concedía el Código de Procedimiento Civil italiano para anular un laudo que no respetaba el derecho reconocido por la ley italiana a un adjudicador imparcial en un arbitraje voluntario. A diferencia de otros casos en que el Tribunal revisó los derechos de las partes en las fases de anulación o ejecución del laudo arbitral —como los casos *Stran, Regent Company* o *Tabbane* (2)—, la sentencia *Beg* se ocupa de los derechos que conservan las partes durante el procedimiento arbitral.

III. LA RENUNCIA PARCIAL A LA TUTELA PROCESAL

Cuando la Comisión Europea de Derechos Humanos (la «Comisión») confirmó en 1962, en el caso *X vs. Alemania*, que la sumisión voluntaria de las controversias a arbitraje era una renuncia válida al derecho de acceso a la justicia garantizado por el art. VI.1º del Convenio (3), ya entonces catalogó dicha renuncia como parcial. En el caso *Suovaniemi* la Comisión apreció que en las circunstancias del

caso se había renunciado al derecho específico a un juez imparcial (4), pero dejó claro que convenir un arbitraje no equivalía a una renuncia de todos los derechos reconocidos por el art. 6.1º del Convenio. Aunque el Tribunal llegó a la misma conclusión en el caso *Mutu y Pechstein* (5), por primera vez examinó si se había infringido el derecho a un tribunal imparcial pero finalmente desestimó dicha pretensión. El reciente caso *Beg* corona esta línea jurisprudencial al analizar la existencia de una renuncia específica, libre, legal e inequívoca al derecho a un adjudicador imparcial. Como en el caso *Mutu*, el Tribunal estimó que no se había producido dicha renuncia porque las reglas de arbitraje y el derecho aplicable italiano reconocían a *Beg* el derecho a un tribunal imparcial y *Beg* había presentado a tiempo las necesarias recusaciones y recursos para reivindicar sus derechos. Así, por primera vez, la validez de una recusación por falta de independencia e imparcialidad fue corroborada por el Tribunal en contra de lo resuelto anteriormente por la Cámara y los tribunales italianos.

Una de las consecuencias más significativas de la sentencia *Beg* es que pueden presentarse reclamaciones de derechos humanos por violación de garantías procesales no sólo en los casos de arbitraje obligatorio o de litigación relacionada con el arbitraje, sino también en casos de arbitraje voluntario si la jurisdicción no ha remediado ulteriormente dichas violaciones. La independencia e imparcialidad del adjudicador no es la única área susceptible de protección por el Convenio, que claramente podría extender la protección de su art. 6.1º a otras garantías procesales como el derecho a la igualdad, la audiencia y la contradicción. Si bien el reconocimiento de dichos derechos depende de la normativa nacional, los arts. 18 y 34.2º.a de la Ley Modelo de Arbitraje Comercial Internacional de la CNUDMI (6) y el art. V.1º del Convenio de Nueva York ilustran el reconocimiento internacional generalizado de dichos derechos en el arbitraje. En cualquier caso, el Tribunal también ha confirmado que la sumisión a arbitraje no es tampoco una renuncia a otros derechos humanos distintos del derecho a un procedimiento equitativo. Así, en el caso *Platini* (7), aunque el señor *Platini* había renunciado a sus derechos a un procedimiento equitativo, dicha renuncia no impidió al Tribunal examinar otras supuestas violaciones de la prohibición de pena sin ley o el derecho al respeto de la vida privada y familiar reconocidos respectivamente por los arts. 7 y 8 del Convenio.

Una conclusión esencial que podemos extraer del caso *Beg* es que la aplicación de las garantías procesales del CEDH al arbitraje voluntario no es una aplicación directa y automática como en el caso de arbitraje forzoso o litigación relacionada con el arbitraje

Un requisito fundamental para que la víctima de una violación de sus garantías procesales en arbitraje voluntario pueda acudir al amparo del Tribunal es que se haya opuesto puntual y diligentemente a dicha violación. El art. 35.1º del Convenio exige que el recurrente haya agotado previamente todas las vías de recurso internas. Asimismo, como ilustra el artículo 4 de la Ley Modelo de CNUDMI (8), si una parte continúa la tramitación de un arbitraje sin denunciar tan pronto sea posible, o en el plazo aplicable, la inobservancia de sus garantías procesales, se presume que ha

renunciado a sus facultades de impugnación por dicho motivo. Por ejemplo, a diferencia del caso *Beg* en que la Corte de Casación italiana declaró que la recusación del árbitro se había presentado puntualmente antes del final del arbitraje, la Comisión desestimó la reclamación en el caso *Suovaniemi* porque el recurrente, con conocimiento pleno de los hechos y asesoría legal, había retirado una recusación previa sobre la misma base. En el caso *Platini*, el Tribunal tampoco admitió la reclamación de violación del art. 6.1º del Convenio porque, a pesar de haberse alegado dicha violación ante el Tribunal Arbitral del Deporte de Lausana, no se había reiterado dicha alegación en el procedimiento ante el Tribunal Federal suizo.

IV. EL TAMIZ DE LA REGULACIÓN ESTATAL

Otra conclusión esencial que podemos extraer del caso *Beg* es que la aplicación de las garantías procesales del Convenio al arbitraje voluntario no es una aplicación directa y automática como en el caso de arbitraje forzoso o litigación relacionada con el arbitraje. El Convenio únicamente protege dichas garantías en el arbitraje voluntario en la medida que la legislación nacional reconozca tales garantías. Los Estados gozan de cierta discreción a la hora de legislar, pudiendo aquilatar o restringir dichas garantías con fines legítimos y medios razonablemente proporcionales a dichos fines. Como botón de muestra, la Comisión rechazó un recurso fundamentado en la recusación de un árbitro por aparente parcialidad en el caso *Nordström* porque consideró legítima y proporcional la opción de la ley de arbitraje holandesa por el criterio de parcialidad efectiva en lugar de la parcialidad aparente para la anulación de laudos.

En el caso *Beg*, el Tribunal también examinó previamente la regulación de la recusación de árbitros en el Código de Procedimiento Civil italiano para determinar el alcance estricto del requisito de independencia e imparcialidad. La importancia de dicha regulación nacional es patente ya que el propio Tribunal señaló expresamente que la reforma legal italiana de 2006, que reforzaba los requisitos de independencia e imparcialidad, hubiera eliminado las incertidumbres del caso, admitiendo así que la regulación nacional delimita el objeto de la protección procesal en el arbitraje voluntario. La cuestión de si el Estado puede llegar incluso a eliminar toda garantía procesal en el arbitraje voluntario permanece abierta pero, en mi opinión, las reflexiones del Tribunal en el caso *Tabbane* sobre la relevancia de la protección residual de un nivel mínimo de garantías por el Convenio de Nueva York permiten anticipar que una regulación por debajo de dicho nivel podría ser juzgada como una medida irrazonable o desproporcionada. En todo caso, la reciente jurisprudencia del Tribunal Constitucional español parece acomodar la tesis del Tribunal en *Beg* (9). Respecto a la motivación del laudo en un arbitraje español, el Tribunal Constitucional no examinó dicha obligación bajo el prisma del derecho fundamental recogido en el art. 24.1º CE sino sobre la base de la mera regulación legal establecida en el art. 37.4º LA, admitiendo que las exigencias de dicha regulación podían diferir de las más severas impuestas por la Constitución al poder judicial.

El filtrado de las garantías procesales por la regulación nacional también supone que la protección pueda ser distinta dependiendo de la sede del arbitraje en función de las peculiaridades legislativas de cada Estado. Dichas eventuales diferencias pueden ser relevantes en diversos aspectos del procedimiento arbitral: los criterios específicos de independencia e imparcialidad —como confirman

los casos *Nordström* y *Beg*—, el requerimiento de motivación de los laudos, la obligación de celebrar audiencias físicas, la validez de los laudos y la supervivencia de los convenios arbitrales en caso de expiración del plazo para emisión de los laudos, las intervenciones de oficio por jueces o fiscales. A este respecto, el caso *Lispuchová* (10), en el que el Tribunal recriminó a Eslovaquia que su Fiscal General y Tribunal Supremo permitieran la reapertura de oficio de un procedimiento por motivos que hubieran podido ser alegados por la parte en el procedimiento, impide descartar la posibilidad de que en algún momento una parte reclame la violación del trato igual garantizado por el art. 24.1º LA y el art. 6.1º del Convenio en el caso de que un Tribunal Superior de Justicia alegue de oficio una quiebra del orden público procesal respecto a violaciones que la contraparte habría podido alegar ella misma durante el procedimiento arbitral o en el procedimiento de anulación o ejecución. En ese mismo sentido, dos de las más recientes sentencias del Tribunal Constitucional sobre el arbitraje recuerdan que el principio dispositivo y de justicia rogada impone a las partes una carga procesal y la lógica diligencia en la defensa de sus derechos (11), en cuyo caso el Tribunal Superior de Justicia no debería asumir la iniciativa de defensa de una de las partes salvo que lo imponga una protección especial de orden público (12).

V. PRECISIONES SOBRE LA INDEPENDENCIA E IMPARCIALIDAD

El examen de la recusación de un árbitro en el caso *Beg* dio pie a que el Tribunal se pronunciara sobre el requisito de un árbitro independiente e imparcial. Ya hemos analizado que, a efectos del Convenio, la aplicación de dicho requisito pasa por determinar previamente el alcance de la regulación del mismo en la regulación estatal aplicable. Sin embargo, cuando dicha regulación no es suficientemente específica, como era el caso de la legislación italiana anterior a la reforma de 2006, el Tribunal hace referencia a la asistencia que proporcionan los estándares fijados por las principales instituciones —la Cámara de Comercio Internacional, la CNUDMI, la Cámara de Comercio de Estocolmo, el CIADI—, en particular las directrices de la IBA sobre conflictos de intereses en el arbitraje internacional. En el caso *Beg*, la conducta recriminada era una de las incluidas en la lista roja y que sólo podría haberse excusado de haber sido revelada y aceptada por la parte. Aún así, el Tribunal efectuó su propio análisis y, al así hacerlo, nos proporcionó unas valiosas pautas.

El Tribunal recordó los factores para determinar la independencia, la distinción entre imparcialidad subjetiva (presumida salvo prueba en contrario) e objetiva (*test* funcional sobre los vínculos profesionales, financieros o personales del árbitro que pueden suscitar dudas objetivamente justificadas sobre su imparcialidad), así como su preferencia por un examen conjunto de la independencia e imparcialidad. Respecto al llamado «deber de curiosidad» de las partes, el Tribunal entendió que la presunción del conocimiento de circunstancias notorias para la recusación requiere aportar prueba que acredite que la parte pudo efectivamente conocer dichas circunstancias para deducir, en su caso, que su inacción era una renuncia inequívoca a su derecho a la imparcialidad del árbitro. Respecto a esta cuestión, el Tribunal parece coincidir con el Tribunal Federal Suizo en el caso *Sun Yang* y con la Corte de Apelación de París en el caso *Dommo Energía* (13), en los que, a pesar de reconocer un deber de revelación del árbitro matizado por hechos notorios fácilmente accesibles en Internet, dichos tribunales entendieron que la parte no tenía un deber investigación profundo de Internet y de las redes sociales con diversas consultas sucesivas, de amplio alcance y con una

verificación continuada en el tiempo de toda información.

VI. ¿RIESGO U OPORTUNIDAD?

El riesgo más evidente del precedente del caso *Beg* es que se produzca una avalancha de recursos al Tribunal sobre recusaciones de árbitros o violación de garantías procesales en arbitrajes voluntarios. Si así fuera, el objetivo esencial de finalidad del arbitraje se vería seriamente amenazado. De todas formas, debemos confiar en que la aplicación estricta e inexorable por el Tribunal del principio de agotamiento de los recursos internos, así como los filtros rigurosos tradicionalmente asegurados por las instituciones arbitrales y las jurisdicciones nacionales, desalentarán los recursos frívolos sin fundamento. Aun así, algunos casos excepcionales pueden justificar gastar una última bala ante el Tribunal, bien para evitar algunos criterios de imparcialidad excéntricos de alguna jurisdicción nacional, bien para asegurar la prevalencia del Convenio y del derecho internacional sobre el derecho de la Unión Europea.

.....

- (1) Sentencia del Tribunal de 20 de mayo de 2021 (ECLI:CE:ECHR:2021:0520JUD000531211).
[Ver Texto](#)
- (2) Sentencias del Tribunal de 9 de diciembre de 1994 (ECLI:CE:ECHR:1994:1209JUD001342787) y de 3 de abril de 2008 (ECLI:CE:ECHR:2008:0403JUD000077303) y decisión del Tribunal de 1 de marzo de 2016 (ECLI:CE:ECHR:2016:0301DEC004106912).
[Ver Texto](#)
- (3) Decisión de la Comisión de 5 de marzo de 1962 (ECLI:CE:ECHR:1962:0305DEC000119761).
[Ver Texto](#)
- (4) Decisión de la Comisión de 23 de febrero de 1999 (ECLI:CE:ECHR:1999:0223DEC003173796).
[Ver Texto](#)
- (5) Sentencia del Tribunal de 2 de octubre de 2018 (ECLI:CE:ECHR:2018:1002JUD004057510).
[Ver Texto](#)
- (6) Equivalentes a los arts. 24.1º y 41.1º LA.
[Ver Texto](#)
- (7) Decisión del Tribunal de 11 de febrero de 2020 (ECLI:CE:ECHR:2020:0211DEC000052618).
[Ver Texto](#)

(8) Equivalente al art. 6 LA.

[Ver Texto](#)

(9) En particular STC n.º 17/2001, de 15 de febrero (ECLI:ES:TC:2021:17).

[Ver Texto](#)

(10) Sentencia del Tribunal de 15 de octubre de 2019 (ECLI:CE:ECHR:2019:1015JUD002199814).

[Ver Texto](#)

(11) Sentencias del Tribunal Constitucional n.º 46 de 15 de junio de 2020 (ECLI:ES:TC:2020:46) y n.º 55 de 15 de marzo de 2021 (ECLI:ES:TC:2021:55).

[Ver Texto](#)

(12) Por ejemplo, la protección específica frente al arbitraje que exige la normativa de protección de consumidores (Directiva 1993/13 CEE, de 5 de abril, y Ley de Consumidores y Usuarios española), que requieren la intervención de oficio para proteger al consumidor según establecen las sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 26 de octubre de 2006 en el caso *Mostaza Claro* (ECLI:EU:C:2006:675) y de 6 de octubre de 2009 en el asunto *Asturcom* (ECLI:EU:C:2009:615).

[Ver Texto](#)

(13) Sentencia del Tribunal Federal suizo de 22 de diciembre de 2020 en el caso *Sun Yang* (4A_318/2020) y sentencia de la Sala Internacional de la Corte de Apelación de París n.º 19/07575 de 25 de febrero de 2020 en el caso *Dommo Energía*.

[Ver Texto](#)

CRONOLOGÍA DE DECISIONES

Selección de las resoluciones destacadas dictadas recientemente por los Tribunales españoles

PARA QUE UN PACTO DE SOMETIMIENTO A MEDIACIÓN FAMILIAR PRODUZCA LA FALTA DE JURISDICCIÓN ES MENESTER QUE EL JUZGADO DEBIÓ ADVERTIR A LA PARTE QUE VENÍA OBLIGADA A ACREDITAR EL INTENTO PREVIO DE MEDIACIÓN, CON O SIN RESULTADO (AAP BARCELONA 18ª 13 OCTUBRE 2020)

Mediación — Mediación familiar — Pacto de sometimiento a mediación familiar — Efectos sobre la jurisdicción de los tribunales — Inadmisión.

El Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Decimoctava, de 13 de octubre de 2020, estima un recurso contra una decisión de instancia que declaró su falta de jurisdicción por existir un pacto de sometimiento a mediación familiar. De acuerdo con la Audiencia:

«(...) El auto de instancia declara la falta de jurisdicción del Juzgado para conocer de la Ejecución inicialmente despachada y acuerda el archivo al haberse alegado por la parte ejecutada en su escrito de oposición la inadecuación de procedimiento y el sometimiento de las partes a la Mediación, pacto recogido en el Apartado Tercero, letra i) : "En el supuesto de que la aplicación del plan de parentalidad provoque diferencias entre los progenitores o sea necesario modificar el contenido para adaptarlo a nuevas necesidades de las menores o circunstancias de los progenitores, las partes acuerdan recurrir a la mediación familiar a fin de solventarlas". En base a la existencia de este pacto, la falta de acreditación de haberse acudido a proceso previo de mediación familiar y la aplicación del art. 6 de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles constituye la base para declarar esta falta de jurisdicción. La parte ejecutante invocaba incumplimiento de algunas de las obligaciones contenidas en el título en el ejercicio de la potestad parental, y el intento previo de consecución de una solución amistosa, lo que trataría de acreditar aportando a los autos correos electrónicos. El recurso se basa en la vulneración del principio de tutela judicial efectiva del art. 24.1º CE, infracción de lo dispuesto en los arts. 37, 38 y 65.2º LEC, e inadecuada aplicación de los art. 6 y 10 de la Ley 5/2012 de 6 de julio. En el Acto de la vista, ambas partes se limitaron a ratificarse en sus respectivos escritos, y se practicó prueba sobre la cuestión de fondo, se practicó interrogatorio de las partes, y testifical sobre los hechos controvertidos. En la misma vista, y en su Informe final la parte ejecutada reitera la alegación de inadecuación de procedimiento pero para aclarar que entiende que lo que se está dilucidando es una alteración de lo pactado en la sentencia que debería resolverse en un procedimiento de

Modificación de Medidas y no en un proceso de ejecución»

«(...) Hay una doctrina consolidada del Tribunal Constitucional en el sentido que es un elemento esencial del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1º CE) obtener del órgano judicial una resolución sobre el fondo de las pretensiones, derecho que también se satisface con una decisión de inadmisión que impida entrar en el fondo de la cuestión planteada cuando dicha decisión se funde en la existencia de una causa legal que resulte aplicada razonablemente. A este respecto, también se ha resaltado que el control constitucional de las decisiones de inadmisión ha de verificarse de forma especialmente intensa, dada la vigencia en estos casos del principio pro actione, que es de obligada observancia por los Jueces y Tribunales y que impide que determinadas interpretaciones y aplicaciones de los requisitos establecidos legalmente para acceder al proceso obstaculicen injustificadamente el derecho a que un órgano judicial conozca o resuelva en Derecho sobre la pretensión a él sometida. La resolución aprecia que las partes pactaron acudir a la Mediación en caso de conflicto. Si se entiende que así debió hacerse, conforme lo dispuesto en la Ley 5/2012, de 6 de julio, es decir, de entender que este era un requisito de procedibilidad el juzgado debió advertir a la parte que venía obligada a acreditar el intento previo de Mediación, con o sin resultado. Es la propia LEC la que a través de lo que dispone en su art. 231 arbitra la posibilidad de que el Tribunal y el secretario judicial cuiden que puedan ser subsanados los defectos en que incurran los actos procesales de las partes. Al continuar adelante con el procedimiento, señalar vista, no resolver las cuestiones procesales previamente a la proposición y practica de prueba, y no advertir previamente a las partes de los posibles obstáculos procesales, —conforme se posibilita en el 443.LEC, la apreciación de oficio de la falta de jurisdicción derivaba en vulneración del principio de tutela judicial efectiva. Por consiguiente, procede declarar la nulidad de la resolución dictada retrotrayendo las actuaciones al momento inmediatamente anterior a su dictado para que proceda a resolver entrando en el fondo del asunto».

[Vid.. M.ª Rosa Gutiérrez Sanz, El mecanismo del incidente de oposición a la ejecución por motivos de fondo como cauce para alegar la existencia de un acuerdo de sumisión a la mediación», *supra*]

NO CONCURRE MOTIVO DE NULIDAD DE LAUDO PUES NINGÚN DATO HAY QUE PERMITA CONSIDERAR QUE LA CITACIÓN NO ERA SUFICIENTEMENTE LEGIBLE (STSJ MADRID CP 1ª 22 DICIEMBRE 2020)

Arbitraje — Acción de anulación — Indefensión — Laudo arbitral — Anulación improcedente.

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala Civil y Penal, Sección Primera, de 22 de diciembre de 2020) (Ponente: Francisco José Goyena Salgado) desestima una demanda de anulación formulada contra un laudo dictado por el árbitro único designado por el Consejo arbitral para el alquiler de la comunidad de Madrid. De acuerdo con esta sentencia.

«(...) el ejercicio de la acción de anulación se basa en la concurrencia de la causa de nulidad

prevista en el ap. b) del art. 41.1º LA, y que recoge la siguiente causa: "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". 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 a 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. Así planteada la pretensión actora y visto el escrito de alegaciones de la parte demandada, y el resultado de la prueba practicada, resulta procedente la desestimación de la demanda, por las siguientes razones: a) Cabe recordar que es carga de la prueba, que corresponde a la parte demandante —ex art. 217.2º LEC— acreditar los hechos en que funda su pretensión. b) En el caso presente, como ya hemos recogido, las razones que señala: no haber obtenido el derecho a la Asistencia Jurídica Gratuita, o haber comparecido fuera de plazo al trámite de práctica de prueba, no solo 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. c) Por lo que respecta a la primera 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 alcanzando al arbitraje. 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". d) En cuanto a la segunda alegación, tampoco puede ser tenida como justificativa de la indefensión que se alega. 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. 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 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 establecer 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 tal circunstancia. Asimismo a preguntas 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 3 septiembre 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 la

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. 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».

ANULACIÓN DE UN LAUDO ARBITRAL DICTADO POR UNA JUNTA DE TRANSPORTES POR LA CONTRADICCIÓN DEL REGLAMENTO LOTT CON EL ART. 12.1º LA SOBRE EL PRINCIPIO DE IMPARIDAD (STSJ MADRID CP 1ª 23 DICIEMBRE 2020)

Arbitraje — Acción de anulación — Laudo — Arbitraje de transportes — Juntas arbitrales de transportes — Laudo — Violación del principio de imparidad — Anulación total.

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Civil y Penal, Sección Primera, de 23 de diciembre de 2020 (Ponente: David Suárez Leoz) anula un laudo arbitral dictado por la Junta Arbitral de Transporte de la Comunidad de Madrid, con los siguientes argumentos

«(...) Ciertamente es que el Laudo cuya nulidad ahora se solicita es dictado por la Junta Arbitral de Transporte de Madrid, de conformidad con lo establecido en el art. 38 LOTT, que habilita al titular de la potestad reglamentaria a regular un procedimiento arbitral "caracterizado por la simplificación de trámites y por la no exigencia de formalidades especiales", y de acuerdo con una posibilidad reglamentariamente prevista, como es lo estipulado en el Reglamento de aplicación de la Ley de Ordenación del Transporte Terrestre (ROTT), en cuyo art. 9 del ROTT, aprobado por Real Decreto 1211/1990, establece, en lo que concierne al presente caso, que "7. El laudo se acordará por mayoría simple de los miembros de la Junta, dirimiendo los empates el voto de calidad del Presidente. La inasistencia de cualquiera de los miembros de la Junta, con excepción del Presidente, no impedirá que se dicte el laudo. Sin embargo, esta disposición reglamentaria se haya en abierta contradicción con el art. 12.1º de la vigente Ley de Arbitraje, por lo que la observancia de la citada norma reglamentaria entraña una vulneración del principio de jerarquía normativa recogido en el art. 9.3º CE, debiendo este Tribunal anular el Laudo, ante todo y, sobre todo, por infracción del orden público ex art. 41.1º CE. En conclusión, el Laudo impugnado se ha dictado en aplicación de una norma reglamentaria que, en su tenor literal, entraña una vulneración del principio de jerarquía normativa (art. 9.3º CE) al contravenir frontalmente y sin habilitación legal el art. 12.1º de la vigente Ley de Arbitraje"».

[Vid.. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala Civil y Penal, Sección Primera, de 11 de diciembre de 2018; Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala Civil y Penal, Sección Primera, 2 de enero de 2019; Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, Sala Civil y Penal, Sección Primera, de 11 de marzo de 2019].

LAS CONSIDERACIONES, FUNDAMENTACIÓN Y DECISIÓN QUE ADOPTA EL ÁRBITRO NO PUEDE SER CONSIDERADAS ARBITRARIAS, IRRAZONABLES O CONTRARIAS

PALMARIAMENTE AL ORDENAMIENTO JURÍDICO APLICABLE, NI VULNERAN NORMA IMPERATIVA (STSJ MADRID CP 1ª 29 DICIEMBRE 2020)

Arbitraje — Acción de anulación — Acuerdos sociales — Motivación arbitraria — Motivación irracional — Orden público — Anulación improcedente.

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Civil y Penal, Sección Primera, de 29 de diciembre de 2020 (Ponente Francisco José Goyena Salgado) desestima una acción de anulación contra un laudo pronunciado por un árbitro único designado por la Corte Arbitral del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, razonando del siguiente modo:

«(...) a) Cabe recordar que la demanda, que se examina en el procedimiento arbitral, solicitaba en su suplico que: "se declarara nulo el acuerdo del punto 11 del orden del día de la Junta General celebrada el 25 de enero de 2017 'Retribución del Administrador mancomunado José Augusto', se eliminen los efectos y se reparen los daños que el acuerdo hubiera ocasionado mientras estuvo en vigor devolviendo el Administrador remunerado las cantidades indebidamente percibidas, en virtud del acuerdo impugnado". El laudo final va a estimar parcialmente la demanda, declarando nulo el citado Acuerdo. b) La parte demandante en el presente procedimiento, señala que, en su contestación a la demanda, en el procedimiento arbitral, alegó la existencia de una modificación del acuerdo originario por uno nuevo, redactándose un nuevo texto del art. 15 de los estatutos, para adecuarlos al acuerdo y dejándolo sin efecto el mismo de facto, por cuanto uno y otro son incompatibles entre sí. En definitiva, el acuerdo posterior de 31 de julio de 2018 habría sanado cualquier defecto u omisión del anterior (punto 11 de la Junta de 25 enero 2017) de retribución de administradores, todo ello conforme permite el art. 204.2º LSC. Dicho precepto establece que: "No será procedente la impugnación de un acuerdo social cuando haya sido dejado sin efecto o sustituido válidamente por otro adoptado antes de que se hubiera interpuesto la demanda de impugnación. Si la revocación o sustitución hubiera tenido lugar después de la interposición, el juez dictará auto de terminación del procedimiento por desaparición sobrevenida del objeto". Considera la parte demandante que, por otra parte, mediante la interpretación que hace del ap. 3 del art. 204 LSC, que la infracción denunciada no puede reputarse grave, dado que el art. 204.2º LSC permite su subsanación, por lo que no estaríamos ante una de las causas de impugnación previstas en el indicado ap. 3 del art. 204 LSC. No existe, por lo tanto nulidad del acuerdo. Atendido lo anterior, considera que el laudo es nulo por concurrir los motivos previstos en las letras c) y f) del art. 41.1º LA. c) Establece el art. 41.1º LA: "El laudo solo podrá ser anulado cuando la parte que solicita la anulación alegue y pruebe: c) Que los árbitros han resuelto sobre cuestiones no sometidas a su decisión. f) Que el laudo es contrario al orden público". d) En relación al primer motivo, el examen de las pretensiones de las partes, deducidas oportunamente en el procedimiento arbitral y de los laudos dictados, parcial, final y dictado al hilo de las aclaraciones / complemento solicitadas por las partes, evidencia que el pronunciamiento del árbitro en cada uno de ellos se ha ajustado perfecta y escrupulosamente al contenido de las pretensiones formuladas ante el mismo. De hecho, en el desarrollo del motivo, en la fundamentación de la demanda planteada en este procedimiento, ninguna referencia se hace al motivo contemplado en la letra c)

del art. 41.1º LA. En consecuencia, debe desestimarse el mismo. e) En cuanto al segundo motivo alegado, ser el laudo contrario al orden público, el examen del laudo impugnado, lleva a esta Sala a igual solución. Ciertamente, en una primera aproximación, cabría considerar que nos encontraríamos ante un supuesto de desaparición sobrevenida del objeto litigioso, como consecuencia de la nueva redacción dada al art. 15 de los estatutos, como consecuencia del Acuerdo de la Junta General de fecha 31 de julio de 2018. Sin embargo, la cuestión es más compleja y así lo señala el árbitro. Por una parte y saliendo al paso de la interpretación que hace la parte demandada del art. 204.3º LSC, que supone la inexistencia de nulidad del Acuerdo de fecha 25 enero 2017, al ser subsanable al amparo del ap. 2 del citado artículo de la Ley de Sociedades de Capital, hay que señalar que el carácter arbitrable y el alcance de los citados aps. 2 y 3 del art. 204 LSC, es materia de la plena competencia del árbitro encargado de laudarse el conflicto planteado. Así lo hace y plasma en el laudo final y en el de aclaración de fecha 30 de octubre de 2019. Las consideraciones, fundamentación y decisión que adopta el árbitro no puede ser consideradas arbitrarias, irrazonables o contrarias palmariamente al ordenamiento jurídico aplicable, ni vulnera, como veremos, norma imperativa alguna, por lo que no conculcan el orden público. No corresponde a la Sala, dado el alcance del procedimiento de anulación en el que nos encontramos, entrar a examinar la corrección jurídica de la decisión adoptada por el árbitro, sino solo comprobar que, 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. Como tiene declarada la jurisprudencia en este aspecto, la labor de la Sala tiene como función la de comprobar la regularidad del procedimiento arbitral y como objeto dejar sin efecto lo que pueda constituir un exceso del laudo arbitral, pero no corregir sus deficiencias u omisiones. En consecuencia, la decisión de declarar nulo el Acuerdo adoptado por la Junta general Extraordinaria de la mercantil A., S.A. en su reunión de 25 de enero de 2017, que establece el sistema de retribución de los administradores, no puede ser fiscalizado por esta Sala, en el seno de este procedimiento. Por otra parte, y saliendo al paso de la vinculación que hace la parte demandante entre el orden público y la aplicación —o más bien no aplicación— del art. 204.2º LSC, como consecuencia de la incidencia subsanadora del acuerdo adoptado el 31 de julio de 2018, como ya anunciábamos, la cuestión litigiosa y resolutoria es más compleja y así lo pone de manifiesto el árbitro en su laudo parcial de aclaración y complemento de fecha 30 de octubre de 2019. Establece al respecto dicho laudo la siguiente fundamentación: "En el presente caso, el acuerdo impugnable de 25 de enero de 2017 no adolecía de defectos meramente formales, sino que infringía expresamente normas imperativas previstas en la LSC. Teniendo en cuenta este extremo, debe señalarse que el acuerdo de fecha 31 de julio de 2018, lejos de subsanar los efectos ya derivados del acuerdo de 25 de enero de 2017, lo que hizo fue modificar los estatutos sociales a fin de validar ex nunc la retribución que el administrador mancomunado en cuestión venía percibiendo. Nada se acordó sobre la ineficacia del anterior acuerdo aprobado por la Junta o sus efectos, careciendo por tanto de cualquier eficacia retroactiva y, por lo tanto, sanadora". Las consideraciones señaladas son razonables, a la vista de los acuerdos adoptados, sin que pueda la Sala entrar en su fiscalización. Pero, en cualquier caso, desvirtúan el argumento de la mera o simple subsanación de un acuerdo por otro posterior y en definitiva, la aplicación del ap. 2 del art. 204 LSC, por lo que no cabe considerar infringido el orden público denunciado. Procede, por todo

lo expuesto, desestimar la concurrencia del motivo de anulación examinado».

SE DENIEGA UNA ACCIÓN DE ANULACIÓN POR RELACIONARSE DE FORMA EXTENSIVA CON LA ARBITRARIEDAD O LA FALTA DE MOTIVACIÓN UNA SIMPLE DISCREPANCIA CON LA APLICACIÓN DE LAS REGLAS DE LA CARGA DE LA PRUEBA APLICABLES AL ARBITRAJE (STSJ CASTILLA-LA MANCHA 1ª 4 ENERO 2021)

Arbitraje — Arbitraje de transportes — Juntas arbitrales de transportes — Acción de anulación — Anulación improcedente.

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, Sala de lo Civil y Penal, Sección Primera de 4 de enero de 2021 (ponente Vicente Manuel Rouco Rodríguez) desestima una acción de anulación contra un laudo arbitral dictado en procedimiento de arbitraje seguido ante la Junta Arbitral de Transportes Terrestres de Toledo. De acuerdo con esta decisión, que sigue muy de cerca una decisión del mismo tribunal (STSJ, Civil sección 1 del 24 de noviembre de 2016):

«(...) no pueden tener cabida en el concepto de orden público aquellas "cuestiones relacionadas con el fondo del debate resuelto por el árbitro en dicho procedimiento y que en materia de acción de nulidad no es posible examina 'el acierto de esos juicios porque desvirtuaría la finalidad del arbitraje, que sea de derecho o de equidad, es una forma de solución de los conflictos que veda el acceso de la jurisdicción a su núcleo de decisión salvo deficiencias inasumibles a la luz de esos valores esenciales de una decisión jurídica justa; sin que se puedan admitir las alegaciones que relacionan ese debate de una manera retórica con el derecho de defensa o con la tutela judicial'. También hemos declarado que quedan fuera del concepto de orden público las deficiencias del fallo o el modo más o menos acertado de resolver la cuestión... 'y que 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'. Por supuesto tampoco el orden público. Por ejemplo en Sentencia de esta Sala Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, Civil sección 1 del 25 de marzo de 2019 (...). Esta doctrina es justamente la aplicable a este caso, donde trata de relacionarse de forma extensiva con la arbitrariedad o la falta de motivación una simple discrepancia con la aplicación de las reglas de la carga de la prueba aplicables en el conflicto sujeto a arbitraje, en este caso en relación con una pretensión de indemnización o penalidad por paralización en la carga de la mercancía transportada, que se exterioriza en dicho laudo de manera razonada y suficientemente motivada así como en una discrepancia con las valoraciones o juicios del árbitro en relación a las deficiencias o insuficiencias de aportación probatoria por la parte actora en relación con las pretensiones deducidas...»».

LAS ACCIONES ACTUADAS EN LA LITIS QUEDAN FUERA DE LA LETRA DEL PACTO ARBITRAL QUE DEBE INTERPRETARSE RESTRICTIVAMENTE (AAP CÁDIZ 2ª 12 ENERO 2021)

Arbitraje — Convenio arbitral — Declinatoria arbitral — Verificación del convenio arbitral — Desestimación de la declinatoria.

El Auto de la Audiencia Provincial de Cádiz, Sección Segunda, de 12 de enero de 2021 (Ponente: Antonio Marín Fernández) estima un recurso de apelación contra una decisión del juzgado que admitió una declinatoria arbitral con las siguientes consideraciones:

«(...) El recurso debe ser estimado. El Juez a quo en auto resolutorio de la declinatoria presentada por la Comunidad de Propietarios demandada en la que interesaba que se declarara la falta de competencia objetiva (en realidad, se trataba de la falta de jurisdicción), "señalando que la parte actora al usar su derecho mediante sumisión al arbitraje convenido", así lo estimó "acordando el sobreseimiento de las presentes actuaciones por estimar que la cuestión objeto de controversia debe ser sometida a arbitraje". No es esa sin embargo la impresión que suscita el análisis del ámbito de la cláusula arbitral susceptible de ser aplicada, esto es, la contenida en el art. 45 de los Estatutos de la Comunidad de Propietarios. Recordemos que en autos, el Sr. Benito, en su condición de comunero, ejercita una acción de impugnación de determinados acuerdos de la Junta celebrada el pasado día 16 enero 2020. Más en concreto, lo que se impugna es la aprobación de los presupuestos del año 2019/2020 en cuanto que la cuota que se atribuye a su inmueble no se corresponde a su coeficiente. Siendo ello así, si bien quedó establecido con carácter general en los Estatutos que "todas las cuestiones que surjan entre los copropietarios, por razón del edificio o por los órganos de la comunidad referentes a la participación y disfrute del inmueble, serán sometidos a un arbitraje de equidad", el propio art. 45 contenía excepciones sin duda aplicables al supuesto litigioso. Y es que quedaban expresamente exceptuados de la regla anterior las cuestiones relativas a «la percepción de las derramas ordinarias o extraordinarias que deba satisfacer los copropietarios, y ello además "sin perjuicio de las acciones que (...) dentro de los plazos fijados puedan corresponderle para impugnarlas". A nuestro juicio, es evidente que acciones como la actuada en la litis quedaban fuera de la letra del pacto arbitral, a interpretar además restrictivamente en tanto que limitación al ejercicio del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. No se entiende por tanto que se afirme en el auto recurrido que "no se impugna un acuerdo referido a una derrama", cuando la impugnación del acuerdo comunitario lo que pretende es justamente cuestionar la bondad de la cuantía de la cuota establecida en el presupuesto. Y adviértase que no se discute la cuantía del coeficiente (del 2,781% tanto en el Registro de la Propiedad como en los acuerdos comunitarios) y con él la eventual participación del comunero en el disfrute del inmueble, sino el hecho de que "no se le está aplicando a la vivienda [del actor] su coeficiente de participación adecuadamente y por ello le resulta abonar"».

REITERACIÓN DE LA DOCTRINA QUE ANULA UN LAUDO ARBITRAL PRONUNCIADO POR UNA JUNTA ARBITRAL DEL TRANSPORTE, AL HABERSE DICTADO POR UN NÚMERO PAR DE ÁRBITROS (STSJ MADRID CP 1ª 19 ENERO 2021)

Arbitraje — Arbitraje de transportes — Acción de anulación — Árbitros — Juntas Arbitrales de Transportes — Violación del principio de imparidad — Anulación total.

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia, Sala lo Civil y Penal, Sección Primera, de 19 de enero de 2021 (n.º 60/2019) (ponente: Jesús María Santos Vijande) anula un laudo arbitral pronunciado por la Junta Arbitral del Transporte de la Comunidad de Madrid por haberse dictado por un número par de árbitros. Según razona la presente decisión:

«(...) La propia regulación legal y reglamentaria de las Juntas Arbitrales del Transporte evidencia, con claridad meridiana, que su composición responde precisamente a esa necesidad de preservar la defensa real y efectiva de los distintos intereses en juego, y con mayor razón cuando tampoco es requerida la intervención de Letrado que asista a las partes en el procedimiento arbitral (art. 9.6º ROTT). La Sala entiende que, en las circunstancias del caso, el Laudo emitido por la Presidenta de la Junta y la Vocal representante del sector empresarial, pero en ausencia del Vocal que representa al Sector de Agencia de Carga Completa, no garantiza las condiciones de igualdad en la representatividad previstas por la propia Ley. De nada sirve preservar de forma escrupulosa las exigencias del principio de igualdad en el procedimiento de designación de árbitros —que claramente resultarían contradichas si, por ejemplo, se previese la designación de un colegio arbitral donde una de las partes hubiese designado un árbitro, y no la otra—, si, acto seguido, se permite que esa impecable designación para actuar se vea contradicha por la posibilidad de que la decisión se adopte por un Presidente y por un árbitro que representa los intereses (de uno solo de los sectores implicados)(...). Procede, pues, que este Tribunal, tras comprobar la concurrencia de la causa de anulación en observancia del deber legal que le asiste, decrete la anulación íntegra del Laudo impugnado por infracción del orden público —art. 41.1º.f) LA—, puesto que, dictado por un colegio arbitral como el reseñado, vulnera un mandato legal de orden público —el previsto en el art. 12.1º LA— y dos preceptos constitucionales, cuya lesión sin duda es subsumible en el citado art. 41.1º.f) LA: los arts. 9.3º —principio de jerarquía normativa— y 14 —principio de igualdad (...)—. Es cierto que, como hemos dicho en nuestra Sentencia 53/2017, de 26 de septiembre —y reiterado en las últimas citadas—, estamos ya en presencia de una línea jurisprudencial consolidada y perfectamente conocida por la Junta Arbitral del Transporte de la Comunidad de Madrid. Así lo poníamos de manifiesto ya en aquella Sentencia, sin que cupiera duda posible, pues la propia reclamante —luego actora ante esta Sala— había solicitado la suspensión de la vista "alegando que el Colegio Arbitral esta(ba) formado por un número par de Árbitros, lo que podría ser motivo de anulación del Laudo Arbitral, según la Sentencia del TSJ de Madrid de 9 de febrero de 2016". Ante este alegato —así reseñado por los propios Laudos—, la Junta Arbitral se limitó entonces, sin otro razonamiento, a citar los arts. 8 y 9.7º del ROOT (RD 1211/1990) y el art. 14.2º LA—"Las instituciones arbitrales ejercerán sus funciones conforme a sus propios reglamentos"—, para desestimar la pretensión de suspensión de la vista, efectuada, entre otros, con el propósito de que se integrase de un modo correcto el Colegio Arbitral. Por eso hemos dicho también que la estimación de la demanda, como regla, aboca a la imposición de costas a la parte demandada, conforme al art. 394.1º LEC, pues tampoco pueden apreciarse serias dudas de hecho o de Derecho en el asunto planteado»

[Vid.. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala Civil y Penal, Sección Primera, de 11 de diciembre de 2018; Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala Civil y Penal, Sección Primera, 2 de enero de 2019; Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, Sala

Civil y Penal, Sección Primera, de 11 de marzo de 2019 y Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Civil y Penal, Sección Primera, de 23 de diciembre de 2020].

LA STC 46/2020 INTRODUJO UN GIRO TRASCENDENTAL EN LO QUE HABÍA SIDO LA TESIS DEL TSJ DE MADRID EN TORNO A LA DISPONIBILIDAD PARA LAS PARTES DEL OBJETO DEL PROCESO DE ANULACIÓN (SENTENCIA TSJ MADRID CP 1ª 19 ENERO 2021)

Arbitraje — Acción de anulación — Allanamiento arbitraje — Jurisprudencia Tribunal Constitucional — Anulación improcedente.

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Civil y Penal, Sección Primera, de 19 de enero de 2021, n.º 2/2021 (ponente: Francisco José Goyena Salgado) aplica la doctrina emanada del Tribunal Constitucional en torno al allanamiento y al desistimiento de la acción de anulación contra un laudo arbitral, con las siguientes consideraciones:

«(...) Ciertamente es que, de conformidad con lo previsto en el art. 21.1º LEC, aplicable al procedimiento en el que nos encontramos (art. 42.2º), "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". Al aplicar esta institución a la acción de nulidad de un Laudo arbitral, esta Sala vino declarando en constantes pronunciamientos que "por la naturaleza de la acción de anulación ... en esta clase de procesos no cabe el allanamiento propiamente dicho, como acto vinculante para el Tribunal, puesto que la nulidad de un Laudo, como la de una Sentencia, se supedita ope legis a la verificación por el Tribunal de la concurrencia de alguna de las causas tasadas de anulación ex art. 41.1º LA — causas de anulación cuya existencia no es disponible ni puede derivar del común acuerdo de las partes"; (STSJ Madrid 2 de julio de 2019). Con mayor detalle se dijo en la STSJ Madrid 13 de diciembre de 2018 que: "se hace preciso recordar que los litigantes están facultados para disponer del objeto del juicio, y que de ese poder de disposición son manifestaciones el allanamiento, el desistimiento, la renuncia, la transacción, la sumisión a arbitraje o mediación (art. 19.1º LEC), y la atribución de relevancia a la pérdida de interés de las partes para acordar la terminación del proceso (art. 22 LEC); ahora bien, tal poder de disposición se supedita —obvio es decirlo— a que el objeto del juicio, la res in iudicio deducta sea disponible, de forma que la actuación de la voluntad de las partes para poner fin al proceso no contravenga una prohibición o limitación legal por razones de interés general o en beneficio de tercero (art. 19.1º LEC). En este sentido, hemos dicho con igual reiteración que no cabe ignorar que la pretensión ejercitada es la anulación de un laudo —no, propiamente, la controversia de que éste trae causa—, la cual solo puede ser acordada por Sentencia del Tribunal competente y en virtud de una causa legalmente establecida (art. 41 LA): pretensión que, ope legis, exige su adopción por Sentencia judicial tras el correspondiente proceso...; conclusión insoslayable, por otra parte, pues resulta totalmente coherente con la naturaleza de "equivalente jurisdiccional" que ostenta el arbitraje y con la fuerza de cosa juzgada atribuida a los laudos (art. 43 LA). Pues bien, olvidan las partes que la acción de anulación del

Laudo no subviene solo a la satisfacción de sus intereses: la nulidad o la validez de un Laudo, una vez suscitada ante el Tribunal competente, no es materia disponible: la Sala ya ha establecido con reiteración que no cabe ni el allanamiento ni la transacción sobre la validez de un Laudo (v. gr., SS. 65/2015, de 17.9 y 13/2016, de 9.2º; y Auto de 20 de julio de 2016. Qué duda cabe de que existe un interés general, expresado de manera inequívoca por la Ley en defensa de la institución misma del arbitraje, en que la sola voluntad de las partes —su libre poder de disposición— no pueda dar lugar a la anulación del laudo... Postulado que se representa tanto más evidente cuando se repara en la naturaleza que ostenta el Laudo, esto es, en su condición de "equivalente jurisdiccional" (reiterada, una vez más, por el Tribunal Constitucional en su reciente STC 1/2018, de 11 de enero): cabalmente, no cabe defender la eliminación del ordenamiento jurídico —por revisión o por declaración de nulidad— de una sentencia firme porque las partes así lo quieran o lo decidan, al margen de las taxativas previsiones de la Ley al respecto... Pues lo mismo se ha de mantener sobre la imposibilidad de convención de las partes en lo que concierne a la nulidad de un laudo...". Y prosigue la misma Sentencia afirmando entre otras referencias a las formas no habituales de conclusión del proceso que: "En otros términos: una vez que se incoa un proceso de anulación de laudo arbitral, no se puede disponer por las partes de la acción de anulación, sustrayendo al Tribunal el ejercicio de una competencia indeclinable: verificar si concurre o no la lesión de intereses tan generales que la Ley no faculta, sino que impone al Tribunal el deber de salvaguardarlos de oficio. No entenderlo así, insistimos, sería tanto como vaciar de contenido la prescripción terminante del art. 41.º2 LA, que no es dable dejar al albur de la voluntad de las partes". Imprescindible resulta traer a colación que el Tribunal Constitucional, en su importante STC 46/2020, de 6 de junio de 2020 ("..."). 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 de 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.... Atendida la anterior fundamentación, la citada sentencia de esta Sala, concluía: "(...) 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"».

[Vid.. Faustino Cordón Moreno, «Sobre la terminación por acuerdo de las partes del proceso de anulación del laudo contrario al orden público», *supra*]

OTORGAMIENTO DEL EXECUÁTUR DE UN LAUDO ARBITRAL PRONUNCIADO POR ÁRBITROS DESIGNADOS POR LA CORTE INTERNACIONAL COMERCIAL DE ARBITRAJE, ADSCRITA A LA CÁMARA DE COMERCIO E INDUSTRIA DE UCRANIA (ATSJ MADRID CP 1ª 19 ENERO 2021)

Arbitraje — Reconocimiento y ejecución laudos extranjeros: Ucrania — Convención de Nueva York de 1958 — Orden público — Notificación deficiente — Derecho internacional privado — Execuátur: si.

El Auto del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Civil y Penal, Sección Primera, de 19 de enero de 2021 (ponente: Francisco José Goyena Salgado) otorga el execuátur de un Laudo arbitral extranjero pronunciado por árbitros designados por la Corte Internacional Comercial de Arbitraje, adscrita a la Cámara de Comercio e Industria de Ucrania, razonando del siguiente modo:

«(...) Como primer motivo de oposición al reconocimiento se invoca el previsto en el art. V.1º. b), de

la Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, hecho en Nueva York el 10 de junio de 1958. Conforme al mismo la parte que se opone puede invocar que "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". En su escrito de contestación el motivo se centra en que el procedimiento arbitral desde su inicio se ha desarrollado en ucraniano, lengua que desconoce. Los correos recibidos lo han sido en dicho idioma, desconociendo hasta el momento en que formaliza su oposición en el presente procedimiento su contenido, así como que la Corte Arbitral no ha respetado su propio art. 4º del Reglamento, relativo al idioma que se utilizará en el procedimiento, y en especial el que no se ha respetado que "el Secretario General de la CICC al recibir la reclamación determinará el idioma o idioma que se utilizará en la etapa preliminar del caso", que debió de ser el inglés, al ser el idioma en el que se comunicaban las dos partes litigantes. A dicha circunstancia: haberse seguido el procedimiento arbitral en ucraniano, anuda la parte demandada su indefensión, al no haber podido combatir ni impugnar por dicha parte el procedimiento. El conocimiento por parte de la Corte Internacional de Arbitraje (CICA, adscrita a la Cámara de Comercio e Industria de Ucrania del procedimiento arbitral planteado ante la misma, deriva de las cláusulas compromisarias contenidas en los contratos suscritos entre la demandante "M.—S., S.L." y la demandada "MFS, S.L.". Concretamente en el contrato n.º 201901, de 22 agosto 2019, en su cláusula 8. Solución de controversias, se establece: "8.2 En el caso de que las Partes no lleguen a un acuerdo, todas las controversias y dificultades deberán ser resueltas en la Corte de Arbitraje adscrita a la Cámara de Comercio e Industria conforme a las normas de dicha Corte en la región del vendedor [mercantil ucraniana] y de acuerdo con la legislación de Ucrania. 8.3 La resolución dictada por dicha Corte será considerada final y de carácter ejecutivo para ambas Partes". El segundo contrato suscrito, el n.º 201601, de 5 abril 2016, se contiene una cláusula compromisaria igual, solo que con el cardinal 10. De lo anterior cabe concluir que la parte demandada aceptó dirimir las cuestiones litigiosas que surgieran en relación al cumplimiento de los indicados contratos: Primero, mediante la sumisión a arbitraje. Segundo, ante la Cámara de Comercio e Industria de Ucrania, país de la parte vendedora. Tercero, conforme a las normas de actuación arbitral de dicha Corte; y Cuarto, resolución de la controversia litigiosa conforme a la legislación ucraniana. No pudiendo alegarse desconocimiento del compromiso contractual adquirido por la parte demandada, no es aceptable, en principio, que le haya podido causar sorpresa que las discrepancias entre ambas mercantiles, puestas de relieve mediante los correos electrónicos cruzados entre ellas, como señala la parte demandada, determinaran la posibilidad de poner en marcha un procedimiento arbitral ante un órgano de dicha naturaleza ucraniano, como finalmente ha ocurrido. No dudamos de que la parte demandada desconozca el idioma ucraniano, pero lo cierto es que, si recibió varios correos de la Corte Arbitral ucraniana, redactados en su idioma, y no pudiendo desconocer que fuera como consecuencia de las discrepancias en el cumplimiento de los contratos suscritos entre las partes, y de la activación de las cláusulas compromisarias, debió actuar con mayor diligencia, que no es sino la normal, para entender y comprender el contenido de los correos recibidos, acudiendo a un intérprete de ucraniano. Sin embargo, la actuación de la parte demandada ha sido de total pasividad, hasta el punto de no hacer nada efectivo hasta que se ha planteado la demanda de ejecución. La alegación de indefensión, como consecuencia del idioma empleado, que le lleva, conforme resulta del propio Laudo, a no comparecer, hacer alegaciones, oponer la compensación

de deudas que manifiesta tener a su favor y a no proponer prueba, es consecuencia directa de su pasividad y en definitiva, a la aplicación, como indica el laudo, del art. 44 del reglamento de CICA adscrito a CCI de Ucrania. En relación al idioma, el Laudo explica y justifica la elección del idioma ucraniano en los siguientes términos: "Entre las partes del Contrato n.º 1 y Contrato n.º 2 no existe un acuerdo en cuanto a la lengua del proceso arbitral. De acuerdo con el art. 22 de la Ley de Ucrania 'Sobre el arbitraje internacional comercial' y la parte 1 del art. 40 del Reglamento de CICA adscrito a CCI de Ucrania, en el caso de la ausencia de tal acuerdo, la Corte de Arbitraje designará la lengua del proceso arbitral. Al mismo tiempo de acuerdo con la parte 1 del art. 40 del Reglamento de CICA adscrito a CCI de Ucrania, la Corte de Arbitraje durante la resolución de la cuestión de lengua del proceso arbitral tomará en consideración todas las circunstancias correspondientes. En relación con esto, la Corte de Arbitraje indica lo siguiente. Contrato n.º 1 y sus anexos están compuestos el ucraniano y el español, Contrato n.º 2 y sus anexos —en el ucraniano y el inglés—. La demanda está compuesta en el ucraniano. El secretario general de CICA adscrito a CCI de Ucrania, de acuerdo con la parte 1 del art. 40 del Reglamento de CICA adscrito a CCI de Ucrania, designó la lengua ucraniana como la lengua de uso para etapa de preparación previa de la causa para su conocimiento. El demandado, haber recibido los materiales de demanda en ucraniano, puso la objeción contra el uso del ucraniano en calidad de la lengua en el proceso arbitral de CICA adscrito a CCI de Ucrania e insistió en que la lengua del proceso arbitral fuera el inglés. Argumentando su punto de vista el Demandado se refirió al hecho de que no entiende el ucraniano. El demandado no presentó otros argumentos para justificar sus exigencias. La Corte de Arbitraje evalúa las pruebas del Demandado de manera crítica y considera que ya que el ucraniano es uno de los idiomas de los contratos y sus anexos y además es el idioma de la demanda será realizado en ucraniano. A base de lo dicho la Corte de Arbitraje designó el ucraniano en calidad de la lengua del proceso arbitral. La transcripción es literal de la traducción al español del Laudo y considera la Sala que es suficientemente comprensiva de lo resuelto por el tribunal arbitral. De lo anterior se sigue otra conclusión. Pese a lo que se indica en el escrito de contestación a la demanda, la parte demandada sí pudo hacer valer sus objeciones sobre el idioma elegido ante el tribunal arbitral, que las consideró, si bien decidió que el idioma de uso en el procedimiento arbitral sería el ucraniano. Decisión que razona, en los términos transcritos y que no cabe considerar arbitraria, ilógica o contraria a la normativa aplicable que cita. En consecuencia, la pasividad adoptada por la parte demandada, se inicia ya con la decisión del uso del idioma ucraniano, en el sentido de que debió articular la posibilidad de auxiliarse de un traductor ucraniano, además, cabe suponer de un letrado de dicha nacionalidad, ya que la legislación aplicable para la resolución del conflicto es la de Ucrania. En consecuencia, no se acredita indefensión por el uso de un idioma desconocido para el demandado, pero usado en la relación mercantil con la empresa demandante, al menos para redactar los contratos por lo que su utilización en el proceso arbitral, lo que se justifica por el tribunal arbitral, no resulta ni irrazonable ni sorpresivo. Es su pasividad al respecto la que ha llevado a la parte demandada a no personarse y utilizar los recursos procedentes en defensa de sus intereses. Por último, no consta que recurriera ante la instancia revisora prevista en la Legislación Ucraniana, el Laudo dictado. A este respecto nada se dice por la parte demandada ni se opone el motivo contemplado en el art. V 1º. e) de la citada Convención de Nueva York, relativa a la oposición al reconocimiento de la sentencia extranjera cuando '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'.
Procede, en consecuencia, desestimar el motivo de oposición examinado"».*

«(...) Como segundo motivo de oposición se alega el contemplado en el art. V.2º b): "Que el reconocimiento o la ejecución de la sentencia serían contrarios al orden público de ese país". El motivo debe ser desestimado por las siguientes consideraciones: 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, reiterada en sentencias posteriores, "... 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, 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 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". 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". b) Considera la parte demandada que el Laudo de referencia infringe el orden público español al imponer a mi mandante una "sanción penal y los gastos del propio arbitraje, incompatibles con nuestro ordenamiento jurídico". Ninguno de los dos pronunciamientos del Laudo que se indican, a los que circunscribe la vulneración del orden público español, suponen dicha infracción. c) Por lo que respecta a la "sanción penal", el pronunciamiento arbitral no hace sino recoger lo pactado por las partes en los contratos suscritos. Así en el n.º 201601, de 5 abril 2016, se establece en la cláusula 9 ("..."). d) En cuanto al pago de los gastos del propio arbitraje, la Ley española 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, contempla en su art. 37.6º dicha posibilidad— Así establece: "Con sujeción a lo acordado por las partes, los árbitros se pronunciarán en el laudo sobre las costas del arbitraje, que incluirán los honorarios y gastos de los árbitros y, en su caso los honorarios y gastos de los defensores o representantes de las partes, el coste del servicio prestado por la institución administradora del arbitraje y los demás gastos originados en el procedimiento arbitral". Atendido lo anterior, la condena al pago de los gastos del arbitraje, que establece el laudo, no es contraria al orden público español. Procede, en consecuencia, desestimar el segundo motivo de oposición analizado».

[Vid.. Javier Izquierdo y Marta Robles, «Reconocimiento de laudos arbitrales extranjeros y vulneración del orden público español», *supra*]

ESTIMACIÓN DE UNA DECLINATORIA ARBITRAL POR SER LA CLÁUSULA CONTROVERTIDA DIÁFANA PARA LA AUDIENCIA PROVINCIAL (AAP VALLADOLID 1ª 20 ENERO 2021)

Arbitraje — Declinatoria arbitral jurisprudencia — Verificación del convenio arbitral — Estimación de la declinatoria.

El Auto de la Audiencia Provincial de Valladolid, Sección Primera, de 20 de enero de 2021 (ponente: Emma Galceran Solsona) estima la excepción por declinatoria de jurisdicción planteada por la entidad demandada declarando la falta de jurisdicción para conocer de la demanda promovida por D. Victorino, por estar sometida la cuestión a arbitraje, La Audiencia razona del siguiente modo:

«(...) 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».

ÁMBITO DE LA ARBITRABILIDAD DEL DERECHO SUCESORIO (STSJ EXTREMADURA CP 1ª 1 FEBRERO 2021)

Arbitraje — Acción de anulación — Arbitrabilidad — Arbitraje testamentario — Convenio arbitral — Notarios orden público — Anulación total.

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura, Sala de lo Civil y Penal, Sección Primera de 1 de febrero de 2021 (ponente: Manuela Eslava Rodríguez) estima una demanda de anulación contra un laudo arbitral. De acuerdo con la referida sentencia:

«(...) La reciente sentencia del Tribunal Constitucional 46/2020, de 15 de junio de 2020, dictada en el Recurso de amparo 3130/2017 reitera esa acotación del alcance de la revisión que a esta Sala de

lo Civil compete; así para el Tribunal "es claro que la acción de anulación 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, 'al estar tasadas las causas de revisión previstas en el citado art. 45, y limitarse estas 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)" de forma que "...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 TJUE que las 'exigencias relativas a la eficacia del procedimiento arbitral justifican que el control de los laudos arbitrales tenga carácter limitado y que solo pueda obtenerse la anulación de un laudo en casos excepcionales' (STJCE de 26 de octubre de 2008, asunto Mostaza Claro, C-168/05)". Lo que supone, que, con el objeto de respetar los fines propios del arbitraje —al que las partes voluntariamente se someten— las causales de anulación del laudo —en este caso, el concepto de orden público— deben ser interpretadas de manera que verifiquen el cumplimiento de las garantías formales esenciales, pero sin que ello implique una revisión del fondo del asunto; como reiteradas veces se ha dicho, se trata de un juicio externo del laudo. En este sentido, el Tribunal Constitucional reitera "...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. 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 'sin que la indeterminación de este concepto' 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 de un asunto sometido a arbitraje ...". Es decir, con la nulidad se intenta revocar el pronunciamiento arbitral por carecer de los requisitos que la legislación impone. En la anulación no podrán corregir las eventuales deficiencias que pueda entrañar la decisión de los árbitros, ni interferir en el proceso de su elaboración; no siendo admisibles las consideraciones de las partes en torno a la ausencia de justicia del laudo o a las deficiencias de lo razonado para alcanzar el fallo. La acción de anulación tiene por objeto revisar únicamente la validez del laudo. El Tribunal se encuentra limitado a revisar la forma, pero no el fondo de la materia sometida a arbitraje. La limitación de las causas de anulación del laudo arbitral a las estrictamente previstas en el art. 41 LA restringe considerablemente la intervención judicial en este ámbito. Esas causas se clasifican en dos grupos: de un lado, los que se vinculan directamente al contenido del convenio de arbitral —inexistencia o invalidez del convenio e

in arbitrabilidad de la materia litigiosa resuelta por los árbitros—; y de otro lado, los que suponen una infracción de las reglas esenciales del procedimiento arbitral indebida notificación de la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales, resolución por los árbitros de cuestiones no sometidas a su decisión, designación de los árbitros o desarrollo del procedimiento arbitral sin ajustarse al acuerdo de las partes o, en su defecto, a la Ley. Es preciso recordar esa clasificación, dado que la demandada opone el principio del venire contra factum proprio, porque ha de delimitarse en el caso cuál es el alcance de la suscripción del compromiso por el demandante y la no alegación de las causales ante el árbitro (...). Por otra parte, el art. 6 LA relativo a la "renuncia tácita a las facultades de impugnación" conforme al que "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", es otra concreción del carácter eminentemente dispositivo del arbitraje, expresamente reconocido en la Exposición de motivos de la Ley reguladora, conforme a la que "en la mayoría de sus reglas de que debe primar la autonomía de la voluntad de las partes" y que es reconocido en la STS 15 de junio de 2020. El art. 6 LA establece, a pesar de la generalidad de su redacción, un mecanismo de preclusión del tiempo de pedir la anulación y la revisión del laudo. No cabrá invocar como motivo de anulación una infracción cometida en el curso del procedimiento si la parte que se consideró agraviada no dio la oportunidad a los árbitros de subsanarla, si bien no puede considerarse admisible el pacto de exclusión frente a las causas previstas en el art. 41 LA que resultan apreciables de oficio o que se pueden plantear por el Ministerio Fiscal; sin embargo, sí pueden ser renunciables el resto de motivos previstos por la Ley de Arbitraje. Es decir, aquellos motivos que sólo se pueden invocar por las partes. El art. 41.2º LA detalla una serie de motivos podrán ser apreciados por el tribunal que conozca de la acción de anulación de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal en relación con los intereses cuya defensa le está legalmente atribuida, de otros que corresponde a las partes alegar de manera exclusiva. Los motivos que podrán apreciarse de oficio son los relativos a la indefensión (art. 41.1º b), arbitrabilidad (art. 41.1º.b) y orden público (art. 41.1º.f)».

«(...) Pues bien, acotado en esos estrictos términos el ámbito del control judicial, abordaremos en primer la invocación por la demandante de la falta de validez del convenio arbitral del art. 41.1º.a) de la Ley de Arbitraje, arguyendo que tiene por objeto una materia de que no es libre disposición por las partes intervinientes, conculcando el art. 2.1º de dicha Ley, y porque el patrimonio, por su titularidad y por la relación de parentesco, se identifica con la futura herencia de sus padres, D. Julio y D.ª Beatriz. La Sala entiende que debió invocarse la causa e) de art. 41 "que los árbitros han resuelto sobre cuestiones no susceptibles de arbitraje". El art. 2.1º de la citada Ley dispone: "Son susceptibles de arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho". En dicho precepto se hace la regulación de las materias objeto de arbitraje sobre la base del criterio de la libre disposición, como hacía la anterior Ley 36/1988. Sin embargo, se ha reputado por el legislador innecesario que la actual contenga ningún elenco, ni siquiera ejemplificativo, de materias que no son de libre disposición. Ha bastado con establecer que la arbitrabilidad de una controversia coincide con la disponibilidad de su objeto para las partes. En principio, son cuestiones arbitrales las cuestiones disponibles. El art. 41 LA detalla los motivos en los que se puede basar el actor para ejercitar la acción de nulidad, cuyo apartado 1 e) viene a

reproducir lo expuesto en el art. 2.1º antes señalado. En la redacción de la nueva Ley se sigue partiendo de la base, al igual que en la anterior, de que los motivos de anulación del laudo han de ser tasados y no han de permitir, como regla general, una revisión a fondo de la decisión de los árbitros. El elenco de los motivos y su apreciabilidad se basan en la anterior norma. Como primer razonamiento, se ha de decir que un laudo es nulo si los árbitros deciden sobre materias o cuestiones que no puedan ser objeto de arbitraje. Se ha de hacer, pues, un examen de aquello que, si fuera sometido a arbitraje, provocaría la nulidad del laudo. La arbitrabilidad de una controversia estriba en si se refiere o no a una materia que, según el ordenamiento jurídico, sea de libre disposición por las partes. En esta causa se sanciona la extralimitación del laudo por exceso de jurisdicción y al ser susceptible de afectar al orden público, se trata de un motivo apreciable de oficio por el Tribunal o a instancia del Ministerio Fiscal. Tiene la disponibilidad el titular del derecho subjetivo, o el futuro titular, a no ser que esté excluida ex lege o ex voluntate. En Derecho de Sucesiones, como recoge la SAP Civil, sección 5, del 8 de abril de 2008 es admisible el arbitraje testamentario en aquellas cuestiones relativas a la distribución o administración de la herencia entre herederos no forzosos o legatarios. Las legítimas no pueden someterse a arbitraje (STS. 28 de octubre de 1933). Tampoco es susceptible de arbitraje la declaración de herederos ab intestato (STS. 2 de octubre de 1946) ni las herencias futuras (STS. 14 de marzo de 1974). En realidad, en Derecho de sucesiones, como vine señalando la doctrina (O'Callaghan Muñoz, Campos Villegas, Gomá Lanzón, entre otros), la disponibilidad, y, por ende, la arbitrabilidad, exige separar tres situaciones: 1.ª) No es posible el arbitraje antes de la apertura de la sucesión por cuanto no cabe disponer de la sucesión no abierta por prohibición del art. 1271, segundo párrafo, Cc, aunque sí pueden los herederos pactar el arbitraje previendo controversias futuras. Antes de la muerte del causante, está proscrito cualquier negocio jurídico, según lo previsto en el art. 1271, párrafo segundo, Cc, que dispone: "Sobre la herencia futura no se podrá, sin embargo, celebrar otros contratos que aquellos cuyo objeto sea practicar entre vivos la división de un caudal y otras disposiciones particionales, conforme a lo dispuesto en el art. 1.056", si bien la excepción ("la división de un caudal conforme al art. 1056") no es un contrato que recae sobre herencia futura, sino que es la partición hecha por el testador. Lo mismo cabe decir de "otras disposiciones particionales". A propósito de esta excepción, recuerda la STS, Sala 1ª, 4 noviembre de 2008, recurso 511/2003, n.º sentencia 1014/2008, el testador, aparte de las demás especies de la partición, puede hacerla de sus bienes, disponiendo de su patrimonio y concretando qué bienes recibirá cada uno de sus herederos. Así lo prevé el primer párrafo del art. 1056 Cc que es citado explícitamente por la testadora, en su testamento, en el presente caso; la norma expresa: Cuando el testador hiciere, por acto entre vivos o por última voluntad, la partición de sus bienes, se pasará por ella, en cuanto no perjudique a la legítima de los herederos forzosos; y la testadora dijo: "haciendo uso la testadora del derecho que le concede el art. 1056 Cc". No es preciso que la partición comprenda absolutamente todos los bienes del causante. Cabe una partición adicional de los no comprendidos en ella, ya que al tiempo de hacer testamento, el testador no puede conocer cuáles serán exactamente sus bienes en el momento futuro, el de la apertura de la sucesión. Así, la testadora previó la atribución del resto de sus bienes a sus dos hijos por partes iguales y en pleno dominio. La partición hecha por el testador corresponde a la mentalidad del legislador que, para proveer necesidades familiares, ventajas prácticas y anhelos muy legítimos, admite la posibilidad de que se realice por sí mismo la distribución y partición de sus bienes entre

sus coherederos, lo cual proviene del Derecho romano, se reconoce en el Derecho histórico de Castilla y se mantiene en el Derecho moderno; así lo expresaba la sentencia de 6 de marzo de 1945, que destaca que implica siempre un acto de última voluntad, que debe ser respetada, como voluntad soberana del testador, produciendo el efecto, como dicen las sentencias de 21 de julio de 1986 y 21 de diciembre de 1998, de conferir a cada heredero la propiedad de los bienes que le hayan sido adjudicados. Cuya partición hecha por el testador no extingue la comunidad hereditaria, sino que la evita, ya que no llega a formarse. En definitiva y tal como dice la sentencia de 4 de febrero de 1994, "la consecuencia de tal estado sucesorio es el mandato que contiene dicho precepto 1056 Cc, en cuanto obliga a los herederos a pasar por ella. La norma se presenta como imperativa, lo que refuerza el art. 1058 que señalaba prioridad de la partición testamentaria y que, consecuentemente, ha de ser respetada, salvo que suponga perjuicio a la legítima de los herederos forzosos (art. 1075 Cc). Antes de la muerte del causante, los posibles herederos y legatarios, sean o no legitimarios, en vida del causante no tienen derecho subjetivo alguno (distinto es el caso de que fueran fideicomisarios). Pueden ser nombrados herederos o legatarios por el causante o no, según su voluntad, y pueden percibir bienes en concepto de legítima o no, según existan bienes. Es decir, alguien que tiene la esperanza de suceder mortis causa a otra persona (que será normalmente el padre o la madre) no tiene más que una expectativa jurídica. Por tanto, antes de la apertura de la sucesión, el único acto de arbitraje que cabe es el que ordene el causante en el testamento o arbitraje testamentario (art. 10 LA). Solo los interesados, los que pueden tener controversia, pueden celebrar el contrato de compromiso, que la ley llama convenio arbitral. Y tan solo el arbitraje testamentario permite que una persona —el testador— ordene el arbitraje respecto de las controversias que tengan otras personas —los herederos o legatarios— por lo que este arbitraje se ha calificado de excepcional (como en la Ley de arbitraje de 1988) Algún autor ha admitido que los posibles interesados, que se crean con la expectativa jurídica de suceder mortis causa, particular o universalmente, con o sin derecho a la legítima, pueden celebrar contrato de compromiso (convenio arbitral) para someter a arbitraje todas o algunas de las controversias que hayan surgido o puedan surgir respecto a una determinada relación jurídica, que es la derivada de la sucesión mortis causa. El arbitraje sobre una posible controversia futura, lo contempla expresamente el art. 9.1º LA. Se pueden prever concretas controversias (sobre la partición o puntos determinados de la misma, como ejemplo más frecuente) o incluir todas las que puedan surgir. La legítima y los problemas que puedan darse, pueden ser objeto de este arbitraje, ya que cuando se constituye éste, ya se habrá producido la apertura 2.ª) En el momento de la delación se puede constituir arbitraje por los propios herederos o legatarios, incluso legitimarios, y se da, en esta situación, el arbitraje testamentario. 3.ª) Después de la adquisición de los bienes hereditarios, el arbitraje se puede constituir con plena libertad por los sucesores, universales o particulares, legitimarios o no, por razón de que aquellos bienes ya han entrado en el patrimonio de los mismos y, en consecuencia, están —como tales bienes patrimoniales— bajo su plena disponibilidad. Litigios —como juicios ordinarios o como procedimiento de división de la herencia (antigua testamentaria)— sobre la partición pueden ser sustituidos por arbitrajes, sea por los propios sucesores, sea por arbitraje testamentario. En nuestro caso, los ahora demandados (padres y hermanos del demandante) y este último, en concepto de 'partes', D. Nazario, en concepto de 'mediador' y D. Carlos José, en concepto de 'arbitro', suscriben en Poyares del Hoyos el 25 de septiembre de 2018, un documento en el que, en lo que aquí interesa, exponen: I. D. Julio y

D. ^a Beatriz han sido y/o son propietarios de un conjunto de negocios y sociedades profesionales, así como empresariales, en las que participan y/o trabajan sus cuatro hijos, Luis Andrés, Ángel Daniel y Inocencio". II. La titularidad de alguno de los citados negocios y sociedades profesionales han sido transmitidos a alguno de los hijos, otorgándoles igualmente un derecho de adquisición sobre los inmuebles en los que están desarrollándose las citadas actividades profesionales...". Entre las estipulaciones primera y segunda se nombra un mediador y un árbitro, respectivamente, y en la tercera se delimita cuál será el objeto de la mediación y del arbitraje en los siguientes términos: "La mediación y el arbitraje de equidad encomendados alcanzará a toda la sucesión personal y patrimonial de D. Julio y D.^a Beatriz, siempre que éstos muestren su conformidad, de tal manera que el proceso quedará concluido, salvo indicación expresa de todos los intervinientes, con la adjudicación futura de todos los bienes propiedad de ambas personas, quienes, en todo caso, tendrán holgadamente garantizada su subsistencia el resto de sus vidas". En la sexta se añade: "todos los acuerdos que alcanzados entre los hermanos y, en su caso, las decisiones adoptadas por el árbitro, serán, en caso de incumplimiento, directamente ejecutables ante la jurisdicción ordinaria". A la vista de cuanto se señalaba anteriormente en orden a la disponibilidad de la sucesión y del contenido de dicha cláusula, en la que las partes inequívocamente pactan un arbitraje sobre la totalidad de la sucesión personal y patrimonial de D. Julio y D.^a Beatriz ("a toda la sucesión personal y patrimonial de D. Julio y D.^a Beatriz"), ha de estimarse la demanda, sin necesidad de entrar en otros motivos, como el del exceso de laudo por los pronunciamientos que se contienen en el mismo acerca del reparto de las participaciones de los hijos en los negocios familiares, puesto que, como se indicaba, antes de la muerte del causante, está proscrito cualquier negocio jurídico, según lo previsto en el art. 1271, párrafo segundo, Cc que dispone: "Sobre la herencia futura no se podrá, sin embargo, celebrar otros contratos que aquellos cuyo objeto sea practicar entre vivos la división de un caudal y otras disposiciones particionales, conforme a lo dispuesto en el art. 1.056", en el recto entendimiento de que la excepción ("la división de un caudal conforme al art. 1056") no es un contrato que recae sobre herencia futura, sino que es la partición hecha por el testador. Lo mismo cabe decir de "otras disposiciones particionales. Siendo materia indisponible, inarbitrable, causa que invoca el demandante, y en cualquier caso, la Sala debe apreciar de oficio, más allá de que la demandante suscribiera dicha cláusula, o no invocara la inarbitrabilidad ante el árbitro, procede la estimación de la demanda y sin necesidad de entrar en las demás consideraciones de la demanda, decretar la nulidad del laudo impugnado"».

[Vid. Rafael Hinojosa Segovia, «Estimación de la anulación de un laudo arbitral por haber resuelto el árbitro cuestiones no sometibles en un arbitraje testamentario», *supra*]

PLAZO (DE CADUCIDAD) PARA LA INTERPOSICIÓN DE LA DEMANDA DE NULIDAD DE LAUDO ARBITRAL ESTABLECIDO EN EL ART. 41.4º DE LA LEY DE ARBITRAJE (STSJ MADRID CP 1ª 2 FEBRERO 2021)

Arbitraje — Acción de anulación arbitraje — Plazo de caducidad para para la interposición de la demanda de nulidad de laudo arbitral: *dies a quo* — Consejo Arbitral para el Alquiler de la Comunidad de Madrid — Anulación improcedente.

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Civil y Penal, Sección Primera, de 2 de febrero de 2021 (ponente: Celso Rodríguez Padrón) desestima la demanda interpuesta contra la Agencia Negociadora del Alquiler S.L. y D. Jorge, por caducidad, y decide no haber lugar a la declaración de nulidad del laudo arbitral dictado por árbitro único en fecha 19 de julio de 2019, aclarado en 15 de octubre. De acuerdo con esta decisión:

«(...) La cronología que resulta acreditada en las presentes actuaciones y que debe analizarse a la hora de valorar la alegación de caducidad de la acción responde a los siguientes indicadores. 1.— La notificación del laudo aclaratorio se produjo (en la persona de un hermano del demandante) — según consta documentado— el 16 de octubre de 2019. 2.— Consta en la causa la solicitud del demandante de concesión del beneficio de justicia gratuita, cursada a través del Servicio de Orientación Jurídica de los Juzgados de Madrid el 5 de noviembre de 2019, esto es, veinte días después de la recepción de la notificación del complemento aclaratorio del laudo que hoy se impugna. 3.— La designación de defensa efectuada por el Iltre. Colegio de Abogados de Madrid se produce el 2 de diciembre de 2019. No es posible acreditar la fecha en la que se produjo la notificación al demandante de la designación de abogado y procurador de turno de oficio. Tras varios requerimientos para que se llevase a cabo esta precisión — dispuestos a través de sucesivas Diligencias de Ordenación de la Sra. Letrada de la Administración de Justicia lo más preciso que se ha logrado obtener como respuesta es cuanto consta en el escrito presentado por la Procuradora D.ª Lucía Gloria Sánchez Nieto (el 11 de marzo de 2020) en el que expone que la designación mencionada se realizó por el Iltre. Colegio de Abogados de Madrid el día 2 de diciembre de 2019, y se notificó por correo ordinario al solicitante (no con acuse de recibo donde pudiera constar fecha de entrega); tales manifestaciones se corresponden con la certificación del Colegio de Abogados de fecha 9 de marzo que consta unida al proceso. El demandante afirma como fecha de la recepción el 19 de diciembre. 4.— La demanda se firma electrónicamente por el Letrado del actor el día 3 de febrero de 2020; se remite a través de Lexnet al Tribunal Superior de Justicia a las 19:33 horas de ese día. Y se registra, finalmente, en el Registro General del Tribunal Superior de Justicia el 4 de febrero de 2020. Dado que el plazo (de caducidad) para la interposición de la demanda de nulidad de laudo arbitral establecido en el art. 41.4.º se ciñe a los dos meses siguientes a la notificación del laudo o de su complemento o aclaración, y que la solicitud del beneficio de justicia gratuita suspende dicho plazo según el artículo antes citado, es evidente que la reanudación del mismo se producía con el límite de días que restaban descontando el período inicialmente ya transcurrido. Encuentra esto su lógica a fin de no dejar al albur de quien pretenda acogerse al régimen de justicia gratuita la demora en la solicitud del beneficio y en consecuencia la indefinición sine die de un período cronológico que responde a los condicionantes de la caducidad y no de la prescripción. Siendo ello así, esa reanudación determinaba como resto del período para la interposición de la demanda 40 días, que computados a partir del 19 de diciembre (incluso dando por válida la simple manifestación del demandante sobre la fecha de recepción de la notificación por correo ordinario) finalizan sin lugar a dudas antes del 4 de febrero. El demandante de nulidad del laudo ha empleado 65 días para la interposición de la demanda, sobrepasando por tanto el plazo de caducidad establecido inexorablemente por la ley. Todo lo anterior conduce a una conclusión: la demanda fue interpuesta después de agotado el plazo de caducidad (incluso

considerando la paralización que produjo la suspensión por justicia gratuita). De tal modo, ha de declararse la caducidad de la acción, lo que comporta inexorablemente la desestimación de la demanda».

[Vid.. Fabio Virzi y Jose Piñeiro, «La importancia del plazo de caducidad en la interposición de una acción de nulidad de laudo», *supra*]

PARA QUE LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA PUEDA CONSIDERARSE QUE INFRINGE EL ORDEN PÚBLICO, HA DE SUPONER UNA TOTAL AUSENCIA DE TAL VALORACIÓN, O QUE LA REALIZADA SEA TAN ARBITRARIA, VOLUNTARISTA O IRRACIONAL QUE EQUIVALGA A DICHA AUSENCIA (STSJ MADRID CP 1ª 11 FEBRERO 2021)

Arbitraje — Acción de anulación — Arbitraje de consumo — Deficiente valoración de la prueba — Orden público — Anulación improcedente.

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Civil y Penal, Sección Primera de 11 de febrero de 2021 (ponente: Francisco José Goyena Salgado) desestima una demanda ejercitando la acción de anulación, contra un laudo arbitral que dicta el tribunal arbitral designado por la Junta Arbitral de Consumo y en consecuencia, confirma el mismo, razonando en los siguientes términos:

«(...) La acción de anulación que se ejercita predica su anulación al amparo del motivo de nulidad contemplado en el art. 41.1º. f) L A, "ser el laudo contrario al orden público".

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 español, siendo sus normas jurídicas básicas e inderogables por la voluntad de las partes, tanto en lo social como en lo económico (STC 2ª 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". Criterio reiterado en nuestra sentencia de fecha 12 junio 2018 y en la ya citada. Más recientemente la STC 46/2020, de 15 de junio de 2020, sobre dicho concepto tiene establecido: "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 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. 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.

b) Atendido el alcance y función revisora que otorga a esta Sala el recurso de anulación en el que nos encontramos y el concepto acuñado de orden público, debe ser desestimada la demanda formulada, pues por una parte desborda claramente el marco de aplicación del recurso interpuesto y, por otra parte, el Laudo dictado no vulnera el orden público.

c) Desborda el marco de aplicación del recurso de anulación formulado ya que, en realidad, lo que subyace en la demanda planteada, es la pretensión de revisión de la cuestión litigiosa en cuanto al fondo, a modo de una segunda instancia plena. Dicha posibilidad viene abocada al fracaso, desde el momento en que el fundamento de la demanda sería el trasunto del motivo de oposición que debió esgrimirse en el procedimiento arbitral y que la parte demandante no articuló al no comparecer en dicho procedimiento, pese a estar debidamente citada. Las razones que se esgrimen, singularmente que el vehículo ni se encuentra ni se ha encontrado jamás en posesión de mi mandante y que esta parte carece de legitimación alguna para obtener la posesión del vehículo, debieron exponerse ante el colegio arbitral que examinó la controversia litigiosa, más aún cuando apoya su oposición a la pretensión de la reclamante en un documento presentado ex novo ante esta Sala, privando de su valoración al colegio arbitral. Si no puede la Sala hacer un juicio de revisión pleno de la cuestión litigiosa, menos hacerlo con apoyo en elementos probatorios no incorporados y valorados oportunamente en el procedimiento arbitral. No corresponde a la Sala, dado el alcance del procedimiento de anulación en el que nos encontramos, como ya hemos expuesto al examinar la doctrina al respecto, entrar a examinar la corrección jurídica de la decisión adoptada por el colegio arbitral, sino solo comprobar que, 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. Como tiene declarada la jurisprudencia en este aspecto, la labor de la Sala tiene como función la de comprobar la regularidad del procedimiento arbitral y como objeto dejar sin efecto lo que pueda constituir un exceso del laudo arbitral, pero no corregir sus deficiencias u omisiones. Dicho criterio viene avalado por la citada STC 15 de junio de 2020, al establecer: "Por consiguiente, es claro que la acción de anulación 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, "al estar tasadas las causas de revisión previstas en el citado art. 45, y limitarse estas 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 solo pueda obtenerse la anulación de un laudo en casos excepcionales" (STJCE 26 de octubre de 2008, asunto *Mostaza Claro*, C-68/05)". No se aprecia, en definitiva, que el Laudo arbitral impugnado incurra en cualquiera de los defectos o excesos señalados, limitándose a la resolución de la cuestión litigiosa planteada en términos que resultan plenamente validables. d) Por otra parte, del examen del laudo arbitral impugnado, en modo alguno se desprende que haya infringido el orden público. El colegio arbitral asumió el conocimiento del litigio regularmente, conforme al sometimiento al arbitraje acordado por las partes, lo que no es impugnado por la parte demandada, alegando causa de nulidad al respecto. No se alega tampoco infracción de los principios que deben regir el procedimiento arbitral, singularmente el derecho a ser oídas las partes, a proponer las pruebas que estimen oportunas en favor de sus respectivas pretensiones y a hacer las pertinentes alegaciones en su defensa. La oposición que se desprende de la demanda se concretaría en una incorrecta valoración de la prueba por parte del colegio arbitral. Dicha fundamentación, sin embargo, no llena las exigencias que se derivan de la infracción del orden público, a los efectos de considerarlo infringido, pues no basta la mera alegación de la incorrecta valoración de la prueba, cuando con ello tan solo se plantea la mera discrepancia con la realizada por el órgano arbitral. Para que la valoración de la prueba pueda considerarse que infringe el orden público, ha de suponer una total ausencia de tal valoración, o que la realizada sea tan arbitraria, voluntarista o irracional que equivalga a dicha ausencia, apartándose clamorosamente de la cabal valoración que deba realizar el órgano laudatorio, conforme a los criterios del *onus probandi* y de la racional apreciación de la prueba, conforme a las reglas legales, la experiencia, la lógica y el resultado de la prueba. En el caso presente en modo alguno el órgano colegial incurre en dichos defectos, sino que, por el contrario, sin olvidar que el arbitraje es en equidad, atiende y valora críticamente la prueba practicada, que recordemos una vez más, se limita a la aportada por la parte demandante, al no comparecer la parte demandada y considerar acreditados los hechos alegados por la primera. Y decimos que la valoración es crítica porque no se limita a trasladar al fallo, sin más, la pretensión actora, sino que su pretensión es estimada parcialmente, como cabe colegir de la parte resolutoria del Laudo. Procede por todo lo expuesto desestimar la demanda formulada».

NO SE APRECIA ARBITRARIEDAD EN LA DECISIÓN DEL ÁRBITRO SINO QUE EL MOTIVO TIENDE A UNA REVISIÓN SOBRE EL FONDO DEL ASUNTO QUE ESTÁ VEDADA AL TSJ (STSJ CATALUÑA CP 1ª 12 FEBRERO 2021)

Arbitraje — Acción de anulación — Arbitraje de transportes — Motivación arbitraria — Orden público — Procedimiento arbitral — Anulación improcedente.

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, Sección Primera, de 12 de febrero de 2021 (ponente: María Eugenia Alegret Burgues) desestima una acción de nulidad contra un Laudo dictado el 21 de febrero de 2020 por la Junta Arbitral de Transporte de Catalunya,

con sede en Tarragona. Razona la Sentencia del siguiente modo:

«(...) (L) a acción de anulación no es equiparable a una segunda instancia, ni permite una nueva valoración de la prueba, o de la interpretación, en su caso, de los pactos contractuales habidos ni analizar —por regla general— la corrección en la aplicación de la Ley realizada por los árbitros en el análisis de la cuestión de fondo. 6.—Dicha tesis viene confirmada por la reciente STC 46/2020 de 15 de junio conforme a la cual en el arbitraje: "... es consustancial la mínima intervención de los órganos jurisdiccionales por virtud y a favor de la autonomía de la voluntad de las partes, que han decidido en virtud de un convenio arbitral sustraer de la jurisdicción la resolución de sus posibles controversias y deferir a los árbitros el conocimiento y solución de sus conflictos, que desde ese momento quedan vedados a la jurisdicción por expresa voluntad de las partes. Por consiguiente, es claro que la acción de anulación 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, "al estar tasadas las causas de revisión previstas en el citado art. 45, y limitarse estas 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)». «(...) Sobre la regularidad del procedimiento arbitral y el orden público.

1.— Mediante su inclusión en el ap. 1, letra f) del art. 41 LA la demandante esgrime lo que, a su juicio, ha constituido una grave irregularidad del procedimiento arbitral susceptible de provocar la nulidad del laudo combatido, cual es la de no haber el tribunal arbitral dado traslado a la ahora demandante del escrito de contestación a la reconvencción que formuló en el acto de la vista y de la documentación aportada por la otra parte en la cual, según se afirma, se basó el árbitro para rechazar su reconvencción.

2.— Sin perjuicio de que tal causa de nulidad vendría integrada más propiamente en la letra del art. 41.1º d) LA, esto es, por no haberse ajustado el procedimiento arbitral a la Ley de Arbitraje, el motivo debe ser rechazado.

3.— Como dijimos en la STSJ Cataluña n.º 6 de 23 de enero de 2014 en relación con las eventuales irregularidades del proceso arbitral cabe proclamar con carácter general que no todo defecto procedimental puede dar lugar a la nulidad del procedimiento arbitral seguido, sino únicamente aquellos que por su gravedad han afectado a los principios de igualdad, audiencia o contradicción, incidiendo en efectiva indefensión.

4.— El procedimiento ante las Juntas arbitrales viene regulado, como hemos visto, en el art. 9 de Real Decreto 1211/1990, de 28 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres. En él se prevé la celebración de una vista oral y que el laudo se dicte una vez oídas las partes y practicadas o recibidas las pruebas que se hayan

admitido, en el plazo previsto en la legislación general de arbitraje pudiendo el Presidente decidir por sí solo cuestiones de ordenación, tramitación e impulso del procedimiento.

5.— Ciertamente el art. 30.3º LA, dispone que: "De todas las alegaciones escritas, documentos y demás instrumentos que una parte aporte a los árbitros se dará traslado a la otra parte.

Asimismo, se pondrán a disposición de las partes los documentos, dictámenes periciales y otros instrumentos probatorios en que los árbitros puedan fundar su decisión", mandato que, como dijimos en la STSJ Cataluña 51/2015 de 6 de julio, se adecua y se halla en consonancia con los principios procesales que han de regir el procedimiento arbitral y que aparecen en el art. 24 LA ("Principios de igualdad, audiencia y contradicción 1. Deberá tratarse a las partes con igualdad y darse a cada una de ellas suficiente oportunidad de hacer valer sus derechos. 2. Los árbitros, las partes y las instituciones arbitrales, en su caso, están obligadas a guardar la confidencialidad de las informaciones que conozcan a través de las actuaciones arbitrales").

6.— Constatamos del expediente arbitral que nos ha remitido la Junta arbitral de Transporte que, realizada la vista oral el día 1 de marzo de 2019, en la misma se acordó dar traslado por 15 días a la hoy demandada para que contestase a la reconvencción formulando las alegaciones que estimase oportunas (...).

7.— La parte reclamada en la reconvencción formuló alegaciones el día 15 de marzo 2019 reiterando lo que ya había dicho en la demanda arbitral inicial respecto de los cargos que la reclamada oponía como compensación con el precio de los transportes realizados por F.T. SL y no pagados a la reclamante. Acto seguido aparece en el expediente arbitral el laudo dictado por la Junta de Transporte con fecha 21 de febrero de 2020. Se produjo pues la irregularidad formal que denuncia la parte ahora demandante pues no consta que se diese traslado del escrito de alegaciones presentado en marzo por la parte contraria.

8.— Sin embargo, en el presente caso no puede olvidarse que toda la controversia versó desde un principio sobre la virtualidad de tales cargos —el precio del transporte no se había discutido— razón por la cual la reclamante ya presentó junto con su demanda ante la Junta de Transporte los documentos que entendió oportunos para acreditar que los cargos no eran procedentes, entre ellos, las conversaciones vía mail con las que quería demostrar que S.L. SA aceptaba los vales de palés canjeables que las empresas destinatarias de los transportes entregaban al transportista cuando no podía hacerse el intercambio en el momento de la entrega.

9.— Pese a que en el escrito de alegaciones presentado el día 15 de marzo 2019 por F.T. SL ante la Junta de Transporte se mencionaba la aportación de documentos, lo cierto es que no consta en el expediente arbitral que llegasen a presentarse y, de hecho, los mails que se mencionan en dicho escrito de alegaciones, de 4 de septiembre y de 4 de octubre de 2017, se hallaban acompañados con la reclamación inicial (...), de modo que no se acredita ni se razona, por el ahora demandante, de qué modo la omisión del traslado del escrito de alegaciones habría podido causar la indefensión material que se invoca cuando no se había previsto ni era exigible un nuevo trámite de réplica para que la parte contestase dicho escrito y tampoco existieron documentos nuevos que impugnar. De hecho, más que una reconvencción propiamente dicha, lo que alegó la reclamada fue la

compensación y el árbitro hace mención a los mails que ya constaban en el expediente y de los que se había dado traslado en su momento a la parte instada».

«(...) Infracción del orden público.

1. Como indicamos en la STSJ Cataluña 39/2020 de 30 de noviembre de 2020 en relación con la causa de anulación del laudo referida al orden público hemos declarado — SSTSJ Cataluña 45/2012, de 12 de julio, 27/2013, de 2 de abril y 3/2014, de 7 de enero, 38/2019 de 23 de mayo — 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, límite que se impone también. Por ello, el laudo arbitral no puede traspasar el orden público, y en caso que lo hiciera, 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.

2. Ello expuesto, el motivo también decae.

3. No apreciamos arbitrariedad en la decisión del árbitro sino que el motivo tiende a una revisión sobre el fondo del asunto que, como se ha expuesto, por ley nos está vedada. El árbitro no afirma que no existiese una obligación accesoria del transportista para el intercambio de los palés. Lo que aduce para rechazar la reconvenición/compensación es que no se conocen los exactos términos de esta obligación ("el régimen jurídico") por no haberse aportado el contrato y "sense coneixer el contingut concret en relació amb aquest aspecte determinat no se podía condemnar a la transportista", que la práctica entre las dos empresas cuando no se podían recoger los palés era recibir un vale que se entregaba a S. para su canjeo, lo que había hecho F.T. SL sin oposición por parte de la primera durante más de 6 meses; que, consecuentemente, existía la posibilidad de recobrar los palés. También rechazaba la compensación por cuanto no estimaba probada la liquidez de la deuda por palés no devueltos y/o extraviados.

4. La valoración de la prueba pertenece a los árbitros y solo en el caso de error patente o manifiesta arbitrariedad, que aquí no se aprecia, puede anularse el laudo por este motivo.

5. Advertir, una vez más, que la acción de nulidad 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 TEMA DEL ARBITRAJE PERMITE QUE EL DEMANDADO PUEDA OPTAR POR LA POSTURA DE SOMETERSE A LA JURISDICCIÓN, NO HACIENDO USO DE LA CLÁUSULA DE ARBITRAJE, ALGO QUE NO PUEDE HACER EL ÓRGANO JUDICIAL POR ÉL (AAP CÁDIZ 8ª 15 FEBRERO 2021)

Arbitraje — Declinatoria arbitral — Convenio arbitral: verificación — Desestimación de la declinatoria.

El Auto de la Audiencia Provincial de Cádiz, Sección Octava, de 15 de febrero de 2021 (ponente: Ignacio Rodríguez Bermúdez de Castro) confirma la actitud del demandado de acudir a la jurisdicción ordinaria pese a la existencia de un convenio arbitral con el siguiente razonamiento:

«(...) Con carácter previo a resolver procede destacar que la extensión y límites del orden jurisdiccional civil viene determinado por lo dispuesto en la LOPJ y los Convenios Internacionales (art. 36 LEC). La falta de jurisdicción de los Tribunales civiles solo puede apreciarse de oficio, tan pronto como se advierta, en los supuestos previstos en el art. 38 LEC, en concreto: cuando el asunto pertenezca a otro orden jurisdiccional o sea de competencia internacional. No se incluye, pues, el caso de que el asunto esté sometido a arbitraje, que solo podrá hacerse valer a instancia de parte mediante declinatoria (art. 39 y art. 63 LEC). No podemos abstraernos del carácter rogado de la sumisión a arbitraje que se impone en primera instancia, en especial, es trascendente la actitud procesal del demandado que puede renunciar al arbitraje compareciendo en el pleito y asumiendo la jurisdicción. Así es de plena vigencia el art. 11 de la Ley 60/2003 que dispone: "...". No hay pues, error procesal alguno, ya que en modo alguno afecta a la decisión el que se incorporara o no el contrato de arrendamiento a la demanda. A la vista de dicho contrato, el Letrado, y por consiguiente el juzgador, estaban obligados a admitir dicha demanda, una vez que apreciaron que la misma reunía los requisitos procesales, y ya que el tema del arbitraje permite que el demandado pueda optar por la postura de someterse a la jurisdicción de los Juzgados y tribunales, no haciendo uso de la cláusula de arbitraje, algo que no puede hacer el órgano judicial por él. Todo ello deja sin motivo alguno al recurso, que se basa en un error procesal totalmente inexistente y que no obviaría en todo caso la cuestión de fondo».

EFFECTIVIDAD DE UNA CLÁUSULA DE SUMISIÓN A ARBITRAJE PACTADA EN EL ÁMBITO DEL CONTRATO MARCO QUE REGULABA LAS RELACIONES ENTRE UN PROCURADOR Y UNA ENTIDAD BANCARIA (AAP VALLADOLID 3ª 15 FEBRERO 2021)

Arbitraje — Declinatoria arbitral — Cláusula predispuesta — Convenio arbitral: verificación — Estimación de la declinatoria.

El Auto de la Audiencia Provincial de Valladolid, Sección Tercera, de 15 de febrero de 2021 (ponente: Ignacio Martín Verona) confirma la sentencia de instancia que estimó una declinatoria arbitral declarando la falta de jurisdicción de este orden jurisdiccional para conocer de la demanda, por estar sometida la cuestión a arbitraje, al que deberá acudir la parte actora. La Audiencia argumenta del siguiente modo:

«(...) La cuestión suscitada en cuanto a la efectividad de la cláusula de sumisión a arbitraje

pactada entre las partes en el ámbito del contrato marco que regulaba las relaciones entre el procurador Sr. Demetrio y la entidad U.B. S.A, suscrito con fecha 30 de junio de 2013, ha sido resuelta por esta Audiencia Provincial, Sala 1ª, mediante auto de fecha 14 de diciembre de 2020 dictada en el rollo de Apelación n.º 385/20 (ponente Sr. Alonso-Mañero), con sustento en el criterio establecido en virtud del acuerdo de Pleno jurisdiccional celebrado por las Secciones Civiles de la Audiencia Provincial de Valladolid celebrado con fecha 6 de noviembre de 2020. Como se expresaba en dicha resolución judicial, en cuanto a la eficacia de los actos propios, la conducta desplegada por la entidad demandada en ocasiones anteriores (en el sentido de haberse allanado a idénticas pretensiones del actor) no puede entenderse con efectos de renuncia a hacer valer la excepción de sumisión a arbitraje en ulteriores procedimientos, como ha sido el caso, dado que se trata de una facultad procesal a disposición de la parte que dimana del contenido pactado en el referido acuerdo marco. En cuanto a la interpretación que debe otorgarse al instrumento jurídico en virtud del cual se ha hecho valer la excepción de falta de competencia jurisdiccional, se descartaba la condición de consumidor del Sr. Demetrio para dar efectividad a la normativa y jurisprudencia tuitiva en defensa de una eventual posición de desequilibrio frente a la entidad bancaria, en atención al dato objetivo —que debe considerarse como hecho notorio— de su condición de profesional del derecho en su actividad profesional como procurador, lo que excluye la aplicación del régimen establecido en el art. 82.2º LCGDCU. El carácter convencional del pacto, que regulaba a las condiciones específicas de la prestación profesional del demandado en su calidad de procurador de la demandada, y, por tanto, su indiscutible carácter subjetivo y personal, impide aplicar la doctrina y jurisprudencia que se invocan por la entidad U.B. S.A en apoyo de sus pretensiones, pues, ni se trata de un negocio jurídico regulado mediante condiciones generales de la contratación, ni, por tanto, puede entenderse que el señor Demetrio ostente la posición de adherente, lo que implica, conforme a la doctrina establecida en las STS de fecha 27 de junio de 2017, 11 de febrero de 2010 y 20 de noviembre de 2008, que debe acudir a una interpretación conforme a las normas que rigen los contratos (art. 1288 Cc y 6.2º LCGC). Aun cuando hubiera podido incurrirse en algún vicio de consentimiento en cuanto al alcance jurídico procesal de la cláusula de sumisión a arbitraje conforme a la normativa civil que regula el contrato (art. 1255 y 1261 y 1301 y concordantes Cc), como se indica en el auto dictado por la sala primera de esta Audiencia Provincial, incumbía a la actora acreditar la existencia de vicio invalidante, sin que se haya desplegado una actividad probatoria a tal fin, de modo que no cabe sino desestimar el recurso, confirmando íntegramente la resolución impugnada».

[Vid.. Auto de la Audiencia Provincial de Valladolid, Sección Tercera, de 16 de mayo de 2021]

NO PUEDE RECONOCERSE VALIDEZ EN ESPAÑA A UN LAUDO ARBITRAL QUE «BENDICE» Y EXIGE EL CUMPLIMIENTO DE UN CONTRATO QUE RESULTA NULO POR CONTRAVENCIÓN DE EXIGENCIAS DE ORDEN PÚBLICO (ATSJ MADRID CP 1ª 17 FEBRERO 2021)

Arbitraje reconocimiento y ejecución laudos extranjeros — Ucrania — Convención de Nueva York de 1958 — Indefensión — Orden público — Execuátur: no.

El Auto del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Civil y Penal, Sección Primera 17 febrero de 2021 (Celso Rodríguez Padrón) desestimar la demanda de reconocimiento del Laudo dictado por el Tribunal Permanente de Arbitraje de la Bolsa de Comercio «Maximum» de Kherson (Ucrania) en fecha 22 de julio de 2019 contra D.^a Marina con las siguientes consideraciones:

«(...) En el presente procedimiento debemos analizar varias cuestiones en orden al tratamiento que merece la objeción ya reseñada de la parte demandada. Por una parte, tropezamos con una dificultad inicial: pese a la importancia que reviste para hacer efectivo el derecho de defensa la debida citación del demandado en un proceso (del orden que sea, y por supuesto también arbitral), no consta acreditada la regla que invoca el actor, de que según el Reglamento del Tribunal de Arbitraje ucraniano, el emplazamiento con plena validez del demandado pueda producirse en el domicilio consignado en el contrato aunque no se encuentre en él o ya no viva allí, siempre que no haya notificado su cambio. No se ha aportado con la demanda copia (ni original ni traducida) del articulado que se invoca donde se contenga semejante previsión alegada en la demanda, y no puede restarse importancia a un extremo tan relevante, máxime cuando el contrato fue firmado en la ciudad de Madrid, donde sí consta acreditado documentalmente que reside la demandada y se encuentra empadronada desde el 20 de enero de 2003. Tampoco consta nada de esto en el texto del Laudo cuyo reconocimiento se pretende. En el apartado dedicado a los "Procedimientos judiciales preparatorios para la vista del caso" (IV) se da cuenta de la designación del árbitro, el señalamiento de la vista, y solamente (epígrafe 14) la falta de presentación de comunicados ni pruebas por escrito de las partes. El resto de referencias jurídicas se centran sobre la legislación civil aplicable a la validez y cumplimiento del contrato, que posteriormente se aplican a la controversia suscitada para alcanzar finalmente una conclusión estimatoria de la demanda. No podemos dejar de resaltar que la garantía de la viabilidad de la citación es lo que permite proclamar en plenitud la vigencia y fortaleza del derecho de defensa, pues solo así podrá quien sea destinatario de una iniciativa procesal incorporarse al litigio y defender su derecho. Tal importancia encuentra reflejo en nuestra legislación procesal. No en vano el art. 399 LEC dispone como uno de los contenidos obligatorios de la demanda el domicilio o residencia "en que puedan ser emplazados" tanto actor como demandado. Obsérvese que no se expresa la Ley en términos abstractos, sino que apunta a la razonable identificación de un domicilio en el que de forma eficaz (no hipotética o teórica) pueda localizarse a las partes. Lo contrario no abundaría más que en un altísimo riesgo de indefensión. Sin necesidad de entrar en el análisis de la consideración que merecería la regla procedimental que se invoca en la demanda de execuátur (dice el actor que establecida en un Reglamento interno y no en una norma con fuerza de ley), la falta de demostración de la previsión en el Reglamento de la corte arbitral ucraniana de esa suficiencia de designación de un domicilio donde el demandado puede ser ya completamente desconocido, es un hecho. Lo que tenemos que ponderar es hasta qué punto puede inclinar la balanza de argumentos a favor de la parte demandada en su oposición al reconocimiento del laudo extranjero, y todo ello sin entrar a considerar cuanto añade en su escrito de contestación acerca del perfecto conocimiento por parte del actor del domicilio en España donde podía haber sido eficazmente localizada. La conclusión a que llega la Sala es que la causa de oposición, no puede encontrar amparo en el art. V.1º.b) del ya citado Convenio de Nueva York de 1958, al no poder apreciarse que la regla de validez procedimental invocada por la parte actora haya causado verdadera

indefensión material. Y ello por una sencilla razón: la propia demandada, al suscribir el contrato de préstamo —que consta incorporado a la demanda y con la debida traducción sin haber sido impugnada— hizo constar un concreto domicilio (en Ucrania), y asumió voluntariamente la obligación de informar a la otra parte (la obligación era recíproca) sobre cualquier cambio de domicilio o residencia, sobre cambio de medios de comunicación suyos y/o de sus representantes legales. De tal modo admitió (así figura con incuestionable nitidez también en el contrato) que toda notificación certificada en las direcciones de las partes, se considerase entregada al décimo día desde el momento de su envío, independientemente de recibirla o no (...). Puede parecer —en términos de purismo procesal— más o menos generosa esta aceptación de eficacia, pero su validez, como cláusula asumida en un contrato, no puede desvirtuarse ahora, a la hora de oponerse a la pretensión de reconocimiento del Laudo dictado, como causa de contrariedad al orden público. Si en el ámbito arbitral la autonomía de la voluntad es un pilar esencial, esta parte ha de asumir el compromiso adquirido, que —en este punto concreto— no contraviene normas imperativas, de obligado respeto, que pudieran invalidarlo. La obligación de comunicar el cambio de domicilio para ser notificado de manera eficaz es una manifestación de voluntad perfectamente asumible, y por lo tanto, merece el respeto de toda cláusula contractual que no sea contraria a la ley, a las costumbres o a las exigencias de la buena fe, por acudir a cuanto dispone en nuestro ordenamiento jurídico el art. 1258 Cc».

«(...) Ahora bien: no puede concluir en estas dos facetas el análisis del reconocimiento ejecutivo que se pide. El respeto (o la vulneración) del orden público, como canon de validez de los laudos arbitrales, hemos dicho en numerosas ocasiones que puede apreciarse de oficio. 1.— Por una parte hemos de recordar los numerosos ya pronunciamientos emitidos en torno a la delimitación que debe otorgarse a la causa prevista en el art. 41.1º.f) LA en cuanto contempla como una de las causas tasadas de impugnación por nulidad del laudo arbitral la contrariedad al orden público. 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. Y ello exige unas fuertes garantías. 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 (...). En aplicación de la comentada previsión legal, cuanto advertimos es que el contrato de préstamo cuya ejecución dio lugar al Laudo arbitral que se pretende ver reconocido en España, adolece de nulidad por establecer un interés leonino: dispone que el prestatario se compromete a abonar al prestamista un interés mensual (resaltamos: mensual) del 15% por el uso del capital prestado (...). La plasmación en un contrato de un interés

mensual del 15% como condición de uso del capital no puede admitirse como cláusula amparada jurídicamente. Es, por su cuantificación rotundamente desproporcionada, una imposición usuraria, que contraría el orden público español sin duda, y también el ámbito del Derecho de la Unión Europea con idéntica seguridad. Al amparo de lo establecido en el art. V.2º.b) del Convenio de Nueva York de 1958 ya citado, en relación con el art. 41.2º LA, esta apreciación palmaria ha de conducir forzosamente a la desestimación de la demanda. No puede reconocerse validez en España a un Laudo arbitral que "bendice" y exige el cumplimiento de un contrato que resulta nulo por contravención de exigencias de orden público».

[Vid. Javier Izquierdo y Marta Robles, «Reconocimiento de laudos arbitrales extranjeros y vulneración del orden público español», *supra*]

NO ES CONTRARIO A DERECHO EL DESISTIMIENTO DEL RECURSO DE APELACIÓN CONTRA UNA DECISIÓN QUE ADMITIÓ UNA DECLINATORIA ARBITRAL (AAP VALENCIA 9ª 18 FEBRERO 2021)

Arbitraje — Declinatoria arbitral — Estimación de la declinatoria.

El Auto de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección Novena, de 18 de febrero de 2021 (ponente: Purificación Martorell Zulueta) confirma el auto del Juzgado de lo Mercantil n.º 3 de Valencia apreció su falta de jurisdicción para el conocimiento de las actuaciones, con abstención y sobreseimiento de lo actuado, por corresponder a la Corte de Arbitraje instruida en la Cámara de Comercio, Industria y Navegación de Valencia. Tras la interposición del correspondiente recurso las partes llegaron a un acuerdo. En consecuencia la Sala dispone que:

«(...) La sala ha examinado el documento adjunto a la solicitud descrita en el apartado precedente, del que resulta que: 1) la resolución que dio lugar al recurso es un auto resolutorio de cuestión de competencia por declinatoria derivada de la sumisión de la cuestión litigiosa a arbitraje. 2) Fuera del ámbito del procedimiento indicado, las partes han llegado a un acuerdo para la determinación del importe del crédito a favor de R.H. SL en la cantidad de 37.000 euros, con renuncia a las acciones que pudieran corresponderle una vez percibido el indicado importe en la forma que se describe en el documento. 3) Una vez verificado el pago, acordaban la comunicación a la Sección 9ª para solicitar el archivo definitivo del recurso de apelación sin condena en costas. Dicho este, no siendo contrario a derecho el desistimiento del recurso de apelación por parte de quien ha promovido el mismo frente a una concreta decisión judicial, la sala acuerda tener por efectuada dicha disposición del proceso, y por terminado el presente rollo de apelación, sin hacer pronunciamiento impositivo en costas, y sin que tal decisión deba entenderse en perjuicio de derecho de terceros».

POSIBILIDAD DE SOMETIMIENTO A ARBITRAJE DE LOS LITIGIOS ARRENDATICIOS, SIEMPRE QUE TENGAN POR OBJETO CONTROVERSIAS QUE PUDIERAN RESOLVERSE A TRAVÉS DE ESA FORMA DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS (AAP BARCELONA 13ª 22 FEBRERO 2021)

Arbitraje — Arbitraje de alquileres — Arbitrabilidad — Consumidores — Declinatoria arbitral — Convenio arbitral inserto en una cláusula de adhesión — Estimación de la declinatoria.

El Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Decimotercera, de 22 de febrero de 2021 (María del Pilar Ledesma Ibáñez) desestima un recurso de apelación interpuesto contra un auto de 12 de julio de 2019, aclarado por el de 16 de septiembre de 2019, ambas resoluciones dictadas por el Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de Martorell, acuerda confirmar dichas resoluciones y, consecuentemente, ratifica la falta de jurisdicción del Juzgado de procedencia por sumisión de la cuestión litigiosa a arbitraje y el sobreseimiento del proceso. Para ello declara que:

«(...) Partiendo de los antecedentes expuestos, debemos avanzar que el recurso de apelación no puede prosperar puesto que compartimos plenamente los razonamientos expuestos por la jueza a quo para acoger la declinatoria promovida. Ante todo debemos advertir que, para superar diferencias doctrinales y jurisprudenciales anteriores sobre la posibilidad de sometimiento a arbitraje de los litigios en materia de arrendamientos urbanos, mediante la reforma de la Ley de Arrendamientos Urbanos (LAU) operada por la Ley 4/2013 se añadió un nuevo ap. 5 al art. 4 a cuyo tenor: "Las partes podrán pactar la sumisión a mediación o arbitraje de aquéllas controversias que por su naturaleza puedan resolverse a través de estas formas de resolución de conflictos, de conformidad con lo establecido en la legislación reguladora de la mediación en asuntos civiles y mercantiles y del arbitraje". Conviene precisar, además, que la polémica doctrinal anterior a dicha reforma cuestionaba fundamentalmente la posibilidad de sometimiento a arbitraje cuando se trataba de arrendamientos de vivienda, y especialmente con relación a la acción de desahucio por falta de pago, por razón de las normas imperativas que contiene la LAU en protección del arrendatario, no así en contratos para uso distinto del de viviendas, como lo es el que nos ocupa, y, en este sentido hay que recordar que el art. 4.3º LAU establece que el principio de autonomía de la voluntad es el rector en esta materia cuando dispone que: "Sin perjuicio de lo dispuesto en el ap. 1 de la misma norma, los arrendamientos para uso distinto del de vivienda se rigen por la voluntad de las partes, en su defecto, por lo dispuesto en el título III de la presente ley y, supletoriamente, por lo dispuesto en el Código Civil». Por lo tanto, como idea central, debemos afirmar que el art. 4.5º LAU ha venido a plasmar normativamente la posibilidad de sometimiento a arbitraje de los litigios arrendaticios, siempre que tengan por objeto «controversias que pudieran resolverse a través de esa forma de resolución de conflictos". En esta misma línea de pensamiento, el art. 2 LA, considera susceptibles de arbitraje todas aquellas controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho, de modo que no existiría exclusión alguna de los procesos arrendaticios, ni siquiera en relación con los de vivienda. En este mismo sentido se pronuncia, entre otros muchos el AAP Madrid Civil sección 11 del 24 de enero de 2013, o el AAP Sevilla sección 6 de 17 de mayo de 2018, que incluso llega a precisar que "los contratos de arrendamiento no constituyen per se materia de orden público, por más que toda la regulación positiva sea cual sea la materia responde a unos principios rectores por los que el legislador entiende debe regirse la convivencia, en este sentido cualquier normativa es materia de orden público, pero el problema no reside en dilucidar esta cuestión sino en determinar si se trata de

derechos disponibles y la respuesta ha de ser positiva, visto el contenido de la regulación vigente, LAU de 1994". La aplicación de las consideraciones precedentes conducen ya, sin necesidad de mayores argumentos, a la desestimación del recurso; si bien, en respuesta a las alegaciones de la recurrente y por agotar el debate, nos limitaremos a hacer algunas precisiones (...). Ello por cuanto se trata de una cláusula con una redacción sencilla y clara que permite una fácil comprensión gramatical, sin que el hecho de que fuera predispuesta por alguna de las partes (lo que es consustancial a su propia naturaleza de condición general de contratación) determine por sí solo, en un caso como el que examinamos, que no es una relación de consumo, su invalidez. Y la actora, que sería la entidad adherente, ha firmado el contrato, no ha alegado ni ha ejercitado pretensión alguna basada en la concurrencia de un consentimiento viciado y no consta que no hubiera podido conocer dicha estipulación al tiempo de la celebración del contrato. Por lo tanto debemos concluir que la cláusula decimosexta del contrato de arrendamiento suscrito por las partes es clara y que mediante la misma, dada la generalidad de los términos en que aparece redactada, queda patente la voluntad de las partes de que toda cuestión controvertida que pudiese ocasionar dicho contrato quedase sometida al arbitraje. Así, consideramos que el contrato de autos somete sin lugar a dudas, cualquier conflicto que pudiera surgir en relación con la aplicación, interpretación y el cumplimiento —lo que engloba también la situación de incumplimiento— del contrato concertado. 2.— La segunda precisión viene referida a la alegación de que la resolución apelada vulnera las normas imperativas en materia de competencia territorial y prohibición de sumisión. Antes bien, consideramos que, en lo que se refiere al fuero territorial, la propia sumisión al arbitraje impide que puedan invocarse normas de competencia diseñadas para procesos judiciales, pues son dos ámbitos distintos y netamente separados. Así, la norma procesal de competencia puede ser imperativa y de orden público dentro del proceso, pero deja de serlo en instituciones ajenas a él. De hecho, incluso el Preámbulo de la LAU señala que el fuero imperativo de competencia territorial no es óbice a la posibilidad de pactar el arbitraje (...). La consecuencia de lo anteriormente expuesto es que, no estando cuestionada la validez de esa cláusula, su interpretación aboca al pronunciamiento adoptado en primera instancia». Hechas las anteriores precisiones, las consideraciones expuestas conducen, como avanzábamos, a la desestimación del recurso y a la consiguiente confirmación de la resolución recurrida».

EL TSJ DE CANARIAS APLICA LA DOCTRINA EMANADA POR LA STC 15 FEBRERO 2021 AUNQUE CONVENDRÍA UN «AGGIORNAMENTO» DE SU DISCURSO SOBRE LA ACCIÓN DE ANULACIÓN DEL LAUDO (STSJ CANARIAS CP 1ª 2 MARZO 2021)

Arbitraje — Acción de anulación — Motivación — Orden público — Anulación improcedente.

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, Sala de lo Civil y Penal, Sección Primera, de 2 de marzo de 2021 (ponente: María Margarita Varona Faus) desestima una demanda de anulación contra el laudo de 10 de julio de 2020, dictado en el seno de la Corte de Arbitraje de la Cámara Oficial de Comercio, Industria y Servicios de Madrid. Según esta decisión:

«(...) Con carácter previo a pronunciarse este Tribunal sobre la nulidad interesada, ha de hacerse

referencia a la doctrina emanada del Tribunal Constitucional en relación a la cuestión aquí debatida. La reciente Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Constitucional de 15 de febrero de 2021, dictada en el recurso de amparo n.º 3956-2018, consolidando una ya reiterada doctrina nos recuerda que "...en la reciente STC 46/2020, de 15 de junio, FJ 4, a la que desde ahora nos remitimos, hemos señalado que la institución arbitral —tal como la configura la propia Ley de Arbitraje— es un mecanismo heterónomo de resolución de conflictos, al que es consustancial la mínima intervención de los órganos jurisdiccionales por el respeto a la autonomía de la voluntad de las partes (art. 10 CE), que han decidido en virtud de un convenio arbitral sustraer de la jurisdicción ordinaria la resolución de sus posibles controversias y deferir a los árbitros su conocimiento y solución, que desde ese momento quedan vedados a la jurisdicción. Igualmente recordamos que si bien la acción de anulación es el mecanismo de control judicial previsto en la legislación arbitral para garantizar que el procedimiento arbitral se ajuste a lo establecido en sus normas, tal control tiene un contenido muy limitado y no permite una revisión del fondo de la cuestión decidida por el árbitro, ni debe ser considerada como una segunda instancia, pudiendo fundarse exclusivamente en las causas tasadas establecidas en la ley, sin que ninguna de ellas —tampoco la relativa al orden público— pueda ser interpretada de modo que subvierta esta limitación. Ahora, de nuevo, hemos de reiterar 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 de la legalidad del convenio arbitral, la arbitrabilidad de la materia y la regularidad procedimental del desarrollo del arbitraje (...). También, en esta reciente STC 46/2020, advertimos de los riesgos de desbordamiento del concepto de orden público como causa de anulación de los laudos arbitrales [art. 41 f) LA] y de la necesidad de llevar a cabo una interpretación restrictiva del mismo, so pena de vulnerar la autonomía de la voluntad de las partes (art. 10 CE) y su renuncia puntual a la tutela jurisdiccional (art. 24 CE). Debe quedar, por tanto, firme la idea de que el motivo previsto en el ap. 1, letra f) del art. 41 LA no permite sustituir el criterio alcanzado por el árbitro por parte de los jueces que conocen de la anulación del laudo, así como que la noción de orden público no puede ser tomada como un cajón de sastre o una puerta falsa —en palabras del propio Tribunal Superior de Justicia de Madrid (sentencia de 21 mayo de 2013)— que permita el control de la decisión arbitral. Dicho de otro modo, el posible control judicial del laudo y su conformidad con el orden público no puede traer como consecuencia que el órgano judicial supla al tribunal arbitral en su función de aplicación del derecho. Tampoco es una segunda instancia revisora de los hechos y los derechos aplicados en el laudo, ni un mecanismo de control de la correcta aplicación de la jurisprudencia. Por consiguiente, debe subrayarse una vez más que si la resolución arbitral no puede tacharse de arbitraria, ilógica, absurda o irracional, no cabe declarar su nulidad amparándose en la noción de orden público (...). Es decir, quienes se someten voluntariamente a un procedimiento arbitral tienen derecho, claro está, a que las actuaciones arbitrales sean controladas por los motivos de impugnación legalmente admitidos, pero dicha facultad deriva de la misma configuración legal del arbitraje como forma de heterocomposición de los conflictos entre ellos y no del art. 24 CE «cuyas exigencias sólo rigen [...], en lo que atañe para el proceso —actuaciones jurisdiccionales— en el que se pretende la anulación del laudo y para el órgano judicial que lo resuelve" (STC 912005, de 17 de enero, FJ 5). Ahora bien, establecido lo anterior, no cabe duda de que la operación de

enjuiciamiento de la motivación de ambos tipos de resoluciones debe valerse de parecidos criterios, de modo que se puede afirmar que sólo a aquel laudo que sea irrazonable, arbitrario o haya incurrido en error patente podrá imputársele un defecto de motivación vulnerador del art. 37.4º LA (y reiteramos, no del art. 24.1º CE)». Concluye el Tribunal Constitucional indicando que "...conviene dejar sentado que el art. 37.4º LA únicamente dispone que «el laudo será siempre motivado", pero no impone expresamente que el árbitro deba decidir sobre todos los argumentos presentados por las partes o que deba indicar las pruebas en las que se ha basado para tomar su decisión sobre los hechos, o motivar su preferencia de una prueba sobre otra. Las únicas precisiones legales sobre el contenido del laudo que se encuentran en la Ley de Arbitraje son negativas, en cuanto se refieren a las limitaciones que se imponen a la decisión arbitral, derivadas de lo establecido en el art. 41.1º LA sobre los motivos de anulación del laudo, particularmente no resolver sobre cuestiones no sometidas a su decisión o no susceptibles de arbitraje, y no contrariar el orden público. Es decir, de la regulación legal tan sólo se sigue que el laudo ha de contener la exposición de los fundamentos que sustentan la decisión, pero no que la motivación deba ser convincente o suficiente, o que deba extenderse necesariamente a determinados extremos. No cabe deducir de la previsión legal la necesidad de que el árbitro analice en el laudo todas las pruebas y argumentos de las partes, sino tan solo que consten las razones de la decisión, sin que tampoco se obligue a que tales razones deban ser correctas, según el criterio del juez que deba resolver su impugnación (...). En resumen, es preciso reseñar que aunque la intervención jurisdiccional una vez dictado el Laudo sea fundamental para garantizar la seguridad del mismo, la acción de anulación del Laudo es una figura sui generis, distinta de las impugnaciones por medio de los recursos ordinarios, cuya finalidad es sólo la de comprobar si los árbitros se han sometido a lo convenido por las partes, pero sin entrar en la mayor o menor fundamentación del mismo».

«(...) Establecidos por el Tribunal Constitucional los límites que el conocimiento de la acción de nulidad de un laudo arbitral impone a los Tribunales competentes para ello (...). El que la Sra. árbitro se pronunciara sobre los incumplimientos contractuales que se denunciaban en la comunicación remitida por I. a PBV cuando le manifiesta formalmente la resolución contractual que, previamente, había sido aceptada por ambos, sólo puede entenderse a mayor abundamiento y para el caso de que, efectivamente, hubiera existido la resolución contractual unilateral que se denunciaba en la demanda arbitral. Pero como el pronunciamiento arbitral incide en la realidad de la existencia de una voluntad exteriorizada de ambas partes en la resolución del contrato desde el día 22 de diciembre de 2018, aquellos razonamientos del Laudo referidos a que no existieron incumplimientos que afectaran a los aspectos esenciales de las obligaciones asumidas por PBV no desvirtúan el pronunciamiento fundado y motivado en el que se sustenta la desestimación de la demanda arbitral. En consecuencia, no ha existido el motivo de nulidad en que se fundamenta la demanda y por ello procede su desestimación».

EL LAUDO DE CUYA ANULACIÓN SE TRATA NO ADOLECE DE INCONGRUENCIA, NO ES CONTRARIO AL ORDEN PÚBLICO, NI INCURRE EN NINGÚN OTRO MOTIVO DE NULIDAD APRECIABLE DE OFICIO (STSJ CASTILLA Y LEÓN CP 1ª 2 MARZO 2021)

Arbitraje — Arbitraje de consumo — Acción de anulación — Incongruencia — Orden público — Causales aplicables de oficio — Anulación improcedente.

La Sentencia del Tribunal Superior de Castilla y León, Sala de lo Civil y Penal, Sección Primera, de 2 de marzo de 2021 (ponente: Ignacio María de las Rivas Aramburu) declara no haber lugar a la nulidad del laudo dictado en fecha 6 de octubre de 2020 por la Junta Arbitral de Consumo de Burgos, con el siguiente razonamiento:

«(...) Como se dice en el ap. VI del Preámbulo de la Ley de Arbitraje, el objeto de la controversia se contrae al planteamiento efectuado en la demanda y en la contestación a que se refiere el art. 29 del que claramente se desprende que la delimitación de las cuestiones sometidas a la decisión de los árbitros es tarea que incumbe a las partes, y que cumplen al formular sus alegaciones iniciales, o bien con posterioridad, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 29.2º. Por tanto, para que se pueda apreciar, incongruencia extra petita, al amparo del art. 41.1º c) LA como pretende La Sociedad demandante, el laudo debería concedido algo no pedido o haberse pronunciado sobre una pretensión no deducida por los litigantes, infringiéndose así el principio dispositivo que rige en este procedimiento en virtud del cual el árbitro, al igual que el órgano judicial, no puede pronunciarse o decidir sobre las pretensiones que no hayan sido planteadas por las partes (...). El laudo ha determinado el ámbito de la cuestión litigiosa de forma expresa, mediante la transcripción literal de la reclamación, y las alegaciones efectuadas por el hoy demandado, y de las pruebas aportadas por este así como la contestación a la reclamación de la Agencia Funeraria, que no ha hecho alegaciones con posterioridad, y la ha sintetizado en los 8 apartados de su Fundamento Único, concluyendo que: existe un incumplimiento de contrato al menos en cuanto a lo que respecta a la calidad del féretro y que concurre ocultación ya que no se dio aviso a la familia del momento de la incineración, lo cual, de no haber estado atentos les hubiera impedido acompañar al fallecido y, lo que es más llamativo, comprobar el estado del féretro utilizado en el servicio contratado. Esto unido a la especialísima situación creado por el estado de alarma derivado de la pandemia del Covid-19 agravó el dolor y el sufrimiento de la familia ante el fallecimiento causando un daño moral que pudo haberse evitado si se hubiera cumplido el contrato tal y como se ofertó No cabe, por tanto, estimar como incongruente la delimitación que de la controversia se efectúa en el Laudo, a la vista de las alegaciones de ambas partes, que como se ha dicho vienen recogidas íntegramente en el mismo».

«(...) (L)a Agencia Funeraria demandante denuncia que el laudo es contrario al orden público haber declarado la existencia de daños morales no probados y haber fijado arbitrariamente la cuantía de los mismos. Es jurisprudencia reiterada del Tribunal Constitucional la de que por orden público material se entiende (...). Considera la demandante que dichas conclusiones son contrarias al orden público, en su acepción procesal, ya que la valoración de los daños morales a tanto alzado por un supuesto incumplimiento contractual resulta apodíctica), voluntarista y no fundada en razón alguna (...). (E)l art. 41.2º LA autoriza a apreciar de oficio, incluso al margen de la invocación del orden público, cualquier indefensión en que haya podido incurrir la actuación arbitral, prevenida en el ap. b) del n.º 1 del propio artículo, no observándose ninguna en el presente caso, donde figuran respetados todos los trámites y, de hecho, lo que se alega, es una errónea e

incompleta valoración de la prueba, aspecto éste cuya revisión en el presente procedimiento nos está vedada (...). Debiendo, sernos ajena la cuestión de fondo, en la que tanto la actora, a su conveniencia, como la demandada, emplean la mayor parte de sus argumentos no resta sino declarar que, por lo anteriormente expuesto, el laudo de cuya anulación se trata en el presente juicio no adolece de incongruencia, no es contrario al orden público, ni incurre en ningún otro motivo de nulidad apreciable de oficio, rechazando, en consecuencia, la demanda interpuesta, con costas a la demandante».

[Vid.. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla León, Sección Primera, de 11 de marzo de 2021]

HABIDA CUENTA DE QUE EL GENUINO ARBITRAJE TESTAMENTARIO LO ES POR PREDISPOSICIÓN DEL CAUSANTE, SU VOLUNTAD SE IMPONE A LA DE LOS HEREDEROS NO FORZOSOS (STSJ MADRID CP 1ª 2 MARZO 2021)

Acción de anulación arbitraje — Arbitraje testamentario indefensión — Jurisprudencia laudo arbitral — Procedimiento — Anulación improcedente.

La Sentencia del Tribunal de Justicia de Madrid, Sala de lo Civil y Penal, Sección Primera, de 2 de marzo de 2021 (ponente Jesús María Santos Vijande) desestima una demanda de anulación del Laudo arbitral de 21 de octubre de 2019 y del Laudo de 26 de noviembre de 2019, denegatorio éste de la aclaración-rectificación del anterior, den arbitraje administrado por la Corte de Arbitraje de la Fundación Notarial SIGNUM. De acuerdo con esta decisión:

«(...) (C)uando el Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la materia, la legitimación de la institución arbitral y de los árbitros en el procedimiento de anulación no la ha admitido, así el Auto del Tribunal Constitucional 326/1993, de 28 de octubre, dispone que "el árbitro como tal no puede personarse y actuar como una parte más en los procesos que puedan desencadenarse con ocasión de un laudo. Es a los titulares de los derechos e intereses legítimos que se encuentran en litigio a quienes corresponde su defensa en los correspondientes cauces procesales, incluido en su caso el recurso de amparo en sede constitucional". En este momento, pese a que Ley 60/2003 ha introducido ciertas modificaciones que alteran de alguna manera el sistema establecido anteriormente, pues la nueva Ley alude a ésta de forma mucho más extensiva a como lo hacía la Ley de 1988, estimamos que los autores de los Laudos, los árbitros, e incluso las instituciones arbitrales con su responsabilidad económica reconocida en la Ley de Arbitraje no pueden comparecer en el proceso de anulación de laudos. Así el art. 41.1º LA nos dice expresamente que "el laudo sólo podrá ser anulado cuando la parte que solicita la anulación alegue y pruebe". Esta dicción parece hacer ver que comprende a quienes fueron parte en el proceso arbitral, y —como queda dicho— a aquellos que no siendo parte en el procedimiento arbitral, sin embargo puedan justificar un interés en el ejercicio de la acción anulatoria, porque debieron ser parte, o que, pudiendo haber sido, se les haya denegado indebidamente su intervención, pero no a los árbitros". En otras palabras: aun con una concepción máximamente

garantista del término "parte" empleado por el art. 41.1º LA —concepción de la que hemos dado cuenta supra—, de lege lata, en el presente estado de nuestro Ordenamiento no resulta posible conferir legitimación pasiva y mucho menos en régimen de litisconsorcio pasivo necesario al Árbitro que ha laudado ni a la Institución que ha administrado el Arbitraje en el ejercicio de una acción de anulación contra el Laudo. A fortiori, tampoco cabe apreciar la irregular constitución de esta litis pretendida por no haber sido demandado el Notario que otorgó el testamento por incluir una cláusula de arbitraje eventualmente nula. Es evidente que lo ventilado en este proceso — como en el arbitraje— no vincula al fedatario público ni condiciona una acción de responsabilidad, sujeta a presupuestos jurídicos que ni aquí en absoluto son analizados, ni de lege lata pueden serlo. La excepción es desestimada».

«(...) La invalidez de la cláusula arbitral (art. 41.1º.a LA) la basa la demanda en su contravención con lo dispuesto por el art. 10 LA en clara nulidad contra legem. La cláusula testamentaria instituyendo el arbitraje lo hace, cierto es, "a salvo de las legítimas", pero ello no obvia el hecho incontestable de que las desavenencias dirimidas por el árbitro lo han sido entre herederos forzosos, con infracción del límite subjetivo que marca el precitado art. 10 LA. A lo que añade el motivo que, como reconoce el propio Árbitro, el arbitraje y el Laudo mismo no pueden encontrar su fundamento en el art. 9.5º LA, pues "la sumisión al arbitraje testamentario no puede presuponer su posible transformación en otro ordinario por el hecho de que las pretensiones del demandante se muevan fuera del ámbito definido por el testador..." (§ 115 del Laudo) (...). El examen de la invalidez del convenio arbitral ha de efectuarse teniendo en cuenta los siguientes parámetros de enjuiciamiento —amén de las genéricas exigencias constitucionales de motivación prohibitivas de la arbitrariedad, de la contravención de las reglas de la lógica y del error patente...—, que pasamos a reseñar. 1. Criterios de enjuiciamiento (...). Las anteriores reflexiones, amén de útiles para decidir sobre la estimación o no del motivo, constituyen la premisa general de cuanto hemos de decir, de un modo más especial, en relación con la admisibilidad del llamado "arbitraje testamentario", previsto y regulado en el art. 10 LA. Siendo un tema muy controvertido en la doctrina el relativo al ámbito de aplicación del art. 10 LA, ceñiremos nuestras consideraciones a aquellas que son relevantes para la decisión del caso. Más allá de las dudas de constitucionalidad sobre el art. 10 LA que un sector doctrinal preconiza desde el punto de vista del derecho de acceso a la Jurisdicción (art. 24.1º CE), habida cuenta de que el genuino arbitraje testamentario —el instituido en testamento— lo es por predisposición del causante, cuya voluntad "se impone" a la de los "herederos no forzosos" de que habla la Ley; más allá incluso de la oposición a este criterio fundado en el hecho de que la posibilidad de aceptar o repudiar la herencia haría que se pudiese inferir la renuncia libre a la Jurisdicción propia de todo arbitraje —problemática que, como veremos, no es aquí relevante, v.gr., a los efectos del art. 35 LOTC, porque de la validez del art. 10 LA no va a depender la decisión de este caso; lo cierto es que existe hoy un mayoritario asentimiento en entender, de lege lata, que la referencia de ese precepto a los herederos no forzosos responde al afán de excluir del arbitraje testamentario cuanto pueda afectar a aquello que es indisponible para el propio testador en beneficio de los legitimarios, es decir, a aquellas controversias que conciernen a la intangibilidad cuantitativa y cualitativa de la legítima, incluida la mejora, con independencia del título por el que se atribuya (v.gr., arts. 670 y 813 a820 Cc). En lógica correspondencia con este fundamento que late en la redacción del precepto legal está su

previsión de que no puedan objeto de arbitraje testamentario sino aquellas controversias que tengan que ver con la administración y distribución de la herencia, pero sin concernir a ni condicionar los intangibles derechos de los legitimarios. Ahora bien; la Sala entiende que el que no se pueda desposeer a los legitimarios de su derecho a someter a la Jurisdicción todo lo relativo a su condición y al contenido de sus derechos como tales, no significa que, respetando el requisito de la disponibilidad de la materia (art. 2.1º LA), no puedan acudir al arbitraje en el ejercicio libre de su voluntad, expresa o tácitamente manifestada en los términos del art. 9 LA, pudiendo incluso referirse esa voluntad inequívoca de los sucesores al arbitraje instituido en testamento y, desde luego, al que puedan establecer por convenio entre sí o con otros sucesores, en este caso ya para resolver cualquier cuestión relativa a sus derechos sucesorios».

«(...) La decisión sobre el presente motivo de anulación obliga también a considerar la doctrina constantemente sentada por esta Sala sobre el alcance del art. 6 LA, cuando dice: "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". La validez de la cláusula arbitral predispuesta en el testamento de D.ª Asunción no ha sido cuestionada en el seno del procedimiento arbitral (...). A la luz de los criterios que acabamos de reseñar el motivo ha de ser desestimado. Ciertamente es que el arbitraje se ha desarrollado solo entre herederos forzosos dirimiendo, es inconcuso, aspectos que derechamente tienen que ver con derechos intangibles de los legitimarios. Basta leer el parágrafo 102 del Laudo, describiendo las siete cuestiones de fondo sometidas por las partes a la decisión arbitral, para convenir en esta inequívoca conclusión: en síntesis, el Árbitro hubo de determinar los bienes, derechos y obligaciones (activo y pasivo) que han de formar parte de la herencia de la causante, y cuáles no, de entre los que son objeto de discusión por las partes en el arbitraje»- todos los herederos forzosos. En particular, el Laudo resolvió sobre si han de colacionarse la Licencia de Expenduría de Tabacos y Efectos Timbrados n.º 660, el valor de un piso sito en Lacalle ... de Madrid, 240.000 € procedentes de la venta de una casa en la calle ... de Madrid, y el desembolso realizado por la causante para ayudar económicamente a su hija D.ª María Teresa, cifrado en el testamento en la cantidad de 623.000 €. También fue objeto del arbitraje la reclamación a la herencia por la heredera D.ª Teresa de la cantidad de 575.280,89 €. Que esto es así lo reconoce el propio Laudo, cuando en sintonía con un criterio jurisprudencial conteste, afirma (§ 105, p. 63 in fine): "El cómputo de la legítima es la fijación cuantitativa de ésta y se hace calculando la cuota correspondiente al patrimonio hereditario del causante, que se determina sumando el relictum con el donatum (SSTS 17. marzo 1989, 28 septiembre 2005, 21 abril 1990, 23 octubre 1992, 21. abril 1997 y 24 enero 2008). Mientras que la colación es la adición contable a la masa hereditaria del valor del bien donado, la agregación intelectual que deben hacer al activo hereditario los legitimarios que concurran en una sucesión con otros, de los bienes que hubieren recibido del causante en vida de éste, a título gratuito, para computarlo en la regulación de las legítimas y en la cuenta de la partición, como dice el art. 1035 Cc. El causante puede dispensar de la colación a uno o varios de los legitimarios, pero no puede impedir que se computen para calcular la legítima, por mor del art. 813 Cc. La colación lleva simplemente a una menor participación de uno o varios legitimarios en la herencia equivalente a lo que recibió en vida del

causante...". El Laudo, tal y como ha entendido y aplicado la disposición 6ª del testamento otorgado por D.ª Asunción, ha vulnerado el ámbito de aplicación de esta modalidad de arbitraje admitido y previsto en el art.10 LA (...). Ahora bien; de ahí no se sigue con la debida justificación que proceda declarar su nulidad por invalidez del convenio tanto por razones procesales como por entender que ha existido una voluntad arbitral válidamente emitida que sustenta la decisión del Árbitro. No consta —ni en rigor se alega— que la validez de la cláusula arbitral predispuesta en el testamento de D.ª Asunción haya sido cuestionada por la actora —ni por nadie— en el seno del procedimiento arbitral, sin que, por lo que de inmediato se dirá, estemos ante unos de esos casos en que, por imperativo del orden público, resulte obligado apreciar de oficio la invalidez o inexistencia de un convenio arbitral. En consecuencia, el motivo ahora esgrimido lo es sin subvenir a la carga de satisfacer el requisito de procedibilidad previsto en el art. 6 LA. Lo que decimos lleva a la desestimación del motivo, pero merece alguna reflexión añadida habida cuenta de que, en efecto, el arbitraje se ha ventilado con infracción de una regla imperativa, cual es el art. 10 LA en conexión con el art. 6.3º Cc, lo que por sí solo pudiera llevar aparejada la infracción del orden público como motivo de anulación (STC 15 febrero 2021, en el recurso de amparo 3956/2018). La Sala (...) no comparte aquel criterio expuesto en el § 115 del Laudo en cuya virtud "la sumisión al arbitraje testamentario no puede presuponer su posible transformación en otro ordinario por el hecho de que las pretensiones del demandante se muevan fuera del ámbito definido por el testador...". Distintamente a lo postulado por el Laudo, esta Sala entiende que nada impide que los herederos forzosos puedan acudir al arbitraje en el ejercicio libre de su voluntad, expresa o tácitamente manifestada en los términos del art. 9 LA, pudiendo incluso referirse esa voluntad inequívoca de los sucesores al arbitraje instituido en testamento y, desde luego, al que puedan establecer por convenio entre sí o con otros sucesores, en este caso ya para resolver cualquier cuestión relativa a sus derechos sucesorios. Y es que, en rigor, lo que es indisponible para el testador y a cuya observancia subviene el art. 10 LA, es, en buena medida —a salvo de previsiones específicas—, ya disponible para los sucesores desde la aceptación de la herencia, a partir de cuyo momento la herencia es disponible, enajenable, gravable y, por tanto, susceptible de ser sometida a arbitraje, pudiendo los herederos —dicho sea a modo de ejemplo—, si son mayores de edad y con libre disposición de sus bienes, distribuir la herencia de común acuerdo de la manera que tengan por conveniente (art. 1058 Cc, STS 20 octubre 1992) (...). En las circunstancias concurrentes en el caso la Sala no aprecia óbice para poder entender que, más allá de la aplicación del art. 10 LA, la conducta procesal de las partes en el seno del arbitraje y, en particular, de quien ahora solicita su nulidad —a la vista de sus escritos de contestación a la demanda y de conclusiones en el procedimiento, que obran en autos como docs. 3 y 4 de la contestación a la demanda de anulación—, no cuestionando en absoluto la viabilidad del arbitraje por falta de convenio y aceptando sin paliativos la sustanciación del mismo, es expresión de una voluntad suficientemente inequívoca de renunciar a la jurisdicción, deducida de verdaderos actos concluyentes, tal y como autoriza a entender el art. 9.5º LA. Cumple reiterar en este sentido, ya lo hemos dicho, que este Tribunal ha conferido especial trascendencia a la coherencia que la pretensión de anulación guarda con la propia conducta del recurrente, lo cual a su vez también es expresión del principio general de buena fe, del que es concreción la máxima ne venire contra factum proprium. El motivo es desestimado».

«(...) Con fundamento en el art. 41.1º.d) LA, postula la demandante su indefensión en el seno del procedimiento arbitral, pues la no fijación del objeto del arbitraje desde el primer momento le habría impedido valerse adecuadamente de sus medios de defensa (...). Es incuestionable que el procedimiento arbitral no consiente una quiebra del principio de igualdad de armas y propiciar una situación de indefensión real y efectiva, a todas luces vedada por la propia Ley de Arbitraje (art. 24.1º) y, más radicalmente aún, por la Constitución misma, que, como tantas veces ha dicho conteste jurisprudencia, no admite la violación de derechos y garantías fundamentales en el seno del procedimiento arbitral, dada su condición, la del Arbitraje, de genuino "equivalente jurisdiccional", "en el que las partes obtienen los mismos resultados que accediendo a la jurisdicción civil, es decir, una decisión al conflicto con efectos de cosa juzgada-FJ 3º STC (Pleno) 1/2018, de 11 de enero (...). Añádase a lo anterior, una consideración constantemente presente en la doctrina jurisprudencial: no es en modo alguno sostenible el reproche de indefensión —en este caso, a un Árbitro y como causa de anulación del laudo—, si ésta trae causa de que el justiciable no ha actuado con la solicitud que le era exigible (...). A la luz de las anteriores reflexiones resulta evidente que el alegato de indefensión y de quiebra de la igualdad de armas en el seno del arbitraje no puede prosperar. Ante todo, por una razón que tiene que ver con la insuficiencia alegatoria de la demanda de anulación: la queja de indefensión es puramente genérica. Nada tiene de particular que el objeto del arbitraje se pueda precisar e implementar a lo largo del procedimiento arbitral; la mayor flexibilidad del arbitraje, por contraste con el proceso jurisdiccional, lenifica el rigor del deber de congruencia, al tiempo que potencia las facultades del árbitro en la dirección del procedimiento arbitral, siempre claro está con pleno respeto a los principios de contradicción, audiencia e igualdad. Decimos esto porque a la demandante le asiste la carga, y no subviene a ella, de especificar sobre qué extremo concreto del objeto sobre el que ha resuelto el árbitro no ha podido defenderse, o lo ha hecho en clara desigualdad de oportunidades con otro u otro de los contendientes. Y esto es así, a fortiori, cuando el Laudo de aclaración efectúa una serie de detalladas consideraciones sobre el devenir del procedimiento arbitral y sobre lo alegado por las partes en él —remitiéndose a las aún detalladas del Laudo de 21 octubre 2019, pp. 21 a 49, ambas inclusive— que ni son rebatidas en la demanda, ni han dado lugar a impugnación alguna sobre lo que ambos Laudos relatan al respecto (...). Con el fin de disipar cualquier posible intento disimulado de provocar un pronunciamiento por anticipado del Árbitro sobre si en el laudo se llevaría a efecto la partición y distribución de los bienes de la herencia, se hizo saber a las partes en la Orden Procesal de 17 de mayo de 2019 que: "Siendo el objeto del arbitraje el que las partes han determinado en sus respectivos escritos de alegaciones y la controversia que lo define existente entre ellas, lo que habrá de decidirse en el Laudo (arts. 37 LA y 39 del Reglamento Arbitral), no procede, ni es posible anticipar ahora en la fase alegatoria del procedimiento arbitral resolución alguna que, además de no existir aún, solo puede ser materia y contenido propio de aquél". De hecho, en su escrito de solicitud de aclaración rectificación del Laudo Arbitral la demandada reconoce abiertamente que "las distintas representaciones, al objeto de que no se les generase indefensión a sus respectivos representados, dieron contestación a todos los extremos planteados en la demanda inicial y las contestaciones", lo que no compatible con alegar a continuación ignorancia del objeto del proceso e indefensión". El motivo y, con él, el recurso son desestimados».

«(...) *Procede efectuar una última acotación, por demás evidente, a modo de obiter dicta: como hemos dicho, entre muchas, en nuestra Sentencia 62/2016 (FJ 6) el alcance del fallo en la acción de anulación es de naturaleza rescindente, precisando que "no corresponde a este Tribunal adoptar otra decisión que la estimación o desestimación, total o parcial, de la pretensión puramente anulatoria". Con esto hacemos referencia a que resulta improcedente que en esta causa nos pronunciemos sobre si la demandante únicamente tiene derecho a la legítima estricta: esta pretensión ha sido formulada, es verdad, con carácter subsidiario, para el caso de que declarásemos nula la cláusula testamentaria que predispone el arbitraje —lo que no hemos hecho—, pero aun en tal hipótesis no hubiera sido atendible, ni admisible, la pretensión formulada, que trasciende el ámbito propio de la acción de anulación».*

[Vid. Rafael Hinojosa Segovia, «Desestimación de la anulación de un laudo arbitral por no declararse la invalidez de la cláusula arbitral, por no haber resuelto cuestiones no sometidas a la decisión del árbitro y por inexistencia de indefensión», y Ignacio Gomá Lanzón, «Improcedencia de la invalidez de la cláusula de sumisión a arbitraje predispuesto en el testamento», *supra*]

NO PUEDE CONSIDERARSE ABUSIVA UNA CLÁUSULA DE SUMISIÓN EXPRESA A ARBITRAJE POR FIGURAR EN UN CONTRATO TIPO QUE SE REALIZA SIGUIENDO EL MODELO HOMOLOGADO POR UNA ORDEN MINISTERIAL (SAP LUGO 1ª 3 MARZO 2021)

Arbitraje — Cláusula arbitral — Contrato tipo homologado por Orden Ministerial — Carácter abusivo — Declinatoria arbitral — Desestimación.

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Lugo, Sección Primera, de 3 de marzo de 2021 (Eva Abades Macia) estima el recurso interpuesto frente a la sentencia de fecha 12 de noviembre de 2019 del Juzgado de Primera Instancia n.º 4 de los de Lugo y estima su falta de jurisdicción para el conocimiento de la demanda declarando que la cuestión litigiosa se encuentra sometida a arbitraje. Razona del siguiente modo:

«(...) *no puede entenderse vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva porque no consideramos que la cláusula de sumisión expresa a arbitraje haya sido impuesta, sino que obedece a la negociación entre las partes que decidieron tomar como modelo el que fue homologado por el ministerio correspondiente. Así la juzgadora de instancia debió estimar la declinatoria en su día presentada, no estamos ante un contrato de adhesión como se sostiene en la sentencia apelada sino ante un contrato tipo que se realiza siguiendo el modelo homologado por la Orden ARM/2834/2010, de 15 de octubre, por lo que las cláusulas en él insertas no son impuestas por una de las partes. Por ello no podemos considerar que la sumisión a arbitraje sea desconocida o abusiva, máxime cuando no es el primer contrato suscrito por la demandante y valorando que la misma, como ya hemos dicho, ha sido la forma de resolución de conflictos propuesta en los modelos homologados por la Orden ya citada».*

SE ADMITE UNA DECLINATORIA ARBITRAL POR ESTARSE ANTE UNA CLÁUSULA PACTADA

DONDE FUGURA UNA SUMISIÓN CLARA Y EXPLÍCITA DE LAS PARTES A ARBITRAJE (SAP BARCELONA 1ª 9 MARZO 2021)

Arbitraje — Declinatoria arbitral — Cláusula abusiva — Convenio arbitral: verificación — Estimación de la declinatoria.

El Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Primera, de 9 de marzo de 2021 confirma la decisión de instancia que estimó una declinatoria arbitral, absteniéndose del conocimiento del presente procedimiento. De acuerdo con la Audiencia;

«(...) (S) Señala la apelante que la cláusula transcrita ha sido interpretada erróneamente como cláusula voluntaria por la resolución de instancia, y aunque aparentemente parezca de su redactado que la misma integra un pacto que refleja la voluntad de ambas partes, realmente no es así. Señala que la cláusula no es fruto de una negociación individual, sino una cláusula sorprendente que la apelada incluye en sus contratos de forma sistemática y que obedece a una absoluta y radical imposición de la predisponente, siendo los contratos impuestos por B. contratos de adhesión. Por tanto, no se está en una opción voluntaria y consensuada, sino que estamos ante un arbitraje obligatorio. Esta Sala tampoco comparte dichas consideraciones. Siendo incuestionable que el contrato de autos es un contrato de adhesión, como resulta de la documental obrante en el procedimiento, así como de las numerosas resoluciones de diferentes Audiencias Provinciales donde se ha planteado la validez de la cláusula de sumisión a arbitraje en los contratos celebrados por la demandada, ello sin más no determina la nulidad de la cláusula de sometimiento a arbitraje si la misma fue pactada de forma clara entre las partes y así resulta del art. 9.2º LA que dispone "2. 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 ese tipo de contrato". En este sentido ya manifestamos en Rollo 323/2012 la validez de una cláusula de arbitraje en un contrato de adhesión. Y la conclusión a la que se llega de las propias manifestaciones de la apelante, que reconoce que el contrato se suscribió en sus instalaciones, por tanto asumiendo su contenido, aunque no se quedara copia alguna del mismo, ni le fuera remitida por la demandada, es que se trata de una cláusula pactada, siendo la misma clara en su redacción, por lo que ha de entenderse que existe una renuncia clara al ejercicio de acciones ante los tribunales y una sumisión clara y explícita de las partes a arbitraje en cuestiones relativas a la interpretación y ejecución del contrato, como aquí acontece y, por tanto, dicha cláusula está incorporada válidamente al contrato cumpliendo los requisitos de los arts. 5 y 7 LCGC y la cláusula ha pasado a formar parte del mismo. Entiende también el apelante que el auto de instancia yerra en la valoración de la prueba sobre el cumplimiento del art. 9 LA, infringiendo los art. 1.281 y 1.282 Cc. Con invocación de la sentencia del Tribunal Supremo 409/2017, de 27 de junio, recordando que el Tribunal Constitucional ha sancionado que salvo que el litigante lo haya aceptado voluntariamente no se le puede impedir que sea un órgano judicial quien conozca de las pretensiones que formule en orden a su defensa, sin que se pueda deducir la sumisión a arbitraje de una conducta que no sea claramente expresiva del ánimo de renunciar, como ha resuelto el Tribunal Constitucional en Sentencia 1/2018 de 11 de enero, señala el apelante que si se atiende a

la documentación aportada, no sólo al contrato de 31 de julio de 2015, la cláusula 20 resulta contradictoria con la intención evidente de los contratantes, que es la que debe prevalecer conforme al art.1.281 Cc».

OTORGAMIENTO DEL EXECUÁTUR DE UN LAUDO CCI PRONUNCIADO EN PANAMÁ, DESCARTANDO SIETE CAUSAS DE OPOSICIÓN (ATSJ CATALUÑA CP 1ª 10 MARZO 2021)

Arbitraje — Arbitraje CCI — Reconocimiento y ejecución laudos extranjeros — Convención de Nueva York de 1958 — Ausencia de firmeza del laudo — Arbitrabilidad — Orden público — Execuátur: si

El Auto del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, Sección Primera, de 10 de marzo de 2021 (ponente Jordi Seguí Puntas) otorga el execuátur del laudo arbitral en arbitraje administrado por la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional en Panamá con fecha 6 de mayo de 2019 complementado por *addendum* del siguiente 14 de agosto (arbitraje CCI n.º 22953/JPA), con imposición de las costas a la parte oponente. El referido Auto es de considerable extensión, pues debió dar respuesta a numerosas objeciones presentadas. Merecen destacarse los siguientes pasajes:

«(...) Ausencia de firmeza del laudo. 1. El Ministerio Fiscal, que debe intervenir siempre en este tipo de procesos (art. 54.6º Ley 29/2015), ha comparecido manifestando su oposición al execuátur habida cuenta "que el laudo arbitral no es firme ya que contra él se ha interpuesto recurso de anulación, que todavía no se ha resuelto". Debe entenderse que con tan lacónica argumentación se está invocando implícitamente la causa de oposición al reconocimiento del laudo extranjero prevista en el art. V.1º.e) CNY, apreciable a instancia de parte. 2. Aún sin ser determinante de la decisión, es oportuno dejar constancia de un hecho nuevo ocurrido en plena sustanciación del procedimiento de execuátur que concierne al objeto de esa específica causa de oposición. Se trata de que una resolución de la Sala Cuarta de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia de la República de Panamá de fecha 27 de agosto de 2020 ha rechazado de plano por "extemporaneidad de la acción" el recurso de nulidad del laudo formulado por F. y C. Frente a dicha resolución F. acredita haber interpuesto en septiembre de 2020 recurso de reconsideración así como solicitud de aclaración al amparo de la Ley de Arbitraje de Panamá (Ley 131 de 2013), aún pendientes de respuesta. 3. La alegación no es atendible aún cuando no se hubieron producido los hechos nuevos descritos en el epígrafe precedente, como ya pusiera de relieve la parte instante del reconocimiento en su escrito inicial. En efecto, el propio tenor del art. V.1º,e) CNY revela que la ejecutividad del laudo no se supedita a la firmeza sino a la obligatoriedad. Así lo refrenda el art. VI del propio Convenio al establecer que la pendencia de un recurso de anulación o la petición de suspensión del laudo no es impedimento para adoptar una decisión sobre el execuátur, ya que simplemente faculta al órgano competente para resolverlo a aplazar su decisión, "si lo considera procedente", hasta que se resuelva por la autoridad competente la anulación o la suspensión, pudiendo en tal caso ordenar, a instancia de la parte que pida la ejecución, que la otra parte dé garantías apropiadas. Como precisara nuestro auto 14/2016, de 15 de diciembre, "la razón que

justifica la existencia de este precepto —art. V.1º.e) CNY— muy relacionado con el art. VI es dar eficacia al laudo fuera del país en que se dictó, por lo cual, si hubiera sido anulado o suspendido en el país donde se dictó tampoco produciría, en principio, efectos fuera del mismo". En consonancia con ello, la Ley española de arbitraje establece el carácter ejecutivo del laudo desde su propia fecha aun cuando se haya interpuesto contra él la consiguiente demanda de nulidad (arts. 44 y 45 LA), y de igual manera se pronuncia la Ley panameña de arbitraje (Ley 131 de 31 de diciembre de 2013), lex arbitri aquí aplicable dado que la sede de la Cámara de Comercio elegida por las partes es la de la capital panameña. En el presente supuesto no consta que los recurrentes en nulidad ante la Corte Suprema de Panamá solicitaran la suspensión de la eficacia del laudo y menos aún —sino todo lo contrario— que la resolución arbitral haya sido anulada. No se acredita, por tanto, la falta de obligatoriedad del laudo que pudiera justificar la denegación del executur».

«(...) Extralimitación del laudo (I). Indebida extensión a tercero 1. La primera causa de oposición planteada por FCC se funda en la vulneración de los aps. 1, c) y 2, a/ del art. V del Convenio de Nueva York, por cuanto el laudo contiene una condena frente a una sociedad (CIFIMEX) que no habría tomado parte en los contratos que contenían la cláusula de sumisión a arbitraje, de tal modo que no debió ser parte en el procedimiento arbitral. Así, se denuncia que "el objeto de la diferencia no es susceptible de solución por vía de arbitraje" o que, cuando menos, el laudo "contiene decisiones que exceden de los términos del compromiso o de la cláusula compromisoria" en la medida en que esta no vinculaba a C. Aduce F. (i) que la legislación mexicana, "aplicable a la resolución de la controversia y, por tanto, como derecho aplicable al convenio arbitral", no acoge la denominada teoría de incorporación por ejecución de actos (ii) que el art. II CNY exige "acuerdo por escrito" para estimar concurrente una cláusula compromisoria, y (iii) que el Tribunal Constitucional exige que la renuncia al ejercicio de las acciones ante los tribunales mediante una sumisión al arbitraje sea "explícita, clara, terminante e inequívoca" (STC 1/2018), lo que aquí no se daría respecto de CIFIMEX. 2. El arbitraje en tanto que mecanismo heterónomo de resolución de conflictos alternativo de la reclamación ante los tribunales, se rige por la autonomía de la voluntad, de modo que, en palabras del art. II.1º CNY, se reconoce el derecho de las partes a "someter a arbitraje todas las diferencias o ciertas diferencias que hayan surgido o pueden surgir entre ellas respecto a una determinada relación jurídica, contractual o no contractual, concerniente a un asunto que pueda ser resuelto por arbitraje". A modo de reverso, es causa de denegación del executur el hecho de que el laudo se refiera a "una diferencia no prevista en el compromiso o no comprendida en las disposiciones de la cláusula compromisoria" o contenga decisiones que "exceden de los términos del compromiso o de la cláusula compromisoria" (art. V.1º.c). Nuestro auto 14/2016, de 15 de diciembre, precisó "que el art. V.1º.c) CNY lo que establece es que los árbitros no decidan sobre materias no sometidas a arbitraje y que, una vez iniciado el arbitraje, no vayan más allá ni den cosa distinta de lo que las partes oportunamente han pedido, a modo de una doble congruencia (o a modo de incongruencia) entre el convenio arbitral y el laudo, y entre las peticiones y el laudo, bien por cuanto los árbitros se han excedido de los límites que impone el convenio arbitral o porque se exceden de las cuestiones sometidas a su decisión". 3. Aun prescindiendo de que en sus alegaciones iniciales en el arbitraje FCC admitió como hipótesis la posibilidad de extender los efectos del convenio arbitral a terceros no signatarios y partiendo de que la obligada correspondencia entre la cláusula compromisoria y la decisión arbitral sancionada

en el art. V.1º.c) CNY comprende también los aspectos de índole subjetiva, el motivo de oposición debe rechazarse por lo que sigue. Es indiscutible que ni el Convenio de Consorcio Constructor ni el Acuerdo de socios de junio y noviembre de 2004 fueron firmados por C. En orden a la forma del convenio arbitral el art. 9.3º de la Ley española de arbitraje declara que "el convenio arbitral deberá constar por escrito, en un documento firmado por las partes o en un intercambio de cartas, telegramas, télex, fax u otros medios de telecomunicación que dejen constancia del acuerdo", si bien el ap. 6 de ese mismo precepto dispone que "cuando el arbitraje fuere internacional, el convenio arbitral será válido y la controversia será susceptible de arbitraje si cumplen los requisitos establecidos por las normas jurídicas elegidas por las partes para regir el convenio arbitral, o por las normas jurídicas aplicables al fondo de la controversia, o por el derecho español". Como ya se avanzó, la ley del arbitraje objeto de este procedimiento, distinta de la ley aplicable al fondo, es la panameña. Con arreglo al art. 16 de esa ley, "el acuerdo de arbitraje deberá constar por escrito. Se entenderá que el acuerdo es escrito cuando quede constancia de su contenido en cualquier forma, ya sea que el acuerdo de arbitraje o contrato se haya celebrado verbalmente, mediante la ejecución de ciertos actos o por cualquier otro medio". Sigue la orientación de la Ley Modelo sobre arbitraje comercial internacional, al igual que lo hace la norma correlativa de la ley de arbitraje española. El auto de este tribunal 51/2012, de 29 de marzo, asumió un criterio antiformalista en la interpretación de la expresión acuerdo por escrito utilizada por el art. II CNY, distinguiendo entre la prueba del compromiso arbitral (escrito) y las distintas formas de acogerse a él. 4. El laudo considera que los efectos de los Acuerdos de Arbitraje pueden ser extendidos a terceros no signatarios si se demuestra que estos los consintieron "mediante la ejecución de ciertos actos" (epígrafe 231), a cuyo efecto, destaca que conforme al Derecho panameño, aplicable para establecer la competencia *ratione personae* por acuerdo de las partes, en la interpretación dada por su Corte Suprema de Justicia, cabe extender un convenio arbitral a terceros no firmantes siempre que (i) estén vinculados a la actividad comercial que da lugar al convenio (ii) hayan participado activa y preponderantemente en la negociación, celebración, ejecución o terminación del contrato que comprende el convenio arbitral, y (iii) se pruebe la voluntad común de signatarios y de no signatarios de considerar al tercero como involucrado de forma considerable o de verdadera parte del contrato que contiene la cláusula arbitral. A partir de lo anterior y tras un análisis de lo acontecido el laudo considera que concurre esa triple exigencia, toda vez que C. (i) está integrado en un grupo de sociedades —sobre el cual F. ejerce una posición de control— directamente vinculado con la construcción y puesta en marcha del túnel (ii) participó activamente en la ejecución del Acuerdo de socios al haber ejercido derechos dimanantes del mismo, tal como la designa de miembros del Consejo de Administración invocando estipulaciones del propio Acuerdo, y (iii) ni O. ni F. pusieron objeciones al ejercicio por C. de derechos derivados del Acuerdo de socios. Por las mismas razones el compromiso arbitral se extiende a M., tampoco signatario de la cláusula compromisoria. Significativamente, el laudo llega a una conclusión opuesta respecto de la vinculación de C. con el Convenio de Consorcio Constructor. En definitiva, no concurre el exceso sancionado en el art. V.1º,c) CNY toda vez que los árbitros fijaron la extensión subjetiva del convenio arbitral contenido en la cláusula 10ª del Acuerdo de Socios en atención a los criterios establecidos en la ley panameña de arbitraje, aplicable en esa materia a tenor de lo expuesto».

«(...) Extralimitación del laudo (II). Materias no sometidas al arbitraje. 1. La segunda causa de oposición denuncia la "interpretación extensiva y claramente antijurídica" de los convenios arbitrales con vulneración del art. V.1º.c) CNY, por cuanto los árbitros se habrían pronunciado sobre cuestiones que estaban fuera del ámbito objetivo de las cláusulas compromisorias y del procedimiento arbitral. Tomando como punto de partida el idéntico tenor literal de las cláusulas de sumisión al arbitraje contenidas en el Convenio de Consorcio Constructor y en el Acuerdo de socios, F. sostiene que "sólo las controversias que se hubieran suscitado en relación con el objeto de dichos acuerdos debieron ser dirimidas en dicho procedimiento arbitral". En consecuencia, entiende que las reclamaciones 19ª a 23ª de las sociedades demandantes no debieron ser enjuiciadas por los árbitros por carecer de relación con los antedichos contratos relevantes. 2. Partiendo de las consideraciones efectuadas en el fundamento precedente acerca del ámbito de la cláusula arbitral, el motivo debe ser desestimado. De entrada, las cláusulas compromisorias de los contratos relevantes no son tan taxativas como postula F., toda vez que sujetan al arbitraje no solo "todas las desavenencias que se deriven de este contrato" sino también las "que guarden relación con éste". Esto último evidencia que era intención de las partes incluir bajo su ámbito materias directamente conectadas con esos contratos y cuya dilucidación unificada estuviera justificada. En esta línea, el laudo subraya que el derecho panameño aprecia conexidad entre una pluralidad de contratos a los efectos de considerarlos sometidos a la cláusula arbitral contenida en uno de ellos, siempre que concurra (i) identidad de partes (ii) nexo funcional y (iii) finalidad económica común. Y si bien considera que los dos grupos de contratos suscritos entre las partes (por un lado, el contrato de ingeniería y su complemento y modificaciones; por el otro, el Convenio de consorcio constructor y el Acuerdo de socios de C.) guardan una relación mediata entre ellos pero sin nexo funcional que los vincule, razón por la cual excluye de modo tajante de las cláusulas compromisorias los contratos del primer grupo (por lo demás, sujetos al arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional de México D.F.), sin embargo, el propio laudo, a partir del principio pro arbitraje según el cual "las cláusulas arbitrales deben entenderse en forma expansiva", dota de sentido el tenor de la cláusula arbitral que somete al arbitraje también las desavenencias que "guarden relación" con los contratos relevantes, para concluir que todo ello "permite extender los efectos de la cláusula arbitral a controversias contractuales y extracontractuales que toquen o tengan un vínculo fáctico con el contrato de las partes" (epígrafe 316). 3. En este contexto interpretativo, no se advierte que los árbitros abordasen cuestión alguna ajena al compromiso arbitral al arrogarse la competencia para conocer de las reclamaciones números 19 a 23 de la demanda. En concreto, las reclamaciones 19ª y 20ª se centran en la supuesta ilicitud del comportamiento desarrollado por F. y C. —en su condición de accionistas mayoritarios de C., la concesionaria de la explotación del túnel— al negociar y suscribir en el año 2015 con el Estado de Veracruz sendos memorándum de entendimiento destinados a desbloquear la paralización de la obra de construcción del túnel. En la medida en que ese acuerdo pudiera dar origen a una pérdida para CTC con posibilidad de recuperación por C., como así apreciaron los árbitros finalmente al entrar en el fondo, ello podía implicar un incumplimiento del Acuerdo de socios vigente entre los accionistas de la constructora del túnel dado que este perseguía justamente evitar desequilibrios en las relaciones económicas entre dichos accionistas, todo lo cual justifica el examen de ese comportamiento en el procedimiento arbitral, sin que ello suponga, como cuida de precisar el laudo, "la arbitrabilidad del Memorándum de Entendimiento, el cual solo será objeto de análisis

del Tribunal en la medida en que su negociación y/o celebración permita vislumbrar el incumplimiento de alguna de las disposiciones de los Contratos Relevantes y en particular del Acuerdo de Socios". Lo mismo cabe decir de la reclamación 21ª en cuanto que la firma por F. y C. en febrero de 2016 del segundo convenio modificadorio del contrato de ingeniería y ejecución de obra podía causar un desequilibrio en las relaciones económicas entre los socios de C., con infracción de las reglas del Acuerdo de socios y del Convenio de Consorcio Constructor, lo que revela la conexión fáctica entre ese convenio modificadorio y los contratos relevantes. Asimismo, la reclamación 22ª guarda la necesaria relación con este último contrato en la medida en que los compromisos asumidos por F. y C. frente al Estado de Veracruz en orden a la pronta terminación de la obra del túnel, "sin contraprestación a favor de C.", como puntualiza el laudo, pudieran constituir una vulneración de los contratos relevantes. En último término, la reclamación 23ª no implicaba más que la pretensión de las demandantes de ser indemnizada —incluidos daños punitivos— por los perjuicios derivados de las conductas ilícitas que a su entender habrían desarrollado F. y C. en las actuaciones descritas en las reclamaciones —meramente declarativas— de los números precedentes. En conclusión, las materias objeto de los reclamos números 19 a 23 forman parte del convenio arbitral ya que se refieren a desavenencias que "guardan relación" con las cláusulas compromisorias, habida cuenta la posible directa repercusión patrimonial de los convenios suscritos con terceros por F. a que se refieren esas reclamaciones sobre los contratos relevantes de constante referencia, lo que permite descartar la vulneración del art. V.1º, c) CNY denunciada».

«(...) Extralimitación del laudo (III). Materias no sujetas al arbitraje y no arbitrables 1. La tercera causa de oposición denuncia la vulneración de los aps. 1, c) y 2, a) del art. V CNY en que habría incurrido el laudo al pronunciarse acerca de controversias referidas a la asamblea general de C., siendo así que la legislación mexicana (Ley General de Sociedades Mercantiles) considera esa materia no arbitrable y que el propio laudo declara que "las controversias societarias que se susciten dentro de C. se rigen por sus estatutos sociales y no por lo previsto en el Acuerdo de socios" y que "las controversias derivadas de los Estatutos Sociales de C. caen fuera del alcance de los Acuerdos de Arbitraje" (...). 2. La lectura íntegra de los razonamientos del laudo relativos a esas cuestiones permiten desechar la contradicción que F. atribuye a esa resolución. Nótese que el laudo, partiendo de la regla del derecho mercantil mexicano según la cual los acuerdos de accionistas o parasociales "no serán oponibles a la sociedad, excepto tratándose de resolución judicial" (art. 198 LGSM), enfatiza que "las controversias que se susciten dentro de C. se rigen por sus Estatutos Sociales y no por lo previsto en el Acuerdo de socios", lo que le lleva a concluir que las controversias derivadas estrictamente de los estatutos sociales de C. caen fuera del alcance de los acuerdos de arbitraje ya que el compromiso arbitral no se refiere a ellas, sin que la mención final a que tales controversias deben ser resueltas por los tribunales de justicia descansa en la apreciación del carácter no arbitrable de las mismas (...). Junto a lo anterior, los propios árbitros constatan que el Acuerdo de socios contiene reglas acerca de la asamblea de socios de C., las resoluciones que puede adoptar y su régimen, por lo que concluyen que las desavenencias surgidas en relación con acuerdos adoptados por la asamblea de esa sociedad que "guardan relación" con el Acuerdo de socios, en la medida en que podrían conllevar una vulneración de los pactos contenidos en ese acuerdo parasocial y ser por tanto fuente de responsabilidad

contractual, deben considerarse, "en ese entendimiento y con ese alcance", materias sujetas al arbitraje (...). A su vez, los epígrafes del laudo dedicados a la arbitrabilidad de las acciones de responsabilidad y de oposición de la minoría societaria y de nulidad de algunas asambleas de socios de C. ejercitadas por las demandantes contra F. y C. por conflicto de interés al amparo de la Ley mexicana de sociedades mercantiles guardan coherencia con los anteriores. En efecto, el laudo aclara que la "legislación mexicana no exige el agotamiento de las acciones de nulidad y oposición societarias como requisito de procedibilidad de la acción de responsabilidad" y niega motivadamente que las acciones de nulidad y de oposición —fundadas en un conflicto de interés íntimamente ligado al Acuerdo de socios y a las reglas de índole societaria contenidas en él— no sean arbitrables con arreglo al derecho mercantil mexicano, por lo que incluye en el ámbito de enjuiciamiento del arbitraje un gran número de reclamaciones de las demandantes (nos 4 a 15, 18, 26, 27, 30 y 31). Se advierte pues una nítida separación entre las cuestiones societarias dentro de C., no incluidas en el compromiso arbitral, y las acciones de nulidad, oposición y responsabilidad fundadas en el derecho de sociedades mexicano y vinculadas a la vulneración del Acuerdo de socios, que caen dentro del ámbito del compromiso arbitral y que no atañen a materias inarbitrables. En definitiva, no se acredita debidamente la extralimitación del laudo denunciada en este motivo».

«(...) Extralimitación del laudo (IV). Materia no sometida al arbitraje. 1. El cuarto motivo de oposición de F. descansa asimismo en la vulneración del art. V.1º, c) CNY y denuncia el hecho de que el laudo contenga condenas a favor de C., que no es parte en el arbitraje. Se subraya que el propio laudo establece que "el Tribunal Arbitral rechaza el argumento de las demandantes en cuanto a que C. es parte del arbitraje por aplicación del art. 1 (2) del Acuerdo de Socios" (...). 2. La lectura del laudo permite constatar que no existe la condena directa a favor de C. invocada en este motivo. En efecto, en el abordaje de la reclamación número 18ª (declaración de que F. y C. tenían conflicto de interés al adoptar un acuerdo en el Consejo de Administración de C. en febrero de 2016, lo que motiva una acción de responsabilidad contra esos administradores promovida por los socios minoritarios O. y M.), los árbitros parten de que, con arreglo a la legislación mexicana de sociedades, los demandantes habían de formular su reclamación por el total perjuicio causado a C. y no únicamente por su perjuicio individual (30%), y tras constatar que C. pese a no ser parte en el arbitraje ha participado en él y se ha opuesto a esa reclamación restitutoria íntegra, lo mismo que han sostenido los socios mayoritarios de C. que a su vez serían beneficiarios del 70% del reintegro patrimonial a su cargo, concluyen afirmando, vistas "las circunstancias particulares de este caso", que la acción de responsabilidad ha de estimarse únicamente en la parte correspondiente al perjuicio patrimonial irrogado a O. y M., prescindiendo del intermedio de C. Así las cosas, la antedicha condena resarcitoria se inscribe dentro de los límites del compromiso arbitral, ya que deriva de una controversia ligada al incumplimiento del Acuerdo de socios y solo afecta a personas sobre las que este extiende sus efectos, todas ellas parte en este arbitraje».

«(...) Extralimitación del laudo (V). Renuncia al arbitraje 1. La quinta causa de oposición planteada por F. al amparo del art. V.1º, c) CNY denuncia la extralimitación del laudo consistente en haber entrado en el examen de cuestiones expresamente sometidas a la jurisdicción de los tribunales de justicia, con exclusión por tanto del arbitraje. Se trataría de que en la fecha de inicio del

procedimiento arbitral por parte de O. y M. estas ya habían formulado ante los tribunales de justicia de Veracruz un juicio de amparo indirecto que tenía por objeto las mismas pretensiones planteadas fechas después ante la Corte de Arbitraje, con lo que habrían renunciado "de forma expresa, clara e inequívoca" al procedimiento arbitral. La identidad objetiva y subjetiva entre ambos procedimientos, concluye F., debió llevar a los árbitros a abstenerse de conocer ante el riesgo de dictarse resoluciones contradictorias. 2. Con carácter previo cabe significar que la causa de oposición debería haberse planteado al amparo de la letra a) del art. V.1º en relación con el art. II CNY (invalidez sobrevenida de la cláusula compromisoria), toda vez que la argumentación de F. no se funda en la extralimitación del laudo por haber entrado en el examen de materias no incluidas en el originario compromiso arbitral, sino que en rigor descansa en la afirmación de que el pacto de arbitraje suscrito en el año 2004 devino ineficaz en virtud de la renuncia al mismo efectuada por uno de los firmantes 11 años después al promover una acción judicial sobre aquello mismo sometido a arbitraje. No obstante lo anterior, se agotará la respuesta jurisdiccional en el sentido de afirmar la inviabilidad del motivo de oposición. 3. De entrada cumple subrayar que es generalmente admisible, no ya solo, la renuncia expresa al arbitraje en virtud de un acuerdo expreso revocatorio de la cláusula arbitral, sino también la renuncia tácita al arbitraje derivada del mero planteamiento de la controversia ante los tribunales sin que ninguna de las partes formule la correspondiente declinatoria de jurisdicción. En el ordenamiento procesal español esa consecuencia —acorde con el principio general sancionado por el art. 8 de la Ley Modelo CNUDMI— se extrae de los arts. 37 a 39 LEC y 11.1º LA, en cuanto dejan que sea "la parte a quien interese" que invoque la fuerza de obligar del compromiso arbitral mediante la correspondiente declinatoria ante el juez. Ocorre, sin embargo, y así lo expresa el laudo, que la vigente ley de arbitraje de Panamá, *lex arbitri* como ya se indicó, no admite la renuncia tácita a la jurisdicción arbitral, como se desprende del tenor de su art. 17: "los efectos de pactar un arbitraje son sustantivos y procesales. [...]. El juez o tribunal ante quien se presente una demanda, acción o pretensión relacionada con una controversia que deba resolverse mediante arbitraje se inhibirá del conocimiento de la causa, rechazando de plano la demanda, sin más trámite, y reenviando de inmediato a las partes al arbitraje". La causa de oposición formulada por FCC omite toda referencia a esa normativa de aplicación, haciendo por el contrario alusión a una renuncia expresa manifiestamente no concurrente y una invocación genérica a "la normativa mexicana" que ampararía la novación modificativa de las cláusulas compromisorias derivada del mero planteamiento del amparo judicial, normativa no aplicable al arbitraje objeto de este procedimiento. 4. En todo caso, el laudo no se detuvo ahí sino que principalmente examinó una posible falta de competencia arbitral (prórroga tácita de jurisdicción) por el riesgo de dictarse resoluciones contradictorias. Desde esta perspectiva, los árbitros descartaron la coincidencia actual entre el proceso judicial (juicio de amparo 398/2015 seguido ante el Juez Noveno de Distrito del Estado de Veracruz) y el arbitral con estos argumentos: a/ el juicio de amparo persigue la declaración de nulidad del memorándum de entendimiento suscrito por C. y el Estado de Veracruz encaminado a la reanudación de la obra de construcción del túnel de Coatzacoalcos y del segundo convenio modificatorio del contrato de ingeniería, en consonancia con la finalidad de ese proceso cual es el restablecimiento del "quejoso en el pleno goce del derecho violado", en tanto que el arbitraje persigue el resarcimiento patrimonial (cobro de dinero) de quien se afirma perjudicado por las vulneraciones contractuales cometidas por F. y C. por conducto de aquellos memorándum

y convenio modificatorio; b) en el amparo F. es parte —junto a otras sociedades y entes y autoridades públicas— en virtud de su consideración como autoridad responsable (quien ejerce facultades determinadas por una norma general que sean susceptibles de afectar los derechos de otros particulares), mientras que en el arbitraje es demandado en calidad de particular que ha irrogado un perjuicio patrimonial a otro; c) C. fue incluida en el amparo en calidad de tercero interesado, no de parte. Ninguno de tales argumentos es refutado de forma eficaz en el motivo de oposición, de modo que ha de concluirse negando la operatividad en el supuesto enjuiciado de la renuncia tácita y menos aún expresa a la jurisdicción arbitral. Un eventual pronunciamiento favorable a las demandantes de amparo ante los tribunales de Veracruz no habría de interferir en las reclamaciones indemnizatorias formulada en el arbitraje, ya que solo afectaría a las relaciones contractuales que el propio laudo califica de conexas en contraposición a las contenidas en los contratos relevantes. Es manifiesto por tanto que no existe identidad actual entre el objeto de uno y otro procedimiento, para cuya apreciación carece de relevancia la mera eventualidad de que la condena estimatoria de la pretensión de amparo pudiera convertirse, por efecto del art. 205 de la ley de amparo mexicana, en atención a la imposibilidad de restablecimiento efectivo en los derechos conculcados, en un incidente de cumplimiento sustitutivo que comportase el consiguiente resarcimiento de perjuicios. Surgida en su caso esa eventualidad y acreditado que tales perjuicios son idénticos a aquellos cuya reparación es objeto del procedimiento arbitral por derivar de un mismo ilícito civil, la coexistencia de pronunciamientos deberá resolverse a través de la figura de la cosa juzgada en sus vertientes negativa y positiva o prejudicial, mas no por conducto de una alegación de renuncia tácita al arbitraje que la legislación panameña no admite».

«(...) Extralimitación del laudo (VI). Materia penal no arbitrable. 1. El motivo sexto de oposición al reconocimiento del laudo se apoya en el carácter no arbitrable de las materias relativas a hechos de trascendencia penal, lo que habría desconocido el laudo en abierta infracción del art. V.2, a/ CNY. El laudo habría incurrido en esa "gravísima contravención" del Convenio de Nueva York al declararse competente "sobre las consecuencias resarcibles de conductas supuestamente emparentadas con delitos". 2. La demanda iniciadora del arbitraje ciertamente calificó determinadas conductas atribuidas a los gestores de las sociedades demandadas como constitutivos de delito (fraude societario, malversación, blanqueo de capitales y otros), pero no consta actuación alguna, de oficio o a instancia de parte, ante los tribunales del orden penal encaminada a la persecución de tales supuestas infracciones criminales ni la formulación de prejudicialidad penal alguna. 3. A la luz del art. 4 de la Ley panameña de arbitraje ("podrán someterse a arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición de las partes conforme a Derecho"), el laudo declara que no son disponibles y por tanto tampoco arbitrables entre otras materias, "la responsabilidad penal individual, [...] cuestión que compete a los tribunales penales competentes"(...). Acto seguido, la Cámara arbitral rechaza considerar arbitrable la disputa por la "posible existencia" de conductas tipificadas penalmente en atención a que (i) "el reclamo de los demandantes, en esta línea, no versa sobre la determinación de las sanciones penales surgidas a raíz de las conductas potencialmente típicas que invocan", sino que "la pretensión versa sobre el resarcimiento de daños y perjuicios contractuales y extracontractuales, de carácter patrimonial y perfectamente disponible por las partes conforme al derecho panameño" (ii) el objeto de los contratos relevantes es perfectamente lícito, y (iii) se acepta generalmente que "los tribunales

arbitrales tienen jurisdicción sobre el aspecto de responsabilidad civil relacionado con controversias vinculadas a ilícitos penales". En modo alguno el laudo califica de delictivas las conductas sometidas a su enjuiciamiento ni tampoco "ha presumido de facto la concurrencia de dichos delitos" como afirma F., sino que se limita a fijar las consecuencias resarcibles de conductas que considera incumplidoras de ciertos compromisos contractuales, evitando toda incursión en la apreciación de la hipotética relevancia penal de esas conductas. No concurre, en consecuencia, la intromisión en materias penales no arbitrables».

«(...) Vulneración del orden público. Consideraciones generales y supuestos concretos. 1. La séptima y última causa de oposición aducida por F. consiste en la afirmación de que "todas y cada una de las infracciones denunciadas [en los motivos precedentes] implican igualmente una clara transgresión del orden público", de tal manera que también por imperativo del art. V.2º, b) CNY debería negarse el reconocimiento del laudo objeto de este procedimiento. A falta de una definición del orden público en el Convenio de Nueva York, F. se acoge al significado atribuido a ese concepto en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (STC 43/1986), del Tribunal Supremo (ATS 4 de marzo de 2003) y de este mismo tribunal superior (ATSJ 14/2016): "son los derechos fundamentales y libertades públicas garantizados constitucionalmente los que definen la nueva dimensión que el concepto de orden público ha adquirido a partir de la vigencia de la Constitución de 1978", y a la distinción también asumida por la doctrina jurisprudencial entre el orden público sustantivo y el orden público procesal. 2. Habida cuenta que la vulneración del orden público que justifica la denegación del executur va referida al del país en el que se pide el reconocimiento y la ejecución de un laudo extranjero, es obligada una exposición somera del concepto de orden público que rige en España. La sentencia del Tribunal Constitucional 46/2020, de 15 de junio, reiterada por la más reciente sentencia de ese tribunal de 15 de febrero de 2021, bien es cierto que desde la perspectiva de la mínima intervención de los órganos jurisdiccionales en el control de validez del laudo, reitera que el concepto de orden público ex art. 41.1º.f) LA presenta una vertiente material (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) y otra procesal (conjunto de formalidades y principios necesarios de nuestro ordenamiento jurídico procesal), de manera que "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". Apostilla el TC que "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 auto de este tribunal 43/2020, de 24 de abril, subrayó que "a través del mecanismo del executur, los órganos judiciales españoles han de pronunciarse sobre su validez constitucional, teniendo en cuenta que la CE también abarca la actuación extraterritorial de nuestras autoridades nacionales, de manera que, a partir de la promulgación de la Norma Suprema el orden público del foro ha adquirido así en España un contenido distinto, impregnado en particular por las exigencias del art. 24 CE, lo que implica que, a la hora de decidir

sobre la ejecución en España de una resolución judicial —o arbitral— extranjera, los tribunales españoles han de tener en cuenta las garantías contenidas en el art. 24 CE y han de comprobar si, al dictarse la resolución cuya ejecución se solicita, las mismas se han respetado". 3. La primera vulneración del orden público español denunciada por F. derivaría del hecho de que el laudo haya condenado a una persona jurídica no firmante de los convenios arbitrales, lo que conculcaría su derecho a la tutela judicial efectiva ex art. 24.1º CE. Más arriba ya se han expuesto las razones —acordes con el derecho de arbitraje panameño al que remite el español— por las que el laudo pudo extender los efectos de las cláusulas compromisorias a una persona jurídica no signataria de las mismas, y es evidente que tampoco se ha vulnerado el principio de contradicción propio de toda contienda habida cuenta que C. figura como demandada desde el inicio del procedimiento arbitral. 4. F. vincula la causa de oposición segunda con el orden público por la vía de afirmar que el mero hecho de haber entrado en el examen de pretensiones no comprendidas en los acuerdos de arbitraje implica una vulneración del orden público. Baste al respecto indicar que en el fundamento jurídico sexto se ha descartado toda extralimitación del laudo subsumible en el art. V.1º, c) CNY, lo que excluye a su vez toda posible vulneración del orden público. 5. Otro tanto cabe decir de la causa de oposición tercera, objeto de análisis en el fundamento jurídico séptimo, ya que descartado en ese fundamento que el laudo haya entrado en el examen de cuestiones societarias no arbitrables, no cabe vulneración alguna del orden público vinculada a esa inexistente extralimitación. 6. El escrito de oposición sostiene que las argumentaciones utilizadas en el laudo para descartar la renuncia expresa al arbitraje derivada del ejercicio previo por los aquí demandantes de una acción judicial de amparo, constituyen una abierta vulneración del orden público, ya que se habría prescindido de la "voluntad expresa de renunciar a la competencia arbitral" y se estaría sometiendo a F. al riesgo de pronunciamientos contradictorios. En el fundamento jurídico noveno, dedicado al examen de la causa de oposición quinta, se ha constatado la inexistencia de declaración expresa alguna de renuncia a las cláusulas compromisorias por parte de O. y M., y se ha rechazado la concurrencia de la inexcusable triple identidad entre la acción judicial emprendida por esas sociedades en México y las pretensiones formuladas ante la Cámara de arbitraje de Panamá. 7. Por último, arguye F. que la declaración de competencia de los árbitros para conocer de supuestos ilícitos penales constituye un grave atentado contra el orden público. Una remisión a lo razonado en el fundamento jurídico décimo de esta resolución sirve para descartar la antedicha vulneración del orden público, siendo así que — en contra de lo afirmado por F.— el laudo en absoluto "presupone" la concurrencia de conductas delictivas, sino que se limita a enjuiciar las pretensiones de los demandantes desde la perspectiva de los incumplimientos de contrato que les sirven de fundamento».

AL NO ACUDIR EL DEMANDANTE AL MECANISMO DE ACLARACIÓN O RECTIFICACIÓN PREVISTO EN EL ART. 39.1º LA, DEJA SIN VIRTUALIDAD LA DEMANDA DE ANULACIÓN (STSJ GALICIA CP 1ª 11 MARZO 2021)

Arbitraje — Arbitraje de consumo — Junta arbitral de consumo de Galicia — Acción de anulación — Laudo arbitral: corrección — Incongruencia *extra petita* jurisprudencia — Anulación improcedente.

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, Sala de lo Civil y Penal, Sección Primera, de 11 de marzo de 2021 (José Antonio Varela Agrelo) desestima una acción de anulación contra laudo dictado por el Instituto Galego de Consumo, reiterando su doctrina en torno a que 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.

«(...) Sobre el agotamiento del ámbito arbitral previo a la posible acción de anulación. Si bien el art. 41.1º.c) LA, entre los tasados motivos de anulación, incluye el aquí alegado: c) Que los árbitros han resuelto sobre cuestiones no sometidas a su decisión. También permite a las partes, al amparo del art. 39.1º que: Dentro de los diez días siguientes a la notificación del laudo, salvo que las partes hayan acordado otro plazo, cualquiera de ellas podrá, 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. d) La rectificación de la extralimitación parcial del laudo, cuando se haya resuelto sobre cuestiones no sometidas a su decisión o sobre cuestiones no susceptibles de arbitraje. Ya la parte demandada, en su contestación, como cuestión previa alerta de que el demandante no acudió al mecanismo de aclaración o rectificación previsto en el art. 39.1º LA de arbitraje lo que dejaría, en síntesis, sin virtualidad a la actual demanda de anulación. Aun siendo controvertida la cuestión de si esta posible subsanación constituye o no un presupuesto de procedibilidad, lo cierto e innegable que esta Sala ha tenido ocasión de pronunciarse, negando tal naturaleza y exigiendo, en consecuencia, el previo agotamiento del ámbito arbitral antes de acudir a la vía jurisdiccional».

[Vid.. Doctrina del TSJ Galicia: «No cabe suscitar en sede jurisdiccional la incongruencia *extra o ultra petita* del laudo cuando el demandante no intentó su corrección a través del cauce del art. 39 LA» (STSJ Galicia 15 noviembre 2018); «al no acudir la solicitante de nulidad en sede arbitral al remedio previsto en el art. 39.1º d) LA respecto de la solicitud de rectificación de la extralimitación parcial del laudo, se desestima la acción» (STSJ Galicia 12 noviembre 2019); «no cabe en sede jurisdiccional solicitar la nulidad del laudo por extralimitación cuando el demandante no intentó su corrección a través del cauce del art. 39 LA» (STSJ Galicia 13 febrero 2020); «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)].

DE NUEVO UNA ANULACIÓN DE UN LAUDO DICTADO POR UN NÚMERO PAR DE ÁRBITROS EN UN ARBITRAJE DE TRANSPORTES (SENTENCIA TSJ MADRID CP 1ª 12 MARZO 2021)

Arbitraje — Arbitraje de transportes — Junta Arbitral de Transporte de Madrid — Acción de anulación — Laudo arbitral — Incumplimiento del principio de paridad — Anulación total.

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Civil y Penal, Sección Primera, de 12 de marzo de 2021 (ponente: Francisco José Goyena Salgado) anula un laudo pronunciado por el

tribunal arbitral designado por la Junta Arbitral de Transporte de Madrid, razonando del siguiente modo:

«(...) Con carácter previo al examen de los concretos motivos de impugnación formulados por la parte demandante, el examen del Laudo arbitral impugnado, pone de relieve la siguiente circunstancia: Ha sido dictado por dos árbitros: la Presidenta de la Junta Arbitral del Transporte de Madrid y el vocal representante del Sector de Empresas de Transporte, no habiendo comparecido el vocal representante del Sector de Usuarios. a.— Esta Sala ha analizado en otras ocasiones el supuesto en que el Laudo arbitral haya sido dictado por la Presidenta y uno de los vocales de los sectores afectados, ante la incomparecencia del otro vocal, y ello desde la perspectiva de ser dictado el laudo por un número par de árbitros. Al respecto tiene sentado el siguiente criterio: "Como es sabido, y así lo tiene señalado esta Sala en varias resoluciones, por todas la reciente sentencia de fecha 11 de diciembre de 2018": el art. 41.2º LA dispone: "Los motivos contenidos en los párrafos b) [que una parte no haya sido debidamente notificada de la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales o no haya podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos], e) [que los árbitros hayan resuelto sobre cuestiones no susceptibles de arbitraje] y f) [que el laudo sea contrario al orden público] del apartado anterior podrán ser apreciados por el Tribunal que conozca de la acción de anulación de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal en relación con los intereses cuya defensa le esté legalmente atribuida". Pues bien, cumple recordar ahora lo que esta Sala ya ha dicho en repetidas ocasiones acerca del alcance de este precepto. En palabras de nuestra Sentencia 74/2015, de 23 de octubre FJ 3: "La doctrina es unánime al considerar que esta importante novedad de la vigente Ley de Arbitraje está inspirada o, por mejor decir, es reiteración —salvo en lo que concierne a la referencia al apartado b), que fue introducido, por razones muy atendibles, en virtud de enmienda parlamentaria de los Grupos Socialista y Vasco— de lo establecido en el art. 34.2º.b) de la Ley UNCITRAL, según el cual el laudo puede ser anulado de oficio cuando el Tribunal compruebe: i) que, según la Ley del Estado del foro, el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje; y ii) que el Laudo es contrario al orden público de ese Estado. Es evidente que con esta previsión normativa se acentúa claramente el control jurisdiccional sobre el arbitraje, pero tampoco existe duda —sino general conformidad— a la hora de sostener que esa previsión, trasunto, como decimos, de la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas (Resoluciones 40/72, de 11.12.1985, y 61/33, de 4 de diciembre de 2006), está justificada, habida cuenta de que el examen de oficio se permite respecto de motivos que trascienden la simple voluntad de las partes y su poder de disposición, en el bien entendido, claro está, de que el laudo haya sido impugnado a instancia de parte —no se trata de que el Tribunal incoe de oficio el proceso de anulación. También resulta incuestionado que este precepto entraña una ruptura real del principio de congruencia, por expresa previsión de la Ley, no estando limitado el Tribunal a decidir sólo sobre la base de los motivos alegados por las partes, sino también, según establece el art. 41.2º LA, atendiendo a aquellos otros que hayan podido ser apreciados de oficio por él mismo. Si bien se mira, se trata, más que de una facultad del Tribunal, de un verdadero deber, dada la naturaleza pública de los intereses en juego, que es lo que explica la apelación legal al principio de oficialidad. Observancia de este deber que resulta tanto más exigible —desde el punto de vista del art. 14 CE, en su vertiente de igualdad en la aplicación judicial de la Ley— cuando, como es el caso, se da la

circunstancia de que la Sala sentenciadora ha sentado una doctrina jurisprudencial en supuestos similares, de suerte que, si el laudo controvertido evidenciase los defectos señalados en esa doctrina, ello habría de conducir —salvo cambio jurisprudencial motivado— a una decisión jurisdiccional coincidente con la precedentemente adoptada". La reciente sentencia del Tribunal Constitucional, de fecha 15 de febrero de 2021 (Recurso de amparo 3956-2018), concreta el concepto de orden público en relación al arbitraje y la función de esta Sala, estableciendo el siguiente criterio: "...". A la vista de lo expuesto, es criterio de esta Sala que, de oficio, puede examinar la correcta y ajustada composición conforme a derecho del colegio arbitral que dirima la controversia de las partes, sometida a su decisión, por ser una cuestión de orden público. Ninguna duda se plantea y así lo ha reiterado en diversas ocasiones esta Sala, que es contrario al orden público, por contradecir lo dispuesto en el art. 12 LA, el que el laudo arbitral sea dictado por un número par de árbitros. Así decíamos que: «Es totalmente coherente con este planteamiento de la ley y de la jurisprudencia la conclusión de que la cláusula arbitral contraria al número impar de árbitros, en cuanto imperativo legal, es nula, como también lo son los laudos dictados al amparo de tales cláusulas. Y ello sin detrimento alguno, claro está, de que quepa asimismo sostenerla nulidad de los laudos dictados por un tribunal arbitral distinto del pactado, cuando ese pacto no contravenga normas de Derecho imperativo (art. 41.1º.d) LA) «En el caso presente, como ya exponíamos, el laudo impugnado ha sido dictado por un número par de árbitros, por lo se infringe una norma legal imperativa, conforme a la regulación del proceso arbitral vigente en España, y aun cuando no ha sido invocada dicha infracción por las partes en sus respectivos escritos de demanda y contestación a la misma, puede ser apreciada de oficio dicha vulneración, con el efecto anulador del laudo dictado, que se deriva de la defectuosa formación de la decisión arbitral. Al hilo de los escritos presentados por las partes, en relación con el traslado conferido, hemos de compartir las consideraciones de la parte demandante, en el sentido de que la conclusión anulatoria no se altera por la previsión reglamentaria de la Corte arbitral, cuestión ya tratada en nuestras sentencias de 2 de enero de 2019 y en la anterior de 4 de abril de 2017, cuyos fundamentos damos por reproducidos y que en esencia, lo que determinan es que una norma reglamentaria interna no puede contradecir lo que de forma imperativa establece la Ley de Arbitraje. Por otra parte y en relación al escrito de la parte demandada, las consideraciones que realiza, para en el fondo no conceder eficacia anulatoria al defecto puesto de relieve por la Sala, deben decaer por cuanto que, aun cuando no lo haya puesto de relieve o alegado en su escrito de demanda la parte actora, dicha cuestión es apreciable de oficio y ello con las consecuencias que establecemos en nuestra resolución. La estimación del precedente motivo, exonera a la Sala de entrar a examinar los restantes motivos expuestos en la demanda, incluyendo la excepción procesal de defecto en el modo de proponer la demanda».

EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DECLARA LA NULIDAD UNA SENTENCIA DEL TSJ MADRID QUE HABÍA ANULADO UN LAUDO CCI POR MOTIVACIÓN ARBITRARIA CON LA CONSIGUIENTE INFRACCIÓN DEL ORDEN PÚBLICO (STC 2ª 55/2021, DE 15 DE MARZO)

Arbitraje — Acción de anulación — Doctrina del Tribunal constitucional — Orden público — Motivación arbitraria — Anulación de decisiones del TSJ de Madrid.

La Sentencia del Tribunal Constitucional 2ª 55/2021, de 15 de marzo (ponente: Pedro José González-Trevijano Sánchez) declara la nulidad la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Civil y Penal, Sección Primera, 13 de diciembre de 2018, que había anulado un laudo CCI por motivación arbitraria al lesionar ésta el derecho a la tutela judicial efectiva de la parte perdedora con la consiguiente infracción del orden público.

«(...) Sistemática del análisis de las vulneraciones alegadas por la parte demandante. Para entrar a valorar el fondo del asunto, debemos pronunciarnos antes de nada sobre las alegaciones del Ministerio Fiscal, relativas a la necesidad de concretar las vulneraciones de derechos fundamentales invocadas en el recurso de amparo, que han sido múltiples, así como sobre las resoluciones judiciales afectadas por las mismas. Este tribunal comparte con el fiscal la idea de que el enjuiciamiento que debe realizarse en el presente recurso, ha de ceñirse al examen de la sentencia de 13 de diciembre de 2018, dado que el auto de 5 de marzo de 2019, en definitiva, ratifica sus argumentos y, por ello, desestima el incidente excepcional de nulidad de actuaciones planteado contra aquella sentencia. Ahora bien, en caso de que se llegara al convencimiento de que con el dictado de la sentencia se ha producido alguna de las vulneraciones de derechos fundamentales alegados por la demandante de amparo, los efectos de tal declaración se extenderían a dicho auto, al haber persistido el órgano judicial en su planteamiento y no haber restablecido el derecho de la parte. Por otro lado, al analizar sentencia impugnada, tal como propone el Ministerio Fiscal, nuestro primer enjuiciamiento debe versar sobre la posible vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1º CE), causada por la denegación de la petición de archivo de la causa formulada conjuntamente por ambas partes. En efecto, procediendo de forma ordenada y coherente, se observa que conforme a la lógica de la "mayor retroacción", si valoramos, en primer lugar, este motivo de amparo, se producirá, en caso de estimarse la vulneración del derecho fundamental, un efecto superior en cuanto a su fuerza anuladora, ya que si este tribunal alcanza la conclusión de que la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid debió haber admitido la petición de archivo, ya no será necesario examinar el resto de decisiones que se cuestionan en este recurso de amparo. En consecuencia, procederemos, en primer término, a examinar la queja relativa a la denegación del archivo de la causa, asegurando con ello no solo la más amplia tutela de los derechos fundamentales, sino también su correspondencia con los motivos que confieren especial trascendencia constitucional al presente recurso de amparo (SSTC 152/2015, de 6 de julio, FJ 3, y 56/2019, de 6 de mayo, FJ 2, por todas) (...).

Selección de las resoluciones destacadas dictadas recientemente por Tribunales internacionales

EL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS DECLARA QUE UN PANEL ARBITRAL NO ES IMPARCIAL DEBIDO A LOS ESTRECHOS VÍNCULOS CON UNA PARTE EN UN LITIGIO COMERCIAL (STEDH 20 MAYO 2021 *BEG SPA CONTRA ITALIA* — 5312/11)

Falta de imparcialidad de un árbitro — Alto funcionario y abogado de la entidad matriz de la empresa oponente del solicitante en procedimientos civiles relacionados: violación.

La empresa solicitante se quejó en virtud del art. 6 § 1 sobre la supuesta falta de imparcialidad de uno de los árbitros, NI, en un panel de la Cámara de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Roma (la «ACR») que dicta un laudo arbitral en el contexto de un procedimiento de arbitraje voluntario entre ella y otra empresa italiana, Enelpower Spa. En particular, alegó que NI carecía de imparcialidad debido a sus vínculos profesionales con ENEL, la entidad matriz de Enelpower.

Ley — Art. 35 § 3 (a) (jurisdicción *ratione personae*): Los tribunales nacionales habían examinado la validez del laudo arbitral, declarándolo ejecutable, y habían examinado y desestimado tanto la solicitud de retiro del demandante como sus apelaciones de nulidad; según el derecho interno tenían competencia para hacerlo a pesar del acuerdo de las partes de renunciar a todos los recursos renunciables. En consecuencia, la Corte tenía jurisdicción *ratione personae* en cuanto a los actos y omisiones impugnados por la ACR, según lo validaron los tribunales nacionales.

Art. 6 § 1: El Tribunal examinó en primer lugar la cuestión de la renuncia planteada en el caso. Encontró que no se podía considerar que el demandante hubiera renunciado inequívocamente a la garantía de imparcialidad de los árbitros, según lo establecido en las reglas de la ACR, ni a la expectativa de que los tribunales nacionales garantizarían el cumplimiento del laudo arbitral con el Código de Procedimiento Civil pertinente. normas, incluidas las relativas a la imparcialidad. Para llegar a esta conclusión, la Corte tuvo en cuenta los siguientes factores:

El solicitante había aceptado libre y voluntariamente el arbitraje antes del nombramiento de NI. Las Reglas de la ACR obligaron a los árbitros a indicar cualquier relación con las partes o sus abogados que pudiera tener un impacto en su independencia e imparcialidad, y cualquier interés personal o económico directo o indirecto en el tema de la disputa. Sin embargo, no los obligaron a indicar explícitamente la ausencia de tales relaciones y / o intereses. Tres de los árbitros habían indicado expresamente la ausencia de tal motivo, mientras que NI simplemente había aceptado el nombramiento. En ausencia de una revelación negativa explícita, se podría presumir legítimamente que tales relaciones y / o intereses económicos no existían. El hecho de que el demandante no haya

impugnado la falta de tal divulgación no demuestra una renuncia a su derecho a que su disputa sea resuelta por un tribunal independiente e imparcial.

No había pruebas concretas de que la demandante hubiera tenido conocimiento de las actividades profesionales de NI. Tan pronto como tuvo conocimiento de los vínculos profesionales entre NI y una de las partes, informó a la ACR y a los demás árbitros de su intención de presentó una solicitud de retiro, lo hizo de inmediato ante el Tribunal de Distrito de Roma y luego impugnó la validez del laudo. Aunque sus solicitudes de retiro fueron desestimadas por fuera de plazo, se consideró que la denuncia de nulidad del laudo derivada de la falta de imparcialidad de NI se había presentado periódicamente en el proceso arbitral y fue desestimada tras un examen de fondo. Por lo tanto, el caso en este sentido difería radicalmente de la situación en Suovaniemi y otros c. Finlandia (dec.).

En consecuencia, el procedimiento de arbitraje debía ofrecer las salvaguardias previstas en el art. 6 § 1 del Convenio.

En cuanto al fondo de la denuncia de la demandante, lo relevante era la relación entre las dos empresas y no su naturaleza pública o privada. Luego, el Tribunal centró su evaluación en el aspecto objetivo de la imparcialidad, ya que no había pruebas que sugirieran ningún prejuicio o sesgo personal por parte de NI. Sostuvo que la imparcialidad de NI había sido capaz de ser, o al menos parecer, abierta a dudas y que los temores del demandante a este respecto podían considerarse razonables y objetivamente justificados. Al respecto, fue relevante lo siguiente:

En primer lugar, el papel de NI como Vicepresidente y miembro del Consejo de Administración de ENEL en un momento en el que había negociaciones en curso entre el solicitante y ENEL. Sin especular sobre el conocimiento efectivo de NI de estas negociaciones, dada la importancia del proyecto empresarial y los intereses económicos, el rol principal de NI en ENEL que había llevado a cabo las primeras negociaciones y el acuerdo preliminar, y cuya subsidiaria se opondría posteriormente al solicitante en el procedimiento arbitral, se desde el punto de vista de un observador externo, legítimamente podría suscitar dudas sobre su imparcialidad.

En segundo lugar, el papel de NI como abogado de ENEL en procesos civiles internos paralelos y, en particular, al menos uno de estos que se había solapado con el proceso arbitral. En ese momento, Enelpower estaba totalmente controlada y seguía siendo una división interna dentro de ENEL.

Por último, la Corte también señaló el posterior cambio en la legislación interna según el cual el hecho de que un árbitro asesorara regularmente a una parte en un proceso arbitral o, *inter alia*, a la empresa que lo controlaba, era motivo de inhabilitación. Esto proporcionó garantías más claras y, en su caso, más amplias contra la falta de imparcialidad en los procedimientos de arbitraje, de modo que, si este caso se hubiera resuelto en el país después de esta reforma, el resultado podría haber sido diferente.

En consecuencia, el Tribunal determinó una violación del art. 6 § 1 del Convenio. Conclusión: violación (por unanimidad). Entre otras consideraciones el Tribunal afirmó que:

135. *At the outset, the Court would point out that there is no dispute between the parties as to the voluntary nature of arbitration proceedings before the ACR. Indeed, it notes that the applicant and Enelpower had agreed, in Article 11 of their cooperation agreement (see paragraph 11 above), to refer any future dispute arising from that agreement to an arbitral panel to be appointed under the scheme provided by the ACR. Nor had the validity or the legality of the cooperation agreement ever been challenged or called into question by the parties.*

136. *It remains to be ascertained whether, despite initially opting, even freely, for the jurisdiction of the ACR's arbitral panel instead of that of a court of law of the classic kind, the applicant subsequently waived, in an unequivocal manner and among other rights secured by Article 6, specifically its right to have its dispute with Enelpower settled by an independent and impartial tribunal.*

137. *The Court primarily notes that the applicant company had freely and voluntarily accepted the ACR arbitration at a point in time before the actual appointment of N.I. as one of the arbitrators.*

138. *The Court does not agree with the Government's argument that the fact that the applicant had not challenged the lack of an explicit negative disclosure demonstrates a waiver of its right to have its dispute settled by an independent and impartial tribunal.*

139. *In this regard it would note that Article 6 of the Rules of the ACR (see paragraph 41 above) compelled the arbitrators to indicate, in their written declaration, any relationship with the parties or their counsel that might have an impact on their independence and impartiality, and any direct or indirect personal or economic interest in the subject matter of the dispute. However, the said Article did not compel arbitrators to explicitly indicate the absence of such relationships and/or economic interests. Having regard to the documents at its disposal, the Court notes that, contrary to what the Government asserted, G.G., A.V. and P.D.L. had expressly indicated the absence of any reason that might have had an impact on their independence and impartiality, while N.I. had simply accepted the appointment. The Court agrees in this regard with the applicant's argument that, in the absence of an explicit negative disclosure, one could legitimately presume that such relationships and/or economic interests did not exist.*

140. *As to the Government's assertion that the arbitrators were well-known figures and that the applicant, through its arbitrator G.G., was most probably aware of the professional links between N.I. and the ENEL group, the Court notes the following. The reasons advanced by the domestic courts (see paragraph 27 above) and the Government are based on a presumption of knowledge which does not rest on any concrete evidence to the effect that the applicant was in fact aware of the professional activities of N.I. (see, mutatis mutandis, Pescador Valero v. Spain, no. 62435/00, § 26, ECHR 2003-VII). The Court therefore disagrees with the Government and does not find that facts have been demonstrated from which it could infer the unequivocal waiver of the requirement of impartiality in respect of the arbitrator.*

141. *Finally, as to the impartiality complaint lodged with the domestic courts, the Court would refer to its decision in Suovaniemi and Others v. Finland ((dec.), no. 31737/96, 23 February 1999),*

where it took the view that the applicants» choice to have recourse to arbitration had not only been voluntary, because they had freely accepted the arbitration agreement, but also «unequivocal», because although they had been aware of the grounds for challenging the independence and impartiality of an arbitrator, they had not sought his withdrawal during the arbitration proceedings. By employing such a test, as suggested by its case-law, as regards the need for a voluntary and unequivocal waiver of the right to an impartial adjudicator be established, the Court emphasises that it has been developed in the context of arbitral proceedings, which is material to the present case, without having to decide whether a similar waiver would be valid in the context of purely judicial proceedings.

142. In the present case the Government suggested that the applicant's request for withdrawal had been out of time. In this regard the Court would note that the applicant, as soon as it became aware of the professional links between N.I. and one of the parties, informed the ACR and the other arbitrators of its intention to lodge a request for withdrawal (see paragraph 20 above), immediately filed a request for withdrawal with the Rome District Court (see paragraph 24 above) and later challenged the validity of the award, pursuant to Article 828 of the CCP before the civil courts. Although it is not disputed that the requests for withdrawal lodged with the Rome District Court were later dismissed as out of time (see paragraphs 25 and 27), the Court notes that the civil courts called upon to rule on the alleged nullity of the award, and in particular the Court of Cassation in its decision of 15 November 2010 (see paragraph 33 above), stated that the complaint as to the nullity of the award stemming from a lack of impartiality of N.I. had been regularly lodged in the arbitration proceedings, even though the deliberation on the award had already taken place. It proceeded therefore to analyse the merits of the applicant's complaint, then dismissing it. The case in this sense radically differs from Suovaniemi and Others, cited above.

143. Having regard to the above, the Court finds that the applicant company could not be considered to have unequivocally waived both the guarantee of impartiality of the arbitrators, as established under the Rules of the ACR (see paragraph 139 above), and the expectation that the domestic courts would ensure that the arbitral award complied with the relevant rules in the Italian CCP, including those relating to the impartiality of the arbitrators (see paragraphs 39 and 142 above). Consequently, the arbitration proceedings had to afford the safeguards provided for under Article 6 § 1 of the Convention (see paragraph 127 above).

144. Turning to the analysis of the merits of the applicant's complaint, the Court considers at the outset that, for the purposes of the examination of the present case, establishing whether or not N.I.'s impartiality was tainted is not dependent on the public or private nature of ENEL and Enelpower. What is at stake is in fact whether the arbitration proceedings to which the applicant was a party afforded the safeguards provided for under Article 6 § 1 of the Convention, namely in view of the alleged lack of impartiality of one of the arbitrators. In this regard, what matters are the relationships between ENEL and Enelpower (see paragraphs 6 and 9 above, and 148 and 151 below), which are independent from the issue of their public or private nature. The Court will therefore not dwell any further on the issue.

145. *As to the subjective aspect of impartiality, the Court finds that there is no evidence in the present case to suggest any personal prejudice or bias on the part of N.I.*

146. *With regard to the objective test, it must be determined whether, apart from N.I.'s conduct, there are ascertainable facts which may raise doubts as to his impartiality.*

147. *As to the Government's contention that the applicant had been well aware of N.I.'s professional links with ENEL, the Court reiterates that it has already rejected this argument when dealing with the applicant's waiver (see paragraph 140 above).*

148. *The Court notes that it is not disputed by the parties that N.I. had been Vice-Chairman and member of the Board of Directors of ENEL from June 1995 to June 1996. It is also an undisputed fact that the formal invitation to participate in the project was sent by the applicant to ENEL on 12 February 1996, whereas ENEL's first positive reply was sent on 29 February 1996 (see paragraphs 6 and 7 above). In this regard, the Court will not speculate as to N.I.'s effective knowledge of the ongoing negotiations. However, the Court notes that all negotiations concerning the business project, including the 1999 preliminary agreement, were conducted between ENEL and the applicant (see paragraph 8 above).*

149. *In this regard, the Court reiterates that even appearances may be of a certain importance (see paragraph 134 above). It would therefore note that, given the importance and the economic stakes of the business project, N.I.'s senior role in the entity which had conducted the first negotiations and whose subsidiary Enelpower would later oppose the applicant in the arbitration proceedings, seen from the point of view of an external observer, could legitimately give rise to doubts as to his impartiality.*

150. *As to N.I.'s role in parallel proceedings, the parties do not disagree on the fact that N.I. had been the lawyer of ENEL in some domestic sets of civil proceedings. It was N.I. himself who declared this before the Rome District Court (see paragraph 26 above). In this regard, the Court notes that it is a fact that N.I. had been ENEL's lawyer in a set of civil proceedings concluded by a judgment of the Court of Cassation of 27 November 2001, at a time when the parties had already appointed their arbitrators.*

151. *It is true, as the Government argued, that in the said dispute N.I. was the counsel of ENEL and not of Enelpower and that the latter had been created, as a separate entity from ENEL, in 1999. However, the Court notes that Enelpower was at the time wholly controlled by ENEL, which held 100% of its share capital. Moreover, when the civil dispute had started, Enelpower was still an internal division within ENEL.*

152. *The Court notes that Legislative Decree no. 40 of 2 February 2006 (see paragraph 40 above) radically amended Article 815 of the CCP and the grounds for disqualification of arbitrators, providing for a strengthening of the principles of independence and impartiality in arbitration, to an extent similar to ordinary courts of law. In particular, new Article 815 § 1 (5) indicates as a reason for disqualification the fact that the arbitrator regularly advises a party to the arbitration*

proceedings or, inter alia, the company that controls it. The Court notes with interest the change in the law, which provides for clearer and, if applicable, wider guarantees against a lack of impartiality in the context of arbitration proceedings, such that, if the case had been domestically adjudicated after this reform the outcome might have been different.

153. To conclude, having regard to N.I.'s role as Vice-Chairman and member of the Board of Directors of ENEL between 1995 and 1996 and his role as lawyer for ENEL in at least one dispute which overlapped with the arbitration proceedings, the Court is of the view that N.I.'s impartiality was capable of being, or at least appearing, open to doubt and that the applicant's fears in this respect can be considered reasonable and objectively justified.

154. There has accordingly been a violation of Article 6 § 1 of the Convention.

[Vid. J.M. Julià, «La protección de las garantías procesales en el arbitraje voluntario», *supra*]

CORTE DE ARBITRAJE DEL ILUSTRE COLEGIO DE ABOGADOS DE MADRID



Especial: Treinta de la Corte de Arbitraje del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid. Entrevistas a los sucesivos Presidentes de la Corte de Arbitraje del ICAM; José María Alonso Puig, Jaime Mairata Laviña, Antonio Albanés Membrillo, Alejandro Alonso Dregi y Begoña Castro Jover

Hace 30 años los promotores de la Corte de Arbitraje del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid CAM, liderados por el decano Antonio Pedrol, aprobaron los primeros estatutos de una Corte de Arbitraje, iniciándose un largo camino para hacer de este mecanismo de resolución de controversias una verdadera alternativa a la jurisdicción. No puede negarse que diversos factores han dificultado en este tiempo el despegue definitivo del arbitraje doméstico en España a los cuales esta Corte no ha sido ajena, pero en los últimos tiempos se está perfilando un panorama ciertamente optimista para la institución de arbitraje.

Por un lado, la reciente doctrina del Tribunal Constitucional, construida a partir de una serie de sentencias que refuerzan este modelo de resolución extrajudicial de conflictos, y por otro, el aumento de la litigiosidad que amenaza con colapsar definitivamente un sistema de justicia históricamente saturado, abren una ventana de oportunidad que la Corte del ICAM no piensa a desaprovechar. Se abre una nueva etapa, una nueva Corte para un nuevo tiempo en el que espera capitalizar un contexto más favorable en beneficio tanto de quienes necesitan resolver sus conflictos en unos plazos y con unos costes razonables, como de todos aquellos compañeros y compañeras

que decidan sumarse al ejercicio del arbitraje.

En sus más de 30 años de desempeño en la administración de los arbitrajes sometidos a la Corte del Colegio, su secretario General Ignacio Coloma identifica tres etapas en su desarrollo. «Hubo una fase inicial que fue realmente dificultosa, porque era tal el desconocimiento entre la profesión que había abogados que pensaban que en cada provincia había un tribunal arbitral, algo así como una jurisdicción paralela a la jurisdicción estatal. Las consultas que llegaban sobre arbitraje eran de lo más variopinto», recuerda. «En un principio, se estableció un reglamento muy simple, pero que sirvió y fue útil». Después, casi todas las instituciones arbitrales han ido siguiendo la estela de la Corte de Arbitraje de la Cámara Internacional de Arbitraje de París (CCI), que está cerca de cumplir 100 años, adaptando sus reglamentos a las novedades que iba introduciendo en el suyo la Corte parisina. «En nuestra Corte, esa adaptación a un reglamento, por así decirlo, homologable internacionalmente, se produce en el año 2010, durante el mandato de Antonio Hernández Gil, cuando es nombrado presidente de la Corte José María Alonso Puig».

El actual decano del ICAM ha sido una de las figuras clave en el desarrollo de la institución arbitral del Colegio, probablemente la más influyente. Fue él quien promovió que la Corte adoptase el reglamento modelo del Club Español del Arbitraje (CEA), que seguía las directrices de la Corte de la CCI, con ciertas matizaciones para mantener la vocación de servicio público que caracteriza a la corte colegial.

Además del procedimiento ordinario que sigue fielmente el reglamento modelo del CEA, incluye uno abreviado para asuntos de cuantía inferior a 100.000 euros, y establece también un procedimiento especial, muy abreviado, en materia de arrendamientos urbanos y honorarios profesionales, que permite administrar arbitrajes no comerciales para la resolución de controversias entre particulares. En esta segunda etapa se realizó también una importante renovación de la lista de árbitros, que ya se estableció por especialidades, a la que podían acceder los colegiados del ICAM con más de diez años de ejercicio ininterrumpido —y sin sanción alguna en su expediente profesional— que pudieran justificar conocimientos en el área de especialidad en que se deseaba realizar arbitrajes.

Antes que José María Alonso, fueron Antonio Albanés Membrillo y Jaime Mairata Laviña los encargados de impulsar el arbitraje desde la Corte del Colegio de Abogados de Madrid. Con posterioridad, Alejandro Alonso Dregi y Begoña Castro Jover han continuado la senda iniciada en 1990. Bajo la presidencia de la actual vicedecana, y ya con José María Alonso como decano de la Junta de Gobierno, la Corte del Colegio entró en una etapa de aceleración coincidiendo con su 28 aniversario. La Junta de Gobierno puso en marcha una ambiciosa reforma de los Estatutos y el Reglamento de la Corte, incorporando nuevas figuras como el árbitro de emergencia y el arbitraje estatutario. Las reformas de los Estatutos y del Reglamento de la Corte eliminaron definitivamente las funciones de mediación que la Corte tenía atribuidas en los estatutos, tareas que desde hacía tiempo el Colegio venía desarrollando a través de MediaICAM. En relación a las condiciones para ser árbitro de la Corte, se introdujo la posibilidad de eximir de los requisitos de colegiación y antigüedad a juristas de reconocido prestigio en cualquier campo del Derecho, con independencia de su nacionalidad. También quedó previsto que una vez formada la lista de árbitros se pudieran producir

nuevas incorporaciones, previa solicitud y a propuesta del Comité de Evaluación, que pasaba a constituirse como un órgano permanente de la Corte. Además, se limitó hasta un máximo de dos el número de veces que puede ser designado un mismo árbitro al año. Respecto al reglamento de Arbitraje, Ignacio Coloma desglosa cuatro aspectos novedosos introducidos en la última reforma. «En primer lugar, se introduce la figura del árbitro de emergencia, al cual se encomiendan no solo la adopción de medidas cautelares con anterioridad a la constitución del tribunal arbitral, sino también las de anticipación y aseguramiento de prueba». Por otra parte, siguiendo el modelo recomendado por el Club Español del Arbitraje se incorpora la figura del arbitraje estatutario, introducido en la Ley de Arbitraje a través de la reforma operada en la misma por la Ley 11/2011, de 20 de mayo. «También se introducen pequeñas modificaciones en diversos artículos del Reglamento para complementar o mejorar su redacción», añade Coloma, y se modifica el Anexo relativo a las Costas para incorporar las correspondientes al árbitro de emergencia, así como la contribución de los árbitros a los Derechos de Administración de la Corte de Arbitraje mediante la cesión de un porcentaje de sus honorarios. En relación a las costas del arbitraje, el secretario general recalca que el Colegio siempre ha tratado de que los honorarios de árbitros y derechos de Corte no sean disuasorios ni un obstáculo para el arbitraje, pensando en el cumplimiento de su función como servicio público a los ciudadanos.

Además de la vocación de servicio público, que permite llevar a arbitraje asuntos no comerciales a unos costes muy accesibles, la Corte del Colegio tiene una serie de características que la diferencian de otras instituciones arbitrales. Una de ellas es el compromiso con la igualdad que ha impregnado todos los ámbitos de actividad de la corporación madrileña, reflejado de manera singular en el campo del arbitraje a través de una práctica de discriminación positiva que ha logrado casi equiparar el acceso de hombres y mujeres a los arbitrajes sometidos a la Corte, a pesar del claro predominio masculino en la composición de la lista de árbitros.

La redacción de «LA LEY: MEDIACIÓN Y ARBITRAJE» ha preparado el siguiente cuestionario, que los sucesivos Presidentes de la Corte de Arbitraje del ICAM han tenido la amabilidad de responder

CUESTIONES

PRIMERA. Recientemente cuatro Sentencias del Tribunal Constitucional, entre las que figura la 15 de febrero del presente año han sido de enorme importancia ya que supone un claro anclaje del arbitraje en la normativa constitucional ¿Cree Usted que tras esta nueva doctrina del Tribunal Constitucional se revitalizará en desarrollo del arbitraje en España?

SEGUNDA. Dentro de los retos que deben afrontarse para incrementar el arbitraje ¿cuáles deben desarrollarse para hacer que desde la perspectiva de una institución administradora el arbitraje sea más eficiente?

TERCERA. ¿Cuáles son los principales valores de la Corte de Arbitraje del Ilustre Colegio de Madrid?

CUARTA. Acudir a la mediación empresarial ¿puede ser otra vía complementaria o alternativa para resolver los conflictos?

QUINTA. En torno al acceso de las mujeres al ejercicio de la actividad arbitral ¿Cuál es el papel de la mujer en la práctica española?

SEXTA.Cuál es su opinión sobre las nuevas tecnologías ¿serán efectivas en la práctica del arbitraje y con ello contribuirán s su desarrollo frente a los procedimientos ante los tribunales.?

SÉPTIMA. ¿Los costes del procedimiento arbitral, pueden ser disuasorios para sus eventuales usuarios? ¿Cuál es su opinión sobre la financiación del arbitraje por terceros?

OCTAVA. Puede resumir brevemente cuál es su opinión sobre la actual situación del arbitraje en España y sus perspectivas en un futuro próximo.



Antonio Albanés Membrillo

Abogado en ejercicio con 45 años de experiencia profesional, con dedicación preferente al Derecho Civil y Mercantil y al Arbitraje. Ha sido miembro de la Junta de Gobierno del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid y Presidente de su Corte de Arbitraje. Es Árbitro de la Corte de Arbitraje de Madrid, de la Corte Española de Arbitraje y de la Corte de Arbitraje Civil y Mercantil. Ha impartido numerosas conferencias y seminarios sobre la materia. Es además Secretario de la Junta de Gobierno de la Mutualidad de la Abogacía y de la Fundación Mutualidad Abogacía

PRIMERA. Esperemos que así sea. Parece que recuperamos el encaje constitucional del arbitraje desde que la ya lejana Constitución liberal de 1812 recogiera en su texto que no se puede privar a ningún español del derecho de terminar sus diferencias por medio de árbitros.

La Ley de Arbitraje de 1953 supuso un paso atrás en lo que respecta al arbitraje internacional. La jurisprudencia dictada en interpretación de dicha ley denegaba sistemáticamente el *exequatur* de los laudos dictados en el extranjero. No fue sino hasta la sentencia del Supremo de 23 de febrero de 1.981 cuando se inició un giro copernicano en este particular. Y es que cuesta conseguir que los jueces dejen de ver al arbitraje como una forma de eludir la función jurisdiccional. Cierto es que la función jurisdiccional juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado viene atribuida a los órganos judiciales, pero es que el arbitraje no es una jurisdicción paralela, por la sencilla razón de que el árbitro carece de *imperium*. Es, simplemente , una técnica resolutoria de conflictos que, sobre todo en el ámbito del derecho mercantil, tiene la ventaja de proporcionar una solución eficaz, segura y sobre todo rápida para resolver las desavenencias.

SEGUNDA. Creo que el primero de todos es abundar en la difusión del arbitraje como método eficaz de resolución de conflictos. Se ha hecho y se está haciendo una gran labor en este sentido por partes de las Cortes de Arbitraje, Colegios de Abogados y asociaciones empresariales y hay que seguir en

ello. En segundo lugar, creo que las instituciones arbitrales deben cuidar a sus árbitros, pues como suele decirse un arbitraje vale lo que vale el árbitro. En ese sentido se echa de menos una mayor labor de formación continuada mediante seminarios de actualización y puesta al día dirigida a los árbitros.

La difusión del arbitraje es especialmente importante entre los abogados, que son quienes redactan los contratos y quienes aconsejan el sometimiento de controversias al fuero judicial o al arbitraje. No todos los abogados han participado alguna vez en un procedimiento arbitral, de ahí que ante esa primera experiencia, se encuentren un poco incómodos: El escenario no es el mismo, como no lo son las reglas de juego. Para empezar se encuentran con una o varias personas que aunque son las encargadas de resolver el litigio no mantienen una posición rígida y distante, sino próxima y afable, con quien van a poder hablar sin sometimiento a ninguna regla especial, al margen de las que dictan la educación y el respeto, que probablemente les va a tutear y que, para su sorpresa, incluso le va a proponer un acuerdo sobre las fechas para la celebración de las audiencias, que le va a permitir una gran flexibilidad en los interrogatorios de las partes, testigos y peritos y que cuando tenga que rechazar alguna prueba, pregunta o alegación lo va a hacer con la máxima corrección, explicándole por qué, a su juicio, no procede y es que, al tratarse de un sistema de heterocomposición, la flexibilidad se erige en norma consustancial a la institución.

TERCERA. La Corte de arbitraje del Colegio de Abogados de Madrid se crea en 1990 con la finalidad de desempeñar las funciones arbitrales que el Colegio tiene tenía tanto por el Estatuto General de la Abogacía como por sus propios Estatutos. Abierta la posibilidad del arbitraje administrado con la Ley de Arbitraje 36/1988, la Corte comenzó su andadura con mucha templanza, sin prisas que hubieran producido sin lugar a dudas la frustración, por prematuro, de un importante objetivo. Se puso más énfasis en la calidad que en el número y ello redundó en el prestigio de la institución.

Una característica importante de la Corte de Arbitraje del Colegio de Abogados de Madrid es que supo aprovechar una larga tradición de los abogados: La de encomendar al decano de su colegio o persona que él designara la resolución de los litigios surgidos como consecuencia de los contratos en los que habían intervenido. Esta tradición secular fue aprovechada en su momento para derivar estos arbitrajes a la Corte, aprovechando así el prestigio de la institución colegial.

CUARTA. Indudablemente, ahí está la Ley 5/2012 de Mediación en asuntos civiles y mercantiles. Pero personalmente y como jurista confío más en el arbitraje que en la mediación. Por experiencia sé que a las partes les cuesta mostrar sus argumentos y defensas, por mucho que esté garantizada la confidencialidad, si no es para obtener una resolución ejecutiva, sea del tenor que sea.

QUINTA. Cada vez más pujante, afortunadamente. Y no lo digo por razones de paridad, que a veces desembocan en la imposición de «cuotas», algo con lo que estoy en profundo desacuerdo. Una mujer preparada no necesita el acceso por cuotas a funciones profesionales, como pueden ser, por ejemplo, puestos en los consejos de administración. Cada vez más mujeres profesionales se están incorporando a la actividad arbitral, bien como árbitros o como abogadas de parte, acreditando una calidad profesional de primer orden en este sector, como ya lo han acreditado en otros. No en vano existen mujeres que presiden importantes instituciones arbitrales.

SEXTA. Sin duda, sobre todo en el ámbito internacional. Las nuevas tecnologías permiten la comunicación a distancia, evitando desplazamientos costosos para las partes, testigos y peritos. Basta con asegurar la identidad de los comparecientes, algo que ya se puede hacer perfectamente con figuras como la firma digital o el reconocimiento biométrico. Es cierto que la presencialidad aporta datos importantes para los árbitros (actitud, nerviosismo, etc.) pero creo que también para esto las nuevas tecnologías encontrarán solución. Por lo demás, siempre se puede acudir a un sistema mixto.

SÉPTIMA. Los defensores y divulgadores del arbitraje solemos decir que acudir a esta vía implica determinadas ventajas, entre otras, de carácter económico. Así expuesto, el mensaje puede ser solo una verdad a medias. No hay que caer en el error de considerar que el arbitraje es un procedimiento más barato que el procedimiento judicial, sencillamente porque no es cierto. En términos generales se podría decir que un procedimiento arbitral es más costoso que la primera instancia de un proceso judicial, una conclusión a la que no resulta difícil llegar si tenemos en cuenta que a los costes relativos a la intervención de abogados de las partes —iguales, en principio, a los de un procedimiento judicial— hay que añadir otros de gran importancia como son los honorarios de los árbitros y los gastos y derechos de la institución arbitral. Es verdad que, sobre todo en el arbitraje administrado, las instituciones arbitrales tienen especial cuidado en moderar los honorarios de los árbitros, mediante el establecimiento de aranceles; pero aun así, se trata de un importante coste que no existe en los procesos judiciales; o, por mejor decir, se trata de un coste que no recae directamente sobre las partes litigantes, pues los Jueces y Magistrados son funcionarios públicos y como tales perciben su retribución del Estado. Y en el mismo sentido cabe citar los costes de administración de la institución arbitral.

Otra cosa es que, en su conjunto, todo el proceso resolutorio de la controversia pueda resultar más beneficioso desde el punto de vista económico. El usuario del arbitraje quiere no sólo una solución rápida, sino también definitiva. Desde una óptica temporal, la ventaja del arbitraje sobre el proceso judicial es evidente. No es lo mismo resolver un litigio en apenas un año que hacerlo en cinco. Estos plazos no son aleatorios; si añadimos al plazo que tiene el árbitro para dictar laudo (seis meses por regla general), el tiempo necesario para tramitar la solicitud inicial, depósito de la provisión de fondos, nombramiento y aceptación de árbitros, etc., ello nos lleva al plazo medio expresado. Por otro lado, y desde una perspectiva global de todo el proceso resolutorio, podemos afirmar que el coste total del procedimiento judicial es superior al del arbitraje, pues si bien como se ha indicado un procedimiento arbitral por regla general es más costoso que la primera instancia de un proceso judicial, hay que decir que el proceso judicial es más costoso en su conjunto, suponiendo que se agoten todas las instancias posibles, que suele ser lo habitual.

OCTAVA. España está llamada a ser un referente importante en el arbitraje internacional, fundamentalmente el área iberoamericana. Nuestro arraigo en los países iberoamericanos por cultura, idioma y tradición de un lado y nuestra posición como miembro de la Unión Europea de otro, dan a nuestro país una posición relevante en las relaciones comerciales entre uno y otro continente que no debemos desaprovechar. El Centro Iberoamericano de Arbitraje es una buena prueba de estas iniciativas. Su creación y puesta en marcha es la consecuencia del trabajo de muchos años en el seno

de la UIBA (Unión Iberoamericana de Colegios y Agrupaciones de Abogados), que dio como fruto la aprobación de una ley tipo, así como la participación activa de árbitros iberoamericanos en los centros más prestigiados internacionalmente. Y en cuanto al arbitraje interno, el endémico retraso de la Administración de Justicia, al que hay que añadir el coyuntural provocado por la pandemia, debe facilitar el aumento de las controversias a resolver mediante arbitraje.



Jaime Mairata Laviña

Abogado en ejercicio desde 1974. Socio en RSR Abogado. Licenciado en «Derecho» por la Universidad Complutense de Madrid (1974). Licenciado en «Ciencias Políticas y Sociología» (especialidad en «Estudios Internacionales»), por la Universidad Complutense de Madrid (1980). Diplomado en «Sociología Política» por el Instituto de Estudios Políticos (1974). Profesor Asociado de Derecho Mercantil de la Universidad Complutense. Autor de numerosas publicaciones sobre Derecho Mercantil, Derecho Financiero y específicamente sobre Derecho Concursal y sobre Arbitraje. Cruz distinguida de primera clase de la Orden de San Raimundo de Peñafort (1988). Diputado 4º del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid desde diciembre de 2000 a diciembre 2005 y Presidente de su Corte de Arbitraje. Árbitro de la Corte de Arbitraje de Madrid. Árbitro de la Corte Civil y Mercantil de Arbitraje (CIMA). Miembro desde su fundación el 7 de marzo de 2005 del Club Español del Arbitraje; Vocal de la Junta Directiva desde abril de 2007 a 2013. Presidente, co-árbitro y letrado de parte en gran número de procedimientos arbitrales

PRIMERA. Sin duda, porque la interpretación que se venía haciendo por algún Tribunal Superior de Justicia, especialmente el de Madrid, ponía en duda el propio fundamento del proceso arbitral, un medio alternativo de resolución de conflictos que se fundamenta en la autonomía de la voluntad de unas partes que aceptan de antemano la decisión del árbitro al que han acordado someterse, sin posibilidad de trasladar el examen de la controversia al juez ni de sustituir en ningún caso la decisión del árbitro por la de aquel, más allá de la restringida protección que ofrece el procedimiento judicial de nulidad del laudo, como bien ha reiterado el Tribunal Constitucional en las Sentencias citadas. El riesgo de anulación del laudo arbitral, desde la perspectiva del control del orden público, estriba en la posible lesión del art. 24.1º CE por la motivación en la medida en que permite conocer las razones de la decisión y posibilidad un control y la valoración de la prueba que contenga el laudo, bien porque la primera sea arbitraria, o que la segunda sea el resultado de una motivación patentemente lesiva del derecho a la tutela judicial efectiva, bien por haber contravenido principios jurídicos, públicos o privados, políticos, morales y económicos tenidos por esenciales para la conservación de una sociedad en un pueblo y una época determinados, bien por vulnerar una norma imperativa de carácter tan fundamental que ninguna restricción pudiera impedir su observancia, afectando tal vulneración a los principios esenciales del ordenamiento jurídico, como el derecho a la tutela judicial efectiva, sin indefensión, en el supuesto de irracionalidad o arbitrariedad del laudo. El orden público procesal se identifica con el derecho de defensa y con los principios procesales fundamentales de

audiencia, contradicción e igualdad, que resultan inderogables por voluntad de las partes y que conducen a la nulidad del laudo cuando el mismo los vulnera. Pero la vulneración del orden público no se produce, a mi juicio, cuando respetando el derecho de defensa y los principios fundamentales de audiencia, contradicción e igualdad, el árbitro motiva suficientemente motivada su decisión, de forma ajena a la arbitrariedad. Lo contrario suponía cercenar los principios que rigen el funcionamiento del arbitraje. De ahí que las aclaraciones del TC resulten esenciales para que se retome, sobre todo por las grandes empresas, la confianza en un procedimiento, el arbitral, sumamente útil.

SEGUNDA. El éxito del arbitraje dependerá, siempre, del prestigio de los árbitros, que requieren especialización e independencia. Y una institución administradora del arbitraje con una cuidada selección de árbitros expertos e independientes genera confianza y fomenta el arbitraje. Es imprescindible que los árbitros y las instituciones arbitrales que administran el arbitraje sean independientes e imparciales, designen a los árbitros a través de un procedimiento reglado, neutral y transparente, y doten a todo el proceso de un clima de confianza ética y profesional que desemboque en decisiones revestidas de imparcialidad y que, como tales, sean apreciadas por los intervinientes en el procedimiento. Como recuerda el Código de Buenas Prácticas Arbitrales elaborado por el Club Español de Arbitraje, las instituciones arbitrales tienen que observar unos principios éticos con el objetivo de contribuir a consolidar la confianza existente en el arbitraje como alternativa efectiva a la jurisdicción, y el éxito de toda institución administradora dependerá en gran medida de la conducta irreprochable de cuantos colaboren en ella, a quienes debe exigirse la estricta observancia de cánones de conducta profesionales. El arbitraje vale lo que valen sus árbitros, y el proceso de mejora de la práctica arbitral exige la profesionalización de los mismos y de las Cortes para que el arbitraje inspire confianza.

TERCERA. El Colegio de Abogados de Madrid es una institución centenaria de mucho prestigio, con colegiados que pueden solicitar su inclusión como árbitros de la Corte cumpliendo unos requisitos: ahí está la grandeza y el problema de la Corte, porque si esos requisitos son excesivamente estrictos, en niveles de exigencia, generan un descontento en la masa colegial y, a la larga, un rechazo de la institución arbitral, que se considera elitista; y si no los son, la Corte se desprestigia. Cuando me hice cargo de la Corte, con la ayuda inestimable de Ignacio Coloma, Gonzalo Stampa, Conchita Álvarez Tomé y María del Carmen García, entre otros, mi primer objetivo fue actualizar las designaciones y que todos los árbitros que formaban parte de la misma tuvieran acceso a los expedientes que se planteaban. Había que distinguir los arbitrajes en que se designaba árbitro al Decano o a la persona que él designara, que por tanto no eran competencia de la Corte; y los arbitrajes en que se designaba a la Corte como institución administradora. En éstos procuré que todos los árbitros inscritos pudieran acceder a los expedientes arbitrales, en aquella época de cuantías muy escasas, con la advertencia de que de no aceptar la designación de forma no justificada se produciría su baja en la lista de árbitros. Muchos rechazaban las designaciones, por la cuantía o por circunstancias personales ajenas al expediente arbitral, y causaban baja en la lista. Pero en aquel momento esas designaciones casi alfabéticas permitieron retomar a otros muchos su confianza en la Corte del Colegio. Fue un primer paso en su modernización, seguida de la propuesta de creación de secciones especializadas, con requisitos adicionales para el acceso de árbitros definidos por una consultora

independiente con criterios ISO 9000, para hacer una Corte abierta, prestigiosa y con criterios de acceso controlados por una norma de calidad objetiva e independiente, buscando aportar soluciones prácticas, inmediatas y ágiles a nivel nacional e internacional. Y en ese sentido preparamos, en el 2004, unos nuevos Estatutos de funcionamiento y un nuevo Reglamento de la Corte, adaptados a la Ley 60/2003, en cuya elaboración el Colegio tuvo una participación importante. También se elaboró un Reglamento de Conciliación, Mediación y Arbitraje en materia de responsabilidad civil sanitaria a pesar de su complejidad técnica.

El Colegio debe, en todo caso, ejercer todas las medidas al alcance de sus competencias para combatir situaciones de descrédito del arbitraje.

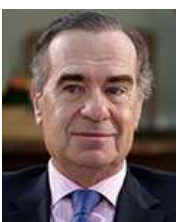
CUARTA. Sin duda. Ya en 2001 el Colegio, en colaboración con la Universidad Complutense y la Dirección General de la Mujer, organizó el curso de Experto en Mediación para la formación de especialistas en medios alternativos al proceso judicial en la resolución de conflictos; y en 2004 estudiamos la posibilidad de difundir y participar en cursos de arbitraje y mediación como antecedente de lo que podría ser una Escuela Nacional de Árbitros y Mediadores

QUINTA. Idéntica a la del hombre.

SEXTA. Son y serán esenciales. Simplemente pensar en la paralización que hubiera supuesto la pandemia de no existir nuevas tecnologías pone el acento en su imperiosa utilidad, en la necesidad de su desarrollo y en su creciente aplicación práctica, que será buena, muy buena, para todos.

SÉPTIMA Sí, pero no. Podemos viajar en avión o en otros medios, incluido el autobús de línea. Todos nos llevan al destino, pero los tiempos y las condiciones del viaje son distintas. Para mucha gente la incertidumbre y la duración de un proceso no arbitral son más costosas que el propio coste económico de éste.

OCTAVA. La necesidad de transparencia. El éxito del arbitraje como institución se basa en la independencia de los árbitros, y cualquier duda que pueda plantearse al respecto, aún remota, debe quedar fuera de juego. Competencia, honradez, probidad, rectitud, lealtad y diligencia constituyen la base de las relaciones de confianza imprescindibles en el arbitraje. La existencia de un arbitraje *ad hoc* esporádico y tangencial y un arbitraje administrado en línea ascendente y ganando prestigio, en el que el papel de las instituciones administradoras es esencial, tanto a nivel de funcionamiento —lo facilitan mucho— como de confianza para la ciudadanía.



José María Alonso Puig

Decano en Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, Vicepresidente del Consejo General de la Abogacía Española Vocal de la Junta de la Mutualidad de la Abogacía Académico Correspondiente de la RAJL. Es especialista en la litigación de los aspectos civiles y mercantiles de los contratos (especialmente en los de compraventa de bienes y derechos, contratos de construcción e ingeniería; y contratos de distribución, concesión y agencia), disputas societarias (compraventa de sociedades y conflictos entre socios), disputas sobre contratos y operaciones financieras (préstamos, garantías, depósitos, etc.) y de seguros y situaciones de insolvencia. En condición de abogado de alguna de las partes, he llevado más de 2000 procedimientos ante los distintos órganos jurisdiccionales españoles (con componentes nacionales e internacionales); he colaborado en los aspectos de Derecho español en procedimientos seguidos ante jueces y tribunales de Portugal, Francia, Reino Unido, Alemania, Países Bajos, Italia, Israel, Marruecos y Australia; y ha participado como asesor de algunas de las partes en múltiples procedimientos arbitrales domésticos e internacionales. Como árbitro, ha actuado en más de 200 procedimientos (bien como árbitro único; como árbitro designado por una de las partes; o como presidente del Tribunal Arbitral) tanto domésticos (ad hoc; Corte de Arbitraje de Madrid; Corte Española de Arbitraje y Corte Civil y Mercantil de Arbitraje-CIMA) como internacionales (ICC Court of Arbitration, LCIA, AAA/ICDR, CIADI y TAS/CAS); organismos de cuyas respectivas listas de árbitros, entre otras, forma parte

PRIMERA: Una cierta corriente jurisprudencial no especialmente favorable al arbitraje ha quedado felizmente sobrepasada en los últimos meses por el Tribunal Constitucional. La Sentencia 46/2020, de 15 de junio inició un primer paso contra la referida corriente completado por la Sentencia 17/2021, de 15 de febrero al señalar, entre otras cosas, 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 ahora completa». Con ello la acción de anulación de los laudos volvió a recuperar sus perfiles habituales, disipándose cualquier reticencia en orden a un intervencionismo injustificado de la jurisdicción, pudiendo seguir el arbitraje desempeñando su importante papel en orden a una buena administración de la justicia. Esta doctrina ha sido refrendada, además, por el propio Tribunal Constitucional en otras dos importantes sentencias, de 15 de marzo de 2021. Concretamente la Sentencia 17/2021, pronunciada por unanimidad de los seis magistrados que forman la sala primera del Tribunal Constitucional, entre ellos el presidente de la institución, no sólo superó la anterior construcción basada en el «equivalente constitucional», sino que declaró de manera inequívoca que el fondo del litigio pertenece en esencia solo a los árbitros y que acción de anulación es un juicio externo, conforme a unas causas tasadas de anulación donde la motivación del laudo no se contempla. Con ello se ha despejado cualquier duda que pudiera suscitarse en orden a la seguridad jurídica del arbitraje en España y a su la posición como sede internacional. Esta doctrina emanada del Tribunal Constitucional permite volver a potenciar el impulso hacia la institución arbitral en el marco de otras acciones como las que ha puesto en marcha el reciente Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal del Servicio Público de Justicia. Con ello se incrementará la confianza de la ciudadanía en una institución que suministrará a sus usuarios una justicia de mayor calidad, en menor tiempo y de forma más económicamente conveniente.

SEGUNDA. Las instituciones arbitrales son las responsables de la buena gestión y administración del encargo recibido por las partes de arreglar su controversia, sin que pueda discutirse que entre sus obligaciones figura la de ofrecer a las partes los servicios de árbitros idóneos por su capacidad, por su profesionalidad y cualificación técnica y por su recto y correcto proceder. Las instituciones arbitrales que tenemos en España realizan bien, en términos generales, sus funciones y cuentan con

profesionales competentes. Se observa con nitidez una tendencia de estas instituciones por liderar las propuestas que van a innovar y transformar la reglamentación del arbitraje en los próximos años, pues el legislador les deja un amplio margen de libertad para definir sus estatutos y su reglamento, que no están sujetos a más límites que los derivados de las escasas normas de carácter imperativo insertas en la Ley de Arbitraje.

Las principales Cortes de arbitraje españolas han realizado en los últimos años un destacable esfuerzo por incrementar la garantía de independencia e imparcialidad de los árbitros, incluso interviniendo, ellas mismas, en la apreciación de posibles circunstancias que pudiera atentar contra esta exigencia legal. Pero todos estos esfuerzos, traducidos en normas, criterios, recomendaciones o usos, no han sido suficientes y no habían logrado eliminar la desconfianza que la institución genera en un significativo sector del mundo jurídico y empresarial. Ha resultado esencial en la dirección apuntada la modificación efectuada en 2019 por el Club Español del Arbitraje del Código de Buenas Prácticas que elaborara en 2005 bajo mi presidencia en el año 2005. Dicho Código en 156 apretadas recomendaciones define los estándares de comportamiento a los que deberían ajustarse todos los que intervienen en un arbitraje: instituciones, árbitros, abogados, peritos, financiadores. Unas recomendaciones orientadas en última instancia a reforzar la confianza de los usuarios en el arbitraje. A pesar de que el arbitraje es indudablemente una realidad, hoy en día algunas empresas aún desconocen que disponen de la posibilidad de acudir a este método alternativo de resolución de disputas. Por lo tanto, es imprescindible que tratemos de acercar el arbitraje a todo el tejido empresarial español, esto es, transmitir confianza a los usuarios de esta nueva institución arbitral. Hablamos de empresas, potenciales usuarios del arbitraje, sus responsables jurídicos internos que los asesoran, los propios abogados de despacho que les sirven de apoyo, los árbitros que gestionen estos asuntos y, al mismo tiempo jueces y tribunales, en la parte que les corresponda.

Es evidente que en un momento como el que vivimos el arbitraje puede ser un medio muy interesante. Resuelve los problemas antes que una justicia estatal que se encuentra colapsada, a la espera de su modernización. Para ello, el trabajo de nuestros profesionales árbitros requiere mucha credibilidad y saber hacer. En una entidad como la existente en nuestro Colegio tanto los aranceles, como los costes de los árbitros han de ser razonables y en muchas ocasiones más económicos que un procedimiento judicial habitual.

TERCERA. La corriente actual de aumento de litigiosidad aconseja recurrir a otras vías de solución de conflictos distintas a la judicial. Con un Colegio como el de Madrid volcado y entregado al arbitraje para imbuir este método extrajudicial de resolución de conflictos en un colectivo profesional no siempre proclive al mismo. A fin de potenciar su credibilidad y generar la máxima confianza, se activaron una serie de reformas orientadas a alcanzar la excelencia, garantizando la imparcialidad con un proceso de designación transparente al tiempo que se ajustaban aún más los costes del procedimiento. La primera medida adoptada fue la renovación de la lista de árbitros. En la actualidad se está trabajando en el Colegio para ver de qué manera pueda hacer frente a toda la avalancha de cursos de autónomos de pequeñas y medianas empresas que se nos vienen y que se calculan en torno a 50.000 al año.

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. Dispone de un reglamento avanzado y moderno, que incorpora las mejores prácticas nacionales e internacionales y cuenta con una lista de árbitros, clasificados por especialidades, en la que reúne a los más prestigiosos árbitros tanto a nivel nacional como internacional, en la confección de la lista juega un papel relevante un comité de evaluación integrado por árbitros de reconocido prestigio avala la profesionalidad e independencia de las candidaturas. Por último, 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.

CUARTA. Aunque la mediación no sea un sustituto perfecto del arbitraje tiene otras ventajas desde el punto de vista del consumidor institucional. Cuando el arbitraje se combinó con la llegada de la mediación aumentó su popularidad, aunque disminuyese una importante fuente de ingresos para muchos árbitros ya abogados. Sin duda el avance de la mediación hacia sectores cubiertos tradicionalmente por el arbitraje contribuyó a un importante cambio en la cultura del litigio enriqueciendo las prácticas contenciosas y reforzando el papel de las partes. La gran virtud de la mediación es precisamente la desentortijada y la flexibilidad del sistema frente a modelos más cerrados y estáticos como el proceso judicial o el arbitral. Bien entendido que no debe recurrirse a la mediación en cualquier conflicto empresarial, concretamente no procederá cuando la solución arbitral sea requerida por cualquiera de los litigantes para sentar un precedente para el futuro de la relación comercial entre las partes, o cuando una de ellas no esté suficientemente motivada para alcanzar un acuerdo.

Los estudios empíricos evidencian que los MASC, entre los cuales la mediación ocupa un lugar destacado, constituyen una «alternativa» al arbitraje y no un método «principal» o «preferido» para la solución de las controversias empresariales. Muchos empresarios han recurrido a estos mecanismos durante muchos años debido a su eficacia para resolver la litigiosidad, pero esta tendencia se acrecienta en la actualidad ampliando los operadores jurídicos la forma de utilizarlas para resolver los conflictos empresariales de una forma más rentable y práctica. Esta ampliación requiere abogados especializados, capacitados para elaborar acuerdos cada vez más complejos, como son, entre otros muchos, los contratos de ingeniería civil y construcción, los acuerdos de *joint ventures*, de entrega llave en mano, los de financiación de proyectos, los de franquicia, los de cooperación y los de gestión, por no hablar de las fusiones, adquisiciones o reestructuraciones de empresas. Unos juristas que faciliten la resolución de conflictos emergentes, de forma rápida y eficaz y en esta labor los métodos de negociación y mediación han demostrado su eficacia para afrontar los retos producidos por la globalización. Pese a que los empresarios suelen ser pragmáticos y prefieren la previsibilidad, la certeza y la atención oportuna a sus problemas, en ocasiones tanto ellos como sus abogados no se toman el tiempo y el esfuerzo necesarios para establecer disposiciones de resolución de conflictos ajustadas a los objetivos deseados de flexibilidad, certidumbre, bajo coste y resolución rápida: Pero no es esta una situación generalizada. Los asesores jurídicos más experimentados son conscientes de que una cláusula de resolución de litigios adaptada al negocio que incorpora el contrato puede hacer que éste último se convierta en un éxito o en un

fracaso, por eso los abogados cada vez ponen mayor énfasis en la redacción de cláusulas que mitiguen la posibilidad de obtener resultados impredecibles y transversales de la resolución de conflictos internacionales.

Ahora bien, con independencia del avance de la mediación empresarial, el arbitraje sigue siendo mecanismo más adecuado para los litigios en cuyo seno las partes quieren que otra persona decida el resultado de su controversia por ellas, pero desean evitar la formalidad, el tiempo y los gastos de un juicio y es el más apropiado para asuntos complejos en los que las partes desean que el responsable de la decisión tenga formación o experiencia en el tema del litigio. La mayoría de los abogados y, por tanto, las empresas donde prestan sus servicios siguen considerando a la mediación como una alternativa y no como el método principal o preferido para resolver los conflictos.

QUINTO. Debe admitirse que el papel de la mujer todavía no ha adquirido el reconocimiento merecido, aunque es una situación que está cambiando. Baste comprobar que tres Cortes madrileñas de arbitraje están presididas por mujeres y que cada vez son más mujeres las que forman parte de paneles arbitrales con total eficiencia y profesionalidad. Es cierto que queda mucho por hacer en esta materia, pero, no puede negarse que se están realizando esfuerzos por mejorar la situación. Ejemplos de lo anterior, son movimientos como denominado «Compromiso de representación equitativa en el arbitraje» que ha establecido pasos concretos y prácticos para orientar a la comunidad arbitral a unos objetivos generales con la paridad completa la meta final. En esta dirección, un Informe elaborado por el del Consejo Internacional para el Arbitraje Comercial sobre la «Diversidad de Género en los Nombramientos y Procedimientos Arbitrales» (2020) muestra que dicha diversidad en los tribunales arbitrales está aumentando y se ha duplicado en los últimos cuatro años, principalmente como resultado de los esfuerzos de las instituciones arbitrales por aumentar el número de mujeres árbitros. Acciones como éstas, que comparto plenamente, tratan de concienciar sobre la importancia de la diversidad y de impulsar la presencia de la mujer en este sector. Sin embargo, en 2019 las mujeres seguían representando sólo un poco más del 21% de todos los árbitros nombrados. Queda mucho por hacer pero en la Corte de Arbitraje del ICAM, bajo la eficaz presidencia de Begoña Castro, firme defensora de la paridad, se están produciendo avances muy importantes en la lucha por la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres en el marco del arbitraje.

SEXTA. La revolución tecnológica, indudablemente, ha penetrado en el ámbito jurídico, y ello repercute en el arbitraje desde dos perspectivas distintas. Por una parte, el desarrollo de nuevas tecnologías contribuye a convertir al arbitraje en un sistema de resolución de controversias aún más eficiente y, por tanto, ayuda a optimizar la administración de justicia privada. Por otra parte, el creciente desarrollo económico del sector de las tecnologías de la Información y la comunicación supone un desafío para el derecho y la regulación jurídica de las relaciones comerciales que surgen en su seno. Internet ha aumentado, en efecto, los requisitos y avivado las expectativas. Ahora bien, paradójicamente aunque los intercambios se han acelerado, los procedimientos siguen alargándose incomprensiblemente en muchas ocasiones. Al igual que ha hecho la Corte de Arbitraje del ICAM las instituciones de arbitraje deben adaptarse a los nuevos tiempos, desarrollando un procedimiento exclusivamente digital que permita a usuarios tecnológicamente avanzados conseguir por esta vía

un ahorro adicional de tiempo y costes en la solución de sus controversias comerciales. Las nuevas tecnologías permiten reducir el volumen de los documentos en papel, evitar muchos viajes incorporando procedimientos *on line*. Y también contribuyen a agilizar y dotar de eficacia al procedimiento arbitral poniendo a su disposición soluciones tales como el sistema telemático de videoconferencia, que consiguen ahorrar tiempo y costes, evitando desplazamientos innecesarios, ya sea de testigos, peritos o del propio tribunal arbitral, a los efectos de deliberar, sin por ello sacrificar los principios de oralidad e inmediación. Afortunadamente es un reto prácticamente superado, pues me consta que estas tecnologías se están generalizando en muchos centros de arbitraje en nuestro país.

SÉPTIMA. Aún sigue considerándose el arbitraje como una mera actividad procesal y es necesario que los abogados asuman que puede ser una mejor solución para sus clientes porque evita los costes y dilaciones de los pleitos y reduce la litigiosidad masiva que sufren nuestros tribunales. La buena administración de los tiempos y el ahorro en los costes han sido destacados con reiteración como las principales ventajas de los procedimientos de arbitraje, configurando un producto de enorme éxito para la solución de controversias. Existe una diversidad de alternativas que pueden incrementar, dependiendo del caso, la eficiencia en la gestión del procedimiento. Estas medidas suelen ser objeto de acuerdo entre las partes, o figurar como sugerencias al tribunal arbitral sobre la conducción del arbitraje. Generalmente están diseñadas para intentar reducir la duración del proceso, su complejidad y los gastos del arbitraje. Entre otras medidas, pueden considerarse limitaciones a la extensión de los escritos de las partes, a la extensión de solicitud de documentos, al número de escritos, al número de testigos, a la necesidad, o en su caso, duración de las audiencias, al uso de técnicas de control de tiempo en audiencias, a la conveniencia de conclusiones orales en vez de escritas, etc. Son muchos los intentos que la comunidad arbitral lleva realizando en los últimos años en esta dirección. Como proveedoras de servicios de administración de arbitrajes, la cuestión ha sido analizada por las instituciones y asociaciones arbitrales más relevantes, que han llegado a proponer diversas sugerencias y alternativas para reducir costes, entre las cuales se destacan sin lugar a dudas las diversas publicaciones de la Corte de Arbitraje de la CCI o las Reglas de Praga sobre la tramitación eficiente de los procedimientos en el arbitraje internacional, que fueron adoptadas el 14 de diciembre 2018 con el fin de intentar reducir los costes del arbitraje y de promover una intervención más activa del tribunal arbitral. Las nuevas tecnologías también contribuyen a agilizar y dotar de eficacia al procedimiento arbitral poniendo a su disposición soluciones tales como el sistema telemático de videoconferencia, que consiguen ahorrar tiempo y costes, evitando desplazamientos innecesarios, ya sea de testigos, peritos o del propio tribunal arbitral, a los efectos de deliberar, sin por ello sacrificar los principios de oralidad e inmediación

Pero al margen de cualquier tópico, el valor central y primario del arbitraje no es la rapidez, ni la economía, ni la privacidad, ni, incluso, su vocación de neutralidad, sino más bien la capacidad de los árbitros para adoptar decisiones esenciales ajustadas a las pretensiones de las partes. Precisamente la ventaja del arbitraje es que permite adaptar el procedimiento a cada caso particular para facilitar las actuaciones de las partes, reducir costes y alcanzar un resultado en un margen de tiempo razonable. Los intentos de abordar el costo y la duración de los procedimientos de arbitraje no deben socavar el valor de decisiones arbitrales sólidamente fundamentadas basadas en el derecho y

en la justicia. Es cierto que los costos del procedimiento son elevados, comparados tanto con la complejidad del litigio como con los ocasionados en procedimientos similares ante los tribunales estatales. Sin embargo, cuando una parte decide incoar un arbitraje eligiendo para ello al centro de arbitraje, a los árbitros y a los abogados, es obvio que quiere ganar el caso a partir de las ventajas que depara procedimiento y la equidad y justicia de su resultado, y en esta decisión las consideraciones relativas a los costes acostumbran a tener una importancia secundaria.

En cuanto a la financiación otorgada por financiadores ajenos a las partes para anticipar los costes de un arbitraje, *Third Party Funding* en la terminología anglosajona, tiene una ventaja innegable al facilitar el acceso a la justicia, debido a que permite a una parte entablar un litigio o defenderse de una acción que, de otra manera, no podría permitirse. Aunque estas técnicas han llegado para quedarse, sobre todo en el arbitraje internacional, no cabe duda de que se trata de un área cambiante y controvertida, escasamente regulada y con diferentes niveles de implantación. Por este motivo, en los últimos años y en diversos ámbitos y jurisdicciones se han multiplicado los estudios, las propuestas legislativas y las directrices con la pretensión de regular este sector. En Código Ético del Club Español del arbitraje ha sido uno de los textos pioneros en establecer unas directrices de comportamiento concretados en tres reglas de obligada observancia establece. En primer lugar, toda parte que haya recibido fondos u obtenido cualquier tipo de financiación de un tercero, vinculada al resultado del arbitraje, deberá informar a los árbitros y a la contraparte, a más tardar en su demanda, y facilitar la identidad. En segundo lugar, si la obtención de fondos o financiación tiene lugar tras la presentación de la demanda, la parte deberá facilitar a la contraparte y a los árbitros igual información, dentro de un plazo razonable. Por último, los árbitros podrán solicitar a la parte cualquier información adicional que sea relevante.

OCTAVA. Es evidente que en un momento como el que vivimos el arbitraje puede ser un medio muy adecuado en la resolución de controversias. Resolvemos los problemas antes que una justicia que se encuentra colapsada, a la espera de su modernización. Para ello, el trabajo de nuestros profesionales árbitros requiere mucha credibilidad y saber hacer. El arbitraje, lejos de ser una moda pasajera, un invento de juristas audaces o una sección dentro de los grandes despachos de abogados internacionales y nacionales, resulta ser una realidad que se ha instaurado progresivamente en el sistema jurídico español. No en vano, nuestro país está considerado dentro del grupo de Estados especialmente recomendados y seguros para el ejercicio del arbitraje. De hecho, junto con los países Iberoamericanos, el arbitraje en el que alguna de las partes es una compañía hispanohablante ocupa el segundo lugar en las estadísticas de la CCI. La regulación del arbitraje en España es positiva hacia la práctica potencial de este mecanismo de resolución de conflictos, aunque esa positivización deba hacer frente a una serie de retos todo lo activamente que sus capacidades permiten. Ante desafíos de este tipo la institución arbitral debe saber renovarse constantemente, adaptarse a las circunstancias cambiantes y ganar atractivo en las empresas deslocalizadas. Paralelamente ha de seguir transmitiendo la confianza de la sociedad por su elasticidad, por su flexibilidad y también por su neutralidad. Sin innovación no hay futuro. Toda empresa que no sepa adaptarse a las necesidades cambiantes del mercado está condenada a desaparecer, por eso las empresas necesitan estar reinventándose continuamente. Y en este proceso cuentan con una institución totalmente enraizada con una sociedad emprendedora, que evoluciona al ritmo de las circunstancias externas y de las

necesidades suscitadas en la hora presente.



Alejandro Alonso Dregi

Abogado, colegiado en los Ilustres Colegios de Abogados de Madrid, París y Barcelona. Socio de CECA MAGAN Abogados Cuenta con más de 30 años de experiencia asesorando a empresas nacionales e internacionales, en materia mercantil y en operaciones de fusiones y adquisiciones de empresas. Además de prestar asesoramiento mercantil a sus clientes, actúa ante los Tribunales Ordinarios en defensa de sus intereses, en litigios de naturaleza y fuerte componente mercantil. Alejandro es también especialista en el ámbito del arbitraje comercial. Actúa como asesor de parte y ha sido designado árbitro en múltiples procedimientos nacionales e internacionales. Fue presidente de la Corte de Arbitraje de la Corte de Arbitraje del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid hasta enero de 2018. Colabora como profesor del Centro de Mediación y de Arbitraje (CIAMEN), del Master de Formación de Arbitraje. Es Miembro del Consejo Asesor de CIAMEN. Fue Diputado de la Junta de Gobierno del Ilustre Colegio de Madrid hasta diciembre de 2017. Es Secretario General y Vicepresidente de la Cámara de Comercio Franco-española y uno de los abogados con más reconocimiento en el sector legal franco español. Combina asimismo su práctica con la docencia. Es profesor de derecho mercantil del Master de Acceso a la Abogacía del Instituto de Estudios Bursátiles (IEB) así como Miembro del Consejo Asesor del Consejo Académico del Master de Derecho Europeo de la Universidad Carlos III de Madrid

PRIMERA: La Sentencia del Tribunal Constitucional (STC) de referencia, viene precedida de otra, no menos importante (la STC 46/2020), aunque menos comentada, que marcó la andadura para acotar el concepto de orden público utilizado en no pocas sentencias (fundamentalmente del TSJ de Madrid), muy criticadas por la comunidad arbitral.

No obstante y por mucho que la referida STC 46/2020 dejaba entrever una crítica certera al método consistente en ensanchar el concepto de orden público para justificar la anulación de un laudo, es cierto que la misma se refería al poder de disposición de la acción de anulación. Quizás por ese motivo pasó más desapercibida.

La importancia de la STC 15 de febrero de 2021 reside en el reconocimiento sin ambages del arbitraje como mecanismo autónomo de resolución de conflictos, con fundamento en el artículo 10 de la CE y por supuesto amparo en la autonomía de la voluntad de las partes. Conviene asimismo apuntar la importante distinción que nuestro Tribunal Constitucional hace de la motivación de las sentencias judiciales respecto de los laudos, acotando así aun más en sede arbitral el concepto de orden público procesal.

La referida doctrina del Constitucional ha sido refrendada desde entonces por varias resoluciones judiciales, así por ejemplo la STSJ Madrid de 4 mayo 2021.

La nueva doctrina del Tribunal Constitucional constituye un antes y un después para el arbitraje en España, al establecer con meridiana claridad el límite al control judicial del laudo y de la motivación del mismo, y ya deja sentir sus efectos revitalizantes para la práctica del arbitraje, en concreto en Madrid, como plaza de referencia y de absoluta fiabilidad. Debemos congratularnos y mucho por ello al tiempo que es importante no bajar la guardia.

SEGUNDA. Existen muy variadas y no menos autorizadas voces sobre este particular. A mi entender, lo realmente relevante es que el arbitraje dé una respuesta satisfactoria a las empresas y las personas que ven en el procedimiento arbitral el mejor modo de dirimir sus controversias. Si no existe la referida satisfacción, el arbitraje dejaría de ser un mecanismo eficiente de resolución de disputas.

Pongamos en perspectiva qué buscan las empresas en el proceso arbitral. Y qué les preocupa en el mismo. De manera casi sistemática, surgen las siguientes reflexiones a favor del arbitraje: Es rápido; es flexible y permite a las partes ser oídas en un foro adecuado y de manera confidencial; el árbitro está especializado y conoce el sector relacionado con las cuestiones objeto de la disputa entre las partes.

En contra del proceso arbitral, también existen voces que consideran su coste demasiado elevado (algo en lo que personalmente discrepo) o a quienes les preocupa que todo se «juegue» en una única instancia. También estiman que la jurisdicción ordinaria es más predecible para cierto tipo de litigios. Existe asimismo, por mucho que se trate de posturas más bien minoritarias, cierta inquietud respecto a la imparcialidad e independencia de los árbitros y una visión clientelar —sin duda infundada— de la comunidad arbitral.

Esos son los retos que hay que afrontar con firmeza y decisión de modo que las reticencias y las dudas que siguen persistiendo con mayor o menor justificación en la mente de aquellos que han de confiar en el procedimiento arbitral, se disipen.

TERCERA: Las personas y empresas que acuden a la Corte de Arbitraje del ICAM ven en ella una institución seria, profesional, y cuyo coste no es excesivo. En más de una ocasión, cuando durante mi mandato tuve ocasión de promocionar los servicios de la Corte, recibí comentarios muy elocuentes de nuestra Corte que también ponían el acento en su imparcialidad e independencia y en la calidad y variedad de los perfiles de los abogados susceptibles de asumir el rol de árbitro. Su vinculación con la Institución colegial que aglutina y reúne a todos los abogados de Madrid es asimismo muy bien percibida.

La sede física de nuestro Colegio que acoge nuestra Corte es asimismo un factor atractivo para la misma pues se identifica con los valores colegiales y la supervisión y protección de los mismos. El árbitro-abogado sabe mejor que nadie la importancia de su misión y la manera en la que ha de ejercerla. No es baladí que dicha misión se ejerza en las instalaciones del Colegio pues son inspiradoras de esos valores e impregnan nuestro quehacer cotidiano.

Las personas que trabajan para la Corte desde el Colegio merecen asimismo, por su dedicación y

extraordinaria experiencia, una mención muy especial. Sin ellas, la Corte no existiría.

Por último, me gustaría apuntar la excelente labor llevada a cabo por la Corte del ICAM desde su creación en los que respecta a la promoción del arbitraje, la formación de los abogados al proceso arbitral (la iniciativa de la Comisión actual en materia de formación es un éxito y me parece muy acertada) y como foro de intercambio con otros profesionales e instituciones afines.

Aquí de nuevo la vinculación de la Corte con el Colegio juega un papel fundamental. El Colegio, por su prestigio y notoriedad, constituye un lugar de encuentro decisivo para la promoción del arbitraje en nuestro país. Jueces de las diferentes instancias, nacionales e internacionales, instituciones arbitrales, profesores, investigadores, autoridades, confluyen a diario en el Colegio para tratar temas de rabiosa actualidad relacionados con el mundo del arbitraje. El Colegio y su Corte son un referente de la Comunidad arbitral.

CUARTA: Sin duda alguna. Se trata no obstante de instituciones muy distintas cuyas respectivas misiones no han de confundirse. Cada día son más las empresas que acuden a la mediación. Y lo hacen con generosidad, de manera voluntaria y sincera, y sobre todo, acercándose a esa institución de buena fe y en aras a encontrar un arreglo. En otro caso, la mediación carece de sentido y no puede funcionar correctamente. Es cierto que en la práctica hay disputas para las que la mediación no está adaptada. Y es cierto también, que hay procesos de mediación que no desembocan en un arreglo pero que, de alguna manera, son la causa de que las partes decidan finalmente no pleitear.

Se ha suscitado la idea —que personalmente no comparto— de que el mediador pudiera llegar a ser —en caso de desacuerdo— el árbitro del proceso que se iniciara por alguna de las partes. Son demasiados los inconvenientes y pocas las ventajas del «*medi-árbitro*». Y parece difícil que el conocimiento del caso y de las partes durante de la mediación y que la solución propuesta por el mediador, y no aceptada por las partes en la fase de mediación, no «contamine» de alguna manera la misión del árbitro.

El oficio de mediador (como por supuesto el de árbitro) no se improvisa; requiere de formación continua, de experiencia y de especialización en la materia (a la vez técnica y sectorial).

Las instituciones relacionadas con la mediación y que administran procesos de mediación, e imparten formación especializada en esa área, realizan una labor importante de concienciación respecto de las virtudes y ventajas de la mediación. Dicho esto, la actuación de los abogados de las partes en el marco de la mediación es de suma importancia y existe en ocasiones cierta predisposición a torpedear una solución más que a favorecerla.

QUINTA. La mujer juega en nuestro país un papel fundamental en la actividad arbitral. Y ello tanto en la defensa del cliente en el proceso o en la asunción de la misión como miembro de un Tribunal Arbitral. Las Instituciones Arbitrales cuentan sin reserva alguna en su dirección y en su presidencia, con mujeres.

Se trata de un proceso que desgraciadamente ha tardado en llegar o implantarse pero que a día de

hoy está perfecta y afortunadamente normalizado.

Las principales Cortes de Arbitraje de nuestro entorno, y por supuesto la Corte de Arbitraje del ICAM, ha llevado a cabo durante estos últimos años una labor extraordinaria de sensibilización.

La decisión de acudir a tal profesional para la llevanza de un procedimiento arbitral o de nombramiento de la persona que haya de asumir el rol de árbitro, reposa hoy fundamentalmente en motivos de calidad, experiencia y especialización. Y así ha de ser, independientemente que se trate de hombres o mujeres.

SEXTA. Se puede afirmar que el mundo del arbitraje ha sido receptivo y ha sabido integrar las herramientas tecnológicas puestas a su disposición. Los avances tecnológicos no cesan de progresar y es cierto que a menudo nos desbordan o son difíciles de manipular sin disponer de personal especializado formado y que entienda la utilidad de su implantación.

La pandemia derivada del COVID 19 ha demostrado la capacidad y la fortaleza de nuestras Instituciones arbitrales para administrar y gestionar los procesos a distancia, o mejor, en-línea, al tiempo que nos ha alertado de la necesidad de impulsar nuestra adaptación al entorno digital. Las nuevas tecnologías han sido, sin duda, una gran oportunidad para el arbitraje en estos momentos difíciles frente a los procesos judiciales.

El «arbitraje en línea» es ya una realidad indudable y está conllevando economías en términos de eficiencia y de costes, en el marco de procesos arbitrales más seguros.

De hecho las normas de conducción de los procesos y los Reglamentos de las principales Instituciones arbitrales son objeto de revisión y adaptación permanente a la realidad resultante de las nuevas tecnologías y su implantación. Hay quienes afirman que existe cierta reticencia a introducir nuevas tecnologías argumentando pretextos que son a menudo poco justificados y que resultan más bien del temor a verse sobrepasado o no ser capaz de asumir los costes (sin duda elevados) inherentes a su implantación. La instauración del expediente arbitral digital se observa como algo relativamente ineludible. Conviene hacer una distinción entre las herramientas tecnológicas de gestión/apoyo y aquellas empleadas para la toma de decisiones, que tienden a una automatización del proceso.

Otra realidad mucho más compleja resulta de la aplicación intensiva de las herramientas de IA artificial al arbitraje.

Una cosa es cierta: se trata de un movimiento irreversible y necesario. Y los profesionales dedicados al arbitraje y las instituciones arbitrales han de adaptarse y formarse a esa realidad.

SÉPTIMA. Por supuesto dichos costes no han de ser disuasorios, y en la práctica las Instituciones Arbitrales vienen haciendo un esfuerzo considerable en términos de eficiencia que redundan en una mejora y disminución de esos costes. Ya sea a través de la implantación de procesos simplificados y con un Tribunal Unipersonal para asuntos de menor cuantía o a través, como apuntábamos, de medios tecnológicos que mejoran la calidad y comprensión de las disputas y aligeran trámites y

costes otras veces inevitables, los costes de un proceso arbitral se controlan cada día mejor y son mucho más predecibles.

El cliente que acude al arbitraje tiene hoy una visión muy concreta de los costes que deber asumir y está en medida de presupuestarlos, algo que no siempre necesariamente ocurre en un proceso judicial tradicional.

Conviene asimismo añadir que las Cortes, dentro de un nivel de calidad del que obviamente no se puede prescindir, están cada día mejor gestionadas y han sabido adaptar sus gastos estructurales con el consiguiente ahorro de costes para las partes. La adaptación tecnológica y gestión inteligente y racional de los costes estructurales, mejoran la calidad del servicio y son factores determinantes de la supervivencia con el tiempo de las Instituciones Arbitrales.

Existe ciertamente una correlación entre los costes del arbitraje y la financiación por terceros del procedimiento arbitral. Esa correlación existe también en los procesos judiciales ordinarios que son objeto a menudo de financiación por terceros sobre todo en jurisdicciones donde «pleitear» es especialmente oneroso.

Dicho esto, también existen otras razones, no menos importantes, que contribuyen a dicha financiación no tanto porque los costes sean *per se* elevados, que no disuasorios, sino por motivos de oportunidad perfectamente legítimos.

Pensemos por ejemplo en los supuestos de causas difíciles de resolver y de resultado incierto, o de procesos en los que una de las partes es insolvente, o incluso de disputas que por mucho que sean importantes en su cuantía, ni son estratégicas en para la parte demandante o la empresa —aun contando con los medios para hacer frente al proceso— prefiere dedicar sus recursos a otros proyectos de mayor valor añadido para ella.

OCTAVA. El arbitraje en España vive actualmente una situación de optimismo moderado que debería crecer de manera significativa con el tiempo. Nuestras empresas optan cada día más por el arbitraje y ven en el proceso arbitral una herramienta de valor y en la que se puede confiar. Las recientes Sentencias de nuestro Tribunal Constitucional son un impulso decidido a favor del arbitraje que tiene además el apoyo de nuestras administraciones. La interacción de la comunidad arbitral con las instituciones y la excelente acogida y apoyo de nuestros Jueces, salvo puntualísimas excepciones, al proceso arbitral, son el relejo de un modo alternativo al proceso judicial sólidamente asentado y cuya madurez presagia con el tiempo excelentes resultados.

El idioma español y la interrelación de nuestro país (dentro y fuera del entorno europeo) con Iberoamérica constituyen factores adicionales de potenciación del arbitraje y de nuestro posicionamiento a nivel internacional.

Los procesos de acercamiento de las Cortes de nuestro territorio son también un factor que favorece el crecimiento del arbitraje en nuestro país.

Madrid ha de seguir siendo un referente del arbitraje en España y con muy poco puede serlo también

a nivel internacional.



Begoña Castro Jover

Abogada. Vicedecana del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid. Licenciada en Derecho en la UCM y Máster en Mediación por la Universidad de Alcalá de Henares. Cuenta con una amplia experiencia docente en materia penal en la UC3M y de violencia de género a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad de Corporaciones Locales. Profesora del máster de acceso a la abogacía de la UCM y del IEB. Miembro de la Asociación de Mujeres Juristas THEMIS participando en diversos programas de atención a víctimas de malos tratos y en la asesoría jurídica. Consejera del Consejo de Colegios de Abogados de la Comunidad de Madrid, Vocal de las Comisiones de Asistencia Jurídica Gratuita del Ministerio, de la Comunidad de Madrid y del Consejo General de la Abogacía Española

PRIMERA. Queda fuera de toda duda que tras las cuatro sentencias del Tribunal Constitucional de 2020 y 2021, claras y contundentes, la institución del arbitraje ha salido reforzada en España y que obtendrá el necesario impulso en beneficio de nuestra economía y nuestro Estado de Derecho. El Tribunal Constitucional, con encomiable esfuerzo, ha venido a corregir una errónea doctrina adoptada por el Tribunal Superior de Madrid. En un conjunto armónico, lógico y sistemático, estas cuatro sentencias han consolidado una doctrina, que debe impedir a futuro eventuales excesos a cargo de los Tribunales judiciales en la resolución de las anulaciones de los laudos arbitrales. Esta doctrina representa una excelente guía de futuro para el ejercicio del control jurisdiccional sobre el laudo arbitral, desde el principio de intervención mínima de los órganos jurisdiccionales y dentro del limitado número de motivos para la impugnación del mismo por vía de nulidad recogidos en el art. 41.1º LA. Con ello se ha consolidado la seguridad jurídica, potenciando no sólo el desarrollo del arbitraje interno, sino la atracción de las plazas españolas y la de Madrid en particular, como sede de arbitrajes internacionales.

La respuesta del Tribunal Constitucional era muy esperada por la comunidad arbitral en España que llevaba tiempo solicitando una estricta delimitación de la interpretación que se debe hacer por nuestros tribunales del concepto de «orden público» en acciones de anulación de laudos. Sin lugar a dudas se trata de un espaldarazo al arbitraje en nuestro país y cumple de esta manera uno de los anhelos del sector al refrendar de forma clara y rotunda cuál debe ser el alcance y los límites de la potestad jurisdiccional en las acciones de anulación de laudos

SEGUNDA. El arbitraje en la actualidad se encuentra frente a la difícil tarea de poder responder a las exigencias cada vez más altas de sus usuarios. El crecimiento del arbitraje en España ha traído consigo la creación de numerosas instituciones arbitrales potenciándose su práctica gracias a estas iniciativas y acercando a las Pymes a este sistema de resolución alternativa de conflictos.

Uno de los retos a los que debemos responder es impedir la denominada judicialización del procedimiento arbitral, por un doble peligro. El de la incorporación al arbitraje de excepciones formales, incidentes, técnicas y procedimientos de la jurisdicción que ralentizan y complican el arbitraje; y el de la formulación de acciones, excepciones e incidentes, que determinan la interferencia del arbitraje con la jurisdicción, planteándose antes del procedimiento arbitral, o durante su curso, toda clase de cuestiones en sede jurisdiccional. Los referidos peligros de la contaminación del arbitraje y sus soluciones apuntan también, axiológicamente, a la conveniencia de preservar el arbitraje de ciertas prácticas o disfunciones que, a veces importadas de los procedimientos judiciales, amenazan con diluir su especificidad como sistema de resolución de conflictos haciéndole perder algunas de sus ventajas y razón de ser.

Por eso resulta esencial la acción de las entidades, administradores o promotoras del arbitraje, corrigiendo estas peligrosas derivaciones. Por un lado, diseñando reglamentos que, dentro de la flexibilidad inherente al arbitraje y respetando la capacidad de disposición de las partes y el papel de los árbitros, ofrezcan cauces procedimentales seguros que, adaptándose a los nuevos retos del arbitraje, regulen adecuadamente aspectos como la acumulación de arbitrajes, la producción documental o la bifurcación, y eviten u ordenen incidencias capaces de amenazar la estabilidad de este medio de resolución de conflictos. Por otro lado, promoviendo las mejores prácticas entre los árbitros y velando por la calidad de los laudos. Todo ello ya lo hacen, pero los problemas del arbitraje, y entre ellos el riesgo de contaminación judicial, son dinámicos y evolucionan de modo que también la respuesta institucional debe ser adaptativa. El arbitraje es confianza y si no hay confianza la institución muere esto es absolutamente ineludible todo gira en torno al árbitro podemos tener unas instituciones fantásticas unos reglamentos estupendos pero si falla el árbitro tenemos un problema muy serio.

TERCERA. En un Colegio como el de Madrid, con más de 43.000 profesionales ejercientes, en los 10 años transcurridos desde la última actualización se habían incorporado a la lista cerca de 1.000 árbitros, de los cuales apenas una cuarta parte contaba con experiencia o formación específica en la materia, circunstancia que hacía muy problemática la designación con garantías de administrar correctamente el arbitraje. Teniendo todo esto en cuenta, la Junta de Gobierno aprobó el 27 de febrero de 2018 las normas para la formación de la nueva lista, exigiendo, además de la antigüedad en la colegiación, experiencia y formación en materia de arbitraje, así como especialización en alguna de las materias jurídicas susceptibles de arbitraje. Como elemento novedoso, se nombró un Comité de Evaluación, integrado por árbitros de reconocido prestigio nacional e internacional, para examinar y evaluar los perfiles de los solicitantes, de tal manera que la inclusión en la lista de Árbitros se acordaría por la Corte a propuesta de dicho Comité de Evaluación.

Indudablemente la pandemia y el estado de alarma trajeron consigo un freno en la trayectoria ascendente de la Corte, por eso la institución decidió poner en marcha un novedoso instrumento para resolver las controversias que pudieran surgir a raíz de la crisis sanitaria. Se introdujo así un procedimiento de urgencia para coadyuvar en la solución de los conflictos en las relaciones negociales surgidas en este nuevo tiempo a través de este procedimiento de arbitraje de carácter urgente y sumario y a través de su empleo partes pueden ver resueltas sus controversias en un breve

plazo y a un coste razonable. Este mecanismo, originado en un período de urgencia, ha deparado tan buenos resultados que ya forma parte del acervo la Corte para litigios en el futuro.

CUARTA. El arbitraje y la mediación brindan un mecanismo que entraña muchas ventajas y múltiples posibilidades para resolver satisfactoriamente las controversias y a ello hay que añadir los enfoques de «carácter mixto», que implican la interacción entre el arbitraje y otros ADR como la mediación, asentando un nuevo soporte de la argumentación en orden a la mejora de la eficacia de la resolución de conflictos. Si cada vez es más fuerte la presencia de modelos ADR en todos los ámbitos del ordenamiento jurídico la aceptación de la mediación como forma extrajudicial y complementaria de resolución de conflictos es indiscutible. Uno de sus principales atractivos es la posibilidad de adaptar el proceso a las necesidades de sus usuarios, a diferencia de muchas otras formas de resolución de conflictos, pero su consolidación como alternativa al proceso judicial requiere que se definan y precisen algunas de sus cuestiones fundamentales. Aunque de naturaleza dispar, la mediación y el arbitraje son formas privadas de resolución de conflictos que cuentan con elementos comunes, como evitar el elevado coste y el resultado imprevisible que podría derivarse de un litigio ante la jurisdicción en un plazo reducido en el tiempo y ambos permiten a las partes establecer sus propias reglas básicas para resolver su litigio. Lo cierto es que, dada su naturaleza privada y confidencial, es difícil calibrar con exactitud hasta qué punto los procesos que combinan arbitraje y mediación pueden ser implementados con éxito.

QUINTA. La cuestión del género y la diversidad en el arbitraje lleva tiempo despertando el interés del colectivo arbitral. Las mujeres siguen enfrentándose a barreras desproporcionadas y sólo con la superación de éstas se podrá mejorar el rendimiento de las empresas y los beneficios financieros, reducir la pobreza y promover un crecimiento económico más inclusivo y sólido. Es obvio que si se elimina la desigualdad de género, aumenta la calidad de la comunidad arbitral y se introducen nuevos y enriquecedores enfoques en la administración del arbitraje. Pero es un hecho indiscutible que la mujer sigue estando infrarrepresentada en este sector. Un informe de la CCI de 2019 realizado a partir de una amplia documentación ofrece una imagen clara del desequilibrio de género en el arbitraje actual, incluyendo datos sobre el número de árbitras hasta la gama de iniciativas en marcha para promover a las mujeres profesionales. Además, el informe también aborda cuestiones de prejuicios inconscientes y los obstáculos que las árbitras pueden encontrar en sus carreras. Y lo que es más importante, ofrece consejos prácticos sobre cómo abordar la diversidad de género y superar estos prejuicios. Baste atender que las estadísticas revelan que aunque el número de confirmaciones y nombramientos de árbitras sigue aumentando de forma constante resulta aún insuficientes. Algunas instituciones arbitrales están utilizando una serie de métodos innovadores para promover la diversidad en los nombramientos institucionales. Por ejemplo, la Secretaría de la Corte de Arbitraje de Estocolmo al proponer posibles árbitros siempre incluye intencionalmente candidatas femeninas calificadas.

Por nuestra parte, la Corte de Arbitraje del ICAM mantiene una política activa de nombrar mujeres como árbitras. Para ello ha asumido un firme compromiso con la igualdad que ha impregnado todos los árbitros de actividad de la corporación madrileña, reflejado de manera singular en el campo del arbitraje a través de una práctica de discriminación positiva que ha logrado casi equiparar el acceso

de hombres y mujeres a los arbitrajes sometidos a la Corte, a pesar del claro predominio masculino en la composición de la lista de árbitros. En la actualidad tenemos en la lista 255 árbitros, de los cuáles el 75 % son hombres y el 35 % son mujeres. Partiendo de esta realidad entre 2016 y 2020 los hombres han capitalizado el 55 % de las designaciones por el 45 % de las mujeres. Ello es el resultado de que en las designaciones se ha intentado mantener la máxima paridad.

SEXTA. El arbitraje, al ser un proceso en el que se respeta la autonomía de la voluntad, permite la implementación progresiva de las nuevas tecnologías, puesto que las partes se encuentran cada vez más interesadas en participar en trámites expeditos y que reduzcan los costos asociados al proceso. El arbitraje y las nuevas tecnologías no pueden por menos de entenderse y complementarse recíprocamente pues comparten una relación mutuamente beneficiosa. Por un lado, las nuevas tecnologías mejorara la eficiencia, reducen los costes, extienden el arbitraje en nuevos segmentos del mercado y mejorara los resultados para los usuarios. Por otro lado, la proliferación de las nuevas tecnologías genera inevitablemente nuevos bloques litigiosos que el arbitraje está mejor preparado para resolver. Así pues, las nuevas tecnologías no sólo refuerzan los procedimientos arbitrales, sino que dan respuesta a ciertas prácticas emergentes, por lo cual, estos beneficios recíprocos deberán impulsarse.

En este sentido, cabe destacar que las nuevas Reglas de la International Bar Association sobre Práctica de Prueba en el Arbitraje Internacional, aprobadas el 17 de diciembre de 2020, establecen reglas expresas y detalladas sobre las «audiencias a distancia» incluidas en su artículo 8.2º prevén que la vista para la práctica de pruebas pueda tener lugar por teleconferencia o videoconferencia y, en particular, que los testigos puedan comparecer mediante el uso de videoconferencia o tecnología similar el impulso de los desarrollos tecnológicos también se aumenta en coyunturas sociales relevantes. En este momento, las necesidades que surgieron como consecuencia de la emergencia sanitaria ocasionada por el coronavirus (Covid-19) impulsaron esos desarrollos tecnológicos para que no se detuvieran los procesos arbitrales y el derecho encontrara formas de adaptarse a una realidad cada vez más virtual. Sin embargo, las anteriores consideraciones no siempre son aplicables a todos los tipos de pruebas que pueden ser recolectadas en el curso de un trámite arbitral. Por ejemplo, la práctica de testimonios y los interrogatorios de expertos suponen una serie de desafíos puesto que las interacciones personales permiten tener un mayor entendimiento de la situación e incluso parte del desarrollo de la audiencia requiere conocer las reacciones de las partes.

SÉPTIMA. No deben serlo. Por ejemplo, el Colegio siempre que tratado de que los honorarios de los árbitros y de la Corte no sean disuasorios ni un obstáculo para la puesta en marcha de un arbitraje. Recuerdo que tenemos una clara vocación de servicio público para los ciudadanos y por ello nuestros costes son muy accesibles.

Por lo que respecto a la financiación por parte de terceros es una la institución que ha recorrido un largo camino desde sus tímidos comienzos en el ámbito jurisdiccional hasta superar las consideraciones de orden público que impedían su práctica. Esta financiación se percibe ahora como uno de los instrumentos clave para facilitar el acceso a la justicia. Con ella se consigue trasladar parte del riesgo de iniciar un litigio al inversor otorgando mayor tranquilidad al actor. Este mecanismo

permite multiplicar los medios utilizados en el litigio o arbitraje, por ejemplo, la posibilidad de realizar cuantas periciales sean necesarias, investigaciones, opiniones legales.... No obstante, también entraña varios inconvenientes entre los que deben destacarse los posibles conflictos de interés; el alcance de la revelación de la existencia de financiación a las partes y al tribunal arbitral; o la confidencialidad en el arbitraje.

El alcance de la obligación de revelación de la existencia de esa financiación por terceros puede ser más o menos amplia. En ocasiones, el deber de revelación únicamente engloba la identificación del tercero, pero, en otras, la parte puede llegar a ser requerida para que facilite el contrato de financiación. Así, el tribunal arbitral deberá analizar el clausulado del mismo, del que podrán llegar a revelarse determinadas limitaciones impuestas por el tercero a la parte, como por ejemplo, la necesidad de que exista una aprobación por parte del tercero para que la parte pueda desistir del litigio.

OCTAVO. Desde 1988 nuestro país se ha mostrado sensible a los requerimientos de armonización del régimen jurídico del arbitraje favoreciendo la difusión de su práctica y promoviendo la unidad de criterios en su aplicación. Varios índices refuerzan esta apreciación. En primer lugar, hecho de que la Ley vigente de 2003 siga el modelo de Uncitral y de que España sea parte de los Convenios de Nueva York de 1958 y de Ginebra de 1961 cubre con creces un marco legal que por el momento no requiera de reformas acuciantes. En segundo lugar, el respaldo de la jurisdicción en el auxilio al arbitraje y en la ejecución de los laudos arbitrales y el equilibrado control de estos último por parte de nuestros Tribunales Superiores de Justicia, sobre todo tras la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional. En tercer lugar, existe un marcado cambio de mentalidad por parte de los abogados al traer consigo el arbitraje una magnífica oportunidad para desarrollar una imagen profesional en la que destaca la importancia de su papel como asesor y estratega en el contexto de la justicia negociada. Por último, la idoneidad de los árbitros viene marcada por su formación y capacidad, por su independencia e imparcialidad y por su compromiso ético antes, durante y después del arbitraje. Todo ello unido a un transparente modo de su selección, para que las partes sean concedoras del cumplimiento de tan importante exigencia legal.

Con índices como los expuestos, el arbitraje en España tiene un brillante porvenir a partir de una actuación conjunta de todos sus operadores. En particular la consolidación del prestigio de las instituciones arbitrales, el respaldo judicial y la existencia de un procedimiento con plenas garantías y bajo costes para sus usuarios.

CORTE INTERNACIONAL DE ARBITRAJE DE LA CÁMARA DE COMERCIO INTERNACIONAL



Claudia Salomon nueva Presidenta de la Corte de la CCI (11 junio 2021)



Claudia Salomon, fue elegida formalmente el 11 de junio por el órgano supremo de gobierno de la CCI, el Consejo Mundial sucediendo al anterior Presidente de la Corte de la CCI, Alexis Mourre. La nueva Presidenta cuenta con el apoyo de la Corte de la CPI, compuesta por 195 miembros de 121 países y 17 vicepresidentes y comienza su mandato 2021-2024. La nueva Corte de la CPI incluye 68 nuevos miembros y 12 nuevos vicepresidentes, también elegidos durante la reunión del Consejo Mundial del 11 de junio.

La elección de Claudia Salomon marca un hito en los casi 100 años de historia de la Corte de la CCI, ya que es la primera mujer que se convierte en Presidenta de la institución arbitral preferida del mundo.

NUEVOS VICEPRESIDENTES DE LA CORTE

Juliet Blanch (Reino Unido)

Sandra Gonzalez (Uruguay)

Samaa Haridi (Egipto / Estados Unidos)

Daniel Hochstrasser (Suiza)

Andrés Jana (Chile)

Sanjeev Kapoor (India)

Carole Malinvaud (Francia)

Michael Ostrove (Francia / Estados Unidos)

V.K. Rajah (Singapur)

Helen Hong Shi (China)

Malgorzata Surdek (Polonia)

Rolf Trittman (Alemania)

NUEVOS MIEMBROS ELECTOS DE LA CORTE DE LA CCI

Sokol Elmazaj (Albania)

A.F. Hassan Ariff (Bangladesh)

Andres Moreno (Bolivia)

Bobson Coulibaly (Burkina Faso)

Wei Sun (China)

Dyala Jimenez (Costa Rica)

Hrvoje Markovinovic (Croacia)

Omar de Jesús Fernández Jimenez (Cuba)

George Triantafyllides (Chipre)

Karolina Horakova (República Checa)

Humberto Saenz-Marinero (El Salvador)

Paul Keres (Estonia)

Natalie Reid (Jamaica)

Sara Koleilat-Aranjo (Libano)

Mamadou Konaté (Mali)

Jean-Charles Gardetto (Monaco)

Nominchimeg Odsuren (Mongolia)

Martje Verhoeven-de Vries Lentsch (Países Bajos)

Anna Kirk (Nueva Zelanda)

Ahmer Bilal Soofi (Pakistan)

Marisol Ellis (Panamá)

José Antonio Moreno Rodríguez (Paraguay)

Maria del Carmen Tovar (Perú)

Maciej Jamka (Polonia)

Sultan Al-Abdulla (Qatar)

Gakuba Thierry Ngoga (Ruanda)

Khalid Alnowaiser (Arabia Saudita)

Tomas Borec (Eslovaquia)

Guled Yusuf (Somalia)

Dinal Phillips (Sri Lanka)

Therese Isaksson (Suecia)

Diana Akikol (Suiza)

Lina El-Hakim (República Árabe de Siria)

Noppramart Thammateeradaycho (Tailandia)

Hassan Arab (Emiratos Árabes Unidos)

Christopher Harris QC (Reino Unido)

Peter Sherwin (Estados Unidos)

Quang Chau (Vietnam)

Tafadzwa Pasipanodya (Zimbabwe)

ELECCIÓN DE NUEVOS MIEMBROS SUPLENTE DE LA CORTE DE LA CCI

Federico Campolieti (Argentina)

Fabiano Robalinho Cavalcanti (Brasil)

Julie Bédard (Canada)

Shilin Huang Chinese (Taipei/Taiwan)

Juan Mendoza Diaz (Cuba)

Marcos Gregorios Dracos (Chipre)

Mohamed Abdel Raouf (Egipto)

Georgios Panopoulos (Grecia)

Simon Chapman Hong Kong (China)

Andy Ignatius (Indonesia)

Éamonn Conlon (Irlanda)

Or Baron Gil (Israel)

Ferdinando Emanuele (Italia)

Joongi Kim (Corea)

Gabriela Alvarez Avila (México)

Thomas Stouten (Países Bajos)

Patricia Ann Prodigalidad (Filipinas)

Bartosz Krużewski (Polonia)

Dmitry Dyakin (Rusia)

Hussam Al-Hejailan (Arabia Saudita)

Kabir Singh (Singapur)

Roman Prekop (Eslovaquia)

Carlos De Los Santos (España)

Patricia Shaughnessy (Suecia)

Laurent Killias (Suiza)

Abdulhay Sayed (Siria)

Ali Al Hashimi (Emiratos Árabes Unidos)

Elizabeth Gloster (Reino Unido)

Hop Dang (Vietnam)

CENTRO INTERNACIONAL DE ARREGLO DE DIFERENCIAS RELATIVAS A INVERSIONES



El CIADI publica el quinto documento de trabajo sobre enmiendas a las reglas (15 junio 2021)

ANTECEDENTES

El Convenio, las Reglas y el Reglamento del CIADI fueron adoptados en 1967, y el Reglamento del Mecanismo Complementario en 1978. Desde su adopción, han tenido lugar cuatro rondas de enmiendas a dichas reglas, y la última de ellas entró en vigor en abril de 2006. Estas enmiendas incorporaron importantes mejoras para el sistema, por ejemplo:

- se fortalecieron los requisitos para la declaración de los árbitros (Regla 6(2) de las Reglas de Arbitraje, Artículo 13(2) del Reglamento de Arbitraje (Mecanismo Complementario));
- se dispuso la posibilidad de celebrar audiencias públicas (Regla 32(2) de las Reglas de Arbitraje, Artículo 39(2) del Reglamento de Arbitraje (Mecanismo Complementario));
- se ampliaron las disposiciones en materia de transparencia para publicar los laudos tan pronto como fuera posible (Regla 48(4) de las Reglas de Arbitraje, Artículo 53(3) del Reglamento de Arbitraje (Mecanismo Complementario));
- se otorgó la oportunidad a las partes no contendientes de realizar presentaciones (escritos *amicus curiae*) (Regla 37(2) de las Reglas de Arbitraje, Artículo 41(3) del Reglamento de Arbitraje (Mecanismo Complementario));
- se introdujo la posibilidad a la demandada de obtener la desestimación temprana de un caso que de forma manifiesta carecía de todo mérito jurídico (Regla 41(6) de las Reglas de Arbitraje, Artículo 45(6) del Reglamento de Arbitraje (Mecanismo Complementario));

Estas enmiendas tuvieron consecuencias trascendentales en la práctica del arbitraje de inversión y han sido ampliamente emuladas en las reglas de otras instituciones de arbitraje, en tratados de inversión celebrados recientemente, y en partes de la Convención de Mauricio y el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI sobre la Transparencia en los Arbitrajes entre Inversionistas y Estados en el Marco de un Tratado.

NUEVO PROCESO DE ENMIENDAS

En octubre de 2016, el CIADI puso en marcha el actual proceso de enmiendas mediante una invitación a los Estados Miembros para que enviaran sus sugerencias sobre temas o asuntos que ameritaran consideración. En enero de 2017, el CIADI emitió una invitación similar al público en general para que formulara sugerencias relativas a las enmiendas de las reglas.

El Secretariado del CIADI publicó el 16 de agosto de 2019 un tercer documento de trabajo sobre la propuesta de enmiendas a las reglas y reglamento del CIADI (Documento de Trabajo n.º 3) basado en las propuestas publicadas originalmente en agosto de 2018 (Documento de Trabajo n.º 1) y en marzo de 2019 (Documento de Trabajo n.º 2), y dicha publicación se llevó a cabo tras extensas consultas con los Estados Miembros del CIADI y el público en general. Los documentos de trabajo explican la justificación de los cambios propuestos, toman en cuenta las consideraciones relevantes y sugieren propuestas de redacción o nueva estructura de enmiendas.

Dentro de los objetivos primordiales que inspiran esta nueva ronda de enmiendas figuran los siguientes.

- modernizar las reglas en base a la experiencia adquirida a través de los casos. Dada la administración de más de 650 casos por parte del CIADI, se pueden extraer varias lecciones que deberían ser incorporadas a las reglas cada cierto tiempo;
- asegurar que el proceso se torne cada vez más efectivo en términos de tiempo y costo, preservando el debido proceso y un equilibrio entre los inversionistas y los Estados;
- reducir el uso del papel e incrementar el uso de tecnología para la transmisión de documentos y en los procedimientos, en general.

El CIADI se encuentra en proceso de enmiendas a su Reglamento y sus Reglas. Ésta es la cuarta vez que se actualizan las Reglas del CIADI, así como su revisión más completa hasta la fecha. El Secretariado del CIADI ha preparado el quinto documento de trabajo en español, francés e inglés. Dicho documento incorpora los comentarios recibidos de los Estados y el público durante amplias consultas.

DOCUMENTO DE TRABAJO N.º 5: PROPUESTAS DE ENMIENDA DE LAS REGLAS DEL CIADI

El Secretariado del CIADI publicó el 15 de junio de 2021 el quinto Documento de Trabajo sobre las enmiendas propuestas a las reglas de procedimiento del Centro para resolver disputas internacionales sobre inversiones. Dicho documento incorpora los comentarios recibidos de los Estados y el público durante amplias consultas.

El Documento presenta las reglas y regulaciones actualizadas para el arbitraje y conciliación del Convenio CIADI y el Mecanismo en un intento de reflejar los comentarios más recientes de los Estados miembros del CIADI y otras partes interesadas, respetando la necesidad de un proceso oportuno y eficaz, manteniendo un trato igual para todas las partes en los procedimientos del CIADI

y asegurando la coherencia con el Convenio del CIADI.

Ecuador regresa al el Convenio del CIADI (21 junio 2021)



La embajadora de la República del Ecuador en Estados Unidos, S.E. Ivonne Juez Abuchacra de Baki, firmó el 21 de junio de 2021 el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados, también conocido como Convenio del CIADI.

El Convenio del CIADI, que entró en vigor en 1966, establece el marco institucional y legal para el arreglo de diferencias relativas a inversiones internacionales. Fue creado para facilitar inversiones entre países al proveer un foro independiente y despolitizado para arbitrajes, conciliaciones y comprobación de hechos. Ecuador se convierte hoy en el Estado número 164 en firmar el Convenio, el cual ha sido ratificado por 155 países.

Tras la firma del Convenio del CIADI, éste debe ser ratificado por el país para que entre en vigor para el Ecuador.

Una vez en vigor, Ecuador participará en la gobernanza del CIADI y tendrá representación en su órgano de gobierno, el Consejo Administrativo. Cada Estado miembro del CIADI tiene un representante —y un voto— en el Consejo Administrativo. Sus responsabilidades incluyen aprobar las reglas de procedimiento para los casos CIADI y elegir al Secretario General y a los Secretarios Adjuntos del CIADI.

Ecuador firmó originalmente el Convenio y depositó el instrumento de ratificación el 15 de enero de 1986. De acuerdo con el artículo 68 (2), el Convenio entró en vigor para Ecuador el 14 de febrero de 1986. El 6 de julio de 2009, el Grupo Banco Mundial (GBM) recibió del Ecuador una notificación escrita de denuncia del Convenio del CIADI. De conformidad con el artículo 71 del Convenio del CIADI, la denuncia entró en vigor el 7 de enero de 2010, seis meses después de recibida la notificación de Ecuador.

El CIADI publica dos nuevos documentos sobre la mediación de inversiones (12 julio 2021)

ANTECEDENTES

En su calidad de institución dedicada al arreglo internacional de diferencias relativas a inversiones, el CIADI apoya la mediación entre inversionistas y Estados mediante la prestación de servicios a las partes, el desarrollo de reglas procesales para la mediación, y la organización de eventos y cursos de capacitación.

El CIADI apoya los esfuerzos de las partes en aras de resolver diferencias relativas a inversiones mediante un proceso de mediación en todas las etapas de una diferencia. Facilita sus instalaciones y servicios administrativos, con inclusión de un equipo de personal especializado que asiste a las partes y al(a la)(a los)(a las) mediador(a)(es)(as) a lo largo del proceso. La asistencia administrativa del CIADI puede incluir la identificación de mediadores calificados, la facilitación de la comunicación entre las partes y el(la) mediador(a), el manejo de todos los aspectos relativos a la organización de audiencias de mediación conjuntas o separadas y la gestión de las finanzas del proceso. El CIADI se encuentra en una posición única para ofrecer instalaciones de avanzada para la celebración de reuniones en las oficinas del Grupo Banco Mundial distribuidas en todo el mundo. Las partes de los procesos de mediación pueden elegir los servicios que desean.

En el año 2018, el CIADI comenzó a trabajar en un nuevo conjunto de reglas de mediación. Como parte de un esfuerzo más amplio de actualización y modernización de las reglas procesales del Centro para el arreglo de diferencias relativas a inversiones, estas reglas constituirán las primeras reglas institucionales de mediación diseñadas específicamente para diferencias relativas a inversiones. Las reglas de mediación complementan las reglas actuales de arbitraje, conciliación y comprobación de hechos del CIADI y podrán ser utilizadas tanto independientemente de los procedimientos de arbitraje y conciliación como en conjunto con ellos. Una vez que sean aprobadas por los Estados Miembros del CIADI, su disponibilidad asistirá a los Estados Miembros en la implementación de las disposiciones de sus acuerdos internacionales de inversión que contengan la opción de mediación con relación a las inversiones.

El CIADI ha desarrollado las primeras reglas institucionales de mediación diseñadas específicamente para las controversias internacionales sobre inversiones. Las reglas de mediación del CIADI están disponibles universalmente para los Estados, las organizaciones de integración económica regional (como la Unión Europea) y los inversores, sobre la base del consentimiento de las partes. Las partes también pueden renunciar al procedimiento en cualquier momento.

El CIADI ofrece el mismo conjunto de servicios completos en materia de mediación por el que es

conocido en los procedimientos de arbitraje y conciliación. Esto incluye asistencia en la identificación de mediadores calificados, acceso a instalaciones de primera clase en todo el mundo y tecnología de punta para la comunicación virtual entre los participantes. Se asigna un asesor jurídico del CIADI a cada mediación, que proporciona apoyo experto.

DOCUMENTOS PUBLICADOS EL 12 DE JULIO DE 2021

Los nuevos documentos publicados por el CIADI ofrecen una guía completa sobre el campo de la mediación internacional en materia de inversiones, que se encuentra en rápido desarrollo, así como información sobre cómo los Estados están incorporando la mediación en sus tratados de inversión.

Ambos documentos responden al creciente interés de los Estados y los inversores por la mediación como medio para resolver los desacuerdos que surgen en el contexto de las inversiones transfronterizas.

El *Background Paper on Investment Mediation* sirve de introducción paso a paso al papel de la mediación en la resolución de controversias en materia de inversiones, al funcionamiento del proceso de mediación en la práctica y a las formas clave en que los participantes —Estados, inversores y mediadores— pueden prepararse para obtener resultados satisfactorios.

Entre las cuestiones específicas que se abordan en el documento figuran las siguientes

- ¿Cuándo puede utilizarse la mediación durante el ciclo de vida de una inversión?
- ¿Qué factores deberían considerar las partes al evaluar la conveniencia de la mediación?
- ¿En qué se diferencia la mediación del CIADI de la conciliación del CIADI?
- ¿Qué papel desempeña un mediador y qué cualificaciones son importantes?
- ¿Qué funciones y obligaciones tienen los Estados y los inversores en una mediación?

El referido documento se detiene en destacar las reglas recientemente redactadas por el CIADI para la mediación entre inversionistas y Estados, así como los servicios prestados por el CIADI para apoyar a las partes a lo largo del proceso de mediación.

También se ha publicado el documento *Overview of Investment Treaty Clauses on Mediation* del CIADI. El documento se basa en un amplio estudio de las cláusulas de solución de controversias existentes en los tratados bilaterales de inversión, los acuerdos de libre comercio y las disposiciones de solución de controversias en los tratados modelo.

Al analizar todas las cláusulas conocidas que prevén algún tipo de mediación —casi 350 en total—, el documento recoge toda la gama de enfoques para integrar la mediación en los tratados de inversión. Está pensado como un recurso para los gobiernos que consideren la mediación como una opción de solución de controversias en futuros tratados y contratos de inversión.

INSTITUTE OF THE STOCKHOLM CHAMBER OF COMMERCE



Kristin Campbell-Wilson nombrada nueva secretaria general del SCC



El 18 de agosto, la Cámara de Comercio de Estocolmo anunció el nombramiento de Kristin Campbell-Wilson como nueva Secretaria General del Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo (SCC). Hasta esa fecha la Sra. Campbell-Wilson ha ejercido funciones Secretaria General Adjunta del SCC desde 2012 y como Secretaria General interina desde abril de 2021, cuando la Sra. Anette Magnusson renunció al cargo. La Sra. Campbell-Wilson también es miembro del grupo de gestión de la Cámara de Comercio de Estocolmo.

La nueva Secretaria general cuenta con una amplia experiencia en bufetes de abogados, arbitraje internacional y liderazgo. Ha sido una de las figuras clave en el desarrollo del SCC y ha dirigido con éxito el equipo de la secretaría durante los últimos ocho años.

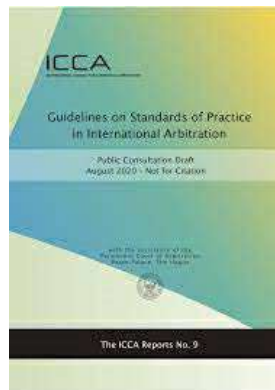
Antes de unirse al SCC, la Sra. Campbell-Wilson fue abogada en el grupo de resolución de disputas

en la oficina de Estocolmo de un bufete de abogados internacional. Como Secretaria General Adjunta de SCC desde 2012, ha encabezado el equipo de gestión de casos y ha liderado el desarrollo de reglas y procedimientos institucionales y otras actividades de desarrollo empresarial, más recientemente la Plataforma SCC en línea y la herramienta de resolución de disputas SCC Express lanzada a principios de este año (*vid. LA LEY: MEDIACIÓN Y ARBITRAJE*, n.º 7, 2021). Asimismo, es una brillante oradora y moderadora en eventos relacionados con arbitrajes nacionales e internacionales.

INTERNATIONAL COUNCIL FOR COMMERCIAL ARBITRATION



ICCA: Guidelines on Standards of Practice in International Arbitration (2021)



Las *Guidelines on Standards of Practice in International Arbitration* (2021) elaboradas por la ICCA tienen su origen en la preocupación de que en la práctica del arbitraje internacional se han dado repetidos ejemplos de conductas que están por debajo de las normas mínimas de comportamiento y que la comunidad arbitral debería tomar medidas en respuesta para demostrar su compromiso compartido de practicar el arbitraje internacional de manera justa y legítima.

La *International Council for Commercial Arbitration* es una ONG mundial dedicada a promover el uso y la mejora de los procesos de arbitraje, conciliación y otras formas de resolución de conflictos. Sus actividades incluyen la convocatoria de congresos y conferencias, el patrocinio de publicaciones autorizadas sobre resolución de conflictos y la promoción de la armonización de las reglas, leyes, procedimientos y normas de arbitraje y conciliación.

Las presentes Directrices no pretenden ser normas obligatorias, sino principios rectores del comportamiento en el arbitraje internacional. Fueron desarrolladas por un Grupo de Trabajo de expertos en la práctica del arbitraje internacional con experiencia en diversas jurisdicciones. El Grupo de Trabajo realizó en primer lugar un estudio de las normas profesionales, reglas éticas y directrices de comportamiento de una amplia gama de jurisdicciones. La encuesta reveló un amplio consenso en cuanto a los principios generales, evidenciando una aceptación común de los principios

rectores del comportamiento que se espera ante las cortes y los tribunales de arbitraje. Sin embargo, sigue existiendo una laguna evidente en el espacio del arbitraje internacional, donde no hay ningún instrumento oficial que memorice los principios de comportamiento en el contexto de un procedimiento de arbitraje internacional. Dado que los instrumentos existentes no reflejan plenamente el entorno específico, la mezcla de culturas y las situaciones en las que se emplea el arbitraje internacional, el Grupo de Trabajo preparó estas Directrices de comportamiento.

Las Directrices no pretenden servir de base autónoma para las sanciones cuando no existe ninguna otra base y no deben dar lugar a ataques superficiales contra el abogado o a los árbitros, ni pretenden aumentar la litigiosidad o exacerbar las disputas entre las partes. Tampoco pretenden desalentar una defensa justa y vigorosa.

Más bien, las Directrices pretenden articular las expectativas predominantes en cuanto a las normas de la práctica en el arbitraje internacional. El hecho de que la conducta de un participante infrinja estas Directrices dependerá necesariamente de los hechos y de las circunstancias que se presenten. Aunque las Directrices no pretenden ser normas obligatorias, pueden ser incorporadas por las partes en su acuerdo de arbitraje, adoptadas por las instituciones arbitrales, o incluidas por los tribunales arbitrales en una orden procesal o en un mandato cuando sea apropiado.

Las Directrices están organizadas en cuatro secciones:

- (I) directrices generales para todos los participantes en un arbitraje internacional (abogados, árbitros, personal de las instituciones arbitrales que actúan en el caso concreto, secretarios del tribunal, testigos, peritos, taquígrafos, intérpretes, traductores, etc.);
- (II) directrices para los representantes de las partes;
- (III) directrices para los para los árbitros; y
- (IV) directrices para otros participantes.

Cada sub-sección establece varios principios generales seguidos de observaciones explicativas. A los efectos de estas Directrices, se entiende por «participantes» en un arbitraje internacional las partes y sus representantes, los abogados, los árbitros, los secretarios del tribunal, el personal empleado por las instituciones arbitrales que actúan en un caso concreto, los testigos de hecho los peritos (nombrados por el tribunal o por las partes), los profesionales y todas las demás personas que participen en un procedimiento de arbitraje cualquiera que sea.



«40 under 40. International Arbitration. (2021)», Carlos González-Bueno, Editor

Javier Jiménez-Ugarte



Javier Jiménez-Ugarte

Ex Embajador. Of Counsel (Mediación y Arbitraje) «Lupicinio International Law Firm»

El Director de esta valiosa Revista, «*La Ley. Mediación y Arbitraje*», tras leer los sinceros elogios que dediqué el pasado julio a la reciente obra, 650 páginas, «40 under 40. International Arbitration. (2021)», bien impresa por «*Dykinson S.L.*», en mi «*Newsletter sobre Mediación y Arbitraje*», que se publica mensualmente desde mi actual Despacho «*Lupicinio International Law Firm*», ha tenido la amabilidad de pedirme que redacte una más completa reseña al respecto .

Dejo constancia de mi agradecimiento a José Carlos Fernández Rozas por su profesional interés en favor de una acertada iniciativa, que constituye todo un ejemplo de generoso proceder en el campo del arbitraje, para promover y apoyar a las *nuevas generaciones de árbitros* que empiezan a competir en esta difícil especialización, dentro y fuera de España.

Fue Carlos González-Bueno, fundador de su propio Despacho, quien editó en el 2018, con la ayuda de su joven colaborador, José María Figaredo, un primer libro similar al que paso a comentar. Cuarenta jóvenes de menos de 40 años, — «*practitioners*» que dirían los anglosajones —, fueron invitados a

presentar otros tantos trabajos en *lengua inglesa* — adelantándose, aunque solamente para el arbitraje internacional, a la excesivamente indiscriminada recomendación del polémico Ministro de Universidades de «investigar en inglés»—, idioma que, ciertamente, hace falta dominar en este campo.

Tres años después, y de nuevo como editor, este conocido abogado y árbitro, con la misma ayuda, ha impulsado una idéntica experiencia, sin duda para atender las grandes expectativas que levantó la primera, y en la que, como me comentaba de palabra, ha optado por seguir el mismo esquema de trabajo, evitando repetir autores. Esta vez, ha ampliado el número de bloques temáticos, desde seis hasta diez, enriqueciendo así las áreas analizadas, como corresponde a las variadas novedades surgidas durante el COVID-19.

Confesaré que he dado prioridad a mi interés por referirme a todos los firmantes, así como a los Despachos involucrados en los cinco continentes. Ciertamente, solo podré comentar un trabajo dentro de cada bloque, reconociendo que la elección responde básicamente a razones subjetivas de quien sigue considerándose un aprendiz, sin responder en absoluto a razones de mayor o menor calidad. Puedo garantizar que el nivel es muy alto en los cuarenta «*papers*». Añadiré que, por obvias razones, me dispongo a conservar en su lengua original todas las citas que considere útil reproducir, aunque mis consideraciones irán en español.

ÁRBITROS: NO TODO ES INDEPENDENCIA E IMPARCIALIDAD

Dentro del bloque temático uno, Arbitrators: it is not all About Independence and impartiality, he compartido los validos razonamientos de Blas Piñar Guzmán, «*Samaniego Law*» (Madrid), en su trabajo «*Knocking on Dispute Resolution's door: the «Secretary-Mediator as a fresh new Mediation window in International arbitration»*».

Estudia el positivo papel que podría jugar el «Secretario de un Tribunal arbitral» si, dentro de una fase procedimental intermedia, que denomina «*arb-med(sec)-arb*», fuese nombrado Mediador. Reconoce que *mediation in arbitration is more and more becoming a hot topic in the global dispute resolution agenda*. Invoca de cara a ello textos como las «*UNCITRAL Notes on Organizing Arbitral Proceedings*», y los *Mediation Services* ofrecidos por importantes Cortes internacionales, como las de ICC, SCAL, LCIA, CPR, IDR, MIAC y HKIAC, o por las existentes en Madrid, ICAM, Cámaras de Comercio, o CIMA, en cuyo nuevo «Reglamento de Mediación» el autor ha tenido gran participación

Bajo el descriptivo título «*The mediation window in the mediation paradox*», Blas Piñar recurre a las «*ICC Mediation Guidance Notes*», a las «*CEDR Rules for the Facilitation of Settlements in International Arbitration*», y a la «*UNCITRAL Model Law on International Commercial Mediation and International Settlements Agreements resulting from Mediation*» (2018), y estudia los pros y contra de la acogida de la mediación dentro de un procedimiento arbitral, para concluir que los problemas existentes si los «árbitros» pasan a ser «mediadores» se evitan al poder contar con la figura del «Secretario del Tribunal» en dicha nueva capacidad.

En el resto del cuidado estudio, desarrolla otros puntos como la manera en que su propuesta

encajaría positivamente en los avances de *la Mediación dentro del Derecho Internacional* y en la «2018 Singapore Convention on International Settlements Agreements Resulting from Mediation».

Se detiene también en la manera de cumplir con la muy exigente «Triple Confidentiality»: confidencialidad frente a los procesos de arbitraje y mediación; confidencialidad del secretario-mediador frente a las partes; y confidencialidad de la mediación frente a los árbitros.

Tras explicar cómo la nueva figura no debería generar incremento de los costos, recomienda el recurso a los *Success Fees* en este tipo de procesos *arb-med-arb* para un más efectivo control.

Y completa su texto enumerando las ventajas detectadas al superar dilemas como el polémico «doble sombrero» de los árbitros, evitar recurrir a un tercero hasta ahora ajeno al proceso iniciado y seguir contando con alguien que lo conoce a fondo, así como para poder continuar paralelamente con los dos procedimientos sin mayor pérdida de tiempo. Todo lo anterior, concluye, contribuiría ciertamente a incrementar la satisfacción de las Partes

Citaré, para cerrar, sus acertadas matizaciones finales: *The Secretary-Mediator window is more suitable for complex disputes international arbitration, and neither turns arbitrators into mediators nor «import» a mediator outside the arbitration.*

Como explicaba al empezar, este primer bloque ofrece también otros tres trabajos de interés: el de Isaiah Bonino, «Broderick Bozino and Co». (Ajuba), «*Arbitrators Behaving Badly? A Comparative Analysis of Arbitrators challenges in two African Jurisdictions*»; el de Laurie Achtouk-Spyvac, «*Cleary Gottlieb Steen Hamilton LLP*» (Paris); «*Ethical Considerations in International Arbitration: it is time for a Uniform Code of Conduct for Arbitrators?*»; y el de Manuel Casas, «*Pupil Barrister. Twenty Essex*» (London). «*Arbitral Tribunals and Judicial Review of Legislation*».



EFICIENCIA: REDUCCIÓN DE COSTES, TIEMPO Y COMPLEJIDAD

En el segundo bloque temático, *Efficiency: Reducing Costs, Time and Complexity*, me referiré al trabajo

de Katharine Menéndez de la Cuesta, «Holland & Knight». (Miami), «*Drafting the ideal Arbitration Agreement to guard against next Pandemic*».

Tras reconocer que *the list of professional commentaries addressing the drafting of arbitration agreements is long and readily available*, añade la autora que *pandemic imposes a new layer of uncertainty*, y recuerda que *world experts had warned for years that a pandemic could hit, but it was difficult to determine when or how that would occur*.

En su ulterior análisis de los desafíos y oportunidades que han surgido con el *COVID 19*, arranca del dato de que frente a los tribunales ordinarios que se vieron obligados a cerrar en numerosos países, ninguna Institución arbitral de relevancia hizo lo mismo, lo que permitió que el Arbitraje continuase avanzado frente al parón sufrido por la Administración de Justicia.

Resultan lógicas sus previsiones de un mayor desarrollo durante la pandemia de la *ad hoc arbitration* por permitir una total adaptación a los criterios y necesidades de las partes, aunque no se conocen estadísticas solventes al respecto. En el caso de la elección de una u otra Institución arbitral, pasaría a ser aún más determinante la viabilidad de poder imponer *interim measures*. Ciertamente, la crisis en curso da especial relevancia también a la elección de la *sede*, añadiéndose otras exigencias nuevas, como las de carácter tecnológico, a la tradicional de que la Justicia local aplique debidamente el «*Convenio de Nueva York sobre Reconocimiento y Ejecución de Laudos*».

Destaca cómo la actual situación ha llevado a renovar los procedimientos para la mejor *arbitrator selection*, —llamados los árbitros a dominar las nuevas tecnologías—, que afectan a todo el desarrollo del procedimiento, en aspectos como *languages, remote hearing, electronic signatures*.

Sin tiempo para extenderse en la actual polémica sobre si las audiencias virtuales pueden violar en algunos supuestos el derecho a la tutela jurídica efectiva y abrir así vías de posible anulación, escribe que *to the best of the author's knowledge, no court has held that a remote hearing violates, per se, a party's due process rights*.

Reproduzco finalmente su conclusión: *The COVID-9 pandemic provides parties, counsel, arbitrators and institutions an opportunity to improve arbitrations proceedings, incorporate the use of technology and identify challenges that may arise again if exceptional circumstances hit*.

Paso a mencionar los otros cuatro estudios incluidos dentro de este segundo bloque, el de Diego Menéndez Villacorta, «Benites, Vargas & Ugaz» (Lima), «*What about emergency arbitration? A brief overview of its main objectives, features and some difficulties*»: el de Lidia Helena Rezende, «Chaffetz Lindsay LLP» (New York) «*Will virtual hearings lead to unenforceable awards?*»; el de Luis Azuara, «González Bueno SLP» (Madrid) «*COVID-19: An Opportunity for Arbitration*»; y el de Oliver Cojo, «Herbert Smith Freehills» (Madrid), «*Enforcement by National Courts and Arbitrators of Arbitral Decisions on interim measures*».

CUESTIONES DERIVADAS DE LOS INSTRUMENTOS VIRTUALES E INNOVADORES UTILIZADOS EN LOS PROCEDIMIENTOS DE ARBITRAJE

Del tercer bloque temático, *Issues Arising from Virtual and Innovative Instruments Used in Arbitration Proceedings*, comentaré el trabajo de Eleanor C. Erney, «*Hughes Hubbard & Reed LLP*» (Washington), *Considerations for the Use of Covid-Era Techological Innovations in the Future of International Arbitration*».

En sus quince páginas, recuerda que antes de la pandemia, se había incrementado la flexibilidad arbitral y se habían aprobado protocolos de gestión electrónica de los casos con posible utilización exclusiva de las audiencias virtuales, mencionando al efecto los ejemplos del «*Centre for Arbitration and Mediation of the Chamber of Commerce Brazil-Canada*» o del «*CIADI*», añadiendo que en el «*Queen Mary's Survey*» de 2018, ya 43% de los consultados reconocían estar recurriendo a las video conferencias.

Tras reconocer la autora que *the COVID crisis accelerated this development*, destaca las adaptaciones introducidas en los distintos Reglamentos, así los de la *CCI, SIAC, LCIA, O ICSID*, junto a la firma el 16 de abril del 2020 por trece instituciones arbitrales de una *Declaración conjunta, «Arbitration and COVID-19»*, para apoyar explícitamente las audiencias virtuales, en manos del tribunal pero también de las partes.

Lógicamente, elogia a aquellas Instituciones, *ICSID, HKIAC, AAA-ICDR, SCC* que han creado ya sus *propias plataformas* con mayores posibilidades para el pleno respeto a exigencias como la confidencialidad, y, nuevamente a la «*Corte de Arbitraje de Estocolmo*» por sus procedimientos específicos para los arbitrajes *ad hoc*. Por su parte, el «*Viena International Arbitration Center*» ha elaborado su propio «*Checklist for Remote Hearings*» (June, 2020), y el «*Chartered Institute of Arbitration*» su «*Guidance Note on Remote Dispute Resolution Proceedings*».

Elogia igualmente las aportaciones hechas en el «*Seoul Protocol on Video Conferencing in International Arbitration*», y el «*Protocol on Virtual Hearings in Africa by the Africa Arbitration Academy*».

A continuación, hace distintas consideraciones sobre factores claves para el buen fruncimiento de estos arbitrajes virtuales. En lo referente a la «*Availability and Necessity*», reconoce su necesidad inapelable en épocas de pandemia en los supuestos de *emergency arbitrators and expedited proceedings*, sin dejar de reconocer los problemas logísticos de espacio y tiempo que haya que resolver.

En sus «*Due process Cosiderations*» refleja con ejemplos concretos cómo se habría reducido el alto nivel hasta ahora exigido para reconocer una violación del derecho a la tutela judicial efectiva, citando nuevos casos durante la pandemia en que los Tribunales arbitrales de Londres o de Nápoles lo habrían reconocido como existente sobre la base de los breves plazos temporales concedidos o las enfermedades sufridas.

Pasando a la «*Examination of Witnesses*», la autora recuerda las exigencias de las «*IBA Rules on the Taking of Evidence in Arbitration*» sobre la necesidad de que los testigos no puedan beneficiarse de un asesoramiento simultáneo, por lo que ello es objeto de especial vigilancia en los diversos Protocolos

que regulan las video conferencias.

Finalmente, da la debida importancia a nuevas cuestiones surgidas durante la pandemia sobre «*Cybersecurity and Data Protection*», a pesar de contarse ya con importantes textos como las «*IBA Cybersecurity Guidelines*» (October 2018), y el «*Protocol on Cybersecurity in International Arbitration*» (September 2019), acordado entre la ICCA, CPR y NYCBar, with the assistance of the Permanent Court of Arbitration.

Terminaré con su siguiente conclusión: *Remote hearings are efficient, cost-effective and secure, and, while there has not yet been occasion for any award rendered following a remote proceeding to be challenged on the basis of the equal right to be heard, it seems unlikely that such a challenge would be successful so long as the tribunal has taken all circumstances into account.*

Completan este bloque temático otros tres trabajos: el de Laura R. Zimmerman, «*Baker & McKenzie LLP*» (New York), «*International Arbitration 2.0: Strategies Tech-Savvy Proceedings*»; el de Rebeca E. Mosquera, «*Akerman LLP*» (New York), «*Cybersecurity in times of virtual hearings*»; y el de Sejin Kim, «*Bae, Kim & Lee*» (Seoul), «*Audiovisual Evidence in International Arbitration: Would «Seeing is Believing» Still Works?»*».

LA OBTENCIÓN DE PRUEBAS: ¿SE PUEDE LLEGAR A UN CONSENSO?

Pasando al cuarto bloque temático, Taking of Evidence: can a Consensus be Reached, comentaré el breve y claro trabajo «*Navigating the Autobahn: The Fast, Slow, and Dead zones of Documentary Evidence in International Commercial Arbitration*» de Rekha Rangachari, Directora Ejecutiva del NYIAC (New York), y constante autora de su exhaustivo Newsletter «*Around Town*».

Destaco la rotundidad de su «*Introduction*», dirigida a destacar la independencia de la *regulación de la prueba* en el mundo arbitral frente a las fórmulas existentes en la administración de justicia de las distintas naciones.

Tras recocer el silencio que caracteriza a los ordenamientos nacionales en lo referente a la aportación de pruebas documentales, la autora nos ofrece un pequeño cuadro en el que se comparan las «*IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration*» y las «*Prague Rules on the Efficient Conduct of Proceedings in International Arbitration*», en cinco aspectos, — definición, papel del tribunal, enfoque, criterios, e inadmisibilidad —, para concluir que *the contrast between the IBA Rules and the Prague Rules is evident. While IBA Rules represent a common law assumption, the Prague Rules lean towards civil law assumption.*

Bajo el correspondiente epígrafe, describe la evolución de la figura anglosajona del «*discovery*» hasta convertirse en el mundo arbitral en una mera instancia de «*document production*», en la que las partes pueden requerirse documentos previamente identificados, quedando en manos del Tribunal decidir en caso de desacuerdo entre ellas.

Seguirían existiendo otros discrepantes enfoques, ya que *the extent of document production in*

*International commercial arbitration is not as broad as that seen in common law litigation, manteniéndose las lógicas diferencias entre la aplicación de las «Reglas de la IBA» o de las «Reglas de Praga». Así, el artículo 3 de las primeras exige solo una *description of a narrow and specific category of documents which are relevant to the case and material to the outcome*. La posición de las segundas es mucho más restrictiva, se concreta en *existent specific documents*, debidamente ordenados y debatidos en la *case management conference*.*

En lo referente al «*Timing and Method*», comenta la mayor precisión de las «Reglas IBA» frente al silencio de las «Reglas de Praga», aunque en unas y otras procede arrancar, en su opinión, de la citada «*case management conference*».

Reconoce la autora que *el Tribunal* puede también solicitar documentos probatorios a las partes, sin entrar en el análisis del papel más activo de aquél que le han atribuido las más recientes «Reglas de Praga».

No deja de mencionar las positivas mejoras que han significado las aportaciones de Redfern, y de Armesto con sus respectivas Tablas dirigidas a suavizar, en favor de unos y otros, la pesada gestión de las pruebas solicitadas.

Interesa también la clarificadora exposición que hace de las inevitables «*Adverse Inferences*», que genera la actitud contraria de una de las partes a facilitar el documento probatorio requerido por la otra, o por el propio Tribunal, si bien exige el debido autocontrol y cautela, invitando a recurrir al *Sharpe test*.

Concluye la autora en un tono optimista, positivo e integrador que *the IBA and Prague Rules, alongside the Redfern and Armesto Schedules, and Sharpe Test, offer guidelines to supplement and structure documentary evidence production in international arbitration in parallel with procedural rules and mandatory legal provisions*.

El bloque temático contiene otros cuatro trabajos: *el de Joshua B. Picker, «Covington & Burling LLP» (New York), titulado «The Undiscovered Country: Obtaining Evidence in the United States in Aid of International Commercial Arbitration, and How Parties Resist»; el de Kabir Duggal, «Arnold & Porter» (New York), «Proving your Case: Evidentiary Framework and Evidentiary Standards in International Commercial Arbitration»; el de Samuel Pape, «Latham & Watkins» (London), «Witness Evidence, the Science of Memory and Sequestration; y el de Viren Mascarenhas, «King & Spalding LLP» (New York), «Documentary Evidence: Strategic Considerations throughout the Arbitration».*

CORRUPCIÓN Y PROCEDIMIENTOS DE ARBITRAJE INTERNACIONAL

Pasando al bloque temático quinto, Corruption and International Arbitration Proceedings, me concentraré en el trabajo de Andrew Turnier, «*Jones Day*» (Miami), titulado «*How Tribunals Can Help Disadvantaged Parties in Proving Corruption in International Arbitration*».

Ya en la «*Introduction*» destaca el autor que uno de los efectos negativos de la globalización ha sido

el incremento de la corrupción, recordando los resultados ofrecidos en el «*PwC's 2020 Global Economic Crime and Fraud Survey*», para reconocer luego que *as International arbitration and corruption have become more prevalent, arbitral tribunals have been forced to address corruption allegations.*

Sin estadísticas actualizadas, el autor considera — parecería que con toda razón — que los riesgos de corrupción se han incrementado con la pandemia *because governments and businesses «compete for limited supplies» and allow illicit activity to flourish since combating a health crisis, not corruption, is a government's primary concern.*

Reconoce que incluso las «*IBA Rules*» limitan el recurso a la figura del «*discovery*», y que los testimonios ante el tribunal arbitral no resultan suficientes frente, por ejemplo, a lo que sucede en la administración de justicia norteamericana.

En lo referente al «*third party discovery*», también previsto en las «*IBA Rules*», siempre que sea conforme con el ordenamiento aplicable, recuerda que las mismas exigen además «*seek leave from the tribunal*».

Comenta inesperadas discrepancias, entre unos y otros Tribunales, sobre poder o no imponer esta figura en un arbitraje no regulado por la legislación norteamericana, que tampoco es interpretada inequívocamente a pesar de que la «*28 U.S.C. Section 1782*» prohíbe expresamente el «*discovery*» en los supuestos internacionales entre particulares.

Desarrolla el autor de manera convincente su apuesta sobre la *ayuda que pueden prestar los tribunales* para hacer frente a la corrupción, siempre difícil de probar, pero que entra muchas veces en juego dada su consideración generalizada como «*contrary to public policy*», capaz pues de llevar a una eventual anulación del laudo.

Formula dos recomendaciones finales. Según la primera, «*Arbitral Tribunals Should Investigate Corruption Suspicions Sua Sponte*», y ello en base a los distintos indicios o «*red flags*», invocando de cara a ello el caso «*World Duty Free v. Republic of Kenya*», y las distintas posiciones del ICSID, la ICC o las Reglas UNCITRAL. En la segunda, afirma que «*Arbitral Tribunals Should Adopt a «Balance of Probabilities Standard» when faced with a Corruption Allegation*», analizando previamente el concepto de «*Clear and Convincing Evidence*», con referencias a otros conocidos laudos, «*EDF (Services) v. Romania*» en aquel enfoque, y «*Metal-Tech Ltd v. Uzbekistan*» y *Rutas de Lima v. Metropolitan Municipality of Lima* en éste.

Termina el texto con un rotundo llamamiento en favor de esta lucha contra la corrupción desde las instancias arbitrales ya que *the onslaught of the COVID-19 pandemic will likely worsen the problem of corruption throughout the world.*

Reconozco haber lamentado que dentro de este bloque tan de actualidad sobre la lucha contra la corrupción solo figuren otros dos trabajos: el de Iuliana Iancu, «*Hanotiau & van den Berg*» (Brussels), «*Addressing Corruption in International Arbitration: a look at the Alstom and Bariven Cases*», y el de

Lorraine de Germiny, «Lalive LLP» (London), «*A Tale of two Jurisdictions: The Latest on the Alstom Saga and Challenges to Arbitral Awards involving Allegations of Corruptions*», que me limito a citar.

NUEVAS TECNOLOGÍAS, INTELIGENCIA ARTIFICIAL, ETC

Del sexto bloque temático, titulado New Technologies, Artificial Intelligence, etc, comentaré el trabajo de Bianca Berardicurti, «Legance» (Rome), «*Artificial Intelligence in International Arbitration: The World is All That Is The Case*», en el que mucho he aprendido sobre la novedosa cuestión.

Me parece procedente, como hace la autora, reiterar en su «*Introduction*» la conocida valoración: *Artificial Intelligence has triggered a revolution comparable to that of the Industrial Revolution and which is destined to have a disruptive impact over our lives*. Y ello en el mundo del Derecho ha llevado a que pueda escribir *AI is already significantly affecting the manner in which legal business is conducted (including blog chain and other technologies), transactions are entered into (including smart contracts) and disputes are raised and resolved*.

Tras hacer frente al difícil punto de la *definición* de la inteligencia artificial, entra en dos grupos diferenciados: el «*Weak AI system*», que se limitaría a imitar el razonamiento humano, y el «*Strong AI system*» capaz de pensar y razonar independientemente .

Diferencia cuatro categorías de IA que irían desde la «*legal research*», la «*selection of suitable professionals*», y la «*facilitation of procedural phases*», hasta la, ciertamente más polémica, «*predictive justice*», todas ellas *very useful in terms of reducing costs and timing of arbitration*».

Sobre la *predicción de la decisión final* sobre el caso, la autora examina pros y contras, como corresponde al difícil desafío asumido ya por los productos tecnológicos que existen en el mercado, aunque solo sea en un segundo momento dirigido a confirmar las previsiones hechas por los abogados.

Recurriendo a las *cuatro Vs*: — *Volume*, cantidad de datos manejados; *Variety*, tipos de datos incorporados ; *Velocity*, rapidez del recuento; y *Veracity*, solidez de los datos —, cabría calificar de mejor a peor los distintos sistemas experimentados que, por el momento y como era de prever, arrojan mayores aciertos en el mundo jurisprudencial que en el arbitral, más limitado éste por las propias exigencias de confidencialidad.

La autora también analiza las *preguntas éticas* que cabe hacerse frente a esta posible labor decisoria que podría terminar asumiendo la Inteligencia Artificial. Aunque, inicialmente , parecería que sería menos influenciable que el ser humano sometido a los denominados *sesgos*, — por evitar el término más duro de prejuicios —, de carácter cognitivo, ético, cultural, o de género, cabe considerar que las máquinas podrían verse condicionadas por otros, entre los que figuraría una mayor tendencia conservadora con cierta incapacidad de avanzar hacia novedosos planteamientos, exigidos por cambios acaecidos en la propia sociedad.

Surgiría finalmente la dificultad de la *ejecución* de un laudo generado con recurso a la AI en algunas

de sus fases. Es sencillo imaginar que la Ley de la sede para el proceso de anulación, u otra para los tramites de ejecución, pudiese considerar que se estaba violando el «orden público» en alguna de sus manifestaciones, nacional o internacional, en contra del archiconocido principio de la «tutela judicial efectiva».

Con ponderado criterio, la autora concluye que *the conduct of arbitration should still be handled by humans, although with the support of Artificial Intelligence in case needed for boosting efficiency*.

Destacaré también lo mucho aprendido por mí gracias a los otros tres trabajos que figuran en este bloque, por ser cuestiones en las que reconozco mi mayor ignorancia. Así, el de Catalina Echevarri Gallego, «Decert LLP» (Paris), «Group Arbitration in Internatonal E-Commerce Contracts»; el de Armand Terrien, «Terrien Avocat» (Paris), «International Arbitration in the Age of Data Accountability: The Impact of the 2016 European General Data Protection Regulation on the Conduct of International Arbitration Proceedings»; y el de Leonid Shmatenko, «Peter & Kim» (Genève), «E-sports. It's in the game: The Naissance of a New Field of International Arbitration».

CAMBIO CLIMÁTICO Y RECURSOS NATURALES EN EL ARBITRAJE INTERNACIONAL

El séptimo bloque temático responde también a un tema de gran actualidad, Climate Changing and Natural Resources in International Arbitration. Paso a comentar el trabajo de Melissa Ordóñez, «Hogan Lovells LLP» (Paris), «Steering Arbitration Towards a Greener Future: Adaptations and Challenges».

En sus primeras consideraciones generales, recuerda lo textos claves que han llevado al gran desarrollo de esta nueva variante del arbitraje, regulada por primera vez en el lejano año 2001 de la mano de la «Corte Permanente de Arbitraje», y luego por la «Declaración de Estocolmo» de 1972, el «Protocolo de Kyoto» de 1997 y el «Acuerdo de Paris» de 2015.

Según un estudio del «Grantham Research Institute on Climate Change and the Environment» estaríamos, ya en el 2018, ante un conjunto de más de 1.500 leyes regulatorias a lo largo y ancho del mundo, — que sin duda hoy serán muchas más —, lo que explica el número también creciente de conflictos internacionales climáticos con un fondo comercial en los que el arbitraje pasaría a ser el recurso preferido, tanto si se ha pactado antes de surgir el conflicto como si se ha hecho después para resolverlo. Así sucedió en el famoso caso en los Estados Unidos, «Anderson et Al' v. PG&E», llevado luego al cine en la exitosa película «Erin Brockovich».

Resultado del carácter público de este área de conflictos en la que entran a menudo en juego factores de interés general, la autora los analiza dentro de un acertado sub epígrafe «The Public-interest and Arbitrability», que ofrece supuestos de entidades públicas excluidas del mudo arbitral y otros donde la ley nacional impide acudir a esta vía para resolver conflictos climático — comerciales, posición reacia que la autora procura rechazar, con la excepción de eventuales responsabilidades penales. Destaca también cómo se va imponiendo que, aunque ciertamente no quepa ir en el laudo contra normas soberanas, ello no excluiría la toma de decisiones sobre las consecuencias financieras y daños generados por las mismas a unos u otros.

De cara al futuro, y tras invocar nuevos textos como el «*European Green Deal*» de 2019, que busca emisiones cero para el 2050, comparte la valoración del «*ICC Report*» del mismo año, pronosticando un incremento de arbitrajes medio ambientales en *tres áreas principales*: contratos vinculados al cambio climático; contratos comerciales que pueden llegar a plantear cuestiones medioambientales; y conflictos medioambientales surgidos en los que las partes acuerdan posteriormente recurrir para su solución a la vía arbitral.

Se refiere ulteriormente a un interesante estudio del «*French National Centre for Scientific Research*», que ha identificado *cuatro características propias* de este tipo de conflictos, aunque no tienen que darse siempre de forma acumulativa: su carácter colectivo, transnacional, complejo y especialmente sensible.

Estas características le llevan a reconocer las *mayores dificultades* que plantearía su resolución ante los tribunales ordinarios frente a la mayor flexibilidad del procedimiento arbitral. Esto último es especialmente perceptible en aspectos como lograr el debido equilibrio entre intereses públicos y privados, así como la necesidad de tomar en consideración toda la legislación en vigor, incluso la más reciente de carácter internacional.

Frente al gran desafío que plantean en cuestiones de medioambiente las frecuentes discrepancias entre *los expertos*, — citando casos vinculados a la cuenca amazónica y sus bosques como «*Perenco v. Ecuador*» —, por estar los técnicos enfrentados desde sus personales enfoques, recomienda utilizar recursos procedimentales como un «*joint work*» entre éstos para identificar las áreas de consenso frente a las discrepancias, o un «*expert conferencing*», y todo ello dentro siempre de planteamientos «*caso a caso*».

Finalmente, la autora analiza la creciente importancia que tiene la «*transparency*» en estos arbitrajes sin renunciar, por ello, a la «*confidentiality*» llamada a resguardar los intereses comerciales. Valora positivamente decisiones en favor de la mayor publicidad de los laudos, mencionando las reformas introducidas en la ICC y en la HKIAC *to render awards more accesible by making publication posible unless the parties file an objection*.

Además, se refiere a la creciente intervención de los *Amicus curiae*, sin negar la resistencia de las partes a conceder total autonomía al tribunal arbitral a estos efectos, exigiendo el tradicional acuerdo previo entre las mismas.

En sus conclusiones recuerda la autora que «*In 2018, the United Nations Secretary General called for «transformational decisions» in boardrooms, executive suites and parliaments across the world in order to address climate issues.*

Este bloque contiene otros dos trabajos también de gran interés: el de Laura Williams, «*Reed Smith LLP*» (London), «*Arbitration in the Energy and Natural Resources Sector: What Can We Learn from Commodity Trade Association Arbitration*», y el de Marièle Coulet-Diaz, «*White & Chase LLP*» (Paris/Mexico), «*Navigating Force Majeure Claims Through Climate Change*».

RELACIÓN ENTRE LOS PROCEDIMIENTOS DE INVERSIÓN Y COMERCIALES

El octavo bloque temático lleva como título Relation Between Investment and Commercial Procedures. Paso a resumir el trabajo de Adrián Magallanes, «*Von Wobeser y Sierra, S.C.*» (Mexico City), «*Sovereign Immunities as a Limitation to the Enforcement of International Commercial Arbitral Awards against State Entities*».

Estamos ante un tema de innegable complejidad que tiene sus raíces en las esencias del Derecho Internacional Público y que vendría a chocar con los rotundos principios del «*Convenio de Nueva York*» que siguen permitiendo afirmar, como recuerda el autor, que *one of the principal advantages of arbitration over court litigation as a dispute settlement mechanism, particularly for international commercial transactions, is that it is easier to enforce foreign arbitral awards than foreign judicial judgements*.

Para un mejor análisis de las distintas dificultades, más o menos esperadas, que cabe encontrar, divide sus observaciones en *dos partes*. La primera la denomina «*Obstacles arising from Foreign Sovereign Immunity*», realidad ésta, según la «*Internatonal Law Commission*», *adopted as a general rule of customary international Law rooted in current state practice*. Lógicamente, añade que tal inmunidad no es absoluta, siendo lo habitual diferenciar actuaciones y bienes del Gobierno de otros actos del mismo de carácter comercial.

En síntesis, este enfoque sería el asumido con mucha mayor precisión en la 2004 «*UN Convention on Jurisdictional Immunities of States and thier Property*», ratificada ya por 22 estados y a falta de otros 8 para su entrada en vigor. Arranca de la regla general de la inmunidad frente a juicios y ejecuciones de sentencias, salvadas las excepciones expresamente previstas entre las que destaca la comercial.

Ante el dilema de la diferenciación entre actuaciones *ius imperii* y actuaciones *ius gestionis*, reconoce los debates que afectan a las *empresas estatales*, inicialmente incluidas entre las segundas. Así asume la compleja conciliación entre lo que indica el *art. 17* de la citada Convención de Naciones Unidas en favor de la *commercial transactions immunity*, y lo que prevé el *art. 19* sobre la inmunidad del Estado frente a medidas de presión anteriores o posteriores al laudo, — *such as attachment, arrest or execution against property of a State* —, con las tres excepciones reconocidas a continuación : *state's consent, property allocation by the state, property intended for comercial* «*other than government non-commercial purposes*».

La segunda parte «*Obstacles arising from Domestic Sovereing immunity*», reflejaría la inmunidad del Estado ante sus propios cortes y tribunales, que, desde los lejanos tiempos donde se imponía el adagio «*the King can do not wrong*», — dirigido a evitar un juicio contra el gobierno por parte de sus ciudadanos —, ha ido evolucionando hacia nuevas realidades, y la manera en que ello afecta tanto al reconocimiento como a la aplicación de los laudos arbitrales contra entidades estatales en sus propios territorios.

Terminan, tanto la primera como la segunda parte, con el análisis de lo que sucede en *Estados Unidos, Reino Unido y México*.

Afirma en su «*Conclusion*» que *the New York Convention may be falling short on its purposes*, y defiende la necesidad de *strike a balance between the state's international duty to enforce awards, the state's duty as a private party to the arbitration to comply with the award, and the state's role as the guardian of public assets under its legitimate jurisdiction*.

Siguen dos trabajos más, el de Manuel Valderrama, «*Wilmer Cutler Pickering Hale and Dorr LLP*» (London), «*Two's a crowd: Navigating Competing Governments in International Arbitration, a Venezuela Case Study*», y el de Ricardo Ampudia, «*Shook, Hardy & Bacon, LLP*» (Miami), «*Document Production Requests in Investment Treaty Arbitration: Considerations for Parties and Practitioners*».

DESAFÍOS DEL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL

El noveno bloque temático lleva como título abierto el de Challenges of international commercial arbitration, y dentro del mismo me concentraré en el Trabajo de Javier Jaramillo Troya, «*Pérez Bustamante & Ponce*» (Quito), «*Parties Sidelining the Seat of Arbitration: can they choose a different Court and applicable Law for Annulment Proceedings*».

El texto se estructura en torno a *cuatro cuestiones*. *La primera* tiene que ver con el histórico choque entre el principio de la *territorialidad del arbitraje* y el de *la deslocalización*. Según aquél, la ley del lugar del arbitraje, *lex loci arbitri*, sería también la ley aplicable al procedimiento del mismo, *lex arbitri*. Regularía, en consecuencia: validez del acuerdo, arbitrabilidad del caso, composición del tribunal, procedimiento, cooperación judicial para el reconocimiento y ejecución, así como eventual anulación del laudo.

Frente a ello, en el enfoque de *deslocalización o transnacionalidad*, la sede sería solo un determinante geográfico, pudiendo las partes elegir diferentes leyes para los distintos elementos del arbitraje hasta el punto de llegar a negar a la *lex fori* el derecho a anular el laudo. Llegada esa opción, deberían actuar *tribunales supranacionales*, llamados a aplicar principios y normas igualmente transnacionales, invocando el autor al efecto los comités de anulación del *ICSID*.

La segunda se pregunta por el grado de creatividad de las partes de cara al procedimiento de anulación, y llevaría a reconocer la primacía de la ley del lugar sobre el «orden público internacional», lo que explicaría que el *Article V.1 of the New York Convention denies recognition and enforcement of arbitral awards when they have been annulled by a court of the seat*. Por el contrario, ello si podría suceder si quedase el laudo solamente sometido a este «orden público transnacional» — *en tanto que «mandatory precepts of natural law ascribed to civilized nations»*—, que podría chocar con la soberanía del estado afectado.

Ante la *tercera pregunta* sobre lo que sucedería en ausencia de previsiones de las partes sobre la posible anulación, en el enfoque territorial el propio tribunal podría designar la sede, mientras que, en el enfoque deslocalizado, la falta de voluntad expresa de las partes evitaría esta opción.

Analiza también el autor, como *cuarta cuestión*, el caso de que dos distintas cortes arbitrales se declaren competentes en un mismo proceso de anulación, describiendo lo sucedido en el *caso de*

YPF entre cortes de Argentina y de Uruguay, y el de *Autoridad Portuaria de Manta v. Terminales Internacionales del Ecuador*, entre una de este último país y otra de Panamá.

En un último apartado, «*What Now*», el autor describe con paciencia las alternativas abiertas para los supuestos en que estas «*midnight clauses*» no sean lo suficientemente claras, o para cuando no se haya previsto nada sobre el proceso de anulación.

Dentro del mismo bloque figuran otros dos trabajos, el de Gillian Cahill, «*Uría Menéndez Abogados, SLP*» (Madrid), sobre «*The Enforcement of International Arbitral Awards within the EU*», y el de Patricia Ugalde, «*Mayer Brown*» (Paris), sobre «*Managing Claims and Disputes in Construction Projects: a Latin American Perspective*».

CUESTIONES FINANCIERAS Y ECONÓMICAS: INTERESES, BANCA, QUIEBRA, ETC.

Y llegamos así al décimo bloque temático, Financial and Economic Issues: Interests, Banking, Bankruptcy, etc. dentro del cual comentaré el trabajo de Alberto Manzanares Entrena, «*Ashurst LLP*» (Madrid), «*Advantages and Challenges of Arbitration for Banks and Financial Institutions on account of the COVID-19 Situation*».

Empieza su *Introducción* constatando que *Judicial hostility and commercial scepticism towards arbitration were a non-controversial phenomenon back in the day*, para preguntarse luego si finalmente la pandemia hará que el arbitraje termine convirtiéndose en la primera opción para resolución de los conflictos a los que bancos e instituciones financieras tienen que hacer frente.

Esta incógnita, sobre la que volverá al término de sus dieciocho páginas, llega después de unos años en los que las principales Instituciones arbitrales han vivido un fuerte incremento de casos de este tipo, así lo prueban datos y estadísticas de la ICC, la LCIA, la HKIAC y la CIETAC.

No niega la preferencia tradicional que se ha dado a los *tribunales ordinarios* para sentenciar sobre este tipo de conflictos entre prestamistas, o entre prestamistas y prestatarios, en base a las ventajas que le son atribuidas, como la mayor estabilidad y predictibilidad, la inmediatez, la rigidez procedimental, la experiencia en pleitos con muchas partes, los posteriores recursos de apelación, la estricta apoyatura legal sin añadidos equitativos, la publicidad, y la ejecutabilidad. También recuerda el exitoso caso del *Grupo Celsa en España*, que vio la adopción e inmediata aplicación de «medidas provisionales» por el Tribunal de Primera Instancia n.º 60 de Madrid.

Invirtiendo a veces viejos razonamientos, el autor logra enumerar las especiales *ventajas del arbitraje*, tanto durante esta crisis financiera generada por el COVID-19 como de cara a posteriores crisis que considera, con toda razón, inevitables. Así, contar con auténticos expertos para hacer frente a complejas cuestiones desde variados puntos de vista, la solidez de la «*Convención de Nueva York*» para el reconocimiento y ejecución de los laudos internacionales, la huida del pronunciamiento *ex aequo ex bono* salvo si acordado por las partes, la probada accesibilidad y viabilidad de la

Arbitraje internacional en un «multiparty arbitration», la certidumbre que aporta el laudo final, la

adaptación a los plazos temporales deseados, y la privacidad y confidencialidad de los procedimientos.

Interesante la síntesis que ofrece de la polémica referente a las *cláusulas híbridas* que dejan abiertas las dos opciones de arbitraje y de vía judicial, bien en manos de una y otra parte, —«*symmetrical*»—, bien solo del prestamista, —«*unilateral or asymmetrical*»—, donde aprendo que, frente a las posturas favorables de *USA, UK y Ucrania*, y las contrarias de *France, Rusia y Polonia*, los tribunales españoles no han tenido hasta ahora la oportunidad de pronunciarse.

Finalmente, y tras alegrarse por la introducción del arbitraje en el «*Master Agreement provided by the International Swaps and Derivatives Association*», concluye que *the financial crisis that the COVID-19 health situation has unleashed shall be a good test for arbitration to prove whether or not it is definitely landed on the banking community as the first choice dispute resolution mechanism (or at least as a reasonable and feasible choice, taking advantage of the so called — and to some extent controversial — hybrid dispute resolution clauses)*.

No quiero terminar sin mencionar los otros cuatro trabajos que ofrece este último bloque temático, meritorios todos como los otros 36 ya comentados o mencionados: el de Guilherme Recena Costa, «*Debevoise & Plimpton*» (New York) «*One Pre-Award Interest Rates*»; el de Jose Ignacio Garcia Cueto, «*Clifford Chance US LLP*» (Washington), el suyo «*Contributory Negligence and Reduction of Damages in arbitration: Let Throw a Dice*»; el de Laura Lozano, «*Freshfields Bruckhaus Derinber*» (Madrid), «*Distilling the Grounds For Stay of Proceedings during Insolvencies: Application of a Standard or Capricious Intervention?*»; y el de Sarmistha Chakrabarti, «*Skadden, Arps, Slate, Meagher & Flom LLP*» (New York), «*International Arbitration V. Cross-Border Insolvency: Channeling «The Conflict of Polar Extremes' Into Effective Litigation Strategy*».

En unas líneas finales me permito desear a Carlos González-Bueno que, como experimentado editor, pueda seguir cumpliendo con su propósito anunciado de hacer frente cada tres años a similares desafíos, algo muy elogiado por los grandes maestros que firmaron las correspondientes valiosos «*Forewords*», Alexis Moore en la publicación de 2018, y Gary B. Born en la arriba comentada de 2021.

Madrid, 1 de septiembre 2021

Arbitraje internacional en una economía globalizada. Reflexiones en homenaje a D. Ramón Mullerat (2020)

José Carlos Fernández Rozas



José Carlos Fernández Rozas

Director de la Revista

Bajo la coordinación de Alfonso Hernández-Moreno y Christian Herrera Petrus, la Associació pel Foment de l'Arbitrage ha editado el año 2020 un libro homenaje a la figura del prestigioso abogado y árbitro, Ramón Mullerat Balmaña, con contribuciones importantes que merecen un tratamiento particularizado.

Quien escribe estas líneas tuvo el honor de publicar, en memoria de su autor, su último estudio («Arbitration: "Back to the Future"», *Arbitraje. Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, vol. VI n.º 3, 2013, pp. 675-714) y de conversar telefónicamente con él, pocas horas antes de su inesperado fallecimiento en su despacho de Barcelona, sobre las anécdotas de un reciente viaje que nos había reunido en Panamá. Tras cincuenta años de carrera profesional, Ramón Mullerat estaba considerado como un referente esencial dentro del arbitraje y uno de los árbitros españoles con mayor proyección internacional. Era abogado en los Colegios de Barcelona y Madrid, en la Court de París, miembro honorario de la Law Society of England and Wales, y ex-copresidente del Human Rights Institute de la International Bar Association, entre otros diversos cargos. Asimismo, fue miembro de la London Court of International Arbitration (LCIA) y del Club Español del Arbitraje; autor del informe para la revisión del Código de Ética del Consejo de Colegios de Abogados de la CE; y miembro y ponente del Comité para la revisión del Código de Ética de la *International Bar Association* (IBA). Todo ello sin olvidar su asesoramiento al Parlamento de Andorra en la elaboración de su ley de arbitraje. Paralelamente su aportación a la doctrina arbitral fue extraordinaria, como evidencia la extensión de sus publicaciones recopiladas en el volumen objeto de esta reseña (pp. 45-46). Desde 1997, Ramon Mullerat fue publicando artículos y contribuyendo a obras colectivas de diversos aspectos de la institución jurídica del arbitraje. Se enfrentó no solo a las cuestiones de la ética y de los códigos de

conducta de los árbitros, sino también de cuestiones concretas como la promulgación de la Ley de Arbitraje española de 2003, difundirla en el extranjero, la autonomía de las partes bajo la ley española de arbitraje, las bondades del arbitraje como factor de confluencia entre el *common law* y el *civil law*, las características y ventajas del arbitraje institucional, el Convenio de Nueva York tras sus primeros cincuenta años y su posibilidad de reforma, la reforma de la nueva ley de arbitraje en Francia, la responsabilidad o inmunidad de los árbitros, el arbitraje y el derecho *antitrust*. También publicó reflexiones más genéricas sobre el arbitraje, como novedades del arbitraje comercial internacional, el tiempo y coste del arbitraje, o el futuro del mismo.

Todo este amplio curriculum, junto a sus propias cualidades personales justificaban sobradamente una obra colectiva de homenaje como la que ahora tenemos el honor de reseñar.

Corresponde la primera contribución a Carlos Valls Martínez, actual Presidente de la AFA, y en ella se adentra en los aspectos éticos del jurista, en general, así como del abogado y del árbitro, en particular. De acuerdo con este estudio, el Tribunal Arbitral goza de un gran poder a la hora de decidir, en base a la elección que han efectuado del procedimiento arbitral las partes en el ejercicio de su autonomía de la voluntad. Ahora bien, en ausencia de normativa deontológica específica para la actuación de los árbitros en los respectivos códigos deontológicos de la abogacía (o de los códigos de las respectivas profesiones, si el árbitro no es abogado, y siempre y cuando sea un profesional sujeto a normativa deontológica, lo cual no es necesariamente un requisito de la ley, al menos de la española), queda únicamente la ley como marco normativo, así como los reglamentos de las diferentes instituciones para el caso de que el arbitraje sea institucional o siendo *ad hoc*, las partes no se hayan sometido al Reglamento de la Uncitral. Pero la ley se limita fundamentalmente a exigir que los árbitros, además de que actúen con la debida diligencia profesional (cumplimiento de los plazos, emisión de laudo o laudos que sean inatacables, etc.), y a llevar un procedimiento de acuerdo con los principios de igualdad, audiencia y contradicción, que lo hagan con independencia e imparcialidad. Por lo cual se necesita el concurso de una reglamentación complementaria, suministrada bien por las instituciones administradoras de arbitraje o por las entidades dedicadas al fomento de la ética arbitral.

La siguiente contribución, proviene de la acreditada firma de Juli de Miquel Berenguer actual Presidente del Tribunal Arbitral de Barcelona. En su artículo pone de relieve cómo un simple Auto de 15 de julio de 1981 del Juzgado de Primera Instancia n.º 5 de Barcelona (D. Germán Fuertes Bertolín) fue la chispa que prendió la llama de la modernización del arbitraje en España muchos años después de la aprobación del Convenio de Nueva York de 1958. Con aportaciones como ésta, se dejó atrás la ineficiente Ley de Arbitraje de 1953 que, según el autor, en realidad debería haberse denominado «Ley de Evitación del Arbitraje en la Solución de los Conflictos». Sin pretenderlo Juli de Miquel analiza una a una las causales del art. V.1º aps. a) a e) de la Convención de Nueva York de 1958. que son prácticamente idénticas a las que contempla nuestra LA/2003 bajo el prisma del aforismo *in favorem arbitratis* que impera en nuestra legislación —no siempre compartido por nuestros Tribunales— principio que sin duda late en la Convención de Nueva York lo que, en su opinión, obliga a una interpretación restrictiva de ellas. Con respecto al cumplimiento de los requisitos formales que establecen el art. IV de la Convención, al exigir para su reconocimiento la presentación

del laudo, debidamente autenticado o una copia del original que reúna las condiciones requeridas para su autenticidad, así como el original del acuerdo escrito de sumisión a arbitraje, formalidades que se exigen para dar lugar a la ejecución en base al art. V. ap. a) todo ello debidamente traducido, señala el autor de este artículo que se trata de requisitos formales obvios para iniciar el proceso de ejecución pero su interpretación debe efectuarse con la flexibilidad que impone el principio *in favorem arbitratis*. En este sentido y ante un supuesto de falta de traducción como motivo de oposición, al no haberse presentado la traducción del laudo junto a la demanda, el auto del TSJ de Madrid de 20 de diciembre de 2018 manifiesta: «la omisión de la traducción al español de los concretos documentos señalados por la demandada, es motivo de oposición que debe ser desestimado por cuanto que se trata de omisiones subsanables lo que a la postre se ha producido al haber aportado la demandante dichos documentos traducidos con posterioridad».

A continuación, Xabier Añoveros Trías de Bes se interna en un tema clásico, cual es el relativo a las ventajas y desventajas del arbitraje internacional en comparación con la solución judicial. Huelga decir que las ventajas del arbitraje (flexibilidad, especialidad, elección de foro, elección de la ley aplicable, y simplicidad de las normas que rigen el proceso) acaban empujando las desventajas. En su opinión el árbitro que dirima el conflicto diligentemente, confirmará la validez del acuerdo de sometimiento a arbitraje en virtud del cual se designó al árbitro y siempre se asegurará de que se haya notificado el nombramiento y el procedimiento, extremo éste particularmente importante en el caso de arbitrajes sin oposición. El árbitro también se asegurará de que las partes hayan tenido la oportunidad de presentar su caso y familiarizarse con las particularidades de la ley de la sede del arbitraje para confirmar que éste se lleve a cabo de conformidad con las leyes locales. Añade que los árbitros deben estar extremadamente familiarizados con las disposiciones de la Convención de Nueva York de 1958 para garantizar que el laudo no pueda ser impugnado por uno de los motivos enumerados, es el más alegado, la vulneración del debido proceso. Un abogado que busque finalizar el proceso con un laudo inexpugnable debe estar totalmente familiarizado con los motivos tasados de impugnación. También debe asegurarse de que los terceros que van a ser parte del proceso sean debidamente notificados.

En nuevo artículo, llega de la pluma de Claudia Baró Huelmo y en él se pregunta si la paranoia de los árbitros en relación al riesgo de que los laudos dictados en el marco del CIADI puedan ser anulados o no ejecutados por Tribunales nacionales por haber infringido el *due process* está o no justificada. Para la esta autora el arbitraje es a menudo anunciado como el método más rápido, eficiente y comercial para resolver disputas internacionales. Sin embargo, hay múltiples factores que pueden perturbar el desarrollo eficiente de los procedimientos arbitrales. Uno de ellos afecta a los árbitros, que con frecuencia deciden atender solicitudes procesales frívolas por temor a que el laudo resultante sea anulado o no se ejecute debido a la violación de las garantías procesales. Claudia Baró se cuestiona si está justificada la paranoia de los árbitros por la anulación en los procedimientos del CIADI o la no ejecución ante los tribunales nacionales basada en la violación de las garantías procesales, concluyendo con la afirmación de que la anulación de los laudos dictados en los procedimientos del CIADI sigue siendo extremadamente rara. Asimismo, tomando a España como caso de estudio, la autora pone de relieve cómo los tribunales nacionales tienen un alto umbral en cuanto a la violación de las garantías procesales como causa para rechazar el reconocimiento o la

ejecución de un laudo arbitral extranjero. De acuerdo con esto, los árbitros deben tener muy presente que, en circunstancias ordinarias, el hecho de negarse a escuchar o conceder peticiones de base menos procesales no conducirá a la anulación de un laudo del CIADI o a un laudo nacional que rechace el reconocimiento y la ejecución de un laudo arbitral extranjero en España.

La contribución que le sigue nos trae una nota de exotismo, pues Juan Pablo Correa Del Casso nos lleva de viaje al continente africano para que conozcamos la Ley Uniforme de Arbitraje del Espacio OHADA («*Organization for the Harmonization of Business Law in Africa*»), y nos permite saciar nuestra curiosidad por lo que ocurre en otras regiones del planeta de las que no nos llegan crónicas tan frecuentemente. Concretamente el autor analiza la Ley Uniforme de 23 de noviembre de 2017 sobre el Derecho del arbitraje, que ha introducido importantes innovaciones en relación con su predecesora la Ley de arbitraje de 1999 y su objetivo es seguir haciendo del arbitraje, la solución amistosa de controversias, la alternativa de resolución de conflictos en todos los Estados miembros que conforman la Organización para la Armonización del Derecho Mercantil en África («OHADA»).



Continúa la relación de contribuciones con un artículo sobre un tema de candente actualidad que llega de la mano de Rodolfo Fernández-Cuellas, donde se exponen las oportunidades que ofrece el arbitraje institucional a la hora de resolver la conflictividad societaria que, lamentablemente, ha generado y seguirá generando la crisis económica provocada por el Covid-19. Sin duda, en atención al colapso judicial causado por la pandemia, los operadores económicos podrían encontrar una válvula de escape en el arbitraje. A este efecto apunta a la importancia del arbitraje como la mejor opción para resolver los conflictos en el Derecho de sociedades que frecuentemente se dirigen por inercia a los tribunales de justicia. Este trabajo profundiza en los principales conflictos en el Derecho societario y en las tendencias de otros sistemas estatales de los países de nuestro entorno, con el fin de proteger los derechos de la minoría dentro de las empresas, ofreciendo soluciones para la parte débil dentro que se ve obligada a luchar durante años por un resultado incierto. Asimismo esta contribución contempla la normativa vigente en materia de arbitraje societario y también la oportunidad de introducir una redacción en la ley, como propósito *de lege ferenda*, declarando el arbitraje como la opción preferente para la resolución de conflictos en materia societaria, en la medida en que esto ayudaría en los actuales tiempos de crisis económica que afectan al mundo tras

la pandemia de Covid-19.

Otra interesantísima contribución nos la trae Natalia Font Gorgorió quien al igual que Juli de Miquel, construye su relato alrededor de una resolución judicial que le sirve de excusa para adentrarse en un tema espinoso y difícil, cual es el de si debe prevalecer el concurso de acreedores o el convenio arbitral. Concretamente, a raíz de la Sentencia n.º 266/2019, dictada por el Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Santander el 30 de septiembre de 2019, se reflexiona sobre los requisitos que deben concurrir para que un juez concursal suspenda la eficacia de un convenio arbitral alcanzado entre dos partes, en virtud del cual se acuerda resolver las controversias que puedan surgir en un procedimiento arbitral con sede en Londres. Se analiza la reforma del art. 52 (actual art. 140.3º del Texto Refundido de la Ley Concursal) de la Ley Concursal por la Ley 11/2011, cuestionando, por un lado, si el juez mercantil competente para conocer del concurso puede suspender la eficacia de un convenio arbitral, a pesar de que la acción pretendida para eludir el convenio arbitral no se dirija contra el patrimonio del concursado, sino que sea interpuesta por el propio concursado contra un tercero. Esto significaría que la acción quedaría fuera de la jurisdicción del juez de la insolvencia. También la autora si es posible suspender la eficacia del convenio arbitral en base a una interpretación de que el «perjuicio para la tramitación del concurso», cuya existencia exige el art. 52.1º de la Ley Concursal, no se basa en razones procesales sino económicas. En conclusión, se presta atención a si la aplicación de este precepto en la sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil de Santander se ajusta realmente a la finalidad del propio precepto, que es la de preservar la validez y eficacia de los convenios arbitrales suscritos por el concursado con terceros, permitiendo así que sean otros tribunales —y especialmente los elegidos por las propias partes— los que resuelvan los conflictos, a pesar de que una de las partes sea insolvente

A pesar de que las contribuciones que forman esta obra pretenden ofrecer una visión práctica de los temas tratados, no esquivan en absoluto el rigor académico. Un buen ejemplo lo encontramos en el artículo de Gorka Goenechea Permisán, quien nos ofrece una interesante reflexión sobre el concepto legal de la institución arbitral. El arbitraje institucional se ha consolidado definitivamente en nuestro derecho con la promulgación de la Ley de Arbitraje de 2003 que en su Exposición de Motivos lo identifica como uno de los elementos caracterizadores del arbitraje moderno. Considera Goenechea que —tras la modificación de la Ley de Arbitraje de 2003 por la Ley 11/2011, de 20 de mayo— en los arbitrajes societarios la designación del árbitro y la administración del arbitraje por una institución arbitral se ha convertido en la regla de base (art. 11.3º bis). En el ámbito internacional, tanto a principios del siglo XX como del XXI distintos estudios se han encargado de confirmar la implantación generalizada del arbitraje institucional, hasta el punto de que más de las tres cuartas partes de las compañías que actualmente afrontan arbitrajes internacionales lo hacen en procedimientos administrados por una institución arbitral. En su opinión, los datos expuestos, que nos dan la medida de la relevancia del arbitraje institucional, contrastan con la realidad jurídica en la que la expresión que nos ocupa es empleada, en sentido lato, para identificar a entes que no encajan en lo que la Ley de Arbitraje define como institución arbitral.

Toma el relevo Christian Herrera Petrus, para incorporar a la obra colectiva un estudio sobre los principios del procedimiento arbitral, el rol del árbitro y el control del abuso procesal, en el que

destaca que el principio de igualdad y el derecho de defensa y contradicción constituyen los cimientos sobre los que pivotan los demás principios. Para ello describe los principales principios procesales existentes en el arbitraje para resaltar cómo éstos ponen un límite a la libertad de las partes y de los árbitros para diseñar y organizar el procedimiento como lo consideren oportuno. Con carácter complementario apuntala la idea de que la igualdad entre las partes y el derecho a la defensa y a la contradicción son hitos que deben ser plenamente respetados para garantizar la validez del laudo final, mientras que otros principios son importantes pero pueden ser renunciados o pueden ser tratados como expresiones de los dos primeros. En las páginas siguientes el autor aborda el papel de los árbitros como gestores del caso y la conveniencia de seguir una actitud proactiva como medio para frenar la tendencia a abusar de los derechos procesales por parte de algunos beligerantes. En el estudio se pone de manifiesto que la llamada «paranoia del debido proceso» está afectando al desarrollo de los procedimientos de arbitraje en todo el mundo y supone una amenaza para la eficacia y la rapidez que generalmente se espera del arbitraje. A la luz del enfoque restrictivo seguido por muchas jurisdicciones nacionales a la hora de evaluar las posibles violaciones de las principales garantías procesales, resulta conveniente alentar a los árbitros a disuadir las conductas indeseables mediante un uso activo y oportuno de sus poderes.

Con Javier Íscar de Hoyos llega otro de los temas clásicos del arbitraje, que es el relativo al alcance del principio *kompetenz-kompetenz*. El pasado 8 de enero de 2019, el Tribunal Supremo de los Estados Unidos dictó su decisión sobre el caso *Henry Schein, Inc. et al. v. Archer & White Sales, Inc.* En esta resolución declaró que el denominado *wholly groundless test* aplicado por diversas Cortes de Apelación estadounidenses resultaba contrario al *Federal Arbitration Act* de 1925 («FAA»). El *wholly groundless test* permitía a los órganos judiciales estadounidenses pronunciarse sobre la arbitrabilidad de la controversia incluso en aquellos casos en los que las partes habían remitido esta cuestión a los árbitros de forma clara e inequívoca. Así, si el tribunal competente consideraba que el objeto del pleito quedaba claramente fuera del alcance del convenio arbitral, el órgano judicial estaba facultado para declarar que la controversia no era arbitrable («*Wholly Groundless Test*»). Antes del dictado de la sentencia del caso *Henry Schein*, el *Wholly Groundless Test* convivía con otro control de arbitrabilidad de aplicación preferente, que, como se ha dicho, requería la existencia de una evidencia clara e inequívoca de que las partes habían sometido a los árbitros la competencia para decidir sobre su propia competencia («*Clear and Unmistakable Evidence Test*»). Como pone de relieve Javier Íscar, en *Henry Schein*, el TS EEUU ha declarado que el *Wholly Groundless Test* resulta contrario al FAA. Además, la decisión del TS EE UU ha arrojado luz sobre la forma en que ha de interpretarse el *Clear and Unmistakable Evidence Test*, el cual venía siendo objeto de profunda discusión desde hace años, como luego veremos. Esta resolución contrasta con la posición adoptada por el Tribunal Supremo español en su sentencia de 27 de junio de 2017, donde acogió la tesis «débil» del principio *kompetenz-kompetenz*. Resulta destacable que, a pesar de que el principio *kompetenz-kompetenz* no esté consagrado en la FAA, el TS EE UU haya decidido utilizar un enfoque mucho más respetuoso con este principio que el empleado por el Alto Tribunal español. La contribución de Íscar aborda sucesivamente: a) la aplicación del principio *kompetenz-kompetenz* en la jurisprudencia estadounidense a raíz del dictado del caso *Henry Schein*; b) el criterio amparado por el Tribunal Supremo español en su sentencia de 27 de junio de 2017, y c) el análisis comparado de los enfoques adoptados por el TS EE UU y el Tribunal Supremo español.

En el siguiente artículo, David Jurado Beltrán, parte del preámbulo de la LA/2003 que impone a todos los árbitros el deber de permanecer independientes e imparciales frente a las partes. En los casos en que la designación de los árbitros por parte de la Corte de Arbitraje, ésta es la encargada de adoptar las medidas necesarias para asegurar la citada independencia e imparcialidad. Cuando la designación deriva de una institución arbitral dichas medidas deben ser las mismas o mayores, y deben ir siempre enfocadas a que el árbitro, al ser designado, carezca de toda conexión con las partes (imparcialidad subjetiva) o con el objeto de la controversia (imparcialidad objetiva). Y, dado que cualquier institución arbitral desempeña funciones de considerable importancia en el proceso, en opinión del autor es evidente que la independencia e imparcialidad de la institución arbitral debe ser permanente y en todos los ámbitos, proyectándose sobre el trabajo de todos y cada uno de los miembros, secretarios o empleados de la institución y en todas las tareas implicadas a lo largo del proceso. Pero también considera David Jurado que hay que ser muy prudente para no convertir dichos principios en una excusa oportunista para evitar el arbitraje, forzando los hechos y las normas, en una conducta que vulneraría de forma oportunista el principio de respeto a la autonomía de la voluntad y sobre la que los Tribunales deben ser muy cautelosos para rechazarla cuando responda a una mera conveniencia o arrepentimiento de la decisión de someterse al arbitraje, lo que nos lleva a este estudio de las diferentes respuestas desarrolladas en la jurisprudencia y la práctica. aplicación de los principios objeto de análisis.

Frederic Munné Catarina centra su importante estudio en la prueba personal en el arbitraje que, como cualquier otra prueba, se rige por los acuerdos de las partes, o subsidiariamente por la decisión de los árbitros según corresponda, en cuanto a su pertinencia y necesidad, organización, práctica y valoración, con flexibilidad procesal, y sin plazo preclusivo ni otro límite que la preferencia por la oralidad si alguna de las partes lo solicita, respetando siempre el marco de la audiencia, la igualdad de trato y oportunidades, y el principio de contradicción, para que todas las partes puedan ejercer sus derechos. Analiza el autor la regulación legal de la prueba en los arbitrajes, que salvo en el excepcional supuesto de la asistencia judicial que prevé el art. 33 LA 60/2003, en el que el Juez debe actuar «de conformidad con las normas que le sean aplicables sobre medios de prueba» de la Ley de Enjuiciamiento civil 1/2000, los árbitros se rigen en materia de Derecho probatorio por la ley arbitral aplicable, los convenios internacionales cuando se trate de un arbitraje internacional, el reglamento de la institución arbitral encargada de la administración del arbitraje si se trata de un arbitraje institucional y los pactos de las partes en materia probatoria incluyendo las recomendaciones de *soft law* a las que las partes se hayan remitido de forma expresa, o en su defecto a las pautas preestablecidas o acuerdos de los árbitros en esta materia, incluyendo también en su caso remisiones a directrices de *soft law*. En tal sentido recuerda Munné Catarina que las normas de Derecho probatorio de la Jurisdicción ordinaria no son aplicables al procedimiento arbitral. No es oportuno invocarlas ante los árbitros, salvo que se citen como mero referente para mejor ilustrar al árbitro acerca una posible solución a las cuestiones probatorias que se planteen en el curso de las actuaciones arbitrales, dada la concisa regulación probatoria de la Ley española de Arbitraje. Y aún es menos oportuno que los árbitros fundamenten sus órdenes procesales, en materia probatoria, en normas específicas de la Jurisdicción ordinaria¹ sin perjuicio de poder llegar a adoptar decisiones con soluciones similares, pero en aplicación de la normativa arbitral aplicable.

En la siguiente contribución, Enrie Picanyol Roig utiliza la cuestión de la validez y ejecutabilidad de un acuerdo de arbitraje contenido en un documento emitido por un intermediario como guía de los cambios en la legislación española y en los tribunales españoles que, de hecho, superan los requisitos formales de la Convención de Nueva York y podrían adoptar la Ley Modelo modificada sin una modificación formal del estatuto. Considera Picanyol que la validez o no de un convenio arbitral no firmado por las partes y reflejado únicamente en un documento emitido por un tercero nos proporciona una buena piedra toque de la evolución de la exigencia del núcleo formal —la forma escrita— que en principio exigen tanto las convenciones internacionales como el derecho interno de los principales países de nuestro entorno para un convenio arbitral válido y eficaz.

Por su parte, Ignacio Ripol Carulla considera, aprovechando su LX aniversario, que hay consenso en que la buena forma del arbitraje internacional hoy en día, es el resultado de la visión y la audacia de los redactores de la Convención de Nueva York en 1958. Este tratado no sólo creó el marco legal para la circulación efectiva de los laudos arbitrales internacionales, sino que contribuyó a la armonización del comercio. El éxito de la Convención puede medirse por el número de partes contratantes y la considerable interpretación unificada por parte de sus tribunales internos. Considera Ripol que el valor del Convenio radica en la sencillez con la que consigue su doble objetivo: reconocer y ejecutar las decisiones. Pero también reconoce que el interés de las partes comerciales por la mediación ha aumentado considerablemente en la última década. Sin embargo, la mediación internacional ha sido tradicionalmente infravalorada debido a la falta de mecanismos de ejecución internacional como la Convención de Nueva York representa hasta ahora el arbitraje. Para cubrir esta laguna, la ONU ha adoptado recientemente la Convención de Singapur sobre Acuerdos de Solución Internacional Resultantes de la Mediación (diciembre de 2018), que está llamada a facilitar el comercio internacional, promover la mediación como método eficaz de resolución de controversias comerciales y aportar certidumbre y estabilidad al marco internacional de la mediación. A pesar de que este instrumento se inspira en la Convención de Nueva York, cubre la mitad de los objetivos al omitir el enunciado de los acuerdos de mediación y limitar su contenido a los acuerdos resultantes de la mediación. El autor analiza tanto el contenido como las omisiones de la Convención de Singapur y sus posibilidades de alcanzar el éxito de la Convención de Nueva York en materia de arbitraje.

Centrado en la práctica del Tribunal Arbitral de Barcelona Héctor Sbert Pérez presta atención a la entrada en vigor del nuevo Reglamento de Arbitraje del TAB, que responde a la demanda de una mayor eficacia en los procedimientos arbitrales. En este sentido, advierte una gran similitud de planteamientos, finalidades y aspectos normativos entre el nuevo Reglamento de Arbitraje del TAB y el Reglamento de Praga, ambos promulgados prácticamente de forma simultánea. A pesar de ello, el nuevo Reglamento de Arbitraje del TAB expresa su idoneidad para ser un cuerpo óptimo de reglas de arbitraje, siendo lo suficientemente elástico como para acomodar perfectamente el uso de otros instrumentos de *soft law*, alternativos al Reglamento de Praga, como las Reglas de la IBA, así como cualquier otro acuerdo que las partes puedan alcanzar en materia procesal y probatoria. Así, el nuevo Reglamento de Arbitraje del TAB se muestra como un instrumento útil al servicio de sus usuarios, en aras de un desarrollo ordenado y eficaz de los procedimientos. para un desarrollo ordenado y eficaz del arbitraje.

El siguiente artículo es ciertamente original, Jordi Sellares Serra realiza curiosas reflexiones sobre la cuestión de la vestimenta (incluidas las omisiones de vestimenta) de los abogados, los Jueces y otros profesionales. En su opinión, el objetivo no es reprimir las tradiciones locales confrontadas a nivel internacional, sino más bien armonizarlas con el objetivo de todo arbitraje: Resolver rápidamente la controversia, basado en una decisión jurídica, de modo vinculante y ejecutiva pero en mucho menos tiempo que en los tribunales ordinarios. Aunque no haya un código de vestimenta definido y escrito, y a pesar de la posibilidad de confrontar los usos de las culturas locales, el traje es un símbolo de uniformidad, de igualdad que puede recordarle los deberes de su cargo.

Cierra esta abultada relación de contribuciones, una centrada en la figura del Arbitraje Comercial Internacional como instrumento para una aproximación Euro-Atlántica, a cargo de António Vilar,

Resulta muy gratificante comprobar el aumento de obras colectivas sobre aspectos concretos del arbitraje, en este caso del arbitraje comercial internacional y de inversiones y observar la rica producción científica de los colegas pertenecientes a la Associació pel Foment de l'Arbitratge con sede en Barcelona, que se registra en el presente libro homenaje al ilustre jurista Ramón Mullerat, uno de los pioneros del arbitraje en España. Solo queda animar a este colectivo a continuar con su obra en unos momentos proclives para la expansión de este particular procedimiento de solución de controversias.

El arbitraje comercial y de inversiones en la clausura de los Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria-Gasteiz (16 julio 2021)



Los Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria-Gasteiz abordan, durante cinco días, temas de actualidad o debate en los ámbitos del Derecho y de las Relaciones Internacionales. Tratando de conjugar el planteamiento académico y la reflexión colectiva vinculada a la práctica profesional e internacional de nuestros días, nombres relevantes de las distintas materias imparten cursos de tres horas en la Facultad de Letras de Vitoria-Gasteiz.

Las sesiones se dirigen a estudiantes de últimos cursos de Grado, de Postgrado y profesorado de universidad, a las y los investigadores y a profesionales. Asimismo, tienen como destinatarias a personas interesadas en las materias abordadas, con capacidad de generar debate y reflexión en torno a los temas tratados. Las sesiones en el aula se complementan con recepciones y encuentros en Lehendakaritza, en el Parlamento Vasco, en la Diputación de Álava y en el Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz, donde se observa la aplicación de las cuestiones planteadas en el día a día de nuestras instituciones.

Como cierre de la edición del presente año tuvo lugar una mesa redonda el 16 de julio de 2021 sobre las «Paradojas del arbitraje comercial y de inversiones, desde la perspectiva interna europea y transnacional», moderada por el profesor José Carlos Fernández Rozas, Catedrático de Derecho Internacional Privado y Director de la Escuela de Arbitraje del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid y en la que participaron Urquiola de Palacio, Presidenta de la Corte de Arbitraje de Madrid y Vicepresidenta de la Unión Internacional de Abogados (UIA), Francisco Prol, Socio Fundador, Prol y Asociados, Iñigo Iruretagoyena Arrizabalaga, Profesor Agregado de Derecho Internacional Público de la Universidad del País Vasco / Euskal Herriko Unibertsitatea y José Antonio Caínzos, Presidente el Centro internacional de arbitraje de Madrid.

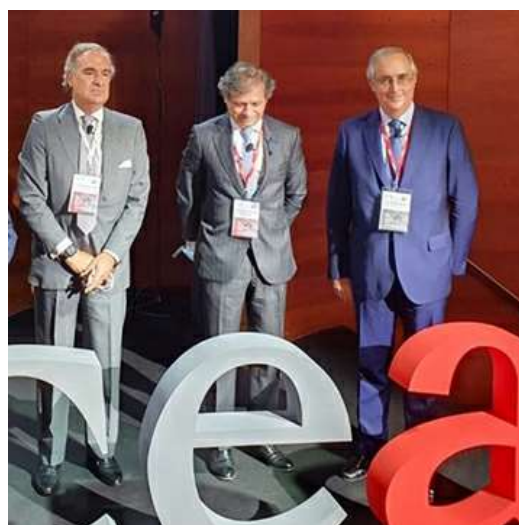
Entre los temas abordados figuraron con carácter general el desarrollo paralelo del arbitraje interno e internacional, los problemas inherentes a la administración del arbitraje, donde Urquiola de Palacio tuvo una intervención muy destacada y la contradicción entre las reglas de la IBA y las reglas de Praga en la práctica de la sustanciación de las actuaciones arbitrales. Con carácter más específico Francisco Prol se centró en posibilidades del arbitraje triangular: España, China y Brasil y de las perspectivas del arbitraje entre empresas españolas y empresas procedentes de países lusoparlantes. Íñigo Iruretagoiena se adentró en las cuestiones más candentes que suscita el arbitraje de inversiones con tópicos como los referidos a las competencias de la Unión Europea, a los contenciosos derivados de la Carta Europea de la Energía, y a la aparición de fórmulas en el sector de carácter jurisdiccional. Por último, José Antonio Caínzos se refirió España como sede de arbitrajes internacionales y a las posibilidades que ofrece el arbitraje administrado por el Centro Internacional de Arbitraje de Madrid, declarándose firmemente convencidos de que el mercado demandaba una institución con sede en España y capacidad para actuar como poderoso catalizador para atraer arbitrajes internacionales a España pero, a la vez, nacida para administrar arbitrajes internacionales con sede en cualquier ciudad del mundo y sujetos a las leyes que las partes quieran establecer en sus contratos.

La mesa redonda fue seguida de un animado coloquio en el que participaron numerosos alumnos y alumnas inscritos en el Curso.

XV Congreso Internacional del Club Español del Arbitraje (Madrid 12 a 14 septiembre 2021)



El Club Español del Arbitraje, desde su constitución ha venido trabajando en cumplimiento de sus objetivos de promover el arbitraje en la comunidad empresarial y jurídica, servir de foro de intercambio de ideas entre los especialistas en la materia, promover el estudio y la investigación científica sobre la institución jurídica del arbitraje, establecer un conjunto de buenas prácticas arbitrales y promover la creación de una gran comunidad arbitral en torno al arbitraje internacional en Iberoamérica. Gracias a una importante labor el CEA, es ya una espléndida realidad que cuenta con más de 1100 socios de 43 países distintos y con 30 capítulos internacionales (y varios en constitución) lo que nos permite estar en una posición privilegiada en cuanto a la perspectiva de la realidad y tendencias internacionales. Ese acervo se pone particularmente de relieve en su Congreso Anual, que viene celebrándose cada año desde el 2006 y que se ha convertido en un acontecimiento ya obligado en las agendas del arbitraje internacional.



Los días 12 y 14 se ha celebrado en Madrid el XV Congreso Internacional del Club Español del Arbitraje (CEA) que ha abordado a través de distintas mesas redondas el Arbitraje en el siglo XXI:

retos y oportunidades. Como en ediciones anteriores Congreso del Club Español del Arbitraje se caracteriza por contar con la intervención de ponentes nacionales e internacionales de altísimo nivel y abordar temas de arbitraje internacional y mediación que tienen un especial significado y actualidad, consiguiendo revestir un mayor interés para todos aquellos que asisten al Congreso. Todo ello manteniendo una agenda de actos sociales para ofrecer la oportunidad de realizar networking en lugares emblemáticos de Madrid. Los temas abordados en la presente edición han sido

- Análisis Económico del Arbitraje
- Inteligencia Artificial en el Arbitraje
- Cambio Climático y Arbitraje
- Nuevas Oportunidades para el Arbitraje en la Economía Digital
- Experiencia del Arbitraje Virtual
- Convención de Singapur de Mediación

Inauguraron este Congreso el decano del ICAM, José María Alonso, acompañado por el Presidente del Club Español del Arbitraje, Carlos de los Santos y por el Presidente de la Corte Internacional de Arbitraje Madrid, José Antonio Caínzos. El decano hizo referencia a la situación del arbitraje internacional, explicando que quedan «casi nueve millones de asuntos pendientes por resolver ante los tribunales de justicia» y recordando que, con un 80% de la actividad de las empresas del IBEX en el exterior, «es necesario consolidar una nueva cultura en la manera de resolver los conflictos en la sociedad». En su opinión, «la institución arbitral debe saber renovarse constantemente, adaptarse a las circunstancias cambiantes y ganar atractivo en las empresas deslocalizadas».

Sobre el futuro del arbitraje, tema central del Congreso, José María Alonso expresó su opinión sobre el principal desafío al que se enfrenta el arbitraje: «incrementar la confianza en el mismo, tanto en clientes e instituciones empresariales, como en los propios juzgados y tribunales españoles».

Más de 15 mesas, más de 60 ponentes. Este es el programa del Open de Arbitraje 2021

El evento tendrá lugar los próximos días 6 y 7 de octubre en Madrid en formato presencial y virtual y, como cada año, repasará toda la actualidad del arbitraje nacional e internacional en su completo programa.



El **Open de Arbitraje 2021**, que se celebrará los próximos días 6 y 7 de octubre, contará con versión presencial, limitada por motivos sanitarios a 200 personas y versión virtual, gracias a la plataforma Arbee, la nueva red social del arbitraje que permitirá a los asistentes realizar networking desde cualquier lugar del mundo durante un año además de la posibilidad de acceder al streaming del congreso.

Como todos los años, un cuidado programa, formado este año por **más de 15 mesas y más de 60 ponentes** nacionales e internacionales, repasará toda la actualidad del arbitraje nacional e internacional. Consulta aquí el programa completo.

Como en ediciones anteriores, el Open de Arbitraje de este año volverá a contar con la revista LA LEY Mediación y Arbitraje de Wolters Kluwer como medio colaborador del evento. Todos **los asistentes podrán descargar gratuitamente su número especial monográfico «Nuevos derroteros del arbitraje en España a la luz de la doctrina reciente del Tribunal Constitucional»**, en el que más de 40 juristas de reconocido prestigio en el mundo arbitral de muy diversa procedencia, analizan, desde una pluralidad de enfoques, la doctrina del Tribunal Constitucional que ha reestablecido la ortodoxia en el control judicial de los laudos arbitrales.

Toda la información e inscripciones en la web del Open de Arbitraje 2021.